

# SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

*Selçuk Law Review*



Cilt  
Volume  
29

Sayı  
Number  
1

Yıl  
Year  
2021



# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

## Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye  
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

## Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law  
Dekan | Dean  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
sustun@selcuk.edu.tr

## Editörler | Editors

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN  
sustun@selcuk.edu.tr

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL

mehmetakcaal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

erdogan-kemal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af\_kaynak@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ahmettalhatetik@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Rabia MACİT

rabiamacit26@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Hamide Merve GÜÇLÜ

merveguncy00@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Dr. Öğr. Üy. Tamer BOZKURT

tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

pasaogluozge@gmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

bessir@live.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc\_guvel@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Cansu Büşra ÖLMEZ

cansubkartal@hotmail.com  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

### Arş. Gör. Ufuk Ramazan ÇAKMAK

urcakmak@selcuk.edu.tr  
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye  
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

## Yayın Kurulu | Editorial Board

**Prof. Dr. Andreas Spickhoff**  
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-  
Universität Munich (Germany)

**Prof. Dr. Petra Butler**  
Faculty of Law, Victoria University of  
Wellington (New Zealand)

**Prof. Dr. Shobhalata Udupudi**  
Gujarat National Law University (India)

**Prof. Dr. Furqan Ahmad**  
The Indian Law Institute (India)

**Prof. Dr. Maleka Femida Cassim**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina**  
Faculty of Law, Kazan Federal University  
(Kazan)

**Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. George A. Bermann**  
School of Law, Columbia University (USA)

**Prof. Dr. Venkata Rao**  
National Law School, India University (India)

**Prof. Dr. Sheela Rai**  
National Law School, University Odisha  
(India)

**Prof. Dr. Koos Malan**  
Faculty of Law, University of Pretoria  
(South Africa)

**Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko**  
Faculty of Law, University of Johannesburg  
(South Africa)

**Asst. Prof. Monika Tomaszewska**  
Faculty of Law and Administration,  
University of Opole (Poland)

**Prof. Dr. Berrin Akbulut**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

**Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün**  
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

## Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

**Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Aksu**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ramazan Arslan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Murat Aydoğdu**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu**  
Faculty of Law, İstanbul Aydın University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hayrettin Çağlar**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Abdullah Dinçkol**  
Faculty of Law, Doğuş University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ali Erten**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Kadir Emre Gökyayla**  
Faculty of Law, Bahçeşehir University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Hüseyin Hatemi**  
Faculty of Law, İstanbul Comm. University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Arslan Kaya**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. M. Turgut Öz**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İzzet Özgenc**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mustafa Akkaya**  
Faculty of Law, East. Mediterranean University  
Famagusta, North Cyprus

**Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay**  
Faculty of Law, Antalya Bilim University  
Antalya, Turkey

**Prof. Dr. Ömer Anayurt**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Murat Atalı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Rıza Ayhan**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Halil Cin**  
Faculty of Law, Ufuk University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Serkan Çınarlı**  
Faculty of Law, İzmir Bakırçay University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Fikret Eren**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Fethi Gedikli**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Aydın Gülan**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Ünal**  
Faculty of Law, Başkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Özbay**  
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University  
Tokat, Turkey

**Prof. Dr. Oğuz Sancakdar**  
Faculty of Law, Dokuz Eylül University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Soyaslan**  
Faculty of Law, Çankaya University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cumhuri Şahin**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Doğan Şenyüz**  
Faculty of Law, Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. M. Fatih Uşan**  
Faculty of Law, Ankara Y.B. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Ayhan Döner**  
Faculty of Law, Erzincan B.Y. University  
Erzincan, Turkey

**Prof. Dr. Hakan Üzeltürk**  
Faculty of Law, Yeditepe University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Faruk Bilir**  
Personal Data Protection Authority  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara Turkey

**Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Leyla Ateş**  
Faculty of Law, Altınbaş University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Nuran Koyuncu**  
Faculty of Law, N.E. University  
Konya, Turkey

**Doç. Dr. Abdurrahman Savaş**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İbrahim Subaşı**  
Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Cemal Şanlı**  
Faculty of Law, İstanbul University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Uluşan**  
Faculty of Law, İstanbul Kültür University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Sevilay Uzunallı**  
Faculty of Law, Yaşar University  
İzmir, Turkey

**Prof. Dr. Yener Ünver**  
Faculty of Law, Özyeğin University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. İlhan Üzülmöz**  
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Cevdet Yavuz**  
Faculty of Law, İstanbul Medipol University  
İstanbul, Turkey

**Prof. Dr. Ejder Yılmaz**  
Faculty of Law, Bilkent University  
Ankara, Turkey

**Prof. Dr. Zekeriyya Arı**  
Faculty of Law, Bursa Uludağ University  
Bursa, Turkey

**Prof. Dr. Mehmet Nusret Bedük**  
Faculty of Law, Tekirdağ N.K. University  
Tekirdağ, Turkey

**Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz**  
Faculty of Law, Akdeniz University  
Antalya, Turkey

**Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy**  
Faculty of Law, Ankara University  
Ankara, Turkey

# Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

## Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

### Hakkında

**Amacı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

**Kapsamı:** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda üç kez (Nisan, Temmuz ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

**Kısaltma:** Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

### About

**Aim:** Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

**Scope:** Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed three times a year in April, July and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

**Abbreviation:** SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

### Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 00 45 ☎ +90 332 241 01 05

👉 [selcuk.edu.tr/hukuk/tr](http://selcuk.edu.tr/hukuk/tr) & [dergipark.org.tr/suhfd](http://dergipark.org.tr/suhfd)

✉ [hukukdergi@selcuk.edu.tr](mailto:hukukdergi@selcuk.edu.tr)

### Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 18 47 ✉ [selcukbasimevi@gmail.com](mailto:selcukbasimevi@gmail.com)

Basım Tarihi: Mart 2021

Publication Date: March 2021

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

## İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren <b>TR DİZİN</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>TR DİZİN</b> since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>ERIHPLUS</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>ERIHPLUS</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>EuroPub Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>EuroPub Index</b> since 2020.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren <b>DOAJ</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>DOAJ</b> since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>HeinOnline</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>HeinOnline</b> since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren <b>Asos Academia Social Science Index</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Asos Academia Social Science Index</b> since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>SOBİAD</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>SOBİAD</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Google Scholar</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Google Scholar</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>Crossref</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>Crossref</b> since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren <b>OpenAIRE</b> tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by <b>OpenAIRE</b> since 2017.



## Yayın İlkeleri

### Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte \* işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip

## Publication Principles

### Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the \* sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article Name” (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short

atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.


#### Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

#### Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'ün üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı

name of article and page numbers may be used.


#### Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

#### Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayımlamama yetkisi vardır.

#### **Makale Düzeltme Aşaması**

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

#### **Dergi Dizgi Aşaması**

15. Her iki hakemden yayımlanabilir raporu almış olsa bile, bir eser dergiye gönderim tarihinden itibaren bir aydan önce erken görünümüne alınamaz.

16. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Mart 2021 (Cilt: 29 S: 1) sayısı için azami 20 makale yayımlanması planlanmaktadır.

justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

#### **Process of the Article Correction**

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

#### **Process of the Review Typographic**

15. Even if both referees reported that the study can be published, the study cannot be published earlier than one month from the date its submission to the review.

16. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. It is planning that maximum 20 articles can be published in March 2021 issue (Vol: 29 No: 1).



**İçindekiler**  
**Table of Contents**

**Araştırma Makaleleri**

**ResearchArticles**

<b>İDARİ YARGILAMA USULÜNDE KEŞİF DELİLİ</b>	<b>1-45</b>
Judicial Inspection in the Administrative Jurisdiction Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI	
<b>TTK M. 1 İŞİĞİNDA TİCARİ HÜKÜMLER</b>	<b>47-74</b>
Commercial Provisions in Accordance with TCC Art. 1 İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU	
<b>İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI</b>	<b>75-104</b>
Criminal Experimentation and Trial on Human Subject Mehmet Fırat SUBAŞI	
<b>MUKTEZANIN İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b>	<b>105-132</b>
Evaluation of The Rulings in Terms Of Administrative Process Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI	
<b>LEX COMMISSORIA YASAĞI VE UYGULAMA ALANI</b>	<b>133-178</b>
Prohibition of Lex Commissoria And The Scope Of Application Ece Ayça EKER	
<b>İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN ÖLÜMÜNÜN BİREYSEL İŞ HUKUKUNA ETKİSİ</b>	<b>179-217</b>
Effect of The Death of Parties on Individual Labour Law in Employment Relationship Sevde BULUN TOKKAŞ	

- YÜRÜTME ORGANININ GÜÇLENDİRİLMESİ EĞİLİMİNİN CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNE GEÇİŞE ETKİLERİ** 219-261  
The Effects of Strengthening The Executive Authority on The Transition to The Presidential Government System  
Didem ERDOĞAN
- KAMU İDARESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI** 263-293  
Protection of Personal Data in Public Administration  
Yasin AYDOĞDU
- “KORUMA SORUMLULUĞU” VE LİBYA ÖRNEĞİ BAĞLAMINDA TÜRKİYE’NİN ULUSLARARASI HUKUK YAKLAŞIMI** 295-327  
International Law Approach of Turkey in The Context of ‘Responsibility to Protect’ and The Libyan Case  
Meryem ÖZGÜR
- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN REFAH PARTİSİ KAPATMA KARARININ DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ BOYUTU** 329-361  
The Approach of The ECHR to The Closure of Political Parties and Freedom of Thought and Faith in Speciality of The Decision to Close The Refah Party  
Uğur İHTİYAROĞLU
- ÖZEL SU HİZMETİ SAĞLAYICILARININ SU HAKKINA YÖNELİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ** 363-403  
Onligation Of Private Water Service Provider For Right To Water  
Şerife Sena POÇANOĞLU
- VERGİ HUKUKUNDA ARAMA İŞLEMİ** 405-467  
Search Process in Tax Law  
Zeliha ALPSOY

- CEZA MUHALEMESİ HUKUKU AÇISINDAN 1982 ANAYASASI'NIN 152. MADDESİNİN 1. FIKRASINDA YER ALAN "MAHKEME" KAVRAMI** 469-508  
The Concept of "Court" in Paragraph 1 of Article 152 of the 1982 Constitution in Terms of Criminal Procedure Law  
Eylem BAŞ
- DANIŞTAY KARARLARI İŞİĞİNDA İDARİ YARGIDA DİSİPLİN CEZALARININ İPTALİ DAVALARINDA TANIK DELİLİ SORUNU** 509-535  
Witness Issue in the Cases of Annulment of Disciplinary Penalties in Administrative Judiciary in the Light of the Council of the State's Decisions  
Serkan ÇINARLI  
Kerim AZAK
- 25 YIL SİGORTALILIK SÜRESİ VE 4500 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜ VEYA 7000 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜ TAMAMLAYARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEN İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI HAKLARI** 537-579  
The Rights Of Severance Pay Of The Employees Having Terminated The Employment Agreements Owing To Fullfilling 25 Years Of Insurance Period And 4500 Premium Payment Days Or 7000 Premium Payment Days  
Sevgi Dursun ATEŞ
- VAKIF ÜNİVERSİTELERİ İLE ÖĞRETİM ELEMANLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ** 581-621  
Nature of The Legal Relationship Between Foundation Universities and Teaching Staff  
Seracettin GÖKTAŞ
- DENİZ ÇEVRESİNİN KIYI ÖTESİ PETROL VE GAZ FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLI KİRLİLİĞİ** 623-657  
Pollution of The Marine Environment From Offshore Oil and Gas Activities  
Figen TABANLI  
Gökhan GÜNEYSU

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ZORUNLU AŞIYA İLİŞKİN  
BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ OBJEKTİF  
ETKİSİNİN İDARE HUKUKU AISINDAN  
DEĞERLENDİRİLMESİ** 659-693

An Evaluation of The Objective Effect of The Constitutional  
Court's Individual Application Decisions on The Mandatory  
Vaccination in Terms of Administrative Law  
Gölseven ŞEKER

**YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNDA  
UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENECEK İŞLEM  
SORUNSALI** 695-723

Administrative Actions That End of Effect by Imp-Lementing on  
Suspension of Execution  
Ahmet BAĞRIAIK

**MAHKEMEDEN İZİN ALINMAKSIZIN GEREKLEŐEN  
CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN TÜRK HUKUKU AISINDAN  
DEĞERLENDİRİLMESİ** 725-758

The Evaluation of Realized Gender Change Without Permission  
From the Court in Terms of Turkish Law  
Yasemin YÜCESOY YILMAZ

**Karar İncelemeleri**

**Reviews of Judgment**

**ULUSLARARASI ADALET DİVANININ BİRLEŞMİŞ  
MİLLETLERİN YAPTIĞI HARCAMALARIN ÜYE  
DEVLETLERCE KARŞILANMASI HAKKINDAKİ DANIŞMA  
GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ** 761-811

Evaluation of the Consultative Opinion of the International Court  
of Justice on the Coverage of the Expenses of the United Nations  
by the Member States  
Abdölazim İBRAHİM



**YARGITAY HGK'NIN E: 2018/929, K: 2019/515 SAYILI  
TAŞINMAZ MAL SATIŞINA İLİŞKİN KARARININ AYIPLI  
İFA - EKSİK İFA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ**

**813-842**

Special Evaluation of Supreme Court HGK's Decision on Sales of  
Immovable Property by Deficient Performance - Incomplete  
Performance

Ahmet Fevzi KİBAR



**Araştırma Makaleleri**  
**Research Articles**





## İDARİ YARGILAMA USULÜNDE KEŞİF DELİLİ

Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge ÇEBİ BUĞDAYCI\*

### Öz

Keşif delili, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı idari yargılama usulünde, hâkimin bir uyuşmazlığı çözümlmek için başvurduğu önemli delillerden biridir. Hâkimin beş duyu organı vasıtası ile uyuşmazlık konusu hakkında bilgi edinmesi olarak tanımlanabilecek olan keşif delili hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda ayrıntılı düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine atf yapılmakta; fakat her iki yargılama usulünün kendine has ve farklı özellikleri bulunduğundan, bu düzenlemeler ancak idari yargılama usulüne has özellikler dikkate alınmak suretiyle uygulanma imkânı bulmaktadır. İdari yargı uygulamasında keşif delili, imar uyuşmazlıklarından çevre hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıklara kadar pek çok farklı konuda çoğunlukla bilirkişi desteği ile idari yargı hâkiminin sık başvurduğu bir delil türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada son derece geniş bir yelpazede başvuru bu delilin hukuki niteliği, hâkimin vereceği karara etkisi, keşif giderleri, keşfin icrası gibi pek çok meselenin ise idari yargılama usulü bakımından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Keşif • Delil • İdari Yargılama Usulü • Re'sen Araştırma İlkesi • İspat

\* Dr. Öğr. Üyesi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi, Jandarma ve Sahil Güvenlik Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Gendarmerie and Coast Guard Academy, Faculty of Gendarmerie and Coast Guard, Department of Public Law, Ankara, Turkey.

✉ melikeozgecebi@gmail.com • ORCID 0000-0002-7011-5319

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇEBİ BUĞDAYCI Melike Özge, "İdari Yargılama Usulünde Keşif Delili", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 1-45.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## JUDICIAL INSPECTION IN THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION

### Abstract

Judicial inspection is one of the important evidences that the judge uses to resolve a dispute in the administrative jurisdiction in which the principle of ex-officio examination is applied. There is no detailed regulation in Procedure of Administrative Justice Act No. 2577 on the judicial inspection, which can be defined as obtaining information about the subject of the dispute through the judge's five senses. In this regard, reference is made to the relevant provisions of the Code of Civil Procedure No. 6100 by Article 31 of the Law No. 2577. However, since both judicial procedures have their own and different characteristics, these regulations only have the opportunity to be implemented by taking into account the characteristics of the administrative justice. In the practice of administrative justice, judicial inspection appears as a type of evidence that is frequently used by the administrative judge with the support of an expert on many issues ranging from zoning disputes to disputes concerning environmental law. Many issues such as the legal characteristic of the judicial inspection, its effect on the judge's decision, expense and implementation of judicial inspection need to be clarified in terms of administrative jurisdiction.

### Key Words

Judicial Inspection • Evidence • Administrative Jurisdiction • Principle of Ex-Officio Examination • Proof

### GİRİŞ

Medeni ve ceza yargılama usullerinde olduğu gibi idari yargılama usulünde de hâkimin uyuşmazlığı doğru olarak çözümleyebilmek için delillerden faydalanması gerekmektedir. Ancak idari yargılama usulü, kendine has özellikler sergilemesi nedeniyle pek çok noktada diğer yargılama usullerinden ayrılmaktadır. İdari yargılamaya hâkim olan re'sen araştırma ilkesi ile yazılı yargılama ilkesi bu ayrımın en temel hissedildiği noktalar. İşte bu farklılıklar, hâkim tarafından uyuşmazlığın çözümünde delillere başvurulması noktasında da önem arz etmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu deliller konusunda genel bir düzenleme içermemektedir. Kanun, "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller*" başlıklı 31. maddesi ile pek çok kurum bakımından 6100 sayılı HMK'ya atıf yapmış bu-

lunmaktadır. Keşif delili de, İYUK'un HMK'ya atf yaptığı konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma kapsamında, idari yargılama usulünde hâkimin başvurduğu bir delil türü olarak keşif delilinden, idari yargılama hukukunun özellikleri ve uygulamadan örnekler de bir arada değerlendirilerek bahsedilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda öncelikle keşif kavramından bahsedilecek, ardından keşif delilinin hukuki niteliği, keşfin konusu ve amacı, idari yargıda keşfe en sık başvuru konular, keşif kararının uygulanması, keşif giderleri, keşif delili ile bilirkişi ve tanık delillerinin birleşmesi, keşfin görevsiz mahkeme tarafından yapılması halinde yapılan keşfin akıbeti gibi meselelere değinilerek, idari yargılama usulünde keşif delilinin genel çerçevesi, yargı kararları ekseninde irdelenmeye çalışılacaktır.

## I. GENEL OLARAK KEŞİF DELİLİ

### A. Kavram Olarak Keşif

Arapça “*keşif*” sözcüğünden dilimize geçmiş olan keşif, sözlük anlamı olarak; “*ortaya çıkarma, meydana çıkarma, var olduğu bilinmeyen bir şeyin ortaya çıkarılması, gizli olan bir şey hakkında geniş bilgi edinme*”<sup>1</sup> anlamına gelmektedir. Bu anlamda keşif, hâlihazırda var olan, ancak varlığından haberdar olunmayan bir şeyin ortaya çıkarılması anlamında kullanıldığı gibi; hâlihazırda var olan ve varlığından haberdar olunmakla birlikte detayları konusunda sahip olunmayan ayrıntılı bilgiye ulaşmak anlamında da kullanılmaktadır.

Hukuki anlamda ise keşif, “*bir olay veya durumun oluş nedenlerini anlayabilmek için yerinde inceleme yapma*”<sup>2</sup>, “*mahkemenin, kişiler veya nesnelere üzerinde doğrudan ve duyu organlarına dayanarak bilgi sahibi olması*”<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (17.08.2020).

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (17.08.2020).

<sup>3</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku-Ders Kitabı, Ankara, 2016, s. 465.

*“uyuşmazlık konusu yer (olay, iş) hakkında, yargıcın bütün duyuları ile bilgi edinmesi; doğrudan görerek delil elde etmesi”*<sup>4</sup> ifade etmektedir.

Keşif ceza muhakemesi hukukunda ve medeni usul hukukunda sıkça başvurulmuş bir delil türüdür. Bir delil türü olarak keşif, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenmiştir. CMK’nın 83. maddesinin ilk fıkrasında; *“Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.”* denilmekte; ancak keşif delilinin tanımı yapılmamaktadır. Hükümet tasarısı gerekçesinde ise keşif; *“yargılamanın amacına erişmek için olay ve durumun oluş nedenlerini anlayabilmek üzere yerinde inceleme yapma”*<sup>5</sup> olarak tanımlanmıştır. Ceza muhakemesi doktrininde ise keşif; *“muhakemenin gayesine erişmek için hâkimin beş duyusu vasıtası ile yaptığı teftiş, meydanda olanı dikkatle incelemesi”*<sup>6</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Keşif, bir delil türü olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda 289-292. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunda keşif tanımı açıkça yapılmamış olsa da; *“Keşif kararı”* başlıklı 288. maddenin ilk fıkrasında; *“Hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat duyu organları yardımıyla bulunduğu yerde veya mahkemede inceleme yaparak bilgi sahibi olmak amacıyla keşif yapılmasına karar verebilir...”* denilmektedir. Buna göre Kanun’un lafzına uygun olacak şekilde en yalın ifadeyle keşif; hâkimin uyuşmazlık konusu olan şey hakkında, bizzat duyu organlarını kullanarak bilgi sahibi olması olarak tanımlanabilir. Doktrininde de keşif;

<sup>4</sup> YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 673.

<sup>5</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu (BAU-CMK), C. I, Beta Basım, İstanbul, Haziran 2013, s. 724.

<sup>6</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 722. Centel/Zafer de; *“bir nesne veya bir olgudan ya da bir olaydan beş duyu organıyla edinilen bilgiler”* olarak tanımladıkları keşif delilinin, uygulamada hem beş duyu organı ile yapılan algılama faaliyeti hem de bu faaliyet sonunda ulaşılan bilgiler olarak değerlendirildiği ifade edilmektedir. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2016, s. 314. Ünver/Hakeri de keşif delilini benzer şekilde, *“hâkim veya savcının beş duyusu vasıtası ile yaptığı inceleme”* olarak tanımlamaktadır. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 301.



*“Hâkimin uyuşmazlık konusu şeyi bizzat inceleyerek onun hakkında bütün duyu organlarıyla bilgi edinmesi”<sup>7</sup> olarak tanımlanmaktadır.*

Konumuzun kapsamını oluşturan idari yargılama hukukunda ise, keşif delili konusunda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesi önem arz etmektedir. *“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller”* başlıklı 31. maddenin ilk fıkrasına göre; *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakim in davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır....”*

Söz konusu düzenleme uyarınca, idari yargılama usulünde başvurulacak delillerden bir tanesi de keşif delilidir. Ancak bu delilin uygulanması noktasında İYUK, HMK hükümlerine atıf yapmaktadır. Dolayısıyla idari yargılama usulünde keşif delilinin tanımlanmasında ve uygulanmasında HMK hükümleri esas alınmaktadır<sup>8</sup>. Bu bağlamda idari yargılama usulü bakımından da keşif; *“mahkemenin (hakimin) kişiler veya nesnelere üzerinde doğrudan ve duyu organlarına (görme, işitme, koku alma vb) dayanarak bilgi sahibi olması”<sup>9</sup>; “hakimin uyuşmazlık konusu hakkında duyu*

<sup>7</sup> ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 456; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 436.

<sup>8</sup> Burada ayrıca, atıfta bulunulan hükümlerin, ancak uyuşmazlığın çözümü için idari uyuşmazlığın niteliğine ve idari yargılama usulünün özelliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğinin altını çizmek gerekir. Bu konuda Danıştay vermiş olduğu bir kararında; *“...anılan Kanunun 31. maddesinde, bu Kanun’da hüküm bulunmayan hususlarda; bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri ve adli yardım hallerinde HMK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmekle birlikte, atıfta bulunulan hükümlerin, idari yargıç tarafından, idari uyuşmazlıkların niteliğine ve idari yargılama usulüne uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği açıktır.”* diyerek bu hususu vurgulamaktadır. Danıştay 2.D., 28/03/2019, E. 2018/4013, K. 2019/1520 (Yayımlanmamış).

<sup>9</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018, s. 778.

*organları yardımıyla inceleme yaparak bilgi sahibi olması*"<sup>10</sup> olarak tanımlanmaktadır. İdari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda hâkim keşif delili vasıtası ile duyu organlarından yararlanarak uyuşmazlık konusu hakkında doğrudan bilgi sahibi olabilmekte ve uyuşmazlığı çözümlenmeye çalışmaktadır.

## B. Keşif Delilinin Hukuki Niteliği

Medeni usul hukukunda taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda delil türleri; kesin ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Kesin deliller, hâkimi bağlayan delillerdir; başka bir ifadeyle hâkim kesin bir delil ile ispat edilmiş bir vakıayı doğru kabul etmek zorundadır<sup>11</sup>. İkrar, senet, yemin ve kesin hüküm medeni usul hukukunda kesin deliller olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Takdiri deliller ise, kesin delillerin aksine hâkimin serbestçe takdir edebildiği, hâkimi bağlamayan delillerdir ve bu delillerin ispat gücünün kesin delillere nazaran daha az olduğu kabul edilmektedir<sup>13</sup>. Takdiri deliller; tanık, bilirkişi ve keşiftir<sup>14</sup>.

Bu kapsamda medeni usul hukuku anlamında keşif, takdiri bir delil türü olarak kabul edilmekte, hâkimin keşif sonunda elde etmiş olduğu verileri ve bilgileri serbestçe değerlendirebileceği kabul edilmektedir. Hatta öyle ki, eğer hâkim yapmış olduğu keşif sonucunda uyuşmazlığı çözümlenmek için yeterli bilgiye ulaşamadığı kanaatine varırsa, tekrar keşif yapabilmektedir<sup>15</sup>. Hatta iki keşif arasında farklılık söz konusu

<sup>10</sup> KARAVELİOĞLU, Celal/KARAVELİOĞLU, Erdem Cemil, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 1291.

<sup>11</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 364.

<sup>12</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 364.

<sup>13</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 414.

<sup>14</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 410. Takdiri delillerin; tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü ve kanunda gösterilmeyen diğer deliller olmak üzere beş çeşit olduğu da ifade edilmektedir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 414.

<sup>15</sup> "...taşınmazların "yol alanı" ve günübirlik tesis olarak belirlenmesine ilişkin dava konusu planın şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygun olup olmadığının açıklığa kavuşturulması amacıyla, aralarında ulaşım uzmanının da bulunduğu konusunda uzman bilirkişi heyeti ile mahallinde yeniden keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması, elde edi-

olursa bu durumda üçüncü kez dahi keşfin yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>16</sup>.

Hâkim keşifte bizzat kendisi değerlendirme yapmakta, uyuşmazlık konusu olan şey hakkında doğrudan bilgi edinmektedir. Keşif delili hâkimin bizzat gözlem yapmasını gerektirdiğinden ve keşif sırasında bilirkişi görüşüne ve tanık beyanlarına başvurmak da mümkün olduğundan, bu delil türünün, diğer takdiri delillerden olan bilirkişi ve tanık deliline nazaran daha kuvvetli<sup>17</sup>, daha güvenilir<sup>18</sup> bir delil türü olduğu ileri sürülmektedir. Keşfin amacını açıklayan bir çalışmada keşfe; diğer ispat vasıtalarının yetersiz kaldığı veya hiç bulunmadığı durumlarda başvurulabildiği ifade edilmiş olsa da<sup>19</sup>; kesin delillerle ispatlanmış dahi olsa, hâkimin uyuşmazlığın çözümü için gerekli görmesi halinde keşif deliline başvurabileceğini ifade etmek gerekir. Dolayısıyla keşif delilinin takdiri veya kesin delil olup olmaması, hâkimin keşif deliline başvurması bakımından bir fark doğurmamaktadır<sup>20</sup>.

---

*lecek bulguların değerlendirilmesi suretiyle yeniden karar verilmesi gerekmektedir.” Danıştay, 6.D., 13/04/2016, E.2012/2781, K. 2016/1668 (Lexpera).*

- <sup>16</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 438. “...aynı davacı tarafından ve bağlantılı alt ve üst ölçekli planlara yönelik açılan söz konusu davalarda iki ayrı mahkemece yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporlarda, dava konusu plan değişikliklerine ilişkin çelişkili iki görüş bulunduğundan, İdare Mahkemesince diğer dosyanın ...İdare Mahkemesi ile koordinasyon içerisinde söz konusu çelişkinin giderilmesi amacıyla yukarıda yer verilen güncel imar planı durumu da araştırılarak gerekirse tekrar keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.” Danıştay 6.D., 29/01/2015, E. 2013/3083, K. 2015/251 (Lexpera).
- <sup>17</sup> EGE, Önder, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 18.
- <sup>18</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 465.
- <sup>19</sup> “Keşfin temel amacı, ... uyuşmazlık konusu hakkında hakimin, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, diğer ispat vasıtası delillerin yetersiz kaldığı veya hiç bulunmadığı durumlarda, genellikle yerinde veya bazen de mahkemede beş duyusuyla bizzat inceleme yaparak, bu işlemin icrasında gerektiğinde bilirkişi yardımı da alarak gerçekleştirdiği vicdani bir karara varabilmek ve adaleti sağlamak faaliyetine katkı sağlamak olarak tanımlanabilir.” EGE, s. 21.
- <sup>20</sup> “Usûl hukukunda kural olarak deliller davanın taraflarınca gösterileceği, hâkimin, re’sen delil araştırması yapamayacağı; ancak, bazı istisnai hâllerde, özellikle keşif ve bilirkişi delillerine hâkimin bütün yargılama usûllerinde ve davanın konusunun kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmedine bakılmaksızın, re’sen müracaat edebileceği” yönünde bkz. ATA-

Burada hemen, kesin deliller-takdiri deliller ayrımının taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda geçerli olduğunun, re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar bakımından bütün delillerin takdiri delil niteliğinde olduğunun altı çizilmelidir<sup>21</sup>. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hâkim bütün bilgi ve belgelere taraflar ileri sürmese bile başvurabilir<sup>22</sup> ve bütün delilleri serbestçe takdir eder, hiçbir delil bağlayıcı değildir. Dolayısıyla taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda hâkimin kesin delilleri takdir etme imkânı bulunmamakta; buna karşılık re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda yemin ve senet delilinin dahi hâkim için bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

İdari yargılama usulünde ise re'sen araştırma ilkesi uygulanmaktadır. Re'sen araştırma ilkesi uyarınca hâkim maddi gerçeği tam ve doğru olarak ortaya çıkarmak için, kendiliğinden bilgi ve belge araştırması yaparak, delillerdeki eksiklikleri toplayabilmektedir<sup>24</sup>. Bu nedenle idari yargılama usulünde kesin delil-takdiri delil ayrımı uygulanmamakta, tüm deliller takdiri delil niteliğini taşımaktadır<sup>25</sup>. Bu bağlamda idari

---

LI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2019, s. 462.

<sup>21</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2017, s. 380.

<sup>22</sup> KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 273; ATAY, E. Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Temel Hukuk Dizisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2018, s. 34. İdari yargıda re'sen araştırma ilkesi uygulandığından tarafların delil sunmasının zorunlu olmadığı yönünde ULUSOY, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 203. *“Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda dava dilekçesinin davayı destekleyen delil eksikliğinden dolayı reddedilmesi söz konusu değildir; çünkü hâkim bu ilkenin uygulandığı davalarda zaten kendiliğinden taraflarca sunulmayan ancak karar sonucuna etki edecek delilleri toplayacaktır.”* TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 97.

<sup>23</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 410.

<sup>24</sup> TÜRKOĞLU ÜSTÜN, s. 96-97.

<sup>25</sup> ONAR da iptal ve tam yargı davalarında uyumsuzluğun çözümünde kesin delillerin değil takdiri (serbest) delillerin uygulanabilir olduğunu ifade etmektedir. ONAR, Siddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 194; ÇAĞLAYAN, s. 380. Ancak, idari yargıda delilleri kesin ve değerlendirilebilir deliller olmak üzere ayırarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Ör-

yargılama hukuku bakımından keşif delilinin bir takdiri delil niteliğinde olduğu, hâkimin keşif sonucu ile mutlaka bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak yapılan bir keşfin aksine karar verilebilmesi için de bu durumun gerekçesinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

Keşif delilinin takdiri bir delil olması, keşif sonucunda hâkimin keşif raporu ile bağlı olmaması anlamına gelmekle birlikte, hâkimin aynı zamanda bu delile başvurup başvurmamak bakımından serbest olduğunu da ifade etmek gerekir. Ancak bazı durumlarda hâkimin keşif deliline başvurması yasal bir zorunluluk olarak öngörülmüş olabilir<sup>27</sup>. Bu hallerde keşfe başvurulması zorunludur. Bunun yanında idari yargı uygulamasında, özellikle teknik bir meseleye ilişkin ve yerinde görülmek üzere çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklarda keşif deliline başvurulmasının zorunlu olduğu ifade edilmekte ve keşif yapılmaksızın verilen kararlar Danıştay tarafından bozulmaktadır. Örneğin Danıştay vermiş olduğu bir kararında; çözümlenmesi için inceleme yapmayı gerektiren uyuşmazlığın keşif yapılmaksızın karara bağlanmasında hukuki isabet bulunmadığına karar vermiştir<sup>28</sup>.

Başka bir kararında da Danıştay; “...*uyuşmazlığın özünün uzmanlık gerektiren bir husus olduğu göz önünde bulundurulduğunda; Mahkemece, dava*

---

neğin GÖZÜBÜYÜK/TAN, idari yargıda hem kesin hem de değerlendirilebilir delillerin uygulandığını ifade etmektedir. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku C. II-İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 990. Ayrıca; idari yargıda genellikle resmi belgelerin delil olarak kullanıldığı, bu belgelerin de aksi ortaya konmadıkça mahkeme için kesin delil niteliğinde olduğu; ancak bu resmi belgelerin de kesin delil olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinin yine mahkemenin takdirine bağlı olduğu yönünde bkz. ULUSOY, s. 204.

<sup>26</sup> ÇAĞLAYAN, s. 381.

<sup>27</sup> Bu konuda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi örnek olarak gösterilebilir. KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2017, s. 444-445. 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilgili fıkrası uyarınca; “*Mahkemece yapılan duruşmada tarafların bedelde anlaşamamaları halinde hakim, en geç on gün içinde keşif ve otuz gün sonrası için de duruşma günü tayin ederek, 15 inci maddede sayılan bilirkişiler marifetiyle ve tüm ilgililerin huzurunda taşınmaz malın değerini tespit için mahallinde keşif yapar. Yapılacak keşifte, taşınmaz malın bulunduğu yerin bağlı olduğu köy veya mahalle muhtarının da hazır bulunması amacıyla, muhtara da davetiye çıkartılır ve keşifte hazır bulunması temin edilerek, muhtarın beyanı da alınır.*”

<sup>28</sup> Danıştay 14.D., 03/07/2017, E. 2015/5786, K. 2017/4410 (Lexpera).

*konusu taşınmazda meydana gelen zararda davalı idare tarafından yapılan istinat duvarının tekniğine uygun yapılıp yapılmadığının ve duvarın tekniğine uygun yapılması halinde dahi zararın başka etkenler neticesinde oluşmasının mümkün olup olmadığının araştırılması amacıyla istinat duvarının yapımı ile ilgili tüm bilgi ve belgelerin dosyaya celbi sağlanarak ve davacı iddiaları ile davalı idarelerin savunmaları dikkate alınarak mümkünse mahallinde yapılacak keşif sonucu, keşif yapılması mümkün değil ise dosya üzerinden yaptırılacak bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenecek bilirkişi raporu değerlendirilmek suretiyle davanın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.”<sup>29</sup> diyerek heyelan sonucunda zarar gören taşınmaza ilişkin uyuşmazlıkta keşif incelemesi yaptırılmasının zorunlu olduğu, bu mümkün değilse bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğini vurgulamıştır<sup>30</sup>. Keza bir imar planı revizyonunun iptali talebiyle açılan davanın temyiz incelemesinde de Danıştay; “...Mahkemece, keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasa dahi dosyadaki bilgi ve belgeler ile varsa uyuşmazlığı kapsayan alana ilişkin yargı kararlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiği, bu değerlendirmeler sonunda bir sonuca ulaşılmaz ise keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasının zorunlu olduğu kuşkusuzdur.”<sup>31</sup> diyerek, hakim teknik bir konuya ilişkin olsa dahi öncelikle dosyadaki bilgi ve belgeler kapsamında karara varması gerektiği, bu şekilde sonuca ulaşması mümkün değilse keşif deliline başvurusunun zorunlu olduğunu ifade etmektedir.*

### C. Keşif Konusu ve Amacı

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 363. maddesinin ilk fıkrası kapsamında keşiften bahsedilirken; “Gerek re’sen

<sup>29</sup> Danıştay 10.D., 20/02/2019, E. 2015/2314, K. 2019/1371 (Kazancı).

<sup>30</sup> Başka bir kararında da Danıştay; “...uyuşmazlığın çözümünü teknik bilgiyi gerektirdiğinden, ...uyuşmazlık konusu imalatın yapı tanımı kapsamında inşa edilip edilmediği ve niteliği saptanmak suretiyle ruhsat gerektirip gerektirmediği hususlarını açıklığa kavuşturmak üzere, İdare Mahkemesince, yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucunda hazırlanacak rapor ve dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle dava konusu yıkım hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” diyerek İdare Mahkemesince verilen kararı bozmuştur. Danıştay 6.D., 12/02/2020, E. 2019/6851, K. 2020/1504 (Lexpera).

<sup>31</sup> Danıştay 6.D., 19/03/2019, E. 2014/10028, K.2019/1496 (Kazancı).

ve gerek iki taraftan birinin talebi üzerine davanın her halinde münazaalı mahallin keşfine karar verilebilir.” denilmekteydi. Bu hüküm dar yorumlanarak keşfin yalnızca taşınmazlar bakımından uygulanabileceği, taşınmazlar dışındaki uyuşmazlık konuları bakımından ise HUMK 367. maddesinde düzenlenen “özel hüküm sebepleri”<sup>32</sup>nin uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi<sup>33</sup>. Bu kapsamda söz konusu Kanun döneminde yapılan keşiflerden amaç, sadece uyuşmazlığa neden olan taşınmazın hâkim tarafından bizzat gözlemlenmesi<sup>34</sup> ve uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlaması olarak ifade edilebilir. Eski tarihli kararlarında da Danıştay keşfin konusunu dar yorumlamak eğilimindeydi<sup>35</sup>.

6100 sayılı HMK'nın keşfi düzenleyen 288. madde ve devamı incelendiğinde ise, keşfin “*uyuşmazlık konusu şeyin taşınmaz olup olmadığına bakılmaksızın her türlü uyuşmazlıklar hakkında*”<sup>36</sup> uygulanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla HMK kapsamında yapılacak keşfin konusu taşınır ya da taşınmaz fark etmeksizin her şey olabilir<sup>37</sup>. Ayrıca keşfin konusu,

<sup>32</sup> HUMK, Madde 367- Hususi esbabı hüküm: “*Tahkikat hakimi, senetsiz ispatı caiz olan davalarda re’sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikına da karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebeyyün edecek hale göre iktiza eden tedbirleri ittihaz eder.*”

<sup>33</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 778, 232 No’lu dipnot; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 436.

<sup>34</sup> CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 819.

<sup>35</sup> “...keşif tartışmalı bir yerin yargıç tarafından yargıya varabilmek üzere gözlem konusu yapılması olduğuna göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 363. maddesi uyarınca keşif yapılmasına sadece taraflar arasında kimi özellikleri tartışmalı olan yerleri yerinde görmek için başvurulması gereklidir. Nitekim, aynı kanunda bunun dışındaki olaylar ve durumlar hakkında yargıç tarafından gözlemlenmesi, keşif değil hususi hüküm sebepleri olarak 367. maddede ayrıca düzenlenmiş, ancak 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde 367. maddedeki bu düzenlemeye atıf yapılmamıştır. Bu durumda dava konusu uyuşmazlığın niteliği itibarıyla çözümünü için yukarıda açıklandığı şekilde keşif yoluyla bir inceleme ve araştırma yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.” Danıştay 3.D., 25/12/1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569 (Kazancı).

<sup>36</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 436.

<sup>37</sup> Ceza Muhakemesinde de olayla ilgisi bulunmak şartı ile her şeyin keşfe konu olabileceği kabul edilmektedir. ÖZTÜRK, Bahri (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku-Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 375. Bu kap-

mutlaka dava konusu kılınan şeyle de sınırlı sayılmamalıdır. *“Mahkeme-ye yöneltilmiş talebi haklı kılan herhangi bir vakıa hakkında, şartları varsa keşfin gerçekleştirilebileceği”* ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Bu kapsamda idari uyuşmazlıklarda da keşfin konusu bakımından bir sınırlama getirmek mümkün değildir<sup>39</sup> ve idari uyuşmazlıklarda keşiften amaç; uyuşmazlığa konu olan her tür şey hakkında hâkimin doğrudan bilgi sahibi olarak uyuşmazlığı çözümleyebilmesine katkı sunmaktır.

Her ne kadar keşfin konusu bakımından bir sınır getirmek mümkün olmasa da uygulamada, idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda keşfin daha ziyade taşınmazlar bakımından söz konusu olduğunun altını çizmek gerekir. Ancak bazen de uyuşmazlık konusunu bir taşınmaz oluşturmamakla birlikte keşif zorunlu olarak bir taşınmazın içinde veya üzerinde gerçekleştirilmektedir. Ancak bu halde keşfin konusunu taşınmaz değil, doğrudan uyuşmazlığa neden olan şey oluşturmaktadır.

Keşfin amacı esas itibariyle uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyi tam olarak kavrayabilmektir. *“Keşif, delil içeriğinin öğrenilmesine, toplanmış delillerin değerlendirilmesine yaradığı gibi, icra edildiği yerde var olan durum ile olayın özelliğine göre varlığı umulup da bulunamayan eserlerin ve izlerin yokluğunu saptama bakımından önemlidir.”*<sup>40</sup> Buradan yola çıkıldığında keşfin amacı, uyuşmazlık konusunu yerinde inceleyerek, uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyi yahut uyuşmazlık konusunu oluşturan şeyin yokluğunu tespit ederek maddi gerçeğe ulaşmak olarak ifade edilebilir.

---

samda, nesnelere, belgeler, kişiler, olgular ve deneyler keşfin konusunu oluşturabilmektedir. CENTEL/ZAFER, s. 315-316.

<sup>38</sup> ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 537.

<sup>39</sup> *“Keşfin konusu, taraflar arasında kimi özellikleri tartışmalı olan yerler, nesnelere.”* YA-SİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015, s. 140.

<sup>40</sup> ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mart 2014, s. 86.



## D. İdari Yargıda Keşif Deliline Sık Başvurulan Konular

İdari yargılama usulüne hâkim olan yazılı yargılama ilkesi<sup>41</sup> gereğince, uyuşmazlığın dosya üzerinden incelenmesi gerektiğinden, keşif deliline hâkimin sınırlı olarak başvurduğu şeklinde bir izlenim bulunabilir. Oysa keşif deliline başvurulması, yazılı yargılama ilkesine bir istisna niteliği taşımamakta<sup>42</sup>, keşif hâkimin uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştırmak için başvurduğu bir delil olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde bir görüş, idari yargılama usulünün az masraflı oluşunun nedenlerinden birini keşif ve bilirkişi gibi delillere az başvurulması olarak göstermektedir<sup>43</sup>. Oysa idari yargılama hukukuna tabi uyuşmazlıkların gün geçtikçe karmaşıklaşması ve teknik meseleleri bünyesinde barındırması karşısında, idari yargı hâkiminin keşif deliline daha sık başvurulması bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu durum idari yargılama usulündeki masrafları artırıyor olsa da, uyuşmazlıkların doğru bir şekilde çözümlenmesi için keşif bazı durumlarda elzem hale gelmektedir. Örneğin yıkım ve imar hukukuna ilişkin diğer yaptırımlar, kamulaştırma, ruhsat, işgal, ÇED raporuna ilişkin uyuşmazlıklar gibi konularda keşif sıkça başvurulduğu gözlemlenmektedir. Hatta öyle ki, Danıştay kararları incelendiğinde, bu gibi uyuşmazlıkların çözümlenmesinde keşif deliline başvurulmadan karar verilmesi çoğu kez bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir.

Uygulamada keşif deliline en sık başvuru konularından biri, imar hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu kapsamda, özellikle yıkım kararlarına dair uyuşmazlıklar ön plana çıkmaktadır. İdare tarafından imar mevzuatına aykırı olduğu gerekçesiyle hakkında yıkım kararı verilen taşınmazların konusunu oluşturan pek çok uyuşmazlıkta

<sup>41</sup> “Yazılılık ilkesi gereğince yargılamanın tarafları mahkemeye yazılı dilekçelerle ve yazılı delillerle başvurur; iddia ve savunmalar ile mahkemenin her türlü usul işlemi yazılı olarak yapılır. Davaya ilişkin her şey, dava dosyasında toplanır ve mahkeme de dava dosyası üzerinden hükmünü kurar.” TÜRKOĞLU ÜSTÜN, s. 327.

<sup>42</sup> Yazılı yargılama ilkesinin tek istisnası olarak, idari yargıda duruşma yapılması karşımıza çıkmaktadır. İdari yargıda duruşmaya ilişkin hükümler ise İYUK’un 17-19. maddeleri arasında yer almaktadır.

<sup>43</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 767; KALABALIK, s. 274.

keşif deliline başvurulmaktadır<sup>44</sup>. Ayrıca imar para cezalarına ilişkin uyuşmazlıklarda<sup>45</sup>, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun<sup>46</sup> ve Gecekondu Kanunu<sup>47</sup> gibi özel kanunlar kapsamındaki uyuşmazlıklarda da keşfe sıkça başvurulmaktadır. Bunun yanında uygulama imar planı ve nazım imar planına ilişkin uyuşmazlıklar<sup>48</sup>, sınır uyuşmazlıkları<sup>49</sup>, parselasyon işlemleri<sup>50</sup>, bir taşınmazın kullanım amacının belirlenmesi<sup>51</sup>, gayrimenkullerin emsal bedellerinin belirlenmesi<sup>52</sup>, arazi ve arsaların imar planına uygun olarak düzenlenmesi<sup>53</sup>, işletme ruhsatı verilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda<sup>54</sup> da keşif delilinden sıkça yararlanılmaktadır. Ayrıca kamulaştırmadan<sup>55</sup>, ÇED kararlarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda<sup>56</sup> da keşif delili sıkça karşımıza çıkmaktadır.

Genellikle taşınmazlara ilişkin olmakla birlikte ayrıca; idarenin kişilerin taşınmazlarına idari işlem veya eylemleri ile vermiş olduğu zararların tespiti<sup>57</sup>, emlak vergisi bakımından doğru emsal bedelin belirlenmesi<sup>58</sup>, köy sınırları içindeki kaynak suyunun kullanımı<sup>59</sup>, doğal afet

<sup>44</sup> Danıştay 6. D., 06/05/2020, E. 2019/8699, K. 2020/394 (Yayımlanmamış).

<sup>45</sup> Danıştay 6.D., 30/01/2020, E.2019/5152, K. 2020/699 (Yayımlanmamış).

<sup>46</sup> Danıştay 6.D., 11/03/2020, E. 2019/8505, K. 2020/3553 (Kazancı).

<sup>47</sup> Danıştay 6.D., 13/02/2020, E. 2019/8377, K. 2020/1718 (Yayımlanmamış).

<sup>48</sup> Danıştay İDDK, 24/02/2011, E.2009/2502, K.2011/91 (Legalbank).

<sup>49</sup> Danıştay İDDK, 27/10/1994, E. 1993/761, K. 1994/603 (expera).

<sup>50</sup> Danıştay 6.D., 14/01/2003, E.2001/6965, K.2003/196 (Legalbank).

<sup>51</sup> Uyuşmazlık konusu taşınmazların olduğu yerin mera olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinin yapılması hakkında; Danıştay 13.D., 05/01/2009, E.2007/7007, K.2009/16 (Legalbank).

<sup>52</sup> Danıştay 3.D., 23/02/2000, E.1998/4112, K.2000/696 (Legalbank).

<sup>53</sup> Danıştay 1.D., 15/12/2010, E.2010/1805, K.2010/1955 (Legalbank).

<sup>54</sup> Danıştay 8. D., 02/04/2007, E.2006/6404, K.2007/1790 (Legalbank).

<sup>55</sup> Danıştay 6.D., 25/02/2020, E. 2015/3727, K. 2020/2351 (Kazancı).

<sup>56</sup> Danıştay 6.D., 26/12/2019, E.2019/19762, K.2019/15315 (Kazancı).

<sup>57</sup> Danıştay 10.D., 02/07/2015, E. 2011/8178, K. 2015/3521 (Lexpera); Danıştay 8.D., 26/12/2011, E.2008/5239, K.2011/7043 (Legalbank); Danıştay 8.D., 12/11/1997, E.1995/2637, K.1997/3313 (Legalbank).

<sup>58</sup> CANDAN, s. 819.

sonucu oluşan zararların tespiti<sup>60</sup> gibi durumlarda da keşif deliline başvurulmaktadır. Ayrıca idari bir uyuşmazlığa neden olan her türlü taşınır eşyadan mahkemeye getirilmesine imkân bulunmayanların durumlarının tespiti, bir kamu görevlisinin çalışma koşullarının yerinde tespiti<sup>61</sup>, bir işyerinin çevre sağlığına olan etkilerinin incelenmesi<sup>62</sup>, bir işletmenin fiziki ve ekonomik durumunun saptanması<sup>63</sup> gibi durumlarda da mahallinde keşif incelemesi, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması bakımından hâkimin başvurduğu önemli delillerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda<sup>64</sup>, çevre sağlığı ve güvenliği gibi konularda<sup>65</sup> da keşif yapılması suretiyle uyuşmazlıkların çözümlenmesi gerektiği Danıştay kararları ile vurgulanmaktadır. Bazen de uyuşmazlığın nihai olarak çözümlenebilmesi için yalnızca fiili bir durumun tespitinin önem arz ettiği noktalarda<sup>66</sup> keşfe başvurulması gerektiği, içtihatlarla kabul edilmektedir.

### E. Keşif Kararının Alınması ve İcrası

İdari yargılama usulünde, bir uyuşmazlığın çözümü için keşfe ihtiyaç duyulması halinde, keşif yapılmadan önce ara karar niteliğinde<sup>67</sup> bir keşif kararı alınması gerekmektedir. Keşif kararı alınmadan keşif yapılması mümkün değildir<sup>68</sup>.

<sup>59</sup> Danıştay 8. D., 22/09/1993, E. 1992/3125 K. 1993/2806 (Lexpera).

<sup>60</sup> Danıştay 11.D., 05/02/2003, E.2001/1928, K.2003/636 (Legalbank).

<sup>61</sup> CANDAN, s. 820.

<sup>62</sup> Danıştay İDDK, 28/01/1999, E.1992/523, K.1994/37 (Lexpera).

<sup>63</sup> Danıştay 9.D., 11/02/1998, E.1997/3926, K.1998/452 (Legalbank).

<sup>64</sup> Danıştay 6.D., 15/12/1987, E.1987/1098, K.15/12/1987 (Legalbank).

<sup>65</sup> Danıştay 8.D., 13/06/2019, E. 2014/9819, K.2019/5545 (Kazancı).

<sup>66</sup> Tapu kaydında tarla olarak gözüken yerde eczane açılması talebine ilişkin uyuşmazlıkta, eczanenin fiili durumunun sorularak, aranılan şartları taşıyıp taşımadığının, yapılacak keşif ve bilirkişi incelemesi ile tespit edilmesi hakkında; Danıştay 15.D., 01/12/2015, E. 2015/8819, K. 2015/8250 (Kazancı).

<sup>67</sup> KALABALIK, s. 368.

<sup>68</sup> CANDAN, s. 821.

HMK'nın 288. maddesinin ikinci fıkrasında; *“Keşif kararı, mahkemece, sözlü yargılamaya kadar taraflardan birinin talebi üzerine veya resen alınır.”* denilmektedir. Her ne kadar İYUK'un 31. maddesinde keşif konusunda HMK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş olsa da, HMK'nın bu hükmü, idari yargılama hukukunun yapısı ile doğrudan örtüşmemektedir. Zira idari yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi de yazılı yargılama ilkesidir<sup>69</sup>. Dolayısıyla HMK'nın bu hükmünü, idari yargılama usulü bakımından; *“keşif kararı, mahkemece davanın her aşamasında taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen alınır”* şeklinde yorumlamak gerekir. Bu kapsamda keşif, davanın her aşamasında; ancak karar verilmeden önce yapılabilir<sup>70</sup>.

Keşif kararı alınırken, keşfi yapacak olan naip üyenin de belirlenmesi gerekir<sup>71</sup>. İdari yargılama usulünde keşfin kurul halinde yapılmasının, medeni yargılama usulünün aksine istisnai olduğu ifade edilmektedir<sup>72</sup>. Hatta öyle ki Danıştay da vermiş olduğu bir kararında keşfin mahkeme başkanı ve kurul üyelerinin katılımıyla yapılmasının, usul ekonomisi bakımından sakıncalı olduğunu vurgulamıştır<sup>73</sup>.

Keşif kararında, mahkeme (hâkim) tarafından tespit edilen keşfin günü, yeri ve saati yer almalıdır. Ayrıca Danıştay'ın da bir kararında belirttiği üzere keşif kararında bilirkişi incelemesi yapılacaksa bu husu-

<sup>69</sup> *“...idari yargılama usulü hukukunda yazılı yargılama usulü esas olup, idari yargı yerleri uyumsuzluk konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme ulaşmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargılama yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilecekleri gibi gerektiğinde 2577 sayılı Kanununun 31. maddesinin atf yaptığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle de uyumsuzluğu çözebilirler.”* Danıştay 3.D., 25/12/1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569 (Kazancı).

<sup>70</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 779; CANDAN, s. 820; YASİN, s.141; KAPLAN, s.445.

<sup>71</sup> CANDAN, s. 821.

<sup>72</sup> CANDAN, s. 821.

<sup>73</sup> Danıştay 4.D., 26/11/1987, E. 1985/5491, K. 1987/3507, Aktaran: CANDAN, s. 821.

sun ve nelerin bilirkişiye incelettirileceğinin, keşfe katılacak naip üyenin, neyin keşfinin yapılacağıının da açıkça belirtilmesi gerekmektedir<sup>74</sup>.

Keşfin, karar verildikten sonra mümkün olan en kısa süre içinde icra edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde uyuşmazlığın niteliğine göre keşiften beklenen sonucun elde edilmesi zorlaşabilmektedir<sup>75</sup>. Hatta bunu temin etmek için resmi çalışma saatleri dışında, resmi tatil günlerinde ve adli tatil sırasında da keşif yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Zira HMK'nın 148. maddesinde; *"Mahkemeler, resmî çalışma gün ve saatlerinde görev yaparlar. Ancak, zorunluluk veya gecikmesinde zarar olan hâllerde, keşif, delillerin tespiti ve günlük duruşma listesinde yazılı işler gibi işlemlerin, resmî tatil günlerinde veya çalışma saatlerinin dışında da yapılmasına karar verilebilir."* denilmektedir. Dolayısıyla çalışma saatleri dışında keşfin icra edilebilmesi için zorunluluk veya gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığı gerekmektedir<sup>77</sup>.

Peki keşfin icrası sırasında mutlaka hazır bulunması gerekenler kimlerdir? HMK'nın 289. maddesinin ilk fıkra hükmü; *"Keşif, davaya bakan mahkemece icra edilir..."* şeklindedir. Bu kapsamda kural olarak keşfin, davaya bakan mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. İdari yargılama usulünde ise, keşfin davaya bakan mahkeme tarafından belirlenen naip üye tarafından gerçekleştirileceği kabul edilmektedir. Hâkimin keşif yerine gitmeden dosyayı bilirkişi veya zabıt kâtibi-

<sup>74</sup> *"Mahkemece uyuşmazlığın çözümü için keşif ve bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan keşif ve bilirkişi tayinindeki usul ve esaslara uygun olarak bu konuda karar alınması naip üye tayin edilmesi ve neyin keşfinin yapılacağı ve hangi hususların bilirkişiye incelettirileceğinin kararda açıkça belirtilmesi zorunludur."* Danıştay 3.D., 25/12/1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569 (Kazancı).

<sup>75</sup> Örneğin Danıştay bir kararında; *"Mahallinde yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda davacının kıydan izinsiz kum aldığı yolunda kesin delil bulunamadığı belirtildiğinden mahkemece bu nedenle verilen para cezası işlemi iptal edilmişse de idarece iki kez tesbit yapıldığı, 6 ay sonra yapılan keşif ve bilirkişi incelenmesinin durumu açıklamaya yeterli olmayacağı göz önünde bulundurularak verilen kararda isabet görülmediği"* ni vurgulamıştır. Danıştay 6.D., 06/12/1993, E.1993/1828, K.1993/5159 (Legalbank).

<sup>76</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 437.

<sup>77</sup> Ayrıca HMK'nın *"Adli tatilde görülecek dava ve işler"* başlıklı 103. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde; *"Adli tatilde yapılmasına karar verilen keşifler"* ibaresi yer almaktadır.

ne vermek suretiyle keşfi icra ettirmesi mümkün değildir<sup>78</sup>. Zira keşif, hâkimin uyuşmazlık konusu şey hakkında *bizzat* bilgi edinmesi olduğuna göre, kural olarak hâkim keşifte hazır bulunmak zorundadır. Danıştay da vermiş olduğu bir kararında; “*keşfe gitmediği halde keşif zabıtlarını bilgisayarla yazdırıp dairede imzalattığı, bir kısım dosyalarda sit alanının belirlenmesine ilişkin keşiflere gitmediği halde keşif tutanaklarını dairede düzenlediği...*” ileri sürülen ve bu durum da “*mesleğin şeref ve onurunu ve memuriyet nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte*” olduğundan, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin karara karşı yeniden inceleme talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>79</sup>.

Davaya bakan hâkim dışında keşifte hazır bulunması gereken diğer kişi zabıt kâtibidir. HMK'nın “Zabıt kâtibi bulundurulması zorunluluğu” başlıklı 157. maddesi uyarınca; “(1) *Mahkemede veya mahkeme dışında hâkim huzuruyla yapılacak bütün işlemlerde zabıt kâtibinin hazır bulunması zorunludur. (2) Hukuki veya fiilî engellerle zabıt kâtibi görev yapamayacak durumda olur ve işin gecikmesinde sakınca bulunursa, görevin niteliğine uygun yemin ettirilmek koşuluyla, başka bir kimse, zabıt kâtibi olarak görevlendirilebilir.*”

Dolayısıyla keşif sırasında mutlaka hazır bulunması gerekenler kural olarak davaya bakan hâkim ve zabıt kâtibidir. Bunun istisnası, uyuşmazlık konusu şeyin mahkemenin yargı çevresi dışında olmasıdır. HMK'nın 289. maddesi; “(1)...*Keşif konusu, mahkemenin yargı çevresi dışında ise inceleme istinabe suretiyle yapılır. (2) Keşif konusu, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise inceleme, davaya bakan mahkeme tarafından da yerine getirilebilir.*” demektedir. Dolayısıyla eğer keşfin konusu davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, hâkim, keşif konusunun bulunduğu yargı çevresi içindeki mahkemeden, keşif yapılmasını istinabe yolu ile isteyecektir. Keşif için istinabeden yararlanılabilmesi ise; “*yargı çevresi dışında olan keşif konusunun mahkemeye getirilmesinin müm-*

<sup>78</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 437. “...*bilirkişiye tek başına keşif yapması için yetki devri mümkün değildir.*” PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 466.

<sup>79</sup> Danıştay 16.D., 17/05/2016, E. 2015/4824, K. 2016/3336 (Lexpera).

*kün olmaması veya güç ya da masraflı olması*<sup>80</sup> gerekmektedir. İstinabe yolu ile keşif yapılmasının (özellikle istinaf aşamasında), keşfin bizzat davayı gören hâkim tarafından yapılması gerektiği prensibi ile örtüşmediği düşünülse de; bu halde usul ekonomisi ilkesi bağlamında bir değerlendirme yaparak meselenin haline gidilmelidir<sup>81</sup>. Ancak idari yargı yerlerinin hukuk mahkemelerine istinabe yolu ile keşif yaptırmasının Danıştay içtihatları kapsamında kabul görmediği<sup>82</sup> de ifade edilmelidir.

HMK'nın 290. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mahkeme, keşif sırasında, uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli görürse tanık ve bi-

<sup>80</sup> YILMAZ, Dilşat, İdari Yargılama Hukukunda İstinabe, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 147. İstinabe yolu ile keşif incelemesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, İstinabe, s.146-154.

<sup>81</sup> Benzer yönde, YILMAZ, İstinabe, s. 143.

<sup>82</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 779. Örneğin Danıştay; "İdari Yargılama Usulü Kanununda keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli mahkemeler aracılığıyla yaptırılabilirliğine ilişkin bir hüküm yer almadığı gibi, yukarıda yazılı 31. madde ile gönderme yapılan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da bu tarz incelemeyi olanaklı kılan bir hükme yer verilmemiştir. Her ne kadar, sözü edilen keşif ve bilirkişi incelemesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun istinabeye ilişkin maddelerine dayanılarak gerçekleştirilmiş ise de, kurum olarak istinabenin böyle bir incelemeyi kapsamaması ve olanaklı kılması düşünülemez. Öte yandan, 2577 sayılı Kanunun 31. maddesinde yapılan değişiklik ile, bilirkişi seçiminin Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılacağı kuralına yer verilerek bu görevin esasen bir başka yargı yerine bırakılması tamamen önlenmiş bulunmaktadır. Bu durumda, uyuşmazlığın çözümü için bir başka yargı yerine yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora dayanılarak verilen kararda isabet görülmemiştir." Danıştay 6. D., 08/05/1991, E. 1990/7429, K. 1991/1027 (Kazancı). Benzer şekilde Danıştay; "Dosyanın incelenmesinden mahkemece yukarıda anılan yasa hükmü dayanak alınarak uyuşmazlığın çözümü için yapılması gerekli görülen keşif ve bilirkişi incelemesinin mahalli adli yargı merciince yaptırılması yolunda karar alındığı, bunun üzerine adli yargı mercinin tesbit ettiği bilirkişi tarafından mahallinde yapılan inceleme sonucunda hazırlanan rapor esas alınarak dava konusu işlemlerin iptaline karar verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan yasa hükmü delillerin tespitine ilişkin düzenlemeyi içermekte olup idari yargı yerlerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda mahalli idari veya adli yargı mercilerinin görevlendirileceği yolunda karar alınabileceğine ilişkin hüküm taşımamaktadır. İdari yargıda keşif ve bilirkişi incelemelerinin davaya bakan idari yargı mercileri tarafından yapılması gerekli olduğundan 2577 sayılı Yasanın 58. maddesinin 2. fıkrasındaki delillerin tespitine ilişkin hükümlere dayanılarak mahalli adli yargı mercii tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bunun sonucuna göre işlemlerin iptaline karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır." diyerek aynı hususta benzer yönde karar vermiştir. Danıştay 6.D., 09/03/1995, E. 1994/3089, K. 1995/925 (Kazancı). Karar künyelerine AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA'nın eserinden ulaşılmıştır.

lirkişi de dinleyebilecektir<sup>83</sup>. Dolayısıyla hâkimin gerekli görmesi halinde keşif sırasında tanık veya bilirkişinin bulunması da gerekecektir. Bunun için keşfin gün, saat ve yerinin tanıklara veya bilirkişiye yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir<sup>84</sup>.

Keşif sırasında hazır bulunabileceklerden bir diğeri ise uyuşmazlığın taraflarıdır. Keşif kararının alınması ile keşfin gün, yer ve saatinin keşiften önce davanın taraflarına yazılı olarak bildirilmesi gerekmektedir. Ancak tarafların bu davete uyması zorunlu değildir<sup>85</sup>. Zira HMK'nın 290. maddesinin ilk fıkrasında; "...Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır." ifadesi yer almaktadır. Bu kapsamda tarafların keşif sırasında hazır bulunmaları şart değildir. Kendilerine yapılan tebligata rağmen her iki taraf da keşfe belirtilen gün ve saatte katılmazlarsa, keşif tarafların yokluğunda; taraflardan yalnızca birinin katılması durumunda ise yalnızca gelen tarafın huzurunda yapılacaktır. Danıştay da; "...mevzuat hükmünün incelenmesinden, keşif gününün taraflara usulüne uygun tebliğ edilmesinden sonra taraflar gelirse huzurlarında, davete icabet etmeyip gelmezlerse yokluklarında keşif yapılabileceği açıkça düzenlenmektedir. Bu durumda, tarafların gelmemesi gerekçe gösterilerek keşif yapılmayarak, dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir."<sup>86</sup> diyerek tarafların yokluğu nedeniyle keşif yapılmamasını bozma nedeni olarak değerlendirmiştir. Ayrıca mahkeme tarafından

<sup>83</sup> 6100 sayılı HMK, Madde 290/(2): "Mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir...."

<sup>84</sup> CANDAN, s. 822.

<sup>85</sup> CANDAN, s. 822. Danıştay da bir kararında; "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 280'inci maddesinde, tetkikat için keşif icrası veya diğer ihzari bir muamele ifası lazım gelirse iki taraftan her birinin bu muamelede hazır bulunabileceği, hükme bağlanmıştır. Yasanın bu açık hükmü karşısında, davaya konu eşyanın pozisyonunun belirlenmesi amacıyla yaptırılacak olan bilirkişi incelemesinde, tarafların bilirkişi incelemesinde bulunması zorunlu olmayıp, bulunduğu adresi belli olan ithal eşya numunesinin naip üye nezaretinde bilirkişi tarafından incelenmesi yeterlidir." diyerek, tarafların keşif mahallinde yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sırasında hazır bulunmalarına gerek olmadığını vurgulamıştır. Danıştay 7.D., 07/10/1998, E.1998/2057, K.1998/3182 (Legalbank).

<sup>86</sup> Danıştay 6.D., 15/04/2008, E.2006/2395, K.2008/2296 (Legalbank).



keşif yapılacağına ilişkin taraflara bildirimde bulunulmaması<sup>87</sup> veya yapılan bildirim usulüne uygun olmaması<sup>88</sup> da Danıştay kararlarında bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir.

Keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen HMK'nın 291. maddesinin ilk fıkrasında; *"Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar."* denilmektedir. Bu kapsamda keşif sırasında hazır bulunacaklardan bir diğeri üçüncü kişilerdir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da; *"Keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır. Keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hâllerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir."* demek suretiyle, keşifte bulunacak üçüncü kişiler için de kural olarak bildirim zorunluluğu getirilmiştir. 3. fıkrada bahsedilen üçüncü kişinin kim olduğu düzenlemeden açıkça anlaşılmamaktadır. Bu konuda, her davanın özelliğine göre üçüncü kişinin kim veya kimler olacağına hâkimin karar vereceği ifade edilmektedir<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> *"...dava konusu kıyı kenar çizgisinin mevzuatta öngörülen ölçü ve ilkelere uygun olarak çizilip çizilmediği hususunun tespiti amacıyla yaptırılacak keşif ve bilirkişi incelemesine ilişkin kararın davacı ve davalılara keşif gününden makul bir süre önce tebliğ edilerek tarafların keşfe katılmalarının sağlanması gerektiğinden, bu usule uyulmadan yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapor esas alınarak dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde mevzuata uyarlık görülmemiştir."* Danıştay6.D., 23/11/1999, E. 1998/5242, K. 1999/5976 (Lexpera).

<sup>88</sup> *"... 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca, keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması, bilirkişilerin belirlenmesi gibi ara kararlarının Tebligat Yasası hükümlerine göre ilgililere tebliğ edilmesi zorunlu olduğundan mahkemenin re'sen seçtiği bilirkişileri keşif gününden önce taraflara yazılı olarak bildirmesi suretiyle bu kişilere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen üç günlük süre içinde bilirkişilerin şahsına yönelik olarak itiraz hakkının tanınması gerektiği açıktır....Olayda, keşif mahallinin davalı idareye ve bilirkişilere bildirilmesine ilişkin naip üye yazısının 16.9.2005 tarihli olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, davacı tarafın keşif ve bilirkişi incelemesine katılmamasının salt tebligattaki gecikmeden kaynaklanmadığı, davacıya tebligatı yapılan tarihsiz naip üye yazısının da geç tebligata çıkarıldığı, ayrıca davacının itiraz hakkını da kullanmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla, yukarıda yer alan usul ve esaslara uyulmak suretiyle keşif yapılmaması nedeniyle bu husus göz önünde bulundurulmaksızın verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir."* Danıştay 6.D., 30/05/2008, E. 2006/2856, K. 2008/3519 (Kazancı).

<sup>89</sup> KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s. 1292.

Keşif sırasında hazır bulunacak olan taraflar ve üçüncü kişiler için HMK'da keşfe katlanma zorunluluğu getirmiştir. Kanun'un 291. maddesinin ilk fıkrasında bu zorunluluk; *"Taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar."* şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Kanunla getirilen bu zorunluluğun nedeni, yargılamanın sorunsuz yürütülebilmesi ve gerçeğin daha kolay ortaya çıkarılabilesini sağlamaktır.

Keşif kararının gereklerine uymayan veya keşif yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunan *"taraflar"* bakımından Kanun, 291. maddenin ikinci fıkrasında; *"Keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden vazgeçmiş; diğer taraf ise iddia edilen vakiayı kabul etmiş sayılır. Şu kadar ki, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir."* demek suretiyle davanın sonuçlanmasını dahi etkileyebilecek bir usuli yaptırım öngörmektedir.

Keşif yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlarda bulunanlar üçüncü kişiler de olabilir. İdari yargıda üçüncü kişinin keşfe karşı koymasına, imar mevzuatına aykırı bir yapı olduğu gerekçesiyle idare tarafından verilen yıkım kararının iptali istemiyle açılan davada mahkemece mahallinde keşif yapılmasına, mahalle halkından bazı kimselerin, komşuluk dayanışmasını ileri sürerek keşif yapılmasını engellemeye çalışmaları<sup>90</sup> örnek olarak verilebilir. Kanun, bu kişiler bakımından da disiplin yaptırımını öngörmektedir. Kanunun 291. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; *"Keşfe karşı koyma hâlinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder; gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir. Ancak, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir."*<sup>91</sup>

Keşfin icrası kapsamında son olarak temsili uygulamaya değinmek gerekir. HMK'nın 290. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Mahkeme,*

<sup>90</sup> KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s. 1293.

<sup>91</sup> Keşfi engelleyici harekette bulunanlar hakkında ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun "Görevi Yaptırmamak İçin Direnme" başlıklı 265. maddesi uygulanır.

*bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama da yaptırabilir.*" hükmüne yer verilerek, keşfin icrasına ilişkin farklı bir usul kabul edilmiştir. Bu hükümle, hâkime bir olayın nasıl geliştiğini daha iyi kavraması bakımından mahallinde veya mahkeme salonunda<sup>92</sup> temsili bir uygulamaya başvurma imkânı tanınmıştır. Ancak temsili uygulamanın idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından uygulanma olasılığı düşüktür. Bu uygulama en iyi ihtimalle mahallinde yapılan keşifler bakımından mümkün olabilecek, bu şekilde gerçekleştirilen temsili uygulamanın da yazılı yargılama ilkesi dolayısıyla tutanağa geçirilerek dosyaya eklenmesi gerekecektir.

### F. Keşif Tutanağının Düzenlenmesi

HMK'nın 290. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca; *"...Keşif sırasında, yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenir. Tutanağa hâkimin keşif konusu ve mahalliyle ilgili gözlemleri de yazılır. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir."* Bu kapsamda keşif bittikten sonra, keşif yerinde keşifte yapılan bütün işlemleri içeren bir keşif tutanağı düzenlenmesi zorunludur.

Keşif tutanağında bulunması gerekenler; dosya numarası, keşif gün ve saati, keşif konusunun yeri, keşifte bulunanların ad ve soyadları ile imzaları, bilirkişilere sorulan sorular, keşifte tanık dinlenmişse tanık ifadeleri, keşifte yapılan bütün işlemler, keşifte hazır bulunan tarafların yapılan keşfe bir diyecekleri olup olmadığı hususu, keşifte taraflarca incelenmek üzere sunulan bilgi ve belgeler<sup>93</sup> olarak sıralanabilir. Usulüne uygun olarak hazırlanan keşif tutanağı keşfe katılan taraflarla keşfi yapan idari hâkim ve eğer katıldıysa bilirkişi tarafından imzalanmalıdır<sup>94</sup>. İmzalanan keşif tutanağı, taraflara tebliğ edilmelidir<sup>95</sup>.

<sup>92</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 437.

<sup>93</sup> KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s. 1295.

<sup>94</sup> CANDAN, s. 822.

<sup>95</sup> Ancak taraflardan biri keşif sırasında hazır bulunmadıysa, keşif tutanağının kendisine tebliğ edilmesine gerek bulunmadığı, keşfe katılmayan tarafın yapılan keşfe kural olarak itiraz edemeyeceği, ancak ağır hastalık gibi geçerli bir mazeret nedeniyle keşfe katılmadı ise bu halde yokluğunda yapılan keşfe itiraz edebileceği ifade edilmektedir. PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 466.

Danıştay bir kararında, “uyuşmazlık konusu yere keşif ve bilirkişi incelemesi yapılması amacıyla gidildiğinde taraf temsilcileri tarafından anlaşmaya varıldığı ve keşif yapılmasına gerek olmadığını beyan etmeleri üzerine durumun keşif tutanağında imza altına alınarak keşfin yapılmadığı, bu nedenle davanın konusuz kaldığı anlaşıldığından, idare mahkemesi tarafından verilen, konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına”<sup>96</sup> ilişkin kararın onanmasına karar vermiştir. Bu kapsamda keşif tutanağında, keşif sırasında taraflar arasında yapılmış anlaşmalara da yer verilmesi gerekmektedir.

## II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA KEŞİF DELİLİ HAKKINDA ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI HUSUSLAR

### A. Keşif Giderleri

Keşif giderleri, keşif yapılması için gerekli olan masraflardan oluşmaktadır. Bu masraflar genel olarak; hâkim, zabıt kâtabi ve varsa mübaşirlerin yol tazminatı, ulaşım giderleri ve keşfe ilişkin diğer giderlerden oluşmaktadır<sup>97</sup>. Keşif yapılmadan önce, keşfe karar veren hâkim tarafından belirlenen keşif masrafları, istek sahibinden, eğer keşfe hâkim tarafından re’sen karar verilmişse de davacıdan, süre verilerek talep edilir. Keşif için belirlenen gider avansının (keşif gideri avansı), keşif gününden önce mahkeme veznesine yatırılması zorunludur. Bunun dayanağı HMK’nın 324 ve 325. madde hükümleridir.

HMK’nın “Delil ikamesi için avans” başlıklı 324. maddesi uyarınca; “(1) Taraflardan her biri ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenen avansı, verilen kesin süre içinde yatırmak zorundadır. Taraflar birlikte aynı delilin ikamesini talep etmişlerse, gereken gideri yarı yarıya avans olarak öderler. (2) Taraflardan birisi avans yükümlülüğünü yerine getirmezse, diğer taraf bu avansı yatırabilir. Aksi hâlde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılır. (3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işler hakkındaki hükümler saklıdır.”

HMK’nın “Resen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler” başlıklı 325. maddesi ise; “(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava

<sup>96</sup> Danıştay 6.D., 05/10/2009, E. 2007/7849, K.2009/9060 (Lexpera).

<sup>97</sup> KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s. 1297.

*ve işlerde, hâkim tarafından resen başvuru deliller için gereken giderlerin, bir haftalık süre içinde taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine karar verilir. Belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine hükmedilir.”* şeklindedir.

Danıştay uygulamasına bakıldığında, idari yargıya hâkim olan re’sen araştırma ilkesi kapsamında, keşif deliline başvuru hemen her uyuşmazlıkta, 325. maddenin uygulandığı gözlemlenmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edip edemeyeceğine, kamunun menfaatini ilgilendirip ilgilendirmediğine bakılmaksızın her uyuşmazlık, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Örneğin bir taşınmaza kum ocağı sahası olarak işletme izni verilmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta Danıştay, “...yapılan duruşmada tarafların karşılıklı sav ve savunmaları da dinlendikten sonra keşif ve bilirkişi incelemesine re’sen karar verilmiş olması nedeniyle yukarıda anılan yasal hükümler uyarınca tarafların ödememesi üzerine, giderlerin ileride haksız çıkacak taraftan alınmak üzere Devlet hazinesinden ödenmesine karar verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Yasada öngörülen usul hükümlerine uyulmadan verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.”<sup>98</sup> demektedir. Burada Danıştay, davanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir dava olup olmadığı değerlendirmesi yapmaksızın, keşif deliline hâkimin re’sen başvurmuş olması nedeniyle HMK’nın 325. maddesinin uygulanmasını kabul etmiştir. Keza Danıştay bir sınav notunun incelenmesine ilişkin uyuşmazlıkta, bilirkişi avansı ile ilgili olarak; “resen araştırma ilkesine de uygun olarak, bilirkişi avansının davacı tarafından yatırılmasının istenmesi, yatırılmaması halinde, 6100 Sayılı Kanun’un 325. maddesinde yer alan sürecin işletilmesi suretiyle bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekirken; bu süreçler işletilmeksizin davanın reddine karar verilmesinde”<sup>99</sup> hukuka uyarlık görmediğini belirtmiştir.

Danıştay, mülga HUMK’nin 415. maddesinde, HMK’nın ise 325. maddesinde yer alan “Re’sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler” konusunda; “Söz konusu madde hükmü hakim in gerçeğe ulaşabilmesi için

<sup>98</sup> Danıştay 8.D., 02/04/2007, E.2006/6404, K.2007/1790 (Legalbank).

<sup>99</sup> Danıştay 2.D., 28/03/2019, E.2018/4013, K.2019/1520 (Kazancı).

kendiliğinden inceleme yapılması gereken tüm işlemleri kapsamakta olup, sadece yasaların yapılmasını emrettiği işlemlere ilişkin değildir.”<sup>100</sup> demek suretiyle, bu hükmün, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda dahi hakim incelenmesinde gerekli görerek re’sen başvurduğu tüm deliller bakımından uygulanması gerektiğine işaret etmiştir. Keza daha yeni tarihli bir kararında Danıştay; ruhsatsız bir yapı hakkında verilen yıkım ve para cezasına ilişkin uyuşmazlıkta “...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325. maddesi uyarınca keşif avansının yargılama sonucu haksız çıkan taraftan alınmak şartıyla davalı idareden istenilmesi, davalı idare tarafından da yatırılmaması halinde hazineden karşılanması suretiyle mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi...”<sup>101</sup> gerektiğini vurgulamaktadır.

Danıştay bir başka kararında da; “Olayda, ecrimisile konu işgal edilen alanın, işgal süresinin ve bunun için takdir olunan ecrimisilin gerçeğe uygun olup olmadığının saptanabilmesi için keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunlu olup; her ne kadar davacı tarafından keşif ve bilirkişi avansı yatırılmamış ise de, re’sen araştırma ilkesi gereği avansın davalı idareden alınmak suretiyle keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak uyuşmazlık hakkında bir karar verilmesi gerekirken, avansın mahkeme veznesine yatırılmadığı gerekçesiyle keşif kararından vazgeçilerek davanın reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.”<sup>102</sup> diyerek, keşif avansı yatırılmadığı için keşif kararından dönülmesini usule aykırı bulmuştur<sup>103</sup>. Keza başka bir kararında da Danıştay; “...çözümü teknik bilgiyi gerektiren dava konusu kıyı kenar çizgisinin bilimsel verilere ve mevzuata uygun olarak belirlenip belirlenmediği hususunun, davacının lüzum görülmesi halinde keşif yapılması talebi üzerine

<sup>100</sup> Danıştay VDDK, 05/02/1988, E.1987/29, K.1988/5 (Legalbank).

<sup>101</sup> Danıştay 6.D., 27/05/2019, E. 2019/3944, K. 2019/5012 (Kazancı).

<sup>102</sup> Danıştay İDDK., 18/05/2016, E. 2015/3631, K. 2016/2102 (Lexpera).

<sup>103</sup> Danıştay’ın bu karara benzeyen bir başka kararında da; “Uyuşmazlığın niteliği, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasını zorunlu kılıyorsa ve İdare Mahkemesince; davacıdan keşif avansı yatırılmasının istenilmesine rağmen davacı tarafından keşif avansı yatırılmamış ise; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 325. maddesi uyarınca keşif avansının yargılama sonucu haksız çıkan taraftan alınmak şartıyla davalı idareden veya hazineden istenilerek mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesinin yaptırılması gerekmektedir.” denilmektedir. Danıştay 6.D., 11/02/2020, E.2019/7328, K.2020/1290 (Kazancı).

*Mahkeme tarafından keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına resen karar verilmiş olması karşısında, ücreti davanın sonucunda haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Devlet hazinesinden istenilerek keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle açıklığa kavuşturulmasından sonra uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerektiği...*<sup>104</sup> yönünde benzer bir karar vermiştir<sup>105</sup>.

Bu kararlar kapsamında Danıştay, re'sen başvuru keşif delili ve diğer her türlü delil için, kamu menfaatini ilgilendirip ilgilendirmediği yolunda bir değerlendirme yapmaksızın, re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde HMK'nın 325. maddesini uygulamaktadır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Danıştay'ın HMK'nın 324. maddesinin ilk iki fıkrasının, kamu menfaatini ilgilendirmeyen, yalnızca davacıyı ilgilendiren uyuşmazlıklar bakımından uygulanabileceğini kabul ettiği tek kararı bulunmaktadır. Bu kararında Danıştay, bir hidroelektrik santrali projesine konu alandaki şantiye binasının kurulu olduğu parsellere tarım dışı amaçla kullanım izni verilmesi talebinin reddine ilişkin bir uyuşmazlıkta; söz konusu uyuşmazlığın, "sırf davacıyı ilgilendiren, bir diğer ifade ile kamu menfaatini ilgilendirmeyen bir uyuşmazlık olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlıkta 6100 sayılı HMK'nın 324. maddesinin 1. ve 2. fıkrası hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. 6100 sayılı HMK'nın 324. maddesi hükümleri uyarınca dava konusunun sırf davacıyı ilgilendirdiği, diğer bir ifade ile kamu menfaatini ilgilendirmediği durumlarda, davacının

<sup>104</sup> Danıştay 14.D., 17/09/2013, E. 2011/15433, K. 2013/6044 (Kazancı).

<sup>105</sup> "2577 Sayılı Kanun'un yollamada bulunduğu 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 323. maddesinde, yargı harçlarının da yargılama giderleri arasında sayıldığı, aynı Kanunun 325. maddesi uyarınca, başvuru deliller için gereken giderlerin karşı taraftan da istenebileceğinin hükmüne bağlandığı hususları göz önüne alındığında, davacı tarafından yatırılmayan keşif harcının davalı idareden istenebileceği sonucuna varılmıştır. Kaldı ki, bu tutarın davada haksız çıkan tarafa yükleneceği tabiidir.

*Bu itibarla; uyuşmazlığın çözümü, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasını zorunlu kıldığından, yukarıda yer verilen mevzuat uyarınca keşif harcı ile keşif ve bilirkişi incelemesi için gereken diğer giderlerin yargılama sonucu haksız çıkan taraftan alınmak şartıyla, öncelikle davalı idareden, yatırılmaması halinde Hazinesinden istenerek mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi gerektiğinden, bu husus gözetilmeksizin aksi yönde verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir."* Danıştay 6.D., 26/12/2019, E. 2019/19762, K. 2019/15315 (Kazancı).

*ikamesini talep ettiği delil için mahkemece belirlenecek avansı, verilen kesin süre içinde yatırması gerekmektedir. Aksi takdirde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılacaktır....”* diyerek bu hususu vurgulamıştır<sup>106</sup>. Bu kararında Danıştay, bir taşınmaza tarım dışı amaçla kullanım izni verilmesini, kamunun menfaatini ilgilendirmeyen bir uyumsuzluk olarak nitelendirmiştir.

Danıştay’ın konuya ilişkin kararlarına bakıldığında, kamunun menfaatini ilgilendirme kriterini her kararında farklı yorumlandığı da gözlemlenmektedir. O nedenle burada bir parantez açarak, kamunun menfaatini ilgilendirme kriterine değinmek gerekmektedir. Zira keşif giderleri konusunda HMK’nun 324. maddesinin mi 325. maddesinin mi uygulanması gerektiği, aslında buna göre belirlenmelidir. Doktrinde bu konunun feragat kurumu ekseninde ele alındığı görülmektedir. Bu noktada iptal davaları kapsamında, pasaport talebinin reddi, inşaat ruhsatı talebinin reddi gibi tamamen kişilerin şahsi menfaatlerini ilgilendiren, kamuyu etkilemeyen işlemlerde feragatin mümkün olduğu; buna karşılık bir taşınmazın tarihi eser niteliğinin belirlenmesine ilişkin işlemin, tüm toplumu ilgilendirmesi nedeniyle feragate konu olamayacağı vurgulanmaktadır<sup>107</sup>. Buradan hareketle, yukarıdaki Danıştay kararlarında bahsi geçen, bir sınav notunun değerlendirilmesi, bir taşınmaza işletme izni verilmesi, imar para cezasının iptali gibi uyumsuzluklarda uyumsuzluğun konusunun kişisel bir menfaati ilgilendirdiği ve bu davalarda başvuru deliller bakımından HMK’nun 324. maddesine başvurulması gerektiğini ifade etmek gerekir. Buna karşın kıyı kenar çizgisinin belirlenmesine, büyük enerji projelerine ilişkin uyumsuzlukların kamunun

<sup>106</sup> Aynı kararda Danıştay, mahkemece keşif avansı ve keşif harcının belirtilen kesin süre içinde yatırılmasının davacıdan yazı ile istenmesine karşın, verilen sürenin kesin olduğunun ve bu süre içerisinde ödeme yapılmaması halinde talep olunan delilin ikamesinden vazgeçilmiş sayılacağı bu yazıda belirtilmesi gerektiğini, aksi takdirde verilen süre içinde keşif harcının yatırılmadığı gerekçesiyle, davacının iddialarını ispatlayamadığı gerekçesiyle dava dosyasındaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay 10.D., 22/05/2019, E. 2015/3067, K. 2019/4280 (Yayımlanmamış).

<sup>107</sup> ÇAĞLAYAN, s.356. Tam yargı davalarında ise genellikle davacının tamamen kişisel hakkını ilgilendiren bir tazmin talebi söz konusu olduğundan feragatin mümkün olduğu vurgulanmaktadır. ÇAĞLAYAN, s.356.



menfaatini ilgilendirdiği kabulünden hareketle, HMK'nın 325. maddesinin uygulanması gerekecektir.

Re'sen araştırma ilkesi kapsamında hâkim tarafından re'sen başvuru keşif delili için giderlerin Hazineden ödenmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, Danıştay "...idare mahkemesince keşif ve bilirkişi incelemesine gerek duyulması üzerine, bu işlemlere ait giderleri karşılayacak avansın, ara kararı ile davacıdan istenmesi, verilecek bu ara kararında, avansın davacı tarafından yatırılmaması halinde davalı idareden, davalı idarece yatırılmaması durumunda Hazineden isteneceğinin ve davanın aleyhine sonuçlanması halinde, kullanılan avans tutarının yargılama giderleri kapsamında davacıya yükletileceğinin davacıya bildirilmesi, davacının davanın parasal boyutlarını öngörebilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu kapsamda davacıya davayı kaybetme ihtimalini de düşünerek, uyuşmazlığın çözümü için keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesini isteme hakkı da aynı ara kararında tanınmalıdır..."<sup>108</sup> diyerek, davacıya keşif yaptırılmaksızın dosyadaki belgelere göre karar verilmesini isteme hakkı tanınmasının önemine işaret etmektedir.

Keşif kararı alınıp, keşif için belirlenen keşif gideri avansının ödenmesinden sonra, mahkemenin keşiften vazgeçebilmesi ise, bir ara karar alınarak bu kararın gerekçesinin ortaya konulması şartıyla mümkündür. Danıştay bu konuda vermiş olduğu bir kararında; "...tarhli ara kararla keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunda karar verilmesine ve bu karar doğrultusunda, davacı tarafından keşif harcı ile avansının da yatırılmış olmasına rağmen, İdare Mahkemesince, verilen ara karardan dönülmesi yolunda yeni bir karar alınmaksızın ve gerekçe gösterilmeksizin keşif kararından vazgeçilerek, doğrudan dosyanın bilirkişiye teslim edilmesi üzerine hazırlanan rapor sonucuna göre hüküm tesis edildiği anlaşılmıştır. Bu itibarla; İdare Mahkemesince, gerek davacının iddialarının karşılanması yolunda gerek olayın mahiyeti gereğince mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak bu şekilde hazırlanan raporun dikkate alınması... gerekirken, eksik inceleme ve araştırma

<sup>108</sup> Danıştay İDDK, 18/05/2016, E. 2015/4227, K. 2016/2103 (Yayımlanmamış); benzer yönde, Danıştay İDDK, 06&06/2018, E. 2016/528, K. 2018/3005 (Yayımlanmamış).

*neticesinde verilen kararda usule ve hukuka uyarlık görülmemiştir.*"<sup>109</sup> diyerek keşif avansı yatırıldıktan sonra yeni bir karar alınmadan keşif yapılmasını bozma nedeni olarak değerlendirmiştir.

Keşif giderleri konusunda son olarak, mahkemece ilk keşif sonucu ile yetinilmeyip yeniden keşif kararı verilmesi halinde keşif giderlerinin ne olacağına da açıklık getirmek gerekir. Yargıtay bu konuda vermiş olduğu bir kararında; "...davacı taraf masraf yatırmış mahkemece önceden yeterli hazırlık yapılmadığı için hükme yeterli olmayan keşifler yapılmıştır. Mahkeme bu dosyalarda re'sen yeniden keşif kararı verdiğine göre; bu masrafin bütçedeki ödenekten karşılanması gerekir. Davacıların ikinci kez masraf yatırma zorunluluğu yoktur. Mahkemenin bu dosyalar yönünden yaptığı değerlendirme yasaya aykırıdır."<sup>110</sup> demek suretiyle mahkemece yetersiz keşif yapılması halinde verilen ikinci keşif kararı üzerine, davacıların ikinci kez keşif masrafı yatırmasına gerek bulunmadığına hükmetmiştir.

## B. Keşifte Bilirkişi ve Tanık Dinlenmesi Meselesi

İdari uyuşmazlıklar bakımından, keşif daha ziyade taşınmazlar bakımından teknik ve özel bilgi gerektiren konulara ilişkin olduğundan, keşif sırasında bilirkişi dinlenmesi yoluna sıkça gidilmektedir. Bu durumda keşif ve bilirkişi incelemesi birlikte yapılmaktadır<sup>111</sup>. Burada hemen belirtmek gerekir ki, uyuşmazlık konusunun çözümü özellikle uzmanlık gerektiren ve teknik bir hususa ilişkin ise, keşif delilinin yanında bilirkişiye başvurulmasının da gerekli olduğu Danıştay kararlarında da sıklıkla vurgulanmaktadır. Örneğin ÇED kararlarına karşı açılan iptal davalarında, konunun teknik olması nedeniyle ÇED raporlarının bilirki-

<sup>109</sup> Danıştay 14.D., 07/02/2018, E. 2015/10967, K.2018/436 (Lexpera); benzer yönde başka bir kararında da Danıştay; "...uyuşmazlığın niteliği, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasını zorunlu kılıyorsa, İdare Mahkemesince ; keşif avansının bir türlü yatırılması temin edilerek mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle karar verilmesi gerekmektedir. Olayda; İdare Mahkemesince gerekli görülerek keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verildiği...,davacılar tarafından da keşif avansının yatırıldığı, ancak Mahkemece keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın karar verildiği görülmektedir. Bu durumda ...verilen kararda hukuki isabet bulunmamıştır." Danıştay 14.D., 06/05/2015, E.2013/7102, K. 2015/3697 (Yayımlanmamış).

<sup>110</sup> Yargıtay 16.HD., 23/01/2003, E. 2002/13371, K. 2003/48 (Lexpera).

<sup>111</sup> KALABALIK, s. 368.

şiler tarafından incelenmesi gerektiği, zira konunun karmaşık ve teknik bilgi gerektiren bir yapıya sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>112</sup>.

Danıştay da; “Çevresel etki değerlendirmesi, gerçekleştirilmesi planlanan projenin, çevreye olabilecek olumlu ya da olumsuz etkilerinin belirlenmesi, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin belirlenerek değerlendirilmesi amacıyla yapıldığından, ÇED sürecinde verilen kararların iptali istemiyle açılacak davalarda yapılacak bilirkişi seçiminin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir. Projenin yapılacağı sahanın özelliğine göre, uzmanlık alanları değişiklik gösterebilmekte, çok sayıda bilim dalının alanına giren özellikleri bünyesinde barındırabilmekte, nihai ÇED raporunda onlarca uzmanın imzası bulunabilmektedir.”<sup>113</sup> diyerek bu konunun uzman incelemesine ihtiyaç duyduğunu açıkça ortaya koymuştur. Ancak bilirkişi incelemesinin de mahallinde yaptırılacak keşif incelemesi ile birlikte değerlendirilerek uyumsuzlukların çözüme kavuşturulması gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin aynı kararın devamında Danıştay; yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak mahallinde tekrar keşif incelemesi yapılması gerektiğini vurgulayarak, ÇED raporuna ilişkin karar verilirken bilirkişi ve keşif deliline birlikte başvurulması gerektiğine işaret etmektedir<sup>114</sup>.

Bilirkişi tarafından düzenlenen keşif raporu keşif yerinde sözlü olarak hâkime verilebileceği gibi, ölçme, hesaplama gibi daha teknik inceleme gerektiren hallerde hâkime daha sonradan yazılı olarak da iletilebilecektir<sup>115</sup>. Ancak idari yargılama usulü ilkelerinden olan yazılılık ilkesi gereğince, bilirkişi raporunun yazılı olarak verilmesi ve dosyaya

<sup>112</sup> GÖKALP ALICA, Süheyla, İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi-Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar ile Çözüm Önerileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.281.

<sup>113</sup> Danıştay 14.D., 24/10/2013, E.2011/12790, K. 2013/7104 (Kazancı).

<sup>114</sup> “...aralarında başta çevre mühendisi, maden mühendisi, jeoloji mühendisi, ziraat mühendisi olmak üzere, gerekirse başka dallarda da uzmanlar seçilerek oluşturulacak bir bilirkişi heyetiyle, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve projenin çevresel etkilerinin değerlendirilmesi suretiyle, düzenlenecek rapor dikkate alınarak, işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekmektedir.” Danıştay 6.D., 22/10/2019, E. 2019/15207, K.2019/9819 (Kazancı); Danıştay 6. D., 02/10/2019, E. 2019/158/15, K. 2019/8589 (Kazancı).

<sup>115</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 437.

eklenmesi gerekmektedir. Burada ayrıca bilirkişinin bulunması gereken keşiflerde hâkimin de bulunması gerektiğinin, hâkim bulunmaksızın bilirkişi vasıtası ile keşif yapılarak, bu keşif sonucuna göre karar verilmesinin mümkün olmadığına altı çizilmelidir<sup>116</sup>.

Naip üye tarafından keşifte dinlenecek bilirkişinin belirlenmesi ve taraflara bildirilmesinden sonra, bilirkişi değişikliğine gidilmesi konusunda ise Danıştay; “...zorunlu nedenlerle keşif gününde bilirkişi değişikliğine gidilmesi halinde durumun keşif yerinde taraflara iletilmesi tarafların beyan ve rızalarının tutanakta yer alması anılan yasa hükmü uyarınca taraflara bilirkişinin reddedilmesi olanağını sağlama açısından önemli bir usulü haktır. Mahkemece bu kurala uyulmadan bilirkişi incelemesi yaptırılmış olduğundan, kararın dayanağı olan keşif ve bilirkişi incelemesi mevzuata uygun bulunmamıştır.”<sup>117</sup> demek suretiyle keşifte dinlenecek bilirkişi konusunda tarafların rızalarının önemine işaret etmektedir.

Keşif sırasında tanık dinlenmesi hususu ise, idari yargılama usulünde tanık dinlenip dinlenemeyeceği meselesinde düğümlenmektedir. İYUK’un 31. maddesinde tanık konusunda HMK’ya bir atıfta bulunulmamış olması ve idari yargılama usulünde yazılı yargılamanın geçerli olması, tanık dinlenemeyeceği yönündeki görüşlerin temel dayanağını oluşturmakta ve Danıştay uygulaması da bu görüşü destekler gözükmektedir<sup>118</sup>. Oysa İYUK’un 31. maddesi ile keşif konusunda HMK’ya

<sup>116</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, a. 779.

<sup>117</sup> Danıştay 6.D., 26/12/1984, E. 1984/738, K. 1984/3344 (Kazancı).

<sup>118</sup> “...yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi ya da ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir. Bu durumda,...idari yargılama usulünde yer almayan bir inceleme ve değerlendirme yöntemine dayalı olarak verilen İdare Mahkemesi kararında usul hükümlerine ve hukuka uygunluk bulunmamaktadır.” Danıştay 8.D., 25/02/2004, E.2003/3369, K.2004/917 (Legalbank); “...İdari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap .....’ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek

doğrudan atıfta bulunulması ve HMK'nın 290. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça keşifte bilirkişi ve tanık dinlenebileceğinin düzenlenmesi karşısında, idari uyumsuzluklar bakımından da keşifte tanık dinlenmesi mümkündür<sup>119</sup>. Bu konu Danıştay kararlarına sık konu olmamışsa da, tespit edebildiğimiz sınırlı sayıda kararında Danıştay, keşif sırasında dinlenen tanık beyanları bakımından herhangi bir sakınca belirtmemiştir<sup>120</sup>.

### C. Keşfin Görevli ve Yetkili Yargı Yeri Tarafından Yapılması Meselesi

Keşif, davaya bakan hâkimin uyumsuzluk konusu hakkında duyu organları aracılığı ile bizzat bilgi sahibi olması olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada keşfi, davaya bakan hâkimin bizzat yürütmesi asıldır. Dolayısı ile keşif kural olarak; ancak uyumsuzluğun çözümünde görevli ve yetkili olan yargı yeri tarafından yapılmalıdır. Bunun istisnasının istinabe yolu ile keşif olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu başlık altında asıl açıklığa kavuşturulmak istenen konu ise, aynı konuda daha önce görevsiz veya yetkisiz yargı yeri tarafından yapılmış olan keşfin, görevli ve yetkili yargı yeri bakımından geçerliliğini ortaya koymaktır. Ayrıca istinaf veya temyiz aşamasında keşif yapılmasının mümkün olup olmadığı,

---

*karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerin uyarılık bulunmamaktadır.*” Danıştay 3. D., 24/12/1986, E. 1986/1201, K. 1986/2706 (Kazancı).

<sup>119</sup> Benzer yönde, ÇINARLI, Serkan, “İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Ocak 2018, 11-25, s. 20; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA da; “Keşifte tanık dinlenmesine ilişkin hükmün mevcudiyetine rağmen Danıştay, keşif sırasında tanık beyanlarının alınması ve buna göre hüküm verilmesini uygun bulmamıştır.” diyerek, HMK’da yer alan hükmün tanık dinlenebilmesi için yeterli dayanağı oluşturduğu kanaatinde gözükmektedir. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 780. Ayrıca KAPLAN da, keşif sırasında tanık dinlenebileceğine ilişkin açık yasal düzenlememe bulunmamasına karşın, aksi yönde de herhangi bir düzenlemenin mevzuatta yer almadığını ifade ederek, re’sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak tanık beyanından yararlanılabileceğinin altını çizmektedir. KAPLAN, s. 447-448.

<sup>120</sup> “...uyumsuzluk konusu yere davacıların tecavüzde bulunduğu mahallinde yapılan keşif ve dinlenen tanık beyanlarıyla sabit bulunduğu...” Danıştay 10.D., 23/11/1992, E.1991/609, K.1992/4099 (Kazancı); Danıştay 10.D., 08/10/2001, E.1999/4852, K.2001/3433 (Kazancı).

mümkünse keşif konusunda görev ve yetki meselesine açıklık getirmektedir.

### 1. İlk Derece Yargısında Keşif

İlk derece aşamasında görevsiz veya yetkisiz bir mahkeme tarafından keşif yapılması halinde bu keşfin akıbeti konusunda doktrin ve içtihatla farklılıklar göze çarpmaktadır. Doktrinde bir görüş, görevsiz ya da yetkisiz idari yargı yeri tarafından keşif yapılmış olması halinde, görevli ve yetkili yargı yeri tarafından keşfin tekrarlanması gerektiği kanaatinde<sup>121</sup>. Başka bir görüş ise, görevsiz ya da yetkisiz yargı yeri tarafından yapılan keşfin, usul ekonomisi ve dava süresinin uzamaması bakımından, usulüne uygun bir şekilde yapılmış olması ve tarafların da keşfe bir itirazlarının bulunmaması kaydı ile davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkeme tarafından değerlendirmeye alınabileceği kanaatinde<sup>122</sup>. Yargıtay'ın da, bazı durumlarda görevsiz mahkeme tarafından yapılan keşif sonuçlarının karar vermeye yeterli olabileceği yönünde kararları bulunmaktadır<sup>123</sup>.

Bir hukuk mahkemesi tarafından yapılan keşfe, daha sonra hukuk mahkemesince görevsizlik kararı verilmesi halinde, idare mahkemesi

<sup>121</sup> CANDAN, s. 821. Benzer yönde başka bir görüş de; görevsiz mahkemede yapılmış olan mahkeme usul işlemlerinin (keşif, tanık dinlenmesi, bilirkişi raporunun değerlendirilmesi gibi) kural olarak geçersiz olduğunu, davaya bakmakta olan görevli mahkeme tarafından bunların tekrarlanması gerektiğini ifade etmektedir. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 164.

<sup>122</sup> YASİN, s. 141. Benzer şekilde bir başka görüş de, görevsiz idari yargı yerinin yapmış olduğu keşfin, hükme esas alınabilecek doğruluk ve nitelikteyse geçerli olduğunu ifade etmektedir. KARAVELİOĞLU/KARAVELİOĞLU, s. 1293.

<sup>123</sup> “Dava konusu taşınmaz hakkında sulh hukuk mahkemesince deliller toplanıp keşif yapıldıktan sonra görevsizlik kararı verilerek dava dosyası asliye mahkemesine devredilmiştir. Asliye mahkemesinde yapılan yargılama sırasında, Hazine temsilcisi görevsiz mahkemece yapılan keşfi kabul etmediğini bildirmiş, tekrarlanmasını istemiştir. Bana karşılık davacı görevsiz mahkemede yapılan keşifle yetinilmesini istemiştir. Mahkemece görevsiz mahkemede yapılan keşfin nazara alınamayacağı ileri sürülerek davanın reddine karar verilmiştir. Görevsiz mahkemece yapılan keşfin görevli mahkeme tarafından tekrarlanmasını haklı gösterecek bir sebep ileri sürülmemiş olduğuna ve usulüne uygun biçimde keşfe itiraz edilmediğine, davacı tarafından da keşfe göre karar verilmesi istenilmiş olduğuna göre görevli mahkeme görevsiz mahkemenin yapmış olduğu keşif ile yetinebilir.” Yargıtay 8. HD, 28/01/1985, E. 1985/710, K. 1985/661 (Kazancı).

tarafından uyuşmazlığın çözümünde başvurulması meselesini usul ekonomisi ekseninde çözümlenmek en pratik yaklaşım olur. Usul ekonomisi ve davanın daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi bakımından, yine tarafların bu konuda bir itirazlarının olmaması ve hukuk hâkimi tarafından yeterli görülmesi halinde, idari yargı yerlerince yapılan keşfin, hukuk mahkemesinde hükme esas alınabileceği ifade edilmektedir<sup>124</sup>. Bunun tersinden hareketle benzer şekilde, hukuk hâkimi tarafından usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olan keşfin de, keşfe tarafların bir itirazı olmaması ve hâkim tarafından da keşfin uyuşmazlığın çözümü için yeterli görülmesi halinde hükme esas alınabilmesi gerektiği yönündeki bir sonuç, usul ekonomisi bakımından daha faydalı gözükmektedir. Danıştay da bu şekilde görevsiz hukuk mahkemeleri tarafından verilen keşif kararlarının, görevli idare mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiği kanaatinde. Örneğin; "... Barajı mutlak koruma alanında kaldığından dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek açılan davaya konu taşınmazlardan ... parsel sayılı taşınmazın tamamı... Barajı kısa mesafeli koruma alanında kaldığı, görevsiz Mahkemede yapılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu tespit edilmiş olup,... bu taşınmaz ayırt edilmeden davanın kabulüne karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir."<sup>125</sup> diyerek Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan keşfin idare mahkemesi nezdindeki geçerliğini vurgulamaktadır.

Ancak idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar göz önünde bulundurulduğunda, keşif konusunu oluşturan şey, ÇED raporu veya imar planı gibi, bazen daha karmaşık ve idari yargı hâkiminin bizzat incelemesini gerektiren bir konuya ilişkin olabilir. Bu gibi durumlarda idari yargı hâkimi tarafından keşfin tekrarlanması gerekecektir. Ayrıca hâkimin görevsiz mahkemede yapılan keşfi tekrarlayamayacağına ilişkin sınırlandırıcı bir hüküm ne İYUK'ta ne de HMK'da yer almaktadır.

Görevli idare mahkemeleri tarafından aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin yapılan keşif incelemeleri sonucunda farklı kararlar verilmesi

<sup>124</sup> EGE, s. 96.

<sup>125</sup> Danıştay 6.D., 08/03/2016, E. 2015/3826, K. 2016/1020 (Lexpera).

halinde de Danıştay keşif incelemesinin tekrarlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuya ilişkin bir kararında Danıştay; *“...dava konusu uygulama imar planının iptali istemiyle çevre taşınmaz maliklerince açılan davalarda, farklı idare mahkemelerince aynı uyuşmazlıklara yönelik farklı yönde kararlar verildiği görülmüştür. Bu durumda, İdare Mahkemesince, aynı işleme yönelik olarak yaratılan uyuşmazlıklarda farklı mahkemelerce yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporlarda ve yargı kararlarında bulunan çelişkilerin giderilmesi suretiyle ...yeniden karar verilmesi gerekmektedir.”*<sup>126</sup> diyerek bu hususa vurgu yapmaktadır.

Burada son olarak Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakla görevli olduğu davalarda, Danıştay’ın keşif yapma konusunda yetkili olduğunu ve keşif bahsinde yapılan açıklamaların bu halde de geçerliliğini koruduğunu ifade etmek gerekmektedir<sup>127</sup>. Ayrıca İYUK’un “Duruşmalara ilişkin esaslar” başlıklı 18/5 hükmü uyarınca; *“Duruşmalı işlerde savcılar, keşif, bilirkişi incelemesi veya delil tespiti yapılmasını yahut işlem dosyasının getirtilmesini istedikleri takdirde, bu istekleri görevli daire veya kurul tarafından kabul edilmezse, işin esası hakkında ayrıca yazılı olarak düşünce bildirirler.”* denilmektedir. Anılan hüküm Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı ve duruşmalı işlerde savcıların keşif yapılmasını talep etme yetkisini düzenlemiştir. Bu talebin kabul edilip edilmediği ise görevli daire veya kurulun takdirindedir<sup>128</sup>. Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu ve duruşmasız görülen davalarda savcının keşif yapılmasını talep edebilmesine ilişkin ise açık bir yasal

<sup>126</sup> Danıştay 6.D., 06/05/2019, E. 2015/3567, K.2019/3619 (Kazancı).

<sup>127</sup> Danıştay’ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğu bir uyuşmazlıkta; dava konusu taşınmazların doğal ve ekolojik yapısı korunacak alan olarak belirlenmesi noktasında tarafların iddialarının karşılanması için Danıştay’ın ilgili dairesince keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaksızın karar verildiği gerekçesiyle yapılan temyiz başvuru üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Danıştay İDDK, 19/09/2019, E.2017/1141, K.2019/3770 (Yayımlanmamış).

<sup>128</sup> ONAR, s. 1986.



düzenleme bulunmamakla birlikte, bu dosyalar için de aynı esasların uygulanacağı ifade edilmiştir<sup>129</sup>.

## 2. Kanun Yolu Aşamasında Keşif

Bu başlık altında son olarak olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz aşamalarında keşif incelemesi yapıp yapılamayacağı meselesine değinilecektir.

Bilindiği üzere, 2014 yılında yapılan değişiklikle İYUK'un "Kararlara karşı başvuru yolları" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan "itiraz" usulü, "istinaf" kanun yolu olarak değiştirilmiş ve 2016 yılında istinaf kanun yolu uygulamasına geçilmiştir. Bu kapsamda idari yargılama hukukunda olağan bir kanun yolu olarak hâlihazırda istinaf ve temyiz olmak üzere iki yol bulunmaktadır.

İstinaf kanun yolunda, ilk derece mahkemesi tarafından verilen karar, yeniden ele alınmakta, daha açık bir ifadeyle yapılan yargılama tekrarlanmaktadır<sup>130</sup>. Burada istinaf incelemesinde yetkili merci olan "kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan bölge idare mahkemesi" (İYUK, 45/1), ilk derece mahkemesi kararını hukuka aykırı bulursa, işin esası hakkında yeniden karar verecektir. Esas hakkında yeniden karar verebilmek için de dava ile ilgili olarak hem maddi vakıaları yeniden inceleyebilecek hem de hukuki yönden inceleme yapabilecektir. Bu kapsamda yeniden delil araştırma, yeniden bilgi ve belge toplama gibi araştırmaları re'sen yapabilecek;<sup>131</sup> keşif incelemesine de başvurabilecektir<sup>132</sup>. İlk derece mahkemesince verilen kararın yeniden incelenmesi sırasında her türlü usul işlemi istinaf aşamasında bir kez daha tekrarlanabilmektedir. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından yapılan keşif, "eksik bulunsun ya da bulunmasın istinaf aşamasında tekrarlanabilecektir"<sup>133</sup>. Ancak

<sup>129</sup> YORGANCIÖĞLU, Erçetin, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Ankara, 1976, s. 247-248.

<sup>130</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 850.

<sup>131</sup> ÇAĞLAYAN, s. 758, 770.

<sup>132</sup> YILMAZ, İstinabe, s. 142.

<sup>133</sup> Akyılmaz/Sezginer/Kaya, bu sonucun geniş anlamda istinaf kanun yolu bakımından geçerli olacağını, dar anlamda istinafta ise tamamen yeniden yargılama yapıl-

buradan istinaf aşamasında görevli bölge idare mahkemesince, ilk derece mahkemesince yapılan keşif mutlaka tekrarlanması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Eğer ilk derece mahkemesince usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş olan keşif, karar verilmesi için istinaf aşamasında yeterli görülüyorsa, bu durumda yeniden keşif incelemesine gerek bulunmayabilir. Kaldı ki, mahkemenin yeniden keşif incelemesi yapmakla zorunlu olduğu gibi bir çıkarım usul ekonomisi bakımından da sakıncalıdır.

İstinaf incelemesi sırasında keşif yapılması gereken bir dosyada, ilk derece mahkemesince keşif yapılmaksızın karar verilmiş olduğunun tespit edilmesi halinde de bölge idare mahkemesince keşif yapılması gerekmektedir<sup>134</sup>. Böyle bir durumda keşif eksikliği nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ise hukuka aykırı olacaktır<sup>135</sup>. Zira İYUK'un 45. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca istinafta bölge idare mahkemesine işin esası hakkında karar verme yetkisi açıkça tanınmıştır. Dolayısıyla işin esası hakkında karar vermeksizin, keşif eksikliği nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün değildir. Uygulamada istinaf mahkemelerinin bazen eksik keşfi istinabe yolu ile olsa da tamamlayarak esas hakkında karar verdikleri gözlemlenmekteyse de<sup>136</sup>; bazı kararlarda yeniden keşif incelemesi yapılmak üzere dava dosyasının, yeniden karar verilmek üzere mahkemeye iadesine karar verilmektedir<sup>137</sup>.

---

mayacağı ve maddi vakıaların sadece gerekli olan hususlarla sınırlı olarak inceleneceği gerekçesinden hareketle keşif gibi usul işlemlerinin aynen tekrarlanmasının söz konusu olmayacağını ifade etmektedir. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 850.

<sup>134</sup> ÇINARLI, s. 20.

<sup>135</sup> Benzer yönde, ÇINARLI, s. 21.

<sup>136</sup> İzmir BİM, 4. İdari Dava Dairesi, 18/07/2017, E.2017/1669, Aktaran: ÇINARLI, s.23-24.

<sup>137</sup> "...ruhsat talebine konu alana üç kilometrelik mesafede zeytinlik sahasının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken söz konusu inceleme yapılmaksızın verilen istinafa konu kararda hukuki isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle; istinaf talebinin kabulüne,... İdare Mahkemesi'nin ... sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine..." İstanbul BİM, 6. İdari Dava Dairesi, 07/07/2020, E.2020/84, K.2020/644 (Kazancı); benzer yönde, İstanbul BİM, 4. İdari Dava Dairesi, 29/06/2020, E.2019/2094, K.2020/775 (Kazancı).

Temyiz ise, derece mahkemesi tarafından verilen nihai kararın temyiz mercii tarafından denetlenmesidir. Bu denetim, istinafın aksine maddi vakıa incelemesini kapsamamakta; temyizde yalnızca hukuki denetim yapılmaktadır<sup>138</sup>. Bu nedenle temyiz aşamasında maddi konular incelenmemekte, yeniden delil araştırması yapılmamakta, yalnızca dosya üzerinden kararın hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilerek yapılmaktadır. Bu bağlamda temyiz aşamasında Danıştay'ın keşif incelemesi yapabilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak burada bir parantez açarak, ivedi yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklar bakımından kısa bir açıklama yapmak gerekmektedir.

Bilindiği üzere ivedi yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda İYUK istinaf kanun yolunu kapatmış bulunmakta, bu uyuşmazlıklar için doğrudan temyiz başvurusu yapılabilmektedir. İvedi yargılama usulüne tabi bir uyuşmazlık için yapılan temyiz başvuruları sonucunda da Danıştay, *“olağan yargılama usullerinden farklı olarak istinaf yetkileri kullanmaktadır.”*<sup>139</sup> Zira İYUK'un 20/A-h, 1 bendi uyarınca; *“Danıştay evrak üzerinde yaptığı inceleme sonunda, maddi vakıalar hakkında edinilen bilgiyi yeterli görürse veya temyiz sadece hukuki noktalara ilişkin ise yahut temyiz olunan karardaki maddi yanlışlıkların düzeltilmesi mümkün ise işin esası hakkında karar verir. Aksi hâlde gerekli inceleme ve tahkikatı kendisi yaparak esas hakkında yeniden karar verir. Ancak, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan temyizi haklı bulduğu hâllerde kararı bozmakla birlikte dosyayı geri gönderir...”* Bu kapsamda Danıştay, ilk inceleme konuları dışında bir bozma nedeni var ise bozma kararı verdikten sonra, dosyayı kararı veren mahkemeye göndermeyerek esas bakımdan yeniden bir karar verecektir. İşte bu noktada Danıştay, tıpkı istinafta olduğu gibi, maddi vakıa incelemesi yaparak keşif deliline başvurabilecektir. Ancak ivedi yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemelerince keşif yapılması gerekirken yapılmaması durumunda Danıştay ilgili dava dairelerinin, keşif incelemesini temyiz mercii sıfatıyla yapmadığı; keşif incelemesinin ilk

<sup>138</sup> ÇAĞLAYAN, s. 777.

<sup>139</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 684.

derece mahkemesince yapılmak üzere, dosyayı ilk derece mahkemesine gönderdiği yönünde kararları mevcuttur<sup>140</sup>.

Buna karşın, “ÇED gerekli değildir” kararının iptali istemiyle açılan davanın idare mahkemesince reddine ilişkin kararın, Danıştay’ın ilgili Dairesi tarafından mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gerekçesiyle bozulması üzerine, idare mahkemesince verilen ısrar kararının temyiz incelemesinde, Danıştay İDDK; “2577 sayılı Kanun’un 20/A kapsamındaki ivedi yargılama usulüne tabi işlemlere karşı açılan davalarda, ilk inceleme üzerine verilen kararlar dışındaki diğer kararların temyizi üzerine, Danıştay’ın temyizi haklı bulması halinde, kararı bozmakla yetinmeyip, gerekli inceleme ve tahkikatı yaparak işin esası hakkında karar vermesi gerektiği ve verilen bu kararlar kesin olduğundan, bu kararlara karşı mahkemelerin ısrar hakkı bulunmadığı”nı belirterek, İdare Mahkemesince verilen kararın “ısrar kararı” olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle, uyuşmazlık hakkında temyiz incelemesi yapılmak üzere dosyanın Danıştay’ın ilgili Dairesine gönderilmesine karar vermiştir. Bununla birlikte, söz konusu kararında İDDK, ivedi yargılama usulüne tabi olarak görülen davanın esası hakkında verilen idare mahkemesi kararına ilişkin yapılan temyiz isteminin haklı bulunması durumunda, kararın ilgili Danıştay dairesince bozulmakla yetinilmemesi gerektiğine, idare mahkemesi yerine geçilerek gerekli inceleme ve tahkikatın yapılması ve işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesinin zorunlu olduğuna; başka bir ifade ile keşif ve bilirkişi incelemesinin temyiz merci sıfatı ile karar veren Danıştay ilgili dairesince yaptırılması gerektiğine işaret etmiştir<sup>141</sup>.

Görüldüğü üzere Danıştay kararlarında, bu konuda yeknesaklık olduğunu söylemek güçtür. Ancak ivedi yargılama usulüne tabi uyuşmazlıkların temyiz incelemesinde, ilk inceleme konuları dışında bir nedenden dolayı temyiz isteminin kabulü halinde Danıştay’ın, ilgili dosyayı keşif incelemesi için derece mahkemesine göndermeyerek, tıpkı istinaf incelemesinde olduğu gibi, keşfi bizzat yapması gerekecektir.

<sup>140</sup> Danıştay 6.D, 17/04/2019, E.2019/2291, K.2019/2791 (Yayımlanmamış); Danıştay 14.D, 19/11/2015, E.2015/4244, K.2015/9009 (Yayımlanmamış).

<sup>141</sup> Danıştay İDDK, 04/04/2019, E.2019/492, K.2019/1557 (Yayımlanmamış).

## SONUÇ

Bütün yargılama usullerinde olduğu gibi idari yargılama usulünde de deliller hâkimin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasında yararlandığı önemli araçlardır. Hâkimin uyuşmazlık konusu hakkında duyu organları aracılığı ile bizzat bilgi edinmesi olarak tanımlanabilecek keşif delili de, bu delil türlerinden biridir. Ancak 2577 sayılı İYUK'ta deliller konusunda ayrıntılı düzenlemeler yer almamakta, Kanun'un 31. maddesi ile keşif konusunda HMK'ya atıfta bulunmaktadır.

İYUK'un HMK'ya atıf yaptığı konulardan olan keşif delilinin uygulanmasında, idari yargılama hukukuna hâkim olan temel ilkelerin göz önünde bulundurulması ve keşif delilinin de tıpkı HMK'ya atıf yapılan diğer konular gibi, idari yargılama hukukunun özellikleri ile bağdaştığı ölçüde uygulanması gerekmektedir. Bu kapsamda idari yargıda re'sen araştırma ilkesinin uygulanması nedeniyle, keşif delilinin takdiri bir delil olarak değerlendirilmesi, hâkimin gerekli gördüğü her uyuşmazlıkta bu delile başvurabilmesi gerekmektedir.

İdari yargıda yazılı yargılama ilkesinin egemen olduğu fikri keşif deliline az başvurulduğunu düşündürse de, aksine bu delil türüne oldukça sık başvurulmaktadır. İdari yargının görev alanının gün geçtikçe genişlemesi ve uyuşmazlık konularının çeşitlenerek teknik detayların her geçen gün artması karşısında keşif delili en sık başvuru delillerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada sıklıkla başvuru delil olmasına karşın, idari yargı mevzuatı kapsamında düzenlenmemiş olan keşif ile ilgili yargı kararları incelendiğinde keşif konusunda tartışmalı pek çok meselenin bulunduğu görülmektedir. Uygulamada en tartışmalı meselelerden biri keşif giderleri noktasında yoğunlaşmaktadır. Bunun yanında keşif sırasında tanık dinlenip dinlenemeyeceği, görevsiz ve yetkisiz mahkemeler tarafından yapılan keşfin akıbeti, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı dava ve işlerle, istinaf ve temyiz aşamasındaki davalarda keşif yapılıp yapılamayacağı gibi pek çok mesele tartışmalı hususları barındırmaktadır.

Tüm bu tartışmalı hususların çözüme kavuşturulabilmesi için en sağlıklı yol, şüphesiz idari yargıda deliller meselesinin, İYUK kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesi olacaktır. Her ne kadar medeni yargılama usulüne ilişkin ilke ve kuralların idari yargının mahiyeti ile örtüştüğü ölçüde uygulanabileceğinden yola çıkılarak tartışmalı hususlara çözüm bulunmaya çalışılsa da, uygulamada deliller ve çalışmamız özelinde keşif deliline ilişkin tartışmalar, İYUK kapsamında deliller açıkça düzenlenmedikçe, sürmeye devam edecek görünmektedir.

**KAYNAKLAR**

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2019.
- ATAY, E. Ethem, İdari Yargılama Hukuku, Temel Hukuk Dizisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2018.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2017.
- ÇINARLI, Serkan, *“İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili”*, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.1, Ocak 2018, s. 11-25.
- EGE, Önder, Medeni Usul Hukukunda Keşif, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- GÖKALP ALICA, Süheyla, İdari Yargı Kararları Kapsamında Çevresel Etki Değerlendirmesi-Mevzuat ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar ile Çözüm Önerileri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku C. II-İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ağustos 2017.

KARAVELİOĞLU, Celal/KARAVELİOĞLU, Erdem Cemil, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu (BAU-CMK), C. I, Beta Basım, İstanbul, Haziran 2013.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966.

ÖZTÜRK, Bahri (Editör), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku-Ders Kitabı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku-Ders Kitabı, Ankara, 2016.

ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, Seçkin Yayınevi, Ankara, Mart 2014.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

ULUSOY, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

YILMAZ, Dilşat, İdari Yargılama Hukukunda İstinabe, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.



YORGANCIOĞLU, Erçetin, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 21, Ankara, 1976.

<https://sozluk.gov.tr/>

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

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Legalbank)

[www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Lexpera)





## TTK M. 1 IŞIĞINDA TİCARİ HÜKÜMLER

Dr. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU\*

### Öz

Genel olarak bakıldığında, doktrinde ticari iş, ticari işletme ve ticari davaya nazaran ticari hükümlerde ayrıntılı bir incelemenin yapılmadığı görülmektedir. Nitekim ticari hükümlerin önemi kendisini, hâkimin hukuk kurallarını somut olaya tatbikinde izlemesi gereken yolda gösterdiğinden, ticari hükümlerin ne olduğunun tespitine gereksinim vardır. Çünkü bir hükmün ticari olup olmaması ticari işlere uygulanacak hükümlerin uygulanma sırasının belirlenmesi açısından büyük önem arz eder. Ayrıca kanunlarda ticari işler için öngörülen zamanlaşımı süreleri değiştirilemez. Hatta en yüksek sınırı aşan edimleri ihtiva eden sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır. Belirttiğimiz hususlarda önemli işlevleri icra eden ticari hükümlerin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu çalışmada, hükmün tarihi geçmişi de göz önünde bulundurularak bu konudaki görüşümüzü dile getirmeye çalışacağız.

### Anahtar Kelimeler

Ticari hüküm • Ticari İş • Ticari İşletme • Ticari Dava • Hâkimin Hukuk Kurallarını Uygulaması

\* Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye | Research Asst., Erciyes University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Kayseri, Turkey.

✉ o.z\_g.u.n@hotmail.com • ORCID 0000-0002-9660-4575

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: KARAAHMETOĞLU İsmail Özgün, "TTK M. 1 Işığında Ticari Hükümler", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 47-74.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## COMMERCIAL PROVISIONS IN ACCORDANCE WITH TCC ART. 1

### Abstract

In general, it is seen that the doctrine does not have a detailed enquiry in commercial provisions compared to commercial business, commercial enterprise and commercial litigation. Hence, since the importance of commercial provisions shows itself in the way that the judge should follow the legal rules in the application of the concrete case, it is significant to determine what the commercial provisions are. Because whether a provision is commercial or not is of great importance in determining the order of application of the provisions to be applied to commercial affairs. Moreover, the statute of limitations stipulated for commercial affairs in laws cannot be changed. Even the contracts containing the acts exceeding the highest limit are deemed to be made over the highest limit. It should be clarified what are the commercial provisions that perform important functions in the terms we have indicated. In this study, we will try to express our opinion on this issue, by taking into consideration the historical background of the provision.

### Key Words

Commercial Provision • Commercial Business • Commercial Enterprise • Commercial Litigation • Implementation of The Rules of Law by The Judge

### I. HÜKME BAKIŞ

6102 sayılı TTK m.1/1'e göre, *"Türk Ticaret Kanunu, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere<sup>1</sup> ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdir."*

TTK m.1/2'ye göre ise, *"Mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir."*

Hükmün üst başlığı *"Kanunun uygulama alanı"* olup maddenin başlığı ticari hükümlerdir.

<sup>1</sup> Birinci fıkrada 'muamele' kelimesi yerine 'işlem' denilmiş olmasına göre, 'işlem ve fiillere' ibaresi dil uyumu ve arı Türkçe gereğince 'işlem ve eylemlere' olarak düzeltilmelidir. Bkz. MOROĞLU Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, onikilevha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2016, s. 28.

6762 sayılı TK m.1/1'e göre, *"Türk Ticaret Kanunu, Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüzüdür. Bu kanundaki hükümlerle, bir ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen her hangi bir müesseseyi ilgilendiren muamele, fiil ve işlere dair diğer kanunlarda yazılı hususi hükümler, ticari hükümlerdir."*

TK m.1/2'ye göre ise, *"Hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde mahkeme ticari örf ve adete, bu dahi yoksa umumi hükümlere göre karar verir."*

Hükmün üst başlığı *"Kanununun tatbik sahası"* olup madde başlığı ticari hükümlerdir.

865 sayılı eTK m.1'e göre, *"Kavanini ticariye ahkâmı bilcümle mevaddı ticariye hakkında caridir."*

eTK m. 2'ye göre ise, *"Mesaili ticariye kanunen muteber mukavelâtın ve böyle bir mukavele bulunmadığı halde kavanini ticariyenin sarahat veya delâletile halledilir. Bunlarla halledilemediği takdirde âdatı ticariye mabihüttat-bik ittihaz ve adatı mahalliye veya mahsusa âdatı umumiyeye tercih olunur. Âdet dahi mevcut değil ise ahkâmı medeniye tatbik edilir."*

eTK m.3'e göre ise, *"Bu kanunun hilâfına sarahat olmadıkça maddei sabıkada münderiç tertibe riayet mecburidir."*

eTK m. 11'e göre ise, *"Bir muamele ticariyeyi tesadüfen icra etmiş olan kimse tacir sıfatını ihraz edemez. Fakat icra ettiği muamele kanunu ticaret ahkâmına tabidir."*

Hükmün madde başlığı, *"Alemlak Ticaret"* adlı Birinci Kitabın Ahkamı umumiye adlı Birinci Bap'ın Mukaddeme isimli birinci faslıdır.

6102 sayılı TTK m.1'in gerekçesine göre<sup>2</sup>, *Tasarımın 1 inci maddesi, 29/06/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1 inci maddesinin tekrarıdır. Ancak, maddenin birinci fıkrasında iki değişiklik yapılmıştır. Birinci değişiklik, 6762 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin birinci fıkrasında bulunan, "bir ticarethane veya fabrika yahut ticarî şekilde işletilen herhangi bir müessese" şeklindeki cümle parçasının yerine "ticarî işletmeyi" teriminin konulmasıdır. Bu değişikliğin sebebi, önceki metinde sayılanların ticarî işletmenin uygu-*

<sup>2</sup> Bkz.

<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%3%A7eleri.pdf>

lamadaki görünüş şekilleri, ticarî işletmenin sıkça rastlanan özel biçimleri olmalarıdır. Merkez kavram ticarî işletme olduğu halde, kavramı ifade eden terimi kullanmayıp onun türlerini saymak ve diğer maddelerde aynı yöntemi tekrarlamak, sistem anlayışı ve kanun yapma tekniği ile bağdaşmaz. Bir kanun, kavramları kullanmalı, kavramın uygulamadaki biçimlerine dayanmamalıdır. Ayrıca 11 inci maddenin gerekçesinde açıklandığı üzere, ticarethaneleri, örnek olarak saymak yoluyla gösteren, 6762 sayılı Kanununun 12 inci maddesi ile aynı maddenin son fıkrasında öngörülmüş bulunan fabrikacılık tanımı ve nihayet, 6762 sayılı Kanununun 13 üncü maddesi, Tasarıda yer almadığı için biçimlerin adlarını korumaya olanak yoktur. İkinci değişiklik, 3 üncü madde ile gerekli uyumu sağlamak amacıyla, "işlere" sözcüğü çıkarılarak "işlemleri" sözcüğünün konulmuş olmasıdır.

6762 sayılı TK'nın gerekçesinde baktığımızda ise<sup>3</sup>, "...Eskiden âdi hukuk kaideleriyle ticaret hukuku hükümleri arasında menşe, bünye, mahiyet, uygulanma tarzı bakımından prensip ayrılığı mevcut olduğu halde bugün böyle bir ayrılık bahis mevzuu olamaz. Her iki hüküm kategorisi arasında bugün bir fark kalmışsa, o da ticari hükümlerin âdi hükümlere nazaran özel mahiyette olması keyfiyetinden ibarettir, özel kaide ise, yalnız genel bir kaidenin istisnası veya eki olarak anlaşılabilirdiği için, ancak ve ancak genel kaidenin ışığı altında tefsir edildiği takdirde hakiki mânasını gösterebilir... Yürürlükte olan kanunda «ticari muamele» mefhumu büyük bir önemi haizdir. Mecelle ile Ticaret Kanunu arasındaki ikilik bakımından ticari muameleyi, âdi muamelelerden ayırmak işi kanun koyucu için en mühim işlerden birini teşkil ediyordu. Fakat ikilik yerine vahdet prensibi kaim olduktan sonra ticari muamele mafhumu önemini kaybetmiştir. Çünkü her muamele hususi hukuk hükümlerine ve yalnız bâzı hallerde ticaretin icap 'ettirdiği hususiyetlerden dolayı yine bu hususi hukukun özel kaidelerine tâbi olacaktır. Meselâ: Borçlar Kanunu'nun (91) nci maddesine göre alacaklının temerrüdü halinde, vereceği şeyi tevdi etmek niyetinde olan borçlu, tevdi yerinin tâyini için mahkemeye müracaat mecburiyetindedir. Fakat aynı hükme göre ticari eşya, mahkemenin kararı olmaksızın dahi bir ardiyeye tevdi edilebilir, görülüyor ki ticaretle ilgili olan bir. iş için hususi hukuk mahiyetinde olan genel hükümden farklı özel bir hüküm konulmuştur. O halde «ticari muamele» mefhumunu değil «ticari iş» veyahut, bugünkü kanunun kullandığı dile

<sup>3</sup> TBMM Zabıt Ceridesi, Devre: X, CİLT: 12, İÇTİMA: 2, Seksen üçüncü İnikat, 29.VI.1956 Cuma, s. 9-10.

göre, «mesaili ticariye» veya «mevaddı ticariye» tâbirini tarif etmek gerekmektedir. Yürürlükte olan kanunun birinci maddesi bu bakımdan kifayetsiz olduğu için tasarının birinci maddesinin ilk fıkrasında ticari hükümler tâbiri tarif edilmiştir. Ticarete müteallik özel kaideler yalnız Ticaret Kanununda değil, Borçlar Kanun'unda, îcra ve îflâs Kanununda, Medenî Kanunda ve diğer birçok Özel kanunlarda yer aldıkları için bir hüküm hangi şartlar altında ticari olarak vasıflandırılabilceği meselesi halledilmeye muhtaçtır. Bu hususta kıstas, bütün modern yabancı kanunlarda olduğu gibi bugün yürürlükte olan Ticaret Kanununda da esas mefhum olarak kabul edilmiş olan «ticari işletme» veyahut Borçlar Kanunu'nun (449) ncu maddesinin ifade tarzına uygun olarak (ticaret evi veya fabrika veyahut ticari şekilde işletilen diğer müessese) mefhumu kabul edilmiştir. Böyle bir müessese ile ilgili muamele, fiil ve işlere ait olan bütün özel kaideler hangi kanunda bulunursa bulunsun, ticari hükümlerdendir... Hususi hukukun âdi hükümlerinden ziyade yine husûsi hukukun ticari hükümlerinin uygulanabilmesi için bilinmesi gereken ilk şart, muayyen bir olayın ticari bir iş mahiyetinde olup olmadığı „ keyfiyettir. Binaenaleyh herhangi bir dâvaya bakan yargıcın ilk görevi bu dâvanın, tasarının 3 ncü maddesinde tarif edilen «ticari iş» mefhumuna girip girmediğini tespittir. Girmediği takdirde ticari hükümler için bir tatbik imkânı yoktur. Girdiği takdirde yargıç tasarının birinci maddesi gereğince «Ticari» olarak vasıflandırabilecek hükümleri ticari olmayan yani âdi hükümlere tercihan uygular. Bu hususta bugünkü kanunun 2 nci ve 3 ncü maddelerine tekabül eden tasarının birinci maddesindeki hükümlerin sırası önemlidir. «Ticari hükümler, kanunda aksine açık hüküm olmadıkça-İlgililerin niyet ve sıfatına bakılmaksızın, lâfziyla veya ruhuyla dokundukları bütün işlerde uygulanır» şeklindeki kaide ile yukarıdaki esas ifade edilmek istenmiştir. Şu hâlde daima iki meseleyi birbirinden ayırt etmek lâzımdır. Bir taraftan muayyen bir işin ticari olup olmadığı hususu diğer taraftan Ticaret Kanunu'ndan, başka bir kanunda yer alan bir hükmün ticari olup olmadığı keyfiyeti. Muayyen bir olayın ticari olarak tavsif edilebilip edilemeyeceği meselesi tasarının 3 ncü maddesine göre halledildikten sonradır ki, böyle bir iş için âdi hükümlerden farklı olan özel ve ticari hükümlerin de mevcut olup olmadığı meselesinin tetkikine geçilmek lâzımdır.”

865 sayılı eTK'nın birinci maddesine göre; “Kanunların ticari hükümleri bütün ticari işler hakkında geçerlidir.” İkinci maddesine göre ise; “Ticari meseleler kanunen geçerli sözleşmelerin ve böyle bir sözleşme bulunma-

*dığı halde ticari kanunların yol göstermesi ve aracılığıyla çözümlenir. Bunlarla çözülemediği takdirde ticari adetler uygulanır. Bölgesel ve özel genel adete tercih edilir. Adet dahi yoksa medeni hükümleri uygulanır.” Üçüncü maddesine göre ise; “Bu kanuna aykırı açıklama olmadıkça önceki maddede yazılmış olan sıralamaya uyulmalıdır.” On birinci maddesine göre ise ; “Bir ticari muameleyi tesadüfen icara etmiş olan kimse tacir sıfatını kazanamaz. Fakat icra ettiği muamele ticaret kanunu hükümlerine tabidir.”*

Kanunların ticari hükümleri ticari iş sayılan olgulara uygulanır. Kuralların meydana gelmesindeki amaç da budur. Ticaret Kanunu’nda bulunan birçok maddeyi, 1926 tarihinde Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda bulunması gereksiz hale getirmiştir. Söz konusu normlar, ticari iş için konulmuş özel normlar değildir. Bu yüzden yerlerinin Ticaret Kanunu olmadığı açıktır. *Hirsch’e göre*<sup>4</sup>; *kavanini ticariye ahkamu* ticari hükümleri anlatmak için kullanılmıştır. Zaten bunun karşıtı olan ahkam medeniye de eTK m.2’nin son cümlesinde yerini almıştır. Kanun koyucunun görüşüne göre, ticari işle sınırlı sayılan bir olguya bağlılığı itibarıyla adi meselelerden ayrı olarak özel bir muameleye tabi tutulan her normun içeriği ticaridir. Bir olgunun ticari işle olan bağı nasıl ayırt edilecektir? Ticaret Kanunu’nda veya ticarete özgü olan özel kanunlarda ayrı bir şekilde düzenlenen her olgu, ticari meseleler veya işlerle sınırlıdır. Bu cevap ticaret hukuku normunun ticari iş kavramı ile açıklanması sebebiyle bir kısır döngüden ibarettir. Ayrıca bir normun belirli bir kanunda bulunması o normu içeriği için bir kıstas teşkil etmez. Bu yüzden Medeni Kanun’da veya Ticaret Kanunu’nda bulunan bir normun içerik bakımından mutlaka adi veya ticari olması beklenemez.

Maddelere kronolojik olarak genel hatlarıyla bakıldığında ticari hükmün, ticari işletme çerçevesinde toplanan ticari iş kavramı bağlamında değerlendirildiği çıkarımında bulunabilir. Bu cihetle ticari hüküm kavramının her kanun bazında -TTK hariç- yorumu (lafzi olarak anlıyoruz) tabi tutularak bir hukuki sonuca varılması kaçınılmazdır. Nitekim TTK m.1534 hükmü gereği kenar başlıkları metne dahil oldu-

<sup>4</sup> HIRSCH Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İkinci Bası, İstanbul 1946, s. 36 vd.



ğundan ticari hüküm olma kriterinin yalnızca TTK m.1'e bağlı kılındığı da anlaşılmaktadır.

Son olarak TTK m.1 hükmünün bize özgü bir düzenleme olduğunu ifade etmek gerekir. Her ne kadar *Tekinalp/Çamoğlu*<sup>5</sup> Ticari Mevzuat'ta İsviçre ve Alman menşeli maddeler göstermiş olsalar da bunların hükmün ne bir çevirisi ne de karşılığı olduğu söylenebilir. Bu yüzden hüküm ele alınırken çalışmamızda yabancı hukuktan faydalanılmayacaktır.

## II. Genel Olarak

Bir hükmün ticari olması iki anlama gelebilir<sup>6</sup>. Birincisi, ticari kanunlardır. Diğer bir deyişle ticari faaliyet alanını düzenleyen hükümleri bir arada toplayan (özel hukuk olsun kamu hukuku olsun) kanunlardır. İkincisi, ticaret alanı haricinde düzenlenen bir hususun, ticari iş niteliği kazandığı takdirde ticari alana has olarak hüküm altına alınıyorsa ticari nitelik kazanmasıdır. Bu son duruma örnek olarak TBK m.236 ile TTK m.9 verilebilir<sup>7</sup>.

Bir hükmün ticari hüküm olarak nitelendirilmesi ile ticari hükmün somut olaya tatbik edilip edilmeyeceği farklı hususlardır. Diğer bir deyişle o hükmün uygulanması bakımından aranan ek şartın somut olayda bulunmaması durumunda hüküm -TTK'da yer alması kaydıyla- ticari hüküm olarak nitelendirilebilirse de uygulanamayacaktır<sup>8</sup>. Bu bağlamda

<sup>5</sup> İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m.52/3, 52/1, 53; Alman Ticaret Kanunu 346 ve karşı. 157, 24 z. Bkz. TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı, Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler, Güncellenmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 4. Evvela HRegV Art. 52 yönetim kurulu tarafından alınan kararlar ve statü değişikliği; Art.53 ise şartlı sermaye artırım kararı hakkında statü hükümlerinin iptali üzerinedir. Sonrasında HGB § 346'da ise, tacirler arasında fiillerinin ve ihmallerinin anlamı ve etkisinin gözden geçirilmesinde ticari ilişkilerde geçerli teamüller ve örf-adet dikkate alınmalıdır. § 157'de ise ticari işletmenin tasfiyesine ilişkindir. Ayrıca 24z diye bir hüküm de HGB'de yoktur.

<sup>6</sup> POROY Reha / YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku (6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, N. 106, s. 77-78.

<sup>7</sup> POROY/ YASAMAN, N. 106, s. 78.

<sup>8</sup> ARSLANLI Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), Sulhi Garan Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 26; ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, Ticari İşletme

ticari dava ile ticari hüküm arasındaki ilişkinin çözümlenmesi gerekir. Şöyle ki, bir davanın ticari dava vasfını alması ile bir davada ticari hükümlerin tercihan uygulanması hususlarını birbirlerinden ayırt etmek gerekir<sup>9</sup>. Çünkü TTK'ya göre ticari dava sayılmayan ve gene ticari işlerden doğan davalar asliye ticaret mahkemelerinde görülmeyecekse de maddi hukuk bakımından bu davalarda ticari hükümler tercihan uygulanacaktır<sup>10</sup>. Haliyle tacirin ticari hükümlere tabi bulunan ve fakat ticari davalara mevzu teşkil etmeyen ticari borçları olabilir<sup>11</sup>. Nitekim artık ticari işlerin içeriğine özgü bazı tartışmaların varlığına rağmen, gene ticari hükümlerin tercihan uygulandığı ticari olaylardan doğan bütün davalara ticaret vasfı verilmemektedir<sup>12</sup>. Keza TTK m.1/2.cümle ile TTK m.4'ün öngördüğü kriterlerin birkaçı haricinde uyuşmadığı, hatta ticari davalara özgü olarak daha kapsamlı düzenlemelerin öngörüldüğü söylenebilir.

Bir hükmün ticari olup olmadığı nasıl anlaşılacaktır? Buna dair bir kıstas var mıdır? Bu soruların cevabını, TTK m.1/1 vermektedir. Buna göre, Bu Kanundaki hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler ticari hükümlerdir. O halde kanun koyucu, bir hükmün ticari olarak nitelendirilebilmesi için yukarıdaki iki kriterden -yalnızca- birisinin yerine getirilmesini gerekli ve yeterli görmektedir. Bu cihetle, bir hükmün ticari hüküm olabilmesi için iki kriterin birlikte aranması gerekmez. Hükümdeki virgülden bu çıkarımda bulunabiliriz.

## I) Önemi

Bir hükmün ticari olup olmaması ticari işlere uygulanacak hükümlerin uygulanma sırasının belirlenmesi açısından büyük önem arz eder<sup>13</sup>.

---

Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, N. 190, s. 105-106.

<sup>9</sup> GÜRDOĞAN Burhan, "Ticari Usul Hukuku", AÜHFED, 1956 1/2, Cilt 3, s. 173.

<sup>10</sup> GÜRDOĞAN, s. 173. BÖRÜ Levent / KOÇYİĞİT İlker, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 369.

<sup>11</sup> GÜRDOĞAN, s. 177.

<sup>12</sup> GÜRDOĞAN, s. 173.

<sup>13</sup> *Bunun sebebi için bkz.* DOMANIÇ Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, Fakülteler Matbaası, Üçüncü Bası, İstanbul 1976, s. 12.

Nitekim TTK m.1/2'ye göre, mahkeme, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve adete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir. Burada önemine binaen söylemek gerekir ki, ticari işlere uygulanacak hükümlerin sırası belirlenirken TTK m.1/1.cümlesi göz önünde bulundurulmalıdır<sup>14</sup>. Bu bağlamda, taraf iradelerinin kanun hükümleri karşısındaki konumundan hareketle yapılan kanun hükümlerine dair tasnif, emredici-emredici olmayan hüküm şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>15</sup>. Bu minvalde, ticari hükümler de emredici nitelikte olabileceği gibi emredici nitelikte olmayabilir de. Bu son durumda, ticari hükümler, tamamlayıcı, yorumlayıcı, tanımlayıcı ve yetki veren hükümler şeklinde görülebilir<sup>16</sup>. Ayrıca adi iş-ticari iş ayrımının bir yansıması olarak ticari işler, ticari hükümlere tabidir<sup>17</sup>.

Ticari hükmün somut olaya öncelikli olarak uygulanmasından önce özel kanun-genel kanun ilişkisinin somut uyuşmazlıkta olup olmadığına bakılmalıdır. Diğer bir deyişle zaten hükümler arasında özellik-genellik varsa hükmün ticariliğini tartışmak yersizdir. Bu takdirde akla şu soru gelmektedir: Acaba özel hüküm genel hükmü her zaman bertaraf eder mi? Bu soruya olumsuz cevap vermek gereklidir<sup>18</sup>. Çünkü burada önemli olan kanun koyucunun hükmü öngörürken iradesinin ne yönde olduğudur<sup>19</sup>. İşte ticari hüküm uygulanması açısından önemini ya özel hüküm-genel hüküm tartışmasının yapıldığı yerlerde ya da özel hükmün genel hükmü bertaraf edemediği olasılıklarda gösterir.

<sup>14</sup> BOZER Ali / GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku (Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası), BTHAE Yayınları, Ankara 2015, s. 39.

<sup>15</sup> KAŞAK Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 215-216.

<sup>16</sup> *Hükümlerin tasnifi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KAŞAK, s. 217 vd.*

<sup>17</sup> AYHAN Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2, s. 293; BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları-Doru Örnekleri), Güncellenmiş 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 87; POROY/YASAMAN, N. 93, s. 71.

<sup>18</sup> ÇAĞA Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf eder Mi?" TBB Dergisi, 1991/3, s. 373.

<sup>19</sup> ÇAĞA, s. 373-374.

Bir hükmü ticari hüküm olarak nitelendirmenin en önemli sonucu olan ticari işlere uygulanacak hükümlerin sırasında öncelik almanın yanı sıra bu nitelendirmenin iki sonucu daha vardır<sup>20</sup>.

Birincisi, kanunlarda ticari işler için öngörülen zamanaşımı sürelerinin değiştirilemezliğidir. TTK m.6<sup>21</sup>'ya göre; *"Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri, Kanunda aksine düzenleme yoksa, sözleşme ile değiştirilemez."* Buna göre hüküm emredici karakterde olup, ticari hükümler içeren TTK'da veyahut diğer kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri ne uzatılabilir ne de kısaltılabilir<sup>22</sup>.

İkincisi, en yüksek sınırı aşan edimleri ihtiva eden sözleşmelerin en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılmasıdır. TTK m.1530/1'e göre; *"Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz."* Bu hüküm TBK m.26, 27/1 ve 2-1.cümle ile paralellik arz etmektedir. Burada emredici nitelikteki ticari hükümlerle yasaklanmış bulunan işlem ve şartların, aksine özel bir hüküm olmadığı sürece batıl olduğu vurgulanmıştır<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N. 199, s. 110. CAN Ozan / ZABUNOĞLU H. Gökçe, "Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler", Ankara Barosu Dergisi, 2013/1, s. 77. KAYAR İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2015, s. 99.

<sup>21</sup> *Ticari hükümler koyan kanunlarda öngörülen zamanaşımı süreleri'* nitelendirmesi isabetli olmayıp burada kastedilenin '*ticari hükümlerle öngörülen zamanaşımı süreleri'* olduğu iddia edilmektedir. Yoksa içinde birkaç ticari hüküm barındıran bir kanunda yer verilen bütün zamanaşımı süreleri değil. Bkz. KENDİGELEN Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler/Yenilikler/İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, XIII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, dipnot 2, s. 45.

<sup>22</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N. 200, s. 110.

<sup>23</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N. 205, s. 112.

## A) Birinci Kriter

Bu bilgiler ışığında 'bu Kanundaki hükümler' ibaresi ile TTK kastedilmektedir<sup>24</sup>. Dikkat edileceği üzere, TTK'daki tüm hükümler ticari olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bu bağlamda iki husus önem arz eder. Birincisi, TTK'daki bir hükmün ayrıca ticari olup olmadığı araştırılmaz<sup>26</sup>. Diğer bir deyişle, burada ikinci kriterde olduğu gibi ticari işletmeyi ilgilendiren bir işlem veya fiilin bulunması şartı aranmaz<sup>27</sup>. İkincisi, TTK'da ticari olmayan hüküm yoktur. Diğer bir deyişle, bunun bir istisnası yoktur. Bu yüzden doktrinde birinci kriter için *mutlak ticari hüküm* ibaresi kullanılmaktadır<sup>28</sup>. Bu kabul TTK m. 4/1-a bendi çerçevesinde ticari davalar için de geçerlilik arz eder. Ayrıca bu kriter açısından kanuni bir faraziyeden bahsedilebilmelidir. Çünkü belli bir olaya kanun kesin sonuç bağlamıştır<sup>29</sup>. Bunun aksi ne iddia edilebilir ne de ispat olunabilir<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Benzer kabul TTK m. 6 için de geçerlidir. *Bu konuda bkz. TEKİNALP/ÇAMOĞLU*, s. 8. Oysaki 'Kanun' kelimesinin küçük harfle yazılması gerektiği ifade edilmektedir. Çünkü yeni düzenlemede ilk harfi büyük yazılan 'Kanun' kelimesi doğrudan TTK'yı hedef almaktadır; oysa burada söz konusu olan TTK değil, ticari hükümler öngören diğer kanunlardır. Bkz. KENDİGELEN, dipnot 2, s. 46.

<sup>25</sup> Turgut KALPSÜZ, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1960, s. 3; ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku (Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Dördüncü Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2018; AYHAN Rıza ÇAĞLAR Hayrettin/ ÖZDAMAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 57.

<sup>26</sup> BOZER/GÖLE, s. 38.

<sup>27</sup> EDGÜ Ekrem, Ticaret hukuku I (Umumi Hükümler), Sevinç Matbaası, Ankara 1964, s. 5-6; BERZEK Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2004, s. 32; ARSLANLI, s. 15; DOMANIÇ, s. 7-8; AYHAN, s. 293; Ekrem Örneğin, iki memur, iki işçi, iki öğrenci arasında düzenlenmiş bonoyu düzenleyen hükümler ticari hükümlerdir. Bkz. ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N. 190, s. 105. Aynı yön-deki görüş için bkz. BİLGİLİ Fatih / DEMİRKAPI Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 6728 sayılı Kanun Değişiklikleri İşlenmiş, 11. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2017, s. 33-34 ve 43; KAYAR, s. 89; ÇEKER Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2012, s. 69-70.

<sup>28</sup> AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 57; KAYAR, s. 100. Benzer yönde bkz. İMREGÜN Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar Hukuku-Kıymetli Evrak), Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 24; ÇEKER, s. 69.

<sup>29</sup> OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar/Temel Kavramlar), 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, N. 1036, s. 334.

<sup>30</sup> OĞUZMAN/BARLAS, N. 1036, s. 334-335.

Bu kriterin manayı muhalifine göre, TTK'da yer almayan bir hüküm iktisadi bir olguya ilişkin olsa dahi, ticari sayılamaz; meğer ki bir ticari işletmeye bağlanabilsin<sup>31</sup>.

Bir hükmün ticari olması iki anlama gelmekteydi. Bu iki anlam birinci kriter açısından geçerlilik arz etmektedir. Zira ticari alana ait tüm hususlar TTK tarafından hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan TTK, herhangi bir kıstasa bağlı kalmaksızın ticari nitelikte olan işlere uygulanacak özel hükümleri de içine almaktadır<sup>32</sup>.

Konuyla ilgili akla gelebilecek şöyle bir ihtimal vardır. Acaba kanun koyucunun ticari hüküm için getirmiş olduğu kriterleri ile ticari iş kriterleri paralellik arz etmekte midir?<sup>33</sup> Çünkü TTK m.3'e göre, "*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*" Bu soruya birtakım çekinceler koymak kaydıyla olumlu cevap verilebilir. Diğer bir deyişle ticari iş için getirilen kanuni tasnif bahsi<sup>34</sup> açısından söylenenlerin ticari hüküm için de geçerli olduğu evleviyetle söylenebilir. Bu takdirde kanun koyucunun niçin ticari hükümler için ayrı bir düzenleme yaptığı sorusu akla gelebilir. Bunu dile getireceğimiz çekincelerden ötürü kendine özgü ve bağımsız bir düzenleme ihtiyacı gerekçesiyle açıklayabiliriz. Nitekim ticari işler açısından da adi sahadan ayrılan bağımsız bir hukuki rejimin bulunması gerekliliği de neden böyle bir düzenlemeye gidildiğini göstermektedir<sup>35</sup>.

Burada belirtmek istediğimiz çekince, ticari işlerde olduğu gibi bir işin TTK'da düzenlendiğinin kabulü için o işe bağlanan hükümlerin

<sup>31</sup> ARSLANLI, s. 15-16.

<sup>32</sup> POROY/YASAMAN, N. 107, s. 78.

<sup>33</sup> Bu husus Arslanlı tarafından büyük bir netlikle cevaplandırılmıştır: "*Ticari hükümlerle ticari işler hakkında aynı ölçü caridir.*" Bkz. ARSLANLI, s. 16. Buna binaen müellif ticari iş ile ticari hüküm kavramlarından birisinin fazla olduğunu düşünmekte ve kanun yapma tekniği bakımından bu hususu eleştirmektedir. Lakin ben kanun koyucunun tercih ettiği yöntemi doğru bulmaktayım. Çünkü belirttiğimiz üzere ticari kıstasları bakımından da birtakım çekincelerin hasıl olduğu gerçeği yadsınamaz. *Arslanlı'nın bu tenkidi için bkz.* ARSLANLI, s. 16.

<sup>34</sup> *Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.* GÖKTÜRK Kürşat, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y.2015, Sayı 2, s. 12 vd.

<sup>35</sup> GÖKTÜRK, s. 15.

kanunda düzenlenmiş olmasının gereklilik<sup>36</sup> arz etmemesidir. Bundan kastımız şudur: Bizatihi terim olarak kanunda bu hususun yer alması hükmün ticari olarak kabul edilmesi sonucunu doğurur. Diğer bir deyişle, burada ticari işte olduğunun aksine bir durum vardır. Zira TTK m.1-2.cümle ile TTK m.3'ün lafızlarının farklılığı da bunun bir göstergesidir.

Bir diğer belirtmek istediğimiz çekince ise, kanunda hüküm altına alınan bir hususun, kısmen başka kanunlarda düzenlenmiş olmasının, o hükmün ticari hüküm olarak değerlendirilmesine engel teşkil edebilmesidir. Bunun sebebi, artık birinci kriterin dışına çıkılıp ikinci kriter geçilmiş olmasıdır. Bundan sonra yapılması gereken, o hususun ticari işletmeyi ilgilendiren bir işlem ya da fiil olup olmadığına bakmaktır. Oysaki ticari işte bunun tam aksi geçerlidir<sup>37</sup>.

Son olarak belirtmemiz gereken çekince ise, TTK atıf yoluyla düzenlenmiş olduğu hususlarda kendisini gösterebilir mi sorusudur? Aslında bu sorunun cevabı birinci çekince verildi. Ancak ticari işlerde olduğu gibi bu tür durumlarda atıf şeklinde yapılan düzenlemenin içeriğini irdelemeye gerek yoktur. Bir kere TTK genelinden bahsedecek olursak kanun içi atıf söz konusu olup, hükümlerin düzenlenmesi noktasında bir problem çıkmayacaktır. Hatta TTK'da hükmün vücut bulması ticari olarak nitelendirilmesi için yeterlidir. Zaten atıf yani yollama yalnızca kıyas şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce ticari iş açısından atfın genel mi yoksa özel mi yapıldığına bakılmalıdır<sup>38</sup>. Bundan kastımız hâkime takdir yetkisi tanınan hallerde bu atıf genel atıftır. Bu takdirde genel atıf olduğu hallerde işin ticari iş olduğunu söylemek mümkündür. Oysaki özel atıf açısından aynısını söylemek güçtür. Örneğin; Kooperatifler Kanunu m.98'de anonim şirket hükümlerine atıf yaparak genel bir değerlendirme yapılmasını hâkimden isteyen kanun koyucunun işe ticarilik kattığı görülebilir. Bu halde iş ticaridir, hüküm de ticaridir. Ancak sebepleri yönünde bir ayrılmanın olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>36</sup> GÖKTÜRK, s. 15.

<sup>37</sup> *Cari hesap sözleşmesi örneği için bkz. GÖKTÜRK, s. 15.*

<sup>38</sup> *Ticari işle ilgili olarak atıf sorununu irdeleyen Göktürk'ün görüşü için bkz. GÖKTÜRK, s. 16.*

## B) İkinci Kriter

Ticari hükme verilen ikinci anlam doğrultusunda önem kazanan bu ikinci kriterde ise bir hükmün ticari hüküm olarak nitelendirilebilmesi için bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümlerden olması gerekir. Burada ilk dikkati çeken nokta, ticari hükmün tanımının ticari işletme<sup>39</sup> kavramından hareketle yapılmasıdır<sup>40</sup>. Bu bağlamda TTK m.11/1'e göre<sup>41</sup> her somut olay açısından bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu kriterle bir hüküm TTK'da yer almadığı zaman başvurulmalıdır. Onun haricinde bu kriterdeki şartların sağlanmasına gerek yoktur. Bu açıdan bakıldığında düzenlemenin sistematik açıdan yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü TTK m.3 çerçevesinde ticari işin de, TTK m. 12 çerçevesinde tacirin de ticari işletme kıstasından hareketle tarif edildiği görülebilir<sup>42</sup>. Doktrinde bu ticari hükümlerin belirli şartları bünyesinde barındırması gerektiğinden hareketle *nispi ticari hükümler* olarak nitelendirildiği de görülmektedir<sup>43</sup>.

Diğer kanunlarda düzenlenmiş bulunanların ticari hüküm olarak kabul edilebilmesi için bu hükümlerin hem bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve<sup>44</sup> fiil olması hem de diğer kanunlarda yazılı özel hüküm niteliğinde olması gerekir<sup>45</sup>. Bu iki şart birbirinin alternatifi olmayıp birlikte bulunmaları gerekmektedir. Oysaki *Poroy/Yasaman'* a göre<sup>46</sup>; "...

<sup>39</sup> Bu kavram hakkında bkz. AYHAN, s. 294 vd.

<sup>40</sup> BOZER/ GÖLE, s. 38. 6762 sayılı Kanun döneminde ticari işletmesi ibaresi kullanmak yerine uzun bir tanıma yer verilmiş olmasının eleştirisi için bkz. İMREGÜN, s. 18 ve 25. Aynı eleştiri için bkz. BERZEK, s.33. 1956 tarihli kanunda da bu uzun ifade biçimine karşın kıstas ticari işletme çerçevesinde şekillenmektedir. Bkz. ARSLANLI, s. 16.

<sup>41</sup> "Ticari işletme, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir."

<sup>42</sup> HIRSCH, s. 38. Ticari işletme görüşünün modern görüş olarak da karşımıza çıktığı yönünde bkz. AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 4-5.

<sup>43</sup> AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 58; KAYAR, s. 100; ÇEKER, s. 70.

<sup>44</sup> Buradaki ve ibaresinin veya olması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>45</sup> AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 58. Arslanlı bu hususu aynen şöyle ifade etmiştir: "Türk Ticaret Kanununa göre bu manada ticari vasıf muamele, fiil veya işin ticari işletmeye olan irtibatına binaen taayyün eder." Bkz. ARSLANLI, s. 16.

<sup>46</sup> POROY/YASAMAN, N. 107, s. 78. Müelliflerin vermiş olduğu TTK m.8 hükmüne dair örnek zaten ticari hükümlerde birinci kriterden hareketle çözümlendiğinden böyle bir değerlendirme yapılmasına da gerek yoktur. Bu yönüyle verilen örneğin de yerinde olmadığı söylenebilir.



*ticari bir işletmeyi ilgilendiren işlere, yani ticari işlere 'diğer kanunlarda yazılı hususi hükümler'i kanunkoyucunun ticari işleri özel olarak düzenlemek maksadıyla sevk etmiş olduğu hükümler manasına almak gerekir. Bu hususun kıstası ise, kanunkoyucunun açıkça veya hükmün içinden çıkan iradesi olması gerekir. Zira artık burada işin ticarilik niteliğinin tespiti bahis konusu değildir. Hükmün düzenlediği işe bakıp, o işin bir ticari işletmeyle ilgisi olup olmadığını araştırma ve varılacak sonuca göre hükmü nitelendirme yolu, bizi içinden çıkılmaz bir döngüye sokar... TK m.1 metninde yanlış olarak anlaşılacağı şekilde düzenledikleri işlerin ticariliğinin araştırılması söz konusu değildir."*

Bu konuda müelliflere katılmak olanaksızdır. Bir kere ticari hükümleri tayinde ikinci kriterin iki şartı birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Hâkim önüne gelen somut uyuşmazlıkta bir hukuki nitelendirme yapmak durumundadır. Belirttiğimiz çekinceler göz önünde tutularak ticari işletme kıstası çerçevesinde işin, ticari iş olup olmadığı tespit edilecektir. Sonraki aşamada birinci şartın gerekleri yerine getirilmiş olacak ki, ikinci şarta geçilebilecek ve hâkim somut olayın çözümünde hangi hükümden faydalanılması gerektiği tespitinde bulunabilecektir. O yüzden burada *fasid daireden* bahsedilemeyecektir. Zaten gerçekleştirilmesi gereken bu faaliyet TTK m.1/2'nin bir gereğidir.

Birinci şart açısından ticari iş kriterinden hareket edilebilir. Bu bağlamda ticari işin tespitinde borcun kaynağının bir önemi yoktur<sup>47</sup>. Ayrıca ticari işletmeyi ilgilendirmekten kasıt nedir? Burada önemli ola-

<sup>47</sup> Hukuki işlemler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme, ticari işletme ile ilgili olduğu sürece ticari işe vücut veren borç kaynağıdır. Bkz. GÖKTÜRK, s. 16; ŞENER Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku (Ders Kitabı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 52-53; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 372. Bununla birlikte kanun koyucunun kullandığı ifadelerden sanki sebepsiz zenginleşme veyahut vekaletsiz iş görmeden kaynaklı bir borç ilişkisinin ticari işe vücut vermeyeceği anlamı çıkmaktadır. Çünkü işlem ve fiiller bunu gerektirmektedir. Oysaki bu yargıda bulunmadan evvel *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* ilkesini göz önünde tutmak gerekir. Yani kanunun ayırım yapmadığı yerde bizim de ayırım yapmamamız gerekir. O halde sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğini aykırı ayrımlar yapmamak gerekir. Bkz. GÖZLER Kemal, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Tebliği (Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması), 2012, s.57. Bu yüzden hükmün geniş yorumlanması neticesinde ticari iş kıstasında borcun kaynağının bu minvalde öneminin olmadığını söylemek icap eder. *Bu bağlamda ticari işletmeyi ilgilendiren işler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYHAN, s. 295 vd.*

nın, işin ticari işletmenin işletme konusu ve işleyişi ile olan bağıdır<sup>48</sup>. Diğer bir deyişle, işin ticari faaliyetlerin gerçekleştiği sahada olması ya da tarafın işletme sahibi olması vb. tek başına ticari işin kabulü için yeterli değildir<sup>49</sup>. Ancak burada da bir çekinceyi belirtmekte fayda görüyoruz. O da TTK m.3'ten farklı olarak TTK m.1-2.cümlesinde *bütün* ibaresinin geçmemesidir. Kanaatimizce bu bilinçli bir tercihtir. Çünkü TTK dışındaki diğer kanunlar çerçevesinde ticari işin belirlenmesi amacı güdülmüştür. Bununla birlikte *bütün* ibaresinin olmaması ticari iş tayin edilirken, ticari işletme ile olan ilgi derecesinin geniş yorumlanmasına<sup>50</sup> engel değildir. Bu yüzden özel kullanım sahası haricindeki saiklerle ger-

<sup>48</sup> GÖKTÜRK, s. 17.

<sup>49</sup> GÖKTÜRK, s. 16-17.

<sup>50</sup> İMREGÜN, s.18; GÖKTÜRK, s. 17; AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s. 16, BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 34. *Diğer bir deyişle, TTK m.1/1 hükmünde geçen 'ticari işletmeyi ilgilendiren' ibaresindeki 'ilgilendiren' sözcüğünü, normal ticari hayat şartları altında, objektif bir ölçüye göre ve söz konusu ticari işlem nevinden bir işletmenin işlevi açısından bir iş doğrudan doğruya ya da dolayısıyla işletmeyle ilgili veyahut beraber getirdiği işler olarak sayılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. ZORLUER Onur, Ticari İş Kavramı ve Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 14 vd.; POROY/YASAMAN, N. 102, s. 75; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N. 89, s. 64; ARKAN, s. 73; AYHAN, s. 295; BAHTİYAR, s. 69; BERZEK, s. 26; ŞENER, s. 52; CAN/ZABUNOĞLU, s. 80; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 372. TTK m.1/1'de yer alan 'bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin' ibaresini, TTK m.3'e paralel olarak 'ticari işlere dair' olarak anlamak icap edeceği yönünde bkz. ŞENER, s. 109. Aynı yöndeki görüş için bkz. KAYAR, s. 100. Ticari işi nitelik noktasında kapsamlı olarak ele alınmasının ticaret hukuku kavramı ile bağdaşmadığı, hatta bu durumun faiz ile ilgili zorlayıcı geniş yorumların yapılmasına sebebiyet verdiği iddia edilmektedir. Bu yüzden ticari işletmenin yöneldiği amacı doğrudan doğruya ilgilendirmeyen hususların ticari iş sayılması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. AŞÇIOĞLU Çetin, "Tazminata Yürütülecek Faiz", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), VII (11-12 Mayıs 1990), BTHAE Yayınları, Ankara 1991, s. 200. Farklı bir bakış açısıyla konuya yaklaşan müellife göre ticari işletmenin doğrudan ya da dolaylı birlikte getirdiği muamele, fiil ve işlere ticari vasıf tanımak gerekir. Örneğin; ticari işletmeyi işleten şahıs tarafından bir ihtilaf için avukata verilen vekalet ticari bir muamele sayılamaz. Bu cihetle müellife göre, muamele, fiil ve işlerle ticari işletme arasındaki bağ makul illiyet esasına göre tayin edilmelidir (Edgü de bu görüştedir, s. 7). Bkz. ARSLANLI, s. 24. Müellifin verdiği örnek açısından bir sınırlandırma yapıldığı takdirde konu müellifin iddiası üzerinden çözümlenebilir. Kanaatimizce şirket için daha doğrusu işletmeden kaynaklı sorunlar için bu vekalet verilse bu sorun da ortadan kalkacaktır. Bu açıdan müellifin ileri sürdüğü görüşü doktrinde karışık görüş olarak gösterenler olsa da sonuç yine aynı kapıya çıkmaktadır.*

çekleştiği kabul edilen işlem ve fiiller, ticari işletme ile ilgili iş olarak kabul edilebilir<sup>51</sup>.

Burada ikinci kriterin birinci şartının uygulanması bakımından ticari iş karinesinin geçerli olup olmadığı akla gelebilir. Bu noktada TTK m.19'un ticari işin doğumuna sebebiyet vermekten öte<sup>52</sup>, mevcut bir işin ticari niteliğini ispatına yaradığı göz önünde tutulacak olursa<sup>53</sup> hükmün ticari hüküm kıstasında yerinin olmadığını söyleyebiliriz. Bunun önemi şuradadır: *Göktürk'e göre*<sup>54</sup>; *"Tanımında ticari işletme işletilmesinin dikkate alınmadığı ya da etkisini yitirdiği tacirler ve tacir gibi sorumlu olanlar bakımından, Türk Ticaret Kanunu'nun 3'üncü maddesinde yer alan ve "ticari işletme ile ilgiyi esas alan" kriter, işe ticari nitelik kazandırma kabiliyetine sahip değildir. Bu grupta yer alan kişilerin, gerçekleştirdikleri işlerin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna, kanunun 3'üncü maddesi olumsuz cevap vermeyi gerektirebilmektedir. Bu nedenle tacirin borcu hakkında sevk edilen kriter, özellikle bu gruptaki şahısların işlerinin ticari nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda kurucu etkiye sahiptir."*

Ticari iş karinesinin bir uzantısı olarak ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiiller açısından ticari işlerin kapsamının tayininde tarafların bir önemi olacak mıdır? Bu sorunun cevabı olumsuzdur. Diğer bir deyişle, işin herhangi bir ticari işletmeyle ilgili olması halinde yalnızca işletmeyi işleten değil, diğer taraf bakımından da ticari olduğu gibi bir sonuca ulaşılabilir<sup>55</sup>. Bu konuyu bir örnek üzerinden açıklamakta fayda vardır.

<sup>51</sup> TTK m.3 açısından bkz. GÖKTÜRK, s. 17. Esasen kanun koyucunun kullandığı kavramları ve ona bağladığı hüküm ve sonuçları yeknesak biçimde uygulaması kadar da doğal bir şey olamaz.

<sup>52</sup> TTK m.19/2'nin borcun kaynağı açısından yalnızca sözleşmelere uygulanabileceği unutulmamalıdır.

<sup>53</sup> GÖKTÜRK, s. 22.

<sup>54</sup> *Ticari iş karinesinin bağımsız bir ticari iş kriteri olması gerektiği yönünde bkz. GÖKTÜRK, s. 24.*

<sup>55</sup> *Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖKTÜRK, dipnot 91, s. 30. Ayrıca ticari işletmenin, işlem ve fiilin tarafı olması zorunlu değildir. Ticari işletmenin devrinden olduğu gibi işlemin konusunun ticari işletme olduğu hallerde de ticari iş sayılır. Bkz. İMREGÜN, s. 18; KAYAR, s. 90; BÖRÜ/KOÇYİĞİT, s. 372; ZORLUER, s. 15. Nitekim TBK'da düzenlenen satım, trampa, kira, ariyet, bağışlama gibi sözleşmelerin bir tarafının ticari işletme olması veya bu sözleşmelere ticari işletmenin bazı*

Örneğin<sup>56</sup>; bir çiftçinin ürünü ticari bir işletmeye satması halinde çiftçi bakımından bu iş ticari içeriğe sahip değildir. Bu noktada ticari iş karinesini devreye sokarak bu satım sözleşmesine ticari hükümlerin uygulanacağını söylemek doğru değildir. Burada kurgusal bir hata vardır. TTK m.1 hükmünün lafzı açık olup, iki kriterden birisi yoksa ticari iş de olsa somut uyuşmazlığa ticari hüküm uygulanamaz. Her ne kadar burada sonuç değişirse de bu kurguyu her defasında yapmak icap eder.

TTK'da düzenlenen hususların bir işlem veya fiil olması önem taşımamaktadır. Bu yüzden, ticari işletmeye dair işler ile kanunda düzenlenen hususlar, ticari işin doğumu açısından benzerlik arz etmektedir. Bu durum işlem ya da fiil borç teşkil ediyorsa tacirin borçları açısından da geçerlidir<sup>57</sup>. Ayrıca *Arslanlı*'ya göre, TTK m.19/2 hükmü gereğince, işin ticari iş sıfatını kazanması yüzünden kendi açısından ticari olmayan bir iş yapmış olan tarafa da uygulanması hakkaniyete uygun değildir<sup>58</sup>. Diğer bir deyişle kanunun ticari bir iş icabı öngördüğü hükümler ticari işletmenin birlikte getirdiği işlere uygulanmalı, diğer tarafın borcunu kapsamına almamalıdır<sup>59</sup>. Oysaki TTK m.1/2.cümle TTK m.19/2'yi kapsamına almamaktadır. Yani burada taraf sorgusu yapılmamalıdır. Çünkü ticari hükümlerde ticari iş kıstası ticari işlerin tasnifinden daha dar kapsamlıdır. Müellifin görüşü çerçevesinde düşündüğümüzde ticari

---

unsur ya da unsurlarının konu edilmesi, sözleşmenin ticari iş sayılmasına yeterli olacaktır. Bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 34.

<sup>56</sup> Müellif kurguda hataya düşerek doğru sonuca ulaşmıştır. Bkz. ARSLANLI, s. 24-25. Ayrıca bir sözleşmede ticari vasıfla ticari olmayan vasfın çarpışması neticesinde kanunlar ihtilafının ticari işletme lehine bir çözüm tercih etmesinin eleştirilebileceğini dile getiren müellifin şu ifadeyle hataya düştüğünü görmekteyiz: "*Çiftçi, esnaf güzel sanatlar erbabının muayyen hacim altında yaptıkları işler ticari iş vasfında sayılmakla, bunlar ticari hükümlerin tatbik sahası dışında bırakılmak istenmiş ve fakat aynı muamele diğer akidın ticari işletmesine binaen yine ticari hükümlere tabi kılınmıştır.*" Oysaki zaten belirli bir hacmin altında kalan esnaf açısından iş ticari sayılmayacaktır ki böyle bir sonuca ulaşılabilir. Burada müellife göre kendisi açısından adi iş olarak işlev görenin diğer sözleşenler karşısında menfaatlerinin korunmadığı dile getirilmiştir. Bkz. ARSLANLI, s. 25. Kanaatimizce bu, doğru olmayıp 6502 sayılı TKHK da olduğu gibi özel kanun-genel kanun çerçevesinde sorunun çözümlenmesi gerekecektir, yoksa hükmün ticariliğini tartışmak yersizdir.

<sup>57</sup> GÖKTÜRK, s. 32.

<sup>58</sup> ARSLANLI, s. 25-26.

<sup>59</sup> ARSLANLI, s. 26.

hükmün ticari işe mutlak anlamda bağlılığından bahsedilir ki, bu konuda özel düzenleme yoluna gidilmesini haksız çıkartır. Bu yüzden müellifin görüşüne katılmamaktayız.

Ticari iş belirlenirken mutlak, nispi ve ticari iş karinesi olmak üzere üçlü bir ayırımın yapıldığı görülmektedir. Bu ölçütler içerisinde bir öncelik-sonralık ilişkisinin olup olmadığı ticari hükümlerin uygulama alanının tayini bakımından önem arz etmektedir. Bir kere mutlak ticari iş açısından kat'i bir üstünlüğün olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bir işin ticari iş olabilmesi ve hükmün ticari hüküm olabilmesi için hiçbir şart koşulmaksızın TTK'da yer alan bir husus olması gerekli ve yeterlidir<sup>60</sup>. Oysaki diğer iki ölçüt açısından bir *baş-a-baş* gitme durumundan bahsedilebilir<sup>61</sup>. Bu yüzden ticari iş karinesi var diye taraf değerlendirmesi yapmak ticari hükmü tayin etme noktasında bizi hataya sürükler. O halde yapılması gereken ticari işletmeyi ilgilendiren bir işlem ya da fiilin varlığının taraflardan müstakil olarak değerlendirilmesidir.

Bu ikinci kriterin ikinci şartı ise diğer kanunlarda yazılı özel hükümler olmasıdır. Buradaki özel hükümden kasıt kamu hukuku karşısında bulunan özel hukuk hükümleri değildir. Nitekim özel hükümleri, hükmün amacını da göz önünde tuttuğumuzda, yani özel bir ihtisas alanına girilmesi lazım geldiği durumlarda *ticari işlere özgü* anlamında yorumlamak gerekir<sup>62</sup>. Diğer kanunlarda yazılı özel hükümler ile kastedilenin, TTK dışında bulunan kamu hukukuna da dahil olabilecek nitelikteki kanun hükümleri de olduğu açıktır<sup>63</sup>. Ayrıca buradaki *kanun* ibaresini geniş yorumlamak gerekir. Yalnızca yasama organının elinden çıkmış kanunlar olarak değil, onun haricindeki tüm yazılı hukuk kural-

<sup>60</sup> *Ticari iş açısından bkz. GÖKTÜRK, s. 33.*

<sup>61</sup> GÖKTÜRK, s. 34.

<sup>62</sup> ARSLANLI, s. 16; POROY/YASAMAN, N. 107, s. 78. *Aynı yöndeki görüş için bkz. KAYAR, s. 100; CAN/ZABUNOĞLU, s. 79. "Kanununun esbabı mucibesi, bu manada hususi hukukun adi hükümlerinden farklı özel ve ticari hükümlerinden bahseder."* Bkz. KALPSÜZ, s. 4.

<sup>63</sup> *Benzer yönde bkz. ARSLANLI, s. 15; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N.191, s. 106; KAYAR, s. 99.*

ları olacak mahiyette geniş bir şekilde anlamak gerekir<sup>64</sup>. Bu yüzden Anayasa, kanun hükmünde kararname, yönetmelik, tebliğde yer alan ve bir ticari işletmeyi ilgilendiren düzenleme de ticari hüküm olarak değerlendirilmelidir<sup>65</sup>. *Bilgili/Demirkapı'ya göre*<sup>66</sup>; “*Ticari kurallardan yazılı olmayan ticari hükümler ise, yazılı ticari kuralların tamamlayıcısı niteliğinde, uzun zaman uygulanarak bir kanun gücü bulunan ticari örf ve âdet hukuku ile ticari teamüllerdir. Ticari örf ve âdet kuralları ile teamüller, yazılı olmayan ticari hükümler olarak ticaret hukukuna dahildiler.*” Müelliflerin ticari örf ve âdet ile teamülü ticari hüküm olarak değerlendirmeleri hatalı bir yaklaşımdır. Bir kere bu yaklaşım, TTK m.1/2’de açıkça ticari hüküm ve diğerleri şeklinde yapılan ayırımla taban tabana tezat teşkil eder. Diğer bir deyişle, bu, hükmün uygulanma sırasında bir karışıklığa yol açar. Ayrıca ticari örf ve âdet kanun gücüne eriştiyse zaten artık ticari bir hükümdür. Tıpkı anonim şirket genel kurul kararlarının iptalinde olduğu gibi kanun hükmünü aynen esas sözleşmeye derç eden anonim şirketlerde bu değişikliğin iptali esas sözleşmeye aykırılıktan dolayı değil, kanuna aykırılıktan dolayıdır. Bu yüzden -aynı mantıktan hareket edilerek- yazılı-yazılı olmayan ticari hüküm ayırımını yapmak yerindelik arz etmez. Hatta bu durum öngörülmüş olacak ki, kanun koyucunun TTK m.1/2.cümlesindeki ‘*diğer kanunlarda yazılı özel hükümler*’ ibaresindeki yazılılık bilinçli bir ayırımın göstergesidir. Aksi yaklaşım biçimi kanun koyucunun abesle iştiğal ettiğine delalettir. Çünkü ticari hüküm yazılı olmak zorundadır. Aksi halde ticari örf ve âdet ile teamülün varlığına ihtiyaç kalmaz idi.

<sup>64</sup> Aynı yöndeki görüş için bkz. CAN/ZABUNOĞLU, s. 78. Zaten hükmün gerekçesi de bunu teyit etmektedir. Buna göre; “*Tasarımın birinci maddesindeki tariften anlaşılacağı üzere bir ticari işletmenin yapacağı herhangi bir muameleyi ceza tehdidi altında bulunduran umumi veya hususi ceza kanunlarındaki hükümler dahi ticari hükümlerden sayılmak gerektir. Bu itibarla bir kanunun sadece ceza hükümlerini ihtiva ettiği ileri sürülerek ona aykırı olan muameleler hakkında tasarımın bu maddesinin tatbik edilemeyeceği ortaya atılamaz.*”

<sup>65</sup> Hatta ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde yer alan ve ticari işletmeyi ilgilendiren hükümler dahi ticari hüküm niteliği taşıyacağı yönünde bkz. CAN/ZABUNOĞLU, s. 78-79.

<sup>66</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 44. Aynı şekilde Domaniç de yazılı olmayan ticari kaideler başlığı altında örf ve âdet ile teamülleri açıklamıştır. Bkz. DOMANIÇ, s. 9. Bu hususun yanlış olduğunu ticari hükümler ile ticari örf ve âdet ile ticari teamüller arasındaki farklara bakarak anlayabiliriz. *Bu farklar hakkında bkz. ULUSOY Erol, Ticari Örf ve Adet, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2001, s. 85-86.*

Bu ikinci kriterin ikinci şartının sağlanmasını bir örnek üzerinde göstermeden önce şu hususun altını çizmekte fayda vardır: Somut olaya uygulanacak geniş anlamda kanun hükmünün (kural olarak) ticari iş mahiyetinde bir hüküm olması icap eder. Bu da kanun hükmünün düzenleme altına aldığı konunun içeriğini tetkik etmeyi gerektirir. Bu durumda iki seçenek karşımıza çıkar. Kanun koyucu özel hüküm ile ya açıkça ya da zımni olarak yaptığı düzenlemeleri kastetmiştir. O halde birinci seçenekte diğer kanunlarda açıkça ticari ibaresinin geçtiği hükümlerin ticari olduğu kabul edilebilir<sup>67</sup>. Bu kabul kesin olmadığından TMK m.1 hükmünden hareket edilerek her hükmün lafzı ruhu ile kontrol edilmelidir. Bu yüzden kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir lafzi yorum kabul edilemez. İkinci seçenekte ise hükmün ratio legisinden ticari işlere matuf bir hüküm olduğu çıkarımında bulunabiliyorsa -amaca uygun yorum yapılarak- hükmü ticari hüküm olarak kabul etmek gerekir. Bu olasılıkta TTK dışındaki bir hükmün ticariliği konusunda bir kesinlik söz konusu değil midir? sorusu akla gelmektedir. Diğer bir deyişle, somut olayın koşulları çerçevesinde hüküm ticari olabilir de olmayabilir de<sup>68</sup>. Ancak bu mantıkla hareket etmek doğru değildir. Aksi halde bu durumun kendi içerisinde bir çelişkiye düşmekten, bir kısır döngüden farkı kalmaz. Çünkü TTK m.1/2'deki hükmün uygulanma sıralamasındaki genel hükümlerin<sup>69</sup> bir mantığı kalmaz idi. Bu yüzden hükmün yorumlanması neticesinde ortaya çıkan sonucun ikinci kriterin birinci şartını sağlasa da ikinci şart olan ticari işlere matuf olma durumu hiçbir zaman gerçekleşmeyecektir. Bu yüzden her zaman lafza bağlı kalınarak

<sup>67</sup> Örneğin; TBK m. 236. *Bu örnek için bkz. ARSLANLI, s. 24.* Bununla birlikte BK m. 212'de geçen ticari muamele ibaresinin kaldırıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Yani hüküm artık ticari olma vasfını yitirmiştir. Ayrıca tacir gibi bir ibarenin geçmesi hükmü (kural olarak) özel kılmamaktadır. Örneğin; TBK m. 546/2.

<sup>68</sup> Örneğin; kira ilişkisi Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olduğu halde, bir ticari işletme için işyeri kiralanması halinde Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri de, bu uyumsuzlıkla sınırlı olarak ticari hüküm sayılır demek (ÇEKER, s.70), ticari hükmün mutlaklığını zedeler. Bundan kastımız Borçlar Kanunu'nda hükümlere ticari hüküm diyebilmek için o hususa matuf olmasıdır. Oysaki müellifin söylediği uyumsuzluğun çözülmesinde faydalanılan genel hükümlerden başka bir şey değildir.

<sup>69</sup> Uyumsuzluk ticari iş niteliğinde ise, TTK'nın birinci maddesindeki sıraya göre, ticari hükümler; uyumsuzluk ticari iş niteliğini haiz değilse, bu takdirde ticari hükümler uygulanamayacağından, genel hukuk kuralları uygulanır. Bkz. AYHAN, s. 293.

birinci seçenekten çıkan sonuca göre karar vermek zorunluluk arz eder<sup>70</sup>. Son olarak ifade etmemiz gereken husus ise ticari hükümlerin (kural olarak) ticari işlere uygulanacağıdır. Bu da demek değildir ki; her ticari iş ticari hükme vücut verir. Ancak tersi mümkündür.

Örneğimiz, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) olup tüketici işlemi söz konusu olduğunda taraflar arasındaki faiz hükmünün akıbetinin ne olacağı üzerinedir. Bu tespit yapılırken esasen ticari işin nerede bittiği ve ticari hükmün konumunun ne olduğu üzerine kafa yormak gerekir. TKHK m. 2'ye göre, "Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar." TKHK m. 3/1-k bendine göre, "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder." TKHK m.83/1'e göre, "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde genel hükümler uygulanır." TKHK m.83/2'ye göre; "Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez." Bu hükümlerden hareketle denilebilir ki, ticari alanın sınırı, tüketici ile karşılaşılan yerde sona ermiştir. Bu cihetle yalnızca faiz sınırlandırmaları açısından değil, adi ve ticari işlerde faizi öngören düzenlemeler açısından da ticari iş-tüketici işlemi ayrımının göz önünde bulundurulması ve bu tüketici işleminin bulunduğu hallerde, bundan böyle ticari işlere dair ticari hükümlerin tatbik edilememesi söz konusudur. Bu yüzden örneğin; TKHK m.49/2 bu açıdan ticari hüküm olup somut olaya göre tatbik kabiliyeti bulamamıştır. Şunu da unutmamak gerekir ki, söz konusu özel kanun hüküm-

<sup>70</sup> Lafza bağlı kalırken TMK m.1/1 hükmünü her zaman hatırdan tutmak gerekir. Buna göre, kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam kabul edilemez. Bu yüzden her kanun hükmü incelenirken ticari ibaresini ayrıca tetkik etmek gerekir. Bu bağlamda TMK m.1/1 hükmü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N. 244, s. 71. Burada aksine sair kanunlarda yer alan bazı hükümlerin lafızlarında ticari olduklarına dair hiçbir açıklığa rastlanmadığı halde, düzenlendikleri konu itibarıyla ve ticaret erbabının ihtiyaçlarını karşılamak üzere meydana getirildikleri kabul edileceğinden bu hükümlerin de ticari olduğunun kabulü gerekir denilmektedir. Bkz. KALPSÜZ, s. 4. Bu konuda yorum yapılması gerektiğini söyleyen bir diğer görüş için bkz. HIRSCH Ernst, "Ticaret Hukuku İlmî", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 2, Sayı O, s. 153. Biz bu müellifin görüşüne iştirak etmemekteyiz. Bir kere lafız ticari demiyorsa, hükmün ruhuna bakmaya gerek yoktur. Çünkü hiçbir kanunda bu takdirde ticari işletmeye özgü bir hüküm konulduğuna denk gelinmemiştir, mantiken gelinemez de.



lerinin ticari nitelikte olmayanlarının bile düzenlendikleri konularda uygulanmaları TTK m.1/2'ye aykırılık teşkil etmez<sup>71</sup>. Çünkü artık özel kanun hükmü genel kanun hükmünden önce gelir.

Hem çalışmanın kapsamı hem de TTK m.1'in hukuki niteliği dikkate alındığında ticari hükümlerin kanun bazında burada bir listesini yapmak oldukça güçtür. Bu yüzden olabildiğince misal verilmeye çalışılacaktır. Yukarıdaki bilgiler ışığında sırasıyla TBK ile TMK irdelenecektir. Bunlar sırasıyla; TBK m. 48, 57/2, 107/2, 147/1-5.bent, 202/1, 212/2, 233/3, 253/3, 263/4, 272, 387/2, 391, 403, 448, 536, 537, 543, 547,548,551/1-2, 552/1-2, 553/1-2, 554/1-2, 571, 575, 584/3; TMK m. 19/3, 443, 950/2.

Kanun bazında doktrinin verdiği örneklere bakılacak olursa<sup>72</sup>; 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Kanunu, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 5941 sayılı Çek Kanunu, 2699 sayılı Umumi Mağazalar Kanunu, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, 6760 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, 6745 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu Bu kanunlardaki hükümlerin ticari hüküm olarak görülmesinin sebebi, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin olmalarıdır<sup>73</sup>. Buradaki her kanun (örneğin; Çek Kanunu ya da Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun) ticari işletmeyi ilgilendirmeyen hükümleri de ihtiva etmektedir. Bu yüzden her somut uyumsuzlukta diğer kanunlardaki hükümlerin ticari niteliği tartışılabilir. Hatta kanaatimizce bu kanunların çoğunda ticari hüküm hiç bulunmayabilir. Burada yinelemek gerekirse kanun hükmü bazında ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediği şeklinde bir yorum yapmak anlamsızdır. Diğer bir deyişle, kanun açısından ticari iş mi değil mi ona bakılmamalıdır. Yalnızca ticari işletmeyi ilgilendirme hususunun ticari işe matuf olup olmadığı irdelenmelidir. Yoksa ticari hüküm ile ticari iş ara-

<sup>71</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N.191, s. 106.

<sup>72</sup> ARKAN, s. 99; ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N.191, s. 106; BAHTİYAR, s. 87; KAYAR, s. 100; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 43; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 58.

<sup>73</sup> ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA/NOMER ERTAN, N.191, s. 106.

sında bir ayrıma gidilmesine gerek kalmazdı. Örneğin; 2004 sayılı İcra İflas Kanunu m.154/2'deki merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmeler hakkındaki iflas yoluyla takipte yetkili merciinin belirlendiği bu hükmün ticari hüküm olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte kanaatimiz bu yönde olmayıp hüküm yalnızca TTK m.40/2 nispeten özel hükümdür. Haliyle özel hüküm-genel hüküm ayrımının olduğu yerlerde ticari hüküm nitelendirmesini yaparak her iki kurumu birbirine karıştırmak doğru değildir. Bu yüzden özel hüküm derken yalnızca o ticari işletmeye özgü olarak ortaya çıkan bir durumun varlığından söz edilebilmelidir ki, hüküm özel olsun; yoksa özellik-genellik ayrımının yapıldığı her yerde zaten ticari hüküm nitelendirilmesinin yapılmasının bir anlamı kalmaz idi. Bu takdirde bu yargı, ticari hükümden dolayı değil hükmün genel hükme oranla özel olmasının bir neticesidir.

## II) SONUÇ

Kanunun uygulama alanının belirlenmesi bakımından büyük önemi haiz olan ticari hükümler TTK m.1-2.cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre, TTK'da bulunan hükümlerle, bir ticari işletmeyi ilgilendiren işlem ve fiillere ilişkin diğer kanunlarda yazılı özel hükümler, ticari hükümlerdendir. Ticari hükümler önemini, hükümlerin uygulanma sırası, zamanaşımı ve ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler noktasında gösterir.

Ticari hükümlerin belirlenebilmesi için öncelikle konuyla ilgili TTK'da bir hüküm olup olmadığına bakılır. Burada ticari işten farklı olarak o hususun kanunda ayrıntılarıyla düzenlenmiş olmasına gerek yoktur. O hususun kavramsal olarak TTK da bulunması ticari hüküm olabilmesi için gerekli ve yeterlidir. Bu husus TTK'da mevcut değilse, bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmediği bağlamında ticari iş kıstasından yola çıkılmalıdır. Bu bağlamda ticari iş karinesini devre dışı bırakmak gerekecektir. Aksi halde ticari hükmün ticari işe mutlak anlamda bağlanmasından bahsedilirdi. Şayet bu yolun sonunda ticari iş olduğu sonucuna ulaşırsa, onun hüküm ve sonuçlarını düzenleyen TTK harici kanunlardaki ona özgü hükümlere bakılmalıdır. Bu da olumlu bir şekilde geçirildiği takdirde artık ticari hükümden bahsedilecektir. Bu son kıstas açısından ticari işletmeyi ilgilendirme kriterinin kanun hükmü açısından geçerli olmadığına altı çizilmelidir. Kanun hükmü

açısından önemli olan ticari işlere özgü bir düzenleme yapıp yapılmadığıdır. Bunu anlamanın yolu da hükmün yorumlanmasından geçer. Hükmün yorumunda ise amaçsal yorum yapılmasının bir mantığı yoktur. Çünkü öncelikle hükmün lafzı desteklemiyorsa -metinde *ticari* ibaresi geçmeli- amaçsal yorumdan o hükmün ticariliğinden bahsedilemez. Aksi halde hükmün lafzının hükmün özüyle uyumlu olup olmadığı irdelemelidir. Hükmün lafzı ruhunu da kapsıyorsa artık hükmün ikinci kriter nezdinde ticari hüküm olduğu kabul edilir.

Ticari hüküm belirlenirken ticari iş kıstasından faydalandığı, ancak ticari iş kıstasından ayrılan yönlerinin de olduğu unutulmamalıdır.

## KAYNAKLAR

- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku (Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş Yirmi Dördüncü Bası, BTHAE Yayınları, Ankara 2018.
- ARSLANLI, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Umumi Hükümler), Sulhi Garan Matbaası, 2. Baskı, İstanbul 1959.
- AŞÇIOĞLU, Çetin, "Tazminata Yürütülecek Faiz", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler-Tartışmalar), VII (11-12 Mayıs 1990), BTHAE Yayınları, Ankara 1991.
- AYHAN, Rıza, "Ticari İş Kavramı ve Tacir Sifatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y.2013, Sa. 1-2.
- AYHAN Rıza / ÇAĞLAR Hayrettin / ÖZDAMAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları-Doru Örnekleri), Güncellenmiş 20. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- BERZEK, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul 2004.
- BOZER Ali / GÖLE Celal, Ticari İşletme Hukuku (Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası), BTHAE Yayınları, Ankara 2015.
- BÖRÜ Levent / KOÇYİĞİT İlker, Ticari Dava, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- CAN Ozan / ZABUNOĞLU H.Gökçe, "Ticari Hükümler ve Yeni Anayasada Yer Alması Gereken Ticari Hükümlere İlişkin Bazı Öneriler", Ankara Barosu Dergisi, 2013/1.

- ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf eder Mi?" TBB Dergisi, 1991/3.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2012.
- DOMANIÇ, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, Fakülteler Matbaası, Üçüncü Bası, İstanbul 1976.
- EDGÜ, Ekrem, Ticaret hukuku I (Umumi Hükümler), Sevinç Matbaası, Ankara 1964.
- GÖKTÜRK, Kürşat, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Y.2015, Sayı 2.
- GÖZLER, Kemal, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Tebliği (Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması), 2012.
- GÜRDOĞAN, Burhan, "Ticari Usul Hukuku", AÜHFD, 1956 1/2, Cilt 3.
- HIRSCH, Ernst Ticaret Hukuku Dersleri, İsmail Akgün Matbaası, İkinci Bası, İstanbul 1946.
- HIRSCH, Ernst, "Ticaret Hukuku İlmî", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 2, Sayı O.
- İMREGÜN Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar Hukuku-Kıymetli Evrak), Onikinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- KALPSÜZ, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1960.
- KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, oniki-levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- KAYAR, İsmail, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret hukuku, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler/Yenilikler/İlk Tespitler, Değişiklikler İşlenmiş ve

Güncellenmiş 2. Bası, XIII Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

MOROĞLU, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, onikilevha Yayıncılık, 8. Baskı, İstanbul 2016.

OĞUZMAN Kemal / BARLAS Nami, Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar/temel Kavramlar), 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

POROY Reha / YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku (6102 Sayılı TTK Nazara Alınarak Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 14. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

ŞENER, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku (Ders Kitabı), Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.

TEKİNALP Ünal / ÇAMOĞLU Ersin, Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı, Türk Ticaret Kanunu Ticari Mevzuat ve İkincil Düzenlemeler, Güncellenmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.

ULUSOY, Erol, Ticari Örf ve Adet, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2001.

ÜLGEN Hüseyin / HELVACI Mehmet / KENDİGELEN Abuzer / KAYA Arslan / NOMER ERTAN Füsün, Ticari İşletme Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Güncellenmiş Dördüncü Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.



## İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME SUÇLARI

Av. Mehmet Fırat SUBAŞI\*

### Öz

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" isimli ikinci kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" isimli ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda ilk defa kendine yer bulan bu suç türleri tek bir madde başlığı altında "insan üzerinde deney" şeklinde düzenlenmiştir. Bilimsel deney ve denemelerin, uluslararası hukukta ve iç hukukumuzda çeşitli kanun ve yönetmeliklerde kanuni çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, bu suçla ilgili genel bilgiler verilerek ilgili kavramlar incelenecektir. İkinci bölümde ise, suçun unsurları incelenecek ve öğretilerdeki görüş ayrılıkları bir araya toplanarak bir sonuca varmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Deney • Deneme • Türk Ceza Kanunu • İnsan • Rıza

## CRIMINAL EXPERIMENTATION AND TRIAL ON HUMAN SUBJECT

### Abstract

Criminal experimentation and trial on human subject was organized in the second part titled "Crimes Against Physical Integrity" of the second section named "Crimes Against Persons" of the second book entitled "Special Provisions" of the Turkish Criminal Code numbered 5237. These types of crime, which were included in the Turkish Penal Code for the first time, are organized under a

\* Avukat, Mersin, Türkiye | Lawyer, Mersin, Turkey.

✉ mehmetfirats@gmail.com • ORCID 0000-0003-1577-3367

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: SUBAŞI, Mehmet Fırat, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 75-104.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

single title as "experiment on human subject". In international law and our domestic law, the legal framework of scientific experiments and trials has been tried to be drawn in various laws and regulations. This study consists of two parts. In the first part, by giving general information about this crime, related concepts will be examined. In the second part, elements of the crime will be examined and a conclusion will be attempted to reach by collecting the differences of opinion within the doctrine.

### Key Words

Experimentation • Trial • Turkish Penal Code • Human • Consent

## GİRİŞ

Tıp bilimi her zaman gelişmeye açık ve ilerlemeye muhtaçtır. İnsan sağlığını korumanın, hastalıklara çare bulmanın yegane yolu tıp bilimidir. Tıp biliminin gelişmesinde en önemli yöntemler ise deney ve deneme yöntemleridir. Ancak bilimsel deneylerin amacı her ne kadar tıbbi ilerlemeler olsa da kontrolsüzce yapılacak deneyler sonucunda ortaya ciddi problemlerin çıkması işten bile değildir. Gerçekten de küresel dünyada, özellikle kalabalık toplumları ilgilendiren kimi tedavilerin sonuçlarının neler olacağını kestirebilmek hayati önem arz eder. Sonucu öngörülemeyen yeni bir tedavinin hiçbir insan üzerinde denenmeden bir anda kalabalık bir insan topluluğuna uygulanması fikri kimi zaman korkunç sonuçlar doğurabilecektir.

İnsanlık tarihi bu anlamda kötü bir geçmişe ve acı tecrübelerle sahiptir. Özellikle 2. Dünya Savaşı döneminde insanlar üzerinde yapılan kontrolsüz deneylerin sonucunda ciddi kanuni düzenlemeler öngörülmüş ve bu konunun ciddiyeti bütün dünya tarafından fark edilmeye başlanmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde insan üzerinde deney ve deneme kavramının aslında ne olduğu, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği, insan üzerinde yapılan deneylerin tarihi gelişimi ve bu konulardaki ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler incelenecektir. Bu incelemeler yapılmadan bu kavramların tam olarak anlaşılması mümkün olmayacak, kanuni düzenlemelerin yeterliliğinin ve geliştirilebilirliğinin tartışılması için de uygun zemin oluşturulamayacaktır.



Çalışmamızın ikinci bölümünde ise Türk Ceza Kanunu 90. maddede düzenlenen insan üzerinde deney ve deneme suçları incelenecektir. Birinci bölümdeki bilgiler ışığında yapılacak bu incelemede; suçun unsurları açısından ortaya çıkan görüşlere de yer verilerek bir sonuca varılmaya çalışılacaktır. Devamında ise suçun özel görünüş şekilleri, soruşturma ve kovuşturma usulü, yaptırım, zamanaşımı incelemesi yapılacaktır. Suçun benzer suç tipleriyle karşılaştırılmasına ise son bölümde yer verilmiştir.

## 1. İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE DENEME

### 1.1. Genel Bilgiler

İnsan üzerinde deney ve deneme yöntemlerinin kontrol altında tutulabilmesi için çeşitli ulusal ve uluslararası kanuni düzenlemeler mevcuttur. TCK m. 90'da insan üzerinde deney ve deneme kural olarak yasaklanmış, ancak belli şartlar altında ve açıklanan rızanın hukuken geçerli bir rıza olması halinde bunların yapılabileceği öngörülmüştür.<sup>1</sup> Maddenin düzenleniş şeklinin ise TCK Özel Hükümler arasında biraz sıra dışı olduğunu belirtmek gerekir. TCK m. 90, bir ceza normu olmasına rağmen, bu haliyle daha çok düzenleyici bir kanun görünümündedir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bu durum madde gerekçesinde de belirtilmiştir.

<sup>2</sup> Madde metni şu şekildedir: "(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için; a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması, b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilen zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir. (3) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra; a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması, c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir. (4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bu-

## 1.2. Kavramlar

Bu çalışmanın konusu olan insan üzerinde deney ve deneme suçları, TCK m. 90'da tek bir madde başlığı altında düzenlenmektedir. Bu madde başlığı ise aslında "insan üzerinde deney" olup, kanun metninde deneme kavramı maddenin devamındaki fıkralarda belirlenmeye çalışılmıştır.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarını incelemeyen önce maddede bahsi geçen; insan, bilimsellik, deney ve deneme kavramları incelenmelidir. Bu tanımlardan neyin anlaşılacağı konunun işlenmesi ve ilgili ceza normlarının doğru uygulanabilmesi için önem arz etmektedir.

### 1.2.1. İnsan

İnsan kavramı; felsefi açıdan veya sosyolojik açıdan veyahut tıp ve fizik gibi pozitif bilimler açısından bambaşka anlamlar ifade eder. Bütün bu uzun tartışmalar ise bu çalışmanın konusunu oldukça genişletecek ve saptıracaktır. Ceza Kanunu ve Medeni Kanunumuza göre insandan anlaşılması gereken tam ve sağ doğumla dünyaya gelinmesidir.<sup>3</sup> Burada incelenmesi gereken iki unsur vardır: Tam doğum ve sağ doğum.

Tam doğumdan anlaşılması gereken çocuğun bütün organlarıyla anneden ayrılmasıdır.<sup>4</sup> Tam doğumun gerçekleşmesi için göbek kordununun anneden ayrılması gerektiğini ifade eden yazarlar olsa da<sup>5</sup> öğre-

---

*lunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir. (5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."*

<sup>3</sup> TMK m. 28.

<sup>4</sup> OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, (2014) Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 10.

<sup>5</sup> SAYMEN, Ferit, Türk Medeni Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Cilt: 2, İstanbul 1960, s. 27 (Aktaran: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10.

tideki baskın görüş, göbek kordonunun kesilmiş olmasının şart olmadığını kabul etmektedir.<sup>6</sup>

Sağ olarak doğumdan anlaşılması gereken şey ise, bir anlığına bile olsa bebeğin, annesinden bağımsız olarak yaşamış olmasıdır.<sup>7</sup> Elbette burada, bebeğin yaşamış olması şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini ancak tıp bilimi cevaplayabilecektir.

Kişiliğin sona ermesi ise ölümle meydana gelir. Kişinin ne zaman ölü sayıldığına ilişkin TCK'da bir hüküm bulunmamaktadır. Ölümün tam olarak ne zaman gerçekleştiği ve hangi durumların ölüm sayılacağı da tıp biliminin işidir. Tıpta biyolojik ölüm ve beyin ölümü olmak üzere iki ölüm çeşidi vardır.

Biyolojik ölüm eski öğretilerde kabul edilen bir ölüm tespiti yöntemidir. Buna göre kişinin kalp atışları durduğunda ölüm meydana gelmiş demektir. Ancak günümüzde yapay kan dolaşımı ve solunum yöntemleriyle kişinin yaşatılmasına devam edilebilmektedir.<sup>8</sup>

Beyin ölümü ise beyin hücrelerinin fonksiyonlarını tamamen yitilmesi ile meydana gelen ölüm çeşididir. Buna göre beyin hücrelerinin fonksiyonları kaybedildiğinde artık tekrar işler hale getirilmesi mümkün olmadığından henüz kalp atışları durmamış olsa dahi kişinin öldüğü kabul edilmektedir.<sup>9</sup>

29/05/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 11. maddesine göre tıbbi ölüm hali saptanması şu şekilde yapılmaktadır: *“Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından olu-*

<sup>6</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10.

<sup>7</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10-11.

<sup>8</sup> GÖKCEN, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 73-74; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19.

<sup>9</sup> ÖZEL, Çağlar. (2002). “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sayı: 1, s. 49-53; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19-20; Gökçen, s. 74.

şan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.”

### 1.2.2. Bilimsellik

TCK'nın 90. maddesinin başlığı “insan üzerinde deney” olmakla birlikte, maddede suç haline getirilen fiil, insan üzerinde “bilimsel” deney yapmaktır. Buradaki bilimsellik kıstası öğretilerde eleştirilmiştir.<sup>10</sup> TDK'ya göre bilim; evrenin veya olayların bir bölümünü konu olarak seçen, deneye dayanan yöntemler ve gerçeklikten yararlanarak sonuç çıkarmaya çalışan düzenli bilgi, ilimdir.<sup>11</sup> Daha detaylı bir açıklama olarak bilimsel deney: “*Bilimsel içerikli, bilim mantığı ve etiğine dayanan ve bilimsel yöntemlere uygun bir şekilde, bilimsel verilere ulaşmak ve bu verilerin bilimsel çalışmalarda kullanılması amacıyla, konusunda bilimsel uzmanlaşma elde etmiş kişiler tarafından yapılan çalışmalardır.*”<sup>12</sup>

### 1.2.3. Deney ve Deneme

Deney ve denemeler; tıbbi yarar amacıyla, tıp biliminin standartlarını belirlemeye çalışır. Deney ve deneme yöntemleri; bilimsel araştırmaların temeli, rutini haline gelmiştir.<sup>13</sup>

Madde gerekçesine göre deney kavramı bilimsel çalışmanın ilk aşamalarını ifade eden bir terimken; deneme ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; hastalığın tedavisi amacıyla somut bazı faydalardan yola çıkarak hasta kişiye uygulanması işlemi olarak ifade edilmiştir.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Bilimsel deneyler sadece tıbbi deneylerle kısıtlanmamalı, insan üzerinde yapılan bir deney olması yeterli görülmelidir. (HAKERİ, Hakan, (2012), Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara, s. 700); ŞEN, Ersan, (2008), “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, s. 607-609.

<sup>11</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>12</sup> ALTUNKAŞ, Aysun, (2011), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Doktora Tezi, İstanbul, s. 216.

<sup>13</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 182.

<sup>14</sup> Madde gerekçesinde deney ve deneme terimleri şu ifadelerle açıklanmıştır: “*Düzenlemede ‘deney’ terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. ‘Deneme’ ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir.*”

Doktrindeki baskın görüşe göre bilimsel deney, kural olarak sağlıklı bireyler üzerinde bilimsel amaçlar için yapılır; deneme ise hastalar üzerinde ve tedavi etme amacıyla yapılan işlem anlamına gelmektedir.<sup>15</sup>

### 1.3. Tarihi Gelişimi

İnsan üzerinde yapılan deneylerin tarihçesi incelenecek olduğunda XIX. yy.'dan önce kapsamlı çalışmaların yapılmadığı görülmektedir. Bugün insan üzerinde deney kavramı genellikle Nazi Almanyası ve Hitler'le özdeşleştirilmektedir. Bu dönemde yapılan insanlık dışı uygulamalar binlerce kitap, film vb. esere konu olmuştur.

Bu çalışmada da önce 2. Dünya Savaşı öncesi genel bilgiler verilecek ve sonrasında 2. Dünya Savaşı dönemi incelenecektir. Bu savaşın ardından kurulan Nürnberg Mahkemesi ise konumuz açısından ayrı bir önem arz ettiğinden ayrıca incelenecektir.

#### 1.3.1. 2. Dünya Savaşı Öncesi Dönem

İnsanlar üzerinde deneyler yapılmasıyla ilgili karşımıza çıkan ilk somut örnek XIX. yy.'ın sonlarında, Alman Dr. Albert Neisser'in frengi hastalığı ile ilgili yaptığı deneylerdir. Neisser frengi hastası bir kadından aldığı bir mikrobu, sağlıklı bir grup insana enjekte etti ve hepsinin frengi hastası olduğunu gözlemledi. Bu kişiler kendileri üzerinde deney yapıldığından haberdar değillerdi. Neisser ise bu fiili için kınama ve para cezasına çarptırıldı.<sup>16</sup> Neisser bugün frengi hastalığının etkenini keşfeden kişi olarak bilinmektedir.<sup>17</sup>

Pasteur, o zamana kadar yalnızca hayvanlar üzerinde denediği bir aşığı, kuduz bir köpek tarafından ısırılan bir çocuk üzerinde denemiştir. O dönemde kuduz hastalığının bir tedavisi bilinmemekteydi ve bu aşı sayesinde binlerce insan kurtarılmıştı. Yine de Pasteur, bu aşığı çocuğa uygularken asla tek başına hareket etmediğini, Hipokrat yeminine bağlı

<sup>15</sup> AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan, (2015), "İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, s. 187; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 207.

<sup>16</sup> FREYHOFER, Horst H., Nuremberg Medical Trial, Peter Lang Publishing, New York 2004, s. 9 (Aktaran: Altunbaş, S. 51.).

<sup>17</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/Albert\\_Neisser](https://tr.wikipedia.org/wiki/Albert_Neisser) (E.t.: 10/05/2020)

kaldığını ve çocuğun ölümünün kaçınılmaz olduğu düşüncesiyle hareket ettiğini izah etmeye çalışmıştır.<sup>18</sup>

1920'lerin sonlarında Lübeck Çocuk Kliniği'nde yatan çocuk hastalar üzerinde yeni bir deney gerçekleştirilmişti. Bu çocuk hastalar, deney amacıyla tüberküloza karşı aşılanmışlardı. Birçok çocuk bu aşılamanın sonucunda tüberküloza yakalanmıştı ve bazı kaynaklara göre bu aşılamanın yapıldığı 256 çocuktan 77'si işlem sonucu hayatını kaybetmişti.<sup>19</sup>

### 1.3.2. 2. Dünya Savaşı Dönemi

1933'de Nazi yönetimi, "Profesyonel Sivil Servislerin Restorasyonu Yasası"nın çıktığını duyurmuş, ardından aynı yılın temmuz ayında "Kalıtsal Bozuklukların Engellenmesi Yasası"nı çıkarmıştı.<sup>20</sup> Bu yasa bazı insanların zorunlu sterilizasyona tabi tutulmasını öngörüyordu. Söz konusu yasa temelinde birçok kanunsuz uygulamanın da gerçekleştirilmesiyle insanlar malum toplama kamplarına alınmış ve binlerce insan denek olarak kullanılmıştır.

Nazi Almanyası, 2. Dünya Savaşı sırasında insanlar üzerinde yapılan deneyleri; havacı ve denizcileri kurtarmak, rekonstrüktif<sup>21</sup> ameliyatlar, salgın hastalıkların kontrolü, biyokimyasal savaş, soyun geliştirilmesi (öjenite) gibi amaçlarla gerçekleştirmiştir.<sup>22</sup>

Bu başlıklardan ilk dördü, doğrudan savaşla bağlantılı iken, sonuncusunun savaşla doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Öjenite, Nasyonal Sosyalist Program'ın yasal bir parçasıydı ve amaç da ulusal vücudu, zehirli elementlerden arındırmaktı. Arındırma, genellikle imha anlamına geliyordu fakat sterilizasyon (kısırlaştırma) ve kimyasal davranış kontrolü gibi, başkaca yöntemleri de içeriyordu.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> Altunkaş, s. 52.

<sup>19</sup> <http://www.sdplatform.com/Yazilar/Kose-Yazilari/523/Cocuklarda-yapilan-bilimsel-arastirmalarin-etik-boyutlari.aspx> (E.t.: 11/05/2019).

<sup>20</sup> Altunkaş, s. 64.

<sup>21</sup> Doğuştan kaynaklanan bazı şekil bozukluklarıyla ilgilenen bir plastik cerrahi birimi.

<sup>22</sup> Altunkaş, s. 71.

<sup>23</sup> Altunkaş, s. 71.

### 1.3.3. Nürnberg Mahkemeleri

Dünya Savaşı'nın sona ermesinin ardından Nürnberg'de savaş suçularını yargılamak üzere bir uluslararası mahkeme kurulmuştur. Nürnberg Mahkemesi olarak anılan bu Mahkeme'nin heyeti, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Fransa ve Sovyetler Birliği olmak üzere dört müttefik devletin hakimlerinden oluşuyordu. Bu mahkemede, Nazi Almanyası'nın en büyük savaş suçları yargılanmıştır.

Bu uluslararası yargılamadan sonra, 26 Ekim 1946'da Amerikan Askeri Mahkemesi kurulmuştur. Amerikan Askeri Mahkemesi, hukuk, finans ve üretim gibi çeşitli sektörlerden Nazi Almanyası temsilcilerinin sanık olduğu 12 ek yargılama daha yürütmüştür. Bu yargılamalardan ilki, yirmisi doktor olan 23 sanıklı "Doktorlar Davası"dır. Sanık doktorlardan üçü insan öldürme ve işkence ile ve hepsi toplama kampı esirleri üzerinde tıbbi araştırma yapmakla suçlandılar. Bundan da öte sanıklar insanlık dışı uygulamalarda bulunmak iddiasıyla yargılanmışlardır. Mağdurların ise yüz binler olduğu tahmin edilmektedir.<sup>24</sup>

Doktorlar Davası 19 Temmuz 1947'de sona erdi. Bu dava sonucunda insan üzerinde yapılacak olan deneylerin doktorların tekeline bırakılmaması gerektiği anlaşıldı. Bunun üzerine mahkeme, insan üzerinde deney yapılmasının sınırlarını çizmek adına "Nurenberg Code"<sup>25</sup> adı altında on ilke belirledi.

### 1.4. Uluslararası Hukuktaki Düzenlemeler

Nürnberg kodu insan deneklere yönelik bilgilendirilmiş rıza temeline etik düzenlemeler getiren uluslararası belgelerde kronolojik olarak ilk sıradadır.<sup>26</sup>

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarıyla ilgili uluslararası boyuttaki düzenlemeler yukarıda bahsedilen Nürnberg Kodu ile sınırlı değildir. Bunun dışında 1964 Helsinki Bildirgesi, 1966 Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, 1974 Belmont Raporu, 1977 Hawaii

<sup>24</sup> ANNAS George J./ GRODİN Micheal A., (1992), The Nazi Doctors And The Nurenberg Code, Oxford University Press Inc, New York, s. 67.

<sup>25</sup> <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (E.t.: 11/05/2019).

<sup>26</sup> AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, (2012), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Doktora Tezi, Ankara, s. 13.

Bildirgesi, 1996 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi ve onu takiben 2005 Ek Protokolü, uluslararası alanda düzenlenen hukuk kurallarının önemli örnekleridir.

### 1.5. İÇ HUKUKUMUZDAKİ DÜZENLEMELER

İnsan üzerinde deney suçlarına ilişkin ülkemizdeki hukuki düzenlemelerin geniş bir perspektiften bakıldığında aslında oldukça çeşitli olduğu görülecektir.

#### 1.5.1. 1982 ANAYASASI

Konumuzla olan ilgisi bakımından Anayasa'nın 17. maddesini incelemek gerekir. Söz konusu maddeye göre: *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."*<sup>27</sup>

İlgili Anayasa hükmü çok açık ve net gözükmektedir. Bu hükümlerle, kişinin vücut bütünlüğü şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak kabul edilerek, ilgili kişinin rızası dışında bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı anayasal güvence altına alınmıştır. Ancak, burada belirtilen "tıbbi zorunluluk" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği önemlidir. Şen'e göre; ilgili Anayasa hükmü ile somut olayın özellikleri dikkate alınarak, tıbbi zorunluluk halinde bireyin rızası olmasa da vücut bütünlüğüne dokunulabilmesinin önü açılmıştır.<sup>28</sup> Gerçekten de, hükmün yazılış şekli göz önünde bulundurulduğunda "tıbbi zorunluluklar" ve "kanunda yazılı haller" ilgilinin rızasının olmadığı hallerde vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı kuralının iki istisnasını oluşturur görünümündedir. Her ne kadar günümüz tıp hukuku temel ilkeleri hekime, bireyin bu yöndeki iradesine saygı gösterme yükümlülüğü yüklemekte ise de<sup>29</sup> ilgili maddenin bir Anayasa hükmü olması ve dolayısıyla normlar hiyerarşisi içe-

<sup>27</sup> "Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir." (Bkz: madde gerekçesi)

<sup>28</sup> Şen, s. 590.

<sup>29</sup> ÜNVER, Yener, (2011), Türk Ceza Kanunu Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Nur Centel (drl.), 1. Baskı, İstanbul, s. 51.



risinde en tepede bulunması göz önünde tutularak değerlendirme yapmakta yarar vardır.<sup>30</sup>

### 1.5.2. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü (ya da eski adıyla nizamnamesi) Türkiye’de insan üzerinde deneylere ilişkin yapılan ilk düzenleme özelliği taşımaktadır.<sup>31</sup> 1960 tarihli bu nizamnamenin 11. maddesinde tedavi maksatlı bilimsel deneyin şartları sayılmıştır:

*“Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılmayacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klasik metotların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görülen bir müdahale yapılabilir.”*

İlgili hükümlerle, hasta insanlar üzerinde gerçekleştirilecek deneyler ancak tedavinin hastaya faydalı olacağı ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağı muhtemel bulunması şartlarını sağlamak kaydıyla serbest bırakılmıştır. Sağlıklı kişiler üzerinde gerçekleştirilecek deneylere ise izin verilmemiştir. Bugün TCK m. 90’a ve Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m. 10’a göre sağlıklı kişiler üzerinde de bilimsel deney yapılabilmektedir. Tüzük ve yönetmeliklerin kanunlara aykırı olamayacağı da göz önünde bulundurularak ilgili hükmün tekrar düzenlenmesi gerekmektedir.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Bu açıdan “anayasaüstülük” kavramı ve Kelsen’in “uluslararası hukukun anayasaüstü olması” teorisi de değerlendirmeye değerdir. (İlgili makale için bkz: GÖZLER, Kemal, (2000), “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, , s.26.)

<sup>31</sup> 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı R.G.

<sup>32</sup> Aygün Eşitli, s.25-26.

### 1.5.3. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

1987 tarihli SHTK'nın 3. maddesinin (k) bendi insan üzerinde deney yapılması ile ilgili şu düzenlemeye yer vermiştir:

*“Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır.”*

26 Nisan 2011 tarih ve 27916 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6225 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile SHTK'ya ek madde eklenerek, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel araştırmaların hangi koşul ve şartlar altında hukuka uygun kabul edilebileceği belirtilmiştir.<sup>33</sup> Son haliyle oldukça detaylı ve faydalı bir düzenleme olan

<sup>33</sup> Genel olarak TCK m. 90 ile paralel bir düzenleme olan SHTK'nın ek 10. maddesinin tam metni şu şekildedir: Herhangi bir tedavi yöntemi veya araşlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında; a) Araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, b) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, c) Araştırmanın, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, ç) Araştırma sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması, d) Araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, e) Üzerinde araştırma yapılacak ilgilinin, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, f) Yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi, şarttır. Belirtilen araştırmalar, üzerinde araştırma yapılacak kimselerin emniyetini sağlamaya ve araştırmanın sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine, takibine ve gereğinde acil müdahale yapılabilmesine elverişli ve araştırmanın vasfına uygun personel, teçhizat ve laboratuvar imkânlarına sahip olan üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezleri, üniversitelere bağlı onaylanmış araştırma-geliştirme merkezleri, Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi ve Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri tarafından yapılabilir. Bu merkezler ve hastanelerde yapılan klinik araştırmalara, gereğinde bu merkezlerin ve hastanelerin koordinatörlüğünde veya idari sorumluluğunda olmak kaydıyla, belirtilen nitelikleri haiz diğer sağlık kurum ve kuruluşları da dâhil edilebilir. Bu araştırmalarda, bireyin hakları ve sağlığının korunması her şeyin üstünde tutulur. Üzerinde araştırma yapılacak veya yapılan gönüllü, muvafakatini araştırmanın her aşamasında ve hiçbir şarta bağlı olmaksızın geri alabi-

SHTK'nın ek 10. maddesinde aynı kavramı ifade etmek için yer yer “deney” tabirini yer yer “bilimsel araştırma” tabirini kullanması ise yerinde olmamıştır.<sup>34</sup>

#### 1.5.4. Diğer Kanuni Düzenlemeler

Yukarıda bahsedilen SHTK ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü dışında, insan üzerinde deney ve denemelerle veya bilimsel araştırmalarla ilgili başlıca bazı düzenlemeleri şu şekilde sıralayabiliriz:

İr. Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır. Araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz. Sağlık Bakanlığı, araştırmanın yürütülmesi sırasında araştırmaya izin verilirken mevcut şartlardan birinin ortadan kalktığını tespit ederse klinik araştırmayı derhal durdurur. Bu şartların belirlenen süre içerisinde yerine getirilmemesi veya yerine getirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılması veyahut gönüllü sağlığının tehlikeye girmesi hallerinde doğrudan araştırma sonlandırılır. Sağlık Bakanlığınca, insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırmalara katılacak gönüllülerin hakları, sağlık güvenliği ve esenliğinin korunmasını sağlamak ve klinik araştırmaları etik yönden değerlendirmek amacıyla etik kurullar; klinik araştırmalarla ilgili konularda Bakanlığa görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu teşkil olunur. Etik kurullar, en az biri sağlık mesleği mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla ve üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitimli sağlık mesleği mensubu olacak şekilde, en az yedi ve en çok onbeş üyeden oluşturulur. Etik kurul üyelerinin görev süresi iki yıldır. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer. Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu ise; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı veya uygun göreceği bir Müsteşar yardımcısının başkanlığında tıbbin cerrahi, dahili ve temel bilimlerinden Bakanlıkça seçilen uzmanlığını almış veya doktorasını yapmış üçer kişi, birer klinik psikolog ve ilahiyatçı ile Bakanlık 1. Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği bir hukuk müşavirinden oluşur. Kurul ilk toplantısında kendi üyeleri arasından bir başkan vekili seçer. İhtiyaç duyulması halinde Kurul ilgili uzmanlardan görüş alabilir veya Kurula davet ederek dinleyebilir. Seçilen üyelerin görev süresi iki yıl olup, görev süresi dolan üyeler yeniden seçilebilir. Mazeretsiz olarak üst üste üç toplantıya veya aralıklı olarak beş toplantıya katılmayan üyelerin üyeliği düşer. Etik kurullar ve Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. İnsanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına dair usul ve esaslar, Klinik Araştırmalar Danışma Kurulunun ve klinik araştırma alanlarına göre etik kurulların teşkili, görevleri, çalışma usul ve esasları Sağlık Bakanlığınca çıkartılacak yönetmelikle tespit olunur.

<sup>34</sup> Aygün Eşitli, s. 39.

-İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik

-İyi Klinik Uygulamaları Kılavuzu

-Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği

-Hasta Hakları Yönetmeliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları

-Yüksek Öğretim Kurumları Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi

1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nden bu yana, doğrudan ya da dolaylı olarak insan üzerinde yapılan deney ve denemelerle ilgili tanımları, şartları, kuralları ve yasakları belirleyen pek çok düzenleme mevzuatımıza dahil olmuştur. Yukarıda başlıca örnekleri verilen bu düzenlemeler arasında Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve özellikle bu kanunun ek 10. maddesi insan üzerinde deney, deneme ve bilimsel araştırmalarla ilgili yapılacak her araştırmada dikkatle incelenmelidir.

## 2. TCK m. 90 İncelemesi

### 2.1. Genel Bilgiler

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusu oluşturan bu suç türleri düzenlenmeden önce farklı kanuni düzenlemelerle, hukuki bir zemine oturtulma çabası görülse de<sup>35</sup> kanunilik ilkesi ve Anayasa m. 38<sup>36</sup> açık hükmü gereği işlenen fiillere karşı herhangi bir yaptırım sözü konusu olmamıştır. Yargıtay'ın; fiilin işlendiği tarih itibariyle suç olarak düzenlenmediği ve cezalandırılmayacağı yönünde kararları da bu yöndedir.<sup>37</sup>

Madde, her ne kadar“insan üzerinde deney” başlığı altında düzenlenmiş olsa da bu norm açıkça denemeyi ayrı bir suç gibi düzenlemiş-

<sup>35</sup> BAYINDIR, Sinan, (2018), “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 78.

<sup>36</sup> “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

<sup>37</sup> (Yargıtay 12. CD. 19.06.2012/15354), <https://www.corpus.com.tr> (E.t.: 01.11.2019).

tir.<sup>38</sup> Bu sebeple madde başlığı yanıltıcı olmamalı, deneme ve deney ayırımı göz önünde tutulmalıdır.

TCK 90/1'e göre deney suçunu işleyen fail 1 yıldan 3 yıla kadar hapisle cezalandırılır. Maddenin 4. fıkrasına göre deneme suçunu işleyen fail 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Maddenin son fıkrasında ise, maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği belirtilmiştir.

## 2.2. Korunan Hukuki Değer

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarında korunan hukuki değer temelde vücut bütünlüğüdür. Fakat bu suç türünün aynı zamanda; yaşam hakkı, insan onuru, sağlık hakkı, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, özel hayatın gizliliğine saygı hakkı gibi diğer hak ve değerleri de koruma kapsamına aldığı söylenemez.<sup>39</sup>

## 2.3. Suçun Unsurları

### 2.3.1 Tipiklik

#### 2.3.1.1. Maddi Unsurlar

##### 2.3.1.1.1. Fail

Kanaatimizce, deney suçu bakımından suçun faili herkes olabilir.<sup>40</sup> Ancak bu konudaki bir başka görüşe göre suçun tanımındaki bilimsellik kavramının gerçekleşebilmesi için failin de bu bilimsellik unsurunu tamamlaması gerekecektir. Diğer bir deyişle fail, bilimsel deneyi uygulayabilecek konumda olan bir uzman olmalıdır.<sup>41</sup>

Deneme suçu bakımından ise, doktrinindeki bir görüşe göre madde metninde tedavinin bir hastane ortamında gerçekleşmesi ve uzman he-

<sup>38</sup> ARTUÇ, Mustafa, (2008), *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, S. 479.

<sup>39</sup> KUL, Nur Bilge, (2019), *İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90)*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 66.

<sup>40</sup> ÜZÜLMEZ, İlhan, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 119; Şen, 607.

<sup>41</sup> CANKURT, Ezgi, (2018), "Tıbbi Müdahale Ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası", *Doktora Tezi*, İstanbul, s. 331; Altunkaş, s. 150; Aygün Eşitli, s. 45.

kim tarafından uygulanması gerektiği açıkça belirtildiğinden bu suçun faili ancak uzman hekim olabilir.<sup>42</sup>

Diğer bir görüşe göre ise fiilin uzman bir hekim tarafından işlenmesinin suça özgü suç niteliği katmadığını, uzman hekim koşulunun tedavi amaçlı denemenin hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak sayılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>43</sup> Kanaatimizce, maddenin düzenleniş biçimi, ilgili mevzuat birlikte değerlendirildiğinde de uzman hekim koşulunun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek gerekir.

Madde metninde, suçun, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı belirtilmiştir.<sup>44</sup> TCK m. 60'a göre bu tedbirler iznin iptali ve müsadere tedbiridir. Doktrindeki hakim görüşe göre suçun faili ancak gerçek kişi olabilir.<sup>45</sup>

### 2.3.1.1.2. Mağdur

Deney suçu bakımından suçun mağduru her gerçek kişi olabilir. Deneme suçu bakımından ise mağdur, hasta olan herhangi bir kişidir.<sup>46</sup>

Deneme suçu söz konusu olduğunda, mağdur hastanın hastalığı konusuyla, yapılan denemenin ilgisini araştırmak gerekecektir. Burada hukuka uygun kabul edilen deneme fiili, hastanın hastalığını tedavi etme maksatlı ve bu amacı gerçekleştirme kabiliyetini haiz hareketlerdir.

<sup>42</sup> Üzülmöz, s. 122-123; İÇER, Zafer, (2019), "Hasta Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Suçu (TCK M.90/4)", Sağlık Hukukunda Güncel Sorunlar No: 1- Sorumluluk Sempozyum Özet Bildiri Kitabı, s. 4.

<sup>43</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 208; ERMAN, Barış, (2016), "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, S:2, s. 20.

<sup>44</sup> TCK m. 90/6.

<sup>45</sup> HAKERİ, Hakan, (2014), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara, s. 130; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, (2014), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, s. 105. (Karşı görüş için bkz: AYDIN, Devrim, (2017), "Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Tartışmaları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 10.)

<sup>46</sup> GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2017), Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara, s. 741; ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, (2010), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, s. 256-257.

### 2.3.1.1.3. Konu

Suçun konusu, üzerinde deney veya deneme yapılan insandır. Burada yukarıda da değinildiği gibi insan kavramı üzerinde durulacaksa, bir cesedin, kopmuş bir uzvun vb. üzerinde yapılacak deneyler bu suçun konusunu oluşturmayacaktır.

### 2.3.1.1.4. Fiil

Deney suçu açısından; fiil, insan üzerinde TCK'nın 90. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen koşullara aykırı olarak bilimsel deney yapmaktır.

Burada "bilimsellik" kıstasının ne olduğunu açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Yukarıda da bu konuya değinildiğinden tekrara düşmemek adına kısaca denilebilir ki; objektif bir değerlendirmeye fiilin bilimsellik arz ettiğini ifade edebilmek yeterlidir. Yukarıda bahsi geçen görüşe göre ise, failin kendisi de bilim adamı olmalı dolayısıyla bilimsellik kıstasını bünyesinde bulundurmalıdır.

İnsan sağlığı ve sağlık hakkının konusuna kişinin fiziksel ve biyolojik varlığının yanı sıra ruh sağlığı da girmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre bilimsel deneyin kapsamına bu yönde yapılan işlemler de dahil edilmeli, psikolojik hastalığı olan bir kimse üzerinde yapılacak bu yöndeki fiiller de deney suçu kapsamına alınmalıdır.<sup>47</sup> Bu açıklamalar olması gereken hukuk açısından yararlı olmakla birlikte; yürürlükte olan mevzuat, deney suçu için öngörülen hukuka uygunluk sebepleri ve aynı doğrultudaki uluslararası anlaşmalar göz önüne alındığında böyle bir yaklaşımın olmadığı görülecektir. TCK 90/2-b'ye ve SHTK ek m. 10-a'ya göre deneyler, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olmalıdır. Helsinki Bildirgesi 21. maddesine göre ise bu iki unsurun bir arada bulunması şarttır. Psikolojik deneyler; teorik çalışmalar olup, gözlemlere dayanır. Bu husus, konunun uzmanları tarafından netliğe kavuşturulmalıdır. Psikolojik deneylerin TCK m. 90 çerçevesinde bilimsel deney kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bahsedilen kanun veya yönetmelikler çerçevesinde yapılacak yeni bir düzenleme ile belirlenmelidir.

<sup>47</sup> Gökcan, s. 740.

Özetle, böyle bir hüküm getirilmedikçe bu görüş uygulama alanı bulamayacaktır. Kanunun güncel haliyle, ruhsal hastalıklar üzerinde yapılacak deneylere TCK 90. maddesinin uygulanması mümkün görünmemektedir.

Suç kural olarak ani hareketlidir. Fakat deneyler uzun sürelerle yayılabileceğinden, zamanaşımı bakımından mütemadi suç hükümlerinin uygulanması gerekir.<sup>48</sup>

Kural olarak serbest hareketli ve icrai bir suç olan insan üzerinde deney suçu, bilimsel deney niteliğini haiz olan hareketlerle işlenebilir. Bilim, nesnel sağlamlığı olan, geçerliliği kabul edilmiş, neden sonuç ilişkilerinin açıklandığı sistematik bilgi birikimidir.<sup>49</sup> Bu doğrultuda bilimsel deney de; bilimsel yöntemlerle, bilimsel verilere ulaşmak ve bu verilerin bilimsel çalışmalarda kullanılması amacıyla yapılan çalışmalardır.<sup>50</sup>

Deneme suçu bakımından ise fiil, hasta üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunmaktır. Fiil kural olarak icrai ve serbest hareketlidir.

Deney ve deneme suçları açısından hastanın rızası konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Madde metninde yer verilen hastanın rıza açıklamasının hukuki niteliği, öğretilerdeki bir görüşe göre tipikliği kaldıran rıza iken<sup>51</sup> bir diğer görüşe göre hukuka uygunluk nedeni olan rızadır.<sup>52</sup>

Burada öncelikle deney ve deneme suçlarını birbirinden ayırarak incelemekte fayda vardır. Deneme suçları açısından bahsedilen rıza, tipikliği kaldıran rızadır.<sup>53</sup>

Ancak deney suçunda rızanın var olduğu durumlarda da suçun oluşabileceğinin düzenlendiği göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu, TCK 90/2'ye, "*İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için*" diye başlayarak hukuka uygun-

<sup>48</sup> Erman, s. 26.

<sup>49</sup> SÖZER, Ali Nazım, (2014), "Bilim ve Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 1082.

<sup>50</sup> Altunkaş, s. 216.

<sup>51</sup> Üzülmöz, s. 122.

<sup>52</sup> Altunkaş, s. 333; Şen, s. 611.

<sup>53</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 337-338; Koca/Üzülmöz, s. 269-273.



luk sebeplerini sıralamıştır. Bu vesileyle, deney suçu düzenlenirken, mağdurun rızasının kabul edildiği bazı durumlarda da suçun oluşabileceği açıkça belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasının a, b, c, d, e, f ve g bentlerinden herhangi birinin gerçekleşmemesi durumunda kişinin rızası olsa bile cezai sorumluluk doğacaktır. Bu vesileyledir ki, bu maddede belirtilen ilgilinin rızası, hukuka uygunluk sebebi olan rızadır.

### 2.3.1.1.5. Netice

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarında deney veya deneme yapıldığı anda suç gerçekleşir. Başka bir deyişle insan üzerinde deney ve deneme suçları, neticesi harekete bitişik suçlardır. Hareketin yapıldığı anda neticenin de gerçekleşmiş olduğu sırf hareket suçlarında netice aranmaz.<sup>54</sup> Bu vesileyle nedensellik bağının da incelenmesine gerek olmadığı hususu izahtan varestedir.

Maddenin 5. fıkrasında ise mağdurun ölmesi veya yaralanması durumlarında kasten yaralama veya öldürme suçlarının oluşacağı düzenlenmiştir.<sup>55</sup> Bu fıkra yalnızca 1. fıkradaki suç türünü (deney) kapsamaktadır.<sup>56</sup> Ancak bu hükümden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalı bir husustur.

Bizim de katıldığımız madde gerekçesinden yola çıkan görüşe göre; bu fıkra hükmü gereğince, hukuka aykırı bir deney sonucunda mey-

<sup>54</sup> Erman, s. 28; Hakeri, s. 163; ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim, (2018), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 271.

<sup>55</sup> "Kanaatimizce, beşinci fıkra hükmü hatalı olup, ceza hukukunun "kusur" esasını ihlal etmektedir. İnsan üzerinde bilimsel bir deney veya deneme yapan kişinin, bu sırada denek insanın yaralanması veya ölümüne sebebiyet vermesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürmek fiillerinden sorumlu tutulacak olması hatalıdır. "Kast" halinde, failin hareket ve neticeye yönelik bilme ve isteme iradesi bulunmalıdır. Bu durum bir bilimsel denemede mevcut değilse, failin kastından da bahsedilemeyecektir. Eğer failin neticeye yönelik kasti tespit edilmişse, zaten bu halde kast derecesinde kusurla icra edilen fiilden sorumluluk gündeme gelecektir." (Şen, s. 635.)

<sup>56</sup> Madde gerekçesinde bu husus şu şekilde açıklanmıştır: "Maddenin beşinci fıkrasına göre, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâllerinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak, hukuka uygunluk açısından aranan koşullara riayet edilerek insan üzerinde yapılan deney sonucunda belirtilen sonuçların meydana gelmesi hâlinde ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekir."

dana gelen ölüm veya yaralama neticesinde fail, suçun manevi unsurları incelenmeksizin kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarından cezalandırılacaktır.<sup>57</sup> Yine gerekçe de belirtildiği gibi, hukuka uygun bir deney sonucunda mağdurun ölmesi veya yaralanması durumunda ise meydana gelen netice açısından failin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması aranacaktır.<sup>58</sup>

Deneme suçu bakımından mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde bu fıkra uygulama alanı bulamayacaktır. TCK 90/4 açık hükmü gereği, hukuka uygun bir deneme yapılabilmesi için; bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması ve denemenin bilimsel yöntemlere uygun ve tedavi amaçlı olması şarttır. Hastanın rızası dışında yapılan veya yukarıdaki şartlardan herhangi birini bünyesinde barındırmayan bir deneme hukuka aykırı kabul edilmiştir. 5. fıkra hükmü, deneme suçunu kapsamadığından TCK genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; yukarıda sayılan şartları taşıyan, hukuka uygun bir deneme sonucunda failin, ortaya çıkan ölüm ya da yaralama neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, TCK m. 23 gereği en azından taksir seviyesinde kusuru olması aranacaktır. Hukuka aykırı bir deneme sonucunda ise TCK m. 44 fikri içtima hükmü uygulama alanı bulacaktır.

### 2.3.1.2. Manevi Unsur

İnsan üzerinde deney suçu genel kastla işlenebilir. Bu anlamda failin, insan üzerinde deney yaparken amacının ne olduğunun bir önemi yoktur. Failin güttüğü amaç TCK m. 61 anlamında cezanın belirlenmesinde göz önüne alınacaktır.

Doktrinde, insan üzerinde deney suçunun olası kastla işlenebileceğini savunan yazarlar olmakla birlikte<sup>59</sup> kanaatimizce TCK 90/1 hük-

<sup>57</sup> Altunkaş, s. 401; Şen, s. 635.

<sup>58</sup> Bir diğer görüşe göre ise; hukuka aykırı bilimsel deney yapan kişinin, doğrudan öldürme ya da yaralamaya yönelmiş bir kastı olamayacağından, muhtemel neticeleri öngörmekle beraber gerçekleşmesine kayıtsız kalması söz konusu olabilecektir. Bu anlamda sorumluluk her zaman olası kast olacaktır. (Bkz: Aygün Eşitli, s. 86.)

<sup>59</sup> Altunkaş, s. 298; Kul, s. 88; Bayındır, s. 99.

münün olası kastla işlenmesi mümkün değildir.<sup>60</sup> TCK m. 21/2'ye göre kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Öğretideki hakim görüşe göre, somut olayda olası kastın varlığını tespit edebilmek için failin neticenin gerçekleşmesini öngörmesi ve bu neticeyi kabullenmesi (neticeye kayıtsız kalması) gerekmektedir.<sup>61</sup> Bu doğrultuda, neticesi harekete bitişik suçların -failin, ortada öngörüp kabullenebileceği bir netice bulunmadığından bahisle- olası kastla işlenemeyeceği belirtilmektedir.<sup>62</sup> <sup>63</sup> Maddenin 2. ve 3. fıkralarında, bentler halinde sayılan şartlar ise birer hukuka uygunluk şartı olup, bu şartları suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirmek hatalı bir yaklaşım olacaktır.<sup>64</sup>

Bir suçun kanuni tanımında “*bilerek, bilmesine rağmen, bildiği halde*” gibi ifadeler söz konusuysa veya fiilin belli bir amaç ya da saikle işlenmesi şartı aranıyorsa olası kast söz konusu olamayacaktır.<sup>65</sup> Deneme suçunda ise fail, hastayı tedavi etme amacı gütmelidir. Dolayısıyla olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucu bu suç için açıkça failin bir amaç gütmesini aramaktadır.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının taksirli hali ise kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla TCK m. 22/1 açık hükmü gereği bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir.

<sup>60</sup> Burada ikinci dereceden doğrudan kast ve olası kast ayrımı için bkz: KARAKEH-YA, Hakan, “Ceza Hukukunda Doğrudan Kast”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 133-134.

<sup>61</sup> Koca/ Üzülmüş, s. 165; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 219.

<sup>62</sup> KAHVECİ, Yakup Ali, (2014), Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast Ve Bilinçli Taksir, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 84; Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 223.

<sup>63</sup> “*Hakaret suçunun, neticesi harekete bitişik şekli suçlardan olması, suç kastının varlığı için eylemin iradi olarak gerçekleştirilmesinin yeterli olması ve kanunda öngörülen neticenin hareketin gerçekleşmesi ile zorunlu olarak doğması nedeniyle, olası kast ile işlenemeyecek suçlardan olduğu gözetilmeden, TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca cezada indirim yapılması nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden...*” (Yargıtay 2. CD, 08.02.2012/ 2455), <https://www.corpus.com.tr>, (E.t.: 12.05.2020).

<sup>64</sup> “*Hukuka uygunluk sebepleri arasında bir sıralama, derecelendirme yapmak mümkün değildir. Bir olayda hukuka uygunluk sebebi vardır veya yoktur; varlığı kabul edilince şeklinin etki derecesinde fark yapılamaz.*” (Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 286.)

<sup>65</sup> GÖKPINAR, Mahmut, (2008), “Ceza Sorumluluğunun Temeli: ‘Kast’”, TBB Dergisi, Sayı 79, s. 223; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 347.

### 2.3.2. Hukuka Aykırılık

Söz konusu maddede, insan üzerinde deney yapılmasının hukuka uygun kabul edilebilmesi için bazı şartlar sıralanmıştır. Kanun koyucu bu fıkraları düzenlerken adeta bir bilimsel deneyin şartlarını sıralamıştır. Türk Ceza Kanunu'nda böylesi bir düzenleme kafa karıştırıcıdır. Bu şartların yalnızca yukarıda da bahsedilen kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmesi yeterli olmakla birlikte, bütün bu şartları hukuka aykırılık unsuru haricinde daha doğrusu tipiklik adı altında incelemek bahsi geçen bütün ilgili normları hiçe saymak anlamına gelecektir. Esasen bu sorun, ilgili kanun ve yönetmeliklerin bir bütünlük arz etmesinin sağlanamamasından, birbirini tamamlayan hükümler olduğunun gözden kaçırılmasından meydana gelmektedir.<sup>66</sup> Bütün bu sebeplerle bu şartlar hukuka aykırılık başlığı altında incelenecektir.

Yukarıda da değinildiği üzere; deney suçu açısından aranan ilgilinin rızası ise kanaatimizce hukuka uygunluk sebebi olan rızadır. Deney suçu açısından yapılacak ilgilinin rızası araştırması da maddedeki diğer hukuka uygunluk şartları gibi değerlendirilmelidir.

#### 2.3.2.1. Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul ve Makamlardan İzin Alma

Maddede bahsedilen şartlardan ilki izin şartıdır. İnsan üzerinde deney yapılması için izni vermeye yetkili makam Sağlık Bakanlığı'dır. Onayı ise ilgili etik kurul verir.<sup>67</sup>

6945 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek m. 10'a göre etik kurullar;

-En az biri sağlık mesleği mensubu olmayan kişi ve biri de hukukçu olmak kaydıyla,

-Üyelerinin çoğunluğu doktora veya tıpta uzmanlık seviyesinde eğitilmiş sağlık mesleği mensubu olacak şekilde,

-En az yedi ve en çok on beş üyeden oluşturulur.

<sup>66</sup> "Aslında ek 10. madde hükmünün daha önce sevk edilmesi ve Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmün ihlalini yaptırma bağlaması gerekirdi. Fakat önce bir ceza kanunu hükmü çıkarılmış, 6 yıl sonra, 2011 yılında mevzuat bu hükme uydurulmuştur." (Hakeri, Tıp Hukuku, s. 189).

<sup>67</sup> Altunkaş, s. 315.

### 2.3.2.2. Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması

Helsinki Bildirgesi'nin 21. maddesine göre; *“Gönüllüler üzerindeki tıbbi araştırmalar; genel olarak kabul edilmiş bilimsel ilkelere uygun olmalı, kapsamlı bilimsel literatür bilgisini, ilgili diğer bilgi kaynaklarını, yeterli laboratuvar ve uygun hayvan deneylerini temel almalıdır.”*

Bu açıdan söz konusu düzenleme ile kanunumuzun paralellik göstermesi gerekmektedir. Kanunun bu haliyle söz konusu koşullardan yalnızca birinin gerçekleştirilmesi yeterli olabilecektir.<sup>68</sup>

### 2.3.2.3. Menfaat Teminine Bağlı Olmama

Maddenin 2. fıkrasının (g) bendinde belirtilen menfaat teminine bağlı olmama şartının ise hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmek gerekir.<sup>69</sup> Menfaat kelime anlamı itibarı ile geniş bir kavramdır. Kanun koyucunun buradaki amacının failin şahsi bir menfaatini engelleme olduğu söylenebilirse de “herhangi bir menfaat” şeklinde kurulan hükmün yalnızca faili kapsamayacağı açıktır. Bu hüküm, güncel haliyle kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmekten uzaktır.<sup>70</sup>

## 2.4. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

### 2.4.1. Teşebbüs

Türk hukuk sistemine göre teşebbüsten söz edebilmek için, failin kastettiği fiilin icrasına başlamış olması gerekir. İnsan üzerinde deney suçları sırf hareket suçlarıdır. Bu tür suçlarda kural olarak teşebbüs hükümleri uygulanmaz.<sup>71</sup>

Ancak, “insan üzerinde deney” kavramıyla kastedilen hareketler bölünebilir nitelikte ise, failin icrai hareketlere başlamış olduğunun kabulü ile teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi söz konusu olacaktır.

<sup>68</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 191.

<sup>69</sup> Hakeri, Tıp Hukuku, s. 197.

<sup>70</sup> Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 11-22; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 104.

<sup>71</sup> Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır, s. 271.

### 2.4.2. İştirak

Doktrinde insan üzerinde deney ve deneme suçlarına iştirak hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiği hususu da tartışmalı bir konudur. Deney suçu bakımından; herkesin bu suçun faili olabileceği görüşü<sup>72</sup> kabul edilirse, iştirak hükümleri tam olarak uygulanabilecektir. Ancak suçun yalnızca bilimsellik kıstasını sağlayan bir uzman hekim tarafından işlenebileceği ve dolayısıyla bir özgü suç olduğu görüşü<sup>73</sup> kabul edildiğinde TCK m. 40/2 gereği ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilecek, suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir.

Deneme suçu bakımından da, yukarıda bahsettiğimiz görüşlere göre ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Söz konusu suçu özgü suç kabul eden görüşe<sup>74</sup> göre, iştirak ancak TCK m. 40/2 kapsamında değerlendirilebilir. Deneme suçunun tanımındaki “uzman hekim” nitelen-dirmesini hukuka uygunluk sebebi sayan görüşe<sup>75</sup> göre ise iştirak hükümleri tam olarak uygulanabilecektir.

### 2.4.3. İçtima

Kanun koyucu, TCK 90. maddenin 5. fıkrasında özel bir içtima hükmü düzenlemiştir.<sup>76</sup> Bu fıkraya göre, insan üzerinde deney suçunun gerçekleştiği bir durumda, mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde yalnızca kasten yaralama ya da kasten öldürme fiillerinden sorumluluk söz konusu olacaktır. Hukuka uygun bir deney sonucunda mağdurun ölmesi veya yaralanması durumunda ise meydana gelen netice açısından failin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması aranacaktır.<sup>77</sup> Kanun koyucunun buradaki amacının, “failin insan üzerinde deney suçundan sorumluluğunu yeterli görmemesi” olduğundan söz edilmektedir.<sup>78</sup>

<sup>72</sup> Üzülmöz, s. 119; Şen, 607.

<sup>73</sup> Altunkaş, s. 150; Aygün Eşitli, s. 45.

<sup>74</sup> Üzülmöz, s. 122-123; İçer, s. 4.

<sup>75</sup> Hakeri, s. 208; Erman, s. 20.

<sup>76</sup> Şen, s. 636; Aygörmöz Uğurlubay, s. 170.

<sup>77</sup> Bkz: madde gerekçesi.

<sup>78</sup> “Bu halde insan üzerinde gerçekleştirilen deney, TCK’nın 90. maddesi anlamında suç teşkil etmekle birlikte, bu deney sonucunda üzerinde deney gerçekleştirilen mağdur ölmüş ya da

## 2.5. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

TCK m. 90 sebebiyle açılacak davalarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak deney fiili sonucunda söz konusu maddenin 5. fıkrasında yer alan hüküm gereğince mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde fail hakkında kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarına ilişkin hükümler uygulanacağından, mağdurun ölmesi ihtimallerinde ağır ceza mahkemesi görevli olacaktır.<sup>79</sup> Deney ve deneme suçunun işlenmesi halinde yetkili mahkeme deney ve denemenin yapıldığı yer mahkemesidir.

Suç, resen soruşturulur. Uygulamada bu suçun faili genellikle karşımıza kamu görevlisi olarak çıkacaktır. Bu durumda 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca soruşturma için izin alınması gerekecektir.

Deneme suçu bakımından CMK m. 251'e göre basit yargılama usulü uygulanabilir. Mahkemenin takdir yetkisinde olan bu yargılama usulü aynı maddenin 7. fıkrasına göre soruşturma veya kovuşturma yapılması izne ya da talebe bağlı olan suçlar hakkında uygulanmaz. Deneme suçu da yukarıda bahsedilen görüşlerin hepsi bir yana, zaten ağırlıklı olarak hekimler tarafından işleneceğinden, uygulamada her zaman izin koşulunun göz önünde bulundurulması gerekecektir.

## 2.6. Yaptırım

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarının failinin bir gerçek kişi olduğu durumlarda tartışmaya açık bir husus söz konusu değildir. TCK m. 90/1 hükmü gereği deney suçunu işleyen fail 1 yıldan 3 yıla kadar hapisle cezalandırılır. Aynı maddenin 4. fıkra hükmü gereği deneme suçunu işleyen fail 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Maddenin

---

*yaralanmış olduğundan, kanun koyucu failin insan üzerinde deney suçundan sorumluluğunu yeterli görmemektedir. Mağdurun ölmesi ya da yaralanması sonucunu doğuran insan üzerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen deneyler bakımından, kasten insan öldürme ya da kasten yaralama suçundan hüküm kurulmasını aramaktadır. Bu durumda fail, insan üzerinde deney suçunu da işlemekle birlikte, fail hakkında insan üzerinde deney suçundan hüküm kurulmayacak, kanun koyucunun iradesi doğrultusunda, insan üzerinde deney suçunun haksızlık bilincini de kapsadığı kabul edilen kasten insan öldürme ya da kasten yaralama suçundan hüküm kurulması yoluna gidilecektir.” (Altunkaş, s. 401; Kul, s. 115).*

<sup>79</sup> Bayındır, s. 114.

son fıkrasında ise, maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği belirtilmiştir. Bu tedbirler TCK'nın 60. maddesinde düzenlenen müsadere ve iznin iptali tedbirleridir. Söz konusu güvenlik tedbirleri sadece özel hukuk tüzel kişilerine yönelik uygulanabilecek tedbirlerdir.<sup>80</sup>

## 2.7. Zamanaşımı

İnsan üzerinde deney ve deneme suçları için TCK m. 66 gereğince zaman aşımı süresi sekiz yıldır. Sekiz yıllık dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten, teşebbüs aşamasında kalan deney veya deneme suçları bakımından ise son hareketin yapıldığı günden itibaren işlemeye başlayacaktır (TCK m. 66/6). Suçun failinin kamu görevlisi olması durumunda, fail hakkında yargılamanın başlayabilmesi için 4483 sayılı kanun uyarınca izin alınması gerektiğinden, izin alınıncaya kadar dava zamanaşımı duracaktır.

## 2.8. Benzer Suç Tipleriyle Karşılaştırma

### 2.8.1. Kasten Yaralama Suçu ile Karşılaştırılması

TCK m. 90'da suç olarak düzenlenen fiil, insanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel deneyler olduğundan, deneyin bilimsel nitelik taşıması gerekmektedir. Yapılan deney bilimsel nitelik taşımak zorundadır. Yaralama için ise fiilin nasıl işlendiğinin suçun basit halinde bir önemi yoktur.

Yukarıda bahsettiğimiz fail hakkındaki görüş ayrılığı açısından değerlendirme yapmak gerekirse; failin alanında uzman kişi olmasının şart olduğunu kabul eden görüşe göre yaralama suçuyla arasında bu anlamda da bir fark olacağı söylenebilir.<sup>81</sup>

Netice unsuru bakımından; kasten yaralama suçu neticeli bir suç olup, fail ve fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. İnsan üzerinde deney ve deneme suçları ise neticesi harekete bitişik suçlardır. Sırf hareket suçlarında netice aranmaz.

<sup>80</sup> Kul, s. 120.

<sup>81</sup> Altunkaş, s. 150.



### 2.8.2. İnsanlığa Karşı Suç ile Karşılaştırılması

Kasten yaralamaya ilişkin yapılan karşılaştırmaya benzer şekilde fail unsuru bakımından aynı fark bu suçta da söz konusu olacaktır.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçlarında mağdur gerçek kişiler olabilirken insanlığa karşı suçun mağduru toplumdur. İnsan üzerinde deneme suçunun mağduru ise ancak hasta olan herhangi bir kişi olabilir.

Ayrıca belirtmelidir ki, insan üzerinde deney suçunun, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi halinde 77. maddenin (e) bendi gereği insanlığa karşı suç uygulama alanı bulacaktır.

### SONUÇ

İnsan üzerinde yapılan deney ve denemeler başta vücut dokunulmazlığı olmak üzere, insan onuru, yaşam hakkı, sağlık hakkı, özel hayatın gizliliği gibi temel hakları ihlal etmeye çok müsait bir yapıdadır. Yalnızca bu durum bile yapılacak deney ve denemelerin çok ciddi kontrollere tabi olmasını gerektirmektedir.

Çalışma konumuz olan insan üzerinde deney ve deneme suçları 5237 sayılı TCK'da ilk defa yer almıştır. Bu çalışmanın da ışığında, ülkemiz açısından köklü bir geçmişi olmayan bu suç türünün düzenlenmesinde de bir takım problemler ve izaha muhtaç bölümlerin olduğunu söylemek pek de yanlış olmayacaktır.

Maddenin düzenleniş biçimi TCK'nın yapısına aykırı gözükmekte ve suçun incelenmesini güçleştirmektedir. Türk hukuk mevzuatı, tıp hukuku ve deney ve deneme kısıtları ile ilgili geniş çerçevede düzenlemeler içermektedir. TCK'daki düzenleme şekli ise mevzuatta tekrara düşmektedir. Kanun, bir ceza normu olmasına rağmen, bu haliyle daha çok düzenleyici bir kanun görünümündedir.

Madde metnindeki kavramlar ise açıklığa kavuşturulmalıdır. Bilimsellik kavramının ne olduğu ve bu kavramın neleri kapsadığının belirlenmesi suçun uygulanabilirliği açısından önem taşımaktadır. Bu kavramın fail açısından da geçerli olup olmadığı hususu da bir netlik kazanmalıdır. Diğer bir deyişle suçun özgü suç olup olmadığı anlamındaki belirsizlik uygulamada ciddi sorunlara yol açabilecektir. Aynı sebepten

deneme suçunun da fiil ve fail unsuru net bir Şekilde ortaya konabilmelidir.

**KAYNAKLAR**

- ALTUNKAŞ, Aysun, (2011), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Doktora Tezi, İstanbul.
- ANNAS George J./ GRODIN Micheal A., (1992), The Nazi Doctors And The Nuremberg Code, Oxford University Press Inc, New York.
- ARTUÇ, Mustafa, (2008), Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ ALŞAHİN, Emin/ ÇAKIR, Kerim, (2018), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan, (2015), "İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Cilt:1, s. 165-205.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi, (2012), İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara.
- BAYINDIR, Sinan, (2018), "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran, s. 77-121.
- CANKURT, Ezgi, (2018), "Tıbbi Müdahale Ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası", Doktora Tezi, İstanbul.
- ERMAN, Barış, (2016), "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:2, s. 1-44.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, (2017), Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3. Baskı, Ankara.
- GÖKÇEN, Ahmet, "Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 63-85.
- GÖKPINAR, Mahmut, (2008), "Ceza Sorumluluğunun Temeli: 'Kast'", TBB Dergisi, Sayı 79, s. 199-234.
- GÖZLER, Kemal, (2000), "İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu", *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, s.25-46.
- HAKERİ, Hakan, (2012), Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara.
- HAKERİ, Hakan, (2014), Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara.
- İÇER, Zafer, (2019), "Hasta Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Suçu (TCK M.90/4)", Sağlık Hukukunda Güncel Sorunlar No: 1- Sorumluluk Sempozyum Özet Bildiri Kitabı.

- KAHVECİ, Yakup Ali, (2014), Yargıtay Kararları Işığında Olası Kast Ve Bilinçli Taksir, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- KARAKEHYA, Hakan, (2007), "Ceza Hukukunda Doğrudan Kast", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, s. 117-138.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, (2014), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara.
- KUL, Nur Bilge, (2019), İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Yapma Suçları (TCK m.90), Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, (2014), Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, (2010), Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÖZEL, Çağlar, (2002), "Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi Ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 51, Sayı: 1, s.43-77.
- SÖZER, Ali Nazım, (2014), "Bilim ve Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 20, Sayı: 1, s. 1081-1118.
- ŞEN, Ersan, (2008), "İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları", V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, s. 588-646.
- ÜNVER, Yener, (2011), "Türk Ceza Kanunu Açısından Ötanazi", Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi, Nur Centel (drl.), 1. Baskı, İstanbul, s. 27-69.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, (2013), Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara.

### İnternet Siteleri

- <http://www.sdplatform.com/Yazilar/Kose-Yazilari/523/Cocuklarda-yapilan-bilimsel-arastirmalarin-etik-boyutlari.aspx>
- <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf>
- [https://tr.wikipedia.org/wiki/Albert\\_Neisser](https://tr.wikipedia.org/wiki/Albert_Neisser)
- <https://www.corpus.com.tr>



## MUKTEZANIN İDARİ İŞLEMİN ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI\*

### Öz

Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığı ya da yetkili kılınan makamlardan, müphem ve tereddüt edilen konularda yazılı olarak izahat isteyebilirler. Talep edilen açıklama, mukteza ile cevaplandırılır. Muktezalar, vergi hukukunun yardımcı kaynaklarıdır. Ancak, son yapılan düzenlemelerle muktezaya bir takım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Muktezaya göre işlem yapan mükellefler gecikme faizi ile vergi cezasına muhatap olmamaktadır. Bu nedenle, muktezaya bağlı tesis edilen idari işlemler yargı mercilerince incelenmektedir. Muktezanın idari işlem olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Fakat, Danıştay muktezaı idari işlem olarak kabul etmemektedir. Bu yüzden, mukteza doğrudan dava konusu olmamaktadır. Mukteza idari işlemin özelliklerinden bazılarını bünyesinde barındırmaktadır. Ancak bu özelliklerden önemli bir tanesi bulunmamaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Mukteza • İdari İşlem • Mükellef • Vergi • Yardımcı Kaynak

\* Hâkim, Konya Bölge İdare Mahkemesi, Konya, Türkiye | Judge, Konya Regional Administrative Court, Konya, Turkey.

✉ hakimoguzhanbolukbasi@gmail.com • ORCID 0000-0003-3683-2776

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BÖLÜKBAŞI Mustafa Oğuzhan, "Muktezanın İdari İşlemin Özellikleri Bakımından Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 105-132.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## EVALUATION OF THE RULINGS IN TERMS OF ADMINISTRATIVE PROCESS

### Abstract

Taxpayers may request a written explanation from the Revenue Administration or authorized authorities in writing on ambiguous and hesitated matters. Requested explanation is answered with the rulings. The rulings are an auxiliary source of tax law. However, with the latest amendments, a number of legal results have been linked to rulings. Taxpayers who make transactions according to the rulings are not subject to tax penalty with delay interest. For this reason, administrative procedures based on the rulings are examined by the judicial authorities. Whether the rulings is an administrative act is controversial in the doctrine. However, the Council of State does not accept the rulings as an administrative act. Therefore, the rulings is not directly subject to litigation. The rulings contains some of the features of the administrative process. However, there is no important one of these features.

### Key Words

Rulings • Administrative Action • Taxpayer • Tax • Auxiliary Resource

## I. GİRİŞ

İdare kamu hizmetlerini sunmada daha etkin olabilmesi için, her geçen gün daha fazla gelire ihtiyaç duymaktadır. Bu durum, Devletin gelir elde etmede farklı yollara başvurmasıyla sonuçlanmaktadır. Ülkemizde Devletin gelir elde etmedeki en önemli aracı ise vergilerdir. Vergiyi tahsil etmede vergi idaresi serbest bir yetki alanına sahip değildir. İdarenin vergiye dair yetkilerinin sınırını vergi kanunları oluşturmaktadır. Verginin kanuniliği ilkesi gereğince, vatandaşın kanunda öngörülmediği kadar vergi alınabilir. Vergi kanunlarına aykırı olarak tahakkuk ve tahsil edilen vergiler hukuka aykırıdır.

Verginin bir tarafında vergi idaresi, diğer tarafında mükellef ile vergi sorumlusu yer almaktadır. İki taraf arasındaki ilişki, öncelikle kanunlara sonrasında idari düzenlemelere dayanmaktadır. Kanunda yer alan düzenlemelerin uygulanma alanının öncelikli olduğu kabul edilse dahi idari düzenlemelere de bir takım hukukî sonuçlar bağlanmıştır. Kanuni düzenlemeler vergi hukukunda asli kaynaklar arasında yer almakla birlikte, muktezalar tali nitelikte olan, kanunun bir takım hukukî sonuçlar bağladığı kaynaklar arasında yer almaktadır.

Vergi konusu hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi ve belirlilik ilkesi kapsamında, vergiye ilişkin kuralların açık ve anlaşılır olması gerekmektedir. Anlaşılması güç olan hükümler içeren düzenlemelerin varlığı, verginin doğru olarak tahsilini zorlaştıracaktır.

Mükellefler vergi hukukunun karmaşıklığı ve dönemlere göre değişiklik gösteren yönü nedeniyle, işlemler yaparken çeşitli sorunlarla karşılaşabilirler. Muktezalar, bireylerin vergi konusunda aydınlatılmasında önemli bir yere sahiptir. Muktezaya cevap verecek makamın, genel idare içinde Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın bağlı kuruluşu olan Gelir İdaresi Başkanlığı olduğu düşünüldüğünde ve söz konusu idari birimin vergi konusunda uzmanlaşmış olması nedeniyle mükelleflerin haklarını koruyucu yönünün bulunduğu kabul edilebilir.

Muktezalara bağlanan hukuki sonuçlar nedeniyle, bu kurumun kurallarının açıkça ortaya konulması ve hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. İdari işlemin özellikleri kapsamında değerlendirilerek idari davaya konu yapıp yapılamayacağı açıklanabilir. Gerek doktrin gerekse yargı mercilerince muktezanın hukuki niteliğinin açıkça ortaya konulması ve böylece Anayasada güvence altına alınan hukuki güvenlik ilkesinin mükellefler için sağlanması gerekmektedir.

Muktezanın, mükelleflerin aydınlatılmasında aktif olarak kullanılması toplum için daha faydalı olacaktır. İncelememizin konusunu, muktezanın idari işlem boyutu oluşturmaktadır. Bu kapsamda birinci bölümde, mukteza kavramının tarifi ile hukukî niteliği açıklanacak, ikinci bölümde ise mukteza kavramı hukukî güvenlik ve belirlilik ilkeleleri çerçevesinde değerlendirilerek mükellefin haklarına katkıları ortaya konmaya çalışılacaktır. Son olarak üçüncü bölümde, muktezanın idari işlem olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ile muktezaya bağlanan hukukî sonuçlar irdelenecektir.

### **I. Mukteza Kavramı ve Hukukî Niteliği**

Mükellefler, vergi mevzuatının karmaşıklığı, kanundaki boşluk ve mevzuatın sık sık değişmesi nedeniyle uygulamada tereddüde düşükleri hususlarda nasıl hareket edecekleri konusunda bilgilendirmeye ihti-

yaç duymaktadır<sup>1</sup>. İhtiyaç duyulan bilgiye ilk olarak vergi kanunlarından ulaşılabilir.

Anayasanın 73' üncü maddesinde karşılığı bulunan verginin kanuniliği ilkesi, kural olarak maddi ve şekli anlamda verginin sadece kanunla öngörülebilmesi anlamına gelmektedir<sup>2</sup>. Bunun yanında Anayasanın aynı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan düzenlemeyle yürütmeye vergi konusunda bir takım konularda düzenleme yapma yetkisi verilmiştir<sup>3</sup>. Gerek Anayasa gerek vergi kanunlarıyla vergi yönetimine kapsamı itibarıyla farklı olmakla birlikte çeşitli yetkiler tanındığı görülmektedir<sup>4</sup>. Yani mükellefler vergiye ilişkin hükümlere kanunlarla birlikte idarenin düzenleyici işlemlerinden ulaşabilirler.

Vergi hukukunda yeni norm ihdas eden anayasa, vergi kanunları, uluslararası antlaşmalar, yeni hükümet sistemin yürürlüğe girmesinden önce yürürlüğe konulan ve hali hazırda yürürlükte olan kanun hükmünde kararnameler gibi asli kaynaklar bulunmaktadır<sup>5</sup>. Bunun yanında, genel tebliğ, sirküler, mukteza, genel yazı gibi asli kaynakların uygulanmasını göstermek üzere yürürlüğe konulmuş tali kaynaklar da yer almaktadır<sup>6</sup>. İnceleme konumuzu oluşturan muktezanın, vergi hukukunun tali kaynakları içinde yer aldığını görmekteyiz. Hukukta ikincil kaynaklardan olan tali kaynakların ortak özelliği, ilk kez yeni bir norm koymaması, daha çok uygulama biçimini gösterici, açıklayıcı ve uyarıcı nitelikte olmasıdır<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> KARATAŞ Durmuş, "Türk ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S:48, 2016, s.102.

<sup>2</sup> GÜNEŞ Gülsen, *Verginin Yasallığı İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.16.

<sup>3</sup> Anayasa madde 73/4, "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir".

<sup>4</sup> TAŞKAN Yusuf Ziya, *Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.28.

<sup>5</sup> ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.13.

<sup>6</sup> ÇELİK Celal, "Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler", *Vergi Dünyası*, S.261, 2003, s.24.

<sup>7</sup> ÇELİK, s.24.



Mukteza, VUK'un "Mükelleflerin İzahat Talebi" başlıklı 413' üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında, "Mükellefler, Gelir İdaresi Başkanlığından veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında yazı ile izahat isteyebilir.

*Gelir İdaresi Başkanlığı, kendisinden istenecek izahatı özelge ile cevaplandırabileceği gibi, aynı durumda olan tüm mükellefler bakımından uygulamaya yön vermek ve açıklık getirmek üzere sirküler de yayımlayabilir."* hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemeye göre mukteza, kişiye özgü verilen, bir konudaki görüşü ve yapılması geren uygulamayı bildiren yazı şeklinde tanımlanabilir<sup>8</sup>. VUK'un 413'üncü maddesinin son fıkrasında yer alan "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir." düzenlemesine göre yürürlüğe konulan Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3' üncü maddesinde de mukteza tanımlanmıştır. Mukteza; "Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüş" olarak tanımlanmıştır.

Tereddüde düşülen vergiye ilişkin olaylarla ilgili doğrudan mükellefe yapılan izaha mukteza, izahların yapıldığı metinler birden çok mükellefin vergi mevzuatının uygulanması sırasında belli bir konudaki tereddütlerin giderilmesi ya da konunun kesinleştirilmesine yönelik ise sirküler olarak adlandırılmaktadır<sup>9</sup>. Mukteza ile sirkülerin hukuk âleminde ortaya çıkması, talebi yapan kişilerin sayısına göre belli olmaktadır. Yani verilen cevap sadece bir mükellefle ilgiliyse mukteza, birden fazla mükellefi ilgilendiriyorsa verilen cevap sirküler olarak adlandırılmaktadır.

Muktezanın tanımından ve Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 9'uncu maddesinde yer alan düzenlemeye göre, mukteza talebi mükellefler ve vergi sorumlularınca

<sup>8</sup> KARYAĞDI Nazmi, "Eski Özelgeler Çöpe mi?", *Vergi Dünyası*, S.383, 2013, s.25.

<sup>9</sup> AYKIN Hasan, "Özelge Taleplerinin Cevaplanmasında Süre: Ülke Uygulamaları ve Türkiye", *Yaklaşım Dergisi*, S.276, 2015, s.30-31.

yapılabilmektedir. VUK'un 413'üncü maddesinde yer alan hükümde, sadece mükelleflerden bahsedilmesine karşın yönetmelikte vergi sorumlularının da izahat talebinde bulunabileceği öngörülmüştür. Vergi sorumlusu VUK'un 8'inci maddesinde, "*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Vergi sorumlusunun mükelleften farkı, vergiyi doğuran olayın mükellefin şahsında ortaya çıkmasıdır. Vergi sorumlusu ise mükellef yerine bazı yükümlülükleri yerine getirmekle sorumlu olan kişidir<sup>10</sup>. Bu kapsamda, kanunun sistematik yorumu ile birlikte yönetmeliğin ilgili maddesi bir arada değerlendirildiğinde; vergi sorumlularının da mukteza talebinde bulunabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre mükelleflerin, muktezaya bağlanan hukuki sonuçlardan faydalanabilmek için bizzat başvuruda bulunmaları gerekmektedir<sup>11</sup>. Odalar ve meslek kuruluşlarının ise yalnızca, mukteza niteliğinde olmayan görüş talep edebilecekleri kabul edilmektedir.

VUK'un 413'üncü maddesi, mukteza talep edilebilecek konuları belirlemiştir. Mükelleflerin, vergi uygulaması ve vergi durumları açısından müphem ve tereddütlü gördükleri hususlar hakkında mukteza talep edebilecekleri öngörülmüştür. Kanun hükmünde somut olarak hangi durumların mukteza talebine konu olabileceği belirtilmese de kanun lafzından, müphem ve tereddüt edilen her konunun mukteza talebine konu yapılabileceği söylenebilir. Bunun yanında, kanunda mukteza talep edilemeyecek hususlara yer verilmemiştir. Ancak, Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelikte mukteza talep edilemeyecek konular açık şekilde düzenlenmiştir<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> BİLİCİ Nurettin, Vergi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.41.

<sup>11</sup> BAYRAKTAR İhsan Kağan, "Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi", *Vergi Dünyası*, S.350, 2010, s.94. Yönetmelik 9/2, "Odalar ve birlikler gibi mesleki kuruluşlar, kendi mükellefiyetleri ile ilgili olanlar hariç olmak üzere, üyelerine ilan etmek amacıyla özelge talebinde bulunamazlar. Ancak, bu kuruluşlar Başkanlıktan, vergilendirme ile ilgili konularda özelge niteliğinde olmayan görüş talep edebilirler"

<sup>12</sup> Özelge talebinin kapsamı MADDE 8/2, "Mükelleflerin aşağıdaki başvuruları özelge kapsamında değerlendirilmez: a) Başkalarının vergi durumları hakkında bilgi ve izahat talepleri. b) Yargıya intikâl etmiş olaylara ilişkin izahat talepleri. c) Hakkında vergi inceleme-

VUK'un 413'üncü maddesinin birinci fıkrasında muktezanın, Gelir İdaresi Başkanlığı'ndan veya bu hususta yetkili kıldığı makamlardan istenebileceği öngörülmüştür. Ancak 16.1.2010 tarihli ve 27464 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 395 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde mukteza taleplerinin Gelir İdaresi Başkanlıkları'na yapılamayacağını, bunların doğrudan Vergi Dairesi Başkanlığı veya Defterdarlıklardan istenebileceği düzenlenmiştir.

## II. Muktezanın Belirlilik ve Hukukî Güvenlik İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Hukuk devletinde, kişilerin kendileri hakkında uygulanacak hukuk kurallarını önceden bilme ve kendi hareketlerini buna göre ayarlayabilme imkânı olmalıdır<sup>13</sup>. Aksi takdirde ilgililer, hukukunu etkileyen bir konuda hak kaybı yaşayabilirler. Bu durumu güvence altına alan Anayasanın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olarak hukuki güvenlik ilkesi, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmesidir<sup>14</sup>.

Aynı şekilde, hukukî güvenlik ilkesinin bir sonucu olarak kişilerin tabi olacağı hukuk kurallarının belirli olması anlamına gelen belirlilik ilkesi kullanılmaktadır. Bu ilkeyi güvenceye bağlayan en önemli konu, Anayasanın 73'üncü maddesinde düzenlenen verginin kanuniliği ilkesidir. Verginin kanuniliği ilkesi, vergi oranı, salınma biçimi, alınma zamanının yönetim ve yükümlülükler bakımından belirgin olması anlamına

---

*si yapılmakta olan mükelleflerce veya vergi sorumlularınca incelemeye konu olan işlemlerle ilgili izahat talepleri. ç) Somut bir olaya dayanmayan, teorik hususlara ilişkin bilgi ve izahat talepleri. d) Mücbir sebep hâli ilanı, vergi borçlarının terkinin, belge düzenine ilişkin yetkililerin kullanılması gibi kanunlarla uygulamanın tespitine dair Maliye Bakanlığına yetki verilen konulara ilişkin talepler. e) Mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi uygulamaları ile ilgili işlemlerinin gerçekleşmesinden sonra yaptıkları başvuruları ile Kanununun 122 nci maddesine göre vergi hataları ile ilgili yapılan düzeltme talepleri ve 124 üncü maddesine göre Maliye Bakanlığınca incelenecek olan şikâyet yoluyla müracaatlar. f) Sözlü veya yazılı olarak veya internet aracılığıyla, 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca yapılan talepler."*

<sup>13</sup> GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.126.

<sup>14</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.45.

gelmektedir<sup>15</sup>. Kanunda düzenlenmedikçe, kıyas, boşluk doldurma ve hukuk yaratma durumları işletilemez<sup>16</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesini “*Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin “açık ve anlaşılır” olmasını gerektirmekte olup Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere AİHS’e göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir.*” şeklinde açıklamaktadır<sup>17</sup>. Yüksek Mahkeme, vergiyle ilgili kanun hükümlerinin açık ve anlaşılır olmasının belirlilik ilkesinin gerçekleşmesi bağlamında önemli olduğunu vurgulamıştır. Kanun koyucu, verginin açık ve anlaşılır olmaması halinde, mukteza kurumuyla idarenin müphem hususları açıklaması usulünü benimsemektedir. Bu durum kişilerin hukukî güvenliğini kuvvetlendiren, belirlilik ilkesinin gerçekleşmesini sağlayan önemli bir husustur.

Mukteza kişilerin vergiye ilişkin işlemleriyle ilgili önceden bilgi sahibi olmasını sağlayan önemli bir müessesedir. Mükellefler anlaşılmayan hususları sormakta, verilen cevaba göre hareket etmektedir. VUK’un 140’inci maddesinde vergi incelemesi yapanların vergi kanunlarıyla ilgili Cumhurbaşkanı kararı, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemeyecekleri öngörülmüştür. Vergi inceleme raporu düzenlenemeyecek hususlar arasında sirküler yer almasına karşın mukteza yer almamaktadır. Tali nitelikte kaynaklar ara-

<sup>15</sup> GÜNEŞ, s.18.

<sup>16</sup> ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Vergi Hukuku ile İlgili Anayasal İlkeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.1-2, 2003, s.264.

<sup>17</sup> ANAYASA MAHKEMESİ, Karar T. 16.11.2016, B.N: 2014/17286. Anayasa Mahkemesi başka bir kararında belirlilik ilkesini, “*yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir.*” şeklinde açıklamıştır. (ANAYASA MAHKEMESİ, Karar T. 29.01.2014, E. 2013/66, K. 2014/19 sayılı Karar, Resmî Gazete, S. 29232, 10.01.2015.)

sında yer almasına karşın sirküler, vergi incelemesinde dikkate alınmaktadır<sup>18</sup>.

VUK' un 140' ıncı maddesinin yedinci fıkrasında yer alan "...*vergi inceleme raporları ... rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir.*" hükmüyle vergi inceleme raporu aşamasında dikkate alınmayan muktezanın Rapor Değerlendirme Komisyonu aşamasında dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Rapor Değerlendirme Komisyonu muktezanın doğru olduğunu düşünüyorsa vergi inceleme raporunu muktezaya uygun hale getirecektir<sup>19</sup>. Kısacası, üst birim olan Rapor Değerlendirme Komisyonu, muktezayı tıpkı kanun gibi uyulması zorunlu bir metin olarak görmesi halinde, vergi denetim elemanı buna uyacak ve mükellefi bilgilendirmek için muktezayı dikkate alacaktır<sup>20</sup>. Bu durum kanımızca, muktezanın düzenleme amacına uygun bir hükümdür. Çünkü, vergi inceleme raporunun düzenlenmesi aşamasında mukteza dikkate alınmasa da üst aşamada öngörülen dikkate alma yükümlülüğüyle, verilen görüş doğrultusunda hareket eden mükellef korunmaktadır. Böylece kişilerin, idarenin verdiği görüşe uygun hareket etmesi sonucu, cevapta yer alan hususlar dışında bir durumla karşılaşması engellenerek belirlilik ilkesinin gerçekleşmesi, tutum ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirmesiyle mükelleflerin hukukî güvenliği sağlanmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, İş Bankası Anonim Şirketi Şubeleri tarafından, kendi şirket çalışanlarına yönelik çeşitli menfaatler sağlanmak üzere kurulmuş Türkiye İş Bankası Anonim Şirketi Mensupları Munzam Sosyal Güvenlik ve Yardımlaşma Sandığı Vakfına şubeleri aracılığıyla yapılan katkı payı ödemelerinin, vergi incelemesi sonucunda ücret olarak değerlendirilmesi sebebiyle, şubeler adına tarh edilen gelir ve damga vergisi ile kesilen vergi zıyaı cezalarına karşı açılan davaların redde-

<sup>18</sup> ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S.1-2, 2012, s.209.

<sup>19</sup> ERSOY Adnan, "6009 Sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi", *Vergi Dünyası*, S.357, 2011, s.46.

<sup>20</sup> KARYAĞDI, "Eski Özelgeler Çöpe mi?", s.27.

dilmesinin adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkını ihlal ettiği savlarına ilişkin yapılan bireysel başvuru sonucu verdiği kararında muktezaya ilişkin önemli tespitlere yer vermiştir. Yüksek Mahkeme Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından verilen muktezaya önem atfederek “bir ödemenin ücret olarak nitelendirilmesine ilişkin Özel Hukuk ve Vergi Hukuku disiplinlerinin farklı ilkelerinin bulunduğu; muktezanın sübjektif bağlayıcılığı olan bir hukuk kaynağı olduğu ve her ne kadar bağlayıcılığı olmasa da somut olayla benzer nitelikte bir dava sonucunda başvuru Banka lehine hüküm kurulan Danıştay Üçüncü Dairesinin 6/3/1991 tarihli ve E.1990/1593, K.1991/866 sayılı emsal kararının bulunduğu hususları da göz önüne alındığında hem kanun hükümlerinin açık olmaması hem de diğer faktörlerin yanı sıra bu olguların da katkı payı ödemelerinin ücret olarak vergilendirilmeyeceği yönündeki başvuru algısı üzerinde etkili olduğu aşikârdır.” değerlendirmesinde bulunmuştur<sup>21</sup>. Kararda, muktezanın bağlayıcı olmaması, tali nitelikte bir kaynak olduğu, ayrıca sadece ilgisi için hukuki sonuç doğuracağı tespitlerine yer verilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme bu kararında yer verdiği “benzer nitelikte bir dava sonucunda” ifadesiyle muktezanın, benzer hukukî durumda olanlar için belirlilik ilkesi gereğince dikkate alınabileceğini kabul etmektedir. Bizce de, Yüksek Mahkemenin görüşü, muktezanın vergi hukukundaki yerini, hukukî güvenlik ve belirlilik ilkesini kuvvetlendirmesi bağlamında yerindedir.

Mükellefler, kendileri hakkında vergi kanunlarının uygulanması esnasında bazı konuların daha anlaşılır biçimde açıklanmasına ihtiyaç duymaktadır<sup>22</sup>. Muktezalar vergiyle ilgili kuralların açıklanması ve anlaşılabilir hale gelmesini sağlayarak mükelleflerin haklarını da korumaktadır<sup>23</sup>. Mükelleflerin izahat talep etme hakkı, pozitif nitelikte bir mükellef hakkı olup devletin ilgili birimlerinin bu hakkın kullanımı için eylemde bulunması yani cevap vermesi gerekmektedir<sup>24</sup>. İdareler, izahat taleplerini zamanında cevaplayarak, kişilerin doğru işlemleri zamanında yapmalarını sağlayacaktır. Böylece bireylerin vergi mevzuatının karma-

<sup>21</sup> ANAYASA MAHKEMESİ, Karar T. 15.10.2015, B.N: 2014/6193.

<sup>22</sup> KARYAĞDI Nazmi, “Yeni Özelge Sistemi”, *Vergi Dünyası*, S.343, 2010, s.21.

<sup>23</sup> ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.46.

<sup>24</sup> AYKIN Hakan, “Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Tartışmalı Bazı Konular”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 125, 2016, s. 150.

şıklığı karşısında hak kaybı engellenerek vergi yükümlülükleri bağlamında hukukî güvenlikleri sağlanmış olacaktır.

### III. Muktezanın İdari İşlem Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu ile Muktezaya Bağlanan Hukuki Sonuçlar

İdari işlem, doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Doktrindeki bir tanıma göre idari işlem, *“idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerinca ya da yasama veya yargı organınca yasama ve yargı fonksiyonu dışındaki, idare fonksiyonuna ilişkin olarak, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli tek yanlı irade açıklamasıdır”*<sup>25</sup> şeklinde, diğer bir tanıma göre ise; *“İdare Hukuku alanında kamu yararını gerçekleştirmek, kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde ve de hizmetin gereklerine uygun bir tarzda yürütülmesinin sağlanması amacıyla idarenin tek taraflı irade açıklamasıyla rıza ve onaya ihtiyaç olmadan, ilgililerin hukuki durumları üzerinde hüküm ve sonuç doğuran yani icrai niteliği olan, re’sen icra edilebilen, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan, yargı denetimine tabi ve kural olarak yazılı şekilde tesis edilen işlemlerdir.”*<sup>26</sup> şeklinde tanımlanmıştır.

İdari işlemin özellikleri doktrinde yapılan idari işlem tanımlarından çıkarılabilir. Böylece, konumuzun esasını oluşturan muktezanın idari işlem boyutunu inceleyebiliriz.

#### A. İdari İşlemin Tek Taraflı Olması ve İdari Makamlarca Yapılma

İdari işlemde bulunması gereken özelliklerden ilki, tek yanlılıktır. Tek yanlılık, işlemin muhatabı olan kişilerin iradesinin işlemin oluşumuna katılmamasına verilen addır<sup>27</sup>. İdari işlemin tek taraflı olması onu iki taraflı sözleşme niteliğindeki işlemlerden ayırır<sup>28</sup>. Tek yanlı idari işlemlerde, tek bir irade açıklaması vardır. Bu durum, işlemin tek kişi ve

<sup>25</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.312.

<sup>26</sup> ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.426.

<sup>27</sup> YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nur/ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül/TEKİNSOY Okay, İdare Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.395.

<sup>28</sup> YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009, s.110.

ya makam tarafından yapılmasını ifade etmez, işlemin muhatabı olan kişinin iradesinin önem arz etmediği sadece işlemi yapanların iradesinin önemli olduğunu ifade eder<sup>29</sup>.

İşlemin muhatabı olan kişinin rızasına ihtiyaç bulunmama durumunu mukteza açısından değerlendirelim. Muktezalar, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde kurulan komisyon tarafından verilmektedir. Taşra teşkilatı da Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesindeki komisyonca bir konuda görüş açıklandığı takdirde sadece o konuda mukteza verebilmektedir<sup>30</sup>. Mukteza, idari işlemin tek yanlılığı bağlamında düşünüldüğünde, kanaatimizce muktezanın muhatabının önemli olmadığı değerlendirilmektedir. Mukteza verilmeden önce mükellef tarafından bir talepte bulunulmaktadır. Ancak mükellefin talebi, idarenin tek taraflı olarak verebileceği muktezanın oluşum sürecini başlatan beyandan ibarettir. Muktezanın ortaya çıkma sürecine veya verilen görüşe mükellefin doğrudan bir katkısının olduğu söylenemez. Bu kapsamda muktezanın, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde kurulan komisyonca verilen bir izahattan ibaret olduğu gözetildiğinde, idari işlemin özelliklerinden tek yanlılık koşulunu taşıdığı söylenebilir.

İdari işlem ancak kamu gücü kullanma yetkisini haiz olan “*makam*” tarafından yapılabilir<sup>31</sup>. Gelir İdaresi Başkanlığı Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin yürürlüğe girmesinden sonra yeniden düzenlenmiştir. Hazine ve Maliye Bakanlığının bağlı kuruluşu olarak örgütlenen Gelir İdaresi Başkanlığı’nın teşkilat yapısı, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 134 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir<sup>32</sup>. Söz konusu kararnamenin 136’ncı maddesine göre, Gelir İdaresi Başkanlığı’nın merkez ve taşra teşkilatı bulunmaktadır. 152’nci maddesinde ise taşra teşkilatının Vergi Dairesi Başkanlıkları ile Vergi Dairesi Müdürlüklerin-

<sup>29</sup> SEZGİNER Murat, *Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.37.

<sup>30</sup> ŞENYURT İdris, “Özelge ve Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 Sayılı Kanunla Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler”, *Vergi Dünyası*, S.349, 2010, s.50, ÜSTÜN, “Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri”, s.205.

<sup>31</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s.312.

<sup>32</sup> 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 15.07.2018, S. 30479.



den oluştuğu düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Gelir İdaresi Başkanlığı ile taşra teşkilatı olarak öngörülen birimlerin muktezanın ortaya çıkması sürecinde, hiyerarşik olarak birbirine bağlı idari makamlar olduğu söylenebilir.

Muktezanın Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde kurulan komisyonca ve bazı durumlarda Gelir İdaresi Başkanlığı'nın taşra teşkilatı tarafından veriliyor olması idari işlemin önemli özelliklerinden olan idari makamlarca yapılmış olma koşulunu taşıdığını göstermektedir.

### **B. İdari İşlemin Doğrudan Sonuç Doğurması**

İdari işlemin doğrudan sonuç doğurması özelliği, araya başka bir iradenin, uygulayıcı bir makamın girmesine gerek olmaksızın doğrudan sonuç doğurma yeteneğine sahip olması demektir<sup>34</sup>. İdari işlemin hukukî etkisi, yani hukukî sonuç, kanuni düzenlemede idarenin faaliyetine bağlanmış olabileceği gibi doğrudan idari makamın iradesinin sonucu da olabilir<sup>35</sup>.

Muktezalar mükelleflerin vergi uygulaması ve vergi durumları bakımından müphem konularda istenebilmektedir. Ancak bunlar belli bir mükellefe özel, gerçek bir olaya ilişkin olmasına karşın kişileri bağlamadığı gibi yargı organlarını da bağlamaz. Sadece muktezayı düzenleyen Gelir İdaresi Başkanlığı'nı bağlamaktadır<sup>36</sup>. Bu bağlayıcılığın da sınırsız olmadığını söylememiz gerekir.

VUK'un 369 uncu maddesinde yer alan "... mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz." düzenlemesi gereğince Gelir İdaresi Başkanlığı'nın verdiği izahata bağlı olarak hareket eden mükellefe ceza kesilemeyeceği ve gecik-

<sup>33</sup> 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG. 15.07.2018, S. 30479. 152' nci maddede "*Başkanlığın taşra teşkilatı, doğrudan merkeze bağlı vergi dairesi başkanlıkları ile vergi dairesi başkanlığı kurulmayan yerlerde bu Bölümde Vergi Dairesi Başkanlığı ve Vergi Dairesi Başkanına verilen görev ve yetkileri haiz vergi dairesi müdürlüklerinden oluşur.*" hükmü yer almaktadır.

<sup>34</sup> YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/TEKİNSOY, s.394.

<sup>35</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s.318.

<sup>36</sup> AYKIN, "Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Tartışmalı Bazı Konular", s.177.

me faizi uygulanamayacağı öngörülmüştür. Ancak, bunun sağlanabilmesi için mükellefe izahatın yetkili makamlar tarafından yazılı olarak verilmesi gerekmektedir<sup>37</sup>.

Verginin aslı konusunda 369'uncu maddede bir düzenlemeye yer verilmediği için mukteza talep edilen olaya ilişkin olarak ikmalen ve re'sen vergi tarhi yapılabilmektedir. Ankara Bölge İdare Mahkemesi bir kararında, "*davacı kooperatifin özelgede belirtilen şekilde davrandığı tartışmasız olduğu halde, yukarıda anılan yasal düzenlemeler uyarınca adına ceza kesilemeyeceği dikkate alınmaksızın tesis edilen işlemlerde yasaya uyarlık görülmemiştir.*" gerekçesine yer vererek muktezaya uygun olarak davranan mükellefe ceza kesilemeyeceğini belirtmiştir<sup>38</sup>. Ayrıca, belirli bir konuda mukteza verilmesi sadece düzenlendiği vergiyle ilgili durumu içerdiğinden, bunun emsal alınarak diğer durumlara uygulanması yoluna gidilememektedir<sup>39</sup>. Her bir vergi durumu ve vergi uygulaması için yeni bir mukteza alınmalı ve bu muktezalara göre işlem yapılmalıdır. Ayrıca, mükelleflerin vergi cezasına muhatap olmamaları için verilen muktezanın vergi uygulamasının gerçekleşmesinden sonra yapılan taleplere ilişkin olması gerekmektedir<sup>40</sup>.

İdari işlemin doğrudan sonuç doğurma özelliği bakımından, herkes ve her işlem için hukukî sonuç doğurduğu söylenemez. Ancak muktezanın taraflarından Gelir İdaresi Başkanlığı ve mükellef açısından, belli durumlarda doğrudan sonuç doğurma özelliğinin bulunduğu söylenebilir.

### C. İdari İşlemin Kesinliği

İdari karar alma sürecinde ortaya çıkan bütün işlemlerin ortak gyesi ve ulaşılmak istenen ortak amaç, başlı başına ayrı bir hukuki varlık

<sup>37</sup> ÜSTÜN, "Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri", s.201.

<sup>38</sup> ANKARA BÖLGE İDARE MAHKEMESİ 4. VERGİ DAVA DAİRESİ, Karar T. 7.7.2017, E. 2016/201, K. 2017/1844. Aynı yönde karar için bkz. DANİŞTAY DÖRDÜNCÜ DAİRE, Karar T. 1.2.2017, E. 2013/5387, K. 2017/865.

<sup>39</sup> ACAR Mustafa Gürhan, "Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ve İdare Açısından Bağlayıcılığı", *Vergi Dünyası*, S.242, 2011, s.125.

<sup>40</sup> TAŞKAN, s.59.

oluşturan temel işlemi meydana getirmektir<sup>41</sup>. İşlemin hukuk dünyasında tam olarak hüküm doğurabilmesi için kesinleşmesi gerekmektedir. İdari işlemin kesinliği koşulu, irade açıklamasının hukuki etki meydana getirebilmesi için başka bir iradenin bulunmasına ihtiyaç bulunmadığını anlatmaktadır<sup>42</sup>. Zorunlu idari başvuru yolu öngörülen idari işlemlerin kesinleşmesi için bu başvuru yollarının tüketilmesi gerekmesine karşın, zorunlu başvuru yolu öngörülmeven durumlarda kesinleşme, herhangi bir makama başvuru yapmaksızın gerçekleşmektedir.

İdari işlemlerde, o işlemi yapan makam nihai iradesini açıklamış ve işlemle ilgili üst makama başvuru gibi yapılabilecek herhangi bir hareket bulunmuyorsa işlem kesindir<sup>43</sup>. İdari işlem olup olmadığı tartışmalı olan muktezaların, kesinliği konusunda doktrinde ve yargı kararlarında bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kanunda, Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yazılı izahat talebine verilen cevap üzerine herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Mukteza görüş niteliğindeki bir yazı olduğu için herhangi bir hata yapıldığında düzeltilmesi gerekmektedir. Herhangi bir hatanın bulunmadığı durumlarda ise, verilen görüşe karşı içerik olarak itiraz niteliğinde bir idari başvuruda bulunulsa da muktezaya bağlanan hukuki sonuçlar ortaya çıkacaktır. Muktezaya konu uyuşmazlığın esasına dair bir itiraz söz konusu olduğunda verilen görüşün sonsuza kadar geçerli olduğu söylenemez. Ancak görüş verildiği an itibarıyla herhangi bir idari başvuru yolu da öngörülmediğinden kanaatimizce Gelir İdaresi Başkanlığı nezdinde yer alan komisyonca cevap verildiğinde idari işlemin özelliklerinden kesinlik unsurunun gerçekleşeceği ifade edilebilir. Çünkü görüşün verildiği zaman dilimi için, idari anlamda kesinleşme gerçekleşmektedir.

#### D. İdari İşlemin İcrailiği

İcrai karar, ilgilinin hukuki durumunda değişiklik veya yenilik meydana getiren hukuk âleminde doğmuş karardır<sup>44</sup>. Bu özellik, araya

<sup>41</sup> ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.121.

<sup>42</sup> KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011, s.312.

<sup>43</sup> SEZGİNER, s.46.

<sup>44</sup> GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004, s.113.

başka bir makamın girmesine gerek olmaksızın açıklandığı anda doğrudan sonuç doğuran bir özelliktir<sup>45</sup>. İdare bir konuda iradesini açıklar ve ilgilinin kabul etmesine gerek olmaksızın hukuk düzeninde değişiklik meydana getirir<sup>46</sup>. Yani kişilerin hukukunu doğrudan etkileme özelliğini haizdir diyebiliriz.

Muktezalar, kişilerin izahat taleplerinin cevaplandırılmasından ibarettir. Doğrudan yeni bir hukuki durum oluşturmazlar. Bunlarda mükellefin durumu bakımından, kanunda öngörülenden başka yeni kısıtlama veya şart koyan, yeni bir kural koyan ifadelerin bulunması mümkün değildir<sup>47</sup>. Danıştay muktezaya karşı açılan bir davada, “Belirli konularda bilgi edinmek için idareye sorulan sorular ve yapılan başvurulara karşılık olarak idarenin verdiği cevap ve açıklamalar, belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen “icrailik” niteliğinden yoksun işlemlerdir. Bu itibarla bu türden bir işlemin idari bir davaya konu edilmesi mümkün değildir.” değerlendirmesinde bulunmuştur<sup>48</sup>. Yüksek Mahkeme, muktezaların sadece mevcut durumu ortaya koyduğunu söyleyerek idari işlemin özelliklerinden icrailik unsurunu içermediğini tespit etmiştir.

İcrai işlemlerin sonucu itibarıyla etkili işlemler olduğu kabul edilmektedir. Danıştay muktezaya karşı açılan davada, “duraksama bulunan konuda idareden alacakları yanıtı göre hareket eden vergi yükümlülerinin, ... yapılmış açıklamaların, vergi yükümlülerini bu açıklama ile bağlı klmadığı, dolayısıyla izahat talebine verilen yazıdaki açıklamaların, idari işlemlerin en temel niteliği olan etkili olma özelliğinden yoksun olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur<sup>49</sup>. Danıştay bu kararında, muktezanın idari işlemin icrailik özelliğinin sonuçlarından biri olan etkililik kriterini taşımadığını belirtmektedir. Etkili olmaması da yükümlülerin mukteza ile yapılan açıklama ile bağlı olmadığı belirlemesiyle ortaya konulmaktadır.

<sup>45</sup> YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/TEKİNSOY, s.394.

<sup>46</sup> GÖZLER, s.673.

<sup>47</sup> KOCAER Şenol, “Mükellef Aleyhine Özelgeler İptal Davası Konusu Olabilir mi?”, *Yaklaşım Dergisi*, S.246, 2013, s.247.

<sup>48</sup> DANIŞTAY YEDİNCİ DAİRE, Karar T. 15.02.2007, E. 2006/1077, K. 2007/498.

<sup>49</sup> DANIŞTAY VDDK, Karar T. 13.05.2011, E. 2010/669, K. 2011/197.

Danıştay başka bir kararında davacının “3685 sayılı Kanunla kendisine tanınan vergi muafiyetinin katma değer vergisi yönünden de geçerli olduğu, mal ve hizmet teslimlerinde bu vergiden muaf olunmasına karşın uygulamada mal ve hizmet alımlarında %18 katma değer vergisi ödemeye devam ettikleri, oysa tüm faaliyetleri yönünden muaf olmaları gerektiği belirtilerek, cemiyetleri açısından önem taşıyan bir vergileme konusu ve bunun netleştirilmesi hususunda davalı idarenin görüşünü almak” istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemi incelemiş ve kararında, “davalı idareye yapılan bu başvurunun, 213 sayılı Kanununun 413. maddesinde öngörülen mükelleflerce Maliye Bakanlığından veya Maliye Bakanlığının bu hususta yetkili kıldığı makamlardan, vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından yeterince açık bulamadıkları ya da duraksamaya düştükleri hususlar hakkında mukteza alınması amacına yönelik olduğu sonucuna varıldığı, bu durumda, bu başvuruya verilen cevabi yazıda, ancak belirli bir hukuki durumu ya da olguyu belirtmekle yetinen, icrailik niteliği olmayan bir nitelik taşıyacağından, zımni ret işleminin idari davaya konu olabilecek kesin ve icrai nitelikte bir işlem olmadığı” gerekçesiyle davayı reddeden yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>50</sup>. Yüksek Mahkeme mükellefin mukteza talebinin reddine ilişkin işlemi incelemiştir. Kararda mukteza değil, mukteza verilmesi talebinin reddinin dava konusu yapıldığını görmekteyiz. Bu kapsamda, mukteza talebi kişiler için bir hak olduğu düşünüldüğünde sorumlu idarenin mukteza vermesi gerekmektedir. Kanımızca Danıştay bu konuda bir ayırım yapmalıdır. Muktezanın icrailik özelliği bulunmamaktadır. Bu nedenle muktezaya karşı açılan davalarda, dava usulden reddedilir. Ancak mukteza verilmesi istemli başvuruya karşı idarenin cevap verme yükümlülüğü mükellefin de bilgi alma hakkı bulunduğundan, bu tür davalarda idarenin mukteza verme sorumluluğu vurgusu ile başvurunun reddi işleminin iptal edilmesi yolunun tercih edilmesi daha doğru olacaktır<sup>51</sup>. Böylece idarenin mukteza talebini karşılama yükümlülüğünü yerine getirmesi sağlanmış olacaktır.

Mükellefin bireysel sorularına verilen cevaplar mukteza olarak adlandırılırken birden fazla mükellefin benzer bir konuda açıklama talep

<sup>50</sup> DANIŞTAY DOKUZUNCU DAİRE, Karar T. 24.05.2006, E. 2004/2916, K. 2006/2076.

<sup>51</sup> ÜSTÜN, “Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri”, s.215.

etmesi durumunda verilen cevaba ise sirküler denilmektedir<sup>52</sup>. Sirküleri yorumlayıcı ve düzenleyici sirküler olmak üzere iki gruba ayırabiliriz<sup>53</sup>. Yorumlayıcı sirküler, mevzuat hükmünün mükellefler için yorumlanmasından ibaret olan sirkülerdir. Bunların icrai olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte mevzuatta bulunmayan hükümler ihdas eden sirkülerler ise düzenleyici sirkülerdir<sup>54</sup>. Bunların icrailik özelliğini taşıdığı ve idari davaya konu yapılabileceği kabul edilmektedir. Danıştay bir kararında, *“Davaya konu edilen işlemlerin düzenleyici işlem niteliğinde olup olmadığının tespitinde, işlemin admın ne olduğundan öte, içeriğinin niteliğinin yapılması önem arz etmektedir. Kamu gücüne dayanılarak kurulan, kesin ve yürütülmesi zorunlu, yani etkili olan ve düzenleyici olma niteliğini kural koymasından aldığı için normatif değer taşıyan düzenleyici işlem niteliğindeki davaya konu sirkülerin, 2575 sayılı Kanununun 24’üncü maddesinin 1’inci fıkrasının (c) bendi uyarınca Danıştay’da davaya konu edilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”* gerekçesiyle sirkülerin düzenleyici nitelikte olması halinde idari davaya konu yapılabileceğini kabul etmektedir<sup>55</sup>. Kanaatimizce sirküler adı altında yayımlanan düzenleyici işlemlerin doğrudan içeriği değerlendirilmeksizin icrai olmadığı kabul edilmesi kural koyan, kişiler için kişilik dışı, genel, soyut norm içeren sirkülerlerin yargı denetiminden bağışık tutulması anlamına gelir. Bu durum, hak arama hürriyeti yanında hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Görüldüğü üzere, mukteza hiçbir şekilde kişilerin hukukunu doğrudan etkiler nitelikte kural koymadığından idari davaya konu edilemezken sirküler belirli durumlarda dava konusu yapılabilmektedir. Mevzuatta yer almayan, kişilerin hukukunu etkileyen hükümler içeren düzenleyici sirkülerin dava konusu olabildiği Danıştayca kabul edilmektedir. Mukteza için henüz bu şekilde bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak, muktezaların istisnasız bir şekilde vergi mahkemesinde davaya konu edilemeyeceğini söylemek muktezaları yargı denetiminden bağışık tutmak anlamına gelebilir. O halde kanaatimizce, içeriği itibariyle hu-

<sup>52</sup> BİLİCİ, s. 28.

<sup>53</sup> GÖZLER, s.722.

<sup>54</sup> KOCAER, s.245.

<sup>55</sup> DANIŞTAY VDDK, Karar T. 27.03.2013, E. 2011/560, K. 2013/114.

kukî sonuç doğuran, ilgililerin hukukunu etkileyen, dış dünyada bir takım sonuçları bulunan muktezaların da dava konusu edilebilmesi gerekmektedir.

### 1. İcrai Olmayan İşlemler

İdarenin sadece icrai işlemleri bulunmamaktadır. İcrai olmayan işlemler, idare tarafından yapılmakla birlikte herhangi bir hukukî sonuç doğurmeyen ve kişilerin hukukunu etkilemeyen işlemlere denir<sup>56</sup>. İcrai olmayan işlemleri, hazırlık işlemleri, görüş bildiren işlemler, bildirici işlemler, iç-düzen işlemleri ve uygulamaya ilişkin işlemler olarak beş gruba ayırabiliriz<sup>57</sup>.

Muktezanın icrai nitelikte olmadığına yukarıdaki bölümde değinmiştik. Peki muktezayı icrai olmayan işlemlerden hangisi kapsamında değerlendireceğiz?

Hukukî duruma dair olan talep üzerine bildirilen görüşün herhangi bir etkisi bulunmadığından birel işlem meydana gelmez<sup>58</sup>. Mukteza, mükelleflerin vergi durumları ile vergi uygulaması bakımından te reddütlü konularda izahat taleplerinin cevaplandırılmasıdır. İdare mukteza ile kişilerce sorunlu görülen konularda görüş bildirmektedir. Bireyler idareye görüşlerini teyit ettirmek için başvuru yaptıklarından, idarece verilen cevap icrai nitelikte kabul edilmemektedir<sup>59</sup>. Böyle işlemler, mevcut idari işleme herhangi bir şey ilave etmez; mevcut idari karardan farklı yeni bir karar değildir<sup>60</sup>.

Danıştay bir kararında, *“vergi dairesi başkanlığına kendilerinden istenecek izahatı yazı ile cevaplamak konusunda verilen yetki ile mükelleflerin vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından yeterince açık olmayan ve duraksama yaratan hususlarda istemiş oldukları açıklamalar hakkında Kanunun uy-*

<sup>56</sup> GÖZLER, s.674.

<sup>57</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, Türk İdare Hukuku, s.322.

<sup>58</sup> KARAHANOĞULLARI, s.281.

<sup>59</sup> KAYA Cemil, “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: IX, S.1-2, 2004, s.270.

<sup>60</sup> GÖZLER, s.714.

gulanmasıyla ilgili görüşlerin bildirilmesinin amaçlandığı açıktır.” gerekçesiyle muktezanın görüş bildiren bir işlem olduğunu belirtmiştir<sup>61</sup>.

Danıştay başka bir kararında, “Milli Savunma Bakanlığı Ankara Tedarik Bölge Başkanlığı Hizmet Alımları Tedarik Kısımı; 6. Kısım tarafından davacının içinde bulunduğu iş ortaklığına ihale edilen “İstanbul Boğaz Komutanlığı Hazır Yemek Hizmeti İşi” ile 9. Kısım tarafından davacının içinde bulunduğu iş ortaklığına ihale edilen “İzmir Tersane ve Ege Deniz Bölge Komutanlığı Hazır Yemek Hizmeti İşi” nedeniyle alınan ihale kararlarına istinaden davacının ödediği damga vergisinin, ihalenin kazanılmaması durumunda iade ya da mahsup imkanının olup olmadığı hakkındaki özelge talep formunun cevabına yönelik İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı Mükellef Hizmetleri Diğer Vergiler Grup Müdürlüğü’nün işleminin” iptali istemiyle açılan davada, davacının mukteza başvurusunu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 11’inci maddesi kapsamında değerlendirerek “davalı idareye dava açma süresi içerisinde yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin kesin ve yürütülmesi zorunlu, icrai nitelikte bir işlem olduğunun kabulü gerektiğinden, işin esasına girilmeksizin davayı incelenmeksizin reddeden vergi mahkemesi kararında isabet bulunmamaktadır.” gerekçesiyle davayı usulden reddeden yerel mahkeme kararını bozmuştur.<sup>62</sup> Yüksek Mahkeme, mukteza başvurusu sonucunda tesis edilen işlemi, idarenin sadece görüş bildiren işlemi niteliğinde bulsa bile bunu icrai işlem olarak değerlendirerek 2577 sayılı Kanununun 11’inci maddesi kapsamında yapılan başvuruya cevap niteliğinde görmüştür. İlgililerin hak kaybının önlenmesi bağlamında olumlu bir karar olmakla birlikte, idarece verilen cevap, görüş bildiren icrai nitelikte olmayan bir yazıdır.

Doktrinde muktezaların mevcut hukuki durumu ve mevzuatta yer alan düzenlemeler gereğince doğrudan idari davaya konu olabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır.<sup>63</sup> Ancak, görüş bildiren yazıda kişilerin hukukunu etkileyen bir ifade yer almaktaysa incelenmesinin daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Bu konuda bir emareye kararda yer

<sup>61</sup> DANIŞTAY VDDK, Karar T. 13.05.2011, E. 2010/669, K. 2011/197.

<sup>62</sup> DANIŞTAY DOKUZUNCU DAİRE, Karar T. 20.05.2019, E. 2015/13104, K. 2019/2213.

<sup>63</sup> ÜSTÜN, “Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri”, s. 212.



verilmemiştir. Bunun dışında sadece mükelleflerin vergiyle ilgili sorunlarına açıklama getiren bir yazının icrai nitelikte görülmesi düşünülemez.

## 2. Muktezanın 2577 Sayılı Kanun Kapsamında Kesin ve Yürütülebilir Bir İşlem Olarak Değerlendirilmesi

2577 sayılı Kanununun 14'üncü maddesinde, dava dilekçeleri Danıştay'da Evrak Müdürlüğüne, idare ve vergi mahkemelerinde, evrak bürosunca kayıt edildikten sonra dairesine veya mahkemesine gönderileceği düzenlenmiştir. Burada dilekçeler, dosyanın tekemmülünden önce 14'üncü maddede yer alan sıralamaya göre incelemeye tabi tutulur<sup>64</sup>. Bu sıralamanın önemi, ilk incelemenin düzenlemede yer alan sıralamaya uyularak yapılmak zorunda olunmasıdır<sup>65</sup>.

Bu sıralamada ilk incelemeyi yapacak hâkimce, davaya konu yapılan işlem 14'üncü maddede dördüncü sırada yer alan "*İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı*" yönünden de incelemeye tabi tutulur. İdari işlemin kesin olmasına yukarıda değinmiştik. İşlemin yürütülebilir olması, icrai olması anlamına gelmektedir. İdari işlemin icrailiği ile ilgili hususlara da yukarıda değinmiştik. Bu açıklamalara göre, idari işlemin kesin ve yürütülebilir (icrai) olmasının birbirinden farklı kavramlar olduğu söylenebilir<sup>66</sup>. Kesin ve yürütülebilir işlemler, hukuk düzeninde değişiklik yapan, yeni hukukî durumlar oluşturan, hali hazırda var olan hukukî durumu değiştiren veya kaldıran işlemlerdir<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Dilekçeler üzerine ilk inceleme: Madde 14 Dilekçeler, Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından: a) Görev ve yetki, b) İdari merci tecavüzü, c) Ehliyet, d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı, e) Süre aşımı, f) Husumet, g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir.

<sup>65</sup> CANDAN Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.525.

<sup>66</sup> AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s.270.

<sup>67</sup> KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2013, s.345.

2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinde, 14'üncü maddeye göre yapılacak ilk inceleme sonrasında bentlerde sayılan sebeplerde bir sorun görülmesi halinde, mahkemece nasıl karar verileceği düzenlenmiştir<sup>68</sup>. Hükümde, dava konusu yapılan işlemin kesin ve yürütülebilir olmaması halinde, davanın reddine karar verileceği öngörülmüştür.

Muktezalar mükelleflerin, vergi kanunlarının karmaşıklığı karşısında, uygulamada tereddüte düştükleri konular hakkında nasıl hareket edecekleri konusunda bilgilendirilmelerini amaçlar<sup>69</sup>. Bu nedenle muktezaların kesin olduğu kabul edilse bile icrailik özelliği bulunmamaktadır. Vergi mahkemesinde dava konusu yapılmaları halinde ilk inceleme veya davanın ilerleyen aşamalarında “İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem” olmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesine göre davanın reddine karar verilecektir. Danıştay bir kararında, “... Limanında bulunan gemilere verilen bakım ve onarım hizmetlerinin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13'üncü maddesinin (b) bendinde belirtilen istisna kapsamında tutulması gerektiği yönünde mukteza verilmesi talebinin reddine ilişkin işlemin” iptali istemiyle davada “dava konusu muktezanın, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmadığı” gerekçesiyle 2577 sayılı Kanunun 15'inci maddesinin

<sup>68</sup> İlk inceleme üzerine verilecek karar: Madde 15 – 1. Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin; a) 3/a bendine göre adli yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine; idari yargının görevli olduğu konularda ise görevli veya yetkili olmayan mahkemeye açılan davanın görev veya yetki yönünden reddedilerek dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesine, b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine, c) 3/f bendine göre, davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine, d) 3/g bendinde yazılı halde otuz gün içinde 3 ve 5 inci maddelere uygun şekilde yeniden düzenlenmek veya noksanları tamamlanmak yahut (c) bendinde yazılı hallerde, ehliyetli olan şahsın avukat olmayan vekili tarafından dava açılmış ise otuzgün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçelerin reddine, e) 3/b bendinde yazılı halde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine, karar verilir.

<sup>69</sup> ARIKAN Zeynep, “Vergi Hukukunun Kaynaklarından Mukteza ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:13, S:II, 1998, s.131.

birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca davanın reddine karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>70</sup>.

Danıştay başka bir kararında, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca vergiden istisna tutulma istemiyle yapılan başvuruya verilen cevabi yazıya açılan davada, "*dava konusu edilen işlemin mukteza niteliğinde olduğu, tek başına idari davaya konu olabilecek niteliği haiz olmadığı*" gerekçesiyle davayı reddeden yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>71</sup>. Söz konusu kararın muhalefet şerhi dikkat çekicidir. Vergiden istisna tutulma istemiyle yapılan başvuruya verilen kurumlar vergisinden istisna olmadığına ilişkin davalı idare cevabının, davacının hak ve menfaatini ihlal eden bir işlem niteliğini haiz olduğu gerekçesiyle idari davaya konu yapılabileceği belirtilmiştir<sup>72</sup>. Bizce de ilgili başvurusunu mukteza talebiyle gerçekleştirmiş olsa bile, başvurunun içeriğinde kurumlar vergisinden istisna olma talebi yer almaktadır. Bu nedenle, başvurunun şeklinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. İdarece verilen cevap, mükellefin kurumlar vergisinden istisna olup olmayacağına ilişkin olacağından yargı mercileri önünde incelenmesi gerekmektedir.

## SONUÇ

Muktezalar, mükelleflerin vergi uygulaması ve vergi durumları bakımından tereddütlü ve müphem gördükleri hususlar hakkında yaptıkları izahat taleplerinin Gelir İdaresi Başkanlığı'nca cevaplanması suretiyle yazılan yazıdır. Muktezaya, izahat talebinde bulunan mükellef uymak zorunda değildir. Bununla birlikte, verilen mukteza sadece o konuya münhasır olarak verilir ve uygulanır. Farklı mükellefler için verilen muktezanın esas alınarak işlem yapılması Anayasa Mahkemesince kabul edilse dahi vergi idaresince kabul görmeyebilir. Bu durumla karşılaşılması için mükelleflerin kendi durumlarıyla ilgili özel olarak mukteza almaları daha faydalı olacaktır.

Muktezanın bağlayıcılığının zayıflığı, inceleme konumuz olan idari işlem boyutunu gündeme getirmektedir. Çünkü sadece icrai niteliği haiz olan idari işlemler idari davaya konu olabilmektedir. Muktezanın

<sup>70</sup> DANIŞTAY ÜÇÜNCÜ DAİRE, Karar T. 26.10.2017, E. 2013/9625, K. 2017/7424.

<sup>71</sup> DANIŞTAY DÖRDÜNCÜ DAİRE, Karar T. 27.11.2012, E. 2009/6399, K. 2012/7244.

<sup>72</sup> DANIŞTAY DÖRDÜNCÜ DAİRE, Karar T. 27.11.2012, E. 2009/6399, K. 2012/7244.

idari işlemin, tek taraflı olması, idari makamlarca yapılması, doğrudan hukuki sonuç doğurması ve kesinliği özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Ancak muktezanın kişilerin hukukunu etkileyen, hukuk âleminde değişiklikler meydana getiren bir özelliği bulunmamaktadır. Yani muktezarlar, idari işlemlerin özellikleri arasında sayılan icrailik vasfını taşımadığı değerlendirilmektedir.

Muktezanın icrailik yönüne emare olabilecek özelliklerinin olduğu görülmektedir. Bunun kanıtı olarak muktezaya bağlanan hukuki sonuçlar gösterilebilir. Vergi inceleme raporu düzenlenirken muktezanın dikkate alınacağı kanunda yer alması da bu raporların değerlendirilmesi aşamasında, Rapor Değerlendirme Komisyonunda dikkate alınacağı öngörülmüştür. Söz konusu durum gibi hukuki sonuçlar nedeniyle, muktezanın konumu güçlendirilerek icrailik vasfının kazandırılabilceği düşünülmektedir.

Muktezaya uygun hareket eden mükellefler için kuvvetli bir koruma getirilmiştir. Muktezaya uygun hareket eden mükellef, vergi cezası ve gecikme faizi ile karşılaşmamaktadır. Bu durum, mükellefler için önemli bir koruma sağlamaktadır. Ancak mukteza vergi tarhına engel olmaz. Bu sebeple mükellefler hakkında kanunda sayılan sebeplerle vergi tarhı yapılabilir. Çünkü mükelleflerden sadece, vergi cezası ve gecikme faizi alınmayacağı öngörülmüştür.

Danıştay, kararlarında, muktezaı icrai olmayan işlemlerden görüş bildiren etkisiz işlem olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle, doğrudan muktezaya karşı açılan davalarda, idari davaya konu yapılabilecek işlemin yokluğu gerekçesiyle incelenmeksizin ret kararına hükmedilmektedir. Elbette muktezaya dayalı işlemler yapan mükellefler hakkında yapılan tarhiyata, vergi cezasına ve gecikme faizine karşı dava açıldığında mahkemelerce, esastan muktezanın içeriğinin de incelenmesi yapılmaktadır. Bu kapsamda, Gelir İdaresi Başkanlığınca düzenlenen mukteza incelenmektedir. Çünkü, vergi cezası ve gecikme faizi kesilip kesilemeyeceği konusunda idari yargı merciince bir belirleme yapılmamıştır.

O halde, son olarak muktezaların tek başına davaya konu yapıp incelenemeyeceği ancak, mukteza konusu vergiyle ilgili tarhiyat, vergi cezası ve gecikme faizinin incelenmesi halinde muktezanın da “*zımnen*” incelenebileceği söylenebilir.

## KAYNAKLAR

- ACAR Mustafa Gürhan, Genel Tebliğ ve Muktezanın Vergi Hukuku Bakımından Mahiyeti ve Mükellef ve İdare Açısından Bağlayıcılığı, *Vergi Dünyası*, S.242, 2011, s.122-126.
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat / KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARIKAN Zeynep, Vergi Hukukunun Kaynaklarından Mukteza ve Sonuçları, *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt:13, S:II, 1998, s.127-133.
- ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- AYKIN Hakan, Mükellefin Özelge Yoluyla İzahat Talep Hakkı, Hukuki Sonuçları ve Tartışmalı Bazı Konular, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 125, 2016, s. 147-186.
- AYKIN Hasan, Özelge Taleplerinin Cevaplanmasında Süre: Ülke Uygulamaları ve Türkiye, *Yaklaşım Dergisi*, S.276, 2015, s.30-36.
- BAYRAKTAR İhsan Kağan, Özelgede Yeni Sistemin Değerlendirilmesi, *Vergi Dünyası*, S.350, 2010, s.93-97.
- BİLİCİ Nurettin, Vergi Hukuku, 47. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- CANDAN Turgut, İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÇELİK, Celal, "Vergi Hukukunun Yardımcı Kaynağı Olarak İdari Düzenlemeler", *Vergi Dünyası*, S.261, 2003, s.24-28.
- ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.
- ERSOY Adnan, 6009 Sayılı Kanun Sonrası Vergi İncelemelerinde Genel Tebliğ, Sirküler ve Mukteza (Özelge) Etkisi, *Vergi Dünyası*, S.357, 2011, s.46-49.
- GÖZLER Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

- GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2004.
- GÜNEŞ Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KALABALIK Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 6. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- KARAHANOĞULLARI Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 1. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2011.
- KARATAŞ Durmuş, Türk ve Fransız Vergi Hukuku Kapsamında Mükelleflerin Korunması, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S:48, 2016, s.99-122.
- KARYAĞDI Nazmi, Yeni Özelge Sistemi, *Vergi Dünyası*, S.343, 2010, s.21-26.
- KARYAĞDI Nazmi, Eski Özelgeler Çöpe mi?, *Vergi Dünyası*, S.383, 2013, s.25-28.
- KAYA Cemil, Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:IX, S.1-2, 2004, s.253-284.
- KOCAER Şenol, Mükellef Aleyhine Özelgeler İptal Davası Konusu Olabilir mi?, *Yaklaşım Dergisi*, S.246, 2013, s.243-249.
- ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- SEZGİNER Murat, Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- TAŞKAN Yusuf Ziya, Vergi Yönetiminin Düzenleyici İşlemleri, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ŞENYURT İdris, Özelge ve Sirkülerin Hukuki Durumu, Yeni Özelge Sistemi ve 6009 Sayılı Kanunla Mükelleflerin İzahat Talebine İlişkin Esaslarda ve Sonuçlarında Yapılan Değişiklikler, *Vergi Dünyası*, S.349, 2010, s.49-54.
- ÜSTÜN Ümit Süleyman, "Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S.1-2, 2003, s.264.

ÜSTÜN Ümit Süleyman, “Son Kanuni Değişiklikler Çerçevesinde Özelge ve Sirkülerin Vergi Hukukundaki Yeri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S.1-2, 2012, s. 189- 222.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2009.

YILDIRIM Turan/YASİN Melikşah/KAMAN Nur/ÖZDEMİR H. Eyüp/ÜSTÜN Gül/ TEKİNSOY Okay, İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Danıştay kararları [www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr) 'den alınmıştır.





## LEX COMMISSORIA YASAĞI VE UYGULAMA ALANI

Av. Ece Ayça EKER \*

### Öz

Lex commissoria yasağı ile taraflar arasında borç muaccel olmadan önce, borç muaccel olup ödenmediği takdirde rehne konu malın mülkiyetinin rehinli alacaklıya geçeceğine dair sözleşmeler yasaktır. Lex commissoria yasağı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 873/2’de düzenlenmektedir. Yasağın amacı krediye ihtiyaç duyan borçlunun sömürülmesini engellemek ve alacaklının haksız menfaat elde etmesini engellemektir. Çalışmamızda lex commissoria yasağının görünümü ve sonuçları üç ana başlık altında incelenmiştir. İlk bölümde lex commissoria yasağı kavramı, unsurları ve uygulama alanı açıklanmıştır. İkinci bölümde lex commissoria yasağının kapsamı ve hükümleri ele alınmıştır. Bu açıklamalar ışığında, yasağın sınırı belirlenmiştir. Üçüncü bölümde ise yasağa aykırılığın sonuçları ve yasak kapsamında değerlendirilebilecek özel nitelikte işlemler saptanmıştır. Ayrıca lex commissoria yasağının, taşınır ve taşınmaz rehni bakımından uygulama alanı ele alınmıştır. Bu kapsamda 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile hukukumuzda gelen yenilikler belirtilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Lex Commissoria Yasağı • Rehin • Yasak • Mülkiyet • Alacak

\* Arabulucu Avukat, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Yüksek Lisans, İstanbul, Türkiye | Mediator Lawyer, Bahcesehir University, Faculty of Social Science, Department of Private Law LL.M İstanbul, Turkey.

✉ av.eceaycaeker@gmail.com • ORCID 0000-0002-7121-4693

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: EKER Ece Ayça, “Lex Commissoria Yasağı ve Uygulama Alanı”, SÜHFD., C. 29, S. 1, 2021, s. 133-178.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## PROHIBITION OF LEX COMMISSORIA AND THE SCOPE OF APPLICATION

### Abstract

Prohibition of lex commissoria (PLC) means that before the debt is due, sides parts of agreement can not decide agree that if loan is not paid on due date ownership of the pledged property will be transferred to the creditor. PLC is regulated at the article 873/2 in Turkish Civil Code Number 4721. The purpose of the prohibition is preventing the exploitation of the debtor and preventing creditors getting unfair advantage. In study, the appearance of the PLC and its results are examined. In the first part the notion, elements and practice area of the PLC are explained. In the second part, the scope and provisions of the Prohibition are considered. In the third part, the consequences of the violation of the prohibition and the special transactions are determined. In addition, the innovations that came to Turkish Law has been stated with the Law on Movable Property Pledge in Commercial Transactions Number 6750.

### Key Words

Prohibition of Lex Commissoria • Pledge • Prohibition • Property • Credit

### GİRİŞ

Terim olarak “lex” sözleşmedeki hüküm, “commissoria” ise birleştirmek anlamına gelmektedir. “lex commissoria” ise “birleşik hüküm” gibi bir anlama gelmektedir. Hukuken lex commissoria yasağı ise borç muaccel olmadan önce, borcun zamanında ödenmemesi durumunda rehin konusu mal veya malların mülkiyetinin doğrudan doğruya alacaklıya geçmesine dair sözleşme yapılmasının veya sözleşmelere bu tip kayıt konulmasının yasak olması anlamına gelmektedir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> BAYEZİT Fırat, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi Ve Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 85; BOZTAŞ Nevzat, “Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2017, s. 211; DERELİ Zeliha, “Lex Commissoria Yasağı”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009, s. 14; GÜRPINAR Damla, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2017, s. 145; HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanunu’na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997, s. 10; KOÇ Kenan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsa-

Latineden dilimize ve hukukumuzda giren “lex commissoria” terimi yerine “rehni edinme yasağı” benzeri bir başka ifade kullanılması gerektiği yönünde doktrinde haklı eleştiriler mevcuttur<sup>2</sup>. Kanunda yer almayan Latince terimin kullanılması yerine “rehin konusunu edinme yasağı” terimi de kullanılabilir. Ancak rehinli malı edinme yasağını ifade etmek üzere lex commissoria teriminin kullanılmasını eleştirmekle beraber, lex commissoria yasağı evrensel bir ilke olduğundan ve bu konudaki çalışmaların terminolojisine de paralel olması açısından çalışmamızda lex commissoria yasağı terimi kullanılacaktır.

Lex commissoria yasağı ile amaçlanan, alacaklının ileride sergileyebileceği aldatıcı veya art niyetli davranış ve işlemleri ile haksız kazanç elde etmesini önlemek ve ekonomik açıdan zor durumda olan borçluyu korumaktır<sup>3</sup>.

---

mında Rehin Alacaklısının Korunması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 106; KÖPRÜLÜ Bülent/ KANETİ Selim, Sınırlı Aynı Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983, s. 462; KUNTALP Erden, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kıraç’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1, İstanbul, 1994, s. 155; MAKARACI BAŞAK Aslı, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 746; METE Cansu, “Taşınır Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, s. 1455; NOMER H. Nami, “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı”, Cevdet Yavuz’a Armağan C. 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 2012; OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20. baskı, İstanbul, 2017, s. 954; PARLAK BÖRÜ Şafak, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlemler Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, 2017, s. 263; TOPÇUOĞLU Metin/ ÇON Ömer, “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 93, 2011, s. 211; YURTMAN Hazalcan, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 61.

<sup>2</sup> HELVACI, s. 10.

<sup>3</sup> AKSOY Mehmet Ali, “Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni’nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 1, 2018, s. 84; CANSEL Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967, s. 188; DERELİ, s. 39; GÜRPINAR, s. 146; GÜRSOY Kemal Tahir/ EREN Fikret/ CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları,

Lex commissoria, hukuktaki pek çok kavram gibi temelini Roma Hukukundan almaktadır<sup>4</sup>. Roma Hukukunda oldukça ayrıntılı incelenen ve günümüze kadar etkisini sürdüren pek çok önemli konudan biridir. Roma Hukukunda, borç ifa edilmediği takdirde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin Lex Commissoria adını taşıyan bir anlaşma (pactum) olarak, genellikle alım-satım (empito-venditio) veya rehin (pignus) sözleşmesine ek olarak yapılmıştır<sup>5</sup>. Klasik Dönemde çok kullanılmayan bu anlaşma, MS. III. ve IV. yüzyıllarda yaşanan ekonomik krizlerde daha yaygın bir şekilde kullanılmıştır<sup>6</sup>.

Ayrıca alım-satım (empito-venditio) sözleşmesine ek olarak lex commissoria anlaşması yapıldığı takdirde alıcı belirlenen süreye kadar satış bedelini ödemediğinde satıcı sözleşmeden dönebilirdi. Eğer satım sözleşmesine bu koşul eklenmemişse sözleşmeden dönemez; sadece satış bedelinin ödenmesini talep edebilirdi<sup>7</sup>. Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>8</sup> borçlu temerrüdüne ilişkin kısmında yer alan madde 123 ve devamındaki düzenlemeler bu kurumla ilişkilidir<sup>9</sup>.

Lex commissoria ile borç vadesinde ödenmediğinde sözleşmeye konu eşyanın değerine bakılmaksızın alacaklıya mülkiyet hakkı tanın-

---

2. baskı, Ankara, 1984, s. 1110; KOÇ, s. 106; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 281; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 747; NOMER, s. 2012; SAYMEN Ferit Hakkı/ ELBİR Halid Kemal, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963, s. 690; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. baskı, Ankara, 2017, s. 615; TEKİNAY Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 104; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211; YURTMAN, s. 62.

<sup>4</sup> BOZTAŞ, s. 210; DERELİ, s. 1; ENDES Nurtaç, "Roma Hukukunda RehİN Sözleşmesi ve Lex Commissoria Yasağı", SÜHFD, C. 26, S. 2, 2018, s. 535; SİRMEN, s. 614; YURTMAN, s. 62.

<sup>5</sup> ENDES, s. 543; ERDOĞMUŞ Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 85; HELVACI, s. 27; DERELİ, s. 14.

<sup>6</sup> DERELİ, s. 42; ENDES, s. 552; HELVACI, s. 27; HOFSTETTER Josef, Cours De Droit Romain, Cinquieme Chapitre, Droits Reels, Universite De Lausanne, Office De Polycopies, 1980, s. 122 (HELVACI, s. 27 naklen).

<sup>7</sup> DERELİ, s. 14; ERDOĞMUŞ, s. 85; HELVACI, s. 30.

<sup>8</sup> R.G., 04.02.2011/27836 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 11.11.2020).

<sup>9</sup> DERELİ, s. 14.

ması sebebiyle borçlunun zarara uğramaması için MS. 326 yılında dönemin İmparatoru Constantinus tarafından lex commissoria yasağı getirilmiştir<sup>10</sup>.

Kaynağını hukuktaki pek çok kavram gibi Roma Hukukundan alan lex commissoria yasağı evrensel bir rehin hukuku ilkesi olduğundan<sup>11</sup>, Türk Hukukunda da çeşitli görünümleri bulunmaktadır<sup>12</sup>. Eşya hukuku anlamındaki yeri ve öneminden ötürü 4721 sayılı TMK'da<sup>13</sup> hem taşınmaz hem de taşınır rehni ile ilgili olarak özel düzenlemeler bulunmaktadır<sup>14</sup>. Ayrıca taşınırlar ile ilgili olarak 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu<sup>15</sup> ile hukukumuzda tartışmalı pek çok yenilik gelmiştir. Aşağıda bu konuda ayrıntılı açıklama yapılacaktır<sup>16</sup>.

Çalışmamızda aynı teminat sağlayan sözleşmeler<sup>17</sup> kapsamında rehin hakkı sağlayan sözleşmeler bakımından bu ilkenin görünümü ve sonuçları üç ana başlık altında incelenecektir. Bu kapsamda ilk olarak lex

<sup>10</sup> BOZTAŞ, s. 215; BUDAK Ali Cem, İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 52; DERELİ, s. 42; ENDES, s. 553; HELVACI, s. 28; GÜNEL Onur K., Lex Commissoria Yasağı, Karşı Yayınları, Ankara, 1998, s. 15; KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, Roma Eşya Hukuku, Turhan Yayınevi, 3. baskı, Ankara, 2006, s. 300; KARAMAN Başak, Roma Hukukunda Rehni Akti, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 39; JACQUELİN Rene, De La Fiducie, Paris, 1891, s. 281-282 (HELVACI, s. 28 naklen); MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 747; TUNÇ YÜCEL Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 68; UMUR Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983, s. 163; YURTMAN, s. 62.

<sup>11</sup> BOZTAŞ, s. 210; DERELİ, s. 1; SİRMEN, s. 614.

<sup>12</sup> DERELİ, s. 1; YURTMAN, s. 62.

<sup>13</sup> R.G., 08.12.2001/24607 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 15.11.2020).

<sup>14</sup> YURTMAN, s. 62.

<sup>15</sup> R.G., 28.10.2016/29871 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 01.11.2020).

<sup>16</sup> Bkz. I, C.

<sup>17</sup> Bilindiği üzere teminat sözleşmeleri iki temel grupta toplanmaktadır. Bunlar; kişisel teminat sözleşmeleri ve aynı teminat sözleşmeleridir. Kefalet garanti gibi kişisel teminat sözleşmelerinde teminat veren borçlu tüm malvarlığı ile borçtan sorumlu iken, konumuzu oluşturan aynı teminat sözleşmelerinde teminat konusu olan eşya ile sınırlı bir sorumluluk söz konusudur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK Turgut/ AKİPEK Jale/ ATEŞ Derya, Eşya Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2. baskı, İstanbul, 2018, s. 787; ARAL Fahrettin/ AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş tıpkı 12. baskı, Ankara, 2019, s. 480, 489; AYBAY Aydın/ HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku,

commissoria yasağı kavramı, unsurları ve uygulama alanı açıklanacak, ardından lex commissoria yasağının kapsamı ve hükümleri ele alınacaktır. Bu açıklamalar ışığında, yasağın sınırları belirlenecektir. Akabinde bu yasağa aykırı olarak yapılan sözleşmelerin sonuçları ve tam bu anlama gelmemekle birlikte, nihai olarak yasağın kapsamına girebileceği düşünülebilecek özel nitelikte bazı işlemler değerlendirilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın konusu lex commissoria yasağı olup, yasak ile ilişkilendirilebilecek, malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan tüm kurumların tek tek açıklanması bu monografik eserin esas konudan kopmasına ve hacminin de gereğinden fazla genişlemesine sebebiyet verecektir. Açıklanan sebeplerle lex commissoria yasağı ile ilişkili kurumlar ile ilgili ayrıntıya girilmeden, gerektiği ölçüde ele alınarak konu sınırlandırılacaktır. Çalışmada genel olarak konuya ilişkin güncel yargı kararları çerçevesinde uygulamadaki durum da ele alınarak lex commissoria yasağı ve uygulama alanı ortaya konmaya çalışılacaktır.

## I. LEX COMMISSORIA YASAĞI KAVRAMI, UNSURLARI VE UYGULAMA ALANI

### A. Lex Commissoria Yasağı Kavramı

Lex commissoria yasağı, borç henüz muaccel olmadan önce, tarafların borç vadesinde ödenmediği takdirde teminata konu malın mülkiyetinin rehinli alacaklıya geçeceği hususunda anlaşmalarının yasak olmasıdır<sup>18</sup>. Rehin hukukuna hâkim olan ve evrensel bir hukuk ilkesi olan lex

---

Vedat Kitapçılık, gözden geçirilmiş 4. baskı, İstanbul, 2014, s. 280; BENLİ Erman, "Aynı Hakların Teminat İşlevi", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2019, s. 119; BİLGE Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 38; KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 642; OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, mevzuata uyarlanmış 3. baskı, İstanbul, 2020, s. 6; ŞENSÖZ Ebru/ ÖZBİLEN Arif Barış/ SAVAŞ Burcu, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, 2005, s. 235; ÖZEN Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, güncellenmiş 4. baskı, İstanbul, 2017, s. 90; ZAPATA Tan Tahsin, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınevi, güncellenmiş 7. baskı, Ankara, 2019, s. 293, 300; ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 19. baskı, Ankara, 2019, s. 689.

<sup>18</sup> BAYEZİT, s. 85; BOZTAŞ, s. 10; DERELİ, s. 14; GÜRPINAR, s. 145; HELVACI, s. 10; KOÇ, s. 106; KÖPRÜLÜ/ KANETİ s. 462; KUNTALP, s. 155; MAKARACI BAŞAK,

commissoria yasağının amacı borçlunun korunmasıdır<sup>19</sup>. Rehnin değere yönelik olmasından hareketle, alacaklının değer yerine doğrudan rehninli borçlunun malvarlığına yönelimini engelleyen lex commissoria yasağı ortaya çıkmıştır.

Lex commissoria kavramı, kaynağını Roma Hukuku'ndan alan Latince bir kavram olup, İsviçre Hukuku'nda da benimsenmiştir. Roma Hukuku'nda zaman içinde daha yaygın olarak kullanılmış olan ancak yukarıda açıklandığı üzere sonradan, borçlu açısından yaşanan sıkıntılar dikkate alınarak yasaklanmış olan rehin konusu malın alacaklıya devrine ilişkin bu tür anlaşmalar konusunda İsviçre'nin yaklaşımı da bu yasağı benimsemek olmuştur<sup>20</sup>. İsviçre Medeni Kanunu'na, rehin konusunun alacaklıya devrine ilişkin anlaşmaların yapılamayacağına ilişkin hüküm emredici nitelikte olmak üzere alınmıştır. Türk Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu<sup>21</sup> gibi Türk Medeni Kanunu da İsviçre Hukuku'ndan alındığından, bu yasak Türk Hukuku'na da aynı esaslarla girmiştir. TMK'nın Eşya Hukuku kitabında taşınmaz rehnine ilişkin genel hükümler kısmında "Paraya Çevirme" başlıklı madde 873/2 lex commissoria yasağını düzenlemektedir. TMK madde 873 uyarınca; "(1) Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehninli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. (2) Borcun ödenmemesi halinde rehninli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. (3) Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması halinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir."

Kural olarak rehinle temin edilmiş bir borç ödenmediği takdirde alacaklının elindeki imkân, İİK hükümleri çerçevesinde rehnin paraya

---

Değerlendirme, s. 746; METE, s. 1455; NOMER, s. 2012; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 955; PARLAK BÖRÜ, s. 263; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211; YURTMAN, s. 61.

<sup>19</sup> AKSOY, s. 84; CANSEL, s. 188; DERELİ, s. 39; GÜRPINAR, s. 146; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; KOÇ, s. 106; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 281; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 747; NOMER, s. 2012; SAYMEN/ ELBİR, s. 690; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; SİRMEN, s. 614; TEKİNAY, s. 104; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211; YURTMAN, s. 62.

<sup>20</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. DERELİ, s. 43 vd.

<sup>21</sup> R.G., 14.02.2011/27846 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 07.11.2020).

çevrilmesini talep etmektir. Lex commissoria yasağına aykırı bir sözleşme akdedildiği veya sözleşme bu neviden bir kayıt içerdiği takdirde geçersiz olur<sup>22</sup>. Bunun yanı sıra bu tip bir kayıt koymamakla beraber, yasaklanan sonuca ulaşmayı sağlayan her türlü işlem kanuna karşı hile sebebiyle geçersizdir<sup>23</sup>.

## B. Unsurları

Bir sözleşme veya sözleşmede yer alan bir kaydın lex commissoria yasağını ihlal edip etmediğini belirlemek için öncelikle bazı unsurların birlikte varlığı aranmaktadır. Bilindiği üzere, unsurlarının tümünün birlikte var olduğu durumlarda kanuni düzenleme sonuç doğurur. Rehin konusunun devrine ilişkin yasağın devreye girmesi ve yapılan sözleşmenin hükümsüz olması için aranan unsurlar konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş<sup>24</sup>, bu unsurların borç ödenmediği takdirde rehin konusu malın alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair sözleşme ve sözleşmenin alacak muaccel olmadan önce yapılmış olması olmak üzere iki tane olduğunu savunmaktadır. Doktrinde diğer bir görüş<sup>25</sup> ise diğer görüşte yer alan bu iki unsura ek olarak, sözleşmenin alacaklının tatmin edilmesine hizmet etmesi unsurunun varlığının da aranması gerektiği yönündedir. Kanaatimizce de, yasağın varlığı için sübjektif nitelikteki bu üçüncü unsurun da varlığı aranmalıdır. Bu sebeple çalışmamızda lex commissoria yasağının unsurları, üç başlık altında incelenecektir.

### 1. Borç Ödenmediği Takdirde Rehin Konusu Malın Alacaklının Mülkiyetine Geçeceğine Dair Bir Sözleşme

Teminat sözleşmelerindeki genel özellik, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde devreye girmeleridir<sup>26</sup>. İster kişisel teminat

<sup>22</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. III.

<sup>23</sup> DERELİ, s. 29.

<sup>24</sup> SİRMEN, s. 616.

<sup>25</sup> BOZTAŞ, s. 220; DERELİ, s. 29; GÜNEL, s. 18; HELVACI, s. 75; KOÇ, s. 106; MAKARACI BAŞAK Aşlı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 275; YURTMAN, s. 66.

<sup>26</sup> AKINTÜRK/ AKİPEK/ ATEŞ, s. 787; ARAL/ AYRANCI, s. 480, 489; AYBAY/ HATEMİ, s. 38; KILIÇOĞLU, s. 642; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 6; ÖZEN, s. 90; ZAPATA, s. 293, 300; ZEVLİLER/ GÖKYAYLA, s. 689.



sözleşmesi olsun, ister aynı teminat sözleşmesi olsun, teminat borcunun muacceliyeti, borçlunun ifayı yapmaması geciktirici koşuluna bağlı olmaktadır. Rehin hukukunda da bu genel kural uygulanır. Taraflar esasen rehin sözleşmesi akdettiklerinde, borçlunun borca aykırılığına dayalı bir aynı teminat öngörmüşlerdir. Bu aynı teminat sözleşmesini yapmış olan borç ilişkisinin tarafları, bu sözleşme dışında teminat konusu şeyin paraya çevrilmek suretiyle değil de, doğrudan alacaklının mülkiyetine geçmesi konusunda anlaşma yapmaları halinde bu hüküm devreye girer.

Borç hiç veya zamanında ödenmediği takdirde, rehin konusu malın alacaklının mülkiyetine geçeceğine dair bir sözleşme borçlu veya borçlu lehine rehin veren bir üçüncü kişi ile rehinli alacaklı arasında akdedilebilir<sup>27</sup>.

Lex commissoria, ayrı bir sözleşme veya rehin sözleşmesinde bir kayıt şeklinde olabilir. Bu sözleşme, alacaklının ifa zamanı geldiğinde alacağına kavuşamaması koşuluna bağlı bir sözleşme niteliğindedir. Bu tip bir sözleşmenin yapılması veya sözleşmeye bu tip bir kayıt eklenmesine bağlı olarak, hüküm doğurması ihtimalinde, rehin konusu şeyin hangi anda alacaklının mülkiyetine geçeceği konusunda doktrinde tartışma vardır.

Doktrinde bir görüş<sup>28</sup>, geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle, bu sözleşmenin hükümlerini doğurmasının gündeme geleceği ve tarafların aralarındaki sözleşme uyarınca, rehin konusu şeyin kendiliğinden, diğer deyişle başka bir işleme veya sözleşmeye gerek olmaksızın alacaklının mülkiyetine geçeceği yönündedir. Bu görüş, taşınırlar bakımından teslimsiz rehinde olabileceğini vurgulayarak, teslim bağli rehin olsa da Roma hukukunda mevcut fakat TMK'da bulunmayan kısa elden teslim yolu ile zilyetliğin devrinin gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Böylelikle rehin alacaklısı zilyet olsa bile, koşul gerçekleştiği takdirde sözleşme uygulanmaya başlanacak ve rehinli alacaklının zilyet olma iradesi ve sıfatı, malik sıfatıyla zilyet olarak değişecektir<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> AKSOY, s. 79; DERELİ, s. 29; HELVACI, s. 95; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 751.

<sup>28</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 71.

<sup>29</sup> DERELİ, s. 30.

Doktrinde diğ er görüş<sup>30</sup> ise bunun mümkün olmadığını, mülkiyetin geçişinin bu şekilde bir sözleşme olsa dahi kendiliğinden gerçekleşmeyeceğini, zilyetliğin mülkiyeti devir amacıyla yeniden, teslimli ya da teslimsiz devir yollarından biri ile yapılması gerektiği yönündedir. Eş deyişle, geciktirici koşul gerçekleştiği yani ifa zamanı gelmesine rağmen borç ödenmediği takdirde; taşınır lar bakımından teslim e bağlı rehin esas olduğu için derhal, taşınmazlarda ise tescille mülkiyetin alacaklıya geçeceğini vurgulamaktadır. Çalışmamızın *lex commissoria* yasağının uygulama alanına ilişkin kısmında<sup>31</sup> detaylı olarak ele alınan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile gelen yenilikler de göz önüne alındığında, ilk görüş daha güncel ve günümüz şartlarına uygundur. Bu sebeplerle ilk görüşün isabetli olduğu kanaatindeyiz.

## 2. Sözleşmenin Alacak Muaccel Olmadan Önce Yapılmış Olması

*Lex commissoria* yasağının devreye girmesi için sözleşmenin yapı lış zamanı önem arz etmektedir. Borç ifa edilmediğinde rehin konusu şeyin mülkiyetinin alacaklıya geçmesine dair yapılan sözleşmenin, *lex commissoria* yasağı kapsamında olması için sözleşmenin alacak muaccel olmadan önceki bir zaman diliminde akdedilmiş olması gerekmektedir<sup>32</sup>. Bu unsur TMK'nın *lex commissoria* ile ilgili hükümlerinin lafzından açıkça anlaşılmasına rağmen, doktrinde bu konuda görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Sözleşmenin alacak muaccel olmadan önce yapı lmış olması unsuru aşağıda açıklanacağı üzere, esasen yasağın amacından hareketle ulaşılan bir unsurdur<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> GÜNEL, s. 20; KUNTALP, s. 155.

<sup>31</sup> bkz. I, C.

<sup>32</sup> BOZTAŞ, s. 219; CANSEL, s. 192; GÜR SOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; HELVACI, s. 100; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 462; KUNTALP, s. 155; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1031; SAYMEN/ ELBİR, s. 690; YURTMAN, s. 66.

<sup>33</sup> AYANOĞLU MORALI Ahu, "Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı İnançlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler", Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 223; CANSEL, s. 191; GÜNEL, s. 22; GÜR SOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; HELVACI, s. 101; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752.

İsviçre ve Türk Hukukundaki hâkim<sup>34</sup> görüş, alacak muaccel olmadan önce yapılan sözleşmelerin geçersiz olduğu yönündedir. Bu görüşün hukuki temeli ilk olarak yasağın amacından hareketle krediye ihtiyaç duyan borçlunun, borç muaccel olmadan önceki dönemde seçim yapabilecek durumda olmadığına işaret etmektedir<sup>35</sup>. Ayrıca borçlunun, borcunu ifa edeceği konusunda iyimserliği nedeniyle de düşünmeden rehin konusunun mülkiyetinin geçme koşulunun bulunduğu sözleşmeyi imzalayacak olması sebebiyle de bu yasak getirilmiştir<sup>36</sup>. İkinci dayanağı ise TTK düzenlemelerinin kıyasen uygulanabileceğidir<sup>37</sup>. Mülga 6762 sayılı TTK'da gemi ipoteği söz konusu olduğunda, alacak muaccel olmadan önce geminin temlikinin söz konusu olamayacağına ilişkin madde 917/1 ve 919. madde düzenlemeleri yer almaktaydı. Her ne kadar bu düzenlemeler yürürlükteki 6102 sayılı TTK'ya alınmasa da benzer düzenleme TTK madde 1014/1'de yer almaktadır<sup>38</sup>.

Buna göre rehne konu alacak muaccel olduktan sonra yapılan lex commissoria sözleşmeleri geçerlidir diyebiliriz. Bu çıkarım, yasağın amacına uygun yorum, doktrindeki hâkim görüş ve Türk Hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesiyle de bütünlük arz etmektedir. Zira borç muaccel olduğu tarihte borçlu rehne konu malın değerini belirleyebilecek durumda olup, rehinli malın paraya çevrilmesi veya alacaklıya mülkiyetinin devri arasındaki seçimi özgürce yapabilir. Ayrıca doktrinde, borç

<sup>34</sup> BOZTAŞ, s. 219; CANSEL, s. 192; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; HELVACI, s. 100; KOÇ, s. 106; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 462; KUNTALP, s. 155; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752; METE, s. 1455; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 1031; SAYMEN/ ELBİR, s. 690; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211; YURTMAN, s. 66.

<sup>35</sup> GÜNEL, s. 23.

<sup>36</sup> GÜRPINAR, s. 146; METE, s. 1460; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, p. 3684.

<sup>37</sup> TMK'da hüküm içi boşluk olan hallerde, bu boşluk hâkimin takdir yetkisini öngören TMK madde 4 yardımı ile doldurulabilecektir. Bu aşamada ise TTK'nın TMK'nın ayrılmaz bir parçası olduğunu öngören 1. maddesi gereğince TTK hükümleri somut uyuşmazlığa uygulanabilir hale gelecektir.

<sup>38</sup> Doktrinde mülga Kanun'da lex commissoria yasağı açıkça düzenlenmiş olup, bu maddeler yeni Kanun'a alınmasa da gemi ipoteği için lex commissoria yasağının geçerli olduğu vurgulanmaktadır. Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. BOZTAŞ, s. 222; SÖZER Bülent, Deniz Ticareti Hukuku-I, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, 5. baskı, İstanbul, 2019, s. 170.

kısmen muaccel olduğu takdirde dahi alacaklının rehne konu malın paraya çevrilmesini talep yetkisi doğduğundan, borç kısmen muaccel olduktan sonra yapılan anlaşmaların da geçerli olacağına dair katıldığımız ve kanaatimizce yasağın ruhuna uygun bir görüş<sup>39</sup> de mevcuttur.

### 3. Sözleşmenin Alacaklının Tatmin Edilmesine Hizmet Etmesi

Taraflar arasındaki ilişkinin lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için sözleşmenin yapılış amacı önem arz etmektedir. Borç vadesinde ödenmediği takdirde rehinli alacaklının rehne konu mala malik olmasına dair sözleşmenin yapılış amacı alacaklının tatmin edilmesine yönelik olmalıdır<sup>40</sup>. Bu husus TMK'da açıkça belirtilmemekle beraber, yasağın varlığını saptamak ve sınırlarını çizebilmek için doktrinde<sup>41</sup> kabul görmektedir. Bir nevi yasağın sübjektif unsuru olarak adlandırabileceğimiz bu durum; Alman Medeni Kanunu'nda<sup>42</sup> açıkça belirtilmektedir. Doktrinde<sup>43</sup> bu unsur, lex commissoria yasağının amacından hareketle bir örnek işlemle açıklamaktadır. Böylelikle unsurun anlaşılması da kolaylaşmaktadır. Buna göre; bir satış sözleşmesinde satıcıya satış bedeline teminat teşkil etmek üzere hem rehin hem de geri alım hakkı tanındığı bir olayda, satıcının borç vadesinde ödenmediğinde geri alım hakkını kullanması neticesinde mülkiyetin devri alacaklının tatmin edilmesine hizmet etmemekte, satıcının satış bedeli hakkından feragati olarak nitelendirilmektedir.

<sup>39</sup> DERELİ, s. 34; HELVACI, s. 102; KUNTALP, s. 155; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752.

<sup>40</sup> BOZTAŞ, s. 220; HELVACI, s. 99; YURTMAN, s. 66. MAKARACI BAŞAK, bu unsuru mülkiyetin devri sonucunu doğuran ancak borcun ifası amacını taşımayan durumların yasak kapsamında olmadığı şeklinde açıklamaktadır (MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752).

<sup>41</sup> DERELİ, s. 41; GÜNEL, s. 28; HELVACI, s. 99; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 752; YURTMAN, s. 66.

<sup>42</sup> Codes Allemands, Code Civil, art.1149 (HELVACI, s. 99 naklen): Alman Medeni Kanunu'nun taşınmaz rehnine ilişkin 1149. paragrafı "*Alacak malike karşı talep edilir hale gelmediği müddetçe, bu alacaklıya tatmin olması için, taşınmazın mülkiyetinin naklini veya taşınmazın cebri icra yolu dışında bir yol ile devredilmesini isteme hakkı tanıyamaz.*" şeklindedir.

<sup>43</sup> HELVACI, s. 100.

### C. Uygulama Alanı

Lex commissoria yasağı teminat amaçlı akdedilen pek çok sözleşme bakımından geçerlidir<sup>44</sup>. Çalışmanın konusu aynı teminatlar olduğundan ipotekli borç senedi ve irat senedinin mevzuatımızda yer almasına rağmen uygulaması bulunmadığından<sup>45</sup>, taşınmaz yükü de İsviçre'den Kanunumuza giren fakat uygulaması olmayan<sup>46</sup> bir kurum olduğu için incelenmeyecektir. Çalışmanın bu kısmında lex commissoria yasağının taşınır ve taşınmaz rehnine ilişkin uygulaması incelenecektir. Zira tartışmalı hususlar taşınır ve taşınmazlar bakımından söz konusudur. Lex commissoria yasağı ile ilgili TMK'da hüküm bulunmasının yanı sıra Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nda hükümler bulunmaktadır. Lex commissoria yasağı ile ilgili hükümler hak ve alacak rehni gibi diğer teminatlara da kıyasen uygulanır<sup>47</sup>.

#### 1. Taşınır Rehni

Taşınır rehni konusunda hem Türk Medeni Kanunu'nda hem de 6750 sayılı Kanun'da lex commissoria yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

##### a. Türk Medeni Kanunu Açısından

TMK'da taşınır rehninin düzenlendiği dördüncü kitap üçüncü bölümde teslimine bağlı taşınır rehni ile ilgili kısımda mülkiyetin geçmemesi başlıklı madde 949 lex commissoria yasağı ile ilgili özel bir düzenleme getirmektedir. Anılan hüküm, taraflar arasında akdedilen sözleşmede rehne konu borç vadesinde ödenmediği takdirde, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair bir hüküm ihdas edilmişse, bu hükmün geçersiz olacağını düzenlemektedir.

<sup>44</sup> GÜNEL, s. 54.

<sup>45</sup> BENLİ, s. 128; SİRMEN, s. 564.

<sup>46</sup> ÖZPAK Tayfun, "Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Aynı Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi", İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Disiplinler Arası Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 21.

<sup>47</sup> DERELİ, s. 69; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 940; HELVACI, s. 71; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 228; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 751; ŞENSÖZ/ ÖZBİLEN/ SAVAŞ, s. 237.

TMK m. 954'te başkasına devredilebilen alacak ve diğer hakların rehnedilebileceği ve aksine düzenleme olmadıkça teslim bağı rehin hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

### **b. 6750 Sayılı Kanun Açısından**

TMK'nın yanı sıra taşınır rehnine ilişkin hükümler barındıran ve 28.10.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu'nu<sup>48</sup> (TİRK) yürürlükten kaldırmıştır. 6750 sayılı Kanun madde 5, TMK madde 954'ün tamamlayıcısı olarak rehne konu olabilecek taşınır varlıkları çok geniş değerlendirmektedir. Örneğin; alacak hakları, kiracılık hakları gibi birçok varlık üzerinde rehin kurulabilmesi imkânı getirilmiştir.

Aşağıda açıklanan farklılıkların uygulanması açısından dikkat edilmesi gereken husus, 6750 sayılı Kanun geçici madde 1 uyarınca, 6750 sayılı Kanun ile gelen düzenlemelerin bu Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.01.2017'den sonra akdedilen rehin sözleşmelerinde uygulama alanı bulacağı, öncesinde akdedilen sözleşmelerde TİRK'in uygulanacağıdır.

Belirtmek gerekir ki rehin sözleşmesinin tarafları açısından yeni Kanun madde 3 ile sınırlama getirilmektedir. Buna göre rehin sözleşmesi; kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında veya tacir veya esnaflar arasında akdedilebilir.

TMK madde 939 uyarınca teslim bağı rehinde, rehne konu taşınır eşyanın zilyetliğinin rehin alana teslim edilmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. TİRK döneminde de, hukukumuzdaki temel rehin tipi teslim bağı taşınır rehniydi. Ancak 6750 sayılı yeni Kanun'da uygulamadaki taleplere paralel olarak, finansman sağlanmasını kolaylaştırmak ve aleniliği sağlamak için yapılan düzenlemeler neticesinde; teslimsiz taşınır rehni mevzuatımıza

<sup>48</sup> R.G., 28.07.1971/13909 ([www.mevzuat.gov.tr/](http://www.mevzuat.gov.tr/) erişim tarihi: 17.11.2020).

<sup>49</sup> AKSOY, s. 56; BAYEZİT, s. 44; METE, s. 1443; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 1025; ŞENSÖZ/ÖZBİLEN/SAVAŞ, s. 234; YURTMAN, s. 1.

girmiş ve rehinde kuralın teslimine bağlı taşınır rehni olmasına istisna getirilmiştir<sup>50</sup>. 6750 sayılı Kanun madde 2/1.k’da tanımlanan taşınırlar için rehin sicili hukukumuzda girmiştir. Bu sayede taraflar arasında akdedilen sözleşmenin sicile tescili yoluyla teslimsiz taşınır rehni kurulmuş olur. Sicile tescil, taşınırlarda da rehin hakkının kurucu unsuru haline gelir. Sicile tescil edilmek suretiyle taşınırlar zilyetlik devredilmeksizin teminat teşkil edebilir. Böylelikle mülga Kanun döneminde, fabrikalarda stok veya hammadde üretim yapmak için gerekli olduğundan taşınır rehnine konu olamazken yeni düzenleme ile rehne konu olmasına imkân tanınmaktadır<sup>51</sup>.

Ayrıca 6750 sayılı Kanun madde 14/1.a ile alacaklıya malın mülkiyetinin devrini talep yetkisi verilmiştir<sup>52</sup>. 6750 sayılı Kanun madde 14/1.a uyarınca alacaklı, borç süresinde ödenmediği takdirde malın mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etme veya genel hükümler dairesinde icra takibi başlatma hakkına sahiptir. TİRK döneminde ise alacaklı borcun vadesinde ödenmemesi hâlinde rehnin paraya çevrilmesi suretiyle alacağına kavuşmaktaydı<sup>53</sup>. Alacağın muacceliyetinden önce, borcun ödenmemesi hâlinde alacaklıya ticari işletmenin veya münferit bir unsurunun mülkiyetini kazanma hakkı veren sözleşme veya kayıtlar lex commissoria yasağı kapsamında hükümsüz olmaktadır<sup>54</sup>.

Yeni Kanun madde 14/1.a kapsamında alacaklıya tanınan hak lex commissoria yasağı bakımından doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir

<sup>50</sup> AKSOY, s. 56; BAYEZİT, s. 400; BENLİ, s. 121; KÖROĞLU ÖLMEZ Belin, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni”, TBB Dergisi, S. 129, 2017, s. 265; YURTMAN, s. 1.

<sup>51</sup> AKSOY, s. 70; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 273; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 746; YURTMAN, s. 120.

<sup>52</sup> ANTALYA Gökhan/ ACAR Faruk, Ticari İşlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017, s. 143; BAYEZİT, s. 392; BENLİ, s. 121; BOZTAŞ, s. 223; GÜMÜŞ M. Alper, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar”, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2018, s. 206; GÜRPINAR, s. 155; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 279; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 748; YURTMAN, s. 54.

<sup>53</sup> AKSOY, s. 78; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 285; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 210.

<sup>54</sup> AKSOY, s. 84; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 278; ŞİT İMAMOĞLU Başak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 33; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211.

görüş<sup>55</sup>, 6750 sayılı Kanun madde 14/1.a ile alacaklıya rehinli malın mülkiyetini talep yetkisi verilmesinin lex commissoria yasağına aykırı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, hem rehin tesis edilmeden önce değerlendirilmesi zorunlu değildir hem de enflasyonun yüksek olduğu bir dönemde değerlendirilmesi durumunda rehin veren zarara uğrayabilir. Bu sebeplerle, alacaklının mülkiyeti devralması ile lex commissoria yasağı ile korunmak istenen menfaatlerin zedelenmiş olacağı belirtilmektedir. Doktrinde diğer görüş<sup>56</sup> Kanun düzenlemesiyle lex commissoria yasağına bir istisna getirildiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre genel kural olan lex commissoria yasağı için özel hükümle istisna getirilmiştir. Ayrıca alaktan fazla tutar iade edileceği için korunması gereken menfaatin de söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Doktrinde bir başka görüş<sup>57</sup> ise Kanun düzenlemesinin ve sözleşmeye konulan kayıtların lex

<sup>55</sup> BİLGİN Hikmet, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İcra-İflas Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 31, 2017, s. 624; POROY Reha/ YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 18. baskı, İstanbul, 2019, s. 80. ŞİT İMAMOĞLU, düzenlemenin Anayasa’nın 13. maddesine aykırı olduğunu ve sözleşmeye bu tür kayıtlar konulduğu takdirde kaydın geçersiz olduğunu belirtmektedir (ŞİT İMAMOĞLU, s. 22, 40) bkz. aynı yönde GÖLE Celal/ AYDOĞAN Gökhan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, BATİDER, C. 33, S. 1, 2017, s. 45. DURAN, yasak açısından genelleme yapılamayacağını ve her somut olayda borçlunun menfaatinin zedelenip zedelenmediğinin irdelenmesi gerektiğini belirtmektedir bkz. DURAN, Arif, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 114.

<sup>56</sup> ANTALYA/ ACAR, s. 144; ATAKAN Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2018, s. 412; AYHAN Rıza/ ÇAĞLAR Hayrettin/ ÖZDAMAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019, s. 194; GÜMÜŞ, s. 205; HAMACIOĞLU Esra/ KARAMANLIOĞLU Argun, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İlişkin Bazı Tespitler”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2016, s. 131; KOÇ, s. 108; OĞUZ Sefer, “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni”, Bankacılar Dergisi, S. 100, 2017, s. 27; YURTMAN, s. 58. KÖROĞLU ÖLMEZ, Kanun ile verilen yetkinin lex commissoria yasağına aykırı olmadığını ancak bu hususun sözleşmede yazılması durumunda yasağa aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir (KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 278).

<sup>57</sup> AKSOY, s. 85; ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 25. baskı, Ankara, 2019, s. 67; BENLİ, s. 121; BOZTAŞ, s. 223; NARBAY Şafak/ YILDIZ M. Enes, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 4, 2018, s. 44;



commissoria yasağına aykırı olmadığını savunmaktadır. Bu görüşe göre, 6750 sayılı Kanun madde 14/1.a ile alacak muaccel olduktan sonra alacaklının mülkiyeti talep edebilmesi, taraflar arasında akdedilen bir sözleşmeden değil Kanun ile verilen yetkinin kullanılmasından dolayı olduğu için bu durum yasak kapsamında değerlendirilmemelidir.

6750 sayılı Kanun madde 14'te açıkça rehinli malın değerinin alacak miktarından fazla olması durumunda alacaklının bu miktarı iade ile yükümlü olduğu belirtilmiş olup, rehinli mala değer tespiti yaptırabilme imkânı da verildiğinden bu düzenlemenin yasağın kapsamı dışında kaldığı kanaatindeyiz. 6750 sayılı Kanun madde 14 düzenlemesi çerçevesinde esasen borç vadesinde ödenmediğinde alacaklıya temerrüt kurumu benzeri seçimlik haklar getirilmiştir diyebiliriz. Açık kanun hükmü ile alacaklıya verilen bu yetkinin herhangi bir Yargıtay kararına da konu olduğu tespit edilememiştir. 6750 sayılı Kanun ile rehlin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması amaçlanmış, buna paralel olarak madde 13'te zikredilen düzenleme ile rehin hakkı kurulmadan önce değer tespiti yaptırabilme imkânı tanınarak rehne konu malın değerinin öncesinde öngörülebilir olması da sağlanmıştır.

Rehin sözleşmesinde yer alacak zorunlu unsurlara ilişkin, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in<sup>58</sup> 9. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde "*temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı*" kaydı yer almaktaydı. Doktrinde, bu kayıt alacak muaccel olmadan sözleşmeye konulduğu için bu kaydın lex commissoria kaydı olduğuna ilişkin bir görüş vardı<sup>59</sup>. Doktrinde diğer görüş<sup>60</sup> ise zorunlu unsurun sözleşmede yer

---

GÜRPINAR, Kanun hükmünün yasağına aykırı olmadığını ve yasağın bir istisnası olmadığını belirtmiştir (GÜRPINAR, s. 145). MAKARACI BAŞAK, rehne konu malın piyasada rayiç bedeli olan bir mal olması durumunda yasağın kapsamında olmadığını, piyasada rayici olmayan taşınurların da değerinin objektif olarak belirlendiği bir sistem kurulduğu ve menfaat dengesi de korunduğu için Kanun hükmünün lex commissoria yasağı kapsamında olmadığını belirtmektedir (MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 755).

<sup>58</sup> R.G., 31.12.2016/29935 (3. Mük.) (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 11.11.2020).

<sup>59</sup> GÖLE/ AYDOĞAN, s. 45; GÜRPINAR, s. 143; KÖROĞLU ÖLMEZ, s. 279; ŞİT İMA-MOĞLU, s. 41.

<sup>60</sup> MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 753.

almaması rehinli alacaklının bu haktan yararlanamayacağı sonucunu da doğurabileceğinden, Yönetmelik düzenlemesinin yerinde bir düzenleme olmadığını belirtmekteydi. Ancak sözleşmede yer alacak zorunlu unsurlara ilişkin bu bent Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik<sup>61</sup> madde 2 ile yerinde bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Zira kanaatimizce bu neviden kayıtlar borç muaccel olmadan önceki dönemde sözleşmeye konulduğundan yasak kapsamında değerlendirilmeliydi.

Bunların yanı sıra Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik madde 41 ile alacaklıya, alacağı üçüncü kişilere de devretme, kiralama ve lisans haklarının üçüncü kişilere de kullandırma yetkileri verilmiştir.

## 2. Taşınmaz Rehni

TMK'da taşınmaz rehninin düzenlendiği dördüncü kitap ikinci bölümde, taşınmaz rehnine ilişkin kısımda genel hükümlerde yer alan paraya çevirme şekli başlıklı madde 873 ile taşınır rehnindeki düzenlemeye paralel bir hüküm getirilmiştir. İlgili maddeye göre "(1) Borç ödenmezse alacaklı, alacağını rehinli taşınmazın satış bedelinden elde etme hakkına sahiptir. (2) Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir. (3) Aynı alacak için birden çok taşınmazın rehnedilmiş olması halinde, rehnin paraya çevrilmesi istemi, taşınmazların tamamı hakkında yapılır. Bununla birlikte, icra dairesi onlardan ancak gerektiği kadarını paraya çevirir." Maddenin gerekçesinde de rehnin ancak icra kanalı ile paraya çevrilebileceği (ipoteği paraya çevrilmesi yolu ile takip) ve borç ifa edilmediği takdirde taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine dair önceden yapılacak sözleşmelerin geçersiz olacağı vurgulanmıştır<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> R.G., 22.05.2018/30428 (www.mevzuat.gov.tr/ erişim tarihi: 12.11.2020).

<sup>62</sup> TMK madde 873 gerekçesi: "...Bu maddeyle rehinli alacaklıya, sadece rehmi icra vasıtasıyla paraya çevirtip alacağını bu satış parasından öncelikle tahsil etme hakkı verildiği, alacak birden fazla taşınmazla güvence altına alınsa bile, alacaklının bunların ayrı ayrı satışını isteyemeyeceği, hepsinin birlikte satışını istemesinin zorunlu olduğu, fakat icra memurunun bunlardan sadece alacak için yeterli ve gerekli olan taşınmazların satışını yapabileceği, alacaklıya bunların ötesinde haklar verilmediği, özellikle borcun ifa edilmemesi halinde rehin konusu

Borç için birden fazla taşınmaz teminat gösterildiğinde ise alacaklı taşınmazların tamamının satışını istemelidir. Alacaklının teminat konusu taşınmazlardan bir veya birkaçını seçme yetkisi yoktur<sup>63</sup>. Hangi taşınmazların alacak için yeterli ve gerekli olduğunu seçim yetkisinin icra memurunda olduğu da madde gerekçesinde belirtilmektedir.

## II. LEX COMMISSORIA YASAĞININ KAPSAMI VE HÜKÜMLERİ

### A. Kapsamı

Lex commissoria yasağının kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle amaç saptanmalıdır<sup>64</sup>. Rehin hakkı, bir değere yönelik olarak rehin alacaklısına alacağını öncelikli elde etme yetkisi vermektedir<sup>65</sup>. Lex commissoria yasağının amacı ise borçlunun zarara uğramasını engellemektir<sup>66</sup>. Zor durumda olan ve paraya ihtiyacı olan borçlunun banka veya bir şahıstan kredi kullanabilmek için sözleşme esnasında borcunu vadesinde ödeyeceği inancıyla, teminata konu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini kabul edebilme ihtimali yüksektir. Rehni borçlu lehine üçüncü bir kişi de verebileceğinden esasen rehin vereni koruma amacı demek daha uygun olacaktır<sup>67</sup>. Bu bağlamda lex commissoria yasağı malını rehnedenden üçüncü kişi ile alacaklı arasındaki sözleşmelerde de geçerlidir. Bununla

---

*taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda önceden yapılacak sözleşmelerin geçersiz olacağı yani temellük yasağı (lex commissoria) belirtilmektedir."*

<sup>63</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 955; ÖZPAK, s. 25.

<sup>64</sup> HELVACI, s. 76; SİRMEN, s. 614.

<sup>65</sup> BENLİ, s. 119; KONURALP Orhan E., "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, 2015, s. 2867; SİRMEN, s. 615; ŞENSÖZ/ ÖZBİLEN/ SAVAŞ, s. 235; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 210.

<sup>66</sup> AKSOY, s. 84; CANSEL, s. 188; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; HELVACI, s. 73; KOÇ, s. 106; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 281; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 747; NOMER, s. 2012; SAYMEN/ ELBİR, s. 690; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; SİRMEN, s. 614; TEKİNAY, s. 104; YURTMAN, s. 62.

<sup>67</sup> DERELİ, s. 97.

birlikte ihkak-ı hak yasağını sağlamak ve borçlunun alacaklının başvurabileceği aşırı yararlanma (gabin) gibi işlemlerden korunması da yasağın amaçlarındandır<sup>68</sup>.

Yasak, özellikle teminatın değeri alacağın değerinden yüksek olduğu durumlarda rehin veren borçluyu aşırı yararlanmaya karşı koruma ve alacaklının alacak miktarını aşan haksız menfaat elde etmesini engelleme amacı güder<sup>69</sup>. Zira uygulamada taşınmaz rehninde genellikle teminatın miktarı alacağın miktarından fazladır.

Lex commissoria yasağının amacından hareketle kapsamı tespit edilmektedir. Yasağın kapsamına, teminat miktarının alacak miktarından fazla olduğu ve alacaklının rehne konu malvarlığına doğrudan malik olmasını öngören anlaşmalar girmektedir<sup>70</sup>.

Taraflar arasındaki rehne konu borç muaccel olduktan sonra akdedilen lex commissoria anlaşmaları geçerlidir<sup>71</sup>. Doktrinde bir görüşe<sup>72</sup> göre, alacaklı bu safhada kendi menfaatine göre malın paraya çevrilmesini veya mülkiyetin kendisine devredilmesini tercih edebilecek konumdadır. Bu görüş, bu aşamada rehne konu malın değerinin güncel ve belirli olduğunu bu sebeple borçlunun malın değerini tahlil edip karar verebilecek konumda olduğunu belirtmektedir.

Rehin alacaklısı ve borçlu aralarında anlaşarak borcun muacceliyetinden önce veya sonra rehin konusu malın mülkiyetinin bedeli mukabilinde rehin alacaklısına geçmesini kararlaştırabilirler. Bu tip sözleşmeler de lex commissoria yasağı kapsamı dışındadır. Ancak iki durumda da dikkat edilmesi gereken husus teminata konu malın değeridir. Rehinli malın değerine göre ifa yerine edim olmadıkça<sup>73</sup> diğer anlatımla, alacaklı

<sup>68</sup> BOZTAŞ, s. 216; DERELİ, s. 45; HELVACI, s. 72; GÜNEL, s. 61; KUNTALP, s. 154; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 747; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211.

<sup>69</sup> HELVACI, s. 75; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; YURTMAN, s. 62.

<sup>70</sup> SİRMEN, s. 615; ayrıca detaylı bilgi için bkz. II, B.

<sup>71</sup> GÜNEL, s. 25; HELVACI, s. 102; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 462; MAKARACI BAŞAK, s. 280.

<sup>72</sup> SİRMEN, s. 663.

<sup>73</sup> İfa yerine edim; edime uygun ifanın istisnası niteliğindedir. Örneğin borçlu alacaklıya ifa olarak bir araç verdiğinde alacaklı fazlası veya azını isteyemez; borç sona erer.

malın değerinden fazlasını edinmedikçe veya fazla meblağı iade ettiği müddetçe yasak söz konusu olmayacaktır<sup>74</sup>.

Rehin alan ve rehin veren arasında akdedilen sözleşmede rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıya devrinin, borcun hiç veya vadesinde ifa edilmemesi koşuluna bağlanmadığı hallerde lex commissoria yasağı'nın uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş<sup>75</sup> alacaklının rehne konu malın mülkiyetine sahip olmasının borcun hiç veya vadesinde ödenmemesi koşuluna bağlanmadığı durumda lex commissoria yasağı'nın söz konusu olmayacağını savunmaktadır. Diğer ifade ile, rehinli malın mülkiyetinin rehin alacaklısına devri borcun ifa edilmemesi koşuluna bağlandığı takdirde lex commissoria yasağı'nın uygulanacağı belirtilmektedir.

Diğer görüş<sup>76</sup> ise taşınır ve taşınmaz rehni bakımından ayırım yapılması gerektiğinden bahisle, taşınmaz rehninde borcun vadesinden bağımsız bir şekilde rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devrini öngören anlaşmaların yasağı'nın kapsamına dahil edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Taşınır rehni ile ilgili olarak ise tarafların amacına ve sözleşmenin lafzına bakıldığında rehinli mala alacaklının malik olması borcun ifa edilmemesi koşuluna bağlanmadığı takdirde, kural olarak yasak kapsamına dahil edilmemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>77</sup>.

Doktrindeki görüşler ve uygulama değerlendirildiğinde, taşınmazlar kamu düzenine<sup>78</sup> ilişkin olduğundan yasağı'nın sert ve sıkı uygulanmakta olduğu, taşınırlarda ise borçlu malik sömürülmedikçe taraflar arasındaki işlemlerin geçerli kabul edilerek geniş yorumlandığı görülmüştür. Kanaatimizce, lex commissoria yasağı'nın varlığı ve sonucunun belirlenmesi için her somut olay ayrı ayrı irdelenmelidir.

<sup>74</sup> bkz. III, B.

<sup>75</sup> KUNTALP, s. 156; SİRMEN, s. 615.

<sup>76</sup> HELVACI, s. 85.

<sup>77</sup> HELVACI, s. 86.

<sup>78</sup> Anayasa m. 35 uyarınca kamu yararı gereği mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamalar ancak Kanunla yapılabilmektedir. Bu sebeple taşınmazlar kamu düzenine ilişkindir. bkz. ARKAN, s. 67; NARBAY/ YILDIZ, s. 44.

Borç miktarı ile rehinli malın değeri arasındaki farkın iade edildiği, alacaklının belirli bir bedel ödeyerek rehinli mala malik olduğu veya rehinli alacaklıya rehne konu malın mülkiyetini talep yetkisi verildiği durumlar ise hukuki niteliğine göre sonuçları değişeceğinden kapsama girip girmediği tartışmalıdır<sup>79</sup>.

Doktrinde bir görüş<sup>80</sup>, Kanun'da *lex commissoria* yasağı düzenlenirken rehinli malın devrinde bu mal için bir bedel ödenmesi ile ilgili bir ayırım yapılmadığı için bedel karşılığı rehinli malın mülkiyetinin devrini öngören anlaşmaların da yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Katıldığımız, doktrinde diğer görüş<sup>81</sup> ise rehinli malın rehin alacaklısına bir bedel karşılığı devrini öngören anlaşmalarda, rehinli malın bedeli borç miktarından fazla olduğu takdirde bu miktarın borçluya iade edileceği durumlarda yasak kapsamında değerlendirilmeyeceği yönündedir. Doktrinde bir başka görüş<sup>82</sup> sözleşmede mülkiyetin belirli bir bedel karşılığında rehinli alacaklıya devredileceği öngörülen rehin konusu malın cari bir değeri veya borsaya kote edilmiş olması ve artan tutarın borçluya iade edileceği durumlarda yasak kapsamında olmayacağını belirtmektedir. Özetle ifa yerine edim sonucu doğuran sözleşmeler kesin olarak *lex commissoria* yasağı kapsamında olup, ifa uğruna<sup>83</sup> edim sonucu doğuran sözleşmeler ise doktrin ve uygulamada tartışmalıdır<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> GÜNEL, s. 30; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 751; SİRMEN, s. 615.

<sup>80</sup> CANSEL, s. 190, 194; GÜNEL, s. 31; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110; HELVACI, s. 101; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954, 1031; VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 517.

<sup>81</sup> KUNTALP, s. 154; SİRMEN, s. 615.

<sup>82</sup> MAKARACI BAŞAK, s. 279.

<sup>83</sup> İfa uğruna edim; borç ödendiği oranda borçlu borcundan kurtulur. Eğer borçlunun alacaklıya verdiği malın değeri borç miktarından fazla ise aşan kısım borçluya iade edilir. Bu düzenleme alacaklının daha lehinedir.

<sup>84</sup> bkz. HELVACI, s. 101; KUNTALP, s. 155; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 751; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; SİRMEN, s. 618.

## B. Hükümleri

Borç vadesi geldiği halde ödenmediği takdirde kural; rehin konusu malın İİK madde 145 vd. hükümleri uyarınca paraya çevrilerek alacaklının alacağına kavuşmasının sağlanmasıdır<sup>85</sup>. Rehine değere yönelik bir hak olduğundan alacaklıya alacağını rehne konu malın değerinden ve öncelikle elde etme hakkı verir<sup>86</sup>.

Paraya çevirme aşamasında alacaklı rehne konu malı kendisi dahi satın alabilir<sup>87</sup>. Doktrin ve uygulamada borç muaccel olmadan önce de borçlunun zarara uğratılmaması koşuluna aykırı olmamak kaydıyla, taraflar arasında rehinli alacaklının rehne konu malı satması hususunda anlaşmalarında sakınca olmadığı kabul edilmektedir<sup>88</sup>. Kanaatimizce, alacaklıya verilen bu hakkın geçerli kabul edilmesinin sebebi lex commissoria yasağının amacıdır. Rehine konu malın mülkiyetinin doğrudan alacaklıya devri yerine, rehin konusu malın değerinin ödenmesine karşılık mülkiyetin devri ile her iki tarafında menfaati gözetilmiş olacaktır. Alacaklının rehne konu malı satma yetkisinde sınır borçlunun menfaatidir<sup>89</sup>.

Şöyle ki, rehin alacaklısı taraflar arasındaki sözleşmeye göre, sözleşme yoksa TMK madde 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı temel ilkesi çerçevesinde borçlunun haklı menfaatlerini gözeterek rehinli malı satması sonucu eline geçen meblağ alacak miktarından fazla ise artan tutarı rehin borçlusuna iade etmelidir<sup>90</sup>. Rehine alacaklı, borçlunun menfaatlerini gözetmediği takdirde sorumlu olacaktır. Bu görüş doktrinde taşınır rehni bakımından genel kabul görse de taşınmaz rehninde alacaklıya bu yetkinin verilmesine doktrinde şüphe ile yaklaşılmaktadır<sup>91</sup>.

<sup>85</sup> KONURALP, s. 2855; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; SİRMEN, s. 663.

<sup>86</sup> KONURALP, s. 2856; SİRMEN, s. 615.

<sup>87</sup> SİRMEN, s. 664.

<sup>88</sup> GÜNEL, s. 24; SİRMEN, s. 663; ayrıca bkz. II, A.

<sup>89</sup> GÜNEL, s. 26.

<sup>90</sup> SİRMEN, s. 664.

<sup>91</sup> SİRMEN, s. 616.

Borç muaccel olduktan sonra rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıya devrine ilişkin sözleşmeler rehin borçlusu bakımından ihtiyari bir haktır ve *lex commissoria* yasağı kapsamı dışında yer almaktadır<sup>92</sup>.

### III. YASAĞA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Emredici nitelikteki TMK madde 873 ve 949 uyarınca *lex commissoria* yasağına aykırı sözleşme hükümleri veya bağımsız *lex commissoria* sözleşmeleri kesin hükümsüzdür<sup>93</sup>.

*Lex Commissoria*, ayrı bir sözleşme olarak akdedildiği takdirde Kanunun emredici hükmü gereği kesin hükümsüzdür<sup>94</sup>. Rehin sözleşmesi içinde bir şart olması durumunda da taşınır ve taşınmaz rehni hükümleri uyarınca şart geçersizdir<sup>95</sup>. Diğer ifade ile kısmi hükümsüzlük söz konusudur. Ancak rehin sözleşmesinin akıbeti ile ilgili, yasağı aykırılığın sonucu bakımından doktrinde zorunlu kısmi hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük olmak üzere iki görüş mevcuttur<sup>96</sup>.

#### A. Zorunlu Kısmi Hükümsüzlük

Zorunlu kısmi hükümsüzlük terimi doktrinde bir yazar<sup>97</sup> tarafından kullanılmaktadır. Bu görüş, borçluyu koruma amacına vurgu yaparak, rehin sözleşmesinin geçersiz olma ihtimalinde borçlunun durumunun daha da ağırlaşacağı sonucuna varmaktadır<sup>98</sup>. Buna göre; emredici hükmün amacı veya dürüstlük kuralı sözleşmenin geri kalanının ayakta tutulmasını gerektirmekte olup, taraf iradelerinin araştırılmasına gerek olmadan sözleşmenin kısmi hükümsüz olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir<sup>99</sup>.

<sup>92</sup> GÜNEL, s. 25; HELVACI, s. 102; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 462; MAKARACI BAŞAK, s. 280; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 754; TOPÇUOĞLU/ ÇON, s. 211.

<sup>93</sup> HELVACI, s. 96; MAKARACI BAŞAK, Değerlendirme, s. 753.

<sup>94</sup> HELVACI, s. 103.

<sup>95</sup> MAKARACI BAŞAK, s. 281.

<sup>96</sup> GÜNEL, s. 66; MAKARACI BAŞAK, s. 281; HELVACI, s. 105.

<sup>97</sup> Haluk Tandoğan zorunlu kısmi hükümsüzlük terimi için bkz. TANDOĞAN Haluk, *La Nullité, L'Annulation Et La Résiliation Partielles Des Contracts*, Lausanne, 1952, s. 86 vd. (HELVACI, s. 104 naklen).

<sup>98</sup> BOZTAŞ, s. 226; MAKARACI BAŞAK, s. 281.

<sup>99</sup> HELVACI, s. 105; DERELİ, s. 96; OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 134.



Aksi görüşün rehin konusu malı düşük bedelle edinmeyi amaçlayan alacaklının ödüllendirilmesi anlamına geleceği belirtilmektedir<sup>100</sup>. Ayrıca tarafların iradelerine bakılsa ve rehin sözleşmesinin geçersizliği sonucuna varılsa dahi, rehin ilişkisinde temel borç rehinin değil, rehin temel borç ilişkisinin ferisi olduğu için temel borcun geçerliliğini koruyacağı ilave edilmektedir. Kanaatimizce bu yorum yasağın ruhuna ve borçluyu koruma amacına uygun düşmektedir. Ancak aşağıda açıkladığımız üzere zorunlu kısmi hükümsüzlük terimi ve varılan sonuç doktrinde eleştirilmektedir.

### **B. Kısmi Hükümsüzlük**

Bilindiği üzere, bir sözleşmenin kısmi hükümsüz olması için sözleşmeler ile ilgili genel kanun olan TBK madde 27/2'deki iki unsur da gerçekleşmelidir<sup>101</sup>. Sakatlığın sözleşmenin belli bir kısmına ilişkin olması objektif unsurdur. İkinci unsur ise tarafların o kısım olmasa dahi sözleşmeyi akdetme iradelerinin varlığının kabulü anlamındaki sübjektif unsurdur.

Bir rehin sözleşmesinde lex commissoria hükmü bulunması ile objektif koşul gerçekleşmiş olur. Sözleşmenin geri kalanının geçerli olduğu sonucuna ulaşmak için lex commissoria hükmü olmasa dahi tarafların rehin sözleşmesini akdedeceği anlamındaki sübjektif unsurun varlığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinindeki hâkim görüş<sup>102</sup> taraf iradelerinin araştırılması ile sonuca varılması yönündedir. Buna göre lex commissoria anlaşması olmasa dahi tarafların sözleşmeyi akdedeceği sonucuna varıldığında taşınmaz ve taşınır rehni ile ilgili TMK'da yer alan açık düzenlemeler gereği lex commissoria kaydı içeren hüküm geçersiz olacaktır. Sözleşmenin geri kalanı ise TBK madde 27/2 ile ayakta tutulacaktır. Zorunlu

<sup>100</sup> HELVACI, s. 105.

<sup>101</sup> bkz. MAKARACI BAŞAK, s. 282.

<sup>102</sup> BOZTAŞ, s. 226; CANSEL, s. 193; DERELİ, s. 98; GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1110, 1111; HELVACI, s. 107; YURTMAN, s. 66.

kısmi hükümsüzlük görüşü ise doktrinde azınlıktadır<sup>103</sup>. Ayrıca doktrinde bir görüş<sup>104</sup>, taşınmaz ve taşınır rehni ile ilgili TMK'da yer alan düzenlemelerin teminat amacıyla yapılan diğer sözleşmelere de kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmektedir.

Tarafların iradelerinin yorumundan *lex commissoria* hükmü olmasa rehin sözleşmesini akdetmeyecekleri sonucu çıktığında rehin sözleşmesi de geçersiz sayılacağından, bu ihtimal söz konusu olduğunda problem ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>. Uygulamada ise genellikle temel borç ilişkisi, rehin sözleşmesi ve *lex commissoria* aynı anda yapılmaktadır.

Doktrinde yasağın amacından hareketle bu konuda iki yorum yapılmaktadır. Birinci yorumda<sup>106</sup>, *lex commissoria*'nın her zaman değil sadece teminat konusunun değerinin borç miktarını aştığı durumlarda borçlunun zararına sonuç doğurabileceği belirtilmektedir. Buna göre borç muaccel olmadan önce veya muaccel olduktan sonra taraflar arasında akdedilen, borç ödenmediği takdirde alacaklının teminat konusuna malik olacağı ancak borç miktarını aşan bedelin borçluya iade edileceğini öngören sözleşmeler geçerli olacaktır<sup>107</sup>. Böylelikle borç sona erdirilmiş olacak, borçlu zarara uğramamış olacak ve alacaklı da alacağına kavuşmuş olacaktır. Kanaatimizce rehinli alacaklı alacağından fazla bir değerden yararlanmadığı için *lex commissoria* yasağının uygulanmasına gerek yoktur. İkinci yorumda<sup>108</sup> ise *lex commissoria* yasağının amacının rehin hukukunun ruhuna aykırı bir sonuç ortaya çıkararak yeni bir rehin türü oluşmasını engellemek olduğundan bahisle, teminatın değeri alacak tutarından fazla olmasa dahi, borç muaccel olmadan önce yapılan *lex commissoria* anlaşmalarının her durumda geçersiz sayılması gerektiği yönündedir. Somut olayda taraf iradelerinin yorumundan *lex commissoria* hükmü olmasa rehin sözleşmesini akdetmeyeceği sonucu çıkarılarak rehin sözleşmesi geçersiz sayıldığı takdirde teminat konusu malın mülkiyetinin kimde olduğuna göre farklı sonuçlar ortaya çıkacaktır. Taşınmaz

---

<sup>103</sup> bkz. III, A.

<sup>104</sup> BOZTAŞ, s. 226; SİRMEN, s. 614.

<sup>105</sup> MAKARACI BAŞAK, s. 282.

<sup>106</sup> DERELİ, s. 99.

<sup>107</sup> bkz. II, A.

<sup>108</sup> GÜNEL, s. 65; DERELİ, s. 100.

ve teslimsiz taşınır rehninde teminata konu malın mülkiyeti borçluda veya teminatı sağlayan üçüncü kişide olduğundan teminata konu malın iadesi söz konusu olmayacak; alacaklı ödünç verdiği parayı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde borçludan talep edebilecektir.

Taşınırlarda teslimine bağlı rehinde zilyetlik alacaklıda olacağından borçlu, istihkak davası açabilir veya sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında malın iadesini talep edebilir<sup>109</sup>. Borçlu veya rehni veren üçüncü kişi malik oldukları için istihkak davasından, rehin bir sınırlı aynı hak olduğu için aynı hakkı koruyan davalardan yararlanır. Bunun yanında somut olaydaki konumlarına göre taraflar zilyetliği koruyan davalardan da yararlanabilirler.

### C. Yasak Kapsamında Değerlendirilebilecek Özel Nitelikte İşlemler

#### 1. Özel Yoldan Paraya Çevirme Anlaşmaları

Açıklandığı üzere, rehin hakkı alacaklıya ancak rehin konusu değeri, icra hukuku ile çerçevesi çizilen usullere uygun olarak paraya çevirme imkânı tanımaktadır. İcra prosedürünün uzun sürmesi, icra süreçlerinin şikâyet ve iptal davası yollarıyla normalden daha uzun sürelere yayılması, bu prosedürlerin masraflarının fazla olması, buna rağmen İİK'ya göre satışlardan elde edilen meblağların normal satışlara göre düşük olması gibi zamansal ve ekonomik sebeplerle rehne konu malvarlığını icra dışında, kişisel imkanlarla sağlanan özel yollardan paraya çevirmek çoğu zaman taraflar açısından daha avantajlı olabilmektedir<sup>110</sup>. Taraflar sözleşmede özel yoldan satış veya özel yoldan paraya çevirmenin açık arttırma veya özel satış şeklinde yapılmasını kararlaştırabilirler<sup>111</sup>. Bu durumda rehne konu mal açık arttırma benzeri şekilde veya özel satışla satılır ve alacak miktarından fazlaya satılması, yani artık değer kalması halinde borçluya iade edilir<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> AKSOY, s. 56; METE, s. 1455; SİRMEN, s. 618; taşınır rehininin sebebe bağlı olması veya sebepten soyut olmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. BAYEZİT, s. 106 vd.

<sup>110</sup> BAYEZİT, s. 427; GÜNEL, s. 40; GÜRDOĞAN Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1967, s. 19; KONURALP, s. 2859; MAKARACI BAŞAK, s. 289.

<sup>111</sup> BAYEZİT, s. 429; DERELİ, s. 90; HELVACI, s. 126; KONURALP, s. 2855.

<sup>112</sup> BAYEZİT, s. 430; GÜNEL, s. 44; KONURALP, s. 2868.

Uygulamada bankalar taşınır veya taşınmaz rehnine ilişkin sözleşmelere özel yoldan satışa imkân tanıyan hükümler koymaktadırlar<sup>113</sup>. Ancak bu şekilde yapılan anlaşmaların geçerliliği doktrinde, özellikle hükmü koyanın banka olması ihtimali veya taşınmaz rehnine ilişkin olması durumları bakımından tartışmalıdır<sup>114</sup>. Bu tartışmanın temelinde yatan sorun, rehlin paraya çevrilmesi konusunda İİK hükümlerine başvurmanın emredici nitelikte kabul edilip edilmediğidir<sup>115</sup>. Zira mevzuatımızda özel yoldan paraya çevirme sözleşmelerini açıkça yasaklayan veya buna izin veren bir hüküm bulunmamaktadır.

Bir görüş<sup>116</sup>, paraya çevirme yetkisini sadece resmi makamların haiz olduğundan bahisle, rehlin paraya çevrilmesinde İİK uygulanması zorunlu olduğunu kabul ederek bu tip kayıtların kesin hükümsüz olduğunu savunmaktadır. Özellikle taşınmazlar bakımından İcra İflas Hukukçuları ve Yargıtay'ın yaklaşımı katıdır; bu neviden sözleşmelerin geçersiz olduğu yönündedir.

Doktrinde baskın görüş<sup>117</sup> ise hukukumuza hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde tarafların anlaşarak başka bir paraya çevirme yolu benimseyebileceklerini; İİK hükümleri çerçevesinde takip yapmanın zorunlu olmadığını savunmaktadır. Bu görüşün dayanaklarından biri de TMK madde 873'de satışın hangi yöntemlerle yapılacağına ilişkin kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmamasıdır.

Taşınırlar bakımından özel yoldan satış anlaşmaları doktrin ve uygulamada geçerli kabul edilmektedir<sup>118</sup>. Dayanak olarak bunu yasaklayan bir hüküm olmamasının yanı sıra İİK madde 309/g'deki düzenlemenin

<sup>113</sup> DERELİ, s. 90; GÜNEL, s. 40; HELVACI, s. 125; KONURALP, s. 2875; MAKARACI BAŞAK, s. 287; TUNÇ YÜCEL, s. 88.

<sup>114</sup> BENLİ, s. 130; DERELİ, s. 90; GÜNEL, s. 43; HELVACI, s. 125; KONURALP, s. 2873; MAKARACI BAŞAK, s. 287.

<sup>115</sup> KONURALP, s. 2857.

<sup>116</sup> GÜNEL, s. 45; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 889; ŞENER Yavuz Selim, Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 171.

<sup>117</sup> BAYEZİT, s. 432; BENLİ, s. 131; DERELİ, s. 90; DEYNEKLİ Adnan, İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Turhan Yayınları, Ankara, 2013, s. 78; GÜRDOĞAN, s. 18; HELVACI, s. 259; KONURALP, s. 2858; MAKARACI BAŞAK, s. 290; TUNÇ YÜCEL, s. 88.

<sup>118</sup> GÜNEL, s. 51; GÜRDOĞAN, s. 19; KONURALP, s. 2865; MAKARACI BAŞAK, s. 296.

kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir. İİK madde 309/g ile taşınır rehininde alacaklıya özel yoldan satış yetkisi verildiğinde bu yetkinin geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır.

Her ne kadar İİK 309/g konkordato hükümleri arasında düzenlenmiş olsa da konkordato söz konusu olmayan hallerde borçlunun ekonomik durumunun çok daha iyi olacağı varsayımı ile kıyasen uygulanması gerekmektedir. Ancak doktrinde taşınmazlar bakımından lex commissoria yasağının devreye girebileceği tartışılmış<sup>119</sup> ve çözüm olarak rehinli alacaklıya tanınan satış yetkisinde bedelin önceden belirlenmiş olması ile yasağın söz konusu olmayacağı belirtilmiş, devamlı özel yoldan satışta icra prosedürü masraflarına kıyasla çok daha az masrafla satış gerçekleştirileceğinden hem alacaklı hem borçlu lehine bir yöntem olduğu vurgulanmıştır<sup>120</sup>.

Önceden alacaklıya bu tip yetkiler veren anlaşmalara tamamen katı bakılmasına rağmen doktrindeki görüşler de değişen dünyaya uyum sağlamış ve buna paralel olarak değişmiştir. Ancak kanaatimizce kanunen önce rehne başvurma zorunluluğu ilkesine tamamlayıcı olarak rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılması esas olduğundan alacaklıya böyle bir yetki tanınacaksa kanunda bu yönde değişiklik yapılmalıdır.

Rehne konu borç ödenmediği takdirde rehinli mal İİK çerçevesinde paraya çevrilir. Rehlinli alacaklı bu aşamada ihaleye girip taşınmazı satın alabilir<sup>121</sup>. Malik borçlu sömürülmemiş ve aşırı yararlanmaya maruz kalmamış olduğundan buna hukuki bir engel yoktur. Ancak malın icra organları vasıtasıyla paraya çevrilmesinde oluşabilecek olumsuzluk; malın

<sup>119</sup> Doktrinde bir görüş katı bir şekilde bu hükümlerin geçersiz olduğunu savunurken, diğer görüş taşınır rehininin paraya çevrilmesinde de İİK'da benzer usulün kullanıldığından bahisle, daha yumuşak bir yorumla, düzgün bir gayrimenkul değerlemesi yapıp, borcu aşan meblağ borçluya iade edildiği takdirde alacaklıya özel yoldan satış yetkisi verilmesinin geçerli kabul edilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe kısmen katılan üçüncü görüş ise taşınmaz satışının özel şekle bağlı olarak yapıldığına vurgu yaparak, alacaklıya verilecek yetkinin resmi şekilde düzenlenen bir sözleşme ile olması gerektiğini belirtmektedir. Bu konuda görüşler için bkz. GÜRDOĞAN, s. 18 vd.

<sup>120</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. GÜNEL, s. 45.

<sup>121</sup> GÜNEL, s. 45.

gerçek değerinin altında satılması durumudur<sup>122</sup>. Bu ihtimalden hareketle, borçlu tarafından alacaklıya özel yoldan satış yetkisi verildiği halde hem icra kanalıyla satışta yapılan masraflar olmadan, rehin konusu şeyin gerçek değeri üzerinden satışı gerçekleşmekte; bu şekilde hem alacaklının tatmini sağlanırken hem de borçlunun ya da üçüncü kişinin malvarlığında yer alan rehin konusu şeyin, icra yoluyla satıştaki gibi değerinden düşük bedele satılması engellenmiş olmaktadır.

Özel yoldan satışta, rehinli mala malik olacak kişi her zaman alacaklı değil bir üçüncü kişi de olabileceğinden ve satış miktarından artan borçluya edileceğinden, iade edilmese dahi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadesi gerekeceğinden lex commissoria yasağı kapsamı dışında kabul edilmektedir<sup>123</sup>. Fakat burada dikkat edilmesi gereken husus, rehne konu mal üzerinde başkaca haciz veya rehinler olduğu takdirde rehin konusu malın özel yoldan paraya çevrilebilmesi için diğer alacaklılarında rızası alınması gerektiğidir<sup>124</sup>.

## 2. Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler

Mülkiyet hakkının inanca devri sözleşmesi, inanan borçluya bir malın mülkiyetini devretme, inanılan alacaklıya ise mülkiyeti garanti kapsamında kullanma ve borç ödendiğinde mülkiyeti iade etme borcunun yüklendiği, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir<sup>125</sup>. Teminat amaçlı inanca işlemle alacağı teminat altına almak için rehin tesis etmek yerine malın mülkiyeti devredilir<sup>126</sup>.

Mülkiyetin teminat amaçlı geçici olarak devredilmesine hukuken bir engel bulunmamaktadır<sup>127</sup>. Aynı haklar numerus clausus olmasına rağmen, bu işlemde taraflar yeni bir aynı hak yaratmadan, mülkiyet hakkını Kanunun öngörmediği şekilde kullanmak suretiyle sui generis bir

<sup>122</sup> KONURALP, s. 2861.

<sup>123</sup> CANSEL, s. 238; KONURALP, s. 2872.

<sup>124</sup> GÜRDOĞAN, s. 19; MAKARACI BAŞAK, s. 299; KONURALP, s. 2868.

<sup>125</sup> BOZTAŞ, s. 227; OKTAY ÖZDEMİR Saibe, "Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 662; PARLAK BÖRÜ, s. 255.

<sup>126</sup> AYANOĞLU MORALI, s. 5; BOZTAŞ, s. 228; PARLAK BÖRÜ, s. 256.

<sup>127</sup> AYANOĞLU MORALI, s. 5; PARLAK BÖRÜ, s. 238.

sözleşme yapmış olurlar<sup>128</sup>. Doktrinde de inançlı mülkiyet devrinin tapuda satış sözleşmesi gibi gösterilmesi yerine mülkiyetin devrinin hukuki sebebinin doğrudan inançlı işlem olabileceği kabul görmektedir<sup>129</sup>.

Taşınurların teminat amacıyla devrinde, borç vadesinde ödenmediği takdirde teminata konu mal icra yoluna başvurulmadan mal paraya çevrilebilir<sup>130</sup>. Elde edilen paraya çevirme tutarı ile borç miktarı arasında bir fark olursa inanana iade edilmelidir<sup>131</sup>. Ayrıca alacaklı teminat miktarı ile borç miktarı arasındaki farkı borçluya iade etmek kaydıyla rehne konu malı mülkiyetinde de tutabilir<sup>132</sup>.

Tarafların bir borç için rehin veya ipotek tesis etmek yerine teminat amaçlı temlikleri kullanmasının lex commissoria yasağına aykırılık teşkil edip etmediği hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>133</sup>. Doktrinde baskın görüş<sup>134</sup>, mülkiyetin teminat amaçlı devrinde borç ödenince mülkiyet iade edildiğinden, borç ödenmezse de rayiç bedelden artan kısım borçluya iade edildiğinden lex commissoria yasağına aykırılık olmadığı yönündedir. Bu noktada taraflar arasında akdedilen sözleşmede kararlaştırılan edimden farklı olarak sonradan edimin ifa yerine edim veya ifa uğruna edim olarak değişmesi bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir<sup>135</sup>.

İnanılan sözleşmeye konu malın paraya çevrilmesinden veya objektif piyasa değerinden artanı inanana iade ettiği durumda yani ifa uğruna

<sup>128</sup> Detaylı açıklamalar için bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 105, 106, 235; PARLAK BÖRÜ, s. 258.

<sup>129</sup> AYANOĞLU MORALI, s. 206; OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY ÖZDEMİR, s. 383; PARLAK BÖRÜ, s. 258.

<sup>130</sup> MAKARACI BAŞAK, s. 285.

<sup>131</sup> HELVACI, s. 108; KUNTALP, s. 160; OKTAY ÖZDEMİR, s. 673.

<sup>132</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 673.

<sup>133</sup> BOZTAŞ, s. 228; HELVACI, s. 120; MAKARACI BAŞAK, s. 286; PARLAK BÖRÜ, s. 263.

<sup>134</sup> AYANOĞLU MORALI, s. 225; BAYEZİT, s. 85; BOZTAŞ, s. 232; GÜNEL, s. 83; KÖP-RÜLÜ/ KANETİ, s. 462; KUNTALP, s. 159; NOMER, s. 40; OKTAY ÖZDEMİR, s. 670.

<sup>135</sup> Bu konu hakkında bkz. II, A.

edim söz konusu olduğunda, işlem lex commissoria yasağı kapsamı dışında kalacaktır<sup>136</sup>. Ancak teminat amaçlı inançlı işlemlerde inanç anlaşması uyarınca mülkiyeti devredilen malın borç ödenmediğinde alacaklıda kalacağına dair sözleşmeler (ifa yerine edim) söz konusu olduğunda doktrinde bir görüş, sözleşmeye konu malvarlığı değerinin borç miktarını aşan kısmı lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sebeple kesin hükümsüz olacağını savunmaktadır<sup>137</sup>.

İnançlı mülkiyet devirlerinin lex commissoria yasağına aykırılık olduğunu savunan doktrindeki azınlık görüşü<sup>138</sup> ise; rehinde zilyetliğin alacaklıda, teminat amaçlı temlikte ise mülkiyetin en baştan alacaklıda olması bakımından fark olsa da borçlu her iki durumda da aynı psikoloji ile hareket edeceğinden korunması gerektiğini belirtmektedir. Aksine görüşün kabulünün kanuna karşı hile<sup>139</sup> ile yasağın bertaraf edilmesi olacağı ilave edilmektedir.

Yüksek Mahkeme'nin yaklaşımı ise inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescile ilişkin uyuşmazlıktaki içtihadı<sup>140</sup> gibi inançlı işlemler bakımından lex commissoria yasağının uygulanmayacağı yönündedir. Yargıtay'ın inançlı işleme dayalı tapu iptal ve tescil uyuşmazlığı ile ilgili yeni tarihli kararlarında<sup>141</sup> da görüldüğü üzere, inançlı işlemler bakımından

<sup>136</sup> MAKARACI BAŞAK, s. 286.

<sup>137</sup> HELVACI, s. 109; MAKARACI BAŞAK, s. 286.

<sup>138</sup> bkz. KARADENİZ Özcan, "Kreditsicherung Durch Mobilien In Der Türkischen Rechtspraxis", AÜHFD, C. 19, S.1-4, 1962, s. 405 vd. (GÜNEL, s. 54 naklen); HELVACI, s. 122.

<sup>139</sup> bkz. III, C, 4.

<sup>140</sup> YHGK, 01.02.2012 T., 2011/14-688 E., 2012/34 K.: "...İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan BİR SÖZLEŞMEDİR...Bu işlemle borçlu, alacaklısına malını rehin edecek, yani yalnızca sııırlı aynı bir hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır...Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanılana (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inanarak satanın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan TMK'nın 873. maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı DA KUŞKUSUZDUR..." (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 18.05.2020).

<sup>141</sup> Yarg 1. HD, 27.05.2015 T., 2014/8023 E., 2015/7769 K. (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 15.06.2020).



lex commissoria yasağının söz konusu olmadığı uygulaması devam etmektedir. Kanaatimizce borç muaccel olmadan önceki safhada, ifa yerine edim olmamak kaydıyla, taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin teminat amaçlı inancılı devrinde borç miktarını aşan kısım borçluya iade edildiği takdirde lex commissoria yasağı söz konusu olmayacaktır. Taraflar arasında aşan kısmın iadesi kararlaştırılmamışsa dahi aşan kısım lex commissoria kapsamında geçersiz olacak ve sebepsiz zenginleşme hükümleri ile alacaklıdan talep edilebilecektir<sup>142</sup>.

### 3. Taşınmaz Satış Vaadi

Taraflar bir borç için rehin veya ipotek tesis etmek yerine borçlunun ihtiyaç duyduğu krediyi sağlaması karşılığı teminat amaçlı taşınır veya taşınmaz malı satmayı vaat ettiği iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler akdedebilirler<sup>143</sup>. Uygulamada borç alınan para satış bedeli olup ödenince satış vaadinden tek taraflı dönme yetkisi verilmektedir. Bu tip teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin lex commissoria yasağı kapsamında kalıp kalmadığı özellikle de taşınmazlar bakımından doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde birinci görüş, sözleşmede satış bedeli olarak borç miktarının yazıldığı durumlarda lex commissoria yasağının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. İlave olarak, satış vaadi sözleşmesinde belirlenen bedel teminat konusu malın gerçek bedeli olduğu durumda borçlu zarara uğramayacağından lex commissoria yasağının uygulanmayacağı ve kanuna karşı hile durumu da söz konusu olmadığı yönündedir<sup>144</sup>.

Yüksek Mahkeme içtihadı<sup>145</sup> satış vaadi sözleşmelerinin teminat amacıyla kullanılamayacağı ve muvazaa sebebiyle geçersiz olduğu yönündedir. Doktrinde ikinci görüş ise, satış vaadi sözleşmelerinde Yargıtay'ın incelediği muvazaanın varlığının yanı sıra, sözleşmenin tarafların

<sup>142</sup> KUNTALP, s. 160; SİRMEN, s. 616.

<sup>143</sup> BOZTAŞ, s. 232; GÜNEL, s. 88.

<sup>144</sup> BOZTAŞ, s. 233; DERELİ, s. 89; KUNTALP, s. 158.

<sup>145</sup> YHGK, 10.11.2004 T., 2004/14-464 E., 2004/588 K. ([www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr) / erişim tarihi: 19.06.2020).

gerçek iradelerini yansıttığından bahisle kanuna karşı hilenin de değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>146</sup>. Bu yönde olan bir görüş<sup>147</sup>, satış vaadi yapıldığı durumlarda özellikle taşınmazın gerçek bedeli sözleşmede daha düşük gösterilmiş olup taşınmazın değeri borç miktarından fazla ise kanuna karşı hile söz konusu olduğunu ve işlemin bu sebeple kesin hükümsüz olması gerektiğini eklemektedir.

İlk görüşü savunanlar bu ihtimalde dahi işlemin kanuna karşı hile teşkil etmediğini, bu sebeple sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması yerine taşınmazın borç miktarını aşan kısmı bakımından *lex commissoria* yasağı kapsamında kalmasının daha uygun olacağını belirtmektedirler<sup>148</sup>.

Böylece *lex commissoria* yasağı kapsamında kalan kısım bakımından kısmi hükümsüzlük söz konusu olacak, teminat amaçlı satış vaadi sözleşmesi geçerli kalacak ve teminatın değerini aşan kısım borçlu tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri vasıtasıyla rehinli alacaklıdan talep edilebilecektir<sup>149</sup>.

Uygulamada teminat amacıyla yapılan satış vaadi sözleşmeleri ile ilgili Yargıtay kararları değişkenlik göstermektedir. Bazı kararlarda<sup>150</sup> satış vaadi sözleşmesi muvazaa nedeniyle, gizli işlem olan taşınmaz rehni de şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmıştır. Bazı kararlarda<sup>151</sup> ise sözleşmenin tamamen iptal edilmesi ile para alacağı talebinde bulunulmasının imkânsız hale geleceği gerekçesi ile gizli sözleşmenin para borcuna ilişkin olduğunun kabulü ile ayakta tutulmasına karar vermiştir.

Bunların yanı sıra teminat amacıyla akdedilen satış vaadi sözleşmelerini *lex commissoria* yasağı bakımından irdeleyen ve bu sözleşmenin yasağı etkisizleştirmek için yapıldığını saptayıp, sözleşmenin geçersiz olması gerektiği sonucuna ulaşan Yargıtay kararları<sup>152</sup> da mevcuttur. Kana-

<sup>146</sup> GÜNEL, s. 96; HELVACI, s. 142.

<sup>147</sup> HELVACI, s. 148.

<sup>148</sup> BOZTAŞ, s. 233; DERELİ, s. 89.

<sup>149</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 385; SİRMEN, s. 617.

<sup>150</sup> Yarg 14. HD, 18.05.1982 T., 2485/3116; Yarg 7. HD, 23.10.1979 T., 7117/12404, Yarg 14. HD, 15.01.1985 T., 6287/293 (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 25.07.2020).

<sup>151</sup> Yarg 13. HD, 27.05.1988 T., 2718/2900 (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 09.08.2020).

<sup>152</sup> Yarg 14. HD, 20.03.1979 T., 6274/1715 (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 01.09.2020).

atimizce her ne kadar Yargıtay bu işlemlerde muvazaa olduğuna dair kararlar verse de teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinde de borç ödenmediği takdirde alacaklıya sözleşmeye konu mala malik olma yetkisi verildiğinden lex commissoria yasağı söz konusu olabilir. Esasen buradaki hukuka aykırılık muvazaa değildir. Nitekim yapılan işlem tarafların gerçek iradelerini yansıtmaktadır ve lex commissoria yasağına aykırılık söz konusudur<sup>153</sup>. Çözüm olarak ise borç ödenmediğinde alacaklının sözleşmeye konu mala malik olmasının yanı sıra taşınmazın o günkü rayiç değerine göre aradaki farkın rehin borçlusuna ödenmesi uygun düşecektir.

#### 4. Geri Alım Hakkı

Alım, geri alım gibi sözleşmeler malikin tasarruf yetkisini kısıtlar ve bu haklar malike karşı kullanıldığında malik mülkiyeti devir borcu altına girer. Kanuna karşı hile ise yasaklanan bir amaca ulaşmak için kanun hükümlerinin dolanılması suretiyle o sonuca erişmek şeklinde tanımlanabilir. Sonucu ise işlemin geçersiz olmasıdır. Konumuzla ilgili olarak rehin veya ipotek tesisi yerine teminat amacıyla geri alım sözleşmesi gibi başka bir işlemle bu sonuca ulaşıldığı takdirde kanuna karşı hile teşkil edip etmediği doktrinde tartışılmaktadır<sup>154</sup>.

Uygulamada genellikle taşınmaz rehni yerine, alacak muaccel olmadan önce taraflar arasında akdedilen satış sözleşmesine, borç ifa edildikten sonra mülkiyetin tekrar borçluya devredileceğine ilişkin geri alım hakkı konularak teminat amaçlı geri alım sözleşmeleri akdedilmektedir<sup>155</sup>. Böylelikle taraflar ipotek tesis etmek yerine, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme akdetmektedirler. Taşınmazın kredili satışında da borçlu kendisine geri alım hakkı tanıyabilir, borç bitince de şerh edilmiş geri alım hakkına dayalı olarak mülkiyeti geri talep edebilir. Ancak borç vadesinde ödenmezse geri alım hakkı sona erer ve alacaklı mülkiyeti iktisap eder<sup>156</sup>.

Tarafların bir borç için rehin veya ipotek tesis etmek yerine teminat amaçlı geri alım gibi malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan bazı sözleşmeler

<sup>153</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 394.

<sup>154</sup> BOZTAŞ, s. 234; HELVACI, s. 142; MAKARACI BAŞAK, s. 283.

<sup>155</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 535.

<sup>156</sup> NOMER, s. 36.

akdetmesi ile rehinle benzer sonuçlar elde etmesi hususu doktrinde tartışılmaktadır<sup>157</sup>. Doktrinde birinci görüş<sup>158</sup>, bu tip işlemlerde borçlunun malı satma ve tekrar satın alma hakkı olduğundan yasağın amacına aykırılık olmadığı yönündedir. Bu görüş, borçlunun korunması gereken bir menfaati olmadığından bahisle işlemin kanuna karşı hile teşkil etmediğini ve bu işlemlerin geçerli olduğunu savunmaktadır. Bu tip işlemlerin geçerli sayılmasının esas sebebi ise rehinden farklı olarak geri alım sözleşmesi kapsamında mülkiyetin baştan alacaklıya geçmiş olması ve borçlunun zor durumda kalmamış olmasıdır. Borçlu krediye ihtiyaç duyduğu dönemde istediği krediyi sağlayabilecek ve geri alım hakkı sayesinde de parayı verebilecek duruma geldiğinde mala tekrar malik olma hakkını kazanacaktır<sup>159</sup>.

Doktrinde ikinci görüş<sup>160</sup> ise teminat amacıyla yapılan geri alım sözleşmesinin kanuna karşı hile teşkil ettiğini ve kesin hükümsüz olması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, ödünç verilen parayı teminat altına almak üzere satış, akabinde geri alım sözleşmesi yapılması ile lex commissoria yasağı dolanılmış olacaktır.

Yargıtay<sup>161</sup> ise teminat amacıyla akdedilen geri alım sözleşmesi ile ilgili bir kararında, dava konusu sözleşmenin niteliğini incelerken öncelikle lex commissoria yasağı bakımından ele almış, akabinde geri alım

<sup>157</sup> BOZTAŞ, s. 234; MAKARACI BAŞAK, s. 283.

<sup>158</sup> BOZTAŞ, s. 235; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 462; KUNTALP, s. 157; MAKARACI BAŞAK, s. 286; NOMER, s. 42; SİRMEN, s. 408.

<sup>159</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 535.

<sup>160</sup> HELVACI, s. 142.

<sup>161</sup> Yarg 1. HD, 04.10.2012 T., 2012/5888 E., 2012/10744 K.: "...Hemen belirtilmelidir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 873/2. maddesi hükmüne göre borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükümlerine değer verilemeyeceği ve geçersiz OLDUĞU TARTIŞMASIZDIR. O halde, anılan bu sözleşme ve TMK'nun 873/2. maddesi hükmü karşısında çekişmeli taşınmazın davalı bankaya intikalini sağlayan temlik işleminin yasal olduğunu söyleyebilme imkanı bulunmadığı gibi davalı banka üzerindeki sicilın korunmasına da OLANAK YOKTUR. Öte yandan "borç tasfiye sözleşmesi" başlıklı söz konusu belgenin Türk Medeni Yasasının 736. maddesi hükmünde öngörülen aktillerden olmadığı, kaldı ki, o amaçla yapıldığı düşünülse bile resmi şekilde yapılmaması nedeniyle de vefa veya iştirah sözleşmesi olarak değerlendirilmesi DE OLANAKSIZDIR..." (www.corpus.com.tr / erişim tarihi: 02.09.2020).

sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Kanaatimizce teminat amacıyla yapılan geri alım sözleşmelerinde yasağın amacından hareketle kapsamını da belirlediğimiz göz önüne alınarak, borçlunun korunması gereken menfaati söz konusu olmadığından lex commissoria yasağının uygulanması gerekmeyecek ve kanuna karşı hile durumu söz konusu olmayacaktır.

## SONUÇ

Lex commissoria yasağı ile taraflar arasında borç muaccel olmadan önce, borç muaccel olup ödenmediği takdirde rehne konu malın mülkiyetinin rehinli alacaklıya geçeceğine dair sözleşmeler yasaklanmıştır. Rehlinli malı edinme yasağını ifade etmek üzere Lex Commissoria teriminin kullanılmasını eleştirmekle beraber, lex commissoria yasağı evrensel bir ilke olduğundan ve bu konudaki çalışmaların terminolojisine de paralel olması açısından çalışmamızda lex commissoria yasağı terimi kullanılmıştır. Ancak kanunda yer almayan Latince terimin kullanılması yerine “rehin konusunu edinme yasağı” terimi de kullanılabilir.

Rehin konusunun devrine ilişkin yasağın devreye girmesi ve yapılan sözleşmenin hükümsüz olması için aranan unsurlar konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Kanaatimizce, yasağın varlığı için subjektif nitelikteki üçüncü unsurun da varlığı aranmalıdır. Bu sebeple çalışmamızda lex commissoria yasağının unsurları üç başlık altında incelenmiştir.

Doktrinde, borç kısmen muaccel olduğu takdirde dahi alacaklının rehne konu malın paraya çevrilmesini talep yetkisi doğduğundan, borç kısmen muaccel olduktan sonra yapılan anlaşmaların da geçerli olacağına dair katıldığımız ve kanaatimizce yasağın ruhuna uygun bir görüş de mevcuttur.

Yeni Kanun madde 14/1.a kapsamında alacaklıya tanınan hak lex commissoria yasağı bakımından doktrinde tartışmalıdır. 6750 sayılı Kanun madde 14’te açıkça rehinli malın değerinin alacak miktarından fazla olması durumunda alacaklının bu miktarı iade ile yükümlü olduğu belirtilmiş olup, rehinli mala değer tespiti yaptırabilme imkânı da verildiğinden bu düzenlemenin yasağın kapsamı dışında kaldığı kanaatindeyiz.

6750 sayılı Kanun madde 14 düzenlemesi çerçevesinde esasen borç vadesinde ödenmediğinde alacaklıya temerrüt kurumu benzeri seçimlik haklar getirilmiştir diyebiliriz.

Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde "temerrüt durumunda mülkiyeti devralma hakkının kullanılacağı" kaydı yer almaktaydı. Ancak sözleşmede yer alacak zorunlu unsurlara ilişkin bu bent yerinde bir şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Zira kanaatimizce bu neviden kayıtlar borç muaccel olmadan önceki dönemde sözleşmeye konulduğundan yasak kapsamında değerlendirilmeliydi.

Rehin alan ve rehin veren arasında akdedilen sözleşmede rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıya devrinin, borcun hiç veya vadesinde ifa edilmemesi koşuluna bağlanmadığı hallerde lex commissoria yasağının uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki görüşler ve uygulama değerlendirildiğinde, taşınmazlarda yasağın sert ve sıkı uygulanmakta olduğu, taşınırlarda ise borçlu malik sömürülmedikçe taraflar arasındaki işlemlerin geçerli kabul edilerek geniş yorumlandığı görülmüştür. Kanaatimizce, lex commissoria yasağının varlığı ve sonucunun belirlenmesi için her somut olay ayrı ayrı irdelenmelidir.

Doktrin ve uygulamada borç muaccel olmadan önce de borçlunun zarara uğratılmaması koşuluna aykırı olmamak kaydıyla, taraflar arasında rehinli alacaklının rehne konu malı satması hususunda anlaşmalarında sakınca olmadığı kabul edilmektedir. Kanaatimizce, alacaklıya verilen bu hakkın geçerli kabul edilmesinin sebebi lex commissoria yasağının amacıdır. Rehin konusu malın mülkiyetinin doğrudan alacaklıya devri yerine, rehin konusu malın değerinin ödenmesine karşılık mülkiyetin devri ile her iki tarafında menfaati gözetilmiş olacaktır.

Rehin sözleşmesi içinde bir şartın lex commissoria şartı olması durumunda da taşınır ve taşınmaz rehni hükümleri uyarınca şart geçersizdir. Ancak rehin sözleşmesinin akıbeti ile ilgili, yasağa aykırılığın sonucu bakımından doktrinde zorunlu kısmi hükümsüzlük ve kısmi hükümsüzlük

olmak üzere iki görüş mevcuttur. Kısmi hükümsüzlük görüşü kapsamında, rehin temel borç ilişkisinin ferisi olduğu için temel borcun geçerliliğini koruyacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce bu yorum yasağın ruhuna ve borçluyu koruma amacına uygun düşmektedir.

Özel yoldan paraya çevirme anlaşmaları konusunda, önceden alacaklıya bu tip yetkiler veren anlaşmalara tamamen katı bakılmasına rağmen doktrindeki görüşler de değişen dünyaya uyum sağlamış ve buna paralel olarak değişmiştir. Ancak kanaatimizce kanunen önce rehne başvurma zorunluluğu ilkesine tamamlayıcı olarak rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılması esas olduğundan alacaklıya böyle bir yetki tanınacaksa kanunda bu yönde değişiklik yapılmalıdır.

Tarafların bir borç için rehin veya ipotek tesis etmek yerine teminat amaçlı temlikleri kullanmasının lex commissoria yasağına aykırılık teşkil edip etmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce borç muaccel olmadan önceki safhada, ifa yerine edim olmamak kaydıyla, taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin teminat amaçlı inanca devrinde borç miktarını aşan kısım borçluya iade edildiği takdirde lex commissoria yasağı söz konusu olmayacaktır.

Uygulamada borç alınan para satış bedeli olup ödenince satış vaadinden tek taraflı dönme yetkisi verilmektedir. Bu tip teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinin lex commissoria yasağı kapsamında kalıp kalmadığı özellikle de taşınmazlar bakımından doktrinde tartışmalıdır. Uygulamada teminat amacıyla yapılan satış vaadi sözleşmeleri ile ilgili Yargıtay kararları değişkenlik göstermektedir. Kanaatimizce her ne kadar Yargıtay bu işlemlerde muvazaa olduğuna dair kararlar verse de teminat amaçlı satış vaadi sözleşmelerinde de borç ödenmediği takdirde alacaklıya sözleşmeye konu mala malik olma yetkisi verildiğinden lex commissoria yasağı söz konusu olabilir. Çözüm olarak ise borç ödenmediğinde alacaklının sözleşmeye konu mala malik olmasının yanı sıra taşınmazın o günkü rayiç değerine göre aradaki farkın rehin borçlusuna ödenmesi uygun düşecektir.

Tarafların bir borç için rehin veya ipotek tesis etmek yerine teminat amaçlı geri alım gibi bazı sözleşmeler akdetmesi ile rehine benzer sonuçlar elde etmesi hususu doktrinde tartışılmaktadır. Kanaatimizce teminat

amacıyla yapılan geri alım sözleşmelerinde yasağın amacından hareketle kapsamını da belirlediğimiz göz önüne alınarak, borçlunun korunması gereken menfaati söz konusu olmadığından *lex commissoria* yasağının uygulanması gerekmeyecek ve kanuna karşı hile durumu söz konusu olmayacaktır.

Özetle, *lex commissoria* yasağının varlığı ve sonucunun belirlenmesi için her somut olay ayrı ayrı irdelenmelidir. Taşınmazlar kamu düzeyine ilişkin olduğundan yasak sert ve sıkı uygulanmakta olup, taşınmazlarda borçlu malik sömürülmedikçe taraflar arasındaki işlemler geçerli kabul edilerek geniş yorumlanmaktadır.



**KAYNAKLAR**

- AKINTÜRK Turgut/ AKİPEK Jale/ ATEŞ Derya, Eşya Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2. baskı, İstanbul, 2018.
- AKSOY Mehmet Ali, “Yeni Bir Kurum Olarak Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni’nin Ticari İşletme Rehni ile Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, C. 76, S. 1, 2018, s. 53-90.
- ANTALYA Gökhan/ ACAR Faruk, Ticari İşlerde Taşınır Rehni, Aristo Yayınları, İstanbul, 2017.
- ARAL Fahrettin/ AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, gözden geçirilmiş ve genişletilmiş tıpkı 12. baskı, Ankara, 2019.
- ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 25. baskı, Ankara, 2019.
- ATAKAN Murat Can, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 2, 2018, s. 397-441.
- AYANOĞLU MORALI Ahu, “Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı İnançlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- AYBAY Aydın/ HATEMİ Hüseyin, Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, gözden geçirilmiş 4. baskı, İstanbul, 2014.
- AYHAN Rıza/ ÇAĞLAR Hayrettin/ ÖZDAMAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Ankara, 2019.
- BAYEZİT Fırat, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Rehin Sözleşmesi Ve Hükümleri”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- BENLİ Erman, “Aynı Hakların Teminat İşlevi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 2019, s. 109-134.
- BİLGE Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.
- BİLGİN Hikmet, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na İcra-İflas Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 31, 2017, s. 619-657.

- BOZTAŞ Nevzat, "Lex Commissoria Yasağının İnançlı İşlemler ve İcra Sözleşmeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2017, s. 209-252.
- BUDAK Ali Cem, İcra ve İflas Hukukunda Kiralayanın Hapis Hakkının Kullanılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- CANSEL Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.
- DERELİ Zeliha, "Lex Commissoria Yasağı", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2009.
- DEYNEKLİ Adnan, İcra ve İflâs Hukukunda İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Turhan Yayınları, Ankara, 2013.
- DURAN Arif, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 103-118.
- ENDES Nurtaç, "Roma Hukukunda Rehin Sözleşmesi ve Lex Commissoria Yasağı", SÜHFD, C. 26, S. 2, 2018, s. 533-561.
- ERDOĞMUŞ Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- GÖLE Celal/ AYDOĞAN Gökhan, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", BATİDER, C. 33, S. 1, 2017, s. 5-51.
- GÜMÜŞ M. Alper, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar", Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2018, s. 199-225.
- GÜNEL Onur K., Lex Commissoria Yasağı, Karşı Yayınları, Ankara, 1998.
- GÜRDOĞAN Burhan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1967.
- GÜRPINAR Damla, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehininin Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kurallarından Ayrılan Yönleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2017, s. 111-159.

- GÜRSOY Kemal Tahir/ EREN Fikret/ CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. baskı, Ankara, 1984.
- HAMACIOĞLU Esra/ KARAMANLIOĞLU Argun, "6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İlişkin Bazı Tespitler", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 2, 2016, s. 95-138.
- HELVACI İlhan, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1997.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN Özcan, Roma Eşya Hukuku, Turhan Yayınevi, 3. baskı, Ankara, 2006.
- KARAMAN Başak, Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- KILIÇOĞLU Ahmet M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- KOÇ Kenan, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kapsamında Rehin Alacaklısının Korunması", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- KONURALP Orhan E., "Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, 2015, s. 2855-2880.
- KÖPRÜLÜ Bülent/ KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982-1983.
- KÖROĞLU ÖLMEZ Belin, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 260-286.
- KUNTALP Erden, "Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı", İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları 1, İstanbul, 1994, s. 151-162.
- MAKARACI BAŞAK Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- MAKARACI BAŞAK Aslı, "Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Lex Commissoria Anlaşması Yasağına İstisna Getirip Getirmediği

- Konusu Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 745-757 (Değerlendirme).
- METE Cansu, “Taşınır Rehni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, s. 1439-1471.
- NARBAY Şafak/ YILDIZ M. Enes, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde Ticari İşletme Rehninde “Rehlinli Taşınır Sicili”nin Diğer Sicillerle İlişkisi Üzerine Değerlendirme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 34, S. 4, 2018, s. 37-90.
- NOMER H. Nami, “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı”, Cevdet Yavuz’a Armağan C. 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, C. 22, S. 3, 2016, s. 2007-2015.
- OĞUZ Sefer, “Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni”, Bankacılar Dergisi, S. 100, 2017, s. 3-31.
- OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, 20. baskı, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN M. Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı, Filiz Kitabevi, mevzuata uyarlanmış 3. baskı, İstanbul, 2020 (Ders Kitabı).
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe, “Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 657-683.
- ÖZEN Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, güncellenmiş 4. baskı, İstanbul, 2017.
- ÖZPAK Tayfun, “Taşınmaz Değerlemesi ve Sınırlı Ayni Hakların Taşınmaz Değerine Etkisi”, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Disiplinler Arası Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- PARLAK BÖRÜ Şafak, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlem Devri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 128, 2017, s. 231-272.
- POROY Reha/ YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, 18. baskı, İstanbul, 2019.
- SAYMEN Ferit Hakkı/ ELBİR Halid Kemal, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1963.
- SİRMEN Lale, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, 5. baskı, Ankara, 2017.

- SÖZER Bülent, *Deniz Ticareti Hukuku-I, Giriş-Gemi-Donatan ve Navlun Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, 5. baskı, İstanbul, 2019.
- ŞENER Yavuz Selim, *Türk Hukukunda İpotek ve Uygulaması*, Adalet Yayınları, Ankara, 2010.
- ŞENSÖZ Ebru/ ÖZBİLEN Arif Barış/ SAVAŞ Burcu, “Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 8, 2005, s. 233-252.
- ŞİT İMAMOĞLU Başak, *Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi, *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.
- TOPÇUOĞLU Metin/ ÇON Ömer, “Ticari İşletme Rehninde Rehin Alacaklısının Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 93, 2011, s. 174-214.
- TUNÇ YÜCEL Müjgan, *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- UMUR Ziya, *Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, *Medeni Hukuk, Umumi Esaslar, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku, Eşya Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1969.
- YURTMAN Hazalcan, “6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019.
- ZAPATA Tan Tahsin, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, güncellenmiş 7. baskı, Ankara, 2019.
- ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, 19. baskı, Ankara, 2019.

### **İnternet Kaynakları :**

[www.corpus.com.tr](http://www.corpus.com.tr)

[www.dergipark.gov.tr](http://www.dergipark.gov.tr)

[www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

[www.tez.yok.gov.tr](http://www.tez.yok.gov.tr)

[www.tubess.gov.tr](http://www.tubess.gov.tr)



## İŞ İLİŞKİSİNDE TARAFLARIN ÖLÜMÜNÜN BİREYSEL İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

Arş. Gör. Sevde BULUN TOKKAŞ\*

### Öz

Ölüm, hukuki açıdan sonuçları olan hem doğal hem de hukuki bir olaydır. Ölümün bireysel iş hukukuna etkisi ölenin işçi veya işveren olmasına göre farklılık gösterir. İşçinin ölümü halinde işçi iş görme borcunu yerine getiremez. Bu durumun sonucu olarak da iş sözleşmesi sona erer. Buna bağlı olarak kıdem tazminatı ile ölüm tazminatı gibi ödemeler söz konusu olabilir. İşveren ölümü halinde ise kural olarak sözleşme işverenin mirasçılarıyla devam eder. İstisnai olarak ise işverenin ölümü iş sözleşmesini sona erdirir.

Çalışmamızda işçi ve işverenin ölümünün bireysel iş hukuku açısından önemi ile İş Kanunu ve diğer ilgili mevzuatta düzenlenen ölüme bağlı ortaya çıkan tazminatlar incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler

İşçinin Ölümü • İşverenin Ölümü • İş Sözleşmesinin Sona Ermesi • Ölüm Tazminatı • Kıdem Tazminatı

\* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Ress. Asst., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Labor and Social Security Law, Konya, Turkey.

✉ sevde.bulun@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-6634-4530

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: BULUN TOKKAŞ Sevde, "İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 179-217.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## EFFECT OF THE DEATH OF PARTIES ON INDIVIDUAL LABOUR LAW IN EMPLOYMENT RELATIONSHIP

### Abstract

Death is both a natural and a legal event that has legal consequences. The effect of death on individual labour law varies depending on whether the deceased is an employee or an employer. In case of the death of the employee, the employment contract terminates as the worker cannot fulfill his obligation to work. Consequently, severance pay and death compensation may be paid. In case of the death of the employer, as a rule, the contract continues with the employer's heirs. As an exception, the death of the employer terminates the employment contract.

In our study, the importance of the death of workers and employers in terms of individual labour law and compensation due to death in the Law will be examined.

### Key Words

Death of Employee • Death of Employer • Termination of Labour Contract • Death Compensation • Severance Payment

## GİRİŞ

İşçi ve işveren arasında iş ilişkisinin kurulması gibi sona ermesi de her zaman ortaya çıkması mümkün bir durumdur. İş sözleşmesi tarafların isteğiyle sona erebileceği gibi bazen de kendiliğinden sona erer<sup>1</sup>. Sözleşmenin tarafların isteğiyle sona erdiği hallerinden biri fesihdir. Taraflarından biri sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade beyanını karşı tarafa yöneltir ve sözleşme karşı tarafın kabulüne gerek olmadan fesih ile sona erer<sup>2</sup>. Ancak iş sözleşmesinin tarafların isteğiyle sona erme durumu

<sup>1</sup> AKYİĞİT, Ercan, "Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S. 22, s. 32; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku (İş Hukuku), Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, Ankara 2018, s. 245; AYDIN, Ufuk / GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 5. Basım, Eskişehir 2017, s. 153; YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, Ankara 2016, s. 103.

<sup>2</sup> SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 24. Basım, Ankara 2019, s.98; DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 20. Basım, Ankara 2019, s. 167; EYRENCİ, Ömer / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 9. Basım, İstanbul 2019, s. 185; TUNÇOMAÇ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 9. Basım, İstanbul 2018, s. 194; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 12.



sadece fesih ile sınırlı değildir. İ kale yani bozma sözleşmesi ile de taraflar her zaman sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırabilirler<sup>3</sup>. Bunun yanında sözleşmenin sona ermesi kendiliğinden de olabilir. Bu durum belirli süreli iş sözleşmelerinde sözleşme süresinin dolması ile olur<sup>4</sup>. İşçinin ölümü ve istisnai nitelik taşıyan bazı hallerde işverenin ölümü de iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren sebeplerden biri olarak karşımıza çıkar.

Ölümün bireysel iş hukukundaki sonuçları ölen kişinin sözleşmenin hangi tarafı olduğuna göre değişir. İşçinin ve işverenin ölümü ve ölüme bağlı ortaya çıkan sonuçlara ilişkin düzenlemeler mevzuatımızda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 440 ve 441. maddelerinde yer alır. Ayrıca konuyla ilgili İş Kanunu, Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu'nda da birtakım düzenlemeler mevcuttur. Çalışmamızda öncelikle gerçek kişilerde ölüm, ölüm karinesi ve gaiplik karinesi kısaca incelenmiştir. Ardından işçi ile işverenin ölümünün bireysel iş hukukundaki sonuçları üzerinde durulmuştur. Ancak bu çalışmada işçi ölümünün iş kazası dışında bir sebeple meydana geldiği hallerde ortaya çıkan hukuki sonuçlar incelenmiştir. Zira iş kazası neticesinde ölümün hukuki sonuçları daha

---

Basım, İstanbul 2018, s.152-153; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhiittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, 3. Basım, Ankara 2019, s. 219; SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 7. Basım, Ankara 2015, s. 192 vd.; AKTAY, A. Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6.Basım, Ankara 2013, s. 173 vd.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 18. Basım, İstanbul 2019, s. 502 vd.; ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 32. Basım, İstanbul 2019, s. 455 vd.; YÜREKLİ, s. 103, 176 vd.; GÜVEN / AYDIN, s. 159 vd.; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 253.

<sup>3</sup> SÜMER, s. 97; DEMİRCİOĞLU / CENTEL/KAPLAN, s. 165; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 180 vd.; ŞAKAR, s. 149 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 216-217; SENYEN-KAPLAN, s. 190-191; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 172; GÜVEN / AYDIN, s. 154 vd.; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 250 vd.; SÜZEK, s. 497; YÜREKLİ, s.115; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 439 vd.

<sup>4</sup> SÜMER, s. 98; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166-167; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 184; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 195; ŞAKAR, s. 152; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 215; SENYEN-KAPLAN, s. 189-190; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 171; GÜVEN / AYDIN, s. 158; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 247; SÜZEK, s. 499; YÜREKLİ, s. 136; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 450 vd.

farklıdır ve bu konu çalışma kapsamına alınmamıştır. Son olarak çalışma içinde yeri geldikçe Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler ile iş güvencesi kapsamında olan işçiler açısından farklılık gösteren düzenlemelere de yer verilmiştir. Makale konusu güncel olmamakla birlikte yakın tarihli Yargıtay kararlarına ve öğretideki farklı görüşlere yer verilerek konuyla ilgilenen okuyuculara bilimsel açıdan katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

## I. GERÇEK KİŞİLERDE ÖLÜM

### A. Kişiliğin Sona Ermesi

Türk Medeni Kanunu<sup>5</sup> m.28/1'e göre, kişilik ölümle sona erer. Ölümün hukuki bir olay olması nedeniyle ölüm halinde bir takım hukuki sonuçlar doğar. Ölümle birlikte ölen kişi artık hak kazanamaz veya borç altına giremez<sup>6</sup>. Ölen kişinin kişiliğine bağlı haklar ölümle birlikte sona ererken, kişiliğine bağlı olmayan yani malvarlığına ilişkin haklar mirasçılara geçer<sup>7</sup>. Bu nedenle ölümün meydana geldiği an özellikle miras hukuku açısından önem arz eder<sup>8</sup>. Ölümün tespiti konusunda öğretilerde bir görüş birliği yoktur. Bu konu daha çok tıp bilimini ilgilendirmekle birlikte öğretilerde biyolojik ölüm ve daha ağırlık kabul edilen beyinsel ölüm olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır<sup>9</sup>.

### B. Ölüm Karinesi

Bazı hallerde kişinin ölümünün maddi olarak tespit edilememesine yani cesedin ortada olmamasına rağmen kişinin içinde bulunduğu durum nedeniyle öldüğüne kesin gözüyle bakılan durumlarda kişi kanunen ölmüş kabul edilir<sup>10</sup>. Ancak yaşaması konusunda az da olsa bir

<sup>5</sup> RG, 24607.

<sup>6</sup> AKKANAT, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 26; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık A.Ş., 8. Basım, İstanbul 2017, s. 32.

<sup>7</sup> ATAAY, Aytekin, Şahıslar Hukuku Birinci Yarımla Giriş-Hakiki Şahıslar, Fakülteler Matbaası, 3. Basım, İstanbul 1978, s. 248; HELVACI, s. 32; ÖZTAN, s. 23.

<sup>8</sup> ATAAY, s. 250; AKKANAT, s. 27.

<sup>9</sup> ÖZTAN, Bilge, Şahıslar Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 10. Basım, Ankara 2001, s. 21 vd.; HELVACI, s. 32-33; AKKANAT, s. 29 vd.

<sup>10</sup> G. AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 10. Basım, İstanbul 2013, s. 250; ATAAY, s. 250; HELVACI, s. 34; ÖZTAN, s. 29.

şüphe varsa o kişinin ölmüş sayılması mümkün değildir<sup>11</sup>. Türk Medeni Kanunu'nun 31. maddesinde "ölüm karinesi" düzenlemiştir. Ölüm karinesiyle kişinin cesedi ortada olmasa bile gerçekten öldüğü kabul edilir. Bu durumda ölüm anı, ölüme sebebiyet veren olayın gerçekleştiği andır<sup>12</sup>.

Türk Medeni Kanunu m.44'e göre, mülki idare amiri tarafından kütüğe ölü kaydı düşülür. Ölüm karinesi için ayrıca bir mahkeme kararı alınmasına gerek yoktur. Ölümün karine olarak kabul edilmesi ile gerçek bir ölüm halinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar aynıdır<sup>13</sup>.

### C. Gaiplik Karinesi

Kişiliği sona erdiren tek hal ölüm değildir. Türk Medeni Kanunu m.32 vd.da düzenlenen "gaiplik" ile ilgili karar alınması halinde de kişilik sona erer<sup>14</sup>. Ölüm karinesinden farklı olarak gaiplikte kişinin ölümüne kesin gözle bakılmamaktadır, ölmüş olması sadece kuvvetli bir ihtimal dâhilindedir<sup>15</sup>. Gaiplik için kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamamış olması nedeniyle ölümü ile ilgili kuvvetli bir olasılığa sahip olunması gerekir. Gaiplik kararı mahkeme tarafından verilmelidir (TMK m.32/1). Mahkemenin verdiği bu kararlar birlikte gaibin öldüğü karine olarak kabul edilir<sup>16</sup>.

Kanun gaiplik kararının verilmesi için asgari bir süre öngörmüştür. Türk Medeni Kanunu m.33'e göre, gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir.

Mahkeme gaipliğe karar verirse Türk Medeni Kanunu m.35 hükmü gereği, ölüme bağlı haklar, gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.

<sup>11</sup> HELVACI, s. 35.

<sup>12</sup> ATAAY, s. 250; HELVACI, s. 35.

<sup>13</sup> BASKAN, Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı", TBB Dergisi, S. 104, Y. 2013, s. 57; KOCAGİL, İpek, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Y. 2014, C. 20, S. 1, s. 432; AKYİĞİT, s. 34; YÜREKLİ, s. 158; AKKANAT, s. 32; ATAAY, s. 250.

<sup>14</sup> ATAAY, s. 252; HELVACI, s. 31.

<sup>15</sup> G. AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 252; ÖZTAN, s. 30; HELVACI, s. 36.

<sup>16</sup> G. AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 259.

Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, gaiplik niteliğiyle itibariyle ölümden farklıdır<sup>17</sup>. Gaip kişinin küçük bir ihtimal dâhilinde de olsa bir gün geri gelme ihtimali vardır. Bu nedenle gaiplik kararının hukuki sonuçları bazı yönleriyle ölümün hukuki sonuçlarından farklılık gösterir<sup>18</sup>. Son olarak Türk Medeni Kanunu m.35/2 gereği, gaiplik kararının hüküm doğurma anı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlar. Yani gaiplik kararı geçmişe etkili olarak sonuçlarını doğurur<sup>19</sup>.

## II. İŞÇİNİN ÖLÜMÜ

### A. İş Sözleşmesine Etkisi

İş sözleşmesi kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesinde işçinin kişiliği önem taşır ve sözleşme işçinin kişiliğine, sahip olduğu özelliklere bağlı olarak kurulur<sup>20</sup>. Bu nedenle iş görme borcu kişisel nitelik taşır. İşçi bu borcu bizzat yerine getirir (Türk Borçlar Kanunu<sup>21</sup> m.395<sup>22</sup>) ve bazı istisnalar dışında bu borç devredilemez, mi-

<sup>17</sup> AKKANAT, s. 32.

<sup>18</sup> Örneğin evlilik ölümle sona ererken, gaip kişinin evliliği gaiplik kararıyla sona ermez. Evliliğin sona ermesi için fesih kararına ihtiyaç vardır. Detaylı bilgi için bkz. HELVACI, s. 40 vd.; ATAAY, s. 255 vd.; ÖZTAN, s. 35.

<sup>19</sup> G. AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 259; ATAAY, s. 255; AKKANAT, s. 33; HELVACI, s. 40; ÖZTAN, s. 35.

<sup>20</sup> SÜMER, s. 39; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 115; SENYEN-KAPLAN, s. 57; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 54; GÜVEN / AYDIN, s. 59.

<sup>21</sup> RG, 27836.

<sup>22</sup> TBK m. 395'te "sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça" ifadesi yer alır ve hüküm emredici değil tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Bu nedenle taraflar işçinin iş görme borcunu bizzat yerine getireceği esasına aykırı nitelikte bir anlaşma da yapabilirler. Ya da durum bunu gerektirebilir. Örneğin taraflar işçinin ölümünden sonra sözleşmenin onun bir yakınıyla devam edeceği yönünde bir "anlaşma" yapabilirler. Bkz. TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 197. İş görme borcunun başkasına devredilmesi halinde kural olarak o kişi ile işveren arasında yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olur. Ancak kapıcılık hizmetinde eşin geçici olarak aile içi dayanışma gereği kapıcı yerine merdivenleri silmesi halinde yardımcı kişi olan eş "durumun gereği" olarak iş görme borcunun devralmıştır. Yardımcı kişi niteliğindeki birinin ya da aile içi dayanışma gereği yardımda bulunan birinin iş görme borcunu devralması halinde yeni bir iş sözleşmesinden söz edilmez. Yargıtay uygulaması ve daha fazla bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 97; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 138; SENYEN-KAPLAN, s. 106; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 94.

raşçılar tarafından yerine getirilemez<sup>23</sup>. Bu durumun sonucu olarak işçinin ölümü halinde iş görme borcunu yerine getirmesi imkânsızlaşacağından iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer<sup>24</sup>. Türk Borçlar Kanunu m.440/1'de de bu husus “Sözleşme, işçinin ölümüyle kendiliğinden sona erer...” şeklinde ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Kanun hükmü gereği, işçinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi için ayrıca bir işlem yapmaya, fesih bildiriminde bulunmaya vs. gerek yoktur, işçinin ölümüyle sözleşme “kendiliğinden” sonra erer<sup>26</sup>. Ancak kanun hükmü olmasaydı da iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması bunu gerektireceğinden yine aynı sonuca ulaşılabilirdi<sup>27</sup>.

İş sözleşmesi kendiliğinden sona erdiği için işçinin ölümü halinde işveren, mirasçılardan iş görme borcunun yerine getirilmesini isteyemeyeceği gibi, bu borcun mirasçılara geçmesi ya da mirasçıların işçi yerine iş görmeyi talep etme hakları yoktur<sup>28</sup>. Bunun yanında işçinin iş sözleşmesinden doğan diğer borçları da mirasçılara intikal etmez<sup>29</sup>. Ancak işçinin ölümünden sonra işveren işçinin elinde bulunan araç ve gereçlerin geri verilmesini mirasçılardan talep etme hakkına sahiptir<sup>30</sup>. İşvere-

<sup>23</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 115; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 94; BASKAN, s. 70; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 137; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 93; AKKANAT, s. 139.

<sup>24</sup> ALPAGUT, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 31, Y. 2011, s. 941; BASKAN, s. 57; SÜMER, s. 98; AKYİĞİT, s. 33-34; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 197; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 217; SENYEN-KAPLAN, s. 190; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 93; GÜVEN / AYDIN, s. 153; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246; KOCAGİL, s. 439; YÜREKLİ, s. 155.

<sup>25</sup> Türk Borçlar Kanunu’nun 440. maddesi, mülga 818 sayılı Kanun’un 347. maddesinde yer almaktaydı. Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere madde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 338. maddesinden alınmıştır. GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık, 1. Basım, Ankara 2012, s. 1383.

<sup>26</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 447.

<sup>27</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 217; GÜVEN / AYDIN, s. 153; SÜZEK, s. 501.

<sup>28</sup> AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 93; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 183; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; YÜREKLİ, s. 155.

<sup>29</sup> ŞAKAR, s. 89; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 217-218.

<sup>30</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 115.

nin sahip olduğu bu talep hakkı, sözleşmenin mirasçılarla devam ettiği anlamına gelmez. Ölen işçi ve işveren arasındaki sözleşmenin artık işçinin mirasçılarıyla devam etmesi mümkün değildir. İş sözleşmesinin taraflarının daha önceden aralarında yaptıkları bir sözleşme ile işçinin ölümü halinde sözleşmenin mirasçılarla devam edeceğini kararlaştırdıkları bir sözleşme de hukuken geçerli değildir<sup>31</sup>. İşçinin ölümü sonrası işverenin onayıyla mirasçının iş görmeyi sürdürmesi halinde aralarında kurulan iş ilişkisi, ölen işçinin sözleşmesinin devamı değil, mirasçı ile işveren arasında kurulmuş yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir<sup>32</sup>.

Ölümün iş sözleşmesine etkisi ve doğuracağı sonuçlar bakımından kişinin karine olarak ölmüş sayılması veya gerçekten ölmesi arasında bir fark yoktur. Diğer bir deyişle ölüm karinesi veya gaiplik kararı ile gerçek bir ölümün iş sözleşmesine etkisi aynı şekilde olur ve aynı hukuki sonuçlar doğar<sup>33</sup>. Gaiplik kararı alınmadan önce işveren işçinin sözleşmesini devamsızlık nedeniyle feshetse bile TMK m.35/son gereği, gaiplik kararı geçmişe etkili olacak ve gaiplik kararıyla birlikte ölüme ilişkin sonuçlar uygulanacaktır<sup>34</sup>. Ancak her nasılsa karine olarak ölümün kabul edildiği bir durumda kişinin yaşadığı anlaşılırsa bu durumun iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği hususunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, böyle bir durumda ölüme bağlı sonuçlar ortadan kalkar, sözleşme sona ermemiş sayılır ve işveren sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkına sahip olur<sup>35</sup>. Öğretideki diğer görüş ise, ölüm karinesi nedeniyle sözleşme kendiliğinden sona ermiştir. Dolayısıyla işçi dönüp gelirse ve işverenin yanında çalışırsa artık aralarında yeni bir hizmet sözleşmesi yapması gerekir. Bu görüşe göre artık gerçek bir ölüm, gaiplik kararı veya ölüm karinesi nedeniyle kendiliğinden sona eren sözleşmenin sonuçlarının ortadan kalkması söz konusu değildir<sup>36</sup>. Gerçekten ölüm karinesiyle birlikte kendiliğinden sona eren iş sözleşmesinin işçinin bir gün tekrar çıkıp gelmesi halinde kaldığı yerden

<sup>31</sup> AKYİÇİT, s. 33; YÜREKLİ, s. 156; BASKAN, s. 58.

<sup>32</sup> AKYİÇİT, s. 34; SENYEN-KAPLAN, s.106; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 93-94; YÜREKLİ, s. 156; BASKAN, s. 59.

<sup>33</sup> AKYİÇİT, İş Hukuku, s. 246; BASKAN, s. 57-58.

<sup>34</sup> BASKAN, s. 57-58; YÜREKLİ, s. 158.

<sup>35</sup> AKYİÇİT, s. 34.

<sup>36</sup> YÜREKLİ, s. 158.

devam etmesi beklenemez. Bu durumda işçi ve işveren arasında kurulmuş yeni bir sözleşmenin varlığını kabul etmek gerekir.

## B. Tazminatlara Etkisi

İşçinin ölümü ile iş sözleşmesi sona erer ve böylece sözleşmenin sona ermesine bağlı ortaya çıkan tazminatlar gündeme gelir. İşçinin ölümü ile iş görme borcu mirasçılara geçmese de işçinin Kanundan ya da sözleşmeden doğan tüm hak ve alacakları mirasçılarına geçer<sup>37</sup>. Hangi kanuna tabi olursa olsun İş Mahkemeleri Kanunu<sup>38</sup> m.5/1-a gereği işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında iş mahkemesi görevlidir. Bu nedenle işçilik alacakları ve tazminatlar için işçi hangi Kanun'a tabi olursa olsun hak sahiplerinin açacakları davalar iş mahkemesinde görülecektir.

### 1. Kıdem Tazminatı

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin 1475 sayılı İş Kanunu<sup>39</sup> m.14'te öngörülen hallerden biri ile sona ermesi ve işçinin işyerinde en az 1 yıl kıdeme sahip olması halinde işveren tarafından işçiye son ücreti üzerinden ödenen paradır<sup>40</sup>. Kıdem tazminatı işçinin uzun yıllar boyu aynı işverene bağlı olarak çalışmış olmasının karşılığı olarak ödenir<sup>41</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>42</sup> geçici 6. maddesinde kıdem tazminatı ile ilgili bir fon kurulacağı düzenlenmiştir. Ancak kıdem tazminatı fonuna ilişkin bir düzenleme henüz yapılmamıştır. Kıdem tazminatı fonu-

<sup>37</sup> SÜMER, s. 98; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218.

<sup>38</sup> RG, 30221.

<sup>39</sup> RG, 13943. 1475 sayılı Kanun, 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte mülga olmuştur. Yürürlükteki tek maddesi kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeyi içeren 14. maddedir (4857 sayılı Kanun m.120).

<sup>40</sup> SÜMER, s. 127; GÜVEN / AYDIN, s. 225; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 198; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 262; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 307; SENYEN-KAPLAN, s. 256; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 228; AKYİÇİT, İş Hukuku, s. 357; SÜZEK, s. 726; KOCAGİL, s. 432. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. ÇİL, Şahin, Kıdem Tazminatı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s. 3

<sup>41</sup> BASKAN, s. 65.

<sup>42</sup> RG, 25134.

na ilişkin düzenleme yapılana kadar mülga 1475 sayılı Kanun'un yürürlükte olan tek maddesi (14. madde) uygulanmaya devam edecektir.

1475 sayılı Kanun m.14/1'e göre, kıdem tazminatı sözleşmenin Kanunda öngörülen fesih sebeplerinden biri ile işçi ya da işveren tarafından feshedilmesi halinde ödeneceği gibi, işçinin ölümü halinde de ödenir. Ancak bunun için işçinin işyerinde asgari kıdeme sahip olması gerekir. Buna göre işçinin iş sözleşmesinin en az 1 yıl devam etmiş olması gerekir. İş Kanunu'na tabi olan işçinin iş sözleşmesi işçinin ölümü ile sona ermişse ve ölüm tarihi itibarıyla işyerinde asgari 1 yıl kıdemi varsa bu durumda kıdem tazminatı işçinin kanuni mirasçılara ödenir (1475 sK m.14/14)<sup>43</sup>. 1475 sayılı Kanun işçinin ölmesi halinde kıdem tazminatının kanuni mirasçılara ödeneceğini düzenlediğinden işverenin atanmış mirasçılara<sup>44</sup> tazminat ödeme yükümlülüğü yoktur<sup>45</sup>. Ödeme tüm kanuni mirasçılara yapıldığı zaman tam olarak ödenmiş sayılır. Aksi halde kanuni mirasçılar sadece birine ödeme yapılması işvereni borçtan kurtarmaz<sup>46</sup>. Ayrıca işçinin mirasçuları mirası reddetmiş veya mirasçılıktan atılmışsa bu durumda kıdem tazminatı talep etme hakları yoktur.

1475 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre, kanuni mirasçılarının kıdem tazminatı hakkının gündeme gelmesi için "işçinin ölümü" yeterlidir. Bu nedenle iş sözleşmesinin türü, ölüm sebebi, ölümün işyerinde olup olmaması, ölümün işçinin kusuruyla gerçekleşmiş olması gibi konular önem arz etmemektedir<sup>47</sup>. Ölüm iş kazası nedeniyle meydana ge-

<sup>43</sup> SÜMER, s. 127-128; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 202; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 267; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 243; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 316; SENYEN-KAPLAN, s. 259; ALPAGUT, s. 941; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 230; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 361; ÇİL, s. 36; SÜZEK, s. 738; KOCAGİL, s. 439; BASKAN, s. 59; AKKANAT, s. 141.

<sup>44</sup> Türk Medeni Kanunu m.516'da "mirasçı atama" düzenlenmiştir.

<sup>45</sup> AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 362; GÜVEN / AYDIN, s. 228; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 243; KOCAGİL, s. 439. GÜVEN / AYDIN ve TUNÇOMAĞ / CENTEL'e göre, işçinin ölümü öncesi başka bir sebeple kıdem tazminatına hak kazanmış olması ancak tazminatını alamadan ölmesi halinde kıdem tazminatı ödemesinin atanmış mirasçıya da yapılabileceğini ifade etmiştir.

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 362.

<sup>47</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 664; SÜMER, s. 128; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 202; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 267; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 316; SENYEN-



lebileceği gibi bir trafik kazası ya da bir intihar nedeniyle de olmuş olabilir. Ölümün işyerinde gerçekleşmesi önemli olmadığı gibi, ölüme neden olan olayda işçinin kusurunun bulunup bulunmaması da önemli değildir.

Ancak öğretide kabul edilen görüşün aksine, Yargıtay eski tarihli kararlarında<sup>48</sup> ölüm olayı işçinin kusuru sonucu meydana gelmiş ve işçinin fiili İş Kanunu m.25/II'de sayılan fesih sebeplerinden biri kapsamındaysa<sup>49</sup> bu durumda kanuni mirasçılardan kıdem tazminatı hakkından yoksun olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır<sup>50</sup>. İşçinin fiili fesih sebebi olsa bile fesih bir haktır ve işverenin bu hakkını kullanmaması da ihtimal dâhilindedir<sup>51</sup>. Yoksa sadece fesih sebebinin ortaya çıkması fesih için yeterli değildir. Fesih için işverenin bu yöndeki iradesini karşı tarafa bildirmesi gerekir. Ancak işçinin ölmesi durumunda bu mümkün olmayacağından ölüm halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu nedenle de Yargıtay'ın görüşüne katılmak mümkün değildir.

Ölüm karinesi halinde de ölüme bağlı sonuçlar ortaya çıktığından kanuni mirasçılardan kıdem tazminatı hakkı burada da gündeme gelir. İşçinin gaipliğinde TMK m.35/2'ye göre, gaiplik kararının hüküm doğurduğu andan itibaren gaip olan kişinin kanuni mirasçıları işçinin işyerinde asgari bir yıl kıdeminin bulunması şartıyla işverenden kıdem tazminatı talep edebilirler<sup>52</sup>.

---

KAPLAN, s. 259; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 230-231; GÜVEN / AYDIN, s. 228; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 362; ÇİL, s. 36-37; SÜZEK, s. 738; YÜREKLİ, s. 156-157; KOCAGİL, s. 439.

<sup>48</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.1978/9-1041, K.1979/1634, K.T.21.12.1979, E.T. 24.11.2020, Kazancı İçtihat; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.1984/11082, K.1985/1201, K.T.07.02.1985, E.T. 24.11.2020, Kazancı İçtihat.

<sup>49</sup> 1475 sayılı Kanun m.14/I'in 1.bendine göre, işveren tarafından sözleşmenin İş Kanunu m.25/II numaralı bendinde gösterilen sebepler nedeniyle feshedilmesi halinde işçinin kıdem tazminatı alma hakkı yoktur.

<sup>50</sup> SENYEN-KAPLAN, s. 259; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 267; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 231; GÜVEN / AYDIN, s. 228; SÜZEK, s. 738; YÜREKLİ, s. 156.

<sup>51</sup> SÜZEK, s. 739. SÜZEK, işverenin fesih hakkını kullanmamasına rağmen varsayımsal bir değerlendirme ile işçinin kanuni mirasçılarının kıdem tazminatı hakkından yoksun bırakılmasını eleştirmektedir.

<sup>52</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 316; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 361, KOCAGİL, s. 440.

Kıdem tazminatı almaya hak kazanan işçiye veya işçinin ölümü halinde kanuni mirasçılara işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Ayrıca bir yılın üzerinde artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır (1475 sK m.14/1). 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2017 yılında getirilen ek madde 3'e göre, kıdem tazminatında zamanaşımı 5 yıldır. Zamanaşımı, işçinin veya kanuni mirasçılardan kıdem tazminatına hak kazandığı tarihten işlemeye başlar. İşçinin ölümü halinde sürenin başlangıcı, sözleşmenin feshedildiği veya işçinin ölüm tarihidir. Zira işçinin ölümü itibariyle iş sözleşmesi sona erer ve sözleşmenin sona ermesine bağlı haklar ortaya çıkar. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi halinde mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır (1475 sK m.14/11). Faiz sözleşmenin sona erdiği tarihten işlemeye başlar. İşçinin ölümüyle sona eren iş sözleşmeleri için ise işçinin ölüm tarihinden itibaren faiz işlemeye başlar. Belirtmek gerekir ki, kıdem tazminatı işçinin son aldığı brüt giydirilmiş ücreti üzerinden hesaplanır (1475 sayılı Kanun m.14/11)<sup>53</sup>.

1475 sayılı Kanun kıdem tazminatı hakkını sadece "bu kanuna tabi işçilere" tanımıştır. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ve kanuni mirasçılarının kıdem tazminatından yararlanmaları mümkün değildir<sup>54</sup>. Ancak Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin sözleşmesinde kıdem tazminatı talep edebileceklerine yönelik bir hükme yer vermeleri halinde kıdem tazminatı talep etme hakları olacaktır<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> SÜMER, s. 134; ŞAKAR, s. 220 vd.; SENYEN-KAPLAN, s. 266-267; GÜVEN / AYDIN, s. 241-242.

<sup>54</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 651; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 360; YÜREKLİ, s. 356; KOCAGİL, s. 448.

<sup>55</sup> YÜREKLİ, s. 358; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 651-652; KOCAGİL, s. 448. Öğretideki bu görüşün kaynağı, Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı olmuştur. Karara göre, İş Kanunu kapsamında olmayan Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan tarım işçilerinin iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılması halinde kıdem tazminatından yararlanabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu karardan hareketle öğretide aynı görüşü benimsenmiştir. İlgili karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.1992/2280, K.1992/9386, K.T.09.09.1992, E.T. 30.11.2020, Kazancı İçtihat.

Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda<sup>56</sup> ise kıdem tazminatına ilişkin düzenleme yer almaktadır. Ancak bu düzenlemelerde yer alan koşullar, 1475 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddeden bazı yönleriyle farklıdır. Örneğin Deniz İş Kanunu<sup>57</sup> m.20'de, kıdem tazminatına hak kazanılan haller arasında "gemi adamının ölümü" de sayılmıştır. Ancak 1475 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye benzer yönleri de vardır. Deniz İş Kanunu m.20/15'te, gemi adamının ölümü halinde kıdem tazminatının gemi adamının kanuni mirasçılara ödeneceği ifade edilmiştir<sup>58</sup>. Ayrıca Deniz İş Kanunu'nda da sadece "ölüm" olayından bahsedilmiştir. Ölümün nasıl gerçekleştiğiyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle de gemi adamının ölüm nedeni kıdem tazminatına hak kazanılması açısından önemli değildir<sup>59</sup>. Gemi adamının aynı işverenin aynı veya değişik gemilerinde bir yıl çalışmış olması halinde kıdem tazminatı hakkı doğar. Düzenleme bu yönleriyle 1475 sayılı Kanun'dakine benzer niteliktedir.

Basın İş Kanunu'nda<sup>60</sup> ise kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler kanunun 6. maddesinde yer almaktadır. 6. maddeye göre, gazetecilerin meslekte en az beş yıl çalışmaları halinde kıdem tazminatı hakkı doğar. Basın İş Kanunu'nda gazetecinin ölümünün kıdem tazminatına hak kazandıracığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>61</sup>. Dolayısıyla Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilerin ölümü mirasçılara kıdem tazminatı hakkı vermez. Gazetecinin ölümü halinde Basın İş Kanunu m.18'de ölüm tazminatı verileceği düzenlenmiştir. Bu tazminatın ödenmesi için gazetecinin herhangi bir kıdeme sahip olmasının aranmadığı, kanun maddesinin başlığının "ölüm tazminatı" olması gibi gerekçelerle

<sup>56</sup> RG, 8140. Kanunun adı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun. Çalışma içerisinde kısaca "Basın İş Kanunu" ifadesi kullanılmıştır.

<sup>57</sup> RG, 12586.

<sup>58</sup> BEDÜK, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa 2012, s. 291; KOCAGİL, s. 441.

<sup>59</sup> BEDÜK, s. 291.

<sup>60</sup> RG, 8140.

<sup>61</sup> GÖKÇEK KARACA, Nuray, Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2020, s. 182.

kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı ileri sürülmüştür<sup>62</sup>. Konu ölüm tazminatı başlığı altında incelenecektir.

## 2. Ölüm Tazminatı

Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesine göre, işçinin ölümü halinde işveren, işçinin sağ kalan eşine ve ergin olmayan çocuklarına veya bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere bir miktar ödeme yapmakla yükümlüdür. Yukarıda da ifade edildiği gibi ölüm karinesi ve gaiplik kararı ölümle aynı hukuki sonucu doğurduğundan ölüm karinesi veya gaiplik kararının söz konusu olduğu durumlarda da ölüm tazminatı gündeme gelecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesindeki düzenlemede bir isme yer verilmesi de öğretide bu tazminat için "ölüm tazminatı" ifadesi kullanılmaktadır<sup>63</sup>. Ölüm tazminatı götürü nitelikte bir tazminattır<sup>64</sup>. 1475 sayılı İş Kanunu kıdem tazminatına hak kazanılması için işçinin ölümünü yeterli görmüş, ölüm sebebi hakkında bir açıklamaya yer vermemiştir. Aynı şekilde ölüm tazminatının ödenmesi için de sadece "ölüm" ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle ölüm tazminatı hakkının doğumu için de işçinin ölüm sebebi önem arz etmemektedir<sup>65</sup>.

Ölüm tazminatına öncelikle işçinin ölümünden maddi ve manevi anlamda en fazla etkilenme ihtimali olan eş ve ergin olmayan çocuğu hak kazanır. Ancak bunlar yoksa bakmakla yükümlü olduğu kişilere ödeme yapılır. Kanunun koruma amacıyla bu düzenlemeyi yaptığı düşünüldüğünde hükmün mutlak emredici nitelik taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla işçi ve işveren arasında önceden farklı yönde bir anlaşma yapılırsa bile bu sözleşme hukuken geçerli sayılmaz<sup>66</sup>. TBK m.440'ın ifa-

<sup>62</sup> SÜMER, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2016, s. 207; SOYER, s. 19.

<sup>63</sup> SÜMER, s. 135; ŞAKAR, s. 151; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218, 316; SENYEN-KAPLAN, s. 259; GÜVEN / AYDIN, s. 245; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246; SÜZEK, s. 501, 739; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 447; YÜREKLİ, s. 159. Yürekli ayrıca bu ödemenin "ölüm ödemesi" olarak da adlandırılabileceğini ifade etmiştir. Bkz. YÜREKLİ, s. 159.

<sup>64</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 317; KOCAGİL, s. 451; BASKAN, s. 64.

<sup>65</sup> YÜREKLİ, s. 159; BASKAN, s. 61; KOCAGİL, s. 449.

<sup>66</sup> AKYİĞİT, s. 35; YÜREKLİ, s. 161.

desinden de aynı sonuca ulaşılabilir. Buna göre, işçinin sağ kalan eşi ve/veya ergin olmayan çocuğu varsa bunların dışında bir kimseye işçinin önceden bu yönde bir talebi olsa dahi ödeme yapılmamalıdır. Örneğin işçinin ölümü halinde ödemenin sadece annesine yapılması yönünde işçi ve işveren arasında yapılmış bir anlaşma varsa bile işçinin annesine ödeme yapılmamalıdır. Ancak aralarındaki anlaşmaya istinaden işçinin annesine bir ödeme yapılırsa bu, işverenin ölüm tazminatı ödeme borcundan kurtulduğu anlamına gelmez diğer bir deyişle sağ kalan eş ve ergin olmayan çocuklar tazminatın kendilerine de ödenmesi yönünde işverene karşı talepte bulunabilirler.

Sağ kalan eş denince, işçinin ölüm tarihi itibarıyla aralarında geçerli resmi bir evlilik bağı bulunan kişi anlaşılmalıdır<sup>67</sup>. Ölüm tarihinde aralarında hukuki bir evlilik bağı olmayan işçinin dini nikâhlı birliktelik yaşadığı veya daha önceden evlenip boşandığı ancak ölüm tarihinde aralarında bir evlilik bağı olmayan kişiler sağ kalan eş olarak değerlendirilemez<sup>68</sup>. Boşandığı eşiyle daha sonradan barışmış ve ölüm tarihinde aynı evi paylaşıyor olması da eşe talep hakkı vermez. Aynı şekilde ölüm tarihinde işçinin nişanlısı olan kişi de hukuken işçinin eşi olmadığından ölüm tazminatı hakkına sahip değildir<sup>69</sup>. Önemli olan işçinin ölüm tarihinde eşiyle hukuken geçerli bir evlilik bağının bulunması ve eşin bu tarihte sağ olmasıdır. İşçinin ölümünden hemen sonra eşin başkasıyla evlenmesi eşe ölüm tazminatı ödemesi yapılmasına engel değildir<sup>70</sup>. Ölüm tarihinde mevcut bir boşanma davasının varlığı halinde de eş tazminat talebinde bulunabilir. Zira önemli olan işçinin ölüm tarihinde hukuken geçerli bir evlilik ilişkisi bulunmasıdır. Sonradan mirasçılarının boşanma davasına devam etmesi ve dava sonucunda eşin kusurlu bulunması dahi tazminatın ödenmesine engel değildir<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> AKYİĞİT, s. 35; YÜREKLİ, s. 161; BASKAN, s. 62; KOCAGİL, s. 449.

<sup>68</sup> AKYİĞİT, s. 36; BASKAN, s. 62. Ölüm tazminatının işçinin ölümünden sonra geride kalanlarına bir yardım niteliğinde olduğu dikkate alınrsa bu ödemenin sadece evlilik bağı bulunan eşe değil ayrıca destekten yoksun kalma tazminatında da olduğu gibi dini nikâhlı eşin bu ödemeden de yararlanabilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz. YÜREKLİ, s. 162.

<sup>69</sup> YÜREKLİ, s. 161.

<sup>70</sup> AKYİĞİT, s. 35; YÜREKLİ, s. 161; BASKAN, s. 63.

<sup>71</sup> YÜREKLİ, s. 163.

Sağ kalan eşin yanındaki diğer hak sahibi ise, işçinin ergin olmayan çocuklarıdır. İşçinin çocuklarına ödeme yapılması için aranan tek şart, çocuğun ergin olmamasıdır<sup>72</sup>. Erginlik<sup>73</sup> kendiliğinden olabileceği gibi mahkeme kararı<sup>74</sup> ya da evlilikle<sup>75</sup> de olabilir. Dolayısıyla bu durumlar ile kazanılan erginlik hallerinde de işçinin çocuğu artık ergin olmama şartını sağlamadığından ölüm tazminatından yararlanamayacaktır<sup>76</sup>. Belirtmek gerekir ki, işçinin ölümünden önce tek başına ya da eşiyile birlikte evlat edindiği bir çocuk varsa o da ölüm tarihinde ergin olmak kaydıyla ödemededen yararlanabilir<sup>77</sup>.

Ölüm tazminatına hak kazanan birden fazla kişi varsa (örneğin hem eş hem de ergin olmayan çocuk/çocuklar) ödeme her bir kişiye eşit olacak şekilde dağıtılmalıdır. Burada miras payında dikkate alınan oran göz önünde tutulmaz<sup>78</sup>. Örneğin eş ve çocuklar işçinin mirasından duruma göre farklı oranlarda pay alırken, ölüm tazminatı her birine eşit olacak şekilde paylaşılmalıdır. Ancak çoğunluğun aksine öğretilerdeki bir görüş, paylaşımın miras hukuku kurallarına göre yapılması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>79</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m.440 uyarınca sağ kalan eş ve ergin olmayan çocuk yoksa bu takdirde ödeme işçinin bakmakla yükümlü olduğu kimselere yapılır. Kanunda "bakmakla yükümlü olunan kimseler" için bir sınırlama yapılmamıştır. Bu kavramın tanımlanmasında nafaka yükümlülerini düzenleyen Türk Medeni Kanun'un 364. maddesi kıyasen uygulanmalıdır. TMK m.364'e göre, nafaka vermekle yükümlü olunan-

<sup>72</sup> SÜZEK, s. 502; KOCAGİL, s. 449. Ergin çocuğun ödemededen yararlanamamasının isabetsiz olduğu yönündeki görüş için bkz. AKYİĞİT, s. 36. Bakıma ihtiyacı olan, ekonomik durumu kötü olan ergin çocuklar için hiçbir istisna öngörülmeden tüm ergin çocukların ödemededen yoksun bırakılmasının isabetsiz olduğu yönündeki görüş için bkz. YÜREKLİ, s. 164; BASKAN, s. 63.

<sup>73</sup> Medeni Kanun m.11/1: "Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar."

<sup>74</sup> Medeni Kanun m.12: "Onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir."

<sup>75</sup> Medeni Kanun m.11/2: "Evlence kişiyi ergin kılar."

<sup>76</sup> YÜREKLİ, s. 164; KOCAGİL, s. 449.

<sup>77</sup> AKYİĞİT, s. 36; YÜREKLİ, s. 164; BASKAN, s. 63. Çünkü Türk Medeni Kanunu m.500'e göre, evlatlık da evlat edinen kişinin kanuni mirasçılardan biridir.

<sup>78</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 449; SÜZEK, s. 502; AKYİĞİT, s. 37; BASKAN, s. 64; KOCAGİL, s. 450.

<sup>79</sup> YÜREKLİ, s. 166.

lar, üstsoy-altsoy ile kardeşler ile evlat edinen ve evlatlıktır. Bir diğer ifadeyle bir kimse anne, baba, büyükanne, büyükbaba, çocuk, torun ve kardeşlerine nafaka verme yükümlülüğü altındadır. Ancak kardeşler için öngörülen nafaka yükümlülüğü nafaka verenin refah içinde yaşamasına bağlıdır. Yani kendi hayatını önemli derecede etkilemeden nafaka verebilecek durumda ise bu durumda kardeşe karşı da nafaka yükümlülüğü doğar (TMK m.364/2)<sup>80</sup>. Ancak bunların dışında olan ve yansoy hısımları sayılan amca, hala, teyze, dayı ve onların çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğü bulunmamaktadır. TMK m.364'e ek olarak ölen sigortalının hak sahiplerinin yer aldığı 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>81</sup> 3/7. maddesi de "bakmakla yükümlü olunan" kavramının tanımlanmasında kıyasen uygulanmalıdır<sup>82</sup>. Sonuç olarak, bu kavram geniş yorumlanmamalıdır. Bakmakla yükümlü olunan kişi sıfatı, işçinin üst soyu, alt soyu veya kardeşleri için geçerli olup sadece bunlar açısından tazminat söz konusu olacaktır. Ödemenin yapılabilmesi için işçinin sağlığında bu kişilere bakıyor olma şartı da aranmaz<sup>83</sup>. Kanun ifadesi işçinin fiilen baktığı kişilerden değil de "bakmakla yükümlü olunan" kişiler şeklinde olduğundan, işçinin ölümünden önce kanuni bakım yükümlülüğünün bulunmadığı evlilik dışı birlikte yaşadığı kişi ya da uzun yıllardır yanında çalışan bir kişiye karşı ölüm tazminatı ödemesi söz konusu olmayacaktır<sup>84</sup>.

Ölüm tazminatının kazanılabilmesi için işçinin asgari bir kıdeme sahip olması gerekmez, işçinin kıdemi yalnızca ödemenin miktarını etkiler<sup>85</sup>. Kıdem, işçinin işverenin yanında fiilen çalışmaya başladığı tarih ile işçinin ölümü arasında geçen süredir. Dolayısıyla işverenin yanında bir gün çalışıp ikinci gün ölen işçinin yakınları bile ölüm tazminatı ödeme-

<sup>80</sup> AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 25. Basım, İstanbul 2019, s. 304.

<sup>81</sup> RG, 26200.

<sup>82</sup> AKYİĞİT, s. 36; YÜREKLİ, s. 165; BASKAN, s. 64.

<sup>83</sup> AKYİĞİT, s. 37; YÜREKLİ, s. 165.

<sup>84</sup> AKYİĞİT, s. 36-37.

<sup>85</sup> SOYER, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S. 22, s. 18; BEDÜK, s. 243-244; KOCAGİL, s. 450; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 316; ALPAGUT, s. 941; GÜVEN / AYDIN, s. 245; SÜZEK, s. 501, 739; YÜREKLİ, s. 160; BASKAN, s. 61-62.

sinden yararlanabilir<sup>86</sup>. Ancak ölüm olayı iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra gerçekleşirse geride kalanlar işverenden bu ödemeyi talep edemezler. İşçinin sözleşmenin sona ermesinden kısa bir süre sonra ölmüş olması da sonucu değiştirmez. Zira tazminatın ödenmesi için işçinin iş ilişkisinin devamı sırasında ölmesi yeterlidir<sup>87</sup>. İşçi bildirim süresi içinde ölmüşse burada da halen iş ilişkisi sona ermediği için ölüm tazminatı gündeme gelecektir.

Kanunda işçinin hangi andaki ücretinin esas alınacağına ilişkin bir ifadeye yer verilmese de işçinin son ücreti üzerinden hesaplama yapılmalıdır<sup>88</sup>. Hükümde ücretin çıplak ücret mi yoksa giydirilmiş ücret mi olduğuna ilişkin bir ifade de bulunmamaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu m.17/7 ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14/11 ihbar ve kıdem tazminatının hesaplanması için esas alınacak ücrette “işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatlerin” de dikkate alınacağını düzenlemiştir. Bir diğer ifadeyle her iki Kanun da giydirilmiş ücretin dikkate alınacağı açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu yönde bir ifadenin yer almadığı düzenlemelerde örneğin İş Kanunu m.5/6’daki ayrımcılık tazminatının hesaplanmasında olduğu gibi çıplak ücret esas alınmalıdır. Bu nedenle ölüm tazminatının hesaplanmasında da açıkça giydirilmiş ücretin dikkate alınması gerektiği düzenlenmediğinden işçinin son çıplak ücreti üzerinden hesaplama yapılmalıdır<sup>89</sup>. Son olarak, ölüm tazminatının ödenmesinde işçinin iş sözleşmesinin türü önem taşımaz<sup>90</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m.440’ta ölüm tazminatının miktarına da yer verilmiştir. Buna göre, iş ilişkisi beş yıldan uzun bir süre sürmüştü ölüm gününden başlayarak işçinin iki aylık ücreti tutarında bir ödeme yapılır. İş ilişkisi beş yıl veya daha az sürmüştü işverenin yapacağı ödeme, işçinin bir aylık ücret tutarıyla sınırlıdır. Ölüm tazminatının miktarı “ölüm

<sup>86</sup> BASKAN, s. 61.

<sup>87</sup> AKYİĞİT, s. 34.

<sup>88</sup> AKYİĞİT, s. 35; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246; YÜREKLİ, s. 167; BASKAN, s. 65.

<sup>89</sup> ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s. 449; AKYİĞİT, s. 35; MOLLAMAHTU-TOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 317; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246; SÜZEK, s. 502; YÜREKLİ, s. 167; BASKAN, s. 65.

<sup>90</sup> ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s. 449; SÜZEK, s. 502; YÜREKLİ, s. 159; AKYİĞİT, s. 35; BASKAN, s. 62; KOCAGİL, s. 449.



gününden” başlayarak bir aylık veya iki aylık ücret tutarı olarak hesaplanmalıdır. Buna göre ölüm ayın hangi gününde olmuşsa, ödeme ölüm tarihini takip eden bir veya iki sonraki ayın aynı gününe kadar geçen süre için ödenmelidir<sup>91</sup>.

İşverence yapılacak bu ödemenin dayanağı, işverenin işçiyi gözetme borcunun sözleşme sonrasına etki etmesine dayanır<sup>92</sup>. Bu ödeme aynı zamanda işçinin ölümüyle geride kalan kişiler için bir destek olmayı amaçlar<sup>93</sup>. Bunun sonucu olarak Medeni Kanun m.1/1 çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu m.440’ın lafzına ve amacına bakıldığında ölüm tazminatının miktarına ilişkin düzenlemenin nispi emredici nitelik taşıdığı söylenebilir. Bu nedenle taraflar Kanunda öngörülen işçinin bir aylık ve iki aylık ücret tutarından daha fazla bir miktarın ödeneceğini kararlaştırabilirler<sup>94</sup>. Ancak hükmün nispi emredici niteliği, taraflar aralarında işçinin bir aylık ücret tutarından daha az bir ücret üzerinde anlaşma yapmamalıdır. Bu yönde yapılmış bir anlaşma varsa dahi bu anlaşma geçerli değildir ve işveren işçinin kıdemine bağlı olarak Kanunda öngörülen miktar üzerinden ödeme yapmalıdır<sup>95</sup>.

Türk Borçlar Kanunu’nu kapsamında olan bir işçinin ölümü halinde Türk Borçlar Kanunu m.440’ta düzenlenen ölüm tazminatı ödenir. İş Kanunu’na tabi işçilere ölüm tazminatını düzenleyen hükmün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ise öğretide görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, burada ikili bir ayırım yapılması doğru olur. İş Kanunu’na tabi olan işçinin işyerinde en az bir yıllık kıdemi varsa yani kanuni mirasçılara kıdem tazminatı ödenecekse bu durumda ayrıca işverenin ölüm tazminatı ödeme yükümlülüğü yoktur. Ancak İş Kanunu’na tabi olan işçinin o işyerinde bir yıldan az kıdemi varsa yani kanuni mirasçı-

<sup>91</sup> YÜREKLİ, s. 158.

<sup>92</sup> AKYİĞİT, s. 34; YÜREKLİ, s. 158; BASKAN, s. 59; SOYER, s. 18; KOCAGİL, s. 449.

<sup>93</sup> ALPAGUT, s. 941; GÜVEN / AYDIN, s. 245; SÜZEK, s. 740; YÜREKLİ, s. 162; BASKAN, s. 65.

<sup>94</sup> SÜZEK, s. 502; AKYİĞİT, s. 35; YÜREKLİ, s. 166; BASKAN, s. 64; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 448.

<sup>95</sup> AKYİĞİT, s. 35; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 317; YÜREKLİ, s. 166-167.

ları kıdem tazminatına hak kazanmamışlarsa bu durumda işveren ölüm tazminatını ödemelidir<sup>96</sup>.

Diğer bir görüş ise böyle bir ayrıma gitmeksizin İş Kanunu'na tabi işçiler açısından ölüm tazminatının söz konusu olmayacağı görüşündedir. Bu görüşe dayanak olarak da Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan iş sözleşmelerinde uygulanan ölüm tazminatının İş Kanunu'ndaki kıdem tazminatı ile aynı işleve sahip olmasını göstermiştir<sup>97</sup>. Bu görüş sahibi, ilk görüşten farklı olarak işçinin kıdem tazminatına hak kazanması için gerekli olan asgari bir yıllık kıdem şartından bağımsız bir değerlendirme yapmış ve İş Kanunu'na tabi olan iş sözleşmeleri açısından ölüm tazminatının hiçbir durumda söz konusu olmayacağını ileri sürmüştür. Öğretide aynı görüş farklı gerekçelerle de ifade edilmiştir. Buna göre, İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler İş Kanunu'nda boşluk olduğu zaman uygulanır. İş Kanunu'nda işçinin ölümü halinde mirasçılara kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer aldığından yani bu konuda kanunda bir boşluk olmadığından İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde ölüm tazminatı söz konusu olmayacaktır<sup>98</sup>.

Öğretide ileri sürülen diğer görüş, her iki tazminatın amaçlarının, niteliklerinin farklı olması<sup>99</sup> nedeniyle iki tazminatın birbirinden bağımsız değerlendirilmesi gerektiğini ve şartları taşıyan işçinin yakınlarının hem kıdem tazminatına hem de ölüm tazminatına aynı anda hak kazanabileceğini kabul etmektedir<sup>100</sup>. Bu görüşün gerekçelerinden biri de her

<sup>96</sup> SÜMER, s. 135; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 317. Yazara göre, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ölüm tazminatı, İş Kanunu'nda yer alan kıdem tazminatından yararlanamayan işçiler için getirilmiş bir düzenlemedir. Yani bu görüşe göre aslında ölüm tazminatının düzenlenme nedeni, Türk Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme bulunmamasındandır. Bu nedenle de İş Kanunu'na tabi olan işçi eğer kıdem tazminatına hak kazanmışsa artık ölüm tazminatı ödenmesine gerek yoktur. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 317.

<sup>97</sup> TUNÇOMAÇ / CENTEL, s. 197.

<sup>98</sup> ALPAGUT, s. 942.

<sup>99</sup> Ölüm tazminatı işçinin geride kalanlarına bir destek niteliği taşırken, kıdem tazminatı işçinin işyerindeki kıdemi ve işyerine hizmetine bağlı olarak verilen bir tazminat niteliğindedir. Bkz. SÜZEK, s. 740.

<sup>100</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 448; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 268; AKYİĞİT, s. 37-38; SENYEN-KAPLAN, s. 260; GÜVEN / AYDIN, s. 246; AK-

iki tazminattan yararlanma şartlarının ve yararlanacak kişilerin farklı olması gösterilmiştir<sup>101</sup>.

Ölüm tazminatı hakkı aslında kıdem tazminatı alma hakkına sahip olmayan Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin ölümü halinde yakınlarına destek amacı taşıyan bir ödemedir. Dolayısıyla işçinin ölümü halinde işçi eğer kıdem tazminatı alma şartını sağlıyorsa yani işyerinde en az bir yıllık kıdemi varsa ayrıca ölüm tazminatından yararlanması söz konusu değildir. Çünkü niteliği itibariyle ölüm halinde ödenen kıdem tazminatı ve ölüm tazminatı benzer niteliklere sahip, destek düşüncesiyle yapılan ödemelerdir. Ancak işyerinde bir yıllık kıdemi olmayan işçi için kıdem tazminatı hakkı söz konusu olmayacağından İş Kanunu'na göre genel kanun niteliği taşıyan Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ölüm tazminatından yararlanma imkânına sahip olmalıdırlar. Böyle bir durumda işçinin kıdemi bir yıldan az olduğundan işverenin ödeyeceği ölüm tazminatı miktarı, işçinin ölüm tarihinden itibaren bir aylık ücreti ile sınırlı olacaktır.

Deniz İş Kanunu m.20'de kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler yer almakta olup İş Kanunu'ndaki gibi ölüm tazminatını düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle İş Kanunu'na tabi işçilerin ölüm tazminatı hakkıyla ilgili öğretilerdeki tartışmalar Deniz İş Kanunu'na tabi işçiler açısından da geçerlidir. Gemi adamı kıdem tazminatı için asgari kıdem şartını ölüm tarihi itibariyle sağlamadan ölmüşse hak sahipleri ölüm tazminatını talep edebilmelidirler. Ancak kanuni mirasçılar kıdem tazminatı alma hakkına sahiplerse ayrıca ölüm tazminatı ödenmemelidir.

Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler yani gazeteciler için ise ölüm tazminatının ödenip ödenmeyeceği hususunda Basın İş Kanunu'nun 18. maddesi dikkate alınmalıdır. İlgili hükümde gazetecinin ölümü sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, gazetecinin eş ve çocuklarına eğer bunlar yoksa geçimini sağladığı aile üyelerine ölen gazetecinin aylık ücretinin üç katından az olmamak üzere bir ölüm tazminatı ödemesi yapılacağı düzenlenmiştir. Hüküm nispi emredici niteliktedir, bu neden-

YİĞİT, İş Hukuku, s. 362; SÜZEK, s. 739-740; YÜREKLİ, s. 159-160; BASKAN, s. 65-66; SOYER, s. 18; BEDÜK, s. 291.

<sup>101</sup> ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s. 448; BEDÜK, s. 291.

le taraflar iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile Kanundaki miktarın üzerinde bir ölüm tazminatın ödeneceğini kararlaştırabilirler. Ölüm tazminatının işveren tarafından ödenmemesinin yaptırımı, BİK m.26/c'de idari para cezası olarak belirlenmiştir<sup>102</sup>. Öğretide Basın İş Kanunu m.18'in hukuki niteliği tartışmalıdır<sup>103</sup>. Tartışmanın önemi, eğer BİK m.18'de düzenlenen tazminat bir kıdem tazminatı ise İş Kanunu'na tabi olan işçiler açısından ölüm tazminatının uygulanıp uygulanmayacağı hakkında tartışma Basın İş Kanunu'na tabi işçiler açısından da söz konusu olacaktır. Ancak eğer BİK m.18'deki düzenleme "ölüm tazminatı" niteliğindeyse bu tazminata hükmedileceğinden ayrıca TBK m.440'taki ölüm tazminatı söz konusu olmayacaktır.

Öncelikle BİK m.18, TBK m.440 ile benzerlik nitelikte bir düzenleme olup madde "ölüm tazminatı" başlığını taşımaktadır. Ancak ödemenin miktarı ve ödenecek kişiler bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ölüm tazminatından ayrılır<sup>104</sup>. Bu tazminatın alınması için işçinin belli bir kıdeme sahip olmasının aranmaması da bu tazminatı kıdem tazminatı olma görüşünden uzaklaştırır<sup>105</sup>. Basın İş Kanunu'ndaki düzenlemede TBK m.440'ta yer alan tazminat ile aynı nitelikte bir tazminat ödemesi öngörüldüğünden Basın İş Kanunu'na tabi işçiler ayrıca Türk Borçlar Kanunu m.440'deki tazminattan yararlanamayacaklardır<sup>106</sup>. Diğer bir deyişle Basın İş Kanunu m.18'deki düzenleme bir kıdem tazminatı niteliğinde değildir. Dolayısıyla da Basın İş Kanunu'na tabi olan kişilere TBK'da düzenlenen ölüm tazminatı hükümlerinin de uygulanması doğru değildir<sup>107</sup>. Ancak öğretide aksi görüş de vardır. Aksi görüş,

<sup>102</sup> SÜMER, s. 208; GÖKÇEK KARACA, s. 182.

<sup>103</sup> Öğretideki tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 207 vd.

<sup>104</sup> AKYİĞİT, s. 38; KOCAGİL, s. 454.

<sup>105</sup> SOYER, s. 19.

<sup>106</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 448; AKYİĞİT, s. 39; BASKAN, s. 60; SOYER, s. 18-19; KOCAGİL, s. 454.

<sup>107</sup> GÖKÇEK KARACA, s. 181; SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 208; GÜVEN / AYDIN, s. 246; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 362; AKYİĞİT, s. 37, 39; SOYER, s. 19; SENYEN-KAPLAN, s. 261. Yargıtay uygulaması da ölüm tazminatının kıdem tazminatı niteliğinde olmadığı yönündedir. Bkz. SÜMER, Basın İş Hukuku, s. 207.

Basın İş Kanunu m.18'deki düzenlemenin kıdem tazminatı niteliğinde bir düzenleme olduğunu ifade etmiştir<sup>108</sup>.

### 3. Diğer İşçilik Alacağı ve Tazminatlar

İş sözleşmesi işçinin ölümü halinde kendiliğinden sona erer. İş sözleşmesinin ölümle sona ermesinin sonucu olarak öncelikle kıdem tazminatı ve ölüm tazminatı gündeme gelir. İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda bu tazminatların işçinin ölümü halinde kime ödeneceği ve miktarı ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Ancak işçinin diğer ücret ve tazminat alacaklarıyla ilgili iş mevzuatlarında ayrıca bir düzenleme yer almadığı için bu konularla ilgili genel düzenlemelere başvurulur.

Türk Medeni Kanunu'nun 599/1. maddesine göre, "*Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar. Kanunda öngörülen ayırık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olurlar. Atanmış mirasçılar da mirası, mirasbırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler.*". Bu hükme göre, işçinin işçilik alacakları ve tazminatlar ölümle birlikte mirasçılara geçecektir. Bu nedenle ödenmeyen ücret ve tazminat dâhil olmak üzere her türlü işçilik alacakları için işçinin mirasçuları dava açma hakkına sahiptir<sup>109</sup>.

Ölüm, mirasçılara ihbar tazminatı kazandıran bir olay değildir. Ancak işçinin ölümünden önce işveren sözleşmeyi feshetmiş ve bildirim süresine uymamışsa işverenin ihbar tazminatı ödeme yükümlülüğü ortaya çıkar. İşçi hayattayken bu tazminatı işverenden talep etmediyse ölümünden sonra zamanaşımı süresini geçmemek şartıyla (İş Kanunu ek m.3'e göre 5 yıl) işçinin mirasçuları işverene dava açarak tazminatı

<sup>108</sup> ŞAKAR, Müjdat, "*Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı*", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2008, S. 2, s. 18. ŞAKAR'a göre, kıdem tazminatından yararlanma şartlarını taşımayan gazeteci kıdem tazminatı niteliği taşıyan ölüm tazminatından da yararlanamaz. Bkz. ŞAKAR, Basın İş, s. 19. YÜREKLİ'nin görüşünün de aynı doğrultuda olduğu şu ifadelerle anlaşılmaktadır: "*...diğer iş kanunlarına tabi işçilerin kıdem tazminatına ilişkin durumlarını düzenleyen (Basın İş Kanunu m.18 ve Deniz İş Kanunu m.20) olduğu gibi...*" ifadelerini kullanmıştır. Bkz. YÜREKLİ, s. 358.

<sup>109</sup> AKKANAT, s. 140.

talep edebilirler<sup>110</sup>. Mirasçılarının işçinin hak kazandığı ancak ölüm tarihi itibariyle ödenmeyen diğer tazminatlar için de (kötüniyet tazminatı, sendikal tazminat, ayrımcılık tazminatı vb. gibi) zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla işverene başvurma hakları vardır.

Tazminatlarda olduğu gibi ücretler için de aynı esas geçerlidir ve ölüm tarihi itibariyle ödenmemiş ücret varsa işçinin mirasçıları bu ücretleri işverenden talep edebilir. İşçinin ölümünden önce çalıştığı ancak ücretini almadığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri gibi ait ücretler de aynı şekilde mirasçıları tarafından talep edilebilir. Ücret alacaklarından farklı olarak yıllık ücretli izin hakkının ücrete dönüşmesi için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekir. İşçinin yıllık ücretli izin hakkı iş sözleşmesi devam ettiği sürece ücrete dönüşmez, işveren bu izni işçiye kullanırmalıdır. Ancak yıllık ücretli izin, işçinin ölümüyle sözleşme sona ereceğinden ücrete dönüşür<sup>111</sup>. Bunun sonucu olarak, işçinin kullanmadığı yıllık izni varsa bu süreye ait ücretini de mirasçıları talep edebilir<sup>112</sup>. Burada hak sahipleri zamanaşımı süresine ve bu sürenin başlangıcına dikkat edilmelidir. Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi, İş Kanunu ek madde 3'e göre işçi hangi kanuna tabi olursa olsun 5 yıldır. Ancak zamanaşımının başlangıcı, yıllık izin sürelerine ait ücret ve diğer ücret alacakları için farklılık gösterir. Zamanaşımı, ücret alacaklarında Türk Borçlar Kanunu m.149'a göre, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlarken yıllık izin sürelerine ait ücrette ise İş Kanunu m.59/1'e göre iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren başlar.

### C. İş Güvencesi Kapsamındaki İşçinin Ölümü

İş güvencesine ilişkin düzenlemeler 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18, 19, 20, 21. maddelerinde yer almaktadır. İş Kanunu'nda yer alan bu hükümler İş Kanunu'na tabi olan işçilere uygulanacağı gibi Basın İş Kanunu m.6/son uyarınca Basın İş Kanunu'na tabi olan kişilere yani gazetecilere de uygulanır. Dolayısıyla bu başlık altında yapılan açıklamalar hem İş Kanunu ve hem de Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler için geçerlidir. İş ilişkilerinin düzenlendiği diğer kanunlardan olan Türk Borçlar Kanu-

<sup>110</sup> YÜREKLİ, s. 156.

<sup>111</sup> SÜMER, s. 168-169; AYDIN / GÜVEN, s. 293; SÜZEK, s. 831-832.

<sup>112</sup> ÇELİK / CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s. 768; SÜZEK, s. 831-832.

nu ve Deniz İş Kanunu'na tabi olan işçiler açısından bu hükümler uygulanmayacaktır<sup>113</sup>.

### 1. Yargılama Başlamadan Önce

İş Kanunu m.20'ye göre, iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiasıyla önce arabulucuya başvurur. Arabuluculuk faaliyetinin sonunda taraflar anlaşamazsa son tutanağın düzenlendiği tarihten itibaren iki hafta içinde iş mahkemesinde dava açabilir.

Dava hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınmıştır. Dava hakkı, öğretide çoğunluğun da kabul ettiği üzere asıl hakka bağlı olan bir haktır<sup>114</sup>. Bir kişinin davada taraf olabilme yeteneği, "taraf ehliyeti" olarak adlandırılır. Taraf ehliyeti esasında medeni hukuktaki hak ehliyetinin usul hukukundaki görünümüdür<sup>115</sup>. Taraf ehliyeti Hukuk Mahkemeleri Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir. HMK m.50 ve hak ehliyetini düzenleyen Türk Medeni Kanun'un 8. maddesi<sup>116</sup> birlikte ele alındığında taraf ehliyeti, gerçek kişilerin yaşadıkları süre boyunca devam eder ve ölümle birlikte sona erer<sup>117</sup>. Kişi öldüğünde taraf ehliyeti de sona ereceğinden, dava açılmadan önce ölmüş kişi adına başkası dava açamaz<sup>118</sup>.

Kişiyे sıkı sıkıya bağlı haklar arasında olduğu için işe iade ya da feshin geçersizliğine ilişkin davanın işçinin dava açma süresi içinde ölmesi halinde kanuni mirasçuları tarafından açılabilmesi mümkün değildir<sup>119</sup>. Zaten işçinin ölümüyle birlikte bu dava ile gerçekleştirilmek istenen işçinin işe iade amacı da sağlanamayacağından işçinin ölümü sonra-

<sup>113</sup> SÜZEK, s. 538.

<sup>114</sup> ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Basım, Ankara 2019, s. 251.

<sup>115</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 251.

<sup>116</sup> "Her insanın hak ehliyeti vardır..."

<sup>117</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 251-252.

<sup>118</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 253.

<sup>119</sup> TULUKÇU, N. Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.303; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, Ankara 2019, s. 254; AKYİĞİT, Ercan, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar İncelemesi), Kamu-İş, C. 9, S. 4, Y. 2008, s. 15, SÜZEK, s. 600.

sı dava açılmamalıdır<sup>120</sup>. İşçinin eğer bir vekili varsa onun da bu davayı açması mümkün değildir. Çünkü vekâlet, müvekkilin yani işçinin ölümüyle sona erer. Bu nedenle işçinin ölümünden sonra müvekkili dahi işçi adına dava açma hakkına sahip değildir. İşçinin ölümünden haberi olmadan vekil tarafından açılan dava ise taraf ehliyeti yokluğu nedeniyle reddedilir<sup>121</sup>.

## 2. Yargılama Devam Ederken

Bazı hallerde işçi davayı açmış ancak yargılama devam ederken hayatını kaybetmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde yani feshin geçersizliğinin ve işe iadenin talep edildiği davanın açılmasından sonra ancak yargılama devam ederken ve henüz mahkeme tarafından nihai bir karar verilmemişken işçinin ölümü halinde ne olacağı öğretide ve Yargıtay kararlarında tartışılmıştır. Hemen belirtelim ki hiçbir ihtimalde yargılamanın konusuz kalması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır<sup>122</sup>.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, yargılama sırasında işçinin ölümü halinde mirasçılar sadece davayı takip ederek işçinin ölüm anına kadar olmak üzere en çok dört aylık boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları isteyebilirler<sup>123</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, boşta geçen süre ücreti ve iş güvencesi tazminatının ödenebilmesinin koşulu, işe iade kararının kesinleşmesinden itibaren on iş günü içinde işçinin işverene başvurmasıdır. İşçi tarafından bu başvurunun yapılmaması durumunda fesih geçerli hale gelir. İşçi öldüğü için artık başvuru da yapamayacağından boşta geçen süre ücretinin ödenmesine gerek yoktur<sup>124</sup>. Öğretide ileri sürülen aynı yöndeki diğer görüşe göre ise, işçinin ölümü nedeniyle kanunda öngörülen

<sup>120</sup> TULUKÇU, s. 303.

<sup>121</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 253.

<sup>122</sup> AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 13. SÜMER'e göre, davanın konusuz kalması için her iki tarafın da davanın esası hakkında karar verilmesinde hiçbir hukuki yararının bulunmaması gerekir. SÜMER, Uygulamalar, s. 257.

<sup>123</sup> KOCAGİL, İpek, "Karar İncelemesi-İşe İade Davasında İşçinin Ölümü", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2011, S. 1, s. 322; GÜVEN / AYDIN, s. 188;

<sup>124</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 12. Basım, İstanbul 2016, s. 666; SÜMER, Uygulamalar, s. 254-255.



süre içinde işverene başvurması imkânsız hale geldiği için boşta geçen süre ücretine hükmedilmemelidir<sup>125</sup>.

Yerel mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta, yargılama sırasında işçinin ölmesi durumunda mahkemece yargılama neticesinde feshin geçersizliğine karar verilir ise işçinin mirasçılara 4 aylık ücret ve diğer haklarının da ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Dosya temyiz edilerek Yargıtay 9. Hukuk Dairesi<sup>126</sup>'ne gelmiştir. Yargıtay, işçinin işe başlatmama tazminatı ile çalıştırılmadığı en çok dört aylık ücret ve diğer haklara hak kazanması için kesinleşen işe iade kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için başvuruda bulunması gerektiğini, ancak işçinin yargılama sırasında öldüğü için işe başvurusu imkânsız hale geleceğinden işçinin mirasçıları yönünden boşta geçen en çok dört aylık ücret ve diğer hakların hüküm altına alınmasını hatalı bularak yerel mahkeme kararını bozmuştur<sup>127</sup>. Aynı karardaki karşı oy yazısında ise çoğunluğun aksine bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, geçersiz bir fesih söz konusu ise ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre (en fazla 4 aylık) ücretine hükmedilmesi gerekecektir. Böyle bir sonuca ulaşmanın, işçinin işe iade edilmesini amaçlayan kanun hükmüne de uygun olacağı ifade edilmiştir.

Ancak Yargıtay 9. Hukuk Dairesi sonraki kararlarında görüşünü değiştirmiştir. Bir kararda, dört aya kadarki boşta geçen süreye ilişkin ücret ve diğer haklarının işverenin işe başlatma veya başlatmamaya bağlı bir sonuç olmadığı, geçersiz fesih söz konusu ise kanunun amacı göz önüne alınarak ölüm tarihine kadar boşta geçen süre ücretine 4 aylık sınırlamayı aşmamak kaydıyla hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>128</sup>. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de aynı yönde karar vermiştir. Kararda

<sup>125</sup> AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 15-16.

<sup>126</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2006/20109, K.2006/29326, K.T.06.11.2006, E.T. 01.10.2020, Kazancı İçtihat.

<sup>127</sup> Aynı yönde verilen diğer karar ve kararı yerinde bulan inceleme için bkz. AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 1-3. Yargıtay vermiş olduğu bu kararda da yine aynı gerekçe ile yani 4 aylık ücrete hak kazanılabilmesi için işçinin işverene başvuru şartının sağlanmadığından işçiye 4 aylık boşta geçen süre ücretinin ödenmeyeceğini ifade etmiştir.

<sup>128</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2009/21710, K.2009/22886, K.T.15.09.2009, E.T. 01.10.2020, Kazancı İçtihat. Yargıtay'ın kararını isabetli bulan karar incelemesi için bkz. KOCAGİL, Karar İncelemesi, s. 322.

işçinin açtığı bu dava ile iradesinin işe başlama yönünde olduğunun kabul edilmesi gerektiği söylenmiştir. Buna ek olarak işçi bu iradesini ölüm nedeni ile kullanamadığından bu davranış için öngörülen hukuki sonucun yani boşta geçen süre ücret ve diğer haklara hükmedilmesi gerektiği de eklenmiştir<sup>129</sup>. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi<sup>130</sup> de benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmıştır. Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015 yılında verdiği karar da aynı yöndedir<sup>131</sup>. Sonuç olarak Yargıtay uygulamasına göre, işçinin yargılama sırasında ölmesi durumunda yapılacak yargılama neticesinde geçersiz feshe karar verilmesi halinde ölüm tarihine kadarki boşta geçen süre ücreti ve diğer haklarına boşta geçen süre ücreti için kanundaki 4 aylık üst sınır dikkate alınarak hükmedilecektir.

İş Kanunu m.21/3'te yer alan ve en fazla işçinin dört aylık ücreti ile sınırlı olan boşta geçen süreye ilişkin ücret feshin geçersizliği halinde işçinin işe geri dönmek için işverene başvurusuna bağlı olarak ödenmektedir. Bir diğer deyişle, işçinin başvurusundan sonra işverenin işçiyi tekrar işe alıp almaması boşta geçen süre ücretinin ödenmesi açısından önem arz etmez. Önemli olan işçinin İş Kanunu m.21/6'da öngörülen süre içerisinde işverene başvurusudur. Ancak işçi feshin geçersizliği kararına rağmen ölüm nedeniyle başvuru yapamayacaktır. Feshin geçersizliğine ilişkin dava ile yargı kararlarında da ifade edildiği üzere işçinin işe iadesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla işçi açtığı dava ile iradesinin işe iade edilmesi yönünde olduğu göstermiştir. Bu nedenle davayı açtıktan sonra ölmesi ve yargılama neticesinde feshin geçersizliğine karar verilmesi halinde işçinin mirasçılara en çok dört aylık ücreti ile diğer hakları ödenmelidir.

### 3. Yargılama Sonucu İşe İadesine Karar Verildikten Sonra

Feshin geçersizliğine ilişkin dava sonucunda mahkeme feshin geçersizliğine karar vermişse, işçi İş Kanunu m.21/6 uyarınca kesinleşen

<sup>129</sup> Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E.2014/6628, K.2014/12349, K.T.04.06.2014, E.T. 01.10.2020, www.lexpera.com.tr.

<sup>130</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E.2012/19138, K.2012/24156, K.T.02.11.2012, E.T. 01.10.2020, Kazancı İçtihat.

<sup>131</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2013/22-2309, K.2015/1761, K.T.16.09.2015, E.T. 01.10.2020, Kazancı İçtihat.

mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşveren yapılan başvuru üzerine işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. Aksi halde iş güvencesi tazminatı gündeme gelecektir. Bu başlık altında işçinin on iş günlük başvuru süresi içinde ölmesi ihtimali değerlendirilecektir. İşçinin bu süre içinde ölmesi, ölüm tarihine göre üç farklı durum ortaya çıkaracaktır.

Birinci ihtimal, mahkemece feshin geçersizliğine karar verildikten sonra yasal başvuru süresi içinde işçi işverene başvuru yaptıktan sonra ölmüş olabilir. Bu ihtimalde işçi, feshin geçersizliğine ilişkin verilen yargı kararının tebliğinden itibaren on iş günü içinde işverene başvurur ve daha sonra ölürse başvuru yaptığı için mirasçılar boşa geçen süre ücreti –en fazla 4 aylık- ve işçinin diğer haklarını talep edebileceklerdir<sup>132</sup>. Ancak bu ihtimalde, işveren işçiyi işe başlatma ya da başlatmama yönündeki iradesini açıklayamadığı için artık iş güvencesi tazminatı söz konusu olmayacaktır<sup>133</sup>.

İkinci ihtimalde, işçi yasal başvuru süresi içinde ancak henüz işverene başvuru yapmadan önce ölmüş olabilir. Bu ihtimalde işçi on iş günlük süre içinde ölmüştür. Örneğin işçi yasal başvuru süresinin dokuzuncu gününde ölmüştür. Mirasçıların işçi yerine başvuruda bulunma imkânı yoktur<sup>134</sup>. Öğretide bir görüş böyle bir durumda artık mirasçılara hiçbir iş güvencesi ödemesi yapılmayacağını ileri sürmüştür<sup>135</sup>. Ancak 4 aylık boşa geçen süre ücreti her ne kadar feshin geçersizliği halinde işçinin başvurusuna bağlı ortaya çıkan bir hak olsa da bu ihtimalde de işçinin mirasçılara 4 aylık boşa geçen süre ücreti ödenmelidir. Zira 4 aylık boşa geçen süre ücretin söz konusu olması için, Kanun işçinin işverene başvurusunu aramış olsa bile ödenecek bu ücret geçmişe dönük, yargılama sırasında boşa geçen sürenin tazminine yöneliktir. Kaldı ki işçi başvuru yapmasa bile açtığı dava ile iradesinin işe geri dönme yönünde olduğunu göstermiştir. Bu nedenle de işçinin on iş günlük süre

<sup>132</sup> SÜZEK, 12. Basım, s. 666; SÜZEK, s. 601; AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 16-17; TULLUKÇU, s. 323.

<sup>133</sup> AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 17.

<sup>134</sup> AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 17.

<sup>135</sup> AKYİĞİT, Karar İncelemesi, s. 17.

içinde ölümü halinde işverene başvuru yapmamış olsa dahi boşta geçen süre ücreti ve diğer hakları ödenmelidir.

Son ihtimalde ise, işçi yasal başvuru süresi geçtikten sonra ölmüş ancak başvuru süresi içinde bir başvuruda bulunmamış olabilir. Bu ihtimalde işçi on iş günü içinde işverene başvuruda bulunmamıştır. İş Kanunu m.21/6'da başvuruda bulunmamasının hukuki sonucu düzenlenmiştir. Buna göre, işçi on iş günlük süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır. Dolayısıyla da işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olacağından boşta geçen süre ücretine hükmedilmesi söz konusu olmaz.

### III. İŞVERENİN ÖLÜMÜ

#### A. İşverenin Kişiliğine Bağlı Olmadan Kurulan Sözleşmeler Açısından

İşverenin ölümü, işçinin ölümünden farklı olarak kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez<sup>136</sup>. İşverenin ölümüyle yerini mirasçılar alır (TBK m.441/1<sup>137</sup>). Çünkü iş sözleşmesinde işçinin kişiliği, taşıdığı kişisel özellikler önemlidir. Ancak işveren açısından iş sözleşmesi istisnai haller dışında malvarlıksal bir değer taşır. Yani iş sözleşmesi işçi açısından kişisel borç doğururken işveren malvarlığına ilişkin bir borç (örneğin ücret ödeme gibi) altına girer<sup>138</sup>. Ayrıca işverenin iş sözleşmesinden doğan borçlarını bizzat yerine getirme yükümlülüğü de yoktur. Borcunu bazen işveren vekilleri aracılığıyla da yerine getirebilir<sup>139</sup>. Dolayısıyla da işverenin ölümü halinde iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar külli halefiyet ilkesi gereği mirasçılara geçer<sup>140</sup>. Böylece iş sözleşmesi işve-

<sup>136</sup> AKYİĞİT, s. 33; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 183; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218; SENYEN-KAPLAN, s. 190; ALPAGUT, s. 943; GÜVEN/AYDIN, s. 154; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246.

<sup>137</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesi mülga 818 sayılı Kanun'un 347. maddesinde yer almaktaydı. Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere madde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 338a maddesinden alınmıştır. GÜNAY, s. 1384.

<sup>138</sup> GÜVEN / AYDIN, s. 59.

<sup>139</sup> GÜVEN / AYDIN, s. 154.

<sup>140</sup> SÜZEK, s. 502; YÜREKLİ, s. 169; BEDÜK, s. 244; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218. İşverenin taraf olduğu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçların mirasçılara geçmesinin istisnasını mirasçılardan mirası reddetmesi hali oluşturur. Şöyle ki işverenin ölümü halinde mirasçılardan miras-

renin mirasçılarıyla devam eder ve sözleşmenin işveren tarafı mirasçılar olur<sup>141</sup>. Ancak bunun için mirasçı ya da mirasçıların kanuni olarak mirası reddetmemiş ya da mirastan atılmamış olması gerekir<sup>142</sup>. Sözleşmenin tarafı olmalarının sonucu olarak mirasçılar işin ifasını isteme hakkına sahip olur<sup>143</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m.441/1’de işverenin ölümü halinde hangi hükümlerin uygulanacağı da düzenlenmiştir. Sözleşmenin işverenin kişiliğine bağlı olmadan kurulduğu durumlarda işverenin ölümü halinde iş ilişkisinin devrine ilişkin hükümler (TBK m.428) kıyas yoluyla uygulama alanı bulur. İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devrini düzenleyen TBK m.428, aynı konuyu düzenleyen İş Kanunu m.6’ya paralel düzenlemeler içerir<sup>144</sup>. TBK m.441’e göre ayrıca hizmet devrine ilişkin hükümler de kıyas yoluyla uygulanır. Hizmet devrine ilişkin düzenlemeler “sözleşmenin devri” başlığı altında TBK m.429’da düzenlenmiştir.

## B. İşverenin Kişiliğine Bağlı Olarak Kurulan Sözleşmeler Açısından

İş sözleşmelerinde önemli olan işçinin kişiliğidir. Ancak bazı hal-lerde işverenin kişiliği de önem taşır. Böyle iş sözleşmelerinde işçi iş görme borcunu bizzat işverenin şahsına yönelik yerine getirir<sup>145</sup>. Her ne kadar kural işverenin ölümü halinde sözleşmenin mirasçılarla devam etmesiye de işverenin kişiliğine bağlı kurulan sözleşmeler bu durumun istisnasını oluşturur<sup>146</sup>. İstisnai olarak rastlanan bu durumda sözleşme

---

sı reddetmişler ise sözleşmenin tarafı olamayacaklardır. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218.

<sup>141</sup> SÜMER, s. 98; AKYİĞİT, s. 33; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; SENYEN-KAPLAN, s. 190; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218.

<sup>142</sup> AKYİĞİT, s. 39-40, YÜREKLİ, s. 170; BASKAN, s. 68.

<sup>143</sup> ŞAKAR, s. 89.

<sup>144</sup> Yazara göre, işverenin ölümüyle iş sözleşmesi külli halefiyet gereği mirasçılarla devam eder, kanunda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devrini düzenleyen TBK m.428’in uygulanacağına dair bir ifade yer almasa da bu sonucu ulaşılabildi. Ayrıca TBK m.428/3’te yer alan birlikte sorumluluk hükümleri külli halefiyet gereği mirasçılara devrolan iş sözleşmesinde uygulanamaz. Bkz. ALPAGUT, s. 943.

<sup>145</sup> SENYEN-KAPLAN, s. 190; AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246.

<sup>146</sup> AKYİĞİT, s. 33; DEMİRCİOĞLU / CENTEL / KAPLAN, s. 166; EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 183. İstisnai olarak rastlanan bu sözleşmelere örnek olarak

işverenin kişiliği dikkate alınarak kurulduğu için işverenin ölümü ile birlikte kendiliğinden sona erer. Sözleşmenin artık işverenin mirasçıları ile devam etmesi söz konusu olmaz<sup>147</sup>. Sözleşme kendiliğinden sona erdiği için işçinin bir irade açıklamasında bulunmasına gerek yoktur<sup>148</sup>. Ayrıca TBK m.441/2 hükmü gereği, tarafların arasında kurulmuş bu nitelikte bir iş sözleşmesinin türü önem taşımaz<sup>149</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 441/2 maddesinde konuyla ilgili olarak *"işverenin kişiliğine bağlı olarak kurulan sözleşmelerde işverenin ölümü sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir."* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Sözleşmenin işverenin ölümüne bağlı olarak sona ermesi halinde işçinin zarara uğrama ihtimali vardır<sup>150</sup>. Eğer işçi iş sözleşmesinin süresinden önce sona ermesi yüzünden zarara uğramışsa, TBK 441/2'ye göre mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir. İşçinin tazminat isteyebilmesinin koşulu, işverenin ölümü nedeniyle sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak bir zarara uğramış olmasıdır<sup>151</sup>.

Öğretideki bir görüşe göre, Kanun tazminatın ödenmesini sözleşmenin süresinden önce sona ermesi şartına bağladığından bu tazminat sadece belirli süreli iş sözleşmelerinde söz konusudur<sup>152</sup>. Ancak aksi görüş ise, "sözleşmenin süresinden önce sona ermesi" ile kastedilenin

---

kanser hastasının bakımı için hasta bakıcıyla anlaşılması halinde sözleşmenin süresi dolmadan önce kanser hastasının ölümü halinde iş sözleşmesi sona erer. Bkz. TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 197-198. Ya da özel koruma görevlisi işçisi olan bir işveren ölürse koruma görevlisinin iş sözleşmesi sona erer. Bkz. GÜVEN / AYDIN, s. 154; SÜZEK, s. 502, YÜREKLİ, s. 171.

<sup>147</sup> EYRENCİ / TAŞKENT / ULUCAN, s. 184; TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 197; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, İş Hukuku Ders Kitabı, s. 218; ALPAĞUT, s. 943; GÜVEN / AYDIN, s. 154; SÜZEK, s. 502; BASKAN, s. 68; AKKANAT, s. 144-145. Yürekli'ye göre, bu hüküm mutlak emredici niteliktedir, işverenin kişiliğinin önem taşıdığı bir iş sözleşmesi tarafların önceden anlaşmasıyla dahi işverenin mirasçılarıyla devam edemez. Mirasçıların işverenin yanında çalışması halinde yeni bir iş sözleşmesinin varlığı gerekir. YÜREKLİ, s. 172. Hükmün mutlak emredici nitelikte olmadığı yönündeki görüş için bkz. AKYİĞİT, s. 41.

<sup>148</sup> YÜREKLİ, s. 172.

<sup>149</sup> YÜREKLİ, s. 172.

<sup>150</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 449.

<sup>151</sup> YÜREKLİ, s. 173; AKYİĞİT, s. 44; BASKAN, s. 69. Buradaki tazminat işçinin ölümü halinde ödenen kıdem tazminatı ile aynı nitelikte değildir. Bkz. AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 362-363.

<sup>152</sup> GÜVEN/AYDIN, s. 154.

sözleşmenin vaktinden önce sona ermesi olarak anlaşılması gerekir. Belirli süreli iş sözleşmeleri için belirli süreden önce, belirsiz süreli iş sözleşmesi için ise ihbar süresinden önce sona erdiği şeklinde anlaşılır ve bu nedenle de her iki sona erme durumunda da hakkaniyete uygun bir tazminat ödenmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>153</sup>.

Tazminat miktarını hâkim hakkaniyete göre takdir eder<sup>154</sup>. Ancak tazminat miktarı, işçinin zararını aşamaz<sup>155</sup>. İşverenin kişiliğine bağlı olarak kurulan belirsiz süreli iş sözleşmesi için TBK m.432/2'deki ihbar süresi kadar bir tazminat istemek hakkaniyete uygun düşecektir<sup>156</sup>. İşverenin kişiliğine bağlı olarak kurulan belirli süreli iş sözleşmesi için ise sözleşmenin işverenin ölümüyle sona ermesi halinde sözleşmenin geri kalan süresi için ödenecek ücreti tazminat olarak belirlemek hakkaniyete uygun düşecektir<sup>157</sup>. Ancak sözleşmenin geri kalan kısmının oldukça uzun olması, ifa edilen kısmın ise buna nispeten oldukça az olduğu bir durumda sözleşmenin geri kalan süresi için bir tazminata hükmetmek hakkaniyete uygun düşmeyeceğinden belirsiz süreli iş sözleşmelerindeki gibi hizmet süresine göre bir belirleme yapılmalı ya da TBK m.408 işverenin temerrüdü hükümleri ile TBK m.438 haklı sebebe dayanmayan fesih ile ilgili hükümlere başvurularak indirim yapılmalıdır<sup>158</sup>. Hakkaniyete uygun bir tazminat ödeneceğini düzenleyen TBK m.441 hükmü, TBK'nın genel kanun niteliği taşıması ve özel kanunlarda herhangi bir düzenleme yer almaması nedeniyle İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde de uygulanacaktır<sup>159</sup>.

## SONUÇ

Gerçek kişilerde kişilik, ölümle sona erer. Ancak bazen kişinin ölümü maddi olarak ispatlanamasa da öldüğüne kesin gözüyle bakılır ve ölüm karine olarak kabul edilir. Bu anlamdan ölüm karinesi de ölümle aynı hukuki sonuçları doğurur. Bazı hallerde ise kişinin ölümüne ke-

<sup>153</sup> AKYİĞİT, İş Hukuku, s. 246-247; AKYİĞİT, s. 42; YÜREKLİ, s. 173.

<sup>154</sup> ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT, s. 450.

<sup>155</sup> TUNÇOMAĞ / CENTEL, s. 198.

<sup>156</sup> YÜREKLİ, s. 175; AKTAY / ARICI / SENYEN-KAPLAN, s. 172; BASKAN, s. 70.

<sup>157</sup> YÜREKLİ, s. 175; BASKAN, s. 70.

<sup>158</sup> AKYİĞİT, s. 43-44; YÜREKLİ, s. 174-175.

<sup>159</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 218; AKYİĞİT, s. 45.

sin gözüyle bakılmasa da kuvvetli bir ihtimal dâhilinde öldüğü kabul edilir. Bu gibi hallerde ise gaiplik karinesi kabul edilir ve Kanunda öngörülen sürelerin dolmasıyla birlikte mahkeme kişinin gaipliğine karar verir. Gaiplik kararı ile birlikte ölüme bağlı haklar gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.

Ölüm bireysel iş hukukuna da etki eden hukuki bir olaydır. İş sözleşmesi taraflarından birinin ölümü halinde ölen tarafın kim olduğuna bağlı olarak farklı hukuki sonuçlar doğar. İş sözleşmesinin kurulmasında işçinin niteliği, kişisel özellikleri önem taşır. Bunun sonucu olarak da işçi iş sözleşmesinden doğan borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. İşçinin ölümü halinde iş görme borcunu yerine getirmesi imkânsızlaşır ve sözleşme kendiliğinden sona erer. İş ilişkilerini düzenleyen kanunlar bakımından Türk Borçlar Kanunu genel kanun niteliği taşır. Türk Borçlar Kanunu'nun 440. maddesinde işçinin ölümünün sözleşmeyi kendiliğinden sona erdireceği düzenlenmiştir. Ancak işverenin ölümü kural olarak iş sözleşmesini sona erdirmez. İşveren açısından iş sözleşmesi malvarlıksal bir nitelikte olduğundan işverenin ölümü halinde mirasçılar iş sözleşmesinin tarafı haline gelirler. Ancak istisnai de olsa işverenin kişiliğinin önemli olduğu sözleşmelerde işverenin ölümü sözleşmeyi sona erdirir. İşverenin kendisine yabancı dil öğretmesi için bir öğretmenle anlaşması ya da güvenliğini sağlama için özel bir koruma görevlisi tutması halinde kurulan sözleşmelerde işverenin kişiliği önem arz eder. Böyle bir durumda işverenin ölümü halinde işçinin iş görme borcunu mirasçılara karşı yerine getirmesi beklenemeyeceğinden ölümle birlikte iş sözleşmesi de sona erer.

Ölümle birlikte başta ölüm tazminatı ve kıdem tazminatı olmak üzere işçinin ölümle birlikte doğmuş veya ölümden önce doğan ancak ölüm tarihi itibarıyla ödenmeyen birtakım alacakları da gündeme gelir. Kıdem tazminatı, İş Kanunu'na tabi işçinin ölümünde işyerinde asgari bir yıl kıdeme sahip olması halinde kanuni mirasçılara ödenir. 1475 sayılı Kanun'a göre kıdem tazminatı sadece İş Kanunu'na tabi işçinin ölümü halinde gündeme gelir. Deniz İş Kanunu m.20'de de İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeye benzer bir şekilde gemi adamının ölümünün kıdem tazminatı hakkı doğuracağı düzenlenmiştir. Basın İş Kanu-



nu'nda ise gazetecinin ölümü mirasçılara kıdem tazminatı talep hakkı vermez.

Türk Borçlar Kanunu m.440'ta yer alan ölüm tazminatı öncelikle Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilere uygulanır. İş Kanunu'na tabi işçilere uygulanıp uygulanmayacağı ise öğretide tartışılmıştır. İşçinin mirasçuları eğer kıdem tazminatı alma hakkına sahipse artık ölüm tazminatı gündeme gelmemelidir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun İş Kanunu, Deniz İş Kanunu karşısında genel kanun niteliğine sahip olması da dikkate alınarak İş Kanunu'na ve Deniz İş Kanunu'na tabi işçilerden işyerinde asgari bir yıl kıdemi olmayan yani kanuni mirasçılarının kıdem tazminatı hakkına sahip olmayanların ölüm tazminatı talep hakkına sahip olabilmeleri gerekir. Basın İş Kanunu'na tabi işçiler için ise Basın İş Kanunu'nda ölüm tazminatını düzenleyen ayrı bir hüküm bulunmaktadır. Öğretide bu tazminatın kıdem tazminatı niteliğinde olduğuna dair görüşler olsa da tazminatın düzenlendiği hükmün başlığı ve niteliği itibariyle ölüm tazminatı olduğunu kabul etmek gerekir. Kıdem tazminatı ve ölüm tazminatı dışındaki diğer işçilik alacakları için de mirasçılar talep hakkına sahiptir. Ancak burada mirasçılar zamanaşımı süresini dikkate almalıdırlar. Gerek ölüm tazminatı ve kıdem tazminatının birlikte ödenip ödenmeyeceği gerekse Basın İş Kanunu'nda işçinin ölümüne bağlı ödenen tazminatın hukuki niteliği konusundaki öğretideki görüş ayrılıkları konuyla ilgili bir yargı kararının oluşması halinde giderilecektir. Buna ek olarak yakın zaman sayılabilecek bir tarihte yürürlüğe giren İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeler karşısında yürürlük tarihi oldukça eski olan Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nun güncel düzenlemelere uyum sağlayacak şekilde yeniden hazırlanması da yararlı olacaktır.

## KISALTMALAR CETVELİ

BİK	: 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
sK.	: Sayılı Kanun
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: Yıl

## KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, Medeni Hukuk, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 25. Basım, İstanbul 2019.
- AKKANAT, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- AKYİĞİT, Ercan, “Ölüm ve İş İlişkisindeki Yeni Sonuçları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S. 22, 32-44.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Basım, Ankara 2018 (İş Hukuku).
- AKYİĞİT, Ercan, İşçinin Ölümünün İş Güvencesi Uyuşmazlığına Etkisi (Karar incelemesi), Kamu-İş, C. 9, S. 4, Y. 2008, s. 1-17 (Karar İncelemesi).
- AKTAY, A. Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 6. Basım, Ankara 2013.
- ALPAGUT, Gülsevil, “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 31, Y. 2011, s. 913-959.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık, 5. Basım, Ankara 2019.
- ATAAY, Aytekin, Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, Fakülteler Matbaası, 3. Basım, İstanbul 1978.
- AYDIN, Ufuk / GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Nisan Kitabevi, 5. Basım, Eskişehir 2017.
- BASKAN, Ş. Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ölümün Hizmet Sözleşmesine Etkisi ve Yeni Bir Tazminat: Ölüm Tazminatı”, TBB Dergisi, S. 104, Y. 2013.
- BEDÜK, Mehmet Nusret, Deniz İş Sözleşmesi, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2012.
- ÇELİK, Nuri / CANİKLIÖĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 32. Basım, İstanbul 2019.

ÇİL, Şahin, Kıdem Tazminatı, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.

DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 20. Basım, Ankara 2019.

EYRENCİ, Ömer / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 9. Basım, İstanbul 2019.

G. AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 10. Basım, İstanbul 2013.

GÖKÇEK KARACA, Nuray, Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2020.

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yetkin Yayıncılık, 1. Basım, Ankara 2012.

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık A.Ş., 8. Basım, İstanbul 2017.

KOCAGİL, İpek, "İşçinin Ölümünün İş İlişkisi Bakımından Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Y. 2014, C. 20, S. 1, s. 429-457.

KOCAGİL, İpek, "Karar İncelemesi-İşe İade Davasında İşçinin Ölümü", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2011, S. 1, s. 311-323 (Karar İncelemesi).

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Lykeion Yayınları, Ankara 2019.

ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, Turhan Kitabevi, 10. Basım, Ankara 2001.

SENYEN-KAPLAN, E. Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gazi Kitabevi, 7. Basım, Ankara 2015.

SOYER, Polat, "Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesine İlişkin "Yeni" Türk Borçlar Kanunu Hükümleri ve İş Hukuku Bakımından Önemi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2011, S. 22, s. 12-21.

- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 24. Basım, Ankara 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, 7. Basım, Ankara 2019 (Uygulamalar).
- SÜMER, Haluk Hadi, Bireysel Basın İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, Ankara 2016 (Basın İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 18. Basım, İstanbul 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 12. Basım, İstanbul 2016.
- ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 12. Basım, İstanbul 2018.
- ŞAKAR, Müjdat, "Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y. 2008, S. 2, s. 11-29 (Basın İş).
- TULUKÇU, N. Binnur, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükmüne Göre İş Güvencesi-İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 9. Basım, İstanbul 2018.
- YÜREKLİ, Sabahattin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, 3. Basım, Ankara 2016.





## YÜRÜTME ORGANININ GÜÇLENDİRİLMESİ EĞİLİMİNİN CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNE GEÇİŞE ETKİLERİ

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN \*

### Öz

Üçüncü demokrasi dalgası sürecinde demokrasiye geçen ve demokrasi ile yönetilmekte olan ülkelerin en önemli sorunlarından biri hükümet sistemi tercihi noktasında yaşanmaktadır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle Bakanlar Kurulunun varlığına son verilmiş, yürütme yetkisi tek başına cumhurbaşkanına bırakılmıştır. Fakat yeni sistemde, parlamenter sistemdeki bakanlardan farklı bir konuma sahip olan bakanlar, varlığını korumaya devam etmektedir.

Çalışmamızda cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş sürecinde, yürütme organında yer alan cumhurbaşkanının güçlendirilmesi eğilimini, Bakanlar Kurulunun kaldırılmasını gerektiren sebepleri ve bu sebeplere dayanılarak, Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının ne derece isabetli olduğunu açıklamaya çalışacağım.

### Anahtar Kelimeler

Bakanlar Kurulu • Cumhurbaşkanı • Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi •  
Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi • 2017 Anayasa Değişiklikleri

\* Arş. Gör., Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Asst., Süleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Constitution Law, Isparta, Turkey.

✉ didemerdogan@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4007-5675

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ERDOĞAN Didem, "Yürütme Organının Güçlendirilmesi Eğiliminin Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Geçişe Etkileri", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 219-261.

📄 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE EFFECTS OF STRENGTHENING THE EXECUTIVE AUTHORITY ON THE TRANSITION TO THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM

### Abstract

One of the most important problems of the countries that have just proclaimed the democracy and are governed by democracy is being experienced at the point of preference for the government system within the process of the third wave of democracy. With the transition to the Presidential System of Government, the existence of the Council of Ministers was ended and the Executive Power has been left to the discretion of the President. Nevertheless, in the new system, ministers who have a different position than those in the Parliamentary system keeps going on.

In our study, I will try to explain the tendency to strengthen the President within the position of Executive authority during the transition to the Presidential Government System, the reasons for the abolition of the Council of Ministers and, based on these reasons, to hit the target that is appropriate to abolish the Council of Ministers.

### Key Words

Council of Ministers • The President of Republic • Presidential Decree • Presidential Government System • 2017 Constitutional Amendments of Turkey

## GİRİŞ

Ülkemizde 21.01.2017 tarihinde kabul edilen 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un<sup>1</sup> 16.04.2017 tarihinde zorunlu halkoylamasıyla kabulünün ardından, bu yasanın 18. maddesinde belirtildiği gibi aşamalı olarak üç dönemde hayata geçirilmesi uygun bulunan düzenlemeler öngörülmüştür.

Değişikliklerin bir kısmı kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, bir kısmı bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) ve cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin yürürlüğe girdiği tarihte ve son kısmı da birlikte yapılacak TBMM ve cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda seçilecek Cumhurbaşkanı'nın göreve başlama tarihi olarak belirtilmişti. En nihayetinde, 2019 yılının Kasım ayında yapılması planlanan seçimlerin, alınan erken

---

<sup>1</sup> Resmî Gazete, 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı.



seçim kararıyla 24.06.2018 tarihinde gerçekleşen Cumhurbaşkanı ve milletvekili genel seçimlerinden sonra, 09.07.2018 tarihinde tüm hükümler yürürlüğe girmiştir. Bunların içinde en dikkat çekici olanı, elbette hükümet sistemi değişikliğine ilişkin olanlardır.

Anayasa değişikliğinin ardından, yürütme yetkisinin tümünün tek bir organa ait olduğu, başkanlık sistemine özgü monist yürütme yapısı benimsenmiştir. Bu nedenle parlamenter sistemden, bir nevi başkanlık sistemine geçtiğimiz anayasal yapımızın incelenmesi, Türk tipi başkanlık sistemi modeline geçiş süreciyle yürütme erkinin güçlendirilmesi eğilimi ile arasındaki ilişkinin mahiyetinin ortaya konması gerekmektedir.

## I. 1982 ANAYASASININ BENİMSEDİĞİ HÜKÜMET SİSTEMİNDEN SAPMALAR

1982 Anayasasında parlamenter sistemin benimsenmesi ile 1961 Anayasasının benimsediği hükümet sistemi geleneği devam ettirilmiştir. Fakat iki Anayasa arasında, yasama, yürütme ve yargı ilişkilerinin mahiyeti<sup>2</sup> bakımından, 1982 Anayasası döneminde yürütme lehine değişen bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Bunun temelinde, kuvvetler ayrılığı teorisini benimsemiş tüm anayasal demokrasilerde, devletin görevlerinin artmasıyla birlikte, yasama organının gelişen şartlara ayak uydurmaya ağır ve hantal yapısıyla yetişememesi yatmaktadır<sup>3</sup>. Anayasal devlet ile demokratik devletin bir sentezi olan anayasal demokrasilerde istikrarın sağlanabilmesi, anayasal devletin kurumlarına ihtiyaç bulunduğu idrakiyle mümkündür<sup>4</sup>. Parlamenter sistemde devlet başkanı, yürütme organının sorumsuz başı, devlet birliğinin ve ülkenin bütünlüğünün

<sup>2</sup> 1961 Anayasasında yasama ve yürütme ilişkilerinin analizi konusunda bk. ÖZÇELİK, Ahmet Selçuk. "Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler", İÜHFİM, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 34-44.

<sup>3</sup> TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 385, YOKUŞ, Sevtap, "Cumhurbaşkanı ve Başbakanın Konumu Üzerinden Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları", 1982 Anayasası'nın 30. Yıl Bilançosu, Ed.: Nihan Yancı Özalp, Sinem Şirin, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 13-41.

<sup>4</sup> TÖGEL, Akif "Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine", YBHD, S. 1, 2007/3, s. 115.

sembolik temsilcisidir<sup>5</sup>. Fakat ülkemizde, yapılan Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin genişletilmesi; parlamenter sistemin özelliği olan cumhurbaşkanlığı makamını devletin başı olarak sembolik, etkisiz olma<sup>6</sup> durumundan çıkarıp daha geniş yetkilerle donatılmış bir makam haline getirmiştir. Bu da parlamenter sistemden sapma, yarı başkanlık sistemine doğru kaymanın bir göstergesi ve son olarak da hükümet sistemi değişikliğine yol açan bir etken olarak değerlendirilmektedir. 1982 Anayasasının hazırlanması aşamasında da Danışma Meclisindeki tartışmalarda, bazı üyeler tarafından anayasa tasarısında düzenlendiği şekliyle yürütme organının özelliklerinin parlamenter hükümet sistemine uymadığı şu sözlerle ileri sürülmüştür:

*“Sayın Komisyonumuzun getirdiği Tasarıda, parlamenter rejim diyebileceğim şekilde bir icra organının düzenlendiğine inanamıyorum. Bu bir parlamenter rejimin kendi mantığına, kendi rasyoneline uyan bir düzenleme değildir”<sup>7</sup>.*

*“Tasarıda yasamada tek meclis, yürütmede ise Cumhurbaşkanının kuvvetli olduğu bir parlamenter sistem getirilmiştir. Mutlaka güçlü devletin başkanına da güç verecek yetkilerin olması gereklidir. Ancak, yürütmenin sıhhatli işlemesi için de Başbakanın ve Bakanlar Kurulunun da güçlü kılınması tabiidir”<sup>8</sup>.*

Yürütme organı yapısı itibariyle gerekli tedbirleri almada yasama organına nazaran daha hızlı ve uygun hareket edebilme kabiliyetine sahiptir. Yasama organının yürütme karşısındaki etkinliğini zayıflatan nedenler arasında, uluslararası ilişkilerin yoğunlaşması ile hükümetlerin kurulması ve güvenoyu almada parlamentolardan yana yaşadığı güçlükler örnek gösterilebilir<sup>9</sup>. Uluslararası ilişkilerin seri bir şekilde neticeye

<sup>5</sup> KARATEPE, Şükrü, Anayasa Hukuku, Ankara, Savaş Yayınevi, 2013, s. 143.

<sup>6</sup> ULUŞAHİN, Nur “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. III, S. 1, 2011, s. 33.

<sup>7</sup> Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 125. Birleşim, T.: 11/08/1982, 3. Oturum, C. VII, s. 401, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c007/dm\\_02007125.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm_02007125.pdf), 12 Temmuz 2020.

<sup>8</sup> Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 126. Birleşim, T.: 12/08/1982, 1. Oturum, C. VII, s. 458, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM\\_/d02/c007/dm\\_02007126.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/DM_/d02/c007/dm_02007126.pdf), 12 Temmuz 2020.

<sup>9</sup> TURAN, İlter, “Parlamenter Demokraside Denetim İşlevi ve Türkiye”, AÜSBFD, C. XXXIII, S. 1, 1978, s. 8-9.

kavuşturulma özelliği, az sayıda muhatapla sürekli ve düzenli karar alınabilmesiyle mümkündür<sup>10</sup>. Yürütme organının güçlendirilmesinin temelinde yatan bir diğer önemli neden ise ekonomik kriz, yaygın şiddet hareketleri, doğal afetler, terör ve savaş tehdidi gibi olağanüstü hallerin varlığıdır<sup>11</sup>. Yürütme lehine gerçekleştirilen bu farklılıkları; yürütmenin kendi içinde güçlendirilmesi, yürütmenin yasama organı karşısında güçlendirilmesi ve yürütmeyi güçlendirmek maksadı ile yargı yetkisinde yapılan kısıtlamalar olmak üzere üç grupta inceleyebiliriz<sup>12</sup>.

Yürütmenin kendi içinde güçlendirilmesine yönelik anayasal hükümleri iki grupta toplamak mümkündür. Bunlar, Cumhurbaşkanının statüsünde yapılan değişiklikler ve merkezi idareyi güçlendirici tedbirlerdir.

Cumhurbaşkanının statüsü konusunda yapılan değişiklikler, Cumhurbaşkanının seçimi, görevleri ve resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı ile ilgilidir. Böylece Cumhurbaşkanının 1961 Anayasasında benimsenen saf parlamenter sistemin “iki kanatlı” yapısıyla bağdaşmayacak düzenlemeler yapılmıştır<sup>13</sup>. Saf parlamenter sistemde yürütme organının iki kanatlı olarak nitelendirilmesinin nedeni, iki kanatlı bir canlıyı gözümüzün önüne getirdiğimizde, özel bir dengeyle uçmayı sağladığı ayrıksı bir özellikle doğal görünümünü tamamlayabilmesidir<sup>14</sup>. Dolayısıyla dengeyi sağlayan kanatlardan biri farklılaştırıldığında, bunun, parlamentoda aksak veya bozulmuş bir yapıya sebebiyet vereceği, parlamentoda dengenin kaybolacağı ve normalden sapma yaşanacağı kuşkusuzdur<sup>15</sup>.

1982 Anayasasının ilk haline baktığımızda, Cumhurbaşkanına Anayasanın 101. maddesi uyarınca, Meclis üye tamsayısının 1/5'inin yazılı

<sup>10</sup> TURAN, s. 8.

<sup>11</sup> SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 220.

<sup>12</sup> KUZU, Burhan, Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 163-168.

<sup>13</sup> ULUŞAHİN, Nur, “Rejim Muhafızlığından ve İki Başlılıktan Vazgeçmek”, Birikim, S. 219, 2007, s. 18-26.

<sup>14</sup> ULUŞAHİN, Nur, “Anayasa Sorunu Üzerine: Sivil Anayasa Tartışmasının Gölgesinde 21 Ekim Referandumu”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, 2007, s. 7.

<sup>15</sup> ULUŞAHİN, Anayasa Sorunu, s. 8.

önerisiyle Meclis dışından da seçilebilme imkânı tanındığını görmekteyiz. Öte yandan Cumhurbaşkanının görevlerine ilişkin hükümler, önceki anayasalarda, anayasanın muhtelif hükümlerine serpiştirilmiş durumdayken, 1982 Anayasasında bu yetkiler tek bir madde halinde 104. maddede toplanmıştır<sup>16</sup>. Böylece Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı ile ilgili görevleri ve yetkileri teker teker sayılarak, Anayasada en net tanımlanmış organ olan Cumhurbaşkanının, Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmesinin

<sup>16</sup> 1982 Anayasasının ilk halindeki 104. madde şu şekildedir: “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır: a) Yasama ile ilgili olanlar: Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırarak, Kanunları yayımlamak, Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak, Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek, b) Yürütme alanına ilişkin olanlar: Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, Yabancı devletlere Türk Devletin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, Genelkurmay Başkanını atamak, Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak, Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek, Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, Kararnameleri imzalamak, Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, Üniversite rektörlerini seçmek, c) Yargı ile ilgili olanlar: Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek. Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.”

kolaylaştırılması amaçlanmıştır<sup>17</sup>. Kuzu'ya göre tüm bu yetkilerin tek bir başlık altında toplanmasının amacı, sistematik kolaylık sağlamanın ötesinde, cumhurbaşkanlığının tüzel konumuna ne kadar fazla önem verildiği konusunda psikolojik bir etki yaratmaktır<sup>18</sup>.

Merkezi idareyi iyileştirmeye yönelik tedbirlerin, aslında 1982 Anayasası döneminin çok daha öncesinde, 1960 yılında Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) adı verilen, ekonomik, sosyal ve kültürel politikalarda hükümete destek vermek amacıyla oluşturulan kurumun tesiriyle alınmaya başlandığını söyleyebiliriz. DPT'nin kurulmasından önce dağınık yapıda olan çalışmalar, DPT'den sonra yerini planlı çalışmalara bırakmıştır<sup>19</sup>. 1963 yılında hazırlanan, Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi (MEHTAP), 1972 yılında hazırlanan, İdarenin Yeniden Düzenlenmesi İlkeler ve Öneriler (İYD) ve 1991 yılında hazırlanan, Kamu Yönetimi Araştırma Projesi (KAYA) bunların başlıcalarıdır. Temel hedefleri kamu yönetimini iyileştirme felsefesi temelinde, personel ücretleri, kırtasiyeciliğin azaltılması, yetki devri sisteminin daha etkin kılınması, denetleme ve koordinasyon eksikliğinin giderilmesi, mevcut kaynakların verimli kullanımını gibi birçok aksaklığı gidermeye yönelik olan bu projeler, merkezi idarenin problemlerini tespit etmekten öteye çok gidemeseler de ortaya çıkan çözüm önerileri gelecekteki çalışmalara ışık tutmaya devam edecektir<sup>20</sup>.

Yürütmenin yasama karşısında güçlendirilmesi, yine Anayasanın lafzından anlaşılmaktadır. 1961 Anayasası, parlamenter rejimin temel prensibi olan dengeli bir yasama-yürütme iş birliğinin aksine yürütmenin alanını kısıtlamış, 1982 Anayasası ise bu tutumun aksine yürütmeyi güçlendirici adımlar atmıştır. 1982 Anayasasıyla yürütme organı, yürütme işini sadece "görev" olarak yapan bir organ olma statüsünden çıkarılarak, aynı zamanda kaynağını doğrudan Anayasadan aldığı geniş bir takdir

<sup>17</sup> ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 291.

<sup>18</sup> KUZU, 1987, s. 165.

<sup>19</sup> KAYA, Fevzi, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Yapılan İdari Reform Çalışmalarının Karşılaştırmalı Analizi", Sosyal Bilimler Dergisi, S. 48, 2016, s. 174.

<sup>20</sup> KAYA, s. 174-180.

“yetki”si ile donatılmıştır<sup>21</sup>. Böylece konumuza ışık tutan 1982 Anayasasının “Yürütme Yetkisi ve Görevi” başlıklı 8. maddesinin ilk halindeki lafzıyla “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” hükmü, yürütmenin elini güçlendirecek biçimde hayata geçirilerek, çağın gereklerine de ayak uydurulmaya çalışılmıştır<sup>22</sup>. Öte yandan, 1982 Anayasasının ilk halinin başlangıç kısmında yer alan “...Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu...” ifadesi, yasama organı ile yürütme organının işlevlerine, karşılıklı konum ve etkinliğine vurgu yaparak, 8. maddeyi destekleyici olmaktan uzaktır<sup>23</sup>. Duran, 1982 Anayasasının başlangıç kısmında yer alan bu ifadenin teorik bir parlamenter sistem ifadesi olduğunu, dönemin siyasi ve hukuki gerçekliğini yansıtmadığını savunmaktadır<sup>24</sup>.

Ayrıca yürütme organı, Anayasanın 121 ve 122. maddeleri gereğince olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi ile donatılarak yasamaya karşı güçlendirilmiştir.

Son olarak yürütmenin kendi içinde ve yasama organı karşısında güçlendirilmesiyle yetinilmeyerek, yargı organı karşısında da güçlendirilmesi yolu tercih edilmiştir. 1982 Anayasası birçok maddesinde, denetim alanı, dava açacak kişi ve kuruluşlar ve dava süresi bakımından kısıtlamalar getirmiştir. Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararname gibi olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanlığındaki Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak kanun hükmünde kararname de Anayasa Mahkemesi denetimi dışında

<sup>21</sup> DAL, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları, 1992, s. 262.

<sup>22</sup> TANÖR, Bülent, İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 104.

<sup>23</sup> DURAN, Lütfi, “III. Cumhuriyetin “Yürütme”si: Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı?”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, C. XXIV, S. 221, 1988, s. 99.

<sup>24</sup> DURAN, s. 99.

tutulmuştur (AY geçici m. 15/son, m. 148/1). Anayasa yargısında iptal davası açma süresi doksan günden altmış güne indirilmiş, iptal davası açabilecek kişi ve kuruluşların kapsamı da daraltılmıştır (AY m. 151, 148/2). Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilmektedir (AY m. 148/2).

Öte yandan 1961 Anayasası döneminde Hâkimler Kurulu ve Savcılar Kurulu olmak üzere iki ayrı kurul halinde düzenlenen hâkimlerin ve savcılarının statüleri birleştirilerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu şeklinde tek bir kurul olarak revize edilmiştir (AY m. 139,140). Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçme görevi de Cumhurbaşkanına tanınmıştır (AY m. 104).

Parlamentelelerin bilgi seviyesini aşan ve teknik ve uzman bir kadro gerektiren konuların yürütmeye bırakılması fikri gayet tabiidir. Özellikle iktisadi ve mali konularda parlamentelelerin etkisinin sadece “evet” veya “hayır” demekten ibaret olduğunu savunan Kuzu’ya göre parlamenteleler zaman içerisinde “*umumi politika direktiflerinin verildiği bir yer*” haline gelmiştir<sup>25</sup>. 1982 Anayasasında yürütmeyi güçlendirmeye yönelik pek çok düzenleme yapılsa da Tan’a göre bu atılımlar anayasal düzenlemeler yanında başka birçok parametreyle birlikte değerlendirilmesi halinde anlam ifade edebilir<sup>26</sup>. Tan, Cumhurbaşkanının kişiliğinin, arkasındaki toplumsal desteğin, hükümet ile parlamento arası ilişkilerin ve çoğunluğu elinde bulunduran partinin/partilerin parlamentoadaki ağırlığının da büyük önem taşıdığını vurgulamaktadır<sup>27</sup>. Kuzu’da yürütme organının güçlenbilmesinin koşulunu parlamentoada güçlü bir desteğe sahip olmasına bağlamıştır<sup>28</sup>.

Sonuç olarak 1982 Anayasasının ilk şeklinde, parlamentele rejimin vazgeçilmez unsuru olan kuvvetlerin iş birliği ve karşılıklı organik etkiler

<sup>25</sup> KUZU, 1987, s. 16-17.

<sup>26</sup> TUN, Turgut, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)” AYD, C. I, 1984, s. 47.

<sup>27</sup> TAN, s. 47.

<sup>28</sup> KUZU, Parlamentele Rejiminde, s. 61.

prensibi fazlasıyla gerçekleştiği gibi bu dengenin yürütme lehine bozulduğunu söylemek mümkündür<sup>29</sup>.

### A. 2007 Yılında Yapılan Anayasa Değişiklikleri ve 2014 Seçimleri Sonrası

Ülkemizde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi başta olmak üzere birtakım anayasal değişiklikler içeren 31.05.2007 tarihli, 5678 sayılı Kanun, 21.10.2007 tarihinde referandum yoluyla kabul edilmiştir. Cumhuriyet tarihimizde beşinci referandum olma özelliğini taşıyan anayasa değişikliklerine göz attığımızda, en çok dikkat çeken durumun Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi olduğunu söyleyebiliriz. Soysal, bu konudaki endişelerini henüz anayasa değişikliği yapılmadan evvel şöyle ifade etmiştir:

*“Cumhurbaşkanını doğrudan doğruya halka seçtirme tezini savunanların böyle bir değişiklik ile devlet sisteminde ne gibi sonuçlara gidileceğini etraflıca düşünmedikleri bellidir. Düşünselerdi, bu durumla birlikte anayasa düzeninde yapılacak ayarlamalara ilişkin öneriler getirmeleri gerekirdi.*

*Çünkü, bu ayarlamalar yapılmazsa, devlet düzeninin parlamenter sistemden başkanlık sistemine doğru kayması önlenemeyecektir.*

*Temel sorun şudur: Devlet başkanını halkın seçmesi, böyle seçilecek olan kişiye müthiş bir güç kazandırmak demektir. Anayasa kuralları bu gücü hafifletmek için ne gibi frenler getirirse getirsin ve o kişi anayasayla ne denli yetkisiz kılınırsa kılınm, kendisini halk seçtiği için sabah tıraş olurken aynaya baktığı zaman, arkasında milyonlarca oyun verdiği gücü duyacak ve bütün bu sınırlamaları geçersiz saymaktan kendini alamayacaktır...”<sup>30</sup>.*

Kanaatimizce, Soysal’ın endişesinin ardında yatan neden, ülkenin mevcut siyasal alt yapısının böyle bir değişikliğe namüsaıt olduğunu düşünmesidir. Aynı yönde düşünen Eroğul’a göre de 1909 yılından bu yana hükümet sistemini, adım adım parlamenter hükümet sistemi çerçevesinde tutmaya çalışan ülkemiz için, Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin yetkilerini arttırmadan ve bu yetkileri açık biçimde belirleyecek bir dizi

<sup>29</sup> KUZU, 1987, s. 163.

<sup>30</sup> Mümtaz Soysal’ın bu konudaki beyanatının tamamı için bk. Cumhuriyet Gazetesi, 09 Haziran 2006, (Erişim) <https://www.cumhuriyetarsivi.com/katalog/192/sayfa/2006/6/9/2.xhtml>, 20 Temmuz 2020.



önlem alınmadan, Cumhurbaşkanını halka seçtirmek hem onun tarafsız kalmasını engelleyecek hem de yasama organı ile çatışmasına zemin hazırlayacaktır<sup>31</sup>. Uluşahin de 2007 yılında yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halka seçtirilmesi usulünde, farklı seçim döngüleri sonucunda iş başına gelen yasama ve yürütme erklerinin aynı ölçüde meşruluk iddiasında bulunabilmeleri ihtimalinin, bölünmüş çoğunluklara yol açacağını dile getirmektedir<sup>32</sup>. Yine Özkul'a göre de halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının yetkileri için ne tür önlemler alınursa alınsın, Cumhurbaşkanını faaliyet ve icraatlarında frenlemek, denetlemek ve anayasal sınırlarda tutmak oldukça zor olacaktır<sup>33</sup>.

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önce, Cumhurbaşkanı TBMM tarafından seçilmekteyken, yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi hükümet sistemi tartışmalarını da beraberinde getirmiştir. Yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanının hukuki statüsünün, tam olarak Fransa'daki yarı başkanlık sisteminde olduğu kadar sistemin temel unsuru haline geldiği söylenemese de Cumhurbaşkanıya tanınan geniş yetkiler, Türkiye'nin hükümet sistemini yarı başkanlık sistemine yaklaştırmıştır<sup>34</sup>.

1982 Anayasasında, 5678 sayılı Kanunla 21.10.2007 tarihli referandum sonucu yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasındaki dengenin ciddi şekilde etkilendiğini söylemek mümkündür. Çünkü yapılan değişikliklerle saf parlamenter sistemin doğası gereği sorumsuz devlet başkanı<sup>35</sup> ile sorumlu hükümet anlayışından, iki başlı yürütmeye, yani tek meşruluk sisteminden çift meşruluk sistemine doğru bir geçişin olduğunu söyleyebiliriz<sup>36</sup>. Dahası bu durumu, Cumhurbaşkanının

<sup>31</sup> EROĞUL, Cem, "2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", AÜSBFD, C. LXII, S. 3, 2007, s. 175-176.

<sup>32</sup> ULUŞAHİN, 2011, s. 35-36.

<sup>33</sup> ÖZKUL, Fatih, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 225.

<sup>34</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 319.

<sup>35</sup> TURHAN, Mehmet, "Parliamentarism or Presidentialism?: Constitutional Choice For Turkey", AÜSBFD, C. XLVII, S. 1, 1992, s. 162.

<sup>36</sup> ULUŞAHİN, Anayasa Sorunu, s. 24.

sorumsuzluğu esasıyla bağdaştırmayarak hukuk devletinden sapma sonucunu doğurduğunu iddia eden yazarlar mevcuttur<sup>37</sup>.

Aynı zamanda 2007 yılında yapılan anayasa değişikliklerinin ayrıntılarına göz attığımızda, Türkiye'nin hükümet sisteminin revizyonuna yönelik bir başlangıcın olduğunu ifade etmek gerekir<sup>38</sup>. Bunun doğal sonucu olarak 1982 Anayasası insicamını kaybetmeye başlamıştır. Başkanlık sistemi, parlamenter sistem ve diğer rejimlerle yönetilen ülkelerin belirlendiği ve Robert Elgie tarafından oluşturulan listede<sup>39</sup> 2007 Anayasa değişikliğinden sonra, Türkiye parlamenter sistemle yönetilen ülkeler içinde yer almamakta idi. Bunun nedeni, 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile Türkiye'nin parlamenter sistem içerisinde değil, yarı başkanlık sistemi içerisinde görülmesidir<sup>40</sup>. 2007 Anayasa değişikliğinin ardında cevaplanmamış birçok soru bıraktığını vurgulayan Elgie, 2017 Anayasa değişikliği ile en nihayetinde Türkiye'yi başkanlık sistemini benimseyen ülkeler listesine dâhil etmiştir<sup>41</sup>.

Tarihsel sürece bakıldığında ülkemizde 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile yükselen hükümet sistemi tartışmaları, 2014 yılı sonrasında gerçekleştirilen uygulamalarla daha da belirsiz bir hal almıştır. Gerçekten de o dönemin hükümet sistemi yapısını analiz ettiğimizde, bunun tam olarak parlamenter sistem, başkanlık ya da yarı başkanlık sistemi olduğunu söylemenin güç olduğunu görmekteyiz. Çünkü 1982 Anayasası bu haliyle hükümet sistemi bakımından herhangi bir tipolojiye uygun düşmemektedir<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 256.

<sup>38</sup> SEZGİNER, Murat, Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 146-149.

<sup>39</sup> Listelerin tamamına ulaşmak için bk. (Erişim) <https://www.semipresidentialism.com/>, 15 Eylül 2020.

<sup>40</sup> BAYKAL BENLİOĞLU, Emel, "Fransız Örneği Işığında Kohabitasyon Dönemleri: Cumhurbaşkanı ile Başbakan Çatışması ve Uyumu", The Global: A Journal of Policy and Strategy, C. I, S. 1, 2015, s. 71.

<sup>41</sup> ELGIE, Robert, "List of Presidential, Parliamentary and Other Countries" (Erişim) <https://www.semipresidentialism.com/?p=195>, 17 Eylül 2020.

<sup>42</sup> SEYHAN, Feyza Merve, Türkiye'de Uygulanan Hükümet Sistemleri ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 178-188.

2007 yılında yapılan anayasa değişikliğine paralel olarak ilk kez 2014 cumhurbaşkanlığı seçiminde uygulanan, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü, sistem tartışmalarının ve arayışlarının kaynağını oluşturmaktadır. 2007 yılında Anayasada yapılan değişiklikler ışığında Cumhurbaşkanının ve hükümetin anayasal yetkilerini kıyasladığımızda, yürütme yetkisinin kullanılması konusunda Cumhurbaşkanı-Başbakan arasında çekişme olma ihtimalini kuvvetlenmekte idi.

Toplumun her kesiminin bilinçlenmesi ve örgütlenmesinde lokomotif görevi gören<sup>43</sup> ve kamu politikalarının oluşturulmasında büyük katkıları bulunan<sup>44</sup> sivil toplum kuruluşlarının, siyasal ve sosyal örgütlenmelerini ve etkinliklerini gerçekleştirmelerinin neticesi olarak, yasama organında çok sayıda temsilcisinin yer almaya başlaması, yürütmenin eskiye görece daha serbest olan çalışma alanını daraltmaya başlamıştır. Böylece yürütme organı her konuda sıkı denetimle karşı karşıya kalarak, parlamentodan kanunları geçirmekte zorlanmaya başlamış ve yürütme organının “*kuvvetli icra*” sorunu baş göstermiştir. Bu nedenle zaman içerisinde yapılan düzenlemelerle parlamentonun öneminin azalması, yürütme organının icra kuvvetinin artırılması çalışmalarının doğal sonucu olarak görülmektedir<sup>45</sup>. Mevcut anayasadaki idari teşkilatlanmanın en ideali olmadığını belirten Çağlayan’a göre, ülkedeki bölgesel farklılıklar ve talepler doğrultusunda bir ön karar oluşturularak, yerel yönetime veya merkezden yönetime ağırlık verilmesi ve bu hükümlerin anayasayla bir bütünlük içermesi halinde sorun aşılabilecektir<sup>46</sup>. Uygun ise yeni anayasa yapım sürecinde, merkezi yönetimin zayıflatılarak, kamusal yetkilerin büyük oranda yerinden yönetimlere aktarılmasıyla toplumun siyasal

<sup>43</sup> ERDOĞAN, Didem, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasında Karşılaşılan Kavram Karmaşaları”, ABMYO Dergisi, C. XXXVIII, 2015, s. 34.

<sup>44</sup> SEVÜK, Mehmet Yaşar, AKIN, Pınar, “Kamu Politikalarını Etkileyen Resmi, Sivil ve Uluslararası Aktörler”, İAÜHFD, Y. 5, S. 2, 2019, s. 181.

<sup>45</sup> ÖZKOL, Adil, “Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi”, AÜHFD, C. XXVI, S. 1, 1969, s. 60-69.

<sup>46</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Yeni Anayasa ve İdari Teşkilat”, Liberal Düşünce, Y. 17, S. 66, 2012, s. 78.

katılımının aktifleştirilmesiyle daha demokratik, katılımcı ve özerk bir yapının sorunun çözümüne katkı sağlayacağını savunmaktadır<sup>47</sup>.

Bilindiği gibi kanunların yapılış sürecinde, kanunlaşması istenen metnin, yasama organına, milletvekili tarafından teklif veya yürütme organı tarafından tasarı yoluyla sunulduğunu ve uygulamada kanunların çoğunluğunun tasarılarından oluştuğunu göz önüne alırsak parlamenter rejimde, yürütme organının yasa koyma faaliyetinin ruhunu oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz<sup>48</sup>. Konuya ilişkin 26. yasama döneminin tüm yasama yıllarının karnesine baktığımızda, kanun tekliflerinin sayısının 2348 adet olduğunu ve bunların sadece 50 tanesinin kanunlaştığını<sup>49</sup>, kanun tasarılarının ise 953 adet olduğunu ve bunların da 477 tanesinin kanunlaştığını<sup>50</sup> görmekteyiz. Görüldüğü gibi 26. yasama döneminde, yürütme organının, yasa yapma faaliyetine, %50'yi aşkın bir oranla katkı sağlamasına karşın, yasama organını oluşturan milletvekillerinden gelen kanun tekliflerinin ise sadece %2'lik bir kısmının kanunlaşmaya katkı sağladığını söyleyebiliriz. Yine geçmiş yasama dönemlerinde de benzer durumlara rastlanabilir. Bu verilerden hareketle yürütme organının, toplumun ekonomik ve sosyal açıdan daha teknik ve ihtiyaca yönelik hareket ettiğini söylemek mümkündür. Yürütmenin çağdaş işlevleri bağlamında da kanunları uygulayıcı mercii sıfatına haiz olmaktan ziyade, Anayasa Mahkemesi tarafından yürütmenin, “*plan, proje ve öngörü*” organı olduğu varsayımı kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Bu bakımdan yürütme organının 2014

<sup>47</sup> UYGUN, Oktay, “Yeni Anayasada Merkezîyetçiliğin Azaltılması İçin Öneriler”, 1982 Anayasası'nın 30. Yıl Bilançosu, Ed.: Nihan Yancı Özalp, Sinem Şirin, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 84.

<sup>48</sup> YÜCEL, Bülent, Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri (Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme), Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 81.

<sup>49</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Geçmiş Dönem Kanun Tasarı ve Teklifleri Sorgu Formu, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.sorgu\\_baslangic](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.sorgu_baslangic), 13 Eylül 2020.

<sup>50</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi, Geçmiş Dönem Kanun Tasarı ve Teklifleri Sorgu Formu, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.sorgu\\_baslangic](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.sorgu_baslangic), 13 Eylül 2020.

<sup>51</sup> İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları için bk. TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 436'dan aktaran, FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 595 dn. 13.

yılı sonrasında da güçlendirilmesi eğilimi kabul görmeye devam etmiştir. Dünya genelinde de uygulamanın bu şekilde ilerlediğini vurgulayan Dikmen Canıklıoğlu, parlamentolara yasalaşmak üzere sunulan taslakların büyük çoğunluğunun, hükümet tasarılarından -özellikle ekonomik niteliği ağır basan yasalar- oluştuğunu dile getirmektedir<sup>52</sup>.

19.10.2011 tarihinde faaliyetine başlayan “*Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Uzlaşma Komisyonu*”, yeni sivil bir anayasa oluşturma çalışmaları kapsamında ilk toplantısını 24. yasama döneminin 2. yılında, 06.10.2011 tarihinde gerçekleştirmiştir. Hemen belirtelim ki anayasa yapım sürecinde bu dönemde çokça tartışılan, tali iktidarın yeni anayasayı yapmaya yetkisinin olup olmadığı hususuna, konumuzun özünden uzaklaşmamak amacıyla değinmemeyi uygun görüyoruz<sup>53</sup>.

2011 yılı genel seçimleriyle Mecliste yerini alan dört siyasi partiden üçer temsilcinin katılımıyla toplam on iki üyeden oluşan Komisyon, yine kendisi tarafından hazırlanan çalışma usullerine<sup>54</sup> göre, yeni anayasanın yapım sürecini yönetecek ve bir anayasa taslak metni hazırlayacaktır. Komisyonun çalışma usullerinin 13. maddesi gereğince, Komisyon tarafından oluşturulan anayasa taslak metni, gerek Uzlaşma ve Yasama Komisyonlarında ve gerekse Genel Kurulda partilerin mutabakatı olmadıkça değiştirilememekte ve bu metne ekleme yapılamamaktadır. Hazırlanan taslak metnin Meclis Başkanlığına verilmesinden sonra bu metin üzerinde mutabakata dayalı değişiklik yapılması halindeyse Anayasa Uzlaşma Komisyonunun görüşünün alınması öngörülmüştür.

Katılım, veri toplama ve değerlendirme, ilkelerin belirlenmesi ve metin oluşturma, metnin kamuoyuna sunulması ve kamuoyunca tartışılması ile kamuoyunda beliren görüşlere göre taslağın gözden geçirilerek teklif haline getirilmesi şeklinde dört aşamadan oluşması planlanan

<sup>52</sup> DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye: Anayasal İktisat Eleştirisi*, İstanbul, BDS Yayınları, 1998, s. 308.

<sup>53</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bk. GÖZLER, Kemal, *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi, 1998, (Erişim) <http://www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf>, 23 Ağustos 2020, AYDIN, Öykü Didem, “Biz, Halk Egemenliğin Sahibi”: Halkın-Kurucu-Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika’nın Genel Çizgilerinden Türkiye İçin Bir Modele Doğru, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

<sup>54</sup> TBMM Başkanlığı Anayasa ve İçtüzük Sitesi, (Erişim) [https://anayasa.tbmm.gov.tr/calisma\\_esaslari.aspx](https://anayasa.tbmm.gov.tr/calisma_esaslari.aspx), 22 Ağustos 2020.

anayasa yapım sürecinin sadece 1. aşaması olan katılım, veri toplama ve değerlendirme sürecinin 2012 yılının Nisan ayına kadar tamamlanmış sayılması öngörülmüş, bu süreye riayet edilerek bu aşama tamamlanmış, fakat diğer aşamalar için herhangi bir süre belirtilmemiştir. Anayasa Uzlaşma Komisyonu, birinci aşamada anayasa yapımına mümkün olan en geniş katılımı sağlamak adına, toplumun en küçük biriminden en genişine kadar her türlü kurumun, kuruluşun mevcudiyetine toplantılarında yer vermiş, bu maksatla üç alt komisyon oluşturmuştur. Çeşitli kuruluşların görüş ve önerilerine ulaşmayı öncelikli hedefleri arasına koyan Komisyon, sayısız dernek, vakıf, sendika, üniversite, baro, siyasi parti, muhtarlar birliği dernekleri, belediye birlikleri gibi kuruluşlarla iletişime geçerek birinci aşamayı tamamlamıştır.

İkinci aşama olan ilkelerin belirlenmesi ve metin oluşturma, yani yazım aşamasına 04.05.2012 tarihinde geçilmiş, fakat birinci aşamada olduğu gibi elde edilmesi beklenen fayda bu aşamada sağlanamamıştır. Komisyon çalışması neticesinde, üzerinde tartışılan 172 maddenin yalnızca 60 tanesinde uzlaşma sağlanabilmiş, kalan 112 madde ise şerhli olarak kayıtlara geçmiştir<sup>55</sup>. Komisyonun çalışma usullerinde, 2012 yılı sonuna kadar tamamlamayı hedeflediği aşamaların ikincisi dahi bu zaman zarfında tamamlanamamış, son iki aşamaya ise hiç geçilememiştir. Böylece yeni bir anayasanın tümünde uzlaşmanın sağlanamayacağı anlaşıldığından, 2013 yılının sonunda Anayasa Uzlaşma Komisyonunun varlığına son verilerek, 24. yasama döneminde başlatılan ancak tamamlanamayan yeni ve sivil bir anayasa yapımı sürecine, TBMM'nin 26. yasama döneminde oluşturulan ve yine sivil anayasa konusunda çalışacak olan "*Anayasa Mutabakat Komisyonu*" ile devam edilmesi planlanmıştır.

İsmail Kahraman, Anayasa Mutabakat Komisyonunun ilk toplantısında yaptığı konuşmada<sup>56</sup>, 1876 Anayasasının iki buçuk ay, 1921 Anayasasının iki ay, 1924 Anayasası üç ay on gün, 1961 Anayasasının dört buçuk ay, 1982 Anayasasının ise sekiz ay on günde hazırlandığına dikkat

<sup>55</sup> TBMM Başkanlığı Anayasa ve İçtüzük Sitesi, (Erişim) [https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara\\_iliskin\\_belgeler.aspx](https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara_iliskin_belgeler.aspx), 27 Ağustos 2020.

<sup>56</sup> Konuşmanın tam metni için bk. Türkiye Büyük Millet Meclisi Haber Sitesi, (Erişim) [https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber\\_portal.aciklama?p1=135640](https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=135640), 11 Eylül 2020.

çekerek, yeni anayasa yapım sürecinin yirmi beş ay gibi uzun bir sürede dahi yetiştirilememesini tenkit etmiştir<sup>57</sup>. Ülkemizin yalın, sürekli değişiklik yapılmasını gerektirmeyen, kalıcı nitelikte yeni bir anayasaya olan ihtiyacını hatırlatan Kahraman, yapılacak anayasanın kısa ve özlü bir temel kanun olması gerektiğini de vurgulamıştır<sup>58</sup>.

Tüm bu açıklamalardan hareketle yasama ve yürütme organı arasında değişen dengelerin etkisiyle yeni bir anayasa oluşturulması ve görevlerin yeniden konumlandırılması amaçlanmış, fakat sancılı geçen sürecin, 2016 yılında oluşturulan Anayasa Mutabakat Komisyonu ile devamında karar kılınmıştır. Bu şekilde ülkemizde 2011-2015 yılları arasında anayasa arayışlarının uzun süre yoğun biçimde Meclis gündeminde kaldığını söyleyebiliriz<sup>59</sup>.

Görüldüğü gibi yeni anayasa yapma fikri 2017 Anayasa değişikliğinden önce, gündemdeki sıcaklığını her daim korumuştur. Sivil toplum örgütleri ve kamuoyu da dâhil olmak üzere, mümkün olduğunca geniş, açık ve kapsayıcı bir şekilde gerçekleştirilecek olan Anayasa yapım sürecinin bu aşamaya evrilmesinde, geçmiş çalışmaların etkisi yadsınmayarak, sistemin, bu temel üzerine inşa edilmesi amaçlanmaktadır<sup>60</sup>. İşin tabiatına sivil toplumun dinamizmi ve yapıcı özellikleri de dâhil edilirse tüm ülkeyi bağlayacak bir anayasaya erişilmesi mümkündür<sup>61</sup>. Hiç şüphesiz bu çalışmaların genel nitelikleri, yeni hükümet sistemini belirlemedeki diyalektik sürece ışık tutmuştur. Demiray da ülkemizde geniş

<sup>57</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Aylık Haber Bülteni, “Anayasa Mutabakat Komisyonu Çalışmaları”, Ed.: İlhami Giray Şahin, TBMM Basımevi, S. 211, Şubat 2016, s. 5-6, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/meclis\\_bulteni/s211.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/meclis_bulteni/s211.pdf), 12 Eylül 2020.

<sup>58</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Aylık Haber Bülteni, “Kahraman’dan Anayasa Çalışmalarına Devam Çağrısı”, Ed.: İlhami Giray Şahin, TBMM Basımevi, S. 211, Şubat 2016, s. 3-4, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/meclis\\_bulteni/s211.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/meclis_bulteni/s211.pdf), 12 Eylül 2020.

<sup>59</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 35.

<sup>60</sup> Bu konuda yapılan kamuoyu yoklamasının ayrıntılı analizi için bk. GÜNDOĞDU, Ahmet, Sahadan Yeni Anayasaya: Algı, Beklenti ve Talepler, Ankara, Memur Sendikaları Konfederasyonu, 2011.

<sup>61</sup> ÖKÇESİZ, Hayrettin, Hukuk Politikası’ndan, İstanbul, Yeni İnsan Yayınevi, 2008, s. 125.

katılımlı ve aktif bir siyasetle Anayasa yapım sürecinde güven ve rıza oluşturmanın hayati derecede önemli olduğunu vurgulamaktadır<sup>62</sup>.

Anayasa tarihimize göz attığımızda, geçmiş dönemlerde yapılan hiçbir anayasanın, dingin ve sağlıklı bir atmosferde kaleme alınmadığını söyleyebiliriz<sup>63</sup>. Nitekim 1982 Anayasasında yapılan değişikliklerle Anayasanın insicamını kaybettiğini daha önce ifade etmiştik. 1982 yılında askeri yönetim dönemi sonunda, halk oylamasıyla yapılan referandumda onaylanan mevcut Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, halkoylamasıyla 1987, 2010 ve 2017 yıllarında ve TBMM tarafından değişik zamanlarda 19 defa değiştirilmiş ve yapılan değişikliklerle Anayasanın 177 maddesinden 110'undan fazlası etkilenmiştir. Ancak ister referandum yoluyla ister meclis tarafından yapılsın, bu değişikliklerin, sorunlara ne ölçüde çözüm sağladığı konusu tartışmalıdır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu'na göre 1982 Anayasasında 2010 ve 2017 yılında yapılan değişikliklerin haricinde yapılan değişikliklerin tamamının, demokratik, liberal ve hukuk devleti ilkesini geliştirmeye yönelik olduğu ve aslında bu değişikliklerle getirilen güvencelerin daha kapsamlılarının 1961 Anayasasında var olduğu, fakat 1971-1973 değişiklikleriyle getirilen kısıtlamalar sonrası uzun vadede hakkın yeniden teslimi olarak kabul görmektedir<sup>64</sup>.

Hak yemez, özellikle 2010 yılı Anayasa tadiliyle ilgili olarak, yeni bir anayasaya ihtiyaç duyulmaktayken, dar kapsamlı bir değişikliğin yapılmasını, sorunlu maddelerin bir kısmının değişiklik kapsamına alınmamasını ve değişikliklerin hayata geçirilmesi inisiyatifinin, temelde tek bir partinin elinde olmasını eleştirmiştir<sup>65</sup>.

Demokratik rejimlerde, anayasanın içerik olarak fazla ve sık sık değiştirilmesinin pek sağlıklı olduğu kanaatinde değiliz. Çünkü demokratik rejim; çoğulcudur, maddi ve manevi değerlere saygılıdır, idealisttir ve

<sup>62</sup> DEMİRAY, Nezahat, "Mistrust in Constitution Making Process in Turkey", 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: "Law, Science Technology", 15-20 August 2011, Frankfurt, Germany, p. 351-352, (Erişim) <https://core.ac.uk/download/pdf/14523143.pdf>, 16 Temmuz 2020.

<sup>63</sup> BOZKURT, Fatma Duygu, Türkiye'nin Sivil Anayasa İhtiyacı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 214-215.

<sup>64</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 73.

<sup>65</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, "2010 Anayasa Değişiklikleri ve Hukuk Devleti", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 2, 2010, s. 404.



üniversaldir<sup>66</sup>. Devletin kemali, insanın mutluluğunu, refahını ve güvenliğini sağlamaktır. II. Dünya Savaşı sonrasında 19. yüzyılda gerçekleşen Sanayi Devriminin etkisiyle sosyal devlet anlayışının ortaya çıkışıyla devletin görevlerinde meydana gelen artış<sup>67</sup>, sosyal devletin üstlendiği vazifelerini yerine getirebilmesi için yürütme organının düzenleme yetkisinin geniş ve etkili olması gerektiğini gözler önüne sermektedir<sup>68</sup>. Sosyal bir elbise giymeye zorlanan siyasi iktidar bu sebeple yapısal değişime uğramış ve bu vazifesini ülke sınırları içerisinde yerine getirmiştir<sup>69</sup>. Devletin üstlendiği bu vazifeler refah devletini muhafaza etmeye yönelik olup, toplumda meydana gelen çeşitli çıkar grupları arasında denge sağlamak, bireyin sosyal güvenliğini korumak ve ekonomik istikrarı muhafaza etmekten ibarettir<sup>70</sup>.

Özellikle 2007 yılının son çeyreğinde dünyayı saran küresel ekonomik krizin etkilerini ortadan kaldıracı ve yeniden istikrarı sağlayabilmek için devletler, piyasanın işleyişine ciddi müdahalelerde bulunarak birtakım ekonomik paketler oluşturmuşlardır<sup>71</sup>. Şayet devlet, bu şekilde istikrarı sağlayamıyorsa görevini yapamıyor demektir ki bu anlamda, demokratik devletlerin anayasalarının her türlü ekonomik politikayı uygulamaya elverişli bir yapıda olması beklenmektedir<sup>72</sup>. Demokratik rejimin idealist olma özelliği, hiçbir şey beklemeden insanı kendine gaye edinmesinden kaynaklanmaktadır. Yokuş'un ifadesiyle kapsayıcı ve

<sup>66</sup> KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969, s. 195-196.

<sup>67</sup> ÖZDEK, Yasemin, "Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü", *Kamu Hukukçuları Platformu, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı*, 19-20 Mayıs, 2011, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 188.

<sup>68</sup> KUZU, 1987, s. 25, 168.

<sup>69</sup> TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. bs., İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982, s. 179.

<sup>70</sup> GÜMÜŞ, İskender, "Tarihsel Perspektifle Refah Devleti: Doğuş, Yükseliş ve Yeniden Yapılanma Süreci", *Journal of Political Administrative and Local Studies*, C. I, S. 1, 2018, s. 57-62, TURAN, s. 7.

<sup>71</sup> ALGAN, Bülent, "Sosyal Devlet Düşerken: Bazı Yanılgılar ve Göz Ardı Edilen Gerçekler", *Kamu Hukukçuları Platformu, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı*, 19-20 Mayıs, 2011, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 263.

<sup>72</sup> SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 11. bs., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997, s. 245.

dönüştürücü çağdaş bir anayasa halkla başlamalı ve yine halkla tamamlanmalıdır<sup>73</sup>. Bu nedenle yeni oluşturulacak anayasanın bu temelde olması, toplumun refahı ve esenliği bakımından büyük öneme haiz olduğu gibi, sosyolojik ve psikolojik açıdan da ülkemizin demokratikleşme sürecine olumlu katkıda bulunacaktır<sup>74</sup>. Gözler de devletin kuruluşunun hukuki ve siyasi statüsünün bir vesikası niteliğini taşıyan anayasa metinlerinin, stabil olmayan özelliği nedeniyle değiştirilmesinin anormal bir durum olmadığını vurgularken, aynı zamanda istikrarın sağlanabilmesi için de mümkün olduğunca az değişiklikten yana olunması gerektiğini belirtmiştir<sup>75</sup>.

### B. 2017 Anayasa Değişikliği Sonrası

Devletler tarafından benimsenen herhangi bir yönetim anlayışının başarılı olmasının ardında iyi bir yönetimin ve yürütmenin olduğu yadsınmaz bir gerçektir. 2017 Anayasa değişikliğiyle özellikle cumhurbaşkanlığı makamı konusunda önemli gelişmeler yaşanmıştır.

2017 Anayasa tadili sonrasında kabul edilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle ilgili olarak Gözler, ülkemizde son yıllarda çoğulcu toplum yapısından uzaklaşarak, yöneticiler, seçimle iş başına gelse de tam olarak demokratik bir düzenin hâkim olmadığını ve temel hak ve hürriyetlerin yoğun ihlaliyle otoriter rejime doğru bir kaymanın yaşandığını dile getirmektedir<sup>76</sup>. Küçük, bu konuda yeni hükümet sistemi açısından önemli olanın, demokratik hukuk devletiyle çelişecek düzeyde, tek bir organda yoğunlaşacak yetki paylaşımının ilkesel ve kurumsal mekanizmalarına anayasada yer verilmemesi olduğunu savunmaktadır<sup>77</sup>.

Özbudun, ülkemizde uygulanan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle devlet organları arasında kontrol ve denge prensibiyle hareket

<sup>73</sup> YOKUŞ, Sevtap, Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 214.

<sup>74</sup> ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 59.

<sup>75</sup> GÖZLER, 1998, s. 114.

<sup>76</sup> GÖZLER, Kemal, "Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık", (Erişim) [www.anayasa.gen.tr/demokrasi-nereye-gidiyor.htm](http://www.anayasa.gen.tr/demokrasi-nereye-gidiyor.htm) (Yayın Tarihi: 12 Aralık 2018), 13 Ağustos 2020.

<sup>77</sup> KÜÇÜK, Adnan, "Ak Parti’nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD’deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri", KÜSBD, C. VI, S. 1, 2016, s. 45.

eden ABD başkanlık sistemi arasında pek az benzerliğin bulunduğunu söyleyerek, oluşturulan yapının, olsa olsa “*delegasyoncu demokrasi*” veya “*popülist (yarışmacı) otoriter*” bir rejim biçiminde işleyeceğini savunmaktadır<sup>78</sup>. Özbudun’un bahsettiği rejimden neyin anlaşılması gerektiğini daha iyi analiz edebilmek için, bu iki kavramı açıklamakta fayda görüyoruz.

Delegasyoncu demokrasi, demokrasinin kurumsallaşmadığı ülkelerde, iktidarın aşırı kişiselleştiği durumu yansıtarak, devlet başkanlığı seçimlerini kazanan başkanın, anayasal olarak sınırlı bir görev süresiyle başa gelerek, sınırsız yönetme hakkına sahip olduğu iddiasına dayanmaktadır<sup>79</sup>. Başkanın seçimle iş başına gelmesi konusunda demokratik geleneğe yabancı olmayan bu sistemde, belirli bir süreliğine seçilen başkanın, ulusun yüksek çıkarlarının somutlaştırılması, korunması ve yorumlanması için güven duyulan birisi olması önem arz eder. Çünkü başkan ülke çıkarlarının yegâne koruyucusu ve tamamlayıcısıdır<sup>80</sup>. O’Donnell, yeni demokratikleşmiş bazı ülkelerin yaşadığı derin sosyal ve ekonomik krizle delegatif demokrasinin ortaya çıkışı ve işleyişinin yakından ilişkili olduğu kanısındadır; fakat bu parametreleri somutlaştırmaya ve başka parametreler aramaya devam ettiğini de belirtmektedir<sup>81</sup>.

Toplum buhranın önleyecek ve yönetimde istikrarı sağlayacak uygun liderin bulunması durumunda, O’Donnell’in deyimiyle “*başkan ve en güvenilir danışmanları siyasetin alfa ve omega’sı*” halini alırlar<sup>82</sup>. Fakat başkanın, ülkeyi, kimseye fazla bir bedel ödetmeden içinde bulunduğu bunalımdan kurtarmayı vaat ederek seçimi kazandığını, ancak faaliyetlerinin halkın pek çok kısmı için önemli maliyetler gerektiren politikalar üzerindeki kaderini belirleme yetkisi göz önüne alındığında, aşırı

<sup>78</sup> ÖZBUDUN, s. 323.

<sup>79</sup> TUNÇ, Hasan, “Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 1123.

<sup>80</sup> OKŞAR, Mustafa, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 39.

<sup>81</sup> O’DONNELL, Guillermo, “Delegative Democracy”, Journal of Democracy, The Johns Hopkins University Press, Vol. V, January 1994, p. 55.

<sup>82</sup> O’DONNELL, s. 60.

popülerlikten, genel kötüleşmeye geçiş, dramatik olduğu kadar hızlı olma tehlikesini de içerisinde barındırmaktadır<sup>83</sup>.

Popülist otoriter rejim kavramı ise Alman siyaset filozofu Jan-Werner Müller tarafından ortaya atılmış bir kavramdır<sup>84</sup>. Popülist rejim, eşit olmayanlar arasında yapılacak seçimlerde, seçime katılanları sözde yarışa itecek gücü elinde bulunduran, elitizme, çoğulculuğa ve liberalizme karşı olan, popüler ve halkı sadece kendisinin temsil ettiğine inanan, anayasal düzenin gerektirdiği bütün kurumları ayak bağı olarak gören bir lidere sahip olan rejimdir<sup>85</sup>. Hailbronner ve Landau, popülizmin yaratacağı tehlikelerin önlenmesi ve popülist baskılara karşı bir direniş biçimi bulmak maksadıyla mahkemeleri veya diğer anayasal araçları kullanmayı ve vatandaşları popülist liderleri seçmeye yönelten popüler itici güçleri bulmayı araştırma konusu yapmışlar ve ilk yolun, yani mahkemeler ve diğer anayasal araçları kullanmak suretiyle popülist baskıların bir noktaya kadar önlenebileceği önerisinin daha güvenli olduğu sonucuna varmışlardır<sup>86</sup>. Çünkü popülist rejimlerde iktidar sahipleri, güçlü ekonomik kaynaklara, medyaya ve yargı organına egemen vaziyettedir<sup>87</sup>. Aytaç ve Elçi, ülkemizin, popülist değerleri içselleştiren ve yürütmede aşırı bir güç yoğunluğunun olduğu büyük bir seçim bölgesi olma özelliğini göz önüne aldıklarında, Türkiye'nin geleceğinde popülizmin egemen model olarak kalmaya devam edeceğini öngörmektedirler<sup>88</sup>.

Sistemin niteliğini belirleme konusundaki nitelendirmeler sadece bunlarla sınırlı kalmamış, delegasyoncu demokrasi ve popülist

<sup>83</sup> O'DONNELL, s. 66.

<sup>84</sup> Bk. MÜLLER, Jan Werner, "The Rise and Rise of Populism?", *The Age of Perplexity: Rethinking the World We Knew*, BBVA Open Mind, s. 65-83, MÜLLER, Jan Werner, *What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, 2016.

<sup>85</sup> ÇAMURCUOĞLU, Gülden, "Çoğunlukçu Demokrasiye Yöneliş Olarak Popülizm", *İNÜHFD*, C. X, S. 1, 2019, s. 278-284.

<sup>86</sup> HAILBRONNER, Michaela, LANDAU, David, "Introduction: Constitutional Courts and Populism", *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 22 April 2017, (Erişim) <http://www.icconnectblog.com/2017/04/introduction-constitutional-courts-and-populism/>, 23 Haziran 2020.

<sup>87</sup> OKŞAR, s. 40.

<sup>88</sup> AYTAÇ, Selim Erdem, ELÇİ, Ezgi, "Populism in Turkey", *Populism Around the World*, Ed. Daniel Stockemer, Springer International Publishing, 2019, p. 103-105.

demokrasinin yanı sıra, Larkins'in "hiper (aşırı) başkanlık", Fish'in "süper başkanlık", modelleriyle de kıyaslamalar yapılmıştır<sup>89</sup>. Belki de şimdilik, Tocqueville'nin demokratik toplumları etkisi altına alan ve şimdiye dek var olmayan farklı bir baskı türünü anlatabilecek bir kelime bulamayıp, eski kelimeleri de yeterli görmeyip, kısacası onu adlandıramayıp, sadece gözlemleriyle açıklamaya çalışması<sup>90</sup> gibi bir tavır takınmak, yeni hükümet sistemimiz için de gereklidir. Çatlı tarafından hukuk literatürüne kazandırılan "muktedir/erкли demokrasi" kavramı açısından incelediğimizde, demokratikleşme ile yönlendirilebilecek toplumsal değerler alanına müdahale eden ve onu düzenleyen demokrasi anlayışının izin verdiği ölçüde açılım yapılması ve demokrasinin geliştirilmesi mümkündür<sup>91</sup>. Muktedir demokrasi anlayışıyla hareket eden İngiltere, ABD gibi bazı devletlerin, diğer devletlerin demokratikleşme sürecine müdahalede bulunduğunu belirten Çatlı, bu çerçevede dışına çıkan devletlerin, muktedir demokrasiler tarafından, otoriter veya totaliter suçlamasıyla karşı karşıya kaldığını da ifade etmektedir<sup>92</sup>. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin niteliğini belirleme konusunda öğretide, çok sayıda farklı anayasal yorumla karşı karşıya kalsak da yeni hükümet sistemimiz tam olarak şu ya da bu sistemle birebir örtüşmektedir ya da şu sisteme benzemektedir, diyebilmek için henüz erken olmakla birlikte, parlamenter sistemin tamamen terk edildiğini, öte yandan başkanlık sisteminin ve parlamenter sistemin özelliklerinin bazılarının birleştirilmesiyle getirilen yeni sistemde odak noktasının Cumhurbaşkanı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz<sup>93</sup>.

Demokratik toplumlarda iktidarın yegâne kaynağı olan millet iradesi tek ve bölünmez bir bütün olduğu için, Cumhurbaşkanının eski parlamenter düzenimizde olduğu gibi hem sorumsuz hem de yetkilerinin genişletilmiş olması kabul edilemez bir durumdu<sup>94</sup>. Üstelik yaptığı

<sup>89</sup> OKŞAR, s. 41-42.

<sup>90</sup> TOCQUEVILLE, Alexis De, Amerika'da Demokrasi, Çev.: İhsan Sezal, Fatoş Dilber, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 265.

<sup>91</sup> ÇATLI, Mehmet, Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Bağlamında Muktedir/Erкли Demokrasi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 128-129.

<sup>92</sup> ÇATLI, s. 130.

<sup>93</sup> GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 265 para. 152.

<sup>94</sup> DURAN, s. 100.

işlemler nedeniyle sadece vatana ihanetten sorumlu tutulabilen Cumhurbaşkanını halka seçtirerek demokratik meşruiyetini artırmak denetimi zayıf ve dengesiz bir yürütme pozisyonuna sebep olmaktadır<sup>95</sup>. Bu nedenle oluşturulan yeni düzende Cumhurbaşkanının hem yetkili hem de sorumlu olmasının gayet isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

## II. BAKANLAR KURULUNUN KALDIRILMASI VE YÜRÜTME ORGANININ YENİ YAPISI

1982 Anayasasının ilk şeklinde Bakanlar Kurulu, başbakan ve bakanlardan mütevellit olup, yürütme yetkisini fiilen kullanan ve yürütme organının siyasi sorumluluğunu üstlenen kuruldur<sup>96</sup>. Parlamenter hükümet sisteminin en önemli özelliği olarak kabul edilen bu durum, bakanların tek tek veya toplu biçimde yasama organına hesap vererek, icraatlarının müeyyidesine katlanmaları neticesini doğurmaktadır<sup>97</sup>.

Bakanlar Kurulunun kaldırılmasına sebep olan temel unsur, 2017 yılı Anayasa değişikliğiyle düalist yürütme modelinden, monist yürütme modeline geçiş olarak gözükmektedir. Fakat yürütme organının monist sisteme geçişi bir anlık kararlar olmamıştır. Değişikliğin arka planında, Bakanlar Kurulunun çalışma usulündeki birtakım aksaklıklar ve bu aksayan yönlerin getirdiği yönetim tıkanıklıkları yer almaktadır. Bakanlar Kurulunun çalışma düzeni diğer organlara nazaran oldukça farklı ve giriftir. Bu giriftlik, Bakanlar Kurulunun, meclisin tabi olduğu TBMM içtüzüğü gibi toplanma, çalışma usul ve esaslarını ayrıntılı biçimde düzenleyen herhangi bir yazılı kaynağa sahip olmamasından ileri gelmektedir. Atar da Bakanlar Kurulunun çalışma usulüne ilişkin bir içtüzük çıkarılmasının faydalı olacağını, teamül ve uygulamalarla yürütülen çalışmaların belirsiz ve yetersiz olduğunu savunmuş idi<sup>98</sup>. Belirsizliğin önüne geçmek ve Bakanlar Kurulunun rahat çalışabilmesi maksadıyla doktrinde beş ilke kabul edilmiş bulunmakta idi. Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının

<sup>95</sup> YÜCEL, Bülent, "Devlet Başkanı Sorumsuzluğunun Hükümet Sistemine Yansımaları ve Türkiye Uygulaması", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı, C. II, S. 3, 2016, s. 131.

<sup>96</sup> ÖZBUDUN, s. 309.

<sup>97</sup> ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018, s. 213.

<sup>98</sup> ATAR, 2017, s. 307.

isabetli olup olmadığı hakkındaki tartışmalarına değinmeden önce bu beş ilkeye kısaca değinmek istiyoruz.

İlk olarak Bakanlar Kurulu, başbakan ve bakanlardan oluşan kolektif sorumluluk esasına göre hareket eden bir karar organıdır. Yani Bakanlar Kurulunda bulunan tüm bakanlar ve başbakan alınan kararlardan hep birlikte mesul kabul edilmektedir<sup>99</sup>. İkinci olarak, Bakanlar Kurulunda kolejjyallik ilkesi benimsenmiş olup, başbakan ve bütün bakanların aynı yöndeki görüşü doğrultusunda ve aynı anda irade açıklamalarıyla karar alınmaktadır. Bir diğer özellik, Bakanlar Kurulunun homojen niteliğe sahip olması ve kararlarını oybirliği esasıyla ortak yaklaşımla alıyor olmasıdır<sup>100</sup>. Dördüncü olarak, Bakanlar Kurulunda, herhangi bir bakanın alınacak karara aykırı hareket etmesi olanaklı olmayıp, tam bir dayanışmanın hâkim olduğunu söyleyebiliriz. Alınacak herhangi bir karara ima atmak istemeyen bakanın, teamülen istifa etmesi gerekmektedir<sup>101</sup>. Son olarak Bakanlar Kurulunda gizlilik ilkesi hâkimdir. Bu ilke, kurul toplantılarında bakanların samimi ve serbest olarak görüşlerini açıklamalarına imkân vererek, aynı zamanda sır saklama ve alınan kararları eleştiremeye yükümlülükleri doğrultusunda kolektif sorumluluk ilkesine de hizmet etmektedir.

Aslında saydığımız tüm bu ilkeler birbiriyle bağlantılı olup, Bakanlar Kurulunun özü sayılan, müstakil olarak birbirinden ayıramayacağımız ilkelere riayet ederek aldığı kararların ehemmiyetidir. Gerçekten, başbakan başkanlığındaki Bakanlar Kurulu, nitelikli işlerle mi meşguldü? Bu noktada öncelikle Bakanlar Kurulunun görev sahasına değinmemiz gerekmektedir.

2017 değişikliğinden önce, Anayasanın 113. maddesinde, Bakanlar Kurulunun görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Çeşitli kanunlarda belirlenen bu işlerin çokluğu göze çarpan ilk detaydır. Yine 2017 Anayasa değişikliğinden önce revize edilmeyen haliyle 4904

<sup>99</sup> TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 23. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019, s. 514.

<sup>100</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 342.

<sup>101</sup> ATAR, 2017, s. 307.

sayılı Türkiye İş Kurumu Kanunu, 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 8659 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu gibi birçok kanunda, Bakanlar Kuruluna düzenleme yapma yetkisi verilmişti. Armağan, bu konuda, ehemmiyetsiz birçok işin Bakanlar Kurulu tarafından görüşülerek karara bağlanması nedeniyle Bakanlar Kurulunun bir nevi fuzuli işgale maruz kaldığını iddia etmektedir<sup>102</sup>.

Gözübüyük'ün ve Armağan'ın, Bakanlar Kurulunun birkaç işine ilişkin olarak, eserlerinde değindikleri, *“oyun kağıtlarının satış fiyatları Bakanlar Kurulunca tespit edilir”*, *“Yabancı ülkelerden damızlık hayvan almak üzere teşkil edilecek komisyon üyeleri Bakanlar Kurulunca atanır”*, *“Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünde asıl görevleri üzerlerinde kalmak üzere öğretim, araştırma ve derleme çalışmalarına geçici olarak katılanlara ders ve konferans saati veya inceleme ve araştırma için ödenecek gündelikler her yıl Bakanlar Kurulunca yeniden tesbit edilir”* şeklindeki örnekler, Bakanlar Kurulunun ehemmiyetsiz işlerine misal olarak gösterilmiştir<sup>103</sup>.

Bakanlar Kurulunun işleyişindeki bu belirsizlik, bir yandan bireyin hukuki güvenliğinin zedelenmesine, diğer yandan da bakanlıklar ve idari teşkilat arasında koordinasyon bozukluklarına ve hükümetlerin siyasi tercihleri doğrultusunda gerçekleşecek birtakım keyfi uygulamalara sebebiyet verebilecek potansiyele sahip idi<sup>104</sup>. Gözübüyük, Bakanlar Kurulunun çalışmalarının daha verimli hale getirilmesine ilişkin üç öneriden bahsetmiştir<sup>105</sup>. Bunlar, Bakanlar Kurulunun çalışmalarını düzenleyecek bir içtüzüğün çıkarılması, Bakanlar Kuruluna muhtelif yasalarla verilen teferruata ilişkin konuların ilgili bakanlık veya kamu kurumuna devredilmesi ve Bakanlar Kurulunun çalışmalarını düzenleyen Kanunlar ve

<sup>102</sup> ARMAĞAN, Servet, “Bakanlar Kurulunun Çalışma Usullerine Dair Bazı Düşünceler”, İÜHFİM, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 234.

<sup>103</sup> ARMAĞAN, s. 235, GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulleri”, AÜSBFD, C. XXII, S. 3, 1967, s. 104.

<sup>104</sup> KAHRAMAN, Mehmet, Parlamenter Sistemlerde ve Türk Anayasa Hukuku'nda Bakanlar Kurulunun Görevleri, Yetkileri ve Çalışma Usulü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 275-276.

<sup>105</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 109.



Kararlar Dairesi Başkanlığına ait bazı görevlerin bu kuruluştan alınarak Danıştay'a verilmesidir<sup>106</sup>.

Burada, Bakanlar Kurulunun tam olarak hangi aşamada, ehemmiyetsiz kabul edilen işlerle uğraştığını belirlersek ve hukuki açığı tespit edersek, kanaatimizce Bakanlar Kurulunun kaldırılmasına kaynaklık eden soruna çözüm sağlanmış olabilirdi. Durumu şöyle bir örnekle izah edelim.

Bilindiği gibi, iktisadi gayesi olan, halk ve hükümete hizmet etmek, onların ihtiyaçlarını karşılayan işleri görmek için hukuki muamele ve tasarruflarla maddi fiilleri yapmak üzere meydana gelmiş varlıklara, “*idari müessese*” adı verilmektedir<sup>107</sup>. Hal böyle olunca idarenin, dış âlemde bir teşebbüs, bir girişim şeklinde görünmesi kaçınılmaz bir hal almaktadır. Yani idare, ekonomik bir amaca varmak üzere ortaya çıkan bir girişim gibi hareket ederek, önce gerçek ve tüzel kişiden ibaret olan bir girişimci gibi davranmalıdır.

Daha sonra bu girişimin eşya, para ve alacaklarından oluşan bir patrimonu olmak zorundadır. İdare bu şekilde halka ve hükümete hizmet edecek faaliyetleri ifa eden çeşitli girişimler şeklinde görününce, bu girişimlerin, birer girişimcisinin bulunması gerekir. Başta Devlet olmak üzere, hukuken bağımsız varlığı olan her bir idare teşkilatı bu girişimlerin, girişimcileridir. Yani her bir idare tüzel kişisi, kamu ve hükümet lehine çalışan birer girişimdir diyebiliriz. Bunların her girişim gibi patrimonuları, hukuki sorumlulukları vardır. Yani yapacakları işler için aynı ve mali araçları olduğu gibi alacaklı ve borçlu durumuna da girerler<sup>108</sup>. Bu nedenle kamu adına çalışan bu girişimlerin, farklı hukuki statüde olmaları gerekir. İşte içtüzük, tüzük veya iç düzen kuralları adını verdiğimiz, önceden belirlenmiş ve birçok kişiden meydana gelen her yapının çalışma düzenini sağlayıcı özelliğe sahip bu normlar bütünü, hukuki açıdan tamam olduğu vakit, Bakanlar Kuruluna da bu alanlarda fazlaca görev düşmemiş olacaktır. Bakanlar Kurulunun çalışma usulüne ilişkin bir

<sup>106</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 109.

<sup>107</sup> KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri, 2 c., 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, C. I, 2019, s. 357.

<sup>108</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 699-700.

ıçtüzüğün oluşturulsa idi, Bakanlar Kurulunun görev sahası daha spesifik işlerle meşgul, anlaşılır ve düzenli hale gelebilirdi.

Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının ardından, günümüzde 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kabul edilen on altı adet bakanlık bulunmaktadır<sup>109</sup>. Her bir bakanın kendi bakanlık teşkilatının en üst amiri olduğu, bakanlığının icraatlarından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu olduğu ve bakanlığın merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili olduğu kabul edilmiştir (1 nolu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, m. 503/1)<sup>110</sup>.

Ayrıca bakanlar, kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli kullanımı amacıyla bakanlık hizmetlerini mevzuata, Cumhurbaşkanının genel siyasetine, Cumhurbaşkanı karar ve talimatlarına, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla iş birliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli kılınarak, Cumhurbaşkanına karşı sorumlu tutulmuştur (1 nolu CBK, m. 503/2). Görüldüğü gibi sadece Cumhurbaşkanına karşı siyasal açıdan sorumlu tutulan bakanların yasama organına karşı siyasi herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>111</sup>. Zira bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve görevden alınmaktadır. Öte yandan bakanlar, Cumhurbaşkanının belirlediği politika doğrultusunda kendisine verilen yetkileri kullanan astlar konumundadır; fakat bu

<sup>109</sup> Bu bakanlıkların isimleri şöyledir: Adalet Bakanlığı, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Gençlik ve Spor Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı.

<sup>110</sup> Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 1 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi için bk. Resmî Gazete, 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı.

<sup>111</sup> ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, Demokrasi ve Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 74-75, DOĞAN, Bayram, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği Bağlamında Değerlendirilmesi", SÜHFD, C. XXVIII, S. 3, 2020, s. 968.

hijerarşik ilişki anayasadan kaynaklanan hijerarşik ilişki olma özelliğini taşımaktadır<sup>112</sup>.

Bakanlar anılan görevlerini yerine getirirken, sayısı belirtilmeyen bakan yardımcılarını<sup>113</sup> ve sayısı en fazla on beş olacak şekilde belirtilen bakan müşavirlerinden destek almaktadırlar (1 nolu CBK, m. 504, 505). Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile dokuz<sup>114</sup> bakanlığın bünyesinde, Teftiş Kurulu Başkanlığının, beş<sup>115</sup> bakanlıkta Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanlığının, Gençlik ve Spor Bakanlığında, Rehberlik ve Denetim Kurulunun ve Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığında, Denetim Hizmetleri Kurulunun oluşturulması esasına gidilerek, bürokraside denetimin artırılması ve bürokratik vesayet yerine milli iradenin hâkim olması amaçlanmaktadır<sup>116</sup>.

Yapılan düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi Bakanlar Kurulunun kaldırılması ve Cumhurbaşkanının yetkilerinin genişletilmesiyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde bakanlar, “cumhurbaşkanının birer görevlileri ya da devletin yüksek bürokratları” olarak görülmeye başlamıştır<sup>117</sup>. Çağlayan’a göre de Anayasada bakanlar ile birlikte Cumhurbaşkanı yardımcılarının atanmasının üst kademe yöneticilerinin atanmasından farklı yerlerde düzenlenmiş olması, Meclis huzurunda yemin etmeleri, görevleriyle ilgili suçlardan ötürü Meclis soruşturmasına tabi tutulmaları, görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından da yasama dokunulmazlığına

<sup>112</sup> ÇAĞLAYAN, 2019, s. 141.

<sup>113</sup> Bakan yardımcılarının farklı hükümet sistemlerindeki konumu için bk. TUNÇ, Hasan, EKİNCİ, Ahmet, “Farklı Hükümet Sistemlerinde Koalisyon İstikrarını Sağlamak İçin Kullanılan Bir Araç Olarak Bakan Yardımcılığı Kurumu”, ERÜHFD, C. XV, S. 1, 2020, s. 80-109.

<sup>114</sup> Anılan dokuz bakanlık, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığıdır.

<sup>115</sup> Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanlığının bulunduğu beş bakanlık, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Tarım ve Orman Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı olup, bunların dışındaki bakanlıklarda, Teftiş Kurulu Başkanlığı yer almaktadır.

<sup>116</sup> FENDOĞLU, s. 634.

<sup>117</sup> USLU, Ferhat, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 264-265.

sahip olmaları gibi muameleler, onları siyasi yönleri ağır basan kamu görevlisi konumuna erdirmektedir<sup>118</sup>.

## SONUÇ

2017 Anayasa değişikliklerinin en kayda değer yanını, yürütme organı üzerinde yapılan değişiklikler oluşturmaktadır. İki başlı yürütme sistemine dayalı parlamenter hükümet sistemi terk edilerek, başkanlık sistemine daha yakın; fakat parlamenter sistemin de birtakım özelliklerini bünyesine alan “*karma, hibrit, sui generis*” bir yapı ortaya çıkmıştır<sup>119</sup>. Bu değişiklikleri, sadece yasama ve yürütme arasındaki hukuki farklılıklar olarak değil, aynı zamanda olgusal farklılıklar olarak analiz etmemiz gerekir. Bu olgusal analizi yaparken, yasama organının sadece birkaç yüz kişiyle yürüttüğü yasama faaliyetini, yürütme organının yürütme faaliyetini, yürütme ve idari faaliyet olarak geniş kapsamlı ele alıp, milyonlarca kişiyle yürüttüğünü ve bu kişilerin tüm yurttta her saniye milyonlarca faaliyette bulunduğunu göz ardı etmemeliyiz. Dolayısıyla anılan değişikliklerle ülkemizde yasama ve yürütme organı arasındaki iş bölümü bir hayli değişikliğe uğramıştır. Yeni hükümet sistemimiz çok basit bir tanımlamayla yasama işlevini meclise, yürütme işlevini yürütme organına veren geleneksel iş bölümü<sup>120</sup> anlayışında olmakla birlikte, yürütme organını temsil eden Cumhurbaşkanının, eskisine nazaran daha kuvvetli bir şekilde, kendini parlamentoya karşı değil, doğrudan seçmenlere karşı sorumlu hissettiği duygusunu pekiştirmiştir. Nitekim bu durum 6771 sayılı Kanunun teklifi aşamasında “*öngörülen hükümet sisteminde yasama ve yürütme doğrudan halk tarafından seçilmekte, her iki kuvvet de meşruiyetini halktan almakta ve yürütme de yasama da halka karşı sorumlu olmaktadır. Kuvvetler birbirinden ayrı, ancak, her iki kuvvetinde birleştiği konu halkın denetiminde halka hizmet etmeleridir*” şeklinde gerekçelendirilmiştir<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> ÇAĞLAYAN, 2019, s. 132-133.

<sup>119</sup> ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 335.

<sup>120</sup> TEZİÇ, 2019, s. 468.

<sup>121</sup> Bk. 26. Yasama döneminin 2. Yasama yılında yapılan, 2/1504 Esas numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin 6. madde gerekçesi, (Erişim) [https:// www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf](https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf), 29 Temmuz 2020.

Venedik Komisyonu raporunda da yer aldığı gibi, aslında başlan-  
gıçta, parlamenter sisteme uygun yapılandırılan Anayasaya, başkanlık  
hükümeti sisteminin zamanla aşılınmış olmasının, teknik açıdan oldukça  
ağır görüldüğünü ve uygulamalarda yaşanacak belirsizliklere kapı ara-  
layacağını belirtebiliriz<sup>122</sup>. Turhan, başkanlık hükümeti sisteminin tartışıl-  
dığı 1990'lı yıllarda da Türkiye'nin parlamenter hükümet sistemiyle baş-  
kanlık hükümeti sistemini birleştirerek uygulaması fikrinin, gerginliklere  
ve zorluklara neden olacağından bahisle bu konuda çok dikkatli olunması  
gerektiğini ifade etmiştir<sup>123</sup>. Bu görüşüne dayanak olarak da bir ülkenin  
ekonomik, sosyal ve kültürel faktörlerinin, tarihi birikiminin aynası oldu-  
ğunu, bu değerlerin, siyasi kurumlardan daha önemli olduklarını, siyasi  
kurumların kolay değiştirilebileceğini, fakat sosyoekonomik değişimle-  
rin, siyasi kurumlar kadar hızlı ve kolay değiştirilemeyeceğini söylemek-  
tedir<sup>124</sup>.

2017 Anayasa değişikliğinden önce yürütme organının uygulamalarıyla anayasal sınırları arasında oldukça ciddi farklar bulunmaktaydı. Aralıklı anayasa değişiklikleriyle insicamını kaybeden Anayasamızın yapılan düzenlemelerle ahengini yeniden kazanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda 2017 Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanının hukuki statüsüne ilişkin olarak uzun zamandır süre gelen rejim ve meşruiyet tartışmalarına bir nihayet getirmiştir diyebiliriz. Fakat bu sorunun çözümü için sistem değişikliği mutlak bir gereklilik miydi, yoksa sistem değişikliğinden ziyade bugüne kadar uygulanmak istenen fakat bir türlü istenildiği gibi uygulanamayan sistemin ıslahı daha mı iyi bir çözüm olurdu? Bugün muhalefet parti başkanlarının sıkça ifade ettiği iyileştirilmiş, revize edilmiş parlamenter sisteme dönüş arzusunun pek mümkün görünmediğini ifade edebiliriz. Benimsenen hükümet sisteminin nitelendirilmesinde

<sup>122</sup> European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Turkey Opinion On The Amendments To The Constitution Adopted by The Grand National Assembly On 21 January 2017 and To Be Submitted To a National Referendum On 16 April 2017, 10-11 March 2017, Opinion No: 875/2017, CDL\_AD, (2017) 005, p. 1-30, (Erişim) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e), 1 Eylül 2020.

<sup>123</sup> TURHAN, s. 165.

<sup>124</sup> TURHAN, s. 165.

temel unsur yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin niteliği<sup>125</sup> olduğu için yargı organı kuvvetler ayrılığı doktrininde ciddi bir tartışma konusu olmamış, bağımsız olma özelliğini koruyarak<sup>126</sup>, yasama organı tarafından oluşturulan yasaların, yürütme organı tarafından uygulanması neticesinde meydana çıkabilecek uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaya, istikrar ve dengeyi muhafaza etmeye devam etmiştir<sup>127</sup>. Bu nedenle demokratik sistemlerde, kuvvetler birbirinden ister sert ister yumuşak biçimde ayrılсын, birbirinden bağımsız olan her erkin baskın olmasının ve baskıcı bir yönetime sebebiyet vermesinin önüne geçmek için denge ve denetim mekanizmalarının olması ve uygulanması son derece önem taşımaktadır<sup>128</sup>. Devlet organları nihai olarak birbirlerini dengeleme kuvvetine sahiptir diyebiliriz.

İyi bir yönetim biçimini rasyonel olarak ortaya koymak oldukça güçtür. Kanaatimce kusursuz diyebileceğimiz bir hükümet sistemi tasarımı henüz yoktur, önemli olan devlet ve toplum için en doğru çözümün bütüne uyumunu yakalamaktır. Her hükümet sisteminde olduğu gibi bu sistemle de rejim tıkanıklıklarının önlenmesi ve daha rahat hükümet etmeyi sağlayacak bir düzene ulaşılması arzulanmaktadır. Bu maksatla yeni bir işlem tipi olarak düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, Türk tipi başkanlık sisteminin ana karakterini oluşturmaktadır<sup>129</sup>. Kabiliyetli bir idare aracı olması planlanan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin kullanım alanları bu nedenle önem taşımaktadır. Hükümet sistemi konusunda alınan siyasi kararlarla devlet organlarına ne kadar yetki verildiğinden ziyade, buradaki asıl güçlük, bu yetkilerin kullanılma aşamasında, yani karar alma aşamasındaki keyfilikte kendini göstermektedir.

---

<sup>125</sup> GÜLENER, Serdar, MİŞ, Nebi, "Analiz: Cumhurbaşkanlığı Sistemi", SETA, S. 190, 2017, s. 10, (Erişim) <https://setav.org/assets/uploads/2017/02/AnalizCumhurbaskanligiSistemi.pdf>, 19 Ağustos 2020.

<sup>126</sup> KUBALI, s. 289.

<sup>127</sup> ÖZER, Attila, Anayasa Hukuku, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018, s. 147, ASLAN, Zehreddin, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yürütme Organına Karşı Korunması", İÜİFD, S. 1-2, 1992, s. 336.

<sup>128</sup> ERDOĞAN, Mustafa, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018, s. 119, METİN, Yüksel, Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika Ülkelerinin Mukayesesi, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017, s. 43.

<sup>129</sup> DOĞAN, s. 978.

Önemli olan yasama organının koyduğu kanunları uygulayıcı mercii olan yürütme organının zihni yapısıdır. Sonuç olarak devlet hayatında yönetimin, yani kanunların uygulayıcısı olan yürütmenin başarısı, o devletin kalkınmasının temelini meydana getirmektedir.

**KISALTMALAR CETVELİ**

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABMYO	Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
bk.	bakınız
bs.	basım
C., c.	cilt
CBK	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
dn.	Dipnot
DPT	Devlet Planlama Teşkilatı
Ed.	editör
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İAÜHFD	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İNÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYD	İdarenin Yeniden Düzenlenmesi İlkeler ve Öneriler
KAYA	Kamu Yönetimi Araştırma Projesi
KÜSBD	Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
MEHTAP	Merkezi Hükümet Teşkilatı Araştırma Projesi
p.	page
para.	paragraf
s.	sayfa
S.	Sayı
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
Vol.	Volume
Y.	Yıl
YBHD	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 8. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- ALGAN, Bülent, "Sosyal Devlet Düşerken: Bazı Yanılgılar ve Göz Ardi Edilen Gerçekler", Kamu Hukukçuları Platformu, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs, 2011, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 261-278.
- ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARMAĞAN, Servet, "Bakanlar Kurulunun Çalışma Usullerine Dair Bazı Düşünceler", İÜHFİM, C. XXXVIII, S. 1-4, s. 231-246.
- ASLAN, Zehreddin "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yürütme Organına Karşı Korunması", İÜİFD, S. 1-2, 1992, s. 335-341.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017. (Kısaltmalarda, ATAR, 2017)
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- AYDIN, Öykü Didem, "Biz, Halk Egemenliğin Sahibi": Halkın-Kurucu Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika'nın Genel Çizgilerinden Türkiye İçin Bir Modele Doğru, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- AYTAÇ, Selim Erdem, ELÇİ, Ezgi, "Populism in Turkey", Populism Around the World, Ed. Daniel Stockemer, Springer International Publishing, 2019, p. 89-108.
- BAYKAL BENLİOĞLU, Emel, "Fransız Örneği Işığında Kohabitasyon Dönemleri: Cumhurbaşkanı ile Başbakan Çatışması ve Uyumu", The Global: A Journal of Policy and Strategy, C. I, S. 1, 2015, s. 69-101.
- BOZKURT, Fatma Duygu, Türkiye'nin Sivil Anayasa İhtiyacı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Yeni Anayasa ve İdari Teşkilat", Liberal Düşünce, Y. 17, S. 66, 2012, s. 77-83.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019. (Kısaltmalarda, ÇAĞLAYAN, 2019)

- ÇALIŞIR, Kurtuluş Tayanç, *Demokrasi ve Türk Tipi Başkanlık Sistemi*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- ÇAMURCUOĞLU, Gülden, “Çoğunlukçu Demokrasiye Yöneliş Olarak Popülizm”, *İNÜHFD*, C. X, S. 1, 2019.
- ÇATLI, Mehmet, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- DAL, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Gazi Üniversitesi Yayınları, 1992.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 125. Birleşim, T.: 11/08/1982, 3. Oturum, C. VII, s. 401, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU-TANAK/DM\\_/d02/c007/dm\\_\\_02007125.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU-TANAK/DM_/d02/c007/dm__02007125.pdf), 12 Temmuz 2020.
- Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 126. Birleşim, T.: 12/08/1982, 1. Oturum, C. VII, s. 458, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU-TANAK/DM\\_/d02/c007/dm\\_\\_02007126.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TU-TANAK/DM_/d02/c007/dm__02007126.pdf), 12 Temmuz 2020.
- DEMİRAY, Nezahat, “Mistrust in Constitution Making Process in Turkey”, 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy: “Law, Science Technology”, 15-20 August 2011, Frankfurt, Germany, p. 351-352, (Erişim) <https://core.ac.uk/download/pdf/14523143.pdf>, 16 Temmuz 2020.
- DİKMEN CANIKLIOĞLU, Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye: Anayasal İktisat Eleştirisi*, İstanbul, BDS Yayınları, 1998.
- DOĞAN, Bayram, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Yasama Yetkisinin Devredilmezliği Bağlamında Değerlendirilmesi”, *SÜHFD*, C. XXVIII, S. 3, 2020, s. 965-1003.
- DURAN, Lütfi, “III. Cumhuriyetin “Yürütme”si: Kuvvetli İcra mı, Kişisel İktidar mı?”, Bahri Savcı’ya Armağan, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, C. XXIV, S. 221, 1988, s. 95-113.
- ELGIE, Robert, “List of Presidential, Parliamentary and Other Countries” (Erişim) <https://www.semipresidentialism.com/?p=195>, 17 Eylül 2020.

- ERDOĞAN, Didem, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasında Karşılaşılan Kavram Karmaşaları", ABMYO Dergisi, C. XXXVIII, 2015, s. 27-36.
- ERDOĞAN, Mustafa, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018.
- ERDOĞAN, Mustafa, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018.
- EROĞUL, Cem, "2007 Cumhurbaşkanı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler", AÜSBFD, C. LXII, S. 3, 2007, s. 167-181.
- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Turkey Opinion On The Amendments To The Constitution Adopted by The Grand National Assembly On 21 January 2017 and To Be Submitted To a National Referendum On 16 April 2017, 10-11 March 2017, Opinion No: 875/2017, CDL\_AD, (2017) 005, p. 1-30, (Erişim) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e), 1 Eylül 2020.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, 4. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- GÖZLER, Kemal, "Demokrasi Nereye Gidiyor? Nerede Hata Yaptık", (Erişim) [www.anayasa.gen.tr/demokrasi-nereye-gidiyor.htm](http://www.anayasa.gen.tr/demokrasi-nereye-gidiyor.htm) (Yayın Tarihi: 12 Aralık 2018), 13 Ağustos 2020.
- GÖZLER, Kemal, Kurucu İktidar, Bursa, Ekin Kitabevi, 1998, (Erişim) <http://www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf>, 23 Ağustos 2020. (Kısaltmalarda, GÖZLER, 1998)
- GÖZLER, Kemal, Kurucu İktidar, Bursa, Ekin Kitabevi, 1998, (Erişim) <http://www.anayasa.gen.tr/kurucuiktidar.pdf>, 23 Ağustos 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, "Bakanlar Kurulunun Çalışma Usulleri", AÜSBFD, C. XXII, S. 3, 1967, s. 103-111.
- GÜLENER, Serdar, MİŞ, Nebi, "Analiz: Cumhurbaşkanlığı Sistemi", SETA, S. 190, Şubat 2017, s. 10, (Erişim) <https://setav.org/assets/uploads/2017/02/AnalizCumhurbaşkanlığıSistemi.pdf>, 19 Ağustos 2020.

- GÜMÜŞ, İskender, "Tarihsel Perspektifle Refah Devleti: Doğuş, Yükseliş ve Yeniden Yapılanma Süreci", *Journal of Political Administrative and Local Studies*, C. I, S. 1, 2018, s. 57-62.
- GÜNDOĞDU, Ahmet, *Sahadan Yeni Anayasaya: Algı, Beklenti ve Talepler*, Ankara, Memur Sendikaları Konfederasyonu, 2011.
- HAILBRONNER, Michaela, LANDAU, David, "Introduction: Constitutional Courts and Populism", *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 22 April 2017, (Erişim) <http://www.iconnectblog.com/2017/04/introduction-constitutional-courts-and-populism/>, 23 Haziran 2020.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, "2010 Anayasa Değişiklikleri ve Hukuk Devleti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 2, 2010, s. 387-406.
- KAHRAMAN, Mehmet, *Parlamente Sistemlerde ve Türk Anayasa Hukuku'nda Bakanlar Kurulunun Görevleri, Yetkileri ve Çalışma Usulü*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, 2 c., 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, C. I, 2019.
- KARATEPE, Şükrü, *Anayasa Hukuku*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2013.
- KAYA, Fevzi, "Türkiye Cumhuriyeti'nde Yapılan İdari Reform Çalışmalarının Karşılaştırmalı Analizi", *Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 48, 2016, s. 165-181.
- KUBALI, Hüseyin Nail, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1969.
- KUZU, Burhan, "Parlamente Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum", *İÜHFİM*, C. LIII, S. 1-4, s. 34-90. (Kısaltmalarda, KUZU, Parlamente Rejimde)
- KUZU, Burhan, *Anayasa Hukukumuzda Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987. (Kısaltmalarda, KUZU, 1987)
- KÜÇÜK, Adnan, "Ak Parti'nin Başkanlık Sistemi Modelinin ABD'deki Başkanlık Sistemi Modelinden Farklılık Arz Eden Yönleri", *KÜSBD*, C. VI, S. 1, 2016, s.25-64.

- METİN, Yüksel, Başkanlık Sistemi: Amerika Birleşik Devletleri ile Latin Amerika Ülkelerinin Mukayesesi, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017.
- MÜLLER, Jan Werner, "The Rise and Rise of Populism?", The Age of Perplexity: Rethinking the World We Knew, BBVA Open Mind, s. 65-83.
- MÜLLER, Jan Werner, What is Populism?, University of Pennsylvania Press, 2016.
- O'DONNELL, Guillermo, "Delegative Democracy", Journal of Democracy, The Johns Hopkins University Press, Vol. V, January 1994, p. 55-69.
- OKŞAR, Mustafa, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ÖKÇESİZ, Hayrettin, Hukuk Politikası'ndan, İstanbul, Yeni İnsan Yayınevi, 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ÖZÇELİK, Ahmet Selçuk, "Yeni Anayasamız Muvacehesinde Yasama ve Yürütme Organlarının Münasebetleri Hakkında Bazı Düşünceler", İÜHFMD, C. XXVII, S. 1-4, 1961, s. 34-44.
- ÖZDEK, Yasemin, "Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü", Kamu Hukukçuları Platformu, Küreselleşen Dünyada Anayasal Demokrasi Konulu Toplantı, 19-20 Mayıs, 2011, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 188-251.
- ÖZER, Attila, Anayasa Hukuku, 5. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.
- ÖZKOL, Adil, "Çağdaş Parlamenter Demokrasilerde Kuvvetli İcra Eğilimi", AÜHFMD, C. XXVI, S. 1, 1969, s.43-76.
- ÖZKUL, Fatih, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Resmî Gazete, 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı.
- Resmî Gazete, 11.02.2017 tarihli ve 29976 sayılı.
- SEVÜK, Mehmet Yaşar, AKIN, Pınar, "Kamu Politikalarını Etkileyen Resmi, Sivil ve Uluslararası Aktörler", İAÜHFMD, Y. 5, S. 2, 2019, s. 167-183.

- SEYHAN, Feyza Merve, Türkiye’de Uygulanan Hükümet Sistemleri ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- SEZGİNER, Murat, Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası’nda Sorunlar, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 11. bs., İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1997.
- SOYSAL, Mümtaz, Cumhuriyet Gazetesi, 09 Haziran 2006, (Erişim) <https://www.cumhuriyetarsivi.com/katalog/192/sayfa/2006/6/9/2.xhtml>, 20 Temmuz 2020.
- SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- TAN, Turgut, “1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme)” AYD, C. I, 1984, s. 31-47.
- TANÖR, Bülent, İki Anayasa, 1961-1982, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- TANÖR, Bülent, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 19. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019.
- TBMM Başkanlığı Anayasa ve İçtüzük Sitesi, (Erişim) [https://anayasa.tbmm.gov.tr/calisma\\_essasari.aspx](https://anayasa.tbmm.gov.tr/calisma_essasari.aspx), 22 Ağustos 2020.
- TBMM Başkanlığı Anayasa ve İçtüzük Sitesi, (Erişim) [https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara\\_iliskin\\_belgeler.aspx](https://anayasa.tbmm.gov.tr/calismalara_iliskin_belgeler.aspx), 27 Ağustos 2020.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), 23. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2019. (Kısaltmalarda, TEZİÇ, 2019)
- TOCQUEVILLE, Alexis De, Amerika’da Demokrasi, Çev.: İhsan Sezal, Fatış Dilber, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- TÖGEL, Akif, “Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine”, YBHD, S. 1, 2007/3, s. 105-130.
- TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 5. bs., İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982.

- TUNÇ, Hasan, "Demokrasi Türleri ve Müzakereci Demokrasi Kavramı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 2008, s. 1113-1132.
- TUNÇ, Hasan, EKİNCİ, Ahmet, "Farklı Hükümet Sistemlerinde Koalisyon İstikrarını Sağlamak İçin Kullanılan Bir Araç Olarak Bakan Yardımcılığı Kurumu", ERÜHFD, C. XV, S. 1, 2020, s. 80-109.
- TURAN, İlter, "Parlamentar Demokraside Denetim İşlevi ve Türkiye", AÜSBFD, C. XXXIII, S. 1, 1978, s. 1-33.
- TURHAN, Mehmet, "Parliamentarism or Presidentialism?: Constitutional Choice For Turkey", AÜSBFD, C. XLVII, S. 1, 1992, s. 153-168.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Aylık Haber Bülteni, "Anayasa Mutabakat Komisyonu Çalışmaları", Ed.: İlhami Giray Şahin, TBMM Basımevi, S. 211, Şubat 2016, s. 5-6, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/meclis\\_bulteni/s211.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/meclis_bulteni/s211.pdf), 12 Eylül 2020.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Aylık Haber Bülteni, "Kahraman'dan Anayasa Çalışmalarına Devam Çağrısı", Ed.: İlhami Giray Şahin, TBMM Basımevi, S. 211, Şubat 2016, s. 3-4, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/meclis\\_bulteni/s211.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/meclis_bulteni/s211.pdf), 12 Eylül 2020.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Haber Sitesi, (Erişim) [https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber\\_portal.aciklama?p1=135640](https://meclishaber.tbmm.gov.tr/develop/owa/haber_portal.aciklama?p1=135640), 11 Eylül 2020.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, Geçmiş Dönem Kanun Tasarı ve Teklifleri Sorgu Formu, (Erişim) [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_gd.sorgu\\_baslangic](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_gd.sorgu_baslangic), 13 Eylül 2020.
- ULUŞAHİN, Nur, "Anayasa Sorunu Üzerine: Sivil Anayasa Tartışmasının Gölgesinde 21 Ekim Referandumu", Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 3, 2007, s. 24-34. (Kısaltmalarda, ULUŞAHİN, Anayasa Sorunu)
- ULUŞAHİN, Nur, "Rejim Muhafızlığından ve İki Başlıktan Vazgeçmek", Birikim, S. 219, 2007, s. 18-26.
- ULUŞAHİN, Nur, "Türkiye'de Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve



- Tehlikeler”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi, C. III, S. 1, 2011, s. 29-38. (Kısaltmalarda, ULUŞAHİN, 2011)
- USLU, Ferhat, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine Göre Türk Anayasa Hukuku, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- UYGUN, Oktay, “Yeni Anayasada Merkezîyetçiliğin Azaltılması İçin Öneriler”, 1982 Anayasası’nın 30. Yıl Bilançosu, Ed.: Nihan, Yancı Özalp, Sinem Şirin, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 83-105.
- YOKUŞ, Sevtap, “Cumhurbaşkanı ve Başbakanın Konumu Üzerinden Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmaları”, 1982 Anayasası’nın 30. Yıl Bilançosu, Ed.: Nihan Yancı Özalp, Sinem Şirin, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 13-41.
- YOKUŞ, Sevtap, Türkiye’de Çatışma Çözümünde Anayasal Arayışlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- YÜCEL, Bülent, “Devlet Başkanı Sorumsuzluğunun Hükümet Sistemine Yansımaları ve Türkiye Uygulaması”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı, C. II, S. 3, 2016, s. 123-134.
- YÜCEL, Bülent, Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri (Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme), Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- (Çevrimiçi) [https:// www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf](https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf), 29 Temmuz 2020.
- (Çevrimiçi) <https://www.semipresidentialism.com/>, 15 Eylül 2020.





## KAMU İDARESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Dr. Öğr. Üyesi Yasin AYDOĞDU\*

### Öz

1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklikle kişisel verilerin korunması Türk Hukukunda anayasal bir hak halini almıştır. Anayasada bu hakka ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği öngörülmektedir (m. 20). Nitekim 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24.3.2016 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Kanunla kurulan Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Kurumun yönetim ve karar organı olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulu, kişisel verilerin korunması alanında düzenlemeler ve denetlemeler yapmaktadır. Bu alanda yapılan düzenlemelerle kişilerin, özellikle faaliyetlerini bu alanda yürüten şirketler olmak üzere, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerine karşı korunduğu yönünde bir algı bulunmaktadır. Ancak Kanunun uygulanması bakımından kamusal alan-özel alan ayrımı yapılmamaktadır. Makalede, kamusal alanda işlenen kişisel verilere dikkat çekilerek, bu alanda kişilerin kamu idaresine karşı korunabilecek hakları ele alınacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Kişisel Veri • Kişisel Verilerin Korunması • Kamu İdaresi • İdari Sorumluluk • Kişisel Verileri Koruma Kurulu

\* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye | Asst. Prof., Kırıkkale University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Kırıkkale, Turkey.

✉ aydogdu@kku.edu.tr • ORCID 0000-0003-3248-5199

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: AYDOĞDU Yasin, "Kamu İdaresinde Kişisel Verilerin Korunması", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 263-293.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## PROTECTION OF PERSONAL DATA IN PUBLIC ADMINISTRATION

### Abstract

With the amendment made in the 1982 Constitution in 2010, the protection of personal data has become a constitutional right in Turkish Law. It is envisaged in the Constitution that the procedures and principles regarding this right will be regulated by law (Art. 20). As a matter of fact, the Law on Protection of Personal Data No. 6698 was adopted on 24th March 2016 and entered into force. Personal Data Protection Authority established by law and Personal Data Protection Board, as managing and decision-making body of the Authority, makes regulations and audits regarding the protection of personal data. There is a perception that individuals, especially companies operating in this field, are protected against real persons and private law legal entities with the regulations made in this area. However, in terms of enforcement of the Law, there is no distinction between public and private spheres. In the article, by drawing attention to the personal data processed in the public sphere, the rights of individuals to be protected against public administration in this area are discussed.

### Key Words

Personal Data • Protection of Personal Data • Public Administration • Administrative Responsibility • Personal Data Protection Board

### GİRİŞ

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kapsamının belirlendiği 2. maddesinde<sup>1</sup> Kanun hükümlerinin hangi hallerde uygulanacağı belirtilmektedir. Yani Kanunun uygulanmasında kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara uyma bakımından kamu ve özel sektör ayrımı yapılmamaktadır. Bununla beraber uygulamada, kişisel verilerin başta yazılım şirketleri olmak üzere çoğunlukla özel hukuk kişilerince işlendiği yönünde bir algı bulunmaktadır. Ancak günümüzde en büyük veri bankaları devletlerin bizzat kendileri; özellikle istihbarat, emniyet, yargı ve sağlık birimleridir. Bununla beraber, devletler egemenliğinde yaşayan insanların temel hak ve hürriyetlerinin en güçlü teminatları oldukları için kişiler bu durumdan rahatsız olmazlar. Zira kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli olan kamu (amme) idaresi, doğası gereği

<sup>1</sup> Bu kanun hükümleri "kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında" uygulanır.

egemenliğinde yaşayan insanların kişisel verilerine ihtiyaç duyar. Başka bir ifadeyle idarenin kişisel verilere ihtiyaç duyması kaçınılmazdır<sup>2</sup>. Ancak idare, kişisel verileri işlerken belirli ilkelere uymak zorundadır. İdari birimler bu verileri hukuka uygun bir şekilde elde etmeli, kullanmalı ve sadece yargı (ve kolluk) makamları veya merkezi hükümet için gerekli olduğu durumlarda aktarmalıdır<sup>3</sup>.

İdari birimlerin veri işleme işlemlerinde göstermesi gereken hassasiyet, teknolojinin gelişmesine paralel bir şekilde kamu idarelerince yürütülen hizmetlerde kullanılan araçların çeşitlilik göstermesiyle beraber daha fazla artmıştır. Nitekim günümüzde kamusal işlemlerin tamamen veya kısmen elektronik ortamda gerçekleştirilmesi yönünde çalışmalar tüm dünyada yürütülmektedir<sup>4</sup>. Türkiye’de de bir süredir kamusal işlemlerin büyük bir kısmı elektronik devlet (yaygın kullanımıyla e-devlet) uygulaması üzerinden yapılabilmektedir<sup>5</sup>. Bu durum vatandaşların kamu hizmetine ulaşmasında zaman ve maliyet yönünden büyük kolaylıklar sağlamakla beraber, bazı riskleri de bünyesinde barındırmaktadır. Kişilere ait milyarlarca verinin internet ortamında farklı kurumlarca işlenmesi veri güvenliği bakımından başlı başına bir risk oluşturmaktadır.

Günümüz modern hukuk devletleri hem elde edilen veriler üzerinden bilgi güvenliğini sağlamayı hem de bu verilerin adreslediği kişileri koruma altına almayı amaçlamaktadır. Bu doğrultuda, kamu idaresinde işlenen kişisel verilerin dışarı karşı korunması gerektiği gibi, kamu tüzel kişiliği içerisinde ayrıca bir koruma sistemi de gerekmektedir. Zira devlet örgütlenmesi içerisinde birçok kamu tüzel kişiliği olmakla beraber; günümüzde bu tüzel kişiliklerin önemli bir kısmı hükümetlerin yani siyasi örgütlenmelerin etkisine açık olduğu için kurumların kendi içinde de ayrıca veri koruma mekanizmaları geliştirmeleri gerekmektedir. Zira

<sup>2</sup> KÜZECİ, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 528.

<sup>3</sup> WADE, William/FORSYTH, Christopher, *Administrative Law*, 11. Baskı, Oxford University Press, İngiltere, 2014, s. 45.

<sup>4</sup> KÜZECİ, s. 530.

<sup>5</sup> 2019 yılı sonlarında Çin’de ortaya çıkan ve kısa bir süre içerisinde pandemi haline alan korona virüs salgını ile mücadele eden birçok devlet gibi Türkiye Cumhuriyeti yönetim organları da insanların evlerinde kalmalarını sağlamak ve sosyal etkileşimi asgari düzeyde tutabilmek amacıyla, alınan tedbirler kapsamında kamusal hizmetlerin neredeyse tamamının elektronik platformlar (çoğu e-devlet uzantılı) üzerinden yapılabilmesine olanak sağlamıştır.

günümüz kamu idarelerinin, hizmet sunduğu kişilere ait verilere ulaşması oldukça kolaydır. Bu idareler kişisel verilerin güvenliğini sağlamak zorundadır.

Başta özel (mahrem) hayatın gizliliği hakkı olmak üzere, kişisel verilerin korunması hukuku ile kişilere ait belirli temel haklar koruma altına alınmaktadır. Bu bakımdan, bu çalışmada temel olarak ele alınacak konu Türk Kamu İdaresinde kişisel verilerin korunması bakımından idari birimlerin yükümlülükleri ile kişilerin hak ve hürriyetleri arasında kurulması gereken makul denge olacaktır. Çalışmanın amacı, 'güçlü' konumda olan kamu idaresine karşı, 'zayıf' konumda olan kişilerin Anayasa, uluslararası düzenlemeler ve 6698 sayılı Kanun başta olmak üzere mevzuatın tanıdığı yetkilerle kendilerini hangi yöntemlerle, nasıl koruyacaklarına ışık tutmaktır. Elbette, kişilerin korunması karşısında kamu idarelerinin faaliyetlerini yürütemeyecek duruma getirilmesi düşünülemez. Nitekim ilgili düzenlemelerde, bu konuda bir denge kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Yeri geldikçe, ölçülülük ilkesi ve makul denge gerektiren alanlarda birtakım önerilerde de bulunulacaktır. Makalede, çalışma konusu gereği, tam veya yarı-yapısal herhangi bir ampirik çalışma yapılmayacaktır. Çalışmanın temel metodolojisi açıklama, yorum ve tartışma yöntemlerinin kullanıldığı hukuki inceleme yöntemidir.

Çalışmada öncelikle, kavramsal olarak çalışmanın tamamında sıklıkla kullanılacak olan, kişisel veri kavramı ile kişisel verilerin işlenmesi konusuna ana hatlarıyla yer verilecektir. Zira bu alanda doktrinde yapılmış birçok çalışma mevcuttur. Hem tekrara düşmemek hem de çalışmanın esas konusunun dışına çıkmamak adına bu bölüm oldukça kısa tutulacaktır. Ardından, kişisel verilerin sadece özel sektörde işlendiği ve kişilerin bu sektöre karşı devlet tarafından korunması gerektiği yönündeki yanlış algıya karşı, kamu idaresinde kişisel verilerin işlenme düzeyi kısaca ortaya konulacaktır. Kamu idaresinde işlenen kişisel verilerin boyutu ve bu konunun önemi anlaşıldıktan sonra üçüncü bölümde, 'Kişisel Verilerin Kamuya Karşı Korunması' başlığı altında 6698 sayılı Kanun ve diğer kanunlarla kişilere tanınan haklar kapsamında başvuru, şikâyet ve diğer hak arama yolları ele alınacaktır. Bu bölümde özellikle idarenin sorumluluğu konusu üzerinde durularak uygulamaya ışık tutulmaya çalışılacaktır. Son bölümde ise, kamu idaresi içerisinde kişisel verileri koruma alanının düzenleyicisi ve denetleyicisi konumunda olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Kurumun yönetim ve karar organı

olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun, idare içerisindeki yeri, önemi ve işlemleri ortaya konduktan sonra; hukuk devleti olmanın bir gerekliliği olarak Kurul kararlarına karşı başvurulabilecek yargı yolları açıklanacaktır. Gerek ilgili yerlerde gerekse de Sonuç bölümünde Türk Hukuku bakımından birtakım öneriler getirilecektir.

## I. ANA HATLARIYLA KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kişisel veri kavramı, bu konuya ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye dair tüm bilgileri ifade etmektedir. Hayatta olmayan kişilere, yani ölümlere ait bilgiler kural olarak kişisel veri kapsamına girmemektedir. Ancak ölü kişiye ait bilgilerden yola çıkarak hayatta olan başka bir gerçek kişiye ulaşılabilmesi durumunda, bu bilginin de kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Hayatta olsun veya olmasın<sup>7</sup> gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyen veriler ise anonim veri olarak nitelendirilmekte ve

<sup>6</sup> ÇEKİN, Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 41. Yazar aynı çalışmada, henüz doğmamış ancak ana rahmine düşmüş cenine dair bilgilerin kişisel veri oluşturmayacağını ifade etmektedir. ÇEKİN, s. 41. Ancak biz bu görüşe katılmamakla beraber; Türk Hukukunda da benimsenen, kişinin hak ehliyetinin sağ ve tam doğmak kaydıyla ana rahmine düştüğü an itibariyle başlayacağından hareketle, cenine ait bilgilerin de kişisel veri kabul edilmesi gerektiğini savunuyoruz.

<sup>7</sup> Çalışma konumuzun dışında olmakla beraber yakın zamanda Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararın ayrıca değerlendirilmesinde fayda görüyoruz. Olayda, trafik kazasında kaybettiği eşinin bulut bilgi işlem sağlayıcısı hesabı için dava açan kişinin talebini yerinde bulan 6. Daire, yeniden karar verilmesi için dosyayı yerel mahkemeye göndermiştir. Daire'nin aldığı kararda, "dijital mal varlığına" dair henüz yasal bir düzenleme yapılmadığına işaret edilerek şu ifadeler kullanılmıştır: "Günümüzde bu hesapların reklam gelirleri elde edilen maddi bir karşılığı olan hesaplar halini alabildiği gibi, yine sosyal medya hesaplarının ve dijital para cüzdanlarının bağlı olduğu e-posta hesaplarının da artık kişisel kullanımı aşırı ticari değeri olan dijital mal varlığına girmeye başladığı anlaşılmaktadır. Günümüzde dijital mal varlığının yadsınmaz ve göz ardı edilemez bir gerçeklik olduğu, kripto para adı verilen ve uluslararası ödemelerde dahi kullanılmaya başlanmış dijital sistemlerin var olduğu, yine astronomik reklam gelirleri sağlayan sosyal medya hesaplarının gün geçtikçe arttığı, aynı şekilde Youtube ve benzeri dijital platformlarda salt reklam geliri ve hatta ücretli üyelik sistemi ile hizmet veren kanallar oluşturulduğu bir ortamda dijital mal varlığı ve dijital miras ile ilgili olarak yasal bir düzenleme bulunmadığı, bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu değerlendirilmiştir." E.N. 2020/1149, K.N. 2020/905, K.T.13.11.2020.

bu tür verilere hukuken koruma sağlanmamaktadır<sup>8</sup>. Yani tüzel kişilere ilişkin veriler 'kural olarak'<sup>9</sup> anonim veri olarak kabul edilmektedir. Gerçek kişilere ait her türlü bilgiye karşılık gelen bu kavramın içinde bazı veriler yapıları gereği daha büyük önem arz etmektedir. Kişisel verilerin korunmasına dair uluslararası hukuki düzenlemelerde de farklı bir konumda tutulan bu kategorideki veriler (*special categories of personal data*) 6698 sayılı Kanunda 'özel nitelikli kişisel veriler' şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Özel nitelikli kişisel veriler, başka kişilerce öğrenildiği takdirde ilgili kişinin zarar görebilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine sebep olabilecek nitelikteki verilerdir. Hangi verilerin özel nitelikli olduğu kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmelidir. Nitekim Türk Hukukunda 6698 sayılı Kanunda hangi kişisel verilerin özel nitelikli olduğu tahdidi olarak belirtilmiş olup, bu sayılanlar dışındaki veriler özel nitelikli olarak kabul edilmemektedir. Bu bakımdan, özel nitelikli kişisel verilerin belirlenmesi hususunda sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesinin benimsendiği görülmektedir. Bu tür verilerin işlenmesi genel olarak kişisel verilerin işlenmesi şartlarından daha özel şartlara tabi tutulmuştur. Başka bir anlatımla, bu tür veriler diğer kişisel verilere göre daha fazla koruma uygulanan küçük bir grup veri olarak değerlendirilebilir<sup>10</sup>. Bu tür verilerin ek güvencelerle korunmasındaki temel sebep, bu türdeki verilerin ayrımcılık gibi sorunlara sebebiyet verme ihtimalinin daha yüksek olmasından kaynaklanmaktadır<sup>11</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesi ise, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan yahut herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, korunması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde

<sup>8</sup> AŞIKOĞLU, Şehriban İpek, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 11.

<sup>9</sup> T.C. Kişisel Verileri Koruma Kurumu'na göre: Tüzel kişiliğe ait bilgilerden yola çıkarak gerçek kişiye ulaşılması durumunda ilgili veri, kişisel veri kabul edilmektedir Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVKK), *100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, KVKK Yayınları, Ankara, 2018, s. 18. Karşılaştırmalı hukuki düzenlemeler ve doktrinde hâkim olan görüş de bu yöndedir.

<sup>10</sup> KVKK, s. 20.

<sup>11</sup> KÜZECİ, s. 281.



gerçekleştirilen her türlü işlemi (tasarrufu) ifade eder. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, kişisel verilerin elde edilmesinden başlayarak kişisel verilerle ilişkili olabilecek her türlü süreci içerecek şekilde yapılan tüm işlemler ‘veri işleme faaliyeti’ kapsamına girmektedir<sup>12</sup>. Örneğin, kişisel verilerin belirli bir yerde (hard-disk, CD, bulut sistemleri vs.) tutularak depolanması, başka hiçbir işlem yapılmassa dahi, bir veri işleme faaliyeti olarak kabul edilir. Bu bakımdan kişisel verilerin elde edilmesi ve kaydedilmesinden başlayarak veri kullanımı üzerinden yapılan her işlem veri işleme faaliyeti olarak kabul edilir.

Kişisel veriler otomatik yollarla işlenebileceği gibi, otomatik olmayan yollarla da işlenebilir. Ancak günümüzde kişisel veriler büyük oranda otomatik yollarla işlenmektedir. 6698 sayılı Kanunun gerekçesinde Kanunun kapsamı açıklanırken, “Günümüzde bu veriler, gerek özel sektör ve gerekse kamu sektörü tarafından bilişim sistemleri üzerinden otomatik yollarla sıkça kullanılmaktadır” şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Bu ifade den otomatik yollarla veri işlemenin, yazılım ve bilişim sistemleri üzerinden gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri olduğu anlaşılabilir. Kanun gerekçesinde de ifade edildiği üzere, kamu sektöründe yani kamu idaresinde işlenen verilerin büyük çoğunluğu bilişim sistemleri üzerinden otomatik yollarla yapılmaktadır. Bu durum ise, bu faaliyetleri icra eden idari birimlerin 6698 sayılı Kanun kapsamına girdiğini ve kanuni yükümlülüklerle mükellef olduğunu göstermektedir.

## II. KAMU İDARESİNDE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Günümüzde kamu hizmetlerinin önemli bir kısmı elektronik platformlar üzerinden yürütülmektedir. Bunun neticesinde kamu idaresi içerisinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları, yürütmekle görevli oldukları hizmetleri yerine getirirken sürekli olarak kişisel veri işleme faaliyetinde bulunmaktadır. Güvenlik birimlerince işlenen adli sicil (sabıka) kaydı, güvenlik soruşturması, arşiv kaydı bilgileri gibi veriler<sup>13</sup>; sağlık hizmetleri kapsamında işlenen veriler (e-Nabız, Hayat Eve Sığar gibi uygulamalar); eğitim-öğretim kurumlarında işlenen veriler; kamu kurumlarının abonelik sözleşmeleri kapsamında elde ettiği veriler ve vergilendirme bilgileri gibi birçok kişisel veri ile bu hizmetleri yürüt-

<sup>12</sup> AŞIKOĞLU, s. 70; ÇEKİN, s. 46.

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması ile ulaşılan bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğunu saptamıştır AYM, E.N. 2018/73, K.N. 2019/65, K.T. 24.7.2019.

mekle görevli kamu görevlilerine ait veriler (personel özlük dosyaları) kamu idaresinde yer alan idari birimler tarafından işlenmektedir. Bu durum veri güvenliği bakımından başlı başına bir risk oluşturmaktadır.

Kamu idaresince işlenen kişisel veriler, içinde bulunduğumuz dijital çağda gün geçtikçe daha fazla artmaktadır. Veri işleme faaliyetiyle beraber veri güvenliği bakımından yaşanan risk de her geçen gün artmaktadır. Her ne kadar kamu idareleri olası bir saldırı veya veri sızdırma durumlarına karşı teknik ve idari tedbirlerini alıyor olsa da; bu önlemler tek başına yeterli değildir.

Kamu idaresinde kişisel verilerin işlenmesi karşısında verilerin adreslediği hizmet alan kişilerin korunması da gerekmektedir. Yani, kamu idareleri ellerinde bulunan kişisel verileri dışarı karşı korumakla yetinmemeli; aynı zamanda veri işleme faaliyetlerini hukuka uygun bir şekilde yapmalıdır. Zira kamu idaresinde işlenen verilerin Anayasa, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve 6698 sayılı Kanun hükümlerine uygun olması hukuki bir zarurettir. Aksi bir durumda hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kişilerin idareye karşı korunması, mağduriyetlerinin giderilmesi gerekir.

Kişisel verilerin kamu idarelerine karşı korunması konusuna geçmeden evvel, konunun ciddiyetinin daha iyi anlaşılabilmesi adına, kamu idarelerince işlenen birtakım kişisel verilerin ortaya konmasında fayda görüyoruz. Örneğin, Türkiye'nin farklı şehirlerinde, farklı terör örgütlerince gerçekleştirilen terör eylemlerini önleme amacıyla gerçekleştirilen istihbarat çalışmaları kapsamında kişisel verilerin işlendiği bilinmektedir<sup>14</sup>. Yine başka bir örnek olarak 2019 yılı sonunda Çin'de ortaya çıkan ve kısa sürede küresel bir salgın haline dönüşen yeni tip korona virüs (kovid19) karşısında başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere birçok kamu kurum ve kuruluşu kişilere ait birçok veri üzerinde veri işleme faaliyetleri icra etmiştir. Zira, kişilerinin sağlık verilerinin işlenmesi, özellikle salgın hastalıklar söz konusu olduğunda, kamu idaresi ve toplum sağlığını korumak için bir zaruret halini almaktadır<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Konuyla ilgili daha fazla bilgi için ayrıca bkz. ATLI, Turan, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2019, s. 4-22.

<sup>15</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) geçmiş yıllarda vermiş olduğu bir kararında bu durumu meşru görmektedir. Bkz. AİHM, 22009/93 Z. v. Finlandiya, 25.2.1997. Nitekim 6698 sayılı Kanunda da buna uygun bir düzenleme mevcuttur (m. 6/3).

Özel nitelikli kişisel veri olarak sağlık verilerinin işlenmesi bakımından kamunun adeta bir tekel durumunda olduğu ifade edilebilir. Son derece hassas nitelikteki bu verilerin korunması, güvenlik de dahil olmak üzere kamu menfaatleri bakımından gereklilik arz etmektedir. Ancak günümüzde ülkelerin bankacılık sektöründe veri güvenliğine gösterdiği hassasiyetin, sağlık verileri için gösterilmediği ifade edilmektedir. ABD'deki benzer sistemin eleştirildiği bir makalede, kişilerin sağlık verilerinin kredi kartı bilgilerinden on kat daha değerli olduğu vurgulanmaktadır<sup>16</sup>.

Sağlık verilerinin işlenmesi toplum sağlığı ve kamu düzeni bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Ancak günümüzde bu verilerin dijital ortamda işlendiğini göz önünde bulundurursak, bu durum olası bir siber saldırı veya sızma durumlarında kişilerin özel hayatlarına müdahale ve ihlal riskini de barındırmaktadır. 2017 yılında New York Times'da ele alınan bir makalede bu durum karşısında farklı bir öneri sunulmaktadır. Buna göre: Kişilerin sağlık bilgilerinin yer aldığı ve muhafazası kendilerine ait bir dijital cüzdan taşımaları ve bu cüzdan içerisinde yer alan verileri kendi istedikleri kişilerle paylaşmaları kişisel verilerin korunması bakımından daha etkin bir mekanizma sağlayabileceği ifade edilmektedir<sup>17</sup>.

Kamu idarelerince işlenen kişilere ait veriler arasında taşıdıkları değer ve hukuki düzenlemelerle getirilen özel koruma düzenlemelerine binaen sağlık verileri üzerinde öncelikle durma ihtiyacı hissettik. Ancak, yukarıda ayrıca ifade edildiği üzere, kamu idaresi içerisinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları yürütmekle görevli oldukları hizmetleri yerine getirirken kişilere ait birçok veri üzerinde tasarrufta bulunmaktadır. Hatta günümüzde devletler, sosyal ve ekonomik alanlarda belirledikleri hedeflere planlı bir şekilde ulaşmak için bu verilerin kullanıldığı istatistiklerden sıklıkla faydalanmaktadır. İstatistiki verilerin büyük

<sup>16</sup> HUMER, Caroline/FINKLE, Jim, "Your Medical Record is Worth More to Hackers than Your Credit Card", *Reuters Technology News*, 24.9.2014. Çevrimiçi Yayın: (Erişim Tarihi 11 Kasım 2020) <https://www.reuters.com/article/us-cybersecurity-hospitals/your-medical-record-is-worth-more-to-hackers-than-your-credit-card-idUSKCN0HJ21I20140924>.

<sup>17</sup> HAUN, Kathryn/TOPOL, Eric J., "The Health Data Conundrum", *The New York Times*, 2 Ocak 2017. Çevrimiçi Yayın: (Erişim Tarihi 12 Aralık 2020) <https://www.nytimes.com/2017/01/02/opinion/the-health-data-conundrum.html>.

kısımının anonim veri olduğu bilinse de; anonim verilerden yola çıkarak kişi belirlenebilir kılınyorsa, bu veri kişisel veri haline dönüşecektir<sup>18</sup>.

Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi 6698 sayılı Kanunda sayılan istisna hallerinden biridir (m. 28/1-b). Yani bu durumda, Kanun hükümleri uygulanmayacaktır<sup>19</sup>. Ancak ayrıca ve açıkça belirtmek gerekir ki: 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı ve ‘tam istisna’ halleri olarak ifade edilen yukarıdaki durumlarda kamu idarelerinin dilediği gibi davranabilmesi söz konusu olamaz. Zira, kişisel verilerin korunması hakkı anayasal bir haktır. Ve yine temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının düzenlendiği Anayasanın 13. Maddesine göre, bir hakkın kullanımı sınırlandırılırken ‘hakkın özüne dokunmama yasağı’na dikkat edilmelidir. Ancak ‘hakkın özü’ kavramı oldukça belirsiz bir kavramdır. Bir hakkın özünün nerede başlayıp, nerede bittiğini net bir şekilde belirlemek imkânsızdır. Bir hakkın özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu zaman söz konusu hürriyeti anlamsız hale getirecek olan asli çekirdeği olarak tanımlanmaktadır<sup>20</sup>.

Kanun hükümlerinin tamamının değil, belirli yükümlülükler getiren hükümlerinin uygulanmayacağı ‘kısmi istisna’ olarak ifade edilen hükümleri de Kanununun 28. Maddesinin 2. Fıkrasında düzenlenmekte-

<sup>18</sup> KÜZECİ, s. 539-540.

<sup>19</sup> Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı diğer istisnai durumlar 6698 sayılı Kanunda şöyle belirtilmektedir:

- “Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi” (m. 28/1-c).

- “Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi” (m. 28/1-d).

- “Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi” (m. 28/1-e).

<sup>20</sup> ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 115. Anayasa Mahkemesi de, geçmiş yıllarda vermiş olduğu bir kararında hakkın özünü şöyle açıklamıştır: “Bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyan veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmayan hükümler, bir hak ve hürriyetin özüne dokunuyor sayılmaz” AYM, E.N. 1962/208, K.N. 1963/1, K.T. 4.1.1963.

dir<sup>21</sup>. İlgili fıkra hükmünden anlaşılacağı üzere, sayılan istisnalar bakımından bazı şart ve sınırlamalar öngörülmektedir. Öncelikle, sayılan istisnalar kapsamında yapılacak kişisel veri işlemenin, Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve ölçülü olması gerekmektedir. Ayrıca sayılan istisnai durumlarda, Kanunun yalnızca bazı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtildiğinden diğer hükümler bakımından Kanuna uyum arandığı anlaşılmaktadır. İstisna tutulan durumlar dışındaki veri işleme faaliyetlerinde, kamu idareleri ile özel hukuk kişileri arasında 6698 sayılı Kanunun uygulanması bakımından bir ayırım yoktur.

### III. KİŞİSEL VERİLERİN KAMU İDARELERİNE KARŞI KORUNMASI

Kamu idaresinde bilgi edinme ve verilere ulaşma hürriyeti “*devleti memura karşı, vatandaşı devlete karşı korur*”<sup>22</sup>. Doğru bilginin sağlayacağı bireysel ve toplumsal denetimin, kamu idaresini sağlamlaştıracağı ve idari birimleri doğru kararlar vermeye yönlendireceği ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Nitekim Anayasada kamu işleyişi ile ilgili herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir (m. 74). Bu hakkın kullanımı 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda düzenlenmektedir. Kanunun 1. Maddesinde, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olarak eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun bir şekilde kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarını sağlamanın amaçlandığı ifade edilmektedir.

<sup>21</sup> İlgili fıkra hükmü şöyledir:

“Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.”

<sup>22</sup> İYİMAYA, Ahmet, “Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1), Ankara, 2003, s. 42.

<sup>23</sup> İYİMAYA, s. 42.

Kamu idaresinde her ne kadar bilgi edinme hakkı ön planda gözükmese de verilere ulaşma ve dahi kişisel veriler üzerinde tasarrufta bulunma hakkı demokratik devlet olmanın bir gereği olarak kişilere tanınmış temel bir haktır. Bu bakımdan kamu idaresinde bilgi edinme ve kişisel verilerin korunması alanları birbirleriyle yakından ilişkilidir. Bilgi toplumunun iki sütunu olarak nitelendirilebilecek bu haklar, bazı noktalarda birbirini tamamlarken bazı noktalarda ise diğerinin sınırını oluşturur<sup>24</sup>.

Bilgi edinme hakkı, kişilere idarenin elinde bulunan kişisel verilerini öğrenme hakkını tanımaktadır. Kişisel verilerin korunması kapsamında tanınan haklar ise ilgili kişiye kendisine ait verilerin korunmasıyla beraber bu veriler üzerinde belirli taleplerde bulunma hakkı da sağlamaktadır. Bu bakımdan kişisel verilerin korunması alanı kamu idaresi karşısında kişilerin sahip olduğu önemli haklardan biridir.

Kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında, kişisel verisi işlenen ya da işlendiğini düşünen kişilerin belirli hakları bulunmaktadır. Bunlar; veri sorumlusuna başvuruda bulunarak kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenme, işlenmişse bunlar hakkında bilgi talep etme, verinin içeriğinin eksik veya yanlış olması durumunda bunların düzeltilmesini, hukuka aykırı olması durumunda ise silinmesini, yok edilmesini ve bu kapsamda yapılacak işlemlerin verilerin açıklandığı üçüncü kişilere bildirilmesini ve verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlarının giderilmesini talep etme hakları olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda ilgili kişilerin, 6698 sayılı Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini, öncelikle veri sorumlusuna iletmeleri zaruridir (m. 13). Kanun, ilgili kişilerin kanuni haklarını kullanabilmeleri için aşamalı bir başvuru usulü öngörmüştür. Bu bakımdan ilgili kişilerin öncelikle veri sorumlusuna başvurmaları zaruridir. Bu yol tüketilmeden kişilerin şikâyetinin Kurulun önüne gelmesi mümkün değildir.

6698 sayılı Kanunda ilgili kişilerin veri sorumlusuna yapacağı başvuruların şekli hususunda iki temel hüküm yer almaktadır (m. 13/1). İlk yöntem yazılı başvuru usulüdür. Yazılı başvuru, genel hükümlere göre ıslak imzalı belge ile yapılan başvuru şeklinde anlaşılmalıdır. Bunun yanında güvenli elektronik imza bulunan belgeler de yazılı şekil şartını sağlayacaktır. Yazılı başvuru dışındaki diğer başvuru yöntemlerinin belirlenmesi hususunda Kanun, Kişisel Verileri Koruma Kurulunu

---

<sup>24</sup> KÜZECİ, s. 579.

yetkilendirmektedir. Kurul, çıkardığı alt düzenleyici işlemlerle veri sorumlusuna yapılacak başvuruların yöntemini belirlemiştir<sup>25</sup>. Veri sorumlusuna yapılacak başvuru usulünü açıklamadan evvel kamu idarelerinde veri sorumlusunun tespiti hususuna değinmekte fayda görüyoruz.

### A. Kamu İdarelerinde Veri Sorumlusu Kimdir?

6698 sayılı Kanunda veri sorumlusu tanımı yapılmaktadır<sup>26</sup>. Mevzuattaki tanımla paralel bir şekilde ve fakat daha kısa anlatımla veri sorumlusu, veri işleme faaliyetinin hangi amaçla ve ne şekilde yapılacağı sorularını cevaplayacak kişidir. Kişisel verilerin korunması bakımından veri sorumlusu merkezi bir konuma sahiptir. Veri sorumlusunun rolü, sadece belirli bir veri işleme süreciyle sınırlı kalmamakta, bu sürecin bir bütün halinde hukuka uygun şekilde yönetilmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir<sup>27</sup>.

Veri sorumlusu gerçek veya tüzel kişi olabilir. Veri işleme faaliyetleri tüzel kişiliğin bünyesinde gerçekleştiriliyorsa, veri sorumlusu bizzatihi tüzel kişiliğin kendisi olacaktır. Veri sorumlusu tüzel kişiler, özel hukuk kişiliğine haiz olabileceği gibi kamu tüzel kişiliğine de haiz olabilir. Tüzel kişiliğin bünyesinde veri işleme faaliyetleriyle görevli ve yetkili olan gerçek kişiler 6698 sayılı Kanunun uygulanması bakımından veri sorumlusu sayılmamaktadır. Yani, veri sorumluluğu bizzat ilgili tüzel kişiliğin kendisinde olacaktır. Sorumluluk kapsamında yerine getirilmesi gereken yükümlülükler tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili organ veya kişiler tarafından yerine getirilecektir. Tüzel kişiliğin içerisinde yetkili organ veya kişilerce veri sorumlusu yükümlülüklerini yerine getirmesi için başka kişi ya da kişilerin görevlendirilmesi, tüzel kişiliğin veri sorumlusu olarak kendi sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

### B. Kamu İdaresi Veri Sorumlusuna Başvuru

Kamu idarelerinde veri sorumlusu ilgili kurumun bizzat kendisidir. 6698 sayılı Kanun kapsamında, kamu idarelerine karşı haklarını kullanmak isteyen ilgili kişiler veri sorumlusu olarak bu idarelere başvuru yapabilir. Başvurular doğrudan ilgili kamu kuruma yapılır. Daha

<sup>25</sup> Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ 10 Mart 2018 tarih ve 30356 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>26</sup> Kanun koyucu 6698 sayılı Kanunda veri sorumlusunu şöyle tanımlamıştır: “Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek ve tüzel kişi” (m. 2/1-ı).

<sup>27</sup> ÇEKİN, s. 49.

sonra ilgili kurumu temsil ve ilzama yetkili amir<sup>28</sup> tarafından doğrudan cevaplanabileceği gibi, ilgili birime havale edilerek oradan gelen cevap amir tarafından imzalanarak verilebilir.

Usulüne uygun bir şekilde veri sorumlusuna yapılan başvuru dört farklı şekilde sonuçlanabilir: Kabul, ret, yetersiz cevap verme veya cevap vermeme. Veri sorumlusunun ilgili kişinin talebini kabul etmesi durumunda gereğini en kısa sürede yerine getirmesi icap eder. Diğer üç ihtimalde ilgili kişinin Kurul nezdinde şikâyet yoluna başvuru hakkı bulunmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ilgili kişi Kurul nezdinde şikâyet yolunu tercih etmeksizin doğrudan Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınan hak arama hürriyeti kapsamında yargı yoluna da başvurabilir.

6698 sayılı Kanunda bu düzenlemelere ilaveten, Kurulun veri işleme faaliyetleri sonucu ihlal iddiasından haberdar olması durumunda resen, görev alanıyla ilgili hususlarda gerekli incelemeyi yapacağı da ifade edilmektedir (m. 15/1). Şikâyet üzerine veya resen Kurulca yapılan incelemeler sonucu Kanunun 18. Maddesine aykırılık tespit edilmesi halinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu idaresinde görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümleri doğrultusunda işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir (m. 18/3). Yani kanuni yükümlülüklerin idari birimlerce yerine getirilmemesi durumunda Kurul, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi idari yaptırım uygulamayacak; ilgili idarenin kusurunda etkisi olan kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğunu işlettirecektir.

### C. Kamu Görevlilerinin Disiplin Sorumluluğu

Türk İdare Hukuku mevzuatında kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu bulunmaktadır. Yani, kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevli ve yetkili olan bu kişilerin uymakla yükümlü olduğu kurallar ve kaçınmak zorunda oldukları yasaklar vardır. Aksi bir durumda ilgili kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu gündeme gelecektir. Disiplin cezaları *“memurun meslekî hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecrî müeyyidelerdir”*<sup>29</sup>. 6698 sayılı Kanunda düzenlenen yükümlülükleri yerine getirmeyen kamu görevlileri hak-

<sup>28</sup> Örneğin bakanlıklarda bakan, belediyelerde belediye başkanı, üniversitelerde rektör kurumlarını temsil ve ilzama yetkili kişilerdir.

<sup>29</sup> ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, İstanbul Akgün Matbaası, 1966, İstanbul, s. 1188.



ında disiplin sorumluluğu<sup>30</sup> işletilecektir. Zira Kanunda öngörülen idarî yaptırımlar, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kuralları ihlal eden kamu idareleri hakkında uygulanmayacaktır<sup>31</sup>.

Şikâyet üzerine veya resen Kurulca yapılan incelemeler sonucu Kanunun uygulanmasına aykırılık tespit edilmesi halinde, Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu idaresinde görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir (m. 18/3). 6698 sayılı Kanun hükmünden Kurulun ilgili idareye disiplin soruşturması başlatması yönünde bildirimde bulunması gerektiği sonucu çıkmaktadır (m. 18/3). Ancak bu düzenleme olmasaydı dahi, pozitif İdare Hukuku mevzuatı gereğince böyle bir durumda idari birimler kendi inisiyatifleriyle de disiplin soruşturması açabileceklerdi.

Kurulun yapacağı bildirim üzerine bildirimini alan yetkili yöneticilerin (idari amirlerin), disiplin işlemlerini başlatıp başlatmama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ancak buradaki zaruret, mutlak disiplin cezası verilmesi yönünde değil, disiplin soruşturmasının başlatılması yönündedir. Kamu görevlisinin disiplin cezası alıp almayacağı, soruşturma sonunda ortaya çıkacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesi kapsamındaki disiplin işlemleri, ilgili kamu idaresinin tabi olduğu disiplin mevzuatı çerçevesinde yürütülecektir. Kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğuna ilişkin genel kurallar (özel kanunlardaki düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla) genel kanun niteliğindeki 657 sayılı Kanunun 124. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, hukuka aykırı kişisel veri işleme faa-

<sup>30</sup> Kamu görevlilerinin disiplin sorumluluğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. Maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir: *"Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir"*.

<sup>31</sup> Kanunun 18/2. Maddesinde *"Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır"* hükmü doğrultusunda kamu tüzel kişilerine karşı idari yaptırım kararı alınamaz. Bu hüküm olmasa dahi aynı sonuca ulaşmak mümkündü. Zira, idari yaptırımlar sonucu ödenen meblağın Hazineye aktarıldığı ve kamu kurumlarının bütçelerinin önemli bir kısmı Hazineden ödendiği göz önünde bulundurulduğunda kamu kurumlarına karşı idari yaptırım uygulamada hukuki bir menfaat olmadığı anlaşılacaktır.

liyetinde bulunan kamu görevlileri hakkında ‘uyarma’, ‘kınama’, ‘aylıktan kesme’, ‘kademe ilerlemesinin durdurulması’ ve ‘kamu görevinden çıkarma’ cezalarından biri verilebilir. Ceza verilsin yahut verilmesin soruşturma sonucu muhakkak Kurula bildirilmelidir. Zira 6698 sayılı Kanundaki “...Kurula bildirilir” şeklindeki düzenleme (m. 18/3) idari birimler için emredici niteliktedir.

#### D. Kamu Görevlilerinin Cezai Sorumluluğu

6698 sayılı Kanununun 17. Maddesinde<sup>32</sup> kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde ortaya çıkacak cezai sorumluluk düzenlenmektedir.

Kişisel verilere ilişkin suçların nitelikli hâllerini düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun 137. maddesinde, suçun bir kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hâl kapsamında düzenlenmiştir. Bu hâlde suç ancak özel faillik sıfatı taşıyan kişiler tarafından işlenebilir, başka bir deyişle özgü suç özelliği gösterir<sup>33</sup>. Türkiye’de bu suç tipinin yakın geçmişte birçok örneği mevcuttur. Erzurum Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğünde çalışan üç kamu görevlisinin Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan ile İçişleri eski Bakanı Efkân Ala’nın belirli kimlik verilerini sorgulattıkları gerekçesiyle görülen davada toplam 10 yıl hapis cezasına mahkûm edilmeleri bu örneklerden en medyatik olanıdır<sup>34</sup>.

Türk Hukukunda 2005 yılında çıkarılan Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen kişisel verilere ilişkin suç tipleri 2016 yılında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun kabul edilmesiyle beraber anlam kazanmıştır. 2016 yılı sonrasında, kişisel verilerin korunması için Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş olan suç tiplerinin ceza hukukunun son çare olma (*ultima ratio*) özelliği ile uyumunu kaybettiği ve tersine, kişisel verilere ilişkin ihlallerde tepki olarak cezalandırma silahına başvurmanın kişisel verilerin korunması mekanizmasının benimsenmesi ve içselleştirilmesi

<sup>32</sup> “(1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 nci madde hükümleri uygulanır. (2) Bu Kanununun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanununun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.”

<sup>33</sup> DUMAN, Buminhan/CAN, Sibel, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK M. 136)”, *International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal*, 6(31), 2020, s. 603.

<sup>34</sup> (Erişim Tarihi 3 Ağustos 2020) <https://www.haberturk.com/erzurum-haberleri/74201434-erdogan-ve-alanin-kutuklerini-sorgulayanlara-hapis-cezasi>.

sürecine olumsuz etki sağlayacağı savunulmaktadır<sup>35</sup>. Yine aynı görüş doğrultusunda kişisel verilerin ceza normlarıyla korunması yerine tüm gelişmiş ülkelerde olduğu gibi bağımsız bir veri koruma otoritesinin denetimi altında, kendine özgü kuralları ve işleyişi olan özgün bir koruma mekanizmasının oluşturulmasının daha sağlıklı olacağı ayrıca ifade edilmektedir<sup>36</sup>.

Aşağıda ayrıca değinileceği üzere, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi eylemine karşı cezai sorumluluk işletilmesi durumunda, gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi hakkında Kurul idari yaptırım kararı uygulayamayacaktır. Ancak bu eylem bir kamu hukuku tüzel kişiliği bünyesinde işlenmişse Kurul zaten idari yaptırım kararı alamayacağı için, hukuka aykırı veri işleme faaliyetinde bulunan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunun yanı sıra disiplin sorumluluğu da işletilebilir.

### E. Kamu Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu

Kamu idarelerinde kişisel verilerin işlenmesi faaliyetleri kapsamında ortaya çıkan hukuka aykırılıkların idari ve cezai yaptırımını yukarıda açıkladık. Ancak bu hukuka aykırılıklara konu olan veri işleme faaliyetlerinden dolayı ilgili kişilerin maddi veya manevi zararlara maruz kalması muhtemeldir. Hukuk devleti olmanın gerekliliği ile idarenin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

6698 sayılı Kanunda, kişisel verilerin korunması bakımından kişilik hakları zarar gören ilgililerin genel hükümlere göre tazminat hakları saklı tutulmuştur (m. 11, 14/3). Hakları ihlal edildiğini iddia eden ilgili kişiler, Kanunda öngörülen veri sorumlusuna başvuru ve şikâyet yollarına gitmeksizin doğrudan genel mahkemelerde tazminat davası açabilirler. Veri sorumlusuna doğrudan başvurma zarureti, konunun Kurulun önüne gelebilmesi için uyulması gereken zaruri bir süreçtir. 6698 sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi için başvuru yoluna gitmenin zaruri, şikâyet yoluna gitmenin ise ihtiyari olması sebebiyle, başvurusu zımnen veya açıkça reddedilen ilgili kişiler, bir taraftan Kurula şikâyette bulunabileceği gibi diğer taraftan doğrudan yargı yoluna da gidebilirler.

<sup>35</sup> SINAR, Hasan, "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma Veya Ele Geçirme Suçu (TCK md. 136)", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 61.

<sup>36</sup> SINAR, s. 61.

Ortaya çıkan zararın niteliği ve boyutuna göre veri sorumlusunun hukuki sorumluluğu doğacaktır<sup>37</sup>.

İdare Hukuku mevzuatı ve içtihatları doğrultusunda, idarenin sorumluluğu belirlenirken zarara sebebiyet veren işlem veya eylemin bile- rek ya da bilmeyerek, kusurlu veya kusursuz yani ne şekilde ortaya çık- tığı önemlidir<sup>38</sup>. Bu bakımdan kamu idarelerince kişisel verilerin işlen- mesi faaliyetlerinden ortaya çıkan zararları 'idarenin kusuru' bakımın- dan ikili bir ayırım yaparak incelemekte fayda görmekteyiz.

### 1. Kusura Dayalı Sorumluluk

İdare hukukunda kusura dayalı sorumluluk, idarenin kamu hiz- meti ve faaliyetlerini yürütürken kusurlu bir davranışta bulunarak se- bep olduğu zararı tazmin etmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir<sup>39</sup>.

İdare Hukuku doktrini incelendiğinde idarenin kusura dayanan sorumluluğunda yer alan "kusur", "hizmet kusuru" olarak ifade edil- mektedir. Bu anlamda hizmet kusuru, hizmetin kurulmasında, düzen- lenmesinde ya da işleyişindeki bir bozukluğu, aksaklığı ve eksikliği ifa- de etmektedir<sup>40</sup>. Danıştay'ın yaklaşımı da bu yöndedir. Yüksek Mahke- me'nin geçmiş tarihli kararlarındaki hizmet kusuru ile ilgili şu ifadeleri paylaşmakta fayda görüyoruz: "...Genel olarak hizmet kusuru, hizmetin kuruluş ve işleyişindeki aksaklık ve bozukluktur..."<sup>41</sup>. "...Hizmetin kötü veya geç işlemesi, gereği gibi işlememesi sonucu bir zarara sebebiyet verilmiş olması halinde hizmet kusuru nedeniyle idareye meydana gelen maddî veya manevî zararları tazmin sorumluluğu yükleyeceği idare hukukunun yerleşmiş ilkele- rindedir..."<sup>42</sup>.

Örneğin, kamu idarelerince hizmet esnasında işlenen verinin, mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süreden fazla muhafaza edilmesi hizmet kusuru oluşturur ve idarenin kusura dayanan sorumluluğu gündeme gelir. Yine hukuka uygun bir şekilde

<sup>37</sup> AYÖZGER, A. Çiğdem, *Kişisel Verilerin Korunması Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 183 vd.

<sup>38</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 600-606.

<sup>39</sup> GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009b, s. 1057 vd.

<sup>40</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN Turgut, *İdare Hukuku c. I Genel Esaslar*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013a, s. 679.

<sup>41</sup> Danıştay 10. Dairesi, E.1994/7359, K.1995/3559, K.T.12.7.1995.

<sup>42</sup> Danıştay 12. Dairesi, E.2007/1297, K.2007/3247, T.13.07.2007.

işlendikten sonra ve süre bitimiyle silinmesi/imha edilmesi/yok edilmesi gereken kişisel verilerin ilgili idarece bu işlemlere tabi tutulmaması da bir hizmet kusuru olacaktır. Başka bir örnek olarak idarenin, ilgili kişiden açık rıza alması gereken hallerde bu rızayı almaksızın veri işleme faaliyeti icra etmesi gösterilebilir.

Sorumluluğun varlığını tespit için, veri işleme faaliyeti yapılmadan önceki durumla, işlem iptal edildikten sonraki durum arasında, ilgili kişi açısından bir fark yoksa, yani hukuka aykırılık ilgili kişinin durumunu etkilememişse, idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Yani idarenin hukuka uygun işlemleri bakımından kusur sorumluluğuna gidilemez, şartları bulunuyorsa kusursuz sorumluluğa gidilebilir.

## 2. Kusursuz Sorumluluk

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, idarenin davranışından bir zarar meydana geldiğinde, idarenin hiçbir kusurlu davranışı olmasa da zarardan sorumlu tutulmasını ifade etmektedir. Kusursuz sorumluluk halinde, idarenin sorumlu tutulabilmesi için, meydana gelen zararın ‘anormal ve özel’ olması gerekmektedir<sup>43</sup>. Zira kamu idarelerince yürütülen tüm kamu hizmetlerinin bir külfeti bulunmakta ve bu külfete herkesin bir derecede katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak hukuka uygun yürütülen bu faaliyetlerden, bazıları herkesin katlandığı külfetten daha fazla (anormal ve özel) bir zarara maruz kalabilmektedir. Bu durumda bu kişilere belli bir miktar tazminat ödenerek, külfetler eşitlenmeye çalışılmaktadır<sup>44</sup>.

İdare Hukukunda kusursuz sorumluluk türleri “risk sorumluluğu ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik” şeklinde ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Bu kusursuz sorumluluk halleri hakkında ayrıca açıklama yapmaksızın örnekler üzerinden hareket etmekte fayda görüyoruz. Örneğin, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda belirlediği hedeflere planlı bir şekilde ulaşmak için istatistiklerden sıklıkla faydalanması gerekmektedir. İstatistiki veriler için belirli kişilere yönelik, kişisel verilerinin işleneceği, anketler yapılmaktadır. Her ne kadar anketlerde yer alan veriler anonimleştirilerek işlense de kişilerin bu durumdan zarar görme ihtimalleri bulunmaktadır. Bu durum kamu külfetleri karşısında eşitlik şeklindeki kusursuz sorumluluk haline örnek olarak gösterilebilir. Risk sorumluluğuna en güzel örnek ise, koruyucu ve istihbari faaliyetler kap-

<sup>43</sup> GÖZLER, 2009b, s. 1164 vd.

<sup>44</sup> ÇAĞLAYAN, s. 624 vd.

samında yapılan işlemler kapsamında birçok kişinin verisinin işlenmek zorunda kalması gösterilebilir. Bu kişilerden zarara uğrayanların başvurabileceği ilk mekanizma idarenin kusursuz sorumluluğu olacaktır.

### 3. Dava Yolu

Kişisel verilerin işlenmesi bakımından kusura dayanan yahut kusursuz sorumluluk hallerinin ikisinde de 'tam yargı davası' gündeme gelecektir. Bu dava türü ile idare hukuku alanında 'ihlâl' edilen bir hakkın yerine getirilmesi, ya da uğranılan zararın giderilmesi istenir<sup>45</sup>. İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre tam yargı davaları idari işlemlerden veya idari eylemlerden doğabilir (m. 2/1-b,c). Buna göre, bir idari işlem-den hakkı ihlal edilenler, bir zarara maruz kalan kişiler, bu zararların giderimi için tam yargı davası açabileceklerdir. İlgililerin haklarının ihlâl edildiği işlem, olumlu olabileceği gibi olumsuz, hatta zımnî ret şeklinde de olabilir<sup>46</sup>.

Kişisel verilerin korunması hukukunda şimdiye kadar ele aldığımız dava çeşitleri dışında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğunu güvence altına alan Anayasanın 125. Maddesi ve ilgili kanunlar bakımından, Kurul kararlarına karşı ilgililerin hak arama hürriyetinin ayrıca ele alınmasında fayda görüyoruz.

## IV. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURULU KARARLARINA KARŞI YARGI YOLLARI<sup>47</sup>

### A. İdare Hukuku Bağlamında Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları

6698 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliği bulunan Kişisel Verileri Koruma Kurumu kurulmuştur. Kurum, Kurul ve Başkanlıktan oluşmaktadır. Kurumun karar organı Kişisel Verileri Koruma Kuruludur (m. 19).

<sup>45</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku c. II İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013b, s. 614.

<sup>46</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2013b, s. 624.

<sup>47</sup> Şahsım tarafından, 10 Aralık 2018 tarihinde İstanbul'da düzenlenen 1. Kişisel Verileri Koruma Sempozyumu'nun 4. Oturumunda şahsım tarafından "Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararlarına Karşı Yargı Yolları" konulu sözlü bir sunum yapılmıştır. Bu sunumda sözlü olarak beyan ettiğim ifadeler geliştirilerek ve bilimsel formata aktarılarak, işbu makale çalışmasının bu kısmında yazıya aktarılacaktır. Mezkûr Sempozyum için bkz. (Erişim Tarihi 15 Aralık 2020)

Bu başlık altında düzenleyici ve denetleyici üst kurullardan<sup>48</sup> biri olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve karar ve yönetim organı olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun (Kurul) işlemlerinin idare hukuku bağlamında değerlendirilmesi ele alınacaktır. Kurum ve Kurulun yapısı, görev ve yetkileri, çalışma esasları ilgili mevzuatta<sup>49</sup> açıkça ele alındığı için çalışmada bu konuya değinilmeyecektir.

Kurul, mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkilerini ifa ederken farklı işlemler yapmaktadır. Bu işlemlerin idare hukuku bilgileri ışığında tasnif edilmesi, işlemlere karşı başvurulacak yargı mercilerinin belirlenmesi bakımından kolaylık sağlayacaktır.

Kamu kurum ve kuruluşları, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri sağlarken birtakım hukuki ve maddi tasarruflar, yani işlem, eylem ve sözleşme yapabilme gücünü içeren geniş yetkilerle donatılmışlardır<sup>50</sup>. Başka bir anlatımla, kamu kurum ve kuruluşları tarafından sağlanan kamu hizmetleri idari işlem, eylem ve sözleşmeler şeklinde tezahür etmektedir. Ancak biz burada idari eylemler üzerinde durmayacağız<sup>51</sup>. Zira bu başlık altında Kurul işlemleri ve bu işlemlere karşı başvurulacak yargı yolları ele alınacağı için, konunun dışına çıkmamak adına bu başlık altında Kurulun tek taraflı idari işlemleri ve iki taraflı idari işlem olarak imzalayabileceği idari sözleşmeleri ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle doktrinde kabul edilen idari işlem türleri ve sınıflandırmaları bağlamında şöyle bir şema ortaya koymayı faydalı buluyoruz<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Türk Hukukunda düzenleyici ve denetleyici kurullar için 'bağımsız idari otorite' ya da 'üst kurul' kullanımı da yaygındır. Bu kurullar hakkında ayrıca bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 286-288; ÇAĞLAYAN, s. 226-235; GÖZLER, 2009a, s. 581-591; GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2013a, s. 311-340.

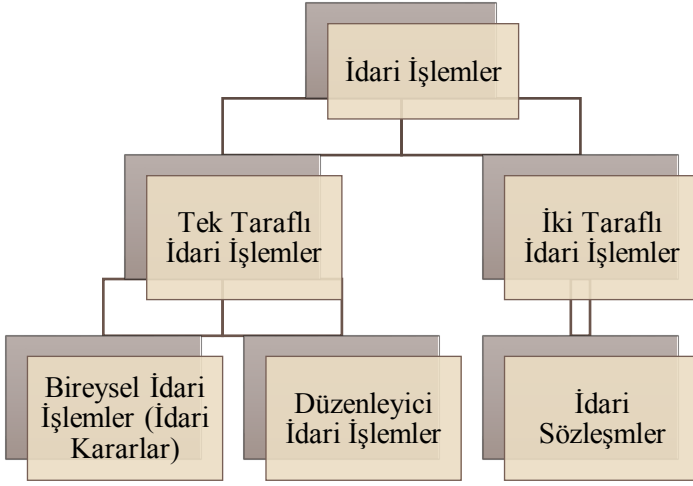
<sup>49</sup> 6698 sayılı Kanun ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik.

<sup>50</sup> ÇAĞLAYAN, s. 299.

<sup>51</sup> İdari eylemler hakkında ayrıca bkz. ÇAĞLAYAN, s. 422-438.

<sup>52</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 328-341; ÇAĞLAYAN, s. 315-340; GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2013a, s. 361-369; GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009a, s. 686-741.

### Şema 1. İdari İşlem Türleri



Şema 1’deki ayırım doğrultusunda Kurul’un düzenleyici idari işlemleri ile idari sözleşmelerine karşı yargı yollarını ele aldıktan sonra; Kurulun bireysel idari işlemlerine karşı (özellikle idari yaptırım kararlarına karşı) yargı yolları kısmı, ayrıca ve detaylı açıklayabilmek adına, sona bırakılacaktır.

Kurul işlem ve kararlarına karşı yargı yollarının öngörülmesi Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hukuk devleti olmasından kaynaklanmaktadır. 1982 Anayasasına göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devleti olmanın bir gerekliliği de idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olmasıdır. Nitekim bu gereklilik 1982 Anayasasında güvence altına alınmıştır (m. 125/1). Ancak idarenin ifa etmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin icra edilebilmesi için idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması gerekmektedir. Hukuka uygunluk karinesi en kısa anlatımla: İdari eylem ve işlemlerin, hukuka uygun olduklarına dair bir yargı kararına ihtiyaç duymadan ortaya çıktıkları anda hukuka uygun kabul edilerek ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğurmasıdır<sup>53</sup>. İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden faydalanması, işlemlerin icrailik özelliği taşımasından kaynaklanmaktadır. Zira idari işlemin icrailiği, aksi ispat edilene

<sup>53</sup> UÇAR, İsmail, “İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcılığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcılığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(3), 2016, s. 331-373.



kadar işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir<sup>54</sup>. İdari işlemlerin<sup>55</sup> hukuka uygunluk karinesi karşısında ise kişilerin hak arama hürriyeti bulunmaktadır<sup>56</sup>. Yani hukuka uygunluk karinesinden faydalanan idari işlemlerin<sup>57</sup> yargı önünde hukuka aykırılığının öne sürülmesi herkesin anayasal bir hakkıdır. Bu hakkın kullanımını sonucu yapılan yargılama ile idari işlemler iptal edilip, hak kaybına uğrayanların mağduriyetlerinin giderilmesi hukuk devleti olmanın bir gerekliliğidir. Bu bakımdan Kurul işlemlerine karşı hangi yargı yoluna başvurulabileceğinin ayrıca ele alınmasında fayda görmekteyiz.

## B. Kurul İşlemlerine Karşı Yargı Yolları

### 1. Kurulun Düzenleyici İşlemlerine Karşı Yargı Yolu

6698 sayılı Kanuna göre Kurulun görev ve yetkilerinden biri de Kurulun görev alanı ile Kurumun işleyişine ilişkin konularda gerekli düzenleyici işlemleri yapmaktır (m. 22/1-e). Düzenleyici işlemler; soyut, genel, herkese yönelik, muhatabının kim olduğu önceden belirli olmayan, bir kez kullanılmakla sona ermeyen (tükenmeyen) kurallar bütünü olarak tanımlanabilir<sup>58</sup>. Kurulun şimdiye kadar yaptığı düzenleyici işlemleri yönetmelik, tebliğ ve ilke kararları olarak görmekteyiz<sup>59</sup>.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'na göre: Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı açılacak dava-

<sup>54</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 312.

<sup>55</sup> Yukarıda hukuka uygunluk karinesi hakkında yaptığımız açıklamada da görüldüğü üzere, sadece idari işlemler değil, söz konusu karinenin idarenin bütün faaliyetleri için geçerli olduğu söylenebilir. Zira idari işlem ve eylemlerin hukuka aykırı olduğuna ya yargı tarafından ya da gerekli inceleme, araştırma veya soruşturma sonucunda idare tarafından karar verilecektir. AKYILMAZ, Bahtiyar, "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69(1-2), İstanbul, 2011, s. 67-68.

<sup>56</sup> Zira Anayasaya göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" (m. 36/1). Yine Anayasanın 125'inci maddesine göre: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

<sup>57</sup> Hukuka uygunluk karinesi sadece bireysel idari işlemler için değil, düzenleyici idari işlemler dâhil tüm idari işlemlere uygulanır. GÖZLER, 2009a, s. 678.

<sup>58</sup> ÇAĞLAYAN, s. 315.

<sup>59</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından hazırlanan düzenleyici işlemler için bkz. (Erişim Tarihi 15 Ağustos 2020) <https://kvkk.gov.tr>.

ları ilk ve son derece mahkemesi olarak Danıştay karara bağlar (m. 24/1-c). Bu bakımdan bir kamu kurumu olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Onun yürütme ve karar organı olarak Kurul tarafından çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere karşı Danıştay'da dava açılacaktır. Ülke çapında uygulanmayacak düzenleyici işlemlere karşı ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri<sup>60</sup> uyarınca Ankara İdare Mahkemeleri nezdinde dava açılacaktır.

## 2. Kurul Tarafından İmzalanan İdari Sözleşmelere Karşı Yargı Yolu

Kamu hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, bu hizmetleri karşılamaya çalışırken iki taraflı hukuki işlem olan sözleşmeler de yapabilmektedir. Sözleşme, iki tarafın iradesinin bir konuda uyuşması sonucu oluşan hukuki işlemidir. Sözleşmeler, genel olarak taraflara haklar vermekte ve yükümlülükler getirmektedir. Taraflardan birisi, sözleşmeye aykırı davranırsa, diğer tarafın uğradığı zararları tazmin etmek durumundadır. Bu durum idarenin yaptığı sözleşmeler için de geçerlidir<sup>61</sup>.

Kamu tüzel kişiliğine haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve Kurumun yönetim ve karar organı olarak Kurul, idari sözleşmeler yapabilmektedir. Kurulca yapılan sözleşmelerden kamu ihale sözleşmeleri; elektrik, doğalgaz, su, internet ve telefon abonman sözleşmeleri; alım, satım, kira, hizmet, taşıma sözleşmeleri; öğrencilere yönelik yapılan eğitim, burs ve kredi projeleri özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilebilir<sup>62</sup>. Bu tür sözleşmelerin uygulanması esnasında, tarafların sözleşme hükümlerine aykırı davranmasından kaynaklanan (yeni olayların sözleşmeye etkisi, sözleşmenin feshi gibi) sebeplerden doğan ihtilaflar adli yargıda görülecek ve özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir<sup>63</sup>. Ancak Kurulun yaptığı tüm sözleşmeler adli yargıda görülmeyecektir. Kurulca yapılan imtiyaz sözleşmeleri, iltizam sözleşmeleri, müşterek emanet sözleşmeleri, kamu istikraz (borçlanma) sözleşmeleri kamu hukuku (idari) sözleşmeleri olarak kabul edilip; bu tür sözleşmelerden do-

<sup>60</sup> "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir." (m. 32/1).

<sup>61</sup> ÇAĞLAYAN, s. 478.

<sup>62</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2013a, s. 469-481.

<sup>63</sup> ÇAĞLAYAN, s. 478.

ğan ihtilaflar idari yargıda görülür ve idare hukuku hükümlerine göre çözümlenir<sup>64</sup>. Bunların yanı sıra Kurulca yapılan her iki tür sözleşmede, sözleşme imzalanıncaya kadar geçen aşamalarda yapılan birçok idari işlem olacaktır. Bu idari işlemlerin yargısal denetimi bakımından da iptal davası gündeme gelebilecek olup; görevli ve yetkili mahkeme 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca belirlenecektir<sup>65</sup>.

### 3. Kurul Tarafından Verilen İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargı Yolu<sup>66</sup>

6698 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde Kanunda öngörülen belirli yükümlülükleri yerine getirmeyen veri sorumluları ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında idari para cezası verileceği düzenlenmektedir (m. 18/1). İdari para cezalarına karşı, özel kanunlarda farklı bir düzenleme olmadığı takdirde genel kanun niteliğinde olan Kabahatler Kanunu düzenlemesi hükümleri uygulanacaktır. 6698 sayılı Kanunda da özel bir düzenleme bulunmadığı için Kurulca verilen idari para cezalarına karşı Kabahatler Kanunu hükümleri esas alınacaktır. Bu Kanuna göre ise idari para cezalarına karşı kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde, sulh ceza hâkimliğine<sup>67</sup> başvurulabilir. 15 gün içinde başvuruda bulunulmazsa idarî yaptırım kararı kesinleşmektedir (m. 27/1)<sup>68</sup>. İdari yaptırım kararına karşı sulh ceza

<sup>64</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, 2013a, s. 491-501.

<sup>65</sup> ÇAĞLAYAN, s. 479.

<sup>66</sup> İdari para cezalarına konu olan olaylar aynı zamanda Türk Ceza Kanunu bağlamında (m. 135-140) suç oluşturmaktaysa; Kurul'un, bu olayla ilgili yürütülen idari süreçten el çekmesi, eylemin Kabahatler Kanunu'nun 15/3. maddesi gereğince suçtan dolayı yargılanmasının teminini sağlaması, TCK'nin 139. Maddesi uyarınca şikâyete bağlı olmayan bu suçlar için suçu bildirme yükümlülüğünün ifasını da beraberinde getirecektir. KART, Aslıhan/KETİZMEZ Muammer, "Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1(2), Ankara, 2019, s. 28.

<sup>67</sup> Yetki olarak hangi sulh ceza hakimliğine başvurulacağı hususunda bizim de katıldığımız görüşün ifade edildiği Türkiye Barolar Birliği tarafından çevrimiçi yapılan KVK Kurumunun Verdiği İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yolları adlı yayına bkz. (Erişim Tarihi 15 Aralık 2020) <https://www.youtube.com/watch?v=875iQUSIDYs>.

<sup>68</sup> 15 günlük süre kuralının tek bir istisnası vardır. Mücbir sebebin varlığı dolayısıyla bu sürenin kaçırılmış olması halinde başvuruyu kaçırmaya sebep olan durumun ortadan kalktığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde karara karşı yine itiraz başvurusunda bulunulabilir. Yapılan bu başvuru, kararın kesinleşmesini engellemez; an-

hâkimliğince verilen karara karşı hem ilgili kişi hem de Kurum yedi gün içinde itiraz edilebilir<sup>69</sup>.

Görüldüğü üzere Kurul tarafından verilen idari yaptırım kararlarına karşı yargı yolu adli yargı bünyesinde oluşturulan sulh ceza hâkimlikleri olup; bu merciin kararına karşı olağan ve etkili bir kanun yolu da öngörülmemiştir. Ayrıca belirtmek istediğimiz başka bir husus ise idari yaptırım kararının düzenleyici ya da bireysel idari işleme beraber verilmesi durumunda bu karar ve işleme karşı hangi yargı yolunun kullanılacağı meselesidir. İdarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde (örneğin veri sorumlusu için faaliyet durdurma kararı); idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülür (KK m. 27/8). Bu gibi durumlarda ilgili idari işleme beraber idari para cezasına karşı da itiraz edilmek istenirse görevli ve yetkili mahkeme Ankara İdare Mahkemeleridir.

#### 4. Kurul Tarafından Verilen İdari Yaptırımlar Dışındaki Bireysel İşlemlerine Karşı Yargı Yolu

Bireysel (birel) idari işlem, somut belli bir şeye, duruma ya da kişiye yönelik olan, konusu, muhatabı yani öznesi belli olan işlemlerdir<sup>70</sup>. Bir kamu kurumu olarak Kişisel Verileri Koruma Kurumu ve yönetim organı olarak Kurul, mevzuatla görevli ve yetkili kılındığı faaliyetleri yerine getirirken birçok farklı idari işlem yapmaktadır. Bunlardan idari para cezalarına karşı hangi yargı yoluna başvurulacağını yukarıda ele

---

cak, mahkeme kararının yerine getirilmesini durdurabilir (m. 27/2). Başvuru dilekçesinde, idarî yaptırım kararına ilişkin bilgiler, bu karara karşı ileri sürülen deliller açık bir şekilde gösterilir. Dilekçede ayrıca, başvurunun süresinde yapılmasını engelleyen mücbir sebep veya sebepler de dayanaklarıyla gösterilir (m. 27/4).

<sup>69</sup> Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir (Kabahatler Kanunu (KK) m. 29, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 268). Bu itiraz üzerine merciin verdiği kararları kesindir (CMK m. 271/4).

<sup>70</sup> ÇAĞLAYAN, s. 328.

aldık. İdari yaptırım kararları dışındaki tüm bireysel idari işlemlerine karşı ise idari yargı mercileri yetkilidir<sup>71</sup>.

### SONUÇ YERİNE: ÖNERİLER

Endüstri 4.0 veya 'dijital devrim' olarak adlandırılan yeni süreç ile makinelerin, akıllı cihazların veya sanal uygulamaların her an birbiriyle bağlı bir şekilde veri paylaşması ve sistemlerin asgari düzeyde insan müdahalesiyle çalışması esas amaçlanmaktadır<sup>72</sup>. Bu süreç içerisinde yer alan bireylerin 'ağ toplumu (*network society*)' olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bilgi toplumu (*information society*) olarak da kullanılan bu yapıda, insanların birbirlerine birçok noktadan bağlı olması, hayatlarının her anında kendilerine ait tüm alanlarına dair veri paylaşmaları ve bu veriler üzerinden sosyal ilişkilerini oluşturmaları söz konusudur<sup>73</sup>. Ancak kişisel verilerin korunması hukuku sadece bilgi güvenliğine ilişkin düzenlemelerden ibaret değildir. Bu alan, her ne kadar bilgi güvenliğine yönelik düzenlemeler içerse de bilgi güvenliğine yönelik düzenlemelerin amacı veriyi korumak iken kişisel verilerin korunması hukuku ile verinin adreslediği 'kişi' korunmaktadır<sup>74</sup>.

Günümüz kamu idaresi anlayışı, yönetimin mükemmel ve tam işleyişinin sağlanması yanında kişilerin korunmasını da amaç ve değer olarak kapsamına almaktadır. Bu bağlamda kişilerin haklarını korumayan faaliyetler hukuka aykırı olacaktır. İdari faaliyetler icra edilirken kişilerin hak ve menfaatleri de korunmalıdır<sup>75</sup>. Bu doğrultuda Türkiye'de son yıllarda kamu idaresinde kişisel verilerin korunması için birçok mevzuat reformu yapılmıştır. Bunlar oldukça önemli gelişmelerdir,

<sup>71</sup> Kurul tarafından verilen idari yaptırımlar dışındaki bireysel işlemlerine karşı Ankara İdare Mahkemeleri nezdinde iptal ve tam yargı davaları açılabilir. Zira 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa göre: "Göreve ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla bu Kanunda veya özel kanunlarda yetkili idare mahkemesinin gösterilmemiş olması halinde, yetkili idare mahkemesi, dava konusu olan idari işlemi veya idari sözleşmeyi yapan idari merciin bulunduğu yerdeki idare mahkemesidir" (m. 32).

<sup>72</sup> KAYA, Mehmet Bedii, "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasındaki Denge", *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Ed. Leyla Keser Berber ve Ali Cem Bilgili), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 33.

<sup>73</sup> DIJK, Jan van, *The Network Society, Social Aspects of New Media*, 2. Baskı, Sage Yayınları, Londra, 2006, s. 19.

<sup>74</sup> KAYA, s. 41.

<sup>75</sup> AKILLIOĞLU, Tekin, "Bireyin Yönetiş İle İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz". *Amme İdaresi Dergisi*, 14(3), Ankara, 1981, s. 55-56.

ancak yeterli değildir. Zira toplumda veri koruma kültürü ve özel hayatın gizliliğine saygı bilinci gelişmedikçe yapılan reformlar askıda kalacaktır. Bunun için başta kamu idarelerince bu alanda hassasiyet gösterilmesi topluma örnek olmak adına önem taşımaktadır.

6698 sayılı Kanununun geçici 1. maddesinde kamu idarelerinin Kanuna uyum sürecinde Kurum ile koordinasyonu sağlamak üzere üst düzey bir yönetici belirlenerek Başkanlığa bildirileceği ifade edilmektedir. Avrupa Veri Koruma Tüzüğü'nde 'veri koruma görevlisi (*data protection officer*)' olarak kaleme alınan görevlilerin kamu kurum ya da kuruluşlarında her hâlükârda istihdam edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır (m. 37/1). Türk Kamu İdaresinde, veri hazırlama kontrol işletmeni (VKHİ) olarak istihdam edilen kamu görevlileri bulunsa da bu görevlilerin görev tanımı ve yürütmekle yükümlü oldukları hizmet kişisel verilerin korunması alanıyla alakalı değildir. Kamu idarelerinde istihdam edilecek 'veri koruma görevlisi' bu alana hâkim kişilerden oluşmalıdır. Şirketler için veri koruma hukukuna uyum sürecinde önerilerin yer aldığı bir çalışmada, veri koruma görevlilerinde bulunması gereken yeterlilikler şöyle sıralanmaktadır: Veri koruma mevzuatına hâkim, bilgi teknolojileri ve çalıştığı kurumun faaliyetleri hakkında deneyimli, eğitimli, bilgili ve güvenilir kişilerden seçilmelidir<sup>76</sup>. Şirket yönetiminden çok daha önemli bir konumda olan kamu idare yönetimlerinde de benzer pozisyonlarda istihdam edilecek kamu görevlilerinde aynı kriterlerin aranması gerekir.

---

<sup>76</sup> DETERMANN, Lothar, *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyumu*, (Çev. Hilal Temel), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 9.

**KAYNAKLAR**

- AKILLIOĞLU, Tekin. "Bireyin Yönetmel İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz". *Amme İdaresi Dergisi*, 14(3), Ankara, 1981, s. 37-56.
- AKYILMAZ, Bahtiyar. "Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 69(1-2), İstanbul, 2011, s. 61-78.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNLER, Murat/KAYA, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- AŞIKOĞLU, Şehriban İpek. *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.
- ATLI Turan, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), 2019, s. 4-22.
- AYÖZGER, A. Çiğdem. *Kişisel Verilerin Korunması Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan. *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÇEKİN, Mesut Serdar. *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- DETERMANN, Lothar. *Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyumu*, (Çev. Hilal Temel), Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- DUMAN, Buminhan/CAN, Sibel. "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu (TCK M. 136)", *International Social Mentality and Researcher Thinkers Journal*, 6(31), 2020, s. 599-609.
- GÖZLER, Kemal. *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009a.
- GÖZLER, Kemal. *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009b.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut. *İdare Hukuku c. I Genel Esaslar*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013a.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut. *İdare Hukuku c. II İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013b.

- HUMER, Caroline/FINKLE, Jim. "Your Medical Record is Worth More to Hackers than Your Credit Card", *Reuters Technology News*, 2014. Çevrimiçi Yayın: <https://www.reuters.com/article/us-cybersecurity-hospitals/your-medical-record-is-worth-more-to-hackers-than-your-credit-card-idUSKCN0HJ21I20140924>, 24.09.2014.
- İYİMAYA, Ahmet. "Bilgi Edinme ve Verilere Ulaşma Özgürlüğü", *Ankara Barosu Dergisi*, (1), Ankara, 2003, s. 41-47.
- KART, Aslıhan/KETİZMEZ, Muammer. "Kabahatler Kanunu'nun İçtima Hükümleri Açısından Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suç ve Kabahatler ile Kurul'un İdari Ceza Kararlarına İlişkin Bir Değerlendirme", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 1(2), Ankara, 2019, s. 17-29.
- HAUN Kathryn/TOPOL Eric J., "The Health Data Conundrum", *The New York Times*, 2 Ocak 2017. Çevrimiçi Yayın: <https://www.nytimes.com/2017/01/02/opinion/the-health-data-conundrum.html>.
- KAYA, Mehmet Bedii. "Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasındaki Denge", *Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Ed. Leyla Keser Berber ve Ali Cem Bilgili), Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KÜZECİ, Elif. *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu (KVKK). *100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*. KVKK Yayınları, Ankara, 2018.
- ONAR, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZBUDUN, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SINAR, Hasan. "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK md. 136)", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s. 33-62.
- UÇAR, İsmail. "İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(3), 2016, s. 331-373.



Van DIJK, Jan. *The Network Society, Social Aspects of New Media*, 2. Baskı, Sage Yayınları, Londra, 2006.

WADE, William ve FORSYTH, Christopher. *Administrative Law*, 11. Baskı, Oxford University Press, İngiltere, 2014.

### Faydalanılan İnternet Siteleri

- <http://www.kvkk.gov.tr/> (26.02.2020).
- <https://www.haberturk.com/erzurum-haberleri/74201434-erdogan-ve-alanin-kutuklerini-sorgulayanlara-hapis-cezasi> (03.08.2020).
- KVK Kurumunun Verdiği İdari Para Cezalarına Karşı İtiraz Yolları, Türkiye Barolar Birliği TV, 14 Mayıs 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=875iQUSIDYs> 15.05.2020.





## 'KORUMA SORUMLULUĞU' VE LİBYA ÖRNEĞİ BAĞLAMINDA TÜRKİYE'NİN ULUSLARARASI HUKUK YAKLAŞIMI

Arş. Gör. Meryem ÖZGÜR\*

### Öz

Bu çalışma Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası hukuk davranışını, 'koruma sorumluluğu' doktrini çerçevesinde incelemeyi hedeflemektedir. Uluslararası sistemde insani değerlerin korunması amacıyla Birleşmiş Milletler (BM) tarafından ortaya koyulan koruma sorumluluğu, iç savaş veya terör gibi nedenlerden dolayı devletlerin kendi halklarını korumada yetersiz kaldığı veya başarısız olduğu durumlarda, bu sorumluluğun uluslararası sistemde yer alan diğer aktörlerin müşterek sorumluluğuna geçtiği anlamına gelmektedir. Arap Baharı sürecinde 2011 tarihinde Libya'ya uygulanan BM Güvenlik Konseyi kararı ve sonrasında gerçekleşen müdahale koruma sorumluluğu doktrininin hayata geçirildiği ilk örnek olmuştur. Bu doğrultuda, Libya'ya yapılan müdahalede Türkiye'nin hangi insan hakları ve hukuki unsurlara atıf yaptığı analiz edilerek, koruma sorumluluğunun BM Genel Kurulu oturumlarında 'gelişmekte olan bir norm' olarak ortaya çıkma sürecinde ve Libya operasyonunda uygulanması sırasında Türkiye tarafından özellikle 'müdahaleci devletlerin çıkarlarının engellenmesi' ve 'ulusal egemenliğin ve halkların kendi geleceğini belirleme hakkının' gözetilmesi unsurlarına dikkat çekilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk • Türkiye Cumhuriyeti • Norm • Koruma Sorumluluğu • Libya

\* Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst., Istanbul University, Faculty of Political Science, Department of International Relations, Istanbul, Turkey.

✉ meryem.ozgur@medeniyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-2330-5849

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZGÜR, Meryem, "'Koruma Sorumluluğu' ve Libya Örneği Bağlamında Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Yaklaşımı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 295-327.

✉ **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## INTERNATIONAL LAW APPROACH OF TURKEY IN THE CONTEXT OF 'RESPONSIBILITY TO PROTECT' AND THE LIBYAN CASE

### Abstract

This study aims to analyze international law behavior of the Republic of Turkey within the scope of the 'responsible to protect' (R2P) doctrine. This doctrine was generated by the United Nations (UN) in order to protect human-based values within the international system. Cases in which states are inadequate or fail to protect their own people for various reasons, such as civil war or terrorism, means that this responsibility becomes the joint responsibility of other actors in the international system. The UN Security Council resolution, which was applied to Libya during the 2011 Arab Spring, and the interventions following this uprising were the first test of the guiding principles of R2P. In this respect, it was determined that during the intervention to Libya and in the UN General Assembly sessions, Turkey focused especially on 'blocking the interests of the interventionist state' and 'the national sovereignty and people's right to self-determination'.

### Key Words

International Law • Republic of Turkey • Norm • Responsibility to Protect • Libya

### I. GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrasında soykırım, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar uluslararası toplumu ilgilendiren önemli meseleler olarak ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler (BM) öncülüğünde insanlığa karşı suçlara yönelik 1948 tarihinde Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme kabul edilmiştir. Bu sözleşmeyle devletler soykırımın uluslararası hukukta bir suç teşkil ettiğini kabul etmişlerdir. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru klasik anlamda bilinen silahlı çatışmaların kapsamı da değişmiştir. Bir diğer deyişle, silahlı çatışma ve terör sadece devletler arasında gerçekleşen 'barış olmama durumu' olarak ifade edilen 'savaş durumu' olmaktan çıkmıştır. Nitekim askeri çatışmalar belirli bir devlet sınırları içinde iç savaşlar olarak da ortaya çıkmaya başlamıştır. Böylece hem devletler hem de örgütler veya devlet dışı organizasyonlar, bu çatışmaların taraflarını oluşturabilmektedir. Bu durumdan en çok etkilenenler ise sivil halktır. Doksanlı yıllarda Somali, Ruanda ve Bosna'da yaşanan soykırım, devletin kendi halkına karşı si-

lah kullanması veya aynı ülke sınırları içinde yer alan halkların birbirlerine karşı silah kullanması; BM başta olmak üzere uluslararası aktörlerin buradaki sivil halkı korumadaki başarısızlığı buna örnek olarak gösterilebilir.

Silahlı çatışmaların kapsamının değişmesi ve Soğuk Savaş'ın bitmesiyle beraber iki süper gücün, ABD ve SSCB'nin yörüngesinden çıkan devletler, kendilerini siyasi ve ekonomik istikrarsızlıkla karşı karşıya bulmuştur. Soğuk Savaş sürecinde dondurulmuş olan sorunlar, iç savaşlar olarak ortaya çıkmıştır, insan hakları ihlalleri ve katliamlar uluslararası toplumun gündemini etkilemeye başlamıştır.<sup>1</sup> Uluslararası sistemde yaşanan değişimlerle birlikte yeni güvenlik söylemlerinin ortaya çıkması, devlet merkezli güvenlik anlayışından insan merkezli güvenlik anlayışına doğru şekillenmeye başlamıştır.<sup>2</sup>

Koruma sorumluluğu doktrini<sup>3</sup> de bu kaygılar temelinde ortaya çıkmıştır. Özellikle insani müdahalenin ortaya koymuş olduğu hukuki ve siyasi çelişkilerin giderilmesi kaygısını taşıyan bu doktrin<sup>4</sup>, ilk olarak 2000 tarihinde Kanada Hükümeti tarafından ad hoc olarak kurulan ve BM Genel Kurulu üyelerinin de yer aldığı çalışma grubu olan Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (International Commission on Intervention and State Sovereignty: ICISS) tarafından yayımlanan bir raporda yer almıştır. ICISS'in 2001 tarihinde yayımladığı bu raporda

<sup>1</sup> ARAL Berdal, "Soğuk Savaş Sonrasında BM Güvenlik Konseyi'nin Yetki Alanının Genişlemesine Hukukun Üstünlüğü ve Hakkaniyet Açısından Bir Eleştiri", Küresel Yönetişim, Güvenlik ve Aktörler: 70. Yılında BM, (Ed.) DAL Emel P, GÖK Gonca O. ve SAKMAN Tolga, TASAM, İstanbul, 2016; ERCAN Pınar G., "İkinci On Yılına Giren Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek: Lex Ferenda Olarak R2P", Hacettepe HFD, 5, 2, 2015, 165-182.

<sup>2</sup> AXWORTHY, Lloyd, "Kanada ve Anti Personel Kara Mayınları: Bir Dış Politika Önceliği Olarak İnsani Güvenlik", "Sınırların Ötesinde Görevler", Dış Politika: Teoriler, Aktörler, Örnek Olaylar, (Ed.) SMITH Steve, HADFIELD Amelia, DUNNE Tim, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, İstanbul, 2016, 284-307.

<sup>3</sup> Kavram, doktrin, ilke ve gelişmekte olan bir norm her biri bu çalışmada koruma sorumluluğu için benzer bir şekilde kullanılmıştır.

<sup>4</sup> BAYILLIOĞLU Uğur, İnsani Müdahale Çıkmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016; LOPEZ Giselle, "Responsibility to Protect at a Crossroads: The Crisis in Libya", Transatlantic Perspective on Diplomacy and Diversity, (Ed.) CHASE Anthony, 119-138, Humanity in Action Press, New York, 2015.

koruma sorumluluğu 'paylaşılan sorumluluk konsepti' çerçevesinde geniş bir şekilde değerlendirilmiştir. BM tarafından da dikkate alınan bu kavram, iç savaşlar, isyanlar veya devlet baskısı nedeniyle devletlerin kendi halkını korumada yetersiz kaldığı; yaşamları tehdit altında olan sivil halkın korunmasına yönelik uluslararası bir ilke haline gelmiştir. Devletlerin egemenliklerinin bir parçası olarak kabul edilen, kendi halkını koruma eyleminin gerçekleşmediği durumlarda, bu uluslararası toplumun sorumluluğuna girmektedir. Tabii ki öncelikli olarak "yaşam hakkını, özgürlüklerini ve güvenliği korumanın devletin yükümlülüğü"<sup>5</sup> olduğu, dönemin BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği temsilcisi Navi Pillay tarafından vurgulanmıştır. Koruma sorumluluğu, 'Koruma Sorumluluğu İçin Uluslararası Koalisyonu'<sup>6</sup> tarafından "toplulukların soykırıma, savaş suçlarına, etnik temizliğe ve insanlığa yönelik suçlara karşı korunması dünyanın sorumluluğu"<sup>7</sup> şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda, uluslararası sistemde devletlerin 'insani değerlerin' korunması konusunda iş birliği doğrultusunda hareket etmesi önemli bir sorumluluk haline dönüştürülmüştür. Böylece devlet egemenliğinin insani boyutu 'sorumluluk' çerçevesinde tekrardan şekillenmiştir. Aynı zamanda, Michael Barnett'e göre uluslararası toplum gibi bir ülkenin vatandaşları da devletlerin sadece güç politikası peşinde koşmalarını değil, aynı zamanda değer odaklı normatif amaçlar kapsamında bir politika bekleyişi içindedirler.<sup>8</sup> Arsava'nın da değindiği üzere, BM Anlaşması'nda bahsedilen devletlerin iş birliği ilkesinin hukuki bir yükümlülükten ziyade soyut bir yükümlülük getirmesinin istisnasını "koruma sorumluluğu" oluşturmaktadır. Henüz hukuki bir unsur haline gelme-

<sup>5</sup> RELIEFWEB, "Pillay calls for international inquiry into Libyan violence and Justice for victims", 2019, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2019, <https://reliefweb.int/report/libya/pillay-calls-international-inquiry-libyan-violence-and-justice-victims>.

<sup>6</sup> International Coalition For The Responsibility To Protect: ICRtoP

<sup>7</sup> ICRtoP, "The Coalition's Common Understanding of RtoP", Erişim Tarihi: 16 Ağustos 2019, <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/about-coalition/our-understanding-of-rtop>.

<sup>8</sup> BARNETT, Michael, "Sınırların Ötesinde Görevler", Dış Politika: Teoriler, Aktörler, Örnek Olaylar, (Ed.) SMITH Steve, HADFIELD Amelia, DUNNE Tim, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, İstanbul, 2016, 223-239.

dahi gelişmekte olan bir doktrin olarak yer almakta ve pratiğe geçirilmektedir.<sup>9</sup>

Ne var ki, devletler dünyada barışın gelişmesinde, çatışma ve terör içinde yaşayan sivil halkların korunması hususunda ortaya çıkan normların uygulanmasında gönüllü davranmamaktadırlar. Gelişen insan hakları ve uluslararası hukuk özellikle kendi ulusal çıkarlarıyla uyuşmayan durumlarda devletler tarafından ihlal edilebilmektedir. Bu bağlamda, koruma sorumluluğu kararının devletlerin çıkarları doğrultusunda yönlendirildiğinin ve muhtevasını kaybettiğinin örneği Libya’daki uygulaması olmuştur.

Arap Baharı sürecinde Libya’daki olaylar nedeniyle 17 Mart 2011 tarihinde BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1973 sayılı kararın<sup>10</sup> dayandığı unsurlardan biri de koruma sorumluluğudur. Bu karar, dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon tarafından ‘tarihi bir karar’ olarak değerlendirilmiştir.<sup>11</sup> Uluslararası aktörler sivil halkın korunmasına yönelik müşterek bir operasyonla müdahalede bulunmuş ve sivil halkı korumak amacıyla Libya’da uçuşa yasak bölge ilan edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti de koruma sorumluluğu çerçevesinde operasyonu destekleyen devletler arasında yer almıştır. Bu operasyon sürecinde öncelikli olarak BM’nin liderliğini önemseyen Türkiye gerek NATO’nun eylemlerine karşı sorgulayıcı bir tutum sergileyerek, gerekse de ‘Libya, Libya-lı-larındır’ söylemine sıklıkla vurgu yaparak, sürecin ilkesel bir şekilde yürütülmesini önemsemiştir.

İki bölümden oluşan bu çalışmanın birinci bölümü koruma sorumluluğu kavramının insani krizler temelinde ortaya çıkışını inceleyerek, kavramsal çerçevesini ortaya koymaktadır. Devamında, koruma sorumluluğunu kapsamında Libya’ya uygulanan müdahale ve BM tarafından alınan kararlara yer verilerek, koruma sorumluluğunun pratik boyutu analiz edilecektir. Her ne kadar Libya örneğinde koruma sorumluluğunun hayata geçirilmesi ilk başlarda uluslararası toplum tarafından bir

<sup>9</sup> ARSAVA, A. Füsün, “Barışın Temelinde Devletlerin İşbirliği”, D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 2017, s. 2651, s. 2655.

<sup>10</sup> UNSC, “Resolution 1973”, S/RES/1973, 17 Mart 2011.

<sup>11</sup> Ki-MOON Ban, “Statement on Libya”, UN Secretary General, 17 Mart 2017.

başarı olarak görülse de ilerleyen süreçte koruma sorumluluğu kavramı literatürde tartışılmaya başlamıştır. İkinci bölümde ise, koruma sorumluluğu kapsamında Libya'ya uygulanan müdahalenin Türkiye Cumhuriyeti açısından değerlendirilmesi uluslararası hukuk çerçevesinde ele alınmıştır. Bu doğrultuda koruma sorumluluğunun ilk ortaya çıktığı tarihten itibaren Türkiye'nin gelişmekte olan bu norma yaklaşımı tarihsel süreç içinde değerlendirilmiştir. Dolayısıyla koruma sorumluluğunun 1999'da gündeme gelmesinden, Libya'da pratik edilmesine kadar olan süreç bu çalışmanın inceleme alanını oluşturmaktadır.

Çalışmanın cevaplamaya çalıştığı esas soru: Türkiye'nin koruma sorumluluğu kavramını nasıl yorumladığı ve normun gelişim sürecinde vurguladığı uluslararası hukuk ilkelerinin neler olduğudur. Bu doğrultuda da Türkiye'nin uluslararası hukuk pozisyonunun Libya örneği ve koruma sorumluluğu kavramı etrafında gözlenmesi amaçlanmıştır. Böylece Türkiye'nin iç ve dış politikasında uluslararası hukuk kaidelerine ne ölçüde değer verdiği sorusu da cevaplandırılmaya çalışacaktır. Bununla beraber, Türkiye'nin uluslararası hukuk zeminindeki davranışlarının en azından hangi ölçütlere dayandığı; normatif veya çıkar odaklı mı olduğu bu makalenin sorguladığı konular arasındadır. Bunu inceleyen de özellikle siyasi liderler ve Türkiye'nin BM temsilcilerinin söylemleri dikkate alınmıştır.

Koruma sorumluluğu uluslararası toplum tarafından küresel sorunların çözümüne yönelik umutları artıran, ancak aynı zamanda birçok tartışmayı ve endişeyi de beraberinde getiren bir doktrin olarak uluslararası aktörlerin gündemine alınmıştır. Bu kapsamda devletlerin ve uluslararası toplumun sorumluluklarını ele alan çalışmalarla birlikte koruma sorumluluğunun çerçevesi tartışılmıştır.<sup>12</sup> Koruma sorumluluğunun özellikle 2005 BM Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi sonrasında 'gelişmekte olan bir norm' olarak ilan edilmesiyle birlikte, normun gelişim

---

<sup>12</sup> TORINHO M., STUENKEL O., ve BROCKMEIER S., "Responsibilitywhile Protecting: Reforming R2P Implementation", *Global Society*, 30, 1, 2016, 134-150; MURTH C.S.R. ve KURTZ Gerrit, "International Responsibility as Solidarity: The Impact of the World Summit Negotiations on the R2P Trajectory", *Global Society*, 30, 1, 2016, 38-53; ARBOUR L. "The Responsibility to Protect as a Duty of Care in International Law and Practice", *Review of International Studies*, 34, 2008, 445-458.



sürecini ve şekillenmesini ele alan çalışmalar kaleme alınmıştır.<sup>13</sup> Bu tartışmalar ile koruma sorumluluğu en çok Libya müdahalesi sonrasında gündeme gelmiştir.

Libya müdahalesiyle birlikte koruma sorumluluğu doktrini hakkında uluslararası alanda geniş tartışmalar başlamıştır. Söz konusu bu müdahalenin koruma sorumluluğu kapsamına girmediği ve sadece ‘sivilin korunması’ ve ‘gerekli önlemlerin alınması’ durumunun askeri müdahale anlamına gelmediği ileri sürülmüştür. Bunu takiben Suriye’de gerçekleşen insanlık trajedisine yönelik ‘müdahalesizlik’ bu normun tartışma alanını daha da genişletmiştir.<sup>14</sup> Özellikle kuvvet kullanımı ve koruma sorumluluğu arasındaki ilişki sorgulanırken,<sup>15</sup> kuvvet kullanımının Libya’da bir istikrar sağlamadığı hatta iç savaşı daha da uzattığı üzerine eleştirel analizler ortaya çıkmıştır.<sup>16</sup> Aynı zamanda koruma sorumluluğunun uluslararası etik ve normatif çerçevesi de sorgulanmaya

- 
- <sup>13</sup> BELLAMY A. J. “Libya and the Responsibility to Protect: The Exception and the Norm”, *Ethics*, 25, 2011, 263-269; STEELE B. J. ve HEINZE E. A., “Norms of Intervention, R2P and Libya”, *Global Responsibility to Protect*, 6, 2014, 88-112; STAHN C., “Responsibility to Protect Rhetoric or Emerging Legal Norm?”, *The American Journal of International Law*, 101, 1, 2007, 99-120; DONOVAN O., “Changing ideas, changing norms: The case of the responsibility to rebuild”, *Cooperation and Conflict*, 2018, 1-19.
- <sup>14</sup> THAKUR Ramesh, “R2P after Libya and Syria: Engaging Emerging Powers”, *The Washington Quarterly*, 36, 2, 2013, 61-76; NURUZZAMAN M., “The Responsibility to Protect Doctrine: Revived in Libya, Buried in Syria”, *Insight Turkey*, 15, 2, 2013, 57-66; GOWERS A. G., “The Responsibility to Protect and The Arab Spring: Libya as the Exception, Syria as the Norm?”, *UNSW Law Journal*. 36, 2, 2013, 594-618; MORRIS Justin, “Libya and Syria: R2P and the spectre of the swinging pendulum”, *International Affairs*, 89, 5, 2013, 1265-1283.
- <sup>15</sup> THAKUR, 2013; MORRIS J., “The Responsibility to Protect and the use of force: Remaking the Procrustean bed?” *Cooperation and Conflict*, 2015, 1-16.
- <sup>16</sup> KUPERMAN A. J., “A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO’s Libya Campaign”, *International Security*, 38, 1, 2013, 105-136; SABA A. ve AKBAR-ZADEH S., “The Responsibility to Protect and Use of Force: An Assessment of the Just Case and Last Resort Criteria in the Case of Libya”, *International Peacekeeping*, 25, 2, 2018, 242-265; SAK Yıldırım, “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, *Uluslararası İlişkiler*, 11, 44, 2015, 121-153.

başlamıştır.<sup>17</sup> Ancak bu makalede koruma sorumluluğuna ilişkin literatürdeki tartışmaların incelenmesinden ziyade, koruma sorumluluğuyla ilgili birincil kaynaklar irdelenerek, teorik bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

Çalışma sırasında Birleşmiş Milletler tarafından yayımlanan belge ve kararlar çalışmanın birincil kaynağını oluşturmaktadır. Bununla beraber, Koruma Sorumluluğu İçin Uluslararası Koalisyon, koruma sorumluluğunun teorik çerçevesi için oldukça geniş bir literatür sunmaktadır. Türkiye'nin uluslararası hukuk davranışlarını incelenmesinde ise, BM Daimî Temsilcilerinin konuşmaları, siyasi liderlerin söylemleri, T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan kaynaklar kullanılmıştır.

## II. KORUMA SORUMLULUĞU DOKTRİNİ VE LİBYA ÖRNEĞİ

Koruma sorumluluğunun temeli ilk olarak dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın 1999 tarihli raporuna dayanmaktadır. Kofi Annan bu raporda Ruanda'da yaşanan olaylara ilişkin şu soruyu sormuştur: "Soykırıma yol açan o karanlık günlerde ve saatlerde, Tutsi nüfusunun korunması için bir devletler koalisyonu kuruldu fakat Konsey'den onay alınmamış olsaydı, söz konusu bu koalisyon bir karar çıkamadığı için bir kenara çekilip dehşetin gerçekleşmesine izin mi vereceklerdi?"<sup>18</sup> Dolayısıyla ele alınan bu soru, ağır insan hakları ihlalleri ve krizlerin çözümüne yönelik uluslararası toplumun dikkatini çekmektedir. Zeminini buradan alan koruma sorumluluğu da öncelikle devletlere, devletlerin bunu gerçekleştirmede yetersiz kaldığı durumlarda da uluslararası topluma bir sorumluluk yüklemektedir.

Kofi Annan'ın dile getirdiği bu sorudan hareketle, Müdahale ve Devlet Egemenliği Uluslararası Komisyonu (ICISS) 2001 tarihinde 'koruma sorumluluğu' başlıklı bir rapor yayımlamıştır. Bütün insanlığı ilgilendiren sistematik insan hakları ihlallerine karşı nasıl önlem alınmalı sorusu çerçevesinde şekillenen koruma sorumluluğu, egemen devlet-

<sup>17</sup> DOYLE M. W., "International Ethics and the Responsibility to Protect", *International Studies Review*, 13, 2011, 72-84; MALITO D. V., "The Responsibility to Protect What in Libya?", *Peace Review*, 29, 3, 2017, 289-298.

<sup>18</sup> UN, "Secretary-General Presents His Annual Report to General Assembly", UN Press Release, 20 Eylül 1999.

lerin kendi halklarını toplu katliam ve açlık gibi sorunlara ilişkin koruma sorumluluğunu yerine getirmede isteksiz veya yetersiz kalmaları durumunda bu sorumluluğun uluslararası toplum tarafından yerine getirilmesi demektir. Kolektif güvenliğin yeniden sorgulandığı bu raporda, 'paylaşılan sorumluluk' kavramı çerçevesinde koruma sorumluluğu ilkesinin toplumların korunmasında önemli olduğu vurgulanmıştır. Raporda koruma sorumluluğunu üç sütuna ayırmıştır: Önleme sorumluluğu, karşılık verme sorumluluğu ve yeniden inşa etme sorumluluğu. Önleme sorumluluğu, ise müdahaleye geçilmeden önce kriz veya çatışmanın egemen devlet, içerideki topluluk veya uluslararası topluluğun alacağı önlemlerle bir istikrar ortamının sağlanması anlamına gelmektedir. Bu durumda kullanılacak araçlar, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün sağlanması, iyi niyet girişimleri, arabuluculuk ve uzlaşmayı kapsamaktadır.<sup>19</sup> Karşılık verme sorumluluğu ise uygun önlemlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Bunlar askeri, ekonomik, siyasi ve diplomatik yaptırımlar olabileceği gibi en ağır durumlarda meşru bir zemin kazanarak askeri müdahaleyi de içerebilmektedir. Askeri müdahalenin ancak ve ancak 'istisnai' ve 'olağandışı' durumlarda 'büyük ölçekli yaşam kaybının' gerçekleştiği durumlarda uygulanması mümkündür. Bunlar; kasıtlı veya kasıtlı olmayan soykırım durumlarında devletin eylemi, eylemsizliği veya ihlalinin olması; yaşam hakkının elinden alınması, zorla sınır dışı etme, terör veya tecavüzle geniş kapsamlı etnik temizlik durumları müdahale için "haklı neden" olarak raporda sayılmıştır. Nitekim diğer durumda BM Anlaşması'nın 2/4. maddesindeki kuvvet kullanma yasağının ihlali kapsamına girebileceğini söylemek mümkündür. Yeniden inşa etme sorumluluğundan kasıt ise, halkın güvenliğini, adaleti, uzlaşmayı ve kalkınmayı sağlayarak barışı tekrardan tesis etmektir.<sup>20</sup> Dolayısıyla bu rapor, devlet egemenliği ve insancıl müdahale arasındaki ikileme yeni bir yorum getirmiştir.

Gelişen insan hakları mekanizmalarının kimi devletler tarafında iç işlerine müdahil olmak veya devletlerin egemenliklerine karşı bir ihlaller olarak anlaşılması insan hakları uygulamalarını da yetersiz kılmakta,

<sup>19</sup> ICISS, "The Responsibility to Protect", 2001.

<sup>20</sup> ICISS, 2001.

özellikle insani krizlerin çözümünü engellemektedir. Nitekim BM Anlaşmasının 2/1. maddesinde de yer aldığı üzere devletlerin egemenliklerinin ihlal edilmemesine yönelik iç işlerine karışmama prensibi kabul edilmiştir. Ancak 90'lardan önce hâkim olan 'müdahalesizlik' anlayışının Ruanda ve Bosna'da yaşattığı insanlık krizi, 'müdahale' yaklaşımının tekrardan sorgulanmasına zemin hazırlamıştır.<sup>21</sup> İnsan hakları sorunlarıyla bağlantılı olarak, ICISS egemenliğe ilişkin yeni bir tanım getirmiştir. Egemenlik eşit muamele görme, ulusal kimliklerin ve özgürlüklerin korunması ve kendi geleceklerini belirleme anlamına gelmekte, fakat bu egemenlik devletin kendi halkına karşı istediklerini yapma hakkı vermemektedir. Bu doğrultuda dış egemenlik ve iç egemenlik olarak bir ayırım yapılmıştır. İlki diğer devletlerin egemenliklerine saygılı olma anlamına gelirken, ikincisi, iç egemenlik ise devlet içinde temel hakları ve insanlık onuruna saygıyı kapsamaktadır.<sup>22</sup>Devletlerin egemenliklerine saygıyı vurgularken, dış tehditlerden korumak bir devletin kendi halkına karşı sorumluluğu ise, iç tehditler de benzer bir şekilde bir sorumluluk getirmektedir.<sup>23</sup> ICISS tarafından vurgulandığı üzere kontrol egemenliğinden, koruma egemenliğine geçiş yapılmıştır. Böylece devletler, kendi ülke sınırları içinde yer alan kendi halklarını koruma sorumluluğu yükümlülüğü altındayken ve bunu sağlarken devletler kendi davranışlarında da sorumludurlar.<sup>24</sup> Böylece, "egemenliğin devlete sağladığı şeylerden, egemenliğin devleti yapmaya zorladığı"<sup>25</sup> bir perspektif ortaya çıkmıştır. Aynı zamanda, Lloyd Axworthy'e göre devletin egemenlik hakkı, bir devletin kendi halkına koruyabilme kabiliyeti doğrultusunda meşru bir otorite olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>26</sup> Böylece devlet egemenliğinin, koruma sorumluluğu yaklaşımıyla birlikte değişime uğ-

<sup>21</sup> ARSAVA A. Fusun, "Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale", TAAD, 12, 2013, s. 82-83.

<sup>22</sup> ICISS, 2001.

<sup>23</sup> EVANS G., The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All. Washington, Brookings Institution Press, 2008, s. 36.

<sup>24</sup> ICISS, 2001.

<sup>25</sup> AXWORTHY, 2016, s. 303.

<sup>26</sup> AXWORTHY, 2016, s. 303.

ramıştır.<sup>27</sup> Dolayısıyla insan hakları ve insani güvenlik söylemleri devletlerin kendi halkına yönelik davranışlarını önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Devletlerin kendi halkına veya kendi toprakları içinde yer alan azınlık gruplara karşı kuvvet içeren eylemlerin önünü kapattığı söylenebilir.

ICISS raporunun ardından Kofi Annan'ın liderliğinde hazırlanan Daha Güvenli Bir Dünya: Paylaşılan Sorumluluğumuz (A More Secure World: Our Shared Responsibility) başlıklı raporda da kolektif uluslararası koruma sorumluluğu 'gelişmekte olan bir norm' olarak yer almıştır.<sup>28</sup> Devletlerin egemenlikleri ve var olma nedenleri (raison d'être)<sup>29</sup> gereği kendi halklarını koruma sorumlulukları, artık tehditlerin ulusal sınırları aşarak, küresel, bölgesel ve yerel düzeyde olması nedeniyle her zaman istikrarlı bir şekilde yerine getirilememektedir. Bu durumda bu sorumluluk uluslararası topluma düşmektedir. Bu raporda da yine benzer ifadeler kullanılarak halkların etnik temizlik, toplu gasp ve katliamlar, terör saldırıları, kasıtlı olarak açlık ve yerlerinden edilme gibi unsurlar karşısında uluslararası toplumun harekete geçmesi 'müdahale' değil, 'koruma sorumluluğu' çerçevesinde şekillenmesi gerektiği vurgulanmıştır.<sup>30</sup> Bu durumda BM Genel Kurulu Raporunda yer aldığı gibi, koruma sorumluluğu kavramı kolektif bir eylem ve küresel iş birliğini gerekli kılmaktadır.<sup>31</sup>

Koruma sorumluluğunun normatif dönüşümünün dönüm noktası<sup>32</sup> olarak değerlendirilen 2005 tarihli BM Dünya Zirvesi Sonuç Belgesi'nin 138. ve 139. paragrafında, koruma sorumluluğu normunun temel unsurları üzerinde mutabakata varılmıştır. Belgede yer alan düzenleme-

<sup>27</sup> ARSAVA, A. Fusun, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2011, s. 105.

<sup>28</sup> UN, "A More Secure World: Our Shared Responsibility", 2004; Norm inşası için bkz. BRUNNEE Juttave TOOPE Stephen J. , "The Responsibility to Protect and the Use of Force: Building Legality?", Brill, 2010, 191-212.

<sup>29</sup> UNGA, "In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All", 2005.

<sup>30</sup> UN, 2004.

<sup>31</sup> UNGA, 2005.

<sup>32</sup> SERRANO Monica, "The Responsibility to protect and its Critics: Explaining the Consensus", Global Responsibility to Protect, 3, 4, 2011, s. 714.

ler şu şekildedir: “Her bir devletin kendi halkını soykırıma, savaş suçlarına, etnik temizliğe ve insanlığa yönelik suçlara karşı koruma sorumluluğu vardır”<sup>33</sup>. Devletlerin bu sorumluluğu aynı zamanda bir önceki paragrafta sayılan suçların ‘uygun ve gerekli yollarla’ önlemesini de gerektirmektedir. Burada uluslararası topluma da sorumluluk getirilmiştir. Buna göre uluslararası toplum BM aracılığıyla “toplumların soykırım, savaş suçları, etnik temizlik ve insanlığa yönelik suçlara karşı korunmasında”<sup>34</sup> yardımcı olmalıdırlar. Bu endişeler kapsamında 2005 Dünya Zirvesi sonucunda devletler, BM Güvenlik Konseyi aracılığıyla ‘kolektif tedbirlerin’ alınması konusunda karar vermişlerdir. Dolayısıyla sayılan bu suçlara karşı kendi halkını korumada ‘açıkça başarısız olan devletlere’ yönelik alınan koruma sorumluluğu tedbiri BM Anlaşması ilkeleri ve uluslararası hukuka saygı gözetilerek gerçekleşmelidir. Böylece koruma sorumluluğu 1945 tarihinden sonra oluşturulan kolektif güvenlik düzeninin bir parçası haline gelmiştir.

Koruma sorumluluğu özellikle dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon tarafından hazırlanan raporlarda sıklıkla incelenmiştir.<sup>35</sup> Bu raporlarda koruma sorumluluğu; devletin koruma sorumluluğu, uluslararası yardım ve kapasite geliştirme; zamanında ve kati cevap olmak üzere üç sütuna ayrılarak ele alınmıştır. Ban Ki-moon “insanlık beklemede ve tarih bunu emrediyor”<sup>36</sup> sözleriyle üstlenilen bu sorumluluğun

<sup>33</sup> UNGA, “2005 World Summit Outcome”, 24 Ekim 2005.

<sup>34</sup> UNGA, 24 Ekim 2005.

<sup>35</sup> BM genel Sekreteri Ban Ki-moon’un diğer raporları şu şekildedir: Ki-MOON Ban, “Implementing the Responsibility to Protect”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2009; Ki-MOON Ban, “Early Warning, Assessment, ant the Responsibility to Protect”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2010; Ki-MOON Ban, “The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2011; Ki-MOON Ban, “Responsibility to Protect – Timely and Decisive Response”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2012; Ki-MOON Ban, “State responsibility and Prevention”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2013; Ki-MOON Ban, “Responsibility to protect: International Assistance”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2014; Ki-MOON Ban, “Avital and Enduring Commitment: Implementing the Responsibility to Protect”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2015.

<sup>36</sup> Ki-MOON Ban, “Implementing the Responsibility to Protect”, UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2009.

önemini ifade etmiştir. Aynı zamanda koruma sorumluluğunun “düşman değil, egemenliğin müttefiki”<sup>37</sup> olduğuna vurgu yaparak, en son çare olarak askeri müdahaleyi öngörmüştür. Ban Ki-moon’un raporunda şekillenen koruma sorumluluğunun üç boyutu devletlerin çoğu tarafından ‘üç sütün stratejisi’ olarak kabul edilmiştir.<sup>38</sup>

Koruma sorumluluğunun ilk olarak uygulandığı ve askeri tedbirlerin alındığı durum Libya olmuştur. Dönemin BM Genel Sekreteri Ban Ki-moon “koruma sorumluluğu rüşünü ispatlamıştır; bu ilke daha önce hiç olmadığı gibi uygulanmıştır. Sonuçları her ne kadar istikrarsız olsa dahi, günün sonunda on binlerce hayat kurtarılmıştır. Uzun zamandır ezilen insanlara umut verdik... sözlerimiz ve eylemlerimizle insani korumanın Birleşmiş Milletlerin yirmi birinci yüzyılda belirleyici hedefi olduğunu gösterdik”<sup>39</sup> sözleriyle koruma sorumluluğu ilkesini tüm uluslararası toplum için insanlık trajedilerine bir umut olarak yansıtmıştır. Koruma sorumluluğu uluslararası toplumun insani krizler noktasında harekete geçmesinde baskı oluşturmayı olanaklı hale getirmiştir.<sup>40</sup>

Arap Baharının ortaya çıktığı süreçte Libya’da yaşanan ağır insan hakları ihlalleri karşısında BM Güvenlik Konseyi sivil halkın korunması için müdahaleyi öngören ve bununla beraber uçuşa yasak bölge ve silah ambargosunu düzenleyen 1973 sayılı karar almıştır.<sup>41</sup> Bu karar, BM Şartı’nın 7. bölümüne dayanılarak alınmış ve bağlayıcı bir karar niteliği taşımaktadır.<sup>42</sup> Libya’ya askeri müdahaleye izin veren bu karar, “bir devlet suçunu önlemek için suçu işleyen devlete karşı güç kullanılması-

<sup>37</sup> Ki-MOON Ban, 2009.

<sup>38</sup> GCR2P, “Implementing the Responsibility to Protect The 2009 General Assembly Debate: An Assessment”, Global Centre For the Responsibility To Protect, 2009, s. 2.

<sup>39</sup> UN, “Responsibility to Protect’ Came of Age in 2011, Secretary-General Tells Conference, Stressing Need to Prevent Conflict before It Breaks Out”. UN Press Release, 18 Ocak 2012.

<sup>40</sup> ARSAVA A. Fusun, 2013, 81-97.

<sup>41</sup> Bu karardan önce, BM Güvenlik Konseyi 1970 Sayılı Kararı kabul etmiştir. Bu karar, çatışmalara son verilmesini, Uluslararası Ceza Mahkemesinin devreye girmesini, silah ambargosunu, seyahat yasağı, mal varlıklarının dondurulmasına karar verilmiştir. UNSC, “Resolution 1970”, S/RES/1970 (2011),26 Şubat 2011.

<sup>42</sup> Bkz., BM Anlaşması 7. Bölüm: Barışın, Tehdidin Bozulması ve Saldırı Durumunda Alınacak Önlemler.

nı açıkça zorunlu"<sup>43</sup> kılmıştır. Ancak bu kararlar 'koruma sorumluluğuna' dayandırılarak alınan kararlar olmaktan ziyade, krizin nasıl ve hangi araçlarla önlenmesi gerektiği üzerine bir içeriğe sahip kararlar olmuştur.<sup>44</sup> Bununla beraber, BM Genel Kurulu tarafından da bağlayıcı olmayan ancak devletin kendi halkını, insan haklarını ve temel özgürlükleri güvence altına alma sorumluluğuna dikkat çeken karar alınmıştır.<sup>45</sup>

Ne var ki Libya'ya gerçekleştirilen askeri müdahale bu kavram üzerinde geniş çaplı bir tartışmaya neden olmuş ve insancıl müdahale, kuvvet kullanımı yasağı ve devletin iç işlerine karışmama ilkesiyle çelişiklere yönelik sorular ortaya koymuştur. Hatta operasyonun kuvvet kullanarak askeri bir müdahale doğrultusunda gerçekleşmesi, buna karşı çıkan devletler tarafından BM'nin barışı korumadaki rolünün tekrardan sorgulanmasına neden olmuştur.<sup>46</sup> Koruma sorumluluğu doktrinine ilişkin bu tartışma, teori savaşımdan uygulama savaşına dönmüştür.<sup>47</sup> Özellikle Rusya ve Çin tarafından yapılan bu müdahale olumsuz karşılanmış<sup>48</sup> ve operasyonun NATO tarafından yapılması, koruma sorumluluğunun NATOLAŞMASI olarak görülmüştür.<sup>49</sup> Şafak Yolculuğu Operasyonu (Operation Odyssey Dawn) kapsamında Libya'ya müdahalenin ardından, BM Güvenlik Konseyi'nin 16 Eylül 2011'deki 2009 sayılı kara-

<sup>43</sup> BROCKMEIERE Sarah, STUENKEL Oliver ve TOURINHO Marcos, "The Impact of the Libya Intervention Debates on Norms of Protection", *Global Society*, 30, 1, 2015, s. 113.

<sup>44</sup> BAYILLIOĞLU Uğur, 2016, s. 134; REÇBER Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

<sup>45</sup> UNGA, "Situation of Human Rights in the Libyan Arab Jamahiriya", *Human Rights Council*, A/HRC/RES/S-15/1, 25 Şubat 2011.

<sup>46</sup> СКИДЕЛЬСКИЙ Роберт, "Парадоксы Гуманитарной Войны", *Россия в Глобальной Политике*, 9, 2, 2011, 63-68; КОНЫШЕВ Валерий ve СЕРГУНИН Александр, "Концепция 'Обязанность Защищать' БРИКС в Поисках Консенсуса", *Международные Процессы*, 15, 4, 2017, 202-217.

<sup>47</sup> BROCKMEIERE Sarah, STUENKEL Oliver ve TOURINHO Marcos, s. 114.

<sup>48</sup> СЕРГЕЕВИЧ Тетерюк Алексей ve АНДРЕЕВИЧ Чижевский Ян, "Международно-политическое измерение ливийского конфликта" *Вестник Российского университета дружбы народов*, Серия: Международные отношения, 2, 2014, s. 25; UNSC, 66th session, 6528th meeting, S/PV.6528, 4 Mayıs 2011, s. 8-9.

<sup>49</sup> RIEFF David, "R2P, R.I.P.", *New York Times*, 7 Kasım 2011, Erişim Tarihi: 28 Nisan 2020, <https://www.nytimes.com/2011/11/08/opinion/r2p-rip.html>.



rıyla<sup>50</sup> Libya’da güvenliğin, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve barışın tesis edilmesi için BM Destek Misyonu (United Nations Support Mission in Libya: UNSMIL) kurulmuştur.

Sonuç olarak koruma sorumluluğu kavramı, kendi ülkesi içinde tehdit altında bulunan halkları korumaya yönelik ortaya çıkmıştır. Ancak Libya’da müdahale sonrası istikrarın sağlanamaması ve iç savaşın devam etmesi koruma sorumluluğuna ilişkin soruları da beraberinde getirmiştir. Özellikle önleme ve yeniden inşa etme süreçlerinden ziyade, askeri müdahale kapsamında karşılık verme sorumluluğunun hayata geçirilmesi koruma sorumluluğunun doğrudan askeri müdahale ile anılmasına neden olmuştur. Böylece kuvvet kullanma yasağını sorgulatan bu durum normun güvenilirliğini zedelemiştir.<sup>51</sup> Bu durumda BM Anlaşması ile kurulan kuvvet kullanma yasağının ihlal edilmemesi için normun sınırlandırılması hususunda durulmuştur. Özellikle Brezilya tarafından ileri sürülen “korurken sorumluluk” ilkesi, koruma sorumluluğunun önemli bir parçası olarak yer alarak; insancıl hukuk ve insan haklarının gözetildiği, en son çare olarak kuvvet kullanılmasını içeren bir yaklaşım olarak sunulmuştur. Bu doğrultuda çatışmanın nedenine inilmesi, çatışmayı ortaya çıkaran unsurların gözlemlenmesi ve bu çerçevede sorunların ekonomik, müzakere ve diğer barışçıl önlemler doğrultusunda giderilmesi önemlidir.<sup>52</sup> Hatta koruma sorumluluğunun hegemonik küresel düzene hizmet eden bir doktrin olduğuna dair post-kolonyal analizler de yapılmaktadır.<sup>53</sup> Nihayetinde insan haklarının korunması veya insani krizlerin engellenmesine yönelik yapılan çabalar, devletlerin kendi stratejik çıkarlarını öncelemeleriyle baltalanmıştır. Peta’nın da vurguladığı şekliyle “devletlerin stratejik çıkarları, nereye müdahale edeceğine ve kimi kurtaracağına karar verirken hiçbir kural

<sup>50</sup> UNSC, “Resolution 2009”, S/RES/2009, 16 Eylül 2011.

<sup>51</sup> LOPEZ Giselle, 2015.

<sup>52</sup> REÇBER Sercan, 2016, s. 313-314.

<sup>53</sup> MAHDAVI Mojataba, “A Postcolonial Critique of Responsibility to Protect in the Middle East”, *Perceptions*, 20, 1, 2015, 7-36.

koymamalıdır"<sup>54</sup>. Ancak ne yazık ki bu durum Libya'da başarılı bir şekilde gerçekleştirilememiştir.<sup>55</sup>

Dolayısıyla, insani trajedilerin yaşanmasının önlenerek uluslararası barış ve istikrarın gelişmesine öncülük edebilecek bu kavram, devletlerin kendi menfaatleri doğrultusunda yönlendirmesi nedeniyle baltalanmıştır. Hatta bu bağlamda yeni sömürgeciliğin bir aracı haline geldiğini söylemek dahi mümkündür. Libya'ya koruma sorumluluğu kapsamında gerçekleşen müdahale de 'ezilen halkların' korunmasına ve bu minvalde küresel barışın korunacağına ilişkin beklentileri düşürmüştür.

### III. TÜRKİYE'NİN KORUMA SORUMLULUĞU DOKTRİNİ YORUMU

Türkiye koruma sorumluluğuyla ilgili özellikle BM Zirve Sonuç bildirisinde düzenlenen unsurlara sadık kalınması ve taraflı yorumlara yer verilmemesi için kavramın daha iyi tanımlanması gerektiği görülmüştür.<sup>56</sup> Burada Türkiye bir uluslararası hukuk kavramının veya normunun oluşmasında 'kesinliğe' önem vermiştir. Aslında bunu önemli bir nokta olarak görmek mümkündür. Çünkü devletler kimi zaman insan haklarıyla ilgili meselelerde ayrımcılığa gidebilmektedir. Hatta bu nokta dönemin Türkiye BM Daimi Temsilcisi Baki İlkin, BM Genel Kurulu'na hitabında, ortaya çıkan bu yeni kavramla ilgili ortak bir konsept belirlenmesinin ayrıca insanlığa karşı suçlar ve diğer insan hakları ihlalleri arasında daha net bir ayırım yapılmasının önemini dile getirmiştir.<sup>57</sup> Böylece, koruma sorumluluğunun uygulanması her ne kadar mevcut koşullara göre değişiklik gösterebilecek olsa dahi, ilkenin hedef ve sınırlarının net bir şekilde tanımlanması onun uygulanmasında eşitliği sağ-

<sup>54</sup> PETA Conner, "Inconsistency, Hegemony, Colonialism and Genocide: How R2P Failed Libya", E-International Relations, 2017.

<sup>55</sup> HOBSON Christopher, "Responding to Failure: The Responsibility to Protect after Libya", Millennium: Journal of International Studies, 2016, s. 1-22; DIETRICH John W., "R2P and Intervention After Libya", History and Social Sciences Faculty Journal Articles, Paper 86, 2013, 323-352.

<sup>56</sup> İLKİN Baki, "Informal Thematic Consultations of the General Assembly on the Report of the Secretary-General in Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All Cluster II: Freedom from Fear", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2005; GCR2P, 2009.

<sup>57</sup> İLKİN Baki, 2005.

layacağı söylenebilir. Dolayısıyla ortaya çıkan yeni uluslararası normların devletler tarafından kabulü kesinlik ve şeffaflık unsurlarıyla birlikte, hakkaniyetli bir şekilde uygulanmasına bağlıdır. Bu iki unsur uluslararası toplumun normlar karşındaki güvenini kuvvetlendirici bir unsur olarak yer alırken, aynı zamanda bir normun uygulanması sırasındaki gerçekleştirilecek devlet menfaatlerini de sınırlandırarak, küresel barışa hizmet etmektedir.

Türkiye'nin 2009'da BM Güvenlik Konseyi'nin geçici üyesi olarak seçilmesini takip eden oturumlarda, sivillerin silahlı çatışmalardan korunmasının uluslararası toplumun bütünü için endişe kaynağı ve önceliği olduğunun altını çizmiştir. Kendi halklarını korumanın öncelikli olarak devletlerin kendi sorumluluğu olduğunu kabul ederek, bunun sağlanamadığı durumlarda sivillerin korunmasına yardımcı olmak için uluslararası toplumun 'ortak sorumluluğunu' desteklemiştir.<sup>58</sup> Bu doğrultuda, özellikle ortak sorumluluk kavramının sınırlarının ve tanımının net bir şekilde yapılması tekrardan vurgulanmıştır. Türkiye koruma sorumluluğunun istisnalara yer vermeyecek şekilde tanımlanmasına dikkat çekmiştir. Bununla beraber, asıl sorunun normun tanımlanmasından ziyade uygulanmasındaki uyumsuzlukların giderilmesi olması da önemli bir noktadır.<sup>59</sup> Nitekim devletler tanımsal sınırları olmayan veya uygulanmasındaki şartların belirsiz olduğu ilke veya kavramları kimi zaman kendi menfaatleri doğrultusunda kullanabilmektedirler. Türkiye bunu dikkate alarak, uluslararası sistemde güçlü olan devletlerin söz konusu kavramı kendi menfaatlerini gerçekleştirmek amacıyla kullanmalarını engelleyecek bir norm oluşturma gayreti içinde olmuştur.

BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın koruma sorumluluğuyla ilgili yayımladığı önemli belgeleri Türkiye olumlu değerlendirmiş ve desteklemiştir. Koruma sorumluluğunun devletler tarafından gerçekleştirilmesinde en önemli unsurların; hukukun üstünlüğü, demokrasi ve işleyen adil bir sistem olması Türkiye için kilit nokta olarak görülmektedir. Aynı şekilde krizlerin başlangıç evrelerinin tespit edilmesi de son derece

<sup>58</sup> İLKİN Baki, 2009.

<sup>59</sup> İLKİN Baki, 2009.

önemlidir.<sup>60</sup> Nitekim durumun öncelikle ülke sınırları içinde çözülmesi mühimdir. Sorunların barışçıl bir şekilde çözülmesi uluslararası toplumdaki her bir aktör tarafından desteklenmeli ve öncelikli olmalıdır. Krizlerin öncelikli olarak tespit edilmesine verilen önem, askeri müdahaleden önce, diplomatik unsurların dikkate alındığı bir barışın sağlanabilme olasılığının daha yüksek olmasındandır.

Ancak, ulusal sınırlar içerisinde gerçekleşen bir sorunun zaman içinde çözümsüz bir hale gelmesi durumunda, devletlerin barışı korumada yetersiz kaldığı durumlarda 'son çare' olarak kolektif bir eylemi içermelidir. Bu bağlamda, koruma sorumluluğu sadece krizi önleme ve tepki verme anlamına gelmemekte, ayrıca kriz sonrası durumun iyileştirilmesini ve barışın inşasını da kapsamaktadır. Böylece krizlerin tekrardan vuku bulmasını önlemek ve halkın güvenliğini sağlamak koruma sorumluluğunun amaçlarındandır.<sup>61</sup>

Türkiye tarafından BM Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde, koruma sorumluluğuna ilişkin adımların devletler tarafında yerine getirilemediği durumlarda en büyük bedeli sivillerin ödediği hususuna dikkat çekilmiştir. Aynı zamanda seçici olmayan bir yaklaşım izlenmesi gerektiği, belirli bir topluluğu değil, zulüm altında olan bütün halkları kapsaması gereken bir kavram olması gerektiğinin altı çizilmiştir.<sup>62</sup> Bu bağlamda Richard Falk'ın bir yorumuna yer vermek doğru olacaktır. Ona göre, koruma sorumluluğunun birtakım ayrımlara dayanılarak devreye girmemesi, uluslararası hukuku ve insan haklarını baltalamaktadır. Bu durumda az bir seçeneği kalan insanların şiddete dayalı eylemlere başvurmalarının da olası bir durum olduğunu belirtmiştir.<sup>63</sup> Dolayısıyla uluslararası sistemde barış ve güvenliğin sağlanmasında karşılaşılan zorlukları da dikkate alarak, dönemin Türkiye BM Daimî Temsilcisi

<sup>60</sup> ÇORMAN Fazıl, "Address by Mr. Fazıl Çorman Charge D'Affaires.a.i. and Deputy Representative of Turkey to the UN, 'Responsibility to Protect' UN General Assembly 63rd Session", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2009.

<sup>61</sup> ÇORMAN Fazıl, 2009.

<sup>62</sup> SİNİRLİOĞLU F. H., "Statement by Turkey UN General Assembly Item 132, The responsibility to protect and the Prevention of Genocide, War Crimes, Ethnic Cleansing and Crimes Against Humanity", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2018.

<sup>63</sup> FALK Richard, ICRtoP, 2008.

Bakin İlkin, 'yasal taahhütlerin eylemlere' dönüştürülmesi gerektiğinin önemine vurgu yapmıştır.<sup>64</sup>

Türkiye bu normun herkes için eşit bir şekilde uygulanmasını savunmaktadır. Nitekim soykırım, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve etnik temizlik yeterli düzeyde tanımlanmış yasal kavramlar olarak kabul edilmektedir. Böylece yeterli tanımlamaya sahip bu kavramlara karşı koruma sorumluluğunun da herhangi bir vetoya takılmadan uygulanabilir olması önemlidir. Bununla beraber, Türkiye söz konusu meselelerde öncelikle önleyici diplomasi ve arabuluculuk faaliyetlerinde yer alarak, anlaşmazlıkların barışçıl bir şekilde çözülmesini desteklemektedir. Ne var ki, bunların yetersiz kaldığı durumlarda uluslararası toplum BM Şartı'ndan kaynaklanan sorumlulukları yerine getirmelidir.<sup>65</sup> Aynı zamanda Türkiye, terörizmle mücadele konusunda da koruma sorumluluğunun önemine vurgu yapmıştır. Bu bağlamda, uluslararası toplumun kolektif bir şekilde hareket etmesi, ortak ilke ve hedefler doğrultusunda çaba sarf etmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Üstünde durulan önemli bir nokta ise, koruma sorumluluğu çerçevesinde söz konusu ülkelerde hukukun üstünlüğünün, insan hakları ve demokrasinin kuvvetlendirilerek istikrarın sağlanması ve uzun vadede sivillerin korunmasıdır.<sup>66</sup>

Türkiye'nin koruma sorumluluğuna ilişkin genel yorumu, Libya'ya BM Güvenlik Konseyi'nce alınan karar ve uygulamalara da yansımıştır. Türkiye Ortadoğu'da yaşanan gelişmelerde ilkeli, kararlı ve tutarlı bir politika takip ettiğini vurgulamıştır. Özellikle T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından "bölgedeki değişim ihtiyacı ve değişimin mutlaka insan hakları, demokratikleşme ve daha iyi yönetim çerçevesinde olması gerektiği... ülkelerin toprak bütünlüğü, egemenlik konusunda yeni tartışmalar açmaması... kalıcı bir istikrarı, kalıcı bir refahı ve barışı tesis etmesi yönündeki tutumu"<sup>67</sup>sıklıkla vurgulanmıştır.

<sup>64</sup> İLKİN Baki, 2009.

<sup>65</sup> SİNİRLİOĞLU F. H., 2018.

<sup>66</sup> İLKİN Baki, 2009.

<sup>67</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Dışişleri Bakanlığı Libya Açıklaması", 21 Mart 2011.

Libya'da olayların başladığı sırada Türkiye, Geçici Ulusal Konsey<sup>68</sup> üyeleriyle müzakereler yürütmüştür. Türkiye'de siyasi liderler bütün diplomatik araçları kullanarak bir operasyona ihtiyaç duyulmadan meselenin Libya içinde Libya halkıyla beraber bir çözüme varılmasını amaçlamışlardır. Ne var ki, bu konuda Libya tarafında yeterli bir başarı sağlanamaması, Muammer Kaddafi'nin "toprak bütünlüğünü sağlamak için çaba harcamak yerine, kanı, göz yaşını ve kendi halkına saldırıyı tercih"<sup>69</sup> etmesi, konunun BM çatısı altında çözülmesini zorunlu kılmıştır. Böylece Türkiye uluslararası sistemde BM'yi desteklerken, alınan kararların "Libya halkının esenliği yönünde alınması... Libya'ya müdahale yönünde değil, Libya'nın kaynaklarının paylaşımı yönünde değil, Libya'nın egemenliğinin, toprak bütünlüğü ve kardeş Libya halkının esenliğini temin edecek şekilde olmasına"<sup>70</sup> dikkat çekmiştir.

Bu bağlamda Türkiye, 17 Mart 2011 tarihli Libya'da acil ateşkesi öngören BM Güvenlik Konseyi'nin 1973 sayılı kararını desteklemiş ve bu kararın akabinde T.C. Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklama şu şekilde olmuştur: "Buradaki hedef: bir; insani yardımların ulaşımını temin, iki; silah ambargosu suretiyle içeride daha yoğun çatışmaların önüne geçmek, üç; 'Uçuşa Yasak Bölge' uygulamasıyla çatışmaları engellemek, ... Libya'ya dönük kapsamlı bir savaş başlatmak değildir"<sup>71</sup>. Türkiye tarafından bu müdahalenin "Libya'daki sivil halka yönelik saldırılar karşısında gösterilecek tepkinin ve takınılacak tavrın uluslararası meşruiyet zemininde bölgesel katılım ve destek sağlanarak gerçekleştirilmesini... temel amacın sivil halka yönelik şiddetin önlenmesi ve can kayıplarının durdurulması"<sup>72</sup> anlamına geldiği net bir şekilde ifade edilmiştir. Söz konusu açıklamalardan görüldüğü üzere, Türkiye Libya'nın egemenliğini ve toprak bütünlüğünü dikkate alan insan haklarının korunması odaklı, yani sivil halkın korunması ve çatışmanın engellenmesi için atılan adımları desteklemiştir. Bu durumda, koruma sorum-

<sup>68</sup> Libya'daki iç savaş sırasında Kaddafi karşıtı isyancılar tarafından kurulmuştur.

<sup>69</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Başbakanın Libya'ya İlişkin Yaptığı Açıklama", 3 Mayıs 2011.

<sup>70</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 21 Mart 2011.

<sup>71</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 21 Mart 2011.

<sup>72</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'daki Gelişmeler Hakkında", 19 Mart 2011.

luluğu kavramının egemenlik ilkesi ihlal edilmeden pratiğe geçirilmesinin vurgulandığını söylemek mümkündür.

Bu karara ilişkin Türkiye’nin duruşu; barışın tesis edilmesi, sivil kayıpların ve çatışmanın durdurulması şeklinde olmuştur. Bu bağlamda, Libya’da istikrarın sağlanması ve özellikle sivillerin güvenlik altına alınması konusunda Türkiye, ‘herkesi sorumlu davranmaya’ ve Libya’da gereken adımların atılmasına davet ederek, koruma sorumluluğu kavramına dikkat çekmiştir.<sup>73</sup> Nitekim burada, Libya yönetiminin Libya-lılara yönelik saldırılarına karşı uluslararası toplum ortak sorumluluğa davet edilmiştir. Bu bağlamda dönemin Dışişleri Bakanı Ahmet Davutoğlu’nun “Libya’daki bu acıların, sivil katliamların, kayıpların bir an önce sona ermesi yönünde atılacak her adımı olumlu telakki ederiz”<sup>74</sup> sözleri, Türkiye’nin koruma sorumluluğuna ilişkin olumlu bakışını da yansıtmaktadır.

Dönemin Dışişleri Bakanı Ahmet Davutoğlu, Libya için alınan karar kapsamında kurulması planlanan koalisyonun uluslararası hukukta bir usulünün olduğuna ancak uluslararası toplum tarafında buna yeterince uyulmadığı; oluşturulacak koalisyonun BM denetiminde ve onun ilkeleri temelinde olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Aynı zamanda koalisyonda yer alacak ülkelerin ‘belirli ülkeler’ değil, uluslararası sistemde yer alan ‘bütün ülkelerin’ katılımına izin verilmesi gerektiğinin altını çizmiştir.<sup>75</sup> Libya’ya yönelik yapılan Şafak Yolculuğu Operasyonu’nun NATO şemsiyesi altında gerçekleşmesine karşı çıkmıştır. Ne var ki ilerleyen süreçte NATO’nun “Libya’nın Libyalılara ait olduğunu tespit ve tescil için oraya girmesi”<sup>76</sup> şartıyla kabul etmiştir. Türkiye’nin bu kararında Fransa’nın kendi başına buyruk davranışlarının etkili olduğu söylenebilir.<sup>77</sup> Nitekim, Türkiye’nin bu operasyona ilişkin endişeli yakla-

<sup>73</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, “Dışişleri Bakanı Sayın Ahmet Davutoğlu’nun Libya’ya İlişkin 1973 Sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı Hakkındaki Açıklaması”, 18 Mart 2011.

<sup>74</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 18 Mart 2011.

<sup>75</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 18 Mart 2011.

<sup>76</sup> DW, “Türkiye’nin Libya politikasına eleştiri”, 26 Mart 2011, Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2019, <https://www.dw.com/tr/turkiyenin-libya-politikasına-eleştiri/a-14943958>.

<sup>77</sup> ERDURMAZ Serdar, “Libya Konusunda NATO’nun Görev Üslenme Gerekçeleri, Türkiye’nin Tutumu ve Sonuçları”, TÜRKSAM, 2011.

şımına daha önce Irak'ta, Afganistan'da ve Bosna Hersek'te yaşanan tecrübelerin etkisi büyük olmuştur. Bu bağlamda Libya'daki sorunun dışarıdan değil, içeriden çözülmesini öncelikli olarak desteklenmiştir.<sup>78</sup> Böylece Türkiye, NATO kapsamında deniz gücü ile destek verirken, hava gücü ile de uçuşa yasak bölgenin denetimini üstlenmiştir.<sup>79</sup>

Bu noktada şunu söylemek mümkündür; Türkiye'nin tutumu bir takım güçlü devletlerin kontrolünde gerçekleşen operasyonla Libya'da bazı ayrıcalıklar elde etmelerini veya burada kendi çıkarlarını gerçekleştirmelerini engellemeye yönelik olmuştur. Böylece daha çoğulcu bir katılımı birlikte, koalisyonunda revizyonist olmayan küçük ölçekli devletlerin de katılımını sağlayarak sorun odaklı bir eylem oluşturmaya çalışılmıştır. Ki bu yönde dönemin Dışişleri Bakanı Ahmet Davutoğlu'nun "Libya'nın geleceğiyle birinci derecede ilgilenen ülkelerin başında geliyoruz. Ancak bu gelecek Libyalılara aittir, hiç kimseye ait değildir... Libya'ya yönelik yardımların ve bu dönüşümün barışçıl yönde olmasını teminen atılacak adımların da mutlaka uluslararası hukuk meşruiyeti ve Birleşmiş Milletler sisteminin temel ilkeleri çerçevesinde olması yönündeki ilkeli tutumumuzu da sürdüreceğiz"<sup>80</sup> ifadesiyle uluslararası hukuk dikkate alınarak barışçıl bir çözümün hayata geçirilmesini desteklemiştir.

Soruna Libya'nın içinde ve Libyalılar tarafından bir çözüm bulunması mümkün olmadı. Sivil halkın güvenliğinin tehlike altına girmesi üzerine uluslararası camia duruma müdahil olmak durumunda kaldı... Türkiye, görünür zorunluluk, uluslararası meşruiyet, bölgesel katılım ve destek şartlarının yerine gelmesi üzerine, bu hareketin silah ambargosunun denetlenmesi ve insani yardımın Libya halkına ulaştırılması boyutlarına katılmıştır.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> CUMHURİYET, "Erdoğan: Operasyon İşgale Dönüşmemeli", 21 Mart 2011, Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2019, [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/231692/Erdoğan\\_\\_Operasyon\\_ısgale\\_donusmemeli.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/231692/Erdoğan__Operasyon_ısgale_donusmemeli.html).

<sup>79</sup> ERDURMAZ Serdar, 2011.

<sup>80</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 21 Mart 2011.

<sup>81</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 3 Mayıs 2011.



Türkiye Dışişleri Bakanlığı tarafından, operasyon süresince “taraf-lara sorumlu davranmaları ve insan kayıplarına yol açılmaması, Libya halkının barış ve esenliğinin korunmasına”<sup>82</sup> dikkat edilmesi gerektiği sıklıkla vurgulanmıştır. Bu kapsamda Türkiye bu soruna en doğru, ah-laki ve sorumlu bir şekilde tepki vermeye çalışmıştır. NATO kapsamın-da gerçekleştirilen operasyonun BM öncülüğünde yürütülmesi gerekti-ğini savunmuştur. Aynı zamanda, NATO’nun gerçekleştireceği bu ope-rasyonun ilkesel temeline yönelik sorular üzerinde durmuştur.<sup>83</sup> Türkiye tarafından operasyonun etik ve ahlaki boyutunun sorgulanması, NATO ittifakı içinde yer alması nedeniyle önemlidir. Nitekim, NATO’da karar-lar oybirliği ile alınmaktadır. Bu durumda, Türkiye’nin onay vermediği bir kararın alınması mümkün değildir. Böylece Türkiye’nin NATO kap-samında müşterek alınan kararlarda etkili olduğu söylenebilir. Bu doğ-rultuda, NATO tarafında kararın alınmasına yakın dönemin Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan’ın şu ifadeleri, Türkiye’nin operasyonla ilgili kaygısını yansıtmaya açısından önemlidir: “... en büyük arzumuz, bu operasyonun mümkün olduğu en kısa sürede sonuçlandırılması ve şu mevcut can kaybının en kısa sürede neticelendirilmesidir. Libya halkının kendi geleceğini belirlemesi bizim en büyük arzumuzdur. Şu anda NA-TO'nun devreye girmesi söz konusudur. NATO devreye girecekse bizim bazı şartlarımız var. Biz, NATO Libya'nın Libyalılara ait olduğunu tespit ve tescil için oraya girmelidir... Yeraltı kaynaklarının, zenginliklerinin birilerine dağıtımı için değil...”<sup>84</sup>

Bu durumda Libya örneği üzerinden Türkiye’nin uluslararası hu-kuk çerçevesinde uygulanan eylemlerde BM’nin önemini ve ilkesel un-surları dikkate aldığı söylenebilir. Tabii ki burada Türkiye’nin BM’ye atfettiği rol, onun barış ve güvenliği korumasını sağlamadaki kuruluş gayesinden gelmektedir. Nitekim siz konusu müdahalede yer alan Av-rupa ve Amerika’nın kendi güvenlik ve ekonomik çıkarları doğrultu-sunda hareket ettiklerini vurgulamaları, müdahalenin insani değerler odaklı olmasından ziyade Afrika’daki stratejik çıkarların korunmasına doğru şekillendiğini söylemek mümkündür. Libya’nın OPEC ülkeleri

<sup>82</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 21 Mart 2011.

<sup>83</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, 21 Mart 2011.

<sup>84</sup> CUMHURİYET, 21 Mart 2011.

inde en çok petrol rezervine sahip olması ve Afrika ülkeleri arasında oldukça geniş doğal gaz rezervlerinin Libya toraklarında bulunması tesadüf değildir.<sup>85</sup>

Türkiye, koruma sorumluluğu çerçevesinde Libya'ya yönelik alınan BM Güvenlik Konseyi kararlarının bölgedeki durumların iyileşmesi ve istikrara kavuşması halinde tamamen kaldırılmasını savunmuştur.<sup>86</sup> Çözüm odaklı bir davranış sergileyen Türkiye Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan açıklamada, "bugüne kadar olduğu gibi, bundan sonra da Libya halkının yanında"<sup>87</sup> olacağını söyleyerek, halkın iradesinin yönetime yansıdığı bir demokrasinin yanında olmuştur. Aynı zamanda halkların self determinasyon hakkını da gözeterek, Libya'da Libyalılarca oluşturulacak bir egemenliği desteklemişlerdir.

### SONUÇ

Koruma sorumluluğu egemen devletlere kendi vatandaşlarını insanlığa karşı suçlardan koruması için bir sorumluluk atfetmektedir. Hatta bu sorumluluğu egemenliklerinin bir parçası haline getirerek daha da kuvvetlendirmişlerdir. Öncelikli olarak devletlerin kendi sınırları içinde farkında olması gereken bu sorumluluğun, devletlerin isteksiz olmaları veya bunu gerçekleştirmede yetersiz oldukları durumlarda bu sorumluluk, uluslararası toplumun sorumluluğuna dönüşmektedir. Dolayısıyla uluslararası sistemde hem bireysel olarak devletleri hem de uluslararası toplumu kapsayan karşılıklı bir sorumluluk bilinci ortaya çıkmaktadır. Literatürdeki tartışmalar bir yana, ayırım gözetilmeksizin evrensel uygulanabilirliği olduğu müddetçe koruma sorumluluğu, teorik anlamda uluslararası sistemde istikrarın, güvenliğin ve barışın sağlanmasında başvurulabilecek önemli bir araçtır.

Libya örneği üzerinden Türkiye'nin uluslararası hukuk yaklaşımını koruma sorumluluğu normu çerçevesinde anlamaya çalışan bu makalede, Türkiye'nin insani krizlerin çözümünde oldukça girişken bir tutum sergilediği görülmektedir. Bu bağlamda koruma sorumluluğunun ulus-

<sup>85</sup> MALITO D. V., s. 292.

<sup>86</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya Hk. Kabul Edilen 2009 Sayılı BMGK Karar", 19 Eylül 2011.

<sup>87</sup> T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'ya Yönelik Türkiye-BAE Ortak İnsani Yardım Operasyonu Hk.", 12 Mart 2011.

lararası sistemde meydana gelen çok boyutlu insani meselelerin çözümünde başvurulacak bir ilke olduğu Türkiye tarafından benimsenmiştir. Hatta Libya meselesinde görüldüğü üzere, uluslararası toplumun tümü sorunu çözmeye davet edilmiştir. Bu anlamda Türkiye koruma sorumluluğu kavramını desteklemiştir. Ne var ki, uluslararası toplumun müdahalesinden önce sorunun Libya içinde Libyalılarca veya barışçıl çözüm yöntemleriyle çözülmesi öncelikli görülmüştür. Bu konuda başarı sağlanamaması durumunda uluslararası toplumun ve kurumların müdahalesi olumlu karşılanmıştır. Bu bağlamda sorunun dışarıdan değil, içeriden çözülmesi gözetilmiştir. Hatta NATO'nun müdahalesi ilk başta sorgulanarak, ilerleyen süreçte 'diplomasi' ve 'karşılıklı görüşmelerde' başarı sağlanamamasıyla NATO müdahalesi desteklenmiştir. Nitekim burada da egemenlik ve toprak bütünlüğü ilkelerine sıklıkla dikkat çekilmiştir. Müdahalenin, operasyonda yer alan güçlü devletlerin kendi çıkarlarına dönüşmemesi konusunda endişelerini dile getirmiştir.

Burada Türkiye'nin koruma sorumluluğu ve Libya örneği üzerinden uluslararası hukuk davranışlarını net bir şekilde görebilmek için vurgulanması gereken durum ise, Türkiye'nin söz konusu normun sınırlarını çizme ve tanımlamada oldukça aktif rol oynadığıdır. Özellikle uygulamada toprak bütünlüğü; iç işlerine karışmama ve egemenlik ilkesine saygı çerçevesinde hareket edilmesi Türkiye için önem taşımaktadır. Aynı zamanda uluslararası hukuk ve BM ilkelerine riayet edilmesi, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve self determinasyon hakkının söz konusu norm uygulanırken dikkate dilmesi gereken parametreler olduğu sıklıkla vurgulanmıştır.

Libya'ya müdahaleyi destekleyen Türkiye için ilkesel ve ahlaki duruşun yanında, zorunluluk ve uluslararası hukuktan aldığı meşruiyet önemli bir dayanak noktası olarak görülmektedir. Bu durumda Libya örneği üzerinden hareketle şu yorumu yapmak mümkündür; Türkiye uluslararası sistemde sorunların barışçıl bir şekilde çözülmesini desteklemekte ve aynı zamanda davranışlarını uluslararası hukuka dayandırmaktadır. Ancak Türkiye'nin genel uluslararası hukuk davranışını yansıtmaktan ziyade dar çerçeveli bir örnek olarak, insani krizler kapsamında normatif bir duruş sergilediği ortaya koyulmuştur. Böylece, Türkiye için koruma sorumluluğunun egemenlik ve toprak bütünlüğüne

saygı temelinde uluslararası hukuk ilkeleri de gözetilerek son çare olarak başvurulması gereken bir norm olduğunu söylemek mümkündür.

## KAYNAKLAR

- ARAL Berdal, "Soğuk Savaş Sonrasında BM Güvenlik Konseyi'nin Yetki Alanının Genişlemesine Hukukun Üstünlüğu ve Hakkaniyet Açısından Bir Eleştiri", Küresel Yönetişim, Güvenlik ve Aktörler: 70. Yılında BM, (Ed.) DAL Emel P, GÖK Gonca O. ve SAKMAN Tolga, TASAM, İstanbul, 2016.
- ARBOUR L. "The Responsibility to Protect as a Duty Of Care in International Law and Practice", Review of International Studies, 34, 2008, 445-458.
- ARSAVA A. Fusun, "Egemenlik ve Koruma Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15, 2011, 101-124.
- ARSAVA A. Fusun, "Libya Örneğinde İnsan Haklarının Korunması İçin Yapılan Askeri Müdahale", TAAD, 12, 2013, 81-97.
- ARSAVA A. Fusun, "Barışın Temelinde Devletlerin İşbirliği", D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi, 19, 2017, 2649-2662.
- AXWORTHY Lloyd, "Kanada ve Anti Personel Kara Mayınları: Bir Dış Politika Önceliği Olarak İnsani Güvenlik", "Sınırların Ötesinde Görevler", Dış Politika: Teoriler, Aktörler, Örnek Olaylar, (Ed.) SMITH Steve, HADFIELD Amelia, DUNNE Tim, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, İstanbul, 2016, 284-307.
- BARNETT Michael, "Sınırların Ötesinde Görevler", Dış Politika: Teoriler, Aktörler, Örnek Olaylar, (Ed.) SMITH Steve, HADFIELD Amelia, DUNNE Tim, Uluslararası İlişkiler Kütüphanesi, İstanbul, 2016, 223-239.
- BAYILLIOĞLU Uğur, İnsani Müdahale Çıkmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu Libya ve Suriye Örnek(sizlik)leriyle, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- BELLAMY A. J. "Libya and the Responsibility to Protect: The Exception and the Norm", Ethics, 25, 2011, 263-269.
- BROCKMEIERE Sarah, STUENKEL Oliver ve TOURINHO Marcos, "The Impact of the Libya Intervention Debates on Norms of Protection", Global Society, 30, 1, 2015, 113-133.

- BRUNNEE Juttave TOOPE Stephen J., "The Responsibility to Protect and the Use of Force: Building Legality?", Brill, 2010, 191-212.
- BM ANLAŞMASI, Türkçe Metin, TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, 24 Ekim 1945.
- СЕРГЕЕВИЧ Тетерюк Алексей ve АНДРЕЕВИЧ Чижевский Ян, "Международно-политическое измерение ливийского конфликта" Вестник Российского университета дружбы народов, Серия: Международные отношения, 2, 2014, 23-32.
- SKİDELSKII Роберт, "Парадоксы Гуманитарной Войны", Россия в Глобальной Политике, 9, 2, 2011, 63-68.
- CUMHURİYET, "Erdoğan: Operasyon İşgale Dönüşmemeli", 21 Mart 2011, Erişim Tarihi: 20 Ağustos 2019, [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/231692/Erdogan\\_\\_Operasyon\\_isgale\\_donusmemeli.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diger/231692/Erdogan__Operasyon_isgale_donusmemeli.html).
- ÇORMAN Fazıl, "Address by Mr. Fazıl Çorman Charge D'Affaires a.i. and Deputy Representative of Turkey to the UN, 'Responsibility to Project' UN General Assembly 63rd Session", T.C. BM Daimi Temsilciliği, 2009.
- DIETRICH John W., "R2P and Intervention After Libya", History and Social Sciences Faculty Journal Articles, Paper 86, 2013, 323-352.
- DONOVAN O., "Changing ideas, changing norms: The case of the responsibility to rebuild", Cooperation and Conflict, 2018, 1-19.
- DOYLE M. W., "International Ethics and the Responsibility to Protect", International Studies Review, 13, 2011, 72-84.
- DW, "Türkiye'nin Libya politikasına eleştiri", 26 Mart 2011, Erişim Tarihi: 16 Mayıs 2019, <https://www.dw.com/tr/turkiyenin-libya-politikasina-elestiri/a-14943958>.
- ERCAN Pınar G., "İkinci On Yılına Girerken Koruma Sorumluluğunu Yeniden Düşünmek: LexFerenda Olarak R2P", Hacettepe HFD, 5, 2, 2015, 165-182.
- ERDURMAZ Serdar, "Libya Konusunda NATO'nun Görev Üslenme Gerekeçleri, Türkiye'nin Tutumu ve Sonuçları", TÜRKSAM, 2011.

- EVANS G., *The Responsibility to Protect: Ending Mass Atrocity Crimes Once and For All*. Washington, Brookings Institution Press, 2008.
- FALK Richard, ICRtoP, 2008, Erişim Tarihi: 15 Nisan 2019, <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/component/content/article/171-middle-east/2065-un-special-rapporteur-on-the-occupied-palestinian-territories-richard-falk-mentions-r2p-in-gaza>.
- GCR2P, "Implementing the Responsibility to Protect The 2009 General Assembly Debate: An Assessment", Global Centre For The Responsibility To Protect, 2009.
- GOWERS A. G., "The Responsibility to Protect and The Arab Spring: Libya as the Exception, Syria as the Norm?", *UNSW Law Journal*. 36, 2, 2013, 594-618.
- HOBSON Christopher, "Responding to Failure: The Responsibility to Protect after Libya", *Millennium: Journal of International Studies*, 2016, 1-22.
- КОНЫШЕВ Валерий ve СЕРГУНИН Александр, "Концепция 'Обязанность Защищать' БРИКС в Поисках Консенсуса" *Международные Процессы*, 15, 4, 2017, 202-217.
- Ki-MOON Ban, "Implementing the Responsibility to Protect", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2009.
- Ki-MOON Ban, "Early Warning, Assessment, and the Responsibility to Protect", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2010.
- Ki-MOON Ban, "The Role of Regional and Sub-regional Arrangements in Implementing the Responsibility to Protect", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2011.
- Ki-MOON Ban, "Responsibility to Protect – Timely and Decisive Response", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2012.
- Ki-MOON Ban, "State responsibility and Prevention", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2013.

Ki-MOON Ban, "Responsibility to protect: International Assistance", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2014.

Ki-MOON Ban, "Avital and Enduring Commitment: Implementing the Responsibility to Protect", UN General Assembly, Report of the Secretary-General, 2015.

Ki-MOON Ban, "Statement on Libya", UN Secretary General, 17 Mart 2017.

KUPERMAN A. J., "A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign", *International Security*, 38, 1, 2013, 105-136.

ICISS, "The Responsibility to Protect", 2001.

ICRtoP, "The Coalition's Common Understanding of RtoP", Erişim Tarihi: 16 Ağustos 2019, <http://www.responsibilitytoprotect.org/index.php/about-coalition/our-understanding-of-rtop>.

İLKİN Baki, "Informal Thematic Consultations of the General Assembly on the Report of the Secretary-General in Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All Cluster II: Freedom From Fear", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2005.

İLKİN Baki, "Statement by Ambassador Baki İlkin, Permanent Representative of Turkey to the UN, Security Council Open Debate on the Protection of Civilians in Armed Conflict", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2009.

LOPEZ Giselle, "Responsibility to Protect at a Crossroads: The Crisis in Libya", *Transatlantic Perspective on Diplomacy and Diversity*, (Ed.) CHASE Anthony, 119-138, Humanity in Action Press, New York, 2015.

MAHDAVI Mojataba, "A Postcolonial Critique of Responsibility to Protect in the Middle East", *Perceptions*, 20, 1, 2015, 7-36.

MALITO D. V., "The Responsibility to Protect What in Libya?", *Peace Review*, 29, 3, 2017, 289-298.

MORRIS Justin, "Libya and Syria: R2P and the spectre of the swinging pendulum", *International Affairs*, 89, 5, 2013, 1265-1283.



- MORRIS Justin, "The Responsibility to Protect and the use of force: Re-making the Procrustean bed?" *Cooperation and Conflict*, 2015, 1-16.
- MURTH C.S.R. ve KURTZ, Gerrit, "International Responsibility as Solidarity: The Impact of the World Summit Negotiations on the R2P Trajectory", *Global Society*. 30, 1, 2016, 38-53.
- NURUZZAMAN M., The "Responsibility to Protect Doctrine: Revived in Libya, Buried in Syria", *Insight Turkey*, 15, 2, 2013, 57-66.
- PETA Conner, "Inconsistency, Hegemony, Colonialism and Genocide: How R2P Failed Libya", *E-International Relations*, 2017.
- REÇBER Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul*, 2016.
- RELIEFWEB, "Pillaycalls for international inquiry into Libyan violence and Justice for victims", 2019, Erişim Tarihi: 26 Ağustos 2019, <https://reliefweb.int/report/libya/pillay-calls-international-inquiry-libyan-violence-and-justice-victims>.
- RIEFF David, "R2P, R.I.P.", *New York Times*, 7 Kasım 2011, Erişim Tarihi: 28 Nisan 2020, <https://www.nytimes.com/2011/11/08/opinion/r2p-rip.html>.
- SABA A. ve AKBARZADEH, S., "The Responsibility to Protect and Use of Force: An Assessment of the Just Case and Last Resort Criteria in the Case of Libya", *International Peacekeeping*, 25, 2, 2018, 242-265.
- SAK Yıldıray, "Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye'de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler", *Uluslararası İlişkiler*, 11, 44, 2015, 121-153.
- SERRANO Monica, "The Responsibility to protect and its Critics: Explaining the Consensus", *Global Responsibility to Protect*, 3, 4, 2011, 703-713.
- STAHN C., "Responsibility to Protect Rhetoric or Emerging Legal Norm?", *The American Journal of International Law*, 101, 1, 2007, 99-120.

- SİNİRLİOĞLU F. H. "Statement by Turkey UN General Assembly Item 132, The responsibility to protect and the Prevention of Genocide, War Crimes, Ethnic Cleansing and Crimes Against Humanity", T.C. BM Daimî Temsilciliği, 2018.
- STEELE B. J. ve HEINZE, E. A., "Norms of Intervention, R2P and Libya", Global Responsibility to Protect, 6, 2014, 88-112.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Başbakanın Libya'ya İlişkin Yaptığı Açıklama", 3 Mayıs 2011.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Dışişleri Bakanlığı Libya Açıklaması", 21 Mart 2011.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'daki Gelişmeler Hakkında", 19 Mart 2011.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya Hk. Kabul Edilen 2009 Sayılı BMGK Kararı", 19 Eylül 2011.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Libya'ya Yönelik Türkiye-BAE Ortak İnsani Yardım Operasyonu Hk.", 12 Mart 2011.
- T.C. Dışişleri Bakanlığı, "Dışişleri Bakanı Sayın Ahmet Davutoğlu'nun Libya'ya İlişkin 1973 Sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı Hakkındaki Açıklaması", 18 Mart 2011.
- THAKUR Ramesh, "R2P after Libya and Syria: Engaging Emerging Powers", The Washington Quarterly, 36, 2, 2013, 61-76.
- TORINHO M., STUENKEL O., ve BROCKMEIER, S., "Responsibilitywhile Protecting: Reforming R2P Implementation", Global Society. 30, 1, 2016, 134-150.
- UN, "A MoreSecure World: OurSharedResponsibility", 2004.
- UN, "Secretary-General Presents His Annual Report to General Assembly", UN Press Release, 20 Eylül 1999.
- UN, "Responsibility to Protect' Came of Age in 2011, Secretary-General Tells Conference, Stressing Need to Prevent Conflict before It Breaks Out". UN Press Release, 18 Ocak 2012, Erişim Tarihi: 26 Mayıs 2019,  
<https://www.un.org/press/en/2012/sgsm14068.doc.htm>.
- UNGA, "2005 World Summit Outcome", 24 Ekim 2005.

UNGA, "In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights For All", 2005.

UNGA, "Situation of Human Rights in the Libyan Arab Jamahiriya", Human Rights Council, A/HRC/RES/S-15/1, 25 Şubat 2011.

UNSC, "Resolution 2009", S/RES/2009, 16 Eylül 2011.

UNSC, "Resolution 1970", S/RES/1970, 26 Şubat 2011.

UNSC, "Resolution 1973", S/RES/1973, 17 Mart 2011.

UNSC, 66th session, 6528th meeting, S/PV.6528, 4 Mayıs 2011.





## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASINA İLİŞKİN YAKLAŞIMI VE REFAH PARTİSİ KAPATMA KARARI ÖZELİNDE DİN VE VİCDAN HÜRRIYETİ

Uğur İHTİYAROĞLU\*

### Öz

Türkiye’de 1990’lı yıllarda siyasi partilerin kapatılması ile ilgili davalar ülke gündemini uzun süre meşgul etmiştir. Bu süreçte ondan fazla siyasi parti hakkında Anayasa Mahkemesi kapatma kararı vermiştir. Refah Partisi 1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından laik düzene aykırı faaliyetlerin odağı olduğu gerekçesi dayanak tutularak kapatılmıştır. Bu karar kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) yapılan başvuru sonucunda, mahkeme kararı örgütlenme özgürlüğüne kapsamına uygun olduğu ve örgütlenme özgürlüğüne denk bir yararı koruduğu gerekçesiyle sözleşmeye aykırı olarak nitelendirilmemiştir. AİHM tarafından verilen bu karar, o dönem için Türkiye’de geniş desteğe sahip olan ve büyük oranda örgütlenmiş bir partinin kapatılması açısından önem taşımıştır. Çalışmada siyasi parti özgürlüğünün sınırları ve AİHM tarafından verilen Refah Partisi kapatma kararının özellikle din ve vicdan hürriyeti boyutu incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

AİHM • Refah Partisi • Din ve Vicdan Hürriyeti • Anayasa Mahkemesi • Yargı Kararları

\* Cumhuriyet Savcısı, Türkiye | Prosecutor, Turkey.

adaletbakanlik52@gmail.com • ORCID0000-0001-8171-3579

Atıf Şekli | CiteAs: İHTİYAROĞLU Uğur, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Siyasi Partilerin Kapatılmasına İlişkin Yaklaşımı ve Refah Partisi Kapatma Kararı Özelinde Din ve Vicdan Hürriyeti”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 329-361.

İntihal | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE APPROACH OF THE ECHR TO THE CLOSURE OF POLITICAL PARTIES AND FREEDOM OF THOUGHT AND FAITH IN SPECIALITY OF THE DECISION TO CLOSE THE REFAH PARTY

### Abstract

Lawsuits on the closure of political parties have long been on the agenda of the country in Turkey in the 1990s. In this process, the Constitutional Court decided to close down on more than ten political parties. The Refah Party was closed in 1998 by the Constitutional Court on the grounds that it was the focus of activities against the secular order. As a result of the application made to the European Court of Human Rights (ECHR) within the scope of this decision, the court decision did not qualify as contrary to the contract on the grounds that it was in line with the scope of freedom of association and maintained a benefit equivalent to freedom of association. This decision made by ECHR was important in terms of the closure of a party which had extensive support and was largely organized for that period in Turkey. In the study, the limits of the freedom of political parties and especially the dimension of freedom of religion and conscience of the Welfare Party closure decision given by the ECHR was examined.

### Key Words

ECHR • Welfare Party • Freedom of Religion and Conscience • Supreme Court • Jurisdiction

### GİRİŞ

Siyasi partiler, demokratik ve çağdaş toplumlarda vazgeçilmez unsurlardandır. İktidar mücadelesinin serbestçe kurulan siyasi partiler arasında gerçekleşmesi demokratik sistemin devamı açısından önemlidir. Siyasi partiler bir bakıma toplum ve devlet arasında köprü görevi görerek; siyaset ve rejim arasında etki alanı oluşturmaktadır<sup>1</sup>. Yasama ve yürütme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde, iktidar ve muhalefet ilişkilerinde siyasi partiler başroldedir. Ayrıca ifade özgürlüğünün sağlanmasında ve demokratik siyasi tartışmaların gerçekleştirilmesinde siyasi partilere önemli görevler düşmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları kapsamında bir siyasi partinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, müdahalenin kanuni olması, meşru bir amaca dayanması ile demokratik toplum yönün-

<sup>1</sup> YANIK, Murat, Parti İçi Demokrasi, 1. Baskı, Babil Yayınları, İstanbul, 2002, s.1.

den zaruri olması gerekmektedir. Kısıtlamanın ya da müdahalenin zaruri olması, ülkedeki mevcut demokratik ve anayasal düzene karşı şiddete açık veya örtülü şekilde destek verilmesi, bir bakıma demokrasinin karşısında yer alınması, hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ifade etmektedir. Anayasal ve demokratik düzen karşısında yer alan siyasi partiler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer alan korumadan yararlanamayacaktır. Refah Partisi (RP), 16.01.1998 tarihinde "laikliğe aykırı eylemlerin odağı" olduğu gerekçesine dayalı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. RP yönünden karar AİHM'ne götürülmüş, mahkeme sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. RP kapatma kararının AİHM tarafından sözleşmeye uygun olarak nitelendirilmesi, kararın diğer AİHM içtihatlarından birçok yönüyle farklı olduğunu, Mahkemenin geçmişte ifade ve örgütlenme özgürlüğünü içine alan içtihatlarından büyük oranda ayrılışını ortaya koymuştur. Kararda yer alan karşı oy yazıları da aynı doğrultudadır<sup>2</sup>. Bu kapsamda birinci bölümde uluslararası mevzuat açısından siyasi parti özgürlüğü açıklanacaktır. İkinci bölümde AİHM'nin siyasi parti davalarına bakış açısı örnek mahkeme kararlarıyla ortaya konulacaktır. Son bölümde ise AİHM'nin RP kararı din ve vicdan hürriyeti yönünden irdelenecektir.

## **I. Uluslararası Mevzuat Açısından Siyasi Parti Özgürlüğünün İncelenmesi**

### **A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10 ve 11. Maddesi Kapsamında Siyasi Parti Özgürlüğü**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak adlandırılan, İnsan Haklarının ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (European Convention on Human Rights) 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanarak, 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından imzalanan AİHS, 10 Mart 1954'de 6366 sayılı kanun ile kabul edilmiştir<sup>3</sup>. Bu

<sup>2</sup> DİNLER, Veysel, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2003, s.162.

<sup>3</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 18.

sözleşme, hak ve özgürlükleri olabildiğince geniş ve somut olarak tanımlamıştır. Ayrıca sözleşme kapsamında yer alan hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla denetim mekanizması ile yaptırım uygulaması getirilmiştir. Özellikle bireysel hakların korunması sorunu, ulusal düzeyden uluslararası düzeye taşınmış; bireyler uluslararası hukuk süjesi haline gelmiştir<sup>4</sup>. Ancak AİHS sadece insan haklarını koruyan bir belge niteliğinde değildir. İmzalandığı zaman itibariyle batı demokrasinin özgürlük ve demokrasi anlayışını somutlaştıran bir belge olarak kabul edilmiştir<sup>5</sup>. AİHM'ne göre AİHS, Avrupa kamu düzeni açısından yaşayan bir cihaz niteliğindedir. Sözleşmede yer alan hakların korunmasını sağlayacak bakış açısıyla yorumlanması gereklidir<sup>6</sup>.

Örgütlenme özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma başlığı altında AİHS'nde güvence altına alınmaktadır. AİHS'nin 11. maddesinde; *“Herkes, barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü ve çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya girme hakkı dâhil, başkalarıyla birlikte örgütlenme özgürlüğüne sahiptir. Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplum içinde zarurî tedbirler mahiyetinde olarak ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir”* hükmü yer almaktadır. AİHS siyasi parti özgürlüğünü ifade özgürlüğünün bir yansıma şekli olarak nitelendirmiştir.

Siyasi partiler açısından diğer önemli bir düzenleme sözleşmenin 10. maddesinde ifade özgürlüğü başlığında yer almaktadır. Bu maddede *“Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin*

<sup>4</sup> KAPANİ, Munci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 4. Baskı, BB101 Yayınları, Ankara, 2011, s. 45.

<sup>5</sup> MEMİŞ, Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:17, 2000, s. 131.

<sup>6</sup> ÇAĞLAR, Bakır/ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi”, Anayasa Yargısı Dergisi, Sayı:16, 1999, s. 148.



*radio, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için, ancak kanunla, gerekli olan bazı formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabilir” hükmü bulunmaktadır. Bu maddede yer alan ifade özgürlüğü mutlak bir hak olarak kabul edilmemektedir. Meşru amaçlarla sınırlandırılması mümkündür. Yapılan sınırlamanın demokratik toplum açısından zorunlu olması ayrıca koşullar yönünden de Mahkemeyi ikna etmesi gereklidir<sup>7</sup>.*

### **B. Siyasi Partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşısındaki Durumları**

Siyasi partilerin AİHS 11. madde kapsamında dernek olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla 11. maddedeki güvenceden yararlanıp yararlanamayacağı hususu ayrı bir konu başlığını oluşturmaktadır. Türk hükümetinin AİHM’nde görülen davalarda yer alan savunmaları genel olarak siyasi partilerin sözleşmenin 11. maddesi güvencesinden yararlanamayacağı tezine dayanmaktadır. Hükümete göre, bir siyasi partinin tüzüğü ve parti programı demokratik, anayasal düzene zarar veriyorsa ya da anayasal düzenin karşındaysa, AİHM sözleşmenin uygulanamaz olduğunu tespit etmelidir<sup>8</sup>. Türkiye tarafından siyasi partilerin dernek olarak kabul edilemeyeceği savunması karşısında AİHM ve İnsan Hakları Komisyonu (İHAK) ile Venedik Komisyonu tarafından benimsenen görüş siyasi partilerin 11. madde bağlamında dernek olarak değerlendirilebileceğidir. AİHS’nin 17. maddesi, AİHS’nde öngörülen temel hak ve hürriyetlerin korunması açısından demokratik kurumların serbestçe çalışmasını temel bir kural olarak ka-

<sup>7</sup> DUTERTRE, Gilles, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler”, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.273.

<sup>8</sup> KOÇAK, Mustafa/ÖRÜCÜ, Esin, “Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Convention of Human Rights”, European Public Law, Cilt:9, 2003, s.403-404.

bul etmektedir. Sözleşmede yer alan kuralların uygulanması yoluyla hiçbir hak ve özgürlüğün kısıtlanamayacağı belirlenmiştir<sup>9</sup>.

### C. Venedik Komisyonu Kararlarının Siyasi Partiler Açısından Değerlendirilmesi

Avrupa demokrasi kültürünün yaygınlaşmasına hizmet etmek amacıyla, Avrupa Birliği sürecindeki devletler başta olmak üzere Anayasal sorunlarla ilgilenecek bir komisyonun kurulmasının gündeme gelmesi nedeniyle 1990 yılında kısa adı “Venedik Komisyonu” olan “Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu” kurulmuştur. Venedik Komisyonu Avrupa Konseyi’nin anayasal konularda danışma organı olarak örgütlenmiştir. Komisyon, Türkiye’nin aralarında bulunduğu birçok ülkenin temsilcisinden meydana gelmektedir. Temsilciler genel olarak Anayasa ve Uluslararası Hukuk alanında uzman akademisyenlerden, Anayasa Mahkemesi veya yüksek mahkeme üyeleri ile milletvekillerinden seçilmektedir<sup>10</sup>. 1990’lı yıllardan itibaren birçok doğu bloğu ülkenin Avrupa Konseyi’ne dâhil olması ile birlikte Konsey, siyasi partilerin kapatılması konusunda ve Anayasal sisteme yönelik düzenlemeler getirmiştir. Venedik Komisyonu, 1998’de “Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Benzer Yaptırımlar Raporu (Prohibition of Political Parties and Analogous Measures Report)” adında bir çalışma yayımlanmıştır. Raporun 4. maddesinde, *“Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması ancak o partinin demokratik düzeni yıkmak için şiddetin kullanılmasını savunması ya da şiddeti kullanması ve böylece anayasa tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükleri yıkmayı amaçlamaları halinde uygun görülebilir. Fakat bir parti barışçıl bir şekilde anayasayı değiştirmeyi amaçlıyorsa bu durum, o partinin yasaklanması veya kapatılması için yeterli olmaz”* yer almaktadır. 11 Aralık 1999’da ise, *“Siyasi Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Tedbirler Hakkında Rehber İlkeler (Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures)”* adlı bir belge hazırlanarak, 10 Ocak 2000’de ilan edilmiştir. Rapor ve ilkeler ge-

<sup>9</sup> ÜNAL, Şeref, “AİHS İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri”, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, 1. Baskı, 2001, s.365; TURHAN, Mehmet, “Siyasi Parti Kapatma Davaları”, Yeni Türkiye Dergisi, Sayı:17, 1997, s. 398.

<sup>10</sup> HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, s.31.

nel olarak siyasi partileri koruma amacıyla hazırlanmıştır. Rapora göre, siyasi partiler örgütlenme özgürlüğünü temsil etmekle birlikte, herkes siyasi partilere üye olma ve parti kurma hakkına sahiptir. Siyasi partiler, siyasi görüş sahibi olma ve bilgi alışverişinde bulunma hakkını da temsil ederler.

Örgütlenme özgürlüğü ilk olarak AİHS'nde ve Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan "Siyasi Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Tedbirler Hakkında Rehber İlkeler" de yer almıştır. AİHM'ne başvuran partiler genel olarak itirazlarını örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesine dayandırmaktadır<sup>11</sup>. Raporda yer aldığı üzere siyasi partiler yalnızca şiddet kullanımını desteklemesi ya da şiddeti gerçek anlamda araç olarak kullanması durumunda yasaklanabilir. Siyasi partilerin kapatılmasına demokratik hukuk devletlerinde son aşamada başvurulmalıdır. Kapatılması düşünülen siyasi partinin demokratik ve anayasal düzen açısından tehlike oluşturması gereklidir. Ayrıca bu tehlikenin diğer yöntemlerle engellenmesi mümkün olmamalıdır. Bu kapsamda sadece demokratik düzene aykırı görüş benimseme ve eylem birliğinde bulunma yeterli değildir. Demokratik düzenin devamı açısından yakın bir tehlike mevcut olmalıdır<sup>12</sup>.

#### **D. Anayasal ve Militan Demokrasi Anlayışının Karşılaştırması**

Parti yasaklamaları ile ilgili olarak batı demokrasi sistemlerinde iki farklı yaklaşımın bulunduğunu söylemek mümkündür. Anayasal demokrasi yaklaşımına göre, siyasi partiler sistem karşıtı olsalar bile barışçıl yöntemlerden ayrılmadıkça kendilerini serbestçe ifade etme ve kamusal alanda faaliyette bulunma hakkında sahiptir. Bu yaklaşımda, uç görüşlere karşı saygılı olma ve demokratik çoğulculuğu sağlama ön

<sup>11</sup> ÇELEBİ, Özgü, Türkiye'de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği), Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Çanakkale, 2009, s. 43.

<sup>12</sup> UYGUN, Oktay, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:17, 2000, s. 258-259.

plandadır<sup>13</sup>. Siyasi partiler toplumsal ve fikirsel çoğunluğun bir unsuru olarak görülür, partilerin programlarında yer alan amaçlar esnek yorumlanır. Siyasi parti yöneticilerinin yaptığı açıklamalar ve fiiller geniş bakış açısıyla değerlendirilir. Aykırı olduğu değerlendirilen her görüşün toplumda serbestçe tartışıldığı bir ortamda, tehlikenin oluşmayacağı kabul edilir. Asıl sorun bu tür görüşlerin gizlenmesi veya kısıtlamalarla toplumdan uzaklaştırılmasıdır<sup>14</sup>. Bu yaklaşımda amaç, aşırı uçta yer alsa da görüşlerin yasaklamalar nedeniyle radikalleşmesinin önüne geçilmesidir. Serbest tartışma ortamlarının oluşturularak, hoşgörü ve çoğulculuk anlayışıyla bu görüşlerin pasifize edileceği kabul edilir. Faşizm, marksizm gibi anti demokratik eğilimlerin kısıtlamalarla yok edilmesi mümkün değildir. Bu eğilimler, liberal uygulamalarla sisteme entegre edilebilir. Fikir hürriyeti, demokratik kurallara uyulduğu sürece sınırsızdır. Ancak şiddete başvurulması ya da kanun dışı ayaklanmaların söz konusu olması durumunda yasaklara başvurulmaktadır<sup>15</sup>. Bir diğer yaklaşım olan militan demokrasi anlayışına göre sistem karşıtı aşırı ideolojik görüşlere karşı demokratik toplum düzeni içinde tedbirler alınmalıdır. Demokratik düzeni tehdit eden totaliter anlayış karşısında önlemler alınmalı; bireylerin ve toplumların örgütlenme ile ifade özgürlüğüne gerektiğinde sınırlamalar getirilmelidir<sup>16</sup>. Militan demokrasi anlayışında siyasi partilerin demokrasi karşısındaki durumları daha semboliktir. Siyasi partilerin kuruluş aşamasından seçimlerde yer almalarına kadar sahip olduğu haklar demokrasinin sunduğu bir imkân olarak görülür. Bu anlayış, siyasi partilerin demokratik toplumu ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerinin ve parti programlarının karşısındadır. Demokratik rejimlerin, hürriyet adı altında kendisine yönelen tehditlere seyirci kalmasının beklenemeyeceği savunulur. Hak ve özgürlüklerin demokra-

<sup>13</sup> ANAYURT, Ömer, "Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasisi Karşısında Hükmen Yenilgisi", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı: 23, Yaz-2001, s.6.

<sup>14</sup> KÜÇÜK, Adnan, 1982 Anayasasına Göre Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 71.

<sup>15</sup> KÜÇÜK, Adnan, "İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı: 32, Güz-2003, s. 57-58.

<sup>16</sup> HAKYEMEZ, 2000, s. 31.

tik düzeni yıkmak amacıyla kullanılmasının önüne geçilmelidir<sup>17</sup>. Demokrasinin devamının ve bekasının sağlanması amacıyla gerektiğinde hukuk ve etik kuralları hiçe sayılabilir. Şiddet kullanılmak suretiyle demokrasi karşıtı olan görüşler yok edilir ve homojen bir ortam oluşturulması için heterojen unsurlar ortadan kaldırılır<sup>18</sup>. Militan demokrasi yaklaşımında, Anayasada yer alan “resmi ideolojiye” uygun olan fikirler, fiiller, normlar ve davranışlar meşru; uygun olmayanlar ise gayri-meşru olarak kabul edilir<sup>19</sup>.

Demokrasi, özü itibariyle kamusal alanı tartışma, çoğulculuk ve katılım yoluyla ayrımcılık yapmaksızın birleştiren bir kavramdır. Demokrasinin kimi yurttaşlarının fikirlerinden korunması, şiddete başvurmamalarına rağmen aşırı ideolojik olarak nitelendirilen görüşlerin sistem karşıtı kabul edilmesi; kişilerin varlık ve meşruluğunu sorgulamak anlamına gelmektedir. Görüşleri nedeniyle bir kesimi susturulan bir toplumda, demokrasiden ve fikir hürriyetinden bahsedilemez<sup>20</sup>. Bu bakımdan liberal demokrasiyi savunanlara göre militan demokrasi anlayışı, demokratik ilkelerden gerektiğinde uzaklaşılmasıdır<sup>21</sup>. Militan demokrasi yaklaşımında, devlet ve demokrasinin korunması amacıyla gerektiğinde totaliter uygulamalara başvurulmasının mümkün olması; demokratik uygulamalar bakımından tezat oluşturmaktadır.

Türkiye’de militan demokrasi anlayışının siyasi hayata olan etkileri Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda görülmüştür. Kararlarda sıklıkla “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” hususuna vurgu yapılmış; siyasi partilerin demokratik düzene aykırı faaliyetlerde bulunmamaları gerektiği belirtilmiştir. Laik ve demokratik toplumun korunması zorunluluğuna da Anayasa Mahkemesi kararlarında değinilmiş, militan demokrasi anlayışına yaklaşan bir tutum benimsenmiş-

---

<sup>17</sup> KÜÇÜK, 2003, s. 59.

<sup>18</sup> İbid, s. 60.

<sup>19</sup> KÜÇÜK, 2001, s. 72-73.

<sup>20</sup> KÜÇÜK, 2003, s. 63.

<sup>21</sup> SELÇUK, Sami, “Dar Ufuklu Demokrasi İle Yetinmenin Bunaltıcı Dayanılmazlığı”, Yeni Türkiye, Sayı:17, 1997, s. 9-10.

tir<sup>22</sup>. Bu yaklaşım, 1961 ve 1982 Anayasalarında siyasi partilere ilişkin sınırlamalarda da yer almaktadır. 1961 Anayasası 57. maddede “*siyasi partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır*” hükmü yer almaktadır. 1982 Anayasası 68. madde, “*siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez*” hükmünü içermekle; siyasi parti programlarında demokrasi ve laiklik karşıtı hükümlerin yer almayacağı vurgulanmıştır. Diğer yandan devletin bağımsızlığına, bütünlüğüne ve milletin bölünmezliğine aykırı parti programları ve faaliyetleri de ilgili düzenlemeler kapsamında yasaklanmıştır<sup>23</sup>.

## II- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı

### A. Siyasi Partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi

AİHM, 11. maddede yer alan toplantı ve dernek kurma başlığında yer alan ‘herkes’ kapsamına siyasi partileri de dâhil etmiştir. Siyasi partilerin 11. madde dışında tutulduğuna ilişkin ayrı bir hüküm bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye kararında bu durum açıkça tespit edilmiştir<sup>25</sup>. İlgili kararda “*Komisyon sözleşmenin 11. maddesinin yazımından kapsamının belli bir takım kurum ya da gruplar lehine sınırlı olduğu ya da bu hükmün siyasal partilere uygulanmayacağına ilişkin hiçbir engelin bulunmadığı görüşünü tartışmıştır. Aksine, 11. madde demokrasinin gerektiği gibi uygulanabilmesini sağlayan yasal bir güvence olarak anlaşıldığında, siyasal partiler 11. maddenin koruduğu en önemli örgüt türüdür. Bu bağlamda Komisyon, 11. madde ile ilgili olarak siyasal parti-*

<sup>22</sup> TÖGEL, Akif, “Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine”, YBHD, Sayı:3, 2017, s. 122-123.

<sup>23</sup> İbid, s.123-124.

<sup>24</sup> AİHM, Başvuru No: 20/1997/804/1007, K.T:25.05.1998.

<sup>25</sup> AİHM, Başvuru No: 133/ 1996/ 752/ 951, K.T:30.01.1998.

lerin faaliyetlerinin sınırlanmasına ve hatta bu tür partilerin kapatılmasına; böylece zımnen 11. maddenin bu tür örgütlere uygulandığına ilişkin başvurularla ilgili kararlarına gönderme yapmaktadır. Divana göre sözleşmenin 11. maddesinin sözsöz anlamı, siyasi partilerin bu maddeyi dayanak olarak alıp alamayacakları sorununa bir ilk cevap oluşturmaktadır. Divan bu bakımdan, 11. maddede her ne kadar "sendika kurma hakkı da dâhil olmak üzere, başkaları ile birlikte, örgütlenme özgürlüğünden söz ediliyorsa da, burada "dâhil" bağlacının, sendikaların, örgütlenme özgürlüğünün kullanılabileceği örneklerden sadece biri olduğunu açıkça gösterdiğini belirtir. O halde, bu hükümde, sendikaların anılmasıyla, Hükümetin değerlendirmesinde olduğu gibi, sözleşmeyi hazırlayanların siyasal partileri 11. maddenin kapsamı dışında bıraktıkları sonucuna varılamaz" hükmü bulunmaktadır. Bu kararda, siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünden yararlanabileceklerini açıkça ifade etmiştir. AİHM'nin, Dicle, Dep-Türkiye<sup>26</sup> kararında "Siyasi partilerin demokrasinin işleyişinde temel bir kuruluş işlevine sahip olduğunu hatırlatarak bu bağlamda demokrasinin sözleşme sistemindeki önemi karşısında siyasal partilerin 11. Maddenin kapsamına girdikleri konusunda hiçbir kuşku yoktur" hükmü yer almakla, siyasi partilerin sözleşme kapsamındaki durumları ortaya konulmuştur. AİHM tarafından yapılan incelemeler siyasi partiler bakımından daha çok 11. maddenin ihlal edilip edilmediğine yöneliktir. Diğer taraftan AİHM kısıtlamanın varlığının kanuni olmaması durumunda ihlalin varlığını kabul etmektedir. Siyasi partilerin kapatılmasında AİHM demokratik toplumun gereklerini belirlerken, demokrasinin evrensel ilkelerine göre hareket etmekte; ulusal düzeydeki hukuk düzeninin mevcut standartlarına göre karar vermemektedir. Uluslararası hukuk ve çağdaş demokratik koşullara göre inceleme yapılmaktadır<sup>27</sup>. Yasaklama ve kapatma kararı, demokratik düzenin koşulları göz önünde tutularak siyasal toplum ve bireysel özgürlükler açısından yakın bir tehlike durumunda uygulanmalıdır. Daha düşük düzeydeki tedbirlerin uygulanmasının tehlikenin önüne geçip geçemeyeceği somut olaya göre değerlendirilmelidir<sup>28</sup>. AİHS'nin 11. maddesinin sağladığı özgürlüklerin

<sup>26</sup> AİHM, Başvuru No: 25141/94, K.T:10.12.2002.

<sup>27</sup> EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 141.

<sup>28</sup> ÇELEBİ, 2009, s. 45.

siyasi propaganda aracı olarak demokrasi karşıtı amaçlar için de kullanılabileceği, hakların geniş yorumlanmaya müsait olması konuları kararlarda tartışılmaktadır<sup>29</sup>. Hakların demokrasi karşıtı amaçlar için kullanılabilir olması, hakların genişletilmesini önlememelidir. Bu bakımdan sınırlama, gerekli olduğu koşullarda ve zamanda yapılabilecektir. Aksi tutum ve kısıtlamalar sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır<sup>30</sup>.

## B. Siyasi Parti Programları Açısından Laiklik ve Demokrasi Ölçütleri

AİHM siyasi partilere ait programlar açısından hak ve özgürlükleri genişletme eğilimindedir. Ancak bu özgürlüğün sınırları çizilmiştir. AİHS'nde yer alan ifade özgürlüğü ile toplanma ve dernek kurma özgürlüğü gibi haklar siyasi partiler yönünden totaliter amaçlar için kullanılabilir<sup>31</sup>. Siyasi parti programlarında bu yönde hükümler yer alabilir. AİHM kendisi yapılan başvurularda siyasi parti programlarının sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmesi iddialarını genel olarak sözleşmenin 17. maddesi kapsamında değerlendirmektedir<sup>32</sup>. AİHS 17. maddesinde hakları kötüye kullanma başlığı altında *"Bu sözleşmedeki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların sözleşmede öngörülmiş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz"* hükmü yer almaktadır. AİHS, hak ve özgürlüklerin kullanımı noktasında sınırları çizmiştir. Bu konuda kendi iç mevzuatında düzenleme yapan ülkelerde bulunmaktadır. Federal Almanya'da Nazilerin ve komünist yaklaşımın Weimar Cumhuriyeti<sup>33</sup> yönünden neden olduğu demokrasi karşıtı sorunların tekrarlanmasını engellemek amacıyla siyasi partilerin özgürlükleri kullanmasının önüne geçilmiştir<sup>34</sup>. Federal Anayasa Mahkemesine göre

<sup>29</sup> TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", Yeni Türkiye Dergisi, Sayı:24, 1998, s. 999.

<sup>30</sup> TURHAN, 1997, s. 398.

<sup>31</sup> TURHAN, 1998, s.999.

<sup>32</sup> ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, 1999, s.179.

<sup>33</sup> Weimar Anayasası bir grup liberal ve sosyalist hukukçu, siyasetçi ve öğretmen tarafından hazırlanmakla; ulusal mecliste 1919 yılında kabul edilmiştir.

<sup>34</sup> SAN, Coşkun, "Bonn Anayasasına Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", Adalet Dergisi, Sayı: 4, 1966, s. 297-298.



demokratik haklar devletin varlığını yok etme, devlete zarar verme amacıyla kullanılamaz. 1970'li yıllarda radikallerin kamu kurumlarında çalışmak istemeleri ve eşitlik arayışları karşısında o dönem çıkarılan kararname, 1972 yılında Federal Mahkeme tarafından temel yasaya uygun bulunmuştur<sup>35</sup>. Özellikle 1970'li yıllarda muhafazakârlar, radikallerin kamu kurumlarını ele geçireceklerini ve demokratik sistemi tehlikeye sokacaklarını ileri sürmüşlerdir. CDU (Hristiyan Demokrat Birliği) ve CSU (Hristiyan Sosyal Birliği) koalisyonu da bu görüşleri benimsemiştir. Federal Mahkeme 1970 yılında verdiği bir kararda anayasal sistem açısından hakların kötüye kullanılamayacağını belirtmiş, anayasa dışı amaçlar taşıyan siyasi partiye üye olunmasını kamu görevine kabul edilmeme için yeterli neden olarak görmüştür. AİHM bu kararın sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>36</sup>.

Avrupa ülkeleri arasında din konusunda en etkili muhalefette bulunan parti Hristiyan demokratlardır. Bu siyasi bakış açısı partinin eylemlerinde de ön plana çıkarılmaktadır. Özellikle Türkiye'nin AB sürecinde Alman Hristiyan Demokratlar 1997 yılında din farklılığı konusunda itirazlarını öne sürmüşlerdir. Aynı yıl Belçika'da yapılan bir toplantıda Avrupa Hristiyan Demokratlar medeniyet farklılığı dolayısıyla Türkiye'nin üyeliğine karşı çıktığını deklare etmiştir. Bu görüşler Almanya Başbakanı Angela Merkel tarafından da sık sık dile getirilmekte ve Türkiye'ye tam üyelik yerine imtiyazlı ortaklık teklifi sunulmaktadır. Avrupa'da siyasi partilerin Müslümanlık karşıtı bu siyasi uygulamaları temelinde AİHS ve AİHM kararlarına aykırıdır. Ancak Türkiye söz konusu olduğunda liberal değerler ve Hristiyan kültür meselesi ön plana çıkarılmaktadır. Avrupa kimliği altında Hristiyanlık anlayışının devletlerin kurum ve kuruluşlarına hâkim olduğu, siyasi partilerin Hristiyan mirasa dayalı kimliğe sahip çıktığı görülmektedir<sup>37</sup>.

Hollanda'da bir siyasi parti üyelerinin beyaz ırka mensup olmayan yabancı işçilerin sınır dışı edilmesi için kampanya başlatması ayrıca

<sup>35</sup> MURPHY, W.F. /TANENHOUS, J, "Privacy of Communications Case", St. Martin's Press, 1977, s.660.

<sup>36</sup> AİHM, Başvuru No: 9228/1980, K.T: 11.05.1984.

<sup>37</sup> KARLUK, Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, s. 483-490.

bildiri dağıtması üzerine faaliyetlerine engel olunmuştur. Eylemlerinin engellenmesi üzerine parti üyelerinin yaptığı başvuru AİHM tarafından sözleşmenin 17. maddesinin faşist grupların kendi çıkarlarına göre sözleşmede yer alan hakları kullanmasının yasakladığına işaret edilerek reddedilmiştir<sup>38</sup>. AİHM, ifade özgürlüğü konusunda en üst derecede korumadan yararlandırma eğilimindeyken; kamu düzeni açısından tehlike oluşumu durumunda siyasi propaganda aracı olarak kullanılan ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamayı meşru olarak görebilmektedir. Mehdi Zana ve Türkiye davasında, ifade özgürlüğünün birtakım sorumluluklar içerdiği ayrıca terörle mücadelenin önemi vurgulanmıştır. Siyasi amaçlı olarak teröre destek verilmesi, şiddet içeren faaliyetlerde bulunulması sonucu toplum hayatı ve güvenliği yönünden tehlikenin meydana gelmesi karşısında; ifade özgürlüğü ve toplumun korunması yönünden meşru amaç dengesinin sağlanmasının zorunlu olduğu kabul edilmiştir<sup>39</sup>. Tüm örnekler incelendiğinde, AİHM'nin siyasi parti programlarında yer alan uygulamalar konusunda objektif bir yaklaşımının bulunmadığını söylemek mümkündür.

### **C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Parti Kapatma Ölçütleri ve Türkiye Örnekleri**

AİHM tarafından siyasi partilere ilişkin değerlendirme, daha çok siyasi partilerin kullandıkları yöntemin ve programın demokrasiye uygunluğu yönünden yapılmaktadır. Ancak AİHM tarafından verilen kararlarda bu bakış açısının yansımaları farklı şekillerde olmuştur. Örneğin, AİHM RP kararında parti yetkililerinin şiddeti doğrudan kullanmasa da, şiddeti destekleyen ve gelecekte şiddeti kullanacaklarını gösteren sözler sarf ettiğini, bu sözlerin ayrı tutulması gerektiğini belirtmiştir<sup>40</sup>. Diğer bir örnek ise Alman Komünist Partisi Davasıdır. Yöntem olarak proletarya diktatörlüğünü esas alan parti, 1956'da Alman Anayasa Mahkemesi tarafından "...diktatörlükteki devlet ve toplum görüşünün hiçbir biçimde hür ve demokratik temel düzen ile bağdaşmayacağı" gerekçesiyle kapatılmıştır. Ardından dava İHAK tarafından karara bağlanmış, ancak

<sup>38</sup> ÜNAL, 2001, s. 366.

<sup>39</sup> ÇAĞLAR/ÇAVUŞOĞLU, 1999, s.168-169.

<sup>40</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T:13.02.2003.

Konsey partinin hedeflediği projenin demokrasiye uyumsuz olduğuna karar vererek Alman Mahkemesi'nin kararını haklı bulmuştur<sup>41</sup>. Verilen karar o dönem için siyasi parti kapatma davaları yönünden bir ilk olmuştur. AİHM, Alman Anayasa Mahkemesi kararını uygun bulduğu Alman Komünist Partisi kapatma kararından uzun yıllar sonra RP davasında da benzer bir karar vermiştir. Fakat AİHM'nin RP kararı genel içtihattan geçici bir sapma olarak nitelendirilmiştir<sup>42</sup>. AİHM bir bakıma RP başvurusunu Alman Komünist Partisi başvurusu kapsamında değerlendirmiştir. Partilerin AİHS kapsamına uygun olmayan rejimleri ileri sürmeleri nedeniyle kapatılmalarının uygun olduğu AİHM'nin kararlarında yer almıştır<sup>43</sup>. AİHM sonuçlandırdığı Türkiye'ye ilişkin birçok davada ise, RP kararı dışında (Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Sosyalist Parti, Sosyalist Türkiye Partisi vb.) 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Türkiye 1990 yılında AİHM'ne başvuru hakkı kazanmakla birlikte, bu tarihten sonra Türkiye'de birçok siyasi parti kapatma kararına karşı mahkemeye başvurmuştur. Türkiye RP dışındaki bütün davaları kaybetmiş; bu nedenle yüklü tazminatlar ödemek durumunda kalmıştır<sup>44</sup>. Türkiye aleyhine AİHM'nde açılan ilk siyasi parti kapatma davası Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) davasıdır. Bu parti hakkında 1990 yılında kurulduktan 10 gün sonra kapatma davası açılmış; parti 16 Temmuz 1991 kapatılarak yöneticilerine siyasi yasaklar getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi partinin kapatılması gerekçesini partinin adında komünist sözcüğünün geçmesi ile partinin "Kürt halkının varlığı kabul edilmelidir" anlayışı oluşturmaktadır<sup>45</sup>. 1998 yılının Ocak ayında AİHM parti hakkında verdiği kararda, siyasi partinin adında komünist kelimesinin geçmesinin parti kapatma gibi bir ağır yaptırımı gerektirmeyeceğini, partinin siyasi çoğulculuğu sağlama amacıyla hareket ettiğini belir-

<sup>41</sup> TURHAN, Mehmet, "AİHS ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:57, Sayı:3, 2002, s. 137.

<sup>42</sup> ERDOĞAN, Mustafa, "AİHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı:23, Yaz-2001, s. 76-77.

<sup>43</sup> GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, 2002, s. 34.

<sup>44</sup> ÇELEBİ, 2009, s. 54.

<sup>45</sup> MERT, Yener Lütfü, Cumhuriyet Döneminde Kapatılan Siyasi Partiler (Kapatma Davaları, Gerekçeleri ve Sonuçları),1. Baskı, İlkim Yayınları, Ankara, 2008, s. 95.

tilmiştir. Kararda partinin programında bölücülüğe destek vermesinin herhangi bir eylem olmaksızın kapatma kararına dayanak oluşturmaya-  
cağı, bu nedenle kapatma kararının orantısız olduğu yer almıştır<sup>46</sup>.  
AİHM, Türkiye tarafından verilen kararın örgütlenme özgürlüğünü ih-  
lal ettiği sonucuna ulaşmıştır<sup>47</sup>.

TBKP'nin ardından bölücülük gerekçesiyle kapatılan bir diğer par-  
ti Sosyalist Parti (SP) olmuştur. SP, TKBP'den farklı olarak Türk-Kürt  
Federasyonu kurulmasını ve Kürtçenin resmi dil olmasını savunmuş-  
tur<sup>48</sup>. SP, Türkiye'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit  
ettiği ve milli azınlık iddiasını ileri sürdüğü gerekçesiyle kapatılmıştır.  
SP, ifade özgürlüğü (madde 10) ve örgütlenme özgürlüğünün (madde  
11) ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvuru yapmıştır. AİHM yap-  
tığı incelemede partinin şiddet öğelerine başvurmadığına, antidemokra-  
tik uygulamalarda bulunmadığına hükmetmiştir. Kapatma kararının  
ölçsüz olduğu kabul edilerek, 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna  
ulaşılmıştır. Bölücülük iddiasıyla kapatılan bir diğer parti Halkın Emek  
Partisi'dir. Halkın Emek Partisi (HEP), ülkenin ve milletin bölünmez  
bütünlüğüne aykırı faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle kapatılmıştır.  
HEP, 1993 yılında AİHM'ne başvurmuş adil yargılanma hakkı, düşünce  
özgürlüğü, ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve ayrımcılık yasa-  
ğının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, 2002 yılında verdiği karar-  
la, bir siyasi partinin kendi kaderini belirleme hakkı olduğunu ve ana-  
dille ilgili görüşleri yönünden anayasal düzen karşıtı olarak görüleme-  
yeceğini belirtmiştir. AİHS 11. madde kapsamında, bir siyasi partinin  
savunduğu değerler hükümetin ve halkın çoğunluğunun görüşleri ile  
çelişse bile, bu görüşler demokrasinin bir sonucu olarak kamusal alanda  
tartışılmalı ve sonuca kavuşturulmalıdır<sup>49</sup>. Özgürlük ve Demokrasi Par-  
tisi (ÖZDEP) bölücülük yapması, aynı zamanda misak-ı milli ile belirle-  
nen sınırlar içinde federatif devlet sistemini savunarak ülkede iç savaşa

<sup>46</sup> SAĞLAM, Fazıl, Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları, 1. Baskı, Beta Ya-  
ynları, İstanbul, 1999, s. 149-156.

<sup>47</sup> MERT, 2008, s. 105.

<sup>48</sup> SAĞLAM, 1999, s. 149-156.

<sup>49</sup> PERİNÇEK, Doğu, Anayasa ve Partiler Rejimi, 4. Baskı, Kaynak Yayınları, İstanbul,  
2008, s.311.

sebeb vermesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından 1993 yılında kapatılmıştır. Partinin laiklik karşıtı sistemi savunduğu, demokratik sistem içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı'nı ortadan kaldırmak istediği kapatma gerekçeleri arasında yer almıştır. ÖZDEP, Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmeden önce kendini feshetmiş ancak daha sonra AİHS 11. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur. AİHM kararında, bir siyasi partinin amacını gizleyebileceğini ancak bu amaç kapsamında eylemlerde bulunmadığını, toplumun bir kesimi tarafından kabul edilen değerlerin kamusal alanda tartışılabileceğini ve bu fikirlerin engelleyemeyeceğini kabul etmiştir<sup>50</sup>. Türk devletin yapısına ve ilkelerine aykırı görüşlerin demokratik düzene aykırılık oluşturmayacağı; hatta devletin yapısını sorgulayan fikirlerin çoğulculuğun temelini oluşturduğu kararda belirtilmiştir<sup>51</sup>. Sosyalist Türkiye Partisi (STP) parti programında "Kürt ulusunun varlığının tanınması ve uluslara kendi geleceğini tayin hakkı verilmesi" ibaresinin bulunması nedeniyle Anayasa aykırılık dolayısıyla kapatılmıştır. STP'de HEP ile aynı yolu izlemiş, alternatif bir parti kurmuştur<sup>52</sup>. STP, 1995 yılında AİHM'ne AİHS'nin 9, 10, 11 ve 14. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmuştur. AİHM incelemesinde parti programının, Türk devletin prensipleri ve yapısı ile uyumlu olma zorunluluğunun bulunmadığını, bu durumun demokrasi yönünden çelişki oluşturmadığını, terör sorunu yönünden de STP'nin sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle 11. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> TURHAN, 2002, s.141.

<sup>51</sup> YOKUŞ, Sevtap, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:50, Sayı: 4, 2001, s.126.

<sup>52</sup> MERT, 2008, s. 69.

<sup>53</sup> AİHM, Başvuru No: 26482/95, K.T: 12.11.2003.

### III- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Refah Partisi

#### Kapatma Kararının Din ve Vicdan Hürriyeti Boyutu

##### A. Refah Partisi Kapatılma Sürecinin Değerlendirmesi

RP, 16.01.1998 tarihinde "laikliğe aykırı eylemlerin odağı" olduğu gerekçesine dayalı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. 1983 yılında kurulan ve 1995 yılında genel seçimlerde %22 oy oranıyla TBMM'de en çok milletvekiline sahip parti durumunda yer alan RP'nin kapatılması o dönem dikkat çekici olmuştur. RP yönünden karar AİHM'ne götürülmüş, mahkeme sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. 13.02.2003 tarihinde AİHM tarafından verilen karar yoğun olarak eleştirilmiştir<sup>54</sup>. Zira AİHM Üçüncü daire kapatma kararını üçe karşı dört oyla 11. maddeye uygun bulurken, Büyük Daire 11. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır<sup>55</sup>. Partinin kapatılmasında o dönem partinin genel başkanı olan Necmettin Erbakan'ın konuşmaları ve parti üyelerinin ifadeleri ön plana çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararında bu konuşmalar ve ifadeler "*münasebetsiz*", "*demokrasi terbiyesine uymayan*" sözler olarak açıklanmıştır<sup>56</sup>. Anayasa Mahkemesine göre RP başkanı ve milletvekilleri söylemleri ve eylemleriyle demokratik düzene son vermeyi amaçlamaktadır, ifade özgürlüğünü de bu amaç için araç olarak kullanmaktadır. Dava sonunda partinin kapatılması dışında Genel Başkan, Genel Başkan Yardımcıları ve ilgili üyelerin milletvekillikleri sonlandırılmıştır<sup>57</sup>.

RP'nin kapatılması süreci 1995 yılı seçimleri ile başlayan ve Refah-yol hükümetinin kurulması ile gelişen bir dizi olay sonucunda gerçekleşmiştir. Özellikle 28 Şubat'ta meydana gelen olaylar ve Necmettin Erbakan'ın seçim döneminde dine dayalı propagandalar yürütmesi kapanma sürecinde etkili olmuştur. Bu dönemde RP'nin oy oranını yükseltmesi, bazı çevreler tarafından tartışılır hale gelmesine neden olmuştur. Dönemin MİT mensubu Mahir Kaynak tarafından yapılan açıklama-

<sup>54</sup> KEVİN, Boyle, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case", Essex Human Rights Review, Cilt: 1, Sayı:1, 2004, s. 3.

<sup>55</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T: 13.02.2003.

<sup>56</sup> ERDOĞAN, 2001, s. 48.

<sup>57</sup> SAVAŞ, Vural, AKP Çoktan Kapatılmalıydı, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1-10.

larda, partinin devletle çatışması durumunda hükümetten uzaklaştırılacağı; devletle uzlaşması durumunda hükümet olabileceği yolundaki beyanlardan da bu durum anlaşılmaktadır<sup>58</sup>. 28 Şubat 1997 tarihinde Milli Güvenlik Kurulu (MGK) tarafından alınan kararlarda da partinin politikaları sert bir şekilde eleştirilmiş, laiklik karşıtı uygulamaların neler olduğu madde madde sayılmış; bu tespitler karşısında neler yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>59</sup>. Parti programına ve gündemden düşmeyen laiklik karşıtı eylemlere karşı alınması gerekli tedbirlerin neler olduğu ortaya konulmuştur<sup>60</sup>. Bu durum partiye karşı tepkilerin artmasına neden olmuş; kapatma süreci bir bakıma başlamıştır. Kapatma kararı sonrası RP tarafından AİHS'nin birçok maddesine aykırılık iddiasıyla AİHM'nde dava açılmıştır. Partinin kapatılmasının ve partinin önde gelen isimlerinin siyasi yasaklı haline gelmesinin, AİHS'nin 9,10, 11, 14, 17, 18 nolu maddelerinde yer alan özgürlüklere ve haklara aykırı olduğu iddia edilmiştir<sup>61</sup>. Türk hükümeti ise, RP'nin kapatılmasının örgütlenme özgürlüğüne müdahale olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu müdahalenin hukuksuz olmadığını, anayasal kurallar çerçevesinde karar verildiğini savunmuştur. Örgütlenme özgürlüğüne karşı verilen kapatma kararının kamu düzeni ve ulusal güvenliğin korunması, suçun önlenmesi gibi üstün amaçlara hizmet ettiği ileri sürülmüştür.

## **B. Anayasa Mahkemesi'nin Kapatma Gerekçeleri Karşısında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı**

AİHM, RP hakkındaki iddiaları üç başlık altında incelemiştir. Bunlar, partinin inançlarda ayrışma getirecek çok hukuklu sistemi savunması, Müslüman olan topluluklara diğer kesimlerden farklı olarak şeriat hükümlerinin uygulanmak istenmesiyle adil düzenin karşısında yer alınması, siyasi araç olarak cihat söylemlerinde bulunulması ve cihata vurgu yapılmasıdır<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> ORAL, Serkan, Kargatulumba Refah, 1. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998, s. 34.

<sup>59</sup> AKŞİN, Sinan/TANÖR, Bülent/BORATAV, Korkut, "Yakınçağ Türkiye Tarihi 1980-2003", Milliyet Yayınları, Cilt:2, İstanbul, 2003, s. 173.

<sup>60</sup> AKIN, Kenan, Milli Nizam'dan 28 Şubat'a Olay Adam Erbakan, 1. Baskı, Birey Yayınları, İstanbul, 2000, s. 103-104.

<sup>61</sup> MERT, 2008, s. 121.

<sup>62</sup> TURHAN, 2002, s.142-143.

AIHM'ne göre parti programında ve söylemlerinde yer alan çok hukuklu sistemin getirilmesi toplumda ayrımcılığa yol açacak, devletin rolü ortadan kalkacaktır. Laikliğin mevcut olmadığı toplumlarda, inançlar ve dinler arasında ayrışmanın meydana geleceği, imtiyazların söz konusu olacağı; bu nedenlerle halkın egemenliğin kullanımına eşit olarak katılamayacağı kabul edilmiştir<sup>63</sup>. AIHM'ne göre partinin kapatılmasının, demokratik bir toplum açısından zorunlu olup olmadığı, kapatma kararının meşru bir amaca yönelik verilip verilmediği değerlendirilmelidir. Bu kapsamda RP'nin çok hukuklu sistemi getirme amacıyla faaliyette bulunabileceği, demokrasi karşıtı eylemlere destek verebileceği değerlendirilmiştir. Diğer taraftan partinin genel başkanı Necmettin Erbakan'ın söylemlerinin ve icraatlarının RP'ne isnat edilebileceği kabul edilmiştir. Parti yetkililerinin yaptığı ve çok hukuklu sistemi destekleyen açıklamalar da aynı kapsama dâhil edilmiştir. Çok hukuklu toplumsal modelin sözleşmenin 14. maddesiyle bağdaşmayacağı kanaatine varılmıştır<sup>64</sup>. AIHM demokratik toplumlarda dine dayalı toplum sisteminin dayatılamayacağını, kökten dinci anlayışın demokrasiye aykırı olduğunu kabul etmiştir. Partinin mecliste çoğunluğa sahip olduğu göz önünde bulundurulursa, hedeflere ulaşma anlamında şiddete de başvurulabilecektir<sup>65</sup>. AIHM tarafından yapılan incelemede öncelikle laiklik ilkesinin reddinin demokrasi ile çeliştiği belirtilmiştir. Osmanlı Devletinden sonra laik Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulduğu, teokratik sistemin sona erdiği vurgulanmıştır. AIHM'ne göre Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş süreci dikkate alındığında teokratik sisteme dönüş tehlikesi halen devam etmektedir. Türkiye'de kökten dinci siyasi hareketin iktidarı ele geçirmiş olması nedeniyle, partinin programında yer alan ve parti yetkililerinin söylemlerinde bulunan amaçlara ulaşabileceği; Türkiye'nin bu konuda tedbir alabileceği belirtilmiştir. Ayrıca siyasi alanda çoğulculuk ya da kamu özgürlüklerinin sürdürülmesi gibi ilkelerin şeriatı yerinin olmadığı vurgulanmıştır. Bu bakımdan RP'nin kapatılması kararı AIHM tarafından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Anayasa

<sup>63</sup> SUNAY, Reyhan, Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları, 1. Baskı, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013, s. 188.

<sup>64</sup> AIHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T:13.02.2003.

<sup>65</sup> YOKUŞ, 2001, s.123.



Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelere uygun olarak değerlendirilmiştir.

Partinin kapatılması nedenlerinden biri de parti yöneticilerinin "cihat" çağrısı yapmalarıdır. Ancak parti yöneticilerinin şiddete ve güç kullanımına başvurmamaları kapsamında yapılan tespitlerin partinin kapatılmasına dayanak oluşturup oluşturmayacağı kararda tartışılmamıştır. AİHM şiddeti destekleyen parti üyelerinin ihraç edilmemesini hatta bu üyelerin önemli görevlere getirilmesini şüpheli bir durum olarak nitelendirmiştir. Partinin, laikliği yeniden tanımlamak istediği, çok hukuklu sistemler aracılığıyla demokrasiye aykırı uygulamalarda bulunduğu, Müslüman olan topluma şeriat yönetim sistemini getirmek için faaliyet gösterdiği açıklanmıştır<sup>66</sup>. Türkiye'nin dine dayalı anlayışı kabul eden ve miras, boşanma, çokeşlilik gibi konularda erkeklere ayrıcalık tanıyan kamu düzenine geçilmesi yolundaki parti faaliyetlerini engelleme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Çoğunluğu Müslüman olan ülkenin, yakın geçmişte teokrasi ile yönetilmesi nedeniyle tehdit sonlanmış değildir<sup>67</sup>. Şeriata dayalı sistem AİHS'nde yer alan ilkelerden uzaktır ve özellikle İslam Hukukundaki kadının hukuksal statüsü insan hakları ile çelişmektedir. RP üye ve liderlerinin yaptığı konuşmaların tüm partiye isnat edilebileceği, çok hukuklu ve şeriata dayalı sistemin cihat vurgusuyla desteklendiği, partinin öngördüğü sisteme ulaşma anlamında kuvvet kullanma ihtimalinin bulunduğu vurgulanmıştır. Mahkeme, bu gerekçeler kapsamında partinin kapatılmasının gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>68</sup>.

### **C. Refah Partisinin İktidar Gücü ve Muhafazakâr Yaklaşımın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Boyutu**

Demokratik toplumun özü de bir bakıma politik tartışmalardır. Bu tartışmalar demokrasinin sürekliliği ve haklar dengesinin korunması açısından önemlidir. Çoğulcu toplum yapısı, demokrasinin gerçekleşmesi yönünden zorunlu bir koşuldur. Böylesi toplumlarda hoşgörünün ve şeffaflığın, hukukun üstünlüğünün ön plana çıktığı söylenebilir. İn-

<sup>66</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T: 13.02.2003.

<sup>67</sup> TURHAN, 2002, s.142.

<sup>68</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T: 13.02.2003.

san haklarının yargısal denetiminin yapılması da sözleşmeye taraf olmanın bir diğer sonucudur. Sözleşmenin getirdiği yükümlülükler karşısında devletler tarafından müdahalelerin AİHS'ne uygun olarak uluslararası denetimi yapılmaktadır<sup>69</sup>. AİHM'nin parti kapatma davalarında verdiği kararlar, insan haklarına bakışının tespitinde önemli rol oynamıştır<sup>70</sup>. Ancak RP kararının diğer partilere ilişkin davalardan farklılaştığını söylemek mümkündür. AİHM'nin RP dışındaki baktığı siyasi parti davaları daha çok yeni kurulmuş ve siyasi ağırlığı az olan partilere ilişkindir. RP ise o dönem için siyasi ağırlığı olan ve hükümetin büyük ortağı bir partidir. Siyasi iktidarı elinde bulunduran ve yüksek oy oranına sahip bir siyasi partinin kapatılması o dönem için ilk olmuştur. AİHM kararında partinin 1995 genel seçimlerinde %22 oy oranına ulaştığını, Kasım 1996'da yapılan seçimlerde ise %35 oy aldığını belirtmiştir. Ocak 1997'de yapılan bir araştırmada partinin o gün seçim yapıldığı takdirde oyların %67'sini alacağı vurgulanmıştır. Mahkeme partinin kapatıldığı sırada iktidarı eline geçirme potansiyeline sahip olduğunu, demokratik ilkelere aykırı bir parti programı sunması halinde muhafazakâr örgütlenme modeline uygun toplum sistemi kurabileceğini kabul etmiştir. Demokratik ve laik sistem açısından bu durum yakın bir tehlike olarak nitelendirilmiştir<sup>71</sup>. Büyük Daire tarafından da bu görüş uygun görülmeyle birlikte; partinin gizli amaçlarının olup olmadığı somut olarak nitelendirilmemiştir. Belki de hiç mevcut olmayan gizli amaçlara dayalı hüküm verilmesi "niyet okuyuculuğu" olarak kabul edilmiştir<sup>72</sup>.

#### **D. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde Yönünden**

##### **Değerlendirme**

AİHM tarafından verilen siyasi parti kapatma kararları genel olarak değerlendirildiğinde, AİHM'nin özgürlükçü kararlar verdiği ve militan demokrasi anlayışından uzak olduğu görülmektedir. Ancak Mahkemenin RP kararı genel içtihatlardan farklı olarak, AİHM'nin demokra-

<sup>69</sup> DOĞAN, İlyas, İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 395.

<sup>70</sup> KEVİN, 2004, s. 4.

<sup>71</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T: 13.02.2003.

<sup>72</sup> KÜÇÜK, Adnan, Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar, 1. Baskı, Asil Yayınları, Ankara, 2005, s. 74.

tik toplum düzeni ile çelişen ve militan demokrasi fikrine yaklaşan bir görüşte olabileceğini ortaya koymuştur. Partinin oy oranının artması, bu nedenle partinin açık ve gizli hedeflerine ulaşmasının mümkün olması gibi daha önceki parti kapatma kararlarında yer almayan subjektif kriterler ön plana çıkarılmıştır<sup>73</sup>. Mahkeme, açık ve gizli tehlike gibi objektif olmayan koşullara göre karar vermiş, bir bakıma Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararda yer alan tüm hususlar incelenmiştir. RP'nin Türk rejimi ve demokrasisi açısından sakıncalı bulunduğu ve bu durumun kapatma kararına dayanak oluşturduğu vurgulanmıştır.

AİHM, AİHS'nin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9.maddesini demokratik ve anayasal toplumlarda temel bir hak olarak kabul etmektedir. Ancak temel olan bu hakkın, birden fazla dini inanın olduğu toplumlarda, dinler arasında eşitliğin sağlanması ve bireysel inançların güvence altına alınması nedeniyle kısıtlanabileceğini ve bu durumun zorunlu olabileceğini değerlendirmektedir. Demokratik toplumlarda devletin görevi, dinler arasında uyumun sağlanması ile bireylerin inançlarını özgürce yaşayabilmelerini tesis etmektir. Mahkeme kararında kamu düzeni tarafından kabul edilmeyen ve başkalarının inançlarını dikkate almayan kökten dinci hareketlerin engellenmesini 9. maddenin ihlali olarak nitelendirmemiştir. Demokratik ve anayasal düzen tarafından kabul görmeyen hiçbir davranışın, dini açıklama özgürlüğü korumasından yararlanamayacağı belirtilmiştir<sup>74</sup>.

Din ve vicdan özgürlüğü kişinin vicdani bir kanaatinin olması ve aynı zamanda bu kanaatini özgürce dışa vurmasını ifade etmektedir. AİHS 9. maddede herkesin bu hakka sahip olacağı kabul edilmektedir. İlgili maddede, *"Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir"* yer almaktadır.

<sup>73</sup> ERDOĞAN, 2001, s. 41-42.

<sup>74</sup> AİHM, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T. 13.02.2003.

Din ve vicdan özgürlüğünün şahıslar tarafından kullanılması, bu hakkın tüzel kişiler tarafından kullanılmayacağı anlamına gelemmez. Sözleşmenin hazırlanması aşamasında, tüzel kişilerin bu hakka sahip olmayacakları yolunda bir belirleme yapıldığını söylemek mümkün değildir. Gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de bu haktan yararlanabileceği AİHM içtihatlarından kolayca anlaşılabilir. AİHS'nin bireysel başvuru hakkının tüzel kişiler tarafından da kullanılması bu duruma örnek teşkil etmektedir. AİHM, 9. maddede yer alan din ve vicdan özgürlüğünü farklı kararlarda değişik şekillerde tanımlamıştır. Maddenin düzenlemesinde açıkça yer almasa da, bu özgürlük kişinin özgürce inancını tebliğ etmesini, başkalarına bu yolda telkinde bulunmasını, inancı çerçevesinde fikirlerini beyan etmesini kapsamaktadır. Bu bakımdan herhangi bir dini inancın yayılması için zorlama olmadan propaganda yapılmasının yasaklanması ya da bu fiillerin cezalandırılması AİHS'ne uygun değildir. Din ve vicdan özgürlüğü mutlak bir özgürlük değildir. Gerektiğinde sınırlandırılabilir. Ancak AİHM kararında özet olarak RP'nin, dini kurallar gereği özel ve kamusal hayata müdahale ettiği veya edeceği yolunda emareler bulunması nedeniyle kapatılmasında, 9. maddenin ihlal edilmediğine işaret etmiştir. Yukarıda yer alan açıklamalarda belirtildiği üzere, bu tespit de diğerleri gibi sübjektiftir. RP'nin kapatılma nedenleri arasında yer alan, demokrasinin özüne aykırı olan ifadelerin şiddete başvurulmasa bile siyasi partilerin kapatılmasına dayanak olabileceği görüşünün AİHS'ne ve diğer AİHM içtihatlarına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. AİHS 9 ve 10. madde kapsamında yer alan özgürlüklerin henüz gerçekleşmemiş, gerçekleşmesi de şüpheli olan olaylar yönünden incelenmesi ile kapatma kararının uygun görülmesi, kararın din ve vicdan özgürlüğüne uygun olmadığını özetlemektedir. Kararda partinin oy oranının artması, partinin savunduğu dine dayalı yönetim sistemini getirebileceği yolundaki şüpheye dayanak yapılmıştır. Şüpheye dayalı olarak partinin kapatılmasının, uluslararası hukuk düzeni ile bağdaştırılması mümkün değildir<sup>75</sup>. Diğer taraftan bireylerin kendi iç dünyalarındaki inançları ve iradeleri dolayısıyla cezalandırılmaları söz konusu olamaz<sup>76</sup>. Bu tespitler AİHM kararına karşı muhalefet

<sup>75</sup> ERDOĞAN, 2001, s. 43.

<sup>76</sup> KÜÇÜK, 2005, s. 75.

şerhi koyan üç üye tarafından da dile getirilmiştir. Fuhrmann, Loucaides ve Bratza kararın tarafsız bir gözle incelenmediğini, AİHM'nin Türk Hükümeti tarafından iddia olunan ve Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen kayıtları koşulsuz kabul ettiğini belirtmişlerdir. Siyasi partilerin demokratik yaşamda özgürce fikirlerini ileri sürebilmeleri gerektiğini, RP kararının devlet merkezli olarak alındığını, bu durumun insan hakları anlayışı tarafından kabul edilemeyeceğini beyan etmişlerdir<sup>77</sup>. Diğer taraftan laiklik karşıtı eylemlerin odağı olma AİHS 11/2. madde kapsamında kapatılma nedeni değildir. AİHM'nin partinin şeriat düzeni getirme gibi yetkisi olmayan bir alanda tespit yaptığı, partinin şiddete yönelip yönelmediği konusunu incelemekle yetinmediği, partinin ideolojisinin sorgulandığı, İslam Hukuku gibi alanlarda tespit yapıldığı muhalefet şerhlerinde yer almaktadır. Üyeler, bu konuların AİHM'nin tartışma alanı olmadığını ve herhangi bir yargısal yorumda bulunulamayacağını kabul etmişlerdir. Mahkemenin, kendi yargısal faaliyet alanı dışına çıkarak kategorik olarak karar vermesi demokratik değildir<sup>78</sup>. AİHM'nin kararında yer alan tespitleri ile özgürlükçü yaklaşımdan açıkça uzaklaştığı, özgürlükler bakımından evrensel değerlerden saptığı gözlemlenmiş; bir bakıma Mahkemeye karşı duyulan güven sorgulanmıştır<sup>79</sup>. Ayrıca parti üyelerinin yaptığı açıklamalarının çoğunlukla meclis kürsüsünde yapıldığı düşünüldüğünde, kararın siyasi dokunulmazlık açısından da yanlış olduğu kabul edilmelidir<sup>80</sup>.

AİHM'nin RP kararı 9. maddenin uygulanma yöntemini de tartışılır hale getirmiştir. İçtihatlar genel olarak değerlendirildiğinde AİHM başvuruları, başvuru konusu eylemlerin din ile inancın zorunlu ifadeleri olup olmadığı ve bu ifadelerin baskı ve zorlama olmaksızın dışa vurulup vurulmadığı konularında iki başlık halinde incelemektedir<sup>81</sup>. Ancak RP kararında AİHM, partinin bütününün değil, parti üyesi birkaç kişi-

<sup>77</sup> ERDOĞAN, 2001, s. 49-50.

<sup>78</sup> İbid, s.77-79.

<sup>79</sup> KÜÇÜK, 2005,s.73.

<sup>80</sup> YAYLA, Atilla, "AİHM'nin RP Kararı Üzerine", Liberal Düşünce Dergisi, Sayı:23, 2001, s.76-80

<sup>81</sup> BENLİ, Fatma, "Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi", Birikim-ler (I), İstanbul, 2003, s. 70-72.

nin tutum ve fiilleri üzerinde inceleme yapmış; milyonlarca üyesi olan ve iktidarı elinde bulunduran partinin durumunu bu kişiler üzerinden değerlendirmiştir<sup>82</sup>. Karar kapsamında yer alan şiddet olgusu konusunda somut bir olaydan bahsedilmemiş, varsayım üzerine karar verilmiştir. Kararın Venedik Komisyonu tarafından belirlenen ölçütlerden de büyük oranda saptığı, AİHM'nin uzun yıllar öncesi siyasi partilerin kapatılması yönündeki eğilimine geri döndüğü savunulmuştur<sup>83</sup>.

### SONUÇ

AİHS'nde örgütlenme özgürlüğü ile din ve vicdan özgürlüğünün kısıtlanması ulusal güvenlik, barış ve huzur ortamının sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi gibi üstün kamusal amaçlar için öngörülmüştür. Siyasi parti kapatma davalarında AİHM, incelenen kararlarda ifade özgürlüğünü genişleten, bu özgürlüklere yeni boyutlar ekleyen yaklaşımlarda bulunmuştur. Din ve vicdan hürriyeti yönünden yapılan incelemelerde de bireysel özgürlükler ön plana çıkarılmış; devletin bu özgürlükler karşısından tarafsız olması gerektiği ifade edilmiştir.

Mahkemenin RP kararının daha önceki içtihatlarından önemli ölçüde ayrıldığı söylenebilir. Venedik Komisyonu kararlarında açıkça belirtildiği üzere, siyasi parti yasaklamaları ancak şiddet kullanmaları ve ya şiddet kullanımını teşvik etmeleri durumunda gündeme gelmektedir. RP'nin demokratik, anayasal düzene son vereceğine ilişkin tespitlerin ne olduğu açık şekilde kararda ortaya konulmuş değildir. Diğer taraftan kararda bir takım eksik yönler de bulunmaktadır. Kapatma kararına dayanak olan şeriatı destekleyen açıklamaların ve cihat söylemlerinin hangi şekilde somutlaştırıldığı kararda yer almamaktadır. Karar incelendiğinde AİHM'nin muhafazakâr örgütlenme konusunda temelde bir yaklaşımı yoktur. Bu bakımdan muhafazakâr söylemlerin yargılama konusu yapılması da mümkün değildir. Partinin iktidarı ele geçirmek ve dine dayalı toplum sistemi oluşturmak amacıyla kuvvet kullanma ihtimaline AİHM kararında vurgu yapılmıştır. Özellikle Osmanlı dönemindeki teokratik rejimin ve çok hukuklu sistemin demokratik ve laik anlayışla bağdaşmadığı belirtilmiştir. Ancak parti yetkililerin bu konuda

<sup>82</sup> KÜÇÜK, 2005, s. 73.

<sup>83</sup> ERDOĞAN, 2001, s. 46.

söylem düzeyinde kalan açıklamalarının hangi şekilde ifade özgürlüğü dışında olduğu değerlendirilmemiştir. Kararda yer alan şeriat ve çok hukuklu sistem tespitleri Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerdir. AİHM, RP tarafından yapılan itirazları ise yeteri kadar değerlendirmemiştir. Mahkemenin bu yönde yaptığı tespitlerin din ve vicdan hürriyetine uygun olduğunu söylemek, AİHS ve Venedik Komisyonu kararlarına aykırılık teşkil etmektedir.

Mahkemenin kararındaki gerekçeler çoğunlukla şüpheli tespitlere dayanmaktadır. Şüpheye dayalı olarak bir siyasi partinin kapatılmasına yönelik uygulama, Mahkemenin önceki içtihatlarında yer almayan bir durumdur. Ayrıca parti üyelerinin yaptığı açıklamalarının çoğunlukla meclis kürsüsünde yapıldığı düşünüldüğünde, kararın siyasi dokunulmazlık açısından da yanlış olduğu kabul edilmelidir. Bu tespitlere rağmen AİHM kararında, RP'nin öne sürdüğü siyasi propagandanın hayali olmadığını, demokratik sistem yönünden yakın ve ciddi tehlike oluşturduğunu kabul etmiştir. Mahkemenin bu kararı daha önceki siyasi parti kapatma davaları yönünden de çelişki oluşturmaktadır. DTP başvurusunda Mahkeme, şiddete destek veren ve terör örgütü ile ilişkili bulunduğu iddia edilen partinin kapatılmasının haksız olduğu konusunda gerekçelerini temellendirememiştir. Ancak Mahkeme, şiddet ve terör konusundaki tespitlere rağmen kapatılma kararını orantısız bulmuştur. RP üyelerinin söylemleri nedeniyle partinin kapatılması bir yandan haklı bulunurken, farklı bir siyasi partinin şiddeti ve terörü desteklemesi kapatma için yeterli görülmemektedir. Oysa RP tarafından AİHS kapsamında yapılan itirazlar, siyasi parti programlarında yer alan uygulamaların her durumda demokrasi karşıtı olarak nitelendirilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

AİHM'nin RP kararı, Türkiye'nin ağırlıklı olarak Müslüman nüfusa sahip olması nedeniyle de tartışılmıştır. Türkiye'nin mevcut dini ve kültürel kimliği ile Avrupa kimliği altında Hristiyanlık bir bakıma karşılaştırılmaktadır. Avrupa'da siyasi partilerin Müslümanlık karşıtı siyasi uygulamaları herhangi bir karşılık bulmazken; RP savunduğu görüş ve eylemleri nedeniyle kapatılmıştır. AİHM, Türkiye'de muhafazakâr yaklaşımın iktidarı ele geçirmesini tehdit olarak görmekle birlikte; benzer durum Avrupa'da siyasi partiler için geçerli görülmemektedir. Siyasi

partiler açısından bir bakıma Avrupa'da din ve medeniyet sınırları çizilmektedir. RP kararı da bu sınırlar bağlamında değerlendirilmiş; diğer AİHM kararlarından farklı yorumlanmıştır. AİHM, RP kararında genel içtihatlarından büyük oranda sapmış, AİHS kapsamındaki özgürlükleri daraltan bir yaklaşımda bulunmuştur. Karar AİHM'nin, Avrupalılık ve Hristiyan kimlik anlayışından kurtulamadığını da ortaya koymuştur.



## KAYNAKLAR

- AKIN, Kenan, *Milli Nizam'dan 28 Şubat'a Olay Adam Erbakan*, 1. Baskı, Birey Yayınları, İstanbul, 2000.
- AKŞİN, Sinan/TANÖR Bülent/BORATAV Korkut, "Yakınçağ Türkiye Tarihi 1980-2003", Cilt 2, *Milliyet Yayınları*, İstanbul, 2003, s.173.
- ANAYURT, Ömer, "Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasi Karşısında Hükmen Yenilgisi", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı23, Yaz-2001, s.6.
- BENLİ, Fatma, *Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi*, *Birikimler (I)*, İstanbul, 2003, s.70-72.
- BOYLE, Kevin, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case", *Essex Human Rights Review*, Cilt 1, Sayı 1, 2004, s. 3-4.
- ÇAĞLAR, Bakır/ÇAVUŞOĞLU, Naz, "Parti Kapatma Davalarında Mermer-Mozaik İkilemi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı16, Ankara, 1999, s.148
- ÇELEBİ, Özgü, *Türkiye'de Siyasi Parti Kapatma Davalarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Değerlendirilmesi (Refah Partisi Örneği)*, Yüksek Lisans Tezi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Çanakkale, 2009.
- DİNLER, Veysel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Partiler*, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Isparta, 2003.
- DOĞAN, İlyas, *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.

- ERDOĞAN, Mustafa, "AİHM'nin RP Kararının Düşündürdükleri", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 23, Yaz-2001, s. 41-79.
- EREN, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- GİLLES, Dutertre, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler", *Avrupa Konseyi Yayınları*, Ankara, 2007, s.273.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- KAPANİ, Munci, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 4. Baskı, BB101 Yayınları, Ankara, 2011.
- KARLUK, Rıdvan, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- KOÇAK, Mustafa/ÖRÜCÜ, Esin, "Dissolution of Political Parties in the Name of Democracy: Cases from Turkey and the European Convention of Human Rights", *European Public Law*, Cilt 9, 2003, s.403-404.
- KÜÇÜK, Adnan, *1982 Anayasasına Göre Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 71.
- KÜÇÜK, Adnan, "İfade Hürriyetinin Sınırlandırılması", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı: 32, Güz-2003, s. 57-58.
- KÜÇÜK, Adnan, *Siyasi Partilere İlişkin Yasaklamalar*, 1. Baskı, Asil Yayınları, Ankara, 2005.

- MEMİŞ, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 17, Ankara, 2000, s. 131.
- MERT, Yener Lütfü, *Cumhuriyet Döneminde Kapatılan Siyasi Partiler Kapatma Davaları, Gerekçeleri ve Sonuçları*, 1. Baskı, İkim Yayınları, Ankara, 2008.
- MURPHY, W.F./TANENHOUS, J., "Privacy of Communications Case", *St. Martin's Press*, 1977, s. 660.
- ORAL, Serkan, *Kargatulumba Refah*, 1. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1997.
- PERİNÇEK, Doğu, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, 4. Baskı, Kaynak Yayınları, İstanbul, 2008.
- SAĞLAM, Fazıl, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1999.
- SAN, Coşkun, "Bonn Anayasasına Göre Siyasi Partilerin Kapatılması", *Adalet Dergisi*, Sayı 4, 1966, s. 297-298.
- SAVAŞ, Vural, *AKP Çoktan Kapatılmalıydı*, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara 2008.
- SELÇUK, Sami, "Dar Ufuklu Demokrasi İle Yetinmenin Bunaltıcı Dayanılmazlığı", *Yeni Türkiye*, Sayı:17, 1997, s. 9-10.
- SUNAY, Reyhan, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, 1. Baskı, Çizgi Kitabevi, Konya, 2013.
- ŞEREF, Ünal, *AİHS İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, 1. Baskı, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu, 2001.
- TÖGEL, Akif, "Anayasal ve Militan Demokrasi Algısı Üzerine", *YBHD*, Sayı 3, 2017, s. 122-125.
- TURHAN, Mehmet, "Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı17, 1997, s. 374- 405.

TURHAN, Mehmet, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Yeni Türkiye Dergisi*, Sayı 24, 1998, s. 999.

TURHAN, Mehmet, "AİHS ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 3, 2002, s. 129-150.

UYGUN, Oktay, "Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 17, 2000, s. 258-259.

YANIK, Murat, *Parti İçi Demokrasi*, 1. Baskı, Babil Yayınları, İstanbul, 2002.

YAYLA, Atilla, "AİHM'nin RP Kararı Üzerine", *Liberal Düşünce Dergisi*, Sayı 23, 2001, s. 76- 80.

YOKUŞ, Sevtap, "Türk Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Siyasi Partilere Yaklaşımı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 107-128.

AİHM Kararı, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 133/ 1996/ 752/ 951, K.T:30.01.1998.

AİHM Kararı, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 20/1997/804/1007, K.T:25.05.1998.

AİHM Kararı, Dicle, Dep/Türkiye, Başvuru No: 25141/94, K.T:10.12.2002.

AİHM Kararı, Refah Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, K.T:13.02.2003.

AİHM Kararı, Glasenapp/Federal Almanya Cumhuriyeti, Başvuru No: 9228/1980, K.T: 11.05.1984.

AİHM Kararı, Sosyalist Türkiye Partisi/Türkiye, Başvuru No: 26482/95, K.T: 12.11.2003.

09/07/1961 kabul tarihli ve 334 sayılı 1961 Anayasası.

18/10/1982 kabul tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

04/11/1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına  
İlişkin Sözleşme.





## ÖZEL SU HİZMETİ SAĞLAYICILARININ SU HAKKINA YÖNELİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Arş. Gör. Şerife Sena POÇANOĞLU\*

### Öz

Bireylerin, yaşamın vazgeçilmezi ve pek çok hakkın sağlanmasının ön şartı olan suya erişimine farklı faktörlerden kaynaklanan müdahaleler söz konusudur. Bu faktörlerden birisi, bireylere ve gruplara doğal kaynak olan suyu kar amacı güderek sağlayan özel su hizmeti sağlayıcılarıdır. Çeşitli usullerle kamudan su hizmetini devralan bu özel işletmeler, bireylerin suya erişimine; su kaynaklarına, suyun şişelenmesine vb. yönelik faaliyetleri ile müdahale etmektedir. Özel işletmelerin müdahaleci faaliyetleri karşısında, suya erişim hem bölgesel hem de uluslararası belgelerde temel insan haklarından biri olarak kabul edilmiştir. Özel su hizmeti sağlayıcılarının, ticari kaygılar güderek olumsuz bir şekilde insan hakları etkilerine yol açan faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle söz konusu işletmelerin sorumlu tutulmasına yol açabilecek bazı yumuşak hukuk kuralları kabul edilmiştir. Bu bağlamda makalede, özel su hizmeti sağlayıcılarının su hakkına müdahalelerinin, bu müdahalelerden doğacak yükümlülüklerin ve yükümlülüklerin yeterli olup olmadığının ortaya konulması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Su Hakkı • Özel Su Hizmeti Sağlayıcıları • Özelleştirme • Saygı Gösterme Sorumluluğu • Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Genel Yorum 15

\* Arş. Gör., Sivas Cumhuriyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Sivas, Türkiye | Asst., Sivas Cumhuriyet University, Faculty of Law, Department Of International Law, Sivas, Turkey.

✉ pocanoglu@cumhuriyet.edu.tr • ORCID 0000-0002-7355-0586

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: POÇANOĞLU Şerife Sena, "Özel Su Hizmeti Sağlayıcılarının Su Hakkına Yönelik Yükümlülükleri", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 363-403.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## OBLIGATION OF PRIVATE WATER SERVICE PROVIDER FOR RIGHT TO WATER

### Abstract

There are interventions arising from different factors in the access of individuals to water, which is an indispensable part of life and a precondition for the provision of many rights. One of these factors is private water service suppliers who provide water, natural resource, to individuals and groups by seeking profit. Although these private enterprises, which take over water service from the public forces through various methods, interferes with individuals' access to water by their activities on water resources, bottling of water, etc., action has been taken in both regional and international context and water has been recognized as a human right. Nevertheless, certain soft law rules have been adopted that may lead to the accountability of private water service suppliers as such companies are continuing their activities with commercial concerns, causing negative human rights impacts. In this context, this paper aims to demonstrate the interventions of private water service suppliers to the right to water, obligations arising from these interventions and their sufficiency.

### Key Words

The Right to Water • Private Water Service Provider • Privatization • Responsibility to Respect • Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment 15

### GİRİŞ

Su, insan yaşamının temel gereksinimidir ve bireyler için önemi olduğu kadar ülkeler için de güvenlik ve ekonomik açısından oldukça önemlidir. Küresel iklim değişikliği, nüfus artışı, sanayileşme gibi faktörler suyun önemini gittikçe artırmakla birlikte bu etkenler aynı zamanda günümüzde suya erişim konusunda büyük tehdit oluşturmaktadır. 2000 yılından bu yana, Birleşmiş Milletler Binyıl Kalkınma Hedefleri kapsamında insanların su ve sanitasyon hizmetlerine erişimi için küresel çabalar sergilenmesine rağmen, 2.1 milyar insan temiz su kaynaklarına düzenli olarak erişememekte, 4.5 milyar insan güvenli sanitasyon hakkından yoksun kalmaktadır<sup>1</sup>. Birleşmiş Milletler (BM) ve Dünya Bankası'nın ortaklaşa derlediği verilere göre, 2030'a kadar 700 milyon kişi su kıtlığı

<sup>1</sup> The United Nations World Water Development Report 2019: Leaving No One Behind, s. 35, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367306>, Erişim Tarihi: 25.07.2020.



nedeniyle yaşadıkları bölgeden göç etmek zorunda kalacaktır<sup>2</sup>. Suyun hayatımızdaki yadsınamaz önemi küresel olarak ifade edilen bu verilerle birlikte dikkate alınarak suyun uluslararası hukukta koruma altına alınması için 1950'den bu yana pek çok adım atılmıştır. Uluslararası konferanslarda, bildirimlerde, birçok belgede suyun korunması gerektiği vurgulanmış, zamanla temel bir hak olarak ifade edilmeye başlanmıştır. Özellikle yaşam hakkının vazgeçilmez parçası olarak temel insan hakları belgelerinde zımni olarak yer alan su hakkı, temel insan hakkı olarak açıkça ilk defa BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (ESKHK) 2002 tarihli "Su Hakkı" başlıklı, 15 No'lu Genel Yorumu'nda tanınmıştır<sup>3</sup>.

Suyun insan hakkı olarak tanınması, çok önemli bir adım olmakla birlikte küresel bağlamda su krizine yönelik sorunları çözmekte yeterli olmamıştır. İnsanların, devletlerin, devlet dışı aktörlerin insan hakkı olan temiz suya erişim hakkına müdahaleleri devam etmiştir. Özel şirketler, su kaynaklarını kullandıkları veya özelleştirme sonucu su servis sağlayıcıları olarak gösterdikleri faaliyetlerle temiz suya erişim hakkına müdahale etmektedirler. Özellikle su yönetim modellerinden olan özelleştirmeler, temelinde suyun ticari mal olarak kabul edilmesi var olduğu için, ayırım gözetilmeksizin herkesin suya erişilebilir olmasına engel teşkil etmektedir. Ancak klasik insan hakları hukuku anlayışına göre şirketler insan hakkı öznesi olarak haklara sahip olmadığı için şirketlerin müdahaleleri sonucunda yükümlülükleri olup olmadığı tartışması gündeme gelmiş; BM, ilerleyen bölümlerde görüleceği üzere, bu tartışmalara ilişkin çeşitli çalışmalar yapmıştır.

Bu çalışmada ticari şirketlerin özel servis sağlayıcısı olarak, ESKHK 15. Genel Yorumla birlikte insan hakkı olarak tanınan, temiz suya erişim hakkına müdahaleleri ele alınmıştır. Birinci bölümde suyun insan hakkı olması ile metalaşması kronolojik olarak ele alınmış ve su hizmetinin özelleştirilmesinin tarihi süreci ortaya konulmuştur. İkinci bölümde özel su hizmeti sağlayıcılarının temiz suya erişim hakkına yönelik müdahalelerine yer verilecek; şirketlerin müdahaleleri incelenirken Komite'nin

<sup>2</sup> High-Level Panel Water Outcome Document, Making Every Drop Count: An Agenda for Water Action, s.11, [https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/17825HLPW\\_Outcome.pdf](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/17825HLPW_Outcome.pdf), Erişim Tarihi: 20.07.2020.

<sup>3</sup> CESCR, General Comment No. 15: The Right to Water, E/C.12/2002/11.

yıllık raporları temel kaynak olarak ele alınarak, Komitece raporlarda ileri sürülen müdahalelerden örnekler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise özel su hizmeti sağlayıcılarının su hakkına yönelik müdahaleleri nedeniyle doğacak yükümlülükleri bu konuda çalışan Bağımsız Uzmanların raporları çerçevesinde ifade edilecektir.

### I. Su Hizmetinin Sağlanmasına Tarihi Bakış

Bireylerin yaşamlarını sürdürebilmesi, temiz ve yeterli su kaynaklarının erişilebilirliğine bağlıdır. Değişen dünya düzeni içinde insanlar bu temel ihtiyaçlarını karşılayabilmek için geleneksel su kaynaklarına, kaliteli ve uygun fiyata temiz suya erişimde çeşitli su yönetim modelleri ile karşı karşıya kalmışlardır. Su hizmeti, kamu tarafından geleneksel olarak gerçekleştirilen faaliyetlerle ya da özel sektör tarafından veya kamu-özel sektör ortaklığı gibi su yönetim modelleri ile sunulmaktadır<sup>4</sup>. Bu modellerin temelinde sosyolojik, tarihi süreçle birlikte piyasa ideolojilerinin de olduğu görülmektedir<sup>5</sup>.

Su hizmetinde tercih edilen model ve bu modelin tercih edilmesindeki temel saik ne olursa olsun su ile fiziksel, kültürel ve manevi ilişki içinde olan insan için bu doğal kaynağın temel hak olduğu herkes tarafından kanıtlanmaksızın kabul edilmesi gereken bir olgudur. Bu gerçeğin peşinden giden insanlar, yeterli suya erişimlerinin engellenmesine veya engellenme tehdidine karşı mücadele etmiştir. Dünyanın pek çok yerinde artarak meydana gelen bu mücadelelerin sonucunda, suyun insan hakkı olduğu düşüncesi uluslararası toplumda da yer almaya başlamıştır. Ancak bu düşüncenin karşısında yer alıp suyun ticari bir mal olduğu

<sup>4</sup> Su hizmetinin nasıl sağlanacağı konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur. Langford, su yönetimi ve finansmanına ilişkin yaklaşımları; suyu ticari bir mal olarak gören yaklaşım, suyu toplumsal açıdan temel insan hakkı olarak gören yaklaşım, kamusalı yaklaşım, suyu yerel topluluk hakları ve yerel yönetimler bağlamında ele alan yaklaşım olmak üzere dörde ayırmıştır. Bkz.: YALÇIN, Lütfi ve GÖK, Musa, "Su Hakkının Bir Temel İnsan Hakkı Olarak Tanınma Süreci ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", Memleket, Siyaset Yönetim Dergisi, Cilt 40(1), 2015, s. 31.

<sup>5</sup> Özelleştirmeye tarihi bakış için bkz.: PRASAD, Naren, "Privatisation of Water: A Historical Perspective", Law, Environment and Development Journal, Vol. 3(2), 2007, ss. 217-233; MURTHY, S. Lurty, "The Human Rights to Water and Sanitation: History, Meaning and the Controversy over Privatization", 31 Berkeley Journal of International Law, Cilt 89, 2013, ss. 89-149.

düşüncesine dayanarak su hizmetinin sektör tarafından sağlanmasını destekleyen yaklaşımların taraftarları da suyun insan hakkı olarak kabul edilmesi mücadelesi ile eş zamanlı olarak ilerlemiştir. İnsan hakkı olan su ile ekonomik mal olan suyun çatışması bu bölümde ele alınacaktır.

### A. Su Hizmetinin Özelleştirilmesi

1800'lerin ortasında Avrupa'da, 18. yüzyılda Amerika'da kentleşmenin büyümesi sonucunda modern su tedarik sistemlerinde özelleştirmeler başlamıştır<sup>6</sup>. Ancak verimsizlik, yüksek maliyet, yolsuzluk, salgın hastalıkların önüne geçilememesi gibi nedenlerle su hizmeti büyük oranda kamuya geçmiştir<sup>7</sup>. Öte yandan sömürge altındaki devletlerde, Fransa başta olmak üzere, sömürgeci devletlerin politikalarının yansıması olarak özelleştirmeler su hizmetinin sağlanmasında tekel olarak devam etmiştir<sup>8</sup>.

1970'lerde Pinochet'in desteği ile Şili'de başlayan özelleştirmeler; Avusturya, Belçika, Kanada, Şili, Danimarka, Hollanda, İtalya, Jamaika, Japonya, Malezya, Singapur, İspanya, İsveç ve ABD ve gelişmekte olan ülkelerde de görülmeye başlanmıştır<sup>9</sup>. Özelleştirmenin bu hızlı yükselişine rağmen su hizmetlerine özel sektörün katılımının 1990'lara kadar minimum düzeyde olduğu görülmektedir<sup>10</sup>. Henüz kamu tarafından sağlanan suyun, pek çok hakkın tesisi ile doğrudan bağlantılı olması nedeniyle, başta İnsan Hakları Evrensel Bildirisi<sup>11</sup> olmak üzere, çeşitli

<sup>6</sup> PRASAD, ss. 219-223; SCHIFFLER, Manuel, *Water, Politics and Money*, Springer, Switzerland, 2015, s. 83-86.

<sup>7</sup> PRASAD, s. 219.

<sup>8</sup> PRASAD, s. 223; BARLOW, Maude, *Mavi Sözleşme –Küresel Su Krizi ve Su Hakkı Mücadelesi*, Çev. CEZAR, Barış, İstanbul, Yordam Kitap, 2008, ss. 55-57.

<sup>9</sup> PRASAD, ss. 226-227.

<sup>10</sup> LANGFORD, Malcolm, "Privatisation and the Right to Water", Ed. M. Langford and A. Russell, *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 466.

<sup>11</sup> İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin yaşam hakkının düzenlendiği 3. maddesi ile herkesin sağlık ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ulaşma hakkının ifade edildiği 25. maddesinin sağlanması için suya erişimin gerekli olduğu aşikardır. Sağlık ve refahı temin eden bir yaşam için susuzluğun önlenmesi, hijyenin sağlanması gibi durumlarda suyun şart olduğu düşünüldüğünde, Bildiride su hakkı açıkça belirtilmemişse de bünyesinde dolaylı yoldan su hakkının mevcut olduğu iddia edilebilir. Bkz.: ŞİRİN, Tolga, "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri", Marmara Üniversitesi

belgelerde başlangıçta dolaylı olarak yer verilmiş; ilerleyen süreçte ise doğrudan hak olarak öngörülmüştür<sup>12</sup>. Bu gelişmelere rağmen suyun metalaşmasına kayıtsız kalınmamış, Komünizmin çöküşü ile Doğu Avrupa Bloğu ve Sovyet ülkelerini de kapsayan özelleştirme, su hizmeti sağlayıcıları arasında 1997'de zirveye ulaşmıştır<sup>13</sup>.

Dünya Bankası<sup>14</sup>, Uluslararası Para Fonu (IMF)<sup>15</sup>, Dünya Ticaret Örgütü gibi uluslararası kuruluşların su hizmetinin özelleştirilmesine olan destekleri, BM'nin özelleştirmeye karşı çelişkili tutumları<sup>16</sup> özel su

---

Hukuk Fakültesi Hukuk ve Adalet Dergisi, Cilt 16(3-4), 2010, s. 128; TOPÇU, Eral, "Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 26, 2008, s. 19.

<sup>12</sup> Yaşam için vazgeçilmez olan bu varlık, insan hakkı olarak ilk kez açıkça insancıl hukukun temel metinlerinden olan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokollerinde tanınmasının ardından pek çok uluslararası sözleşmede öngörülmüş. Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile İlgili Cenevre Sözleşmesi'nin 20-2, 26., 29. ve 46. maddesi; Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 85., 89., 127. maddesi; Uluslararası Silahlı Çatışmalarda Mağdurların Korunmasına İlişkin Protokol'ün 54-1, 54-2, 54-3-a, 54-3-b ve 55. maddesi söz konusu sözleşmelere ilişkin hükümlerdir. Bu protokollerin ardından çeşitli sözleşmelerde yer almıştır. 1979 tarihli BM Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 14. Maddesinde, kadınlara yönelik tanınacak haklar arasında içme suyunun sağlanması; 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 24. Maddesinde, çocuklara en üst düzeyde sağlık standartlarına sahip olma hakkı düzenlenmiş ve Taraf Devletin temiz içme suyunun sağlanması ile bu hakkı yerine getirebileceği öngörülmüştür. Ayrıca bkz.: UN Economic and Social Council, Relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation, El Hadji Guissé, E/CN.4/Sub.2/2002/10, 2002; ŞİRİN, s. 111.

<sup>13</sup> LANGFORD, s. 465.

<sup>14</sup> 1990'ların başında, Dünya Bankası Keynesyen ekonomiden neoklasik ekonomiye geçerek ekonomik yaklaşımında köklü değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerle, hükümetlerin altyapıya katılımını sorunlu, verimsiz olduğuna dair tespitler içeren; su hizmeti sağlayıcılığında özelleştirme lehine görüşler beyan ettiği raporlar hazırlamıştır. Çok uluslu su şirketleriyle ortak girişimler için destek ve kredi şartlarını politika raporlarında tanıtımlarıyla özelleştirmeye yönlendiren tutumları güç kazanmıştır. Bkz.: LANGFORD, ss. 466-467; PRASAD, s. 230; UN General Assembly, Extreme Poverty And Human Rights, A/73/396, 2018, parag. 20.

<sup>15</sup> Dünya Bankası ve IMF yetkililerinin, ülkelere borcu ülkelerin bir altyapı yönetiminde özel bir şirketle imtiyaz sözleşmesi yapması koşulu ile vermesi kapsamında Tanzanya'daki su hizmetinin özelleştirilmesi örneği için bkz.: LANGFORD, s. 467.

<sup>16</sup> BM, 2002'de yapılan Dünya Sürdürülebilir Gelişme Zirvesi'nde Binyıl Kalkınma Hedefleri'nin arasında erişilebilir suya yer verdi ve böylece su hizmetini kalkınma hedefi olarak kabul etmiştir. Ancak bu hedefin sağlanmasında özelleştirmelerin yerine

hizmeti sağlayıcıları için 1990'lı yıllardan başlayan sürecin önemli bir parçasıdır<sup>17</sup>. Dünya Bankası'nın, israfın ve suya yönelik yetersizliğinin fiyatlandırma ile önleneceğini iddia eden suyun fiyatlandırılması görüşü sayesinde küresel ekonomide büyük pay sahibi olan ticari şirketler özelleştirme politikasının en önemli aktörlerinden olmuştur. Böylece 2000'li yıllarda, özellikle dünya çapındaki şehirlerde, su hizmeti uluslararası şirketler tarafından sunulur hale gelmiştir<sup>18</sup>. 1990 yılında özel su şirketinden su hizmeti alan kişi sayısı dünyada yaklaşık elli milyon kişiyken zamanla bu sayının altı yüz milyona (su hizmeti alan dört milyar kişi arasından) çıkması özelleştirmelerdeki artışın göstergesidir<sup>19</sup>.

## B. Su Hizmetine İlişkin İki Temel Yaklaşım

Bir yandan su hizmetinin sağlanmasında özelleştirmelere olan talep devam ederken öte yandan özelleştirmelerden beklenen verimliliği, özel şirketlerin sürdürülebilir kalkınmayı sağlayıp sağlamadığına karşı duyulan şüphe devam etmiş<sup>20</sup>; bilhassa temiz suya erişimin özel şirketlere ödenen yüksek fiyatlarla değil, temel hak olarak uygun fiyatla sağlanması gerektiği ön plana çıkmıştır. Bu doğrultuda, suyun insan hakkı olarak gündeme geldiği çeşitli konferanslar olmuş; BM, 1972'de düzenlediği

---

dair net bir tutum sergilememiştir. 2006 Dünya Su Raporu'nda, özelleştirmenin her durumda uygun olmayabileceğini; özel sektör katılımının ülkenin siyasi, kurumsal, sosyal ve kültürel ortamlarına bağlı olduğunu önermiştir. Öte yandan, Avrupa Ekonomik Komisyonu (ECE) kamu-özel sektör ortaklıklarının önde gelen savunucusu olarak ortaya çıkmıştır. Bu karışık tutumuna karşın, metnin ilerleyen satırlarında görüleceği üzere, suyun insan hakları olması gerektiğine dair önemli kararlar almış ve raporlar yayınlamıştır. BM'nin karışık tutumu ile ilgili bkz.: PRASAD, s. 231; Extreme Poverty And Human Rights, A/73/396, parag. 15.; Birleşmiş Milletler, sözleşme organlarının ve özel usullerinin yaklaşımlarında su hakkının güvence altına alınması için belirli bir hizmet sunum biçimini dikte etmediğini ve insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmenin en iyi yollarını belirlemeyi Taraf Devletlere bıraktığını vurgulamıştır. UN Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments, A/HRC/6/3, 2007, parag. 52.

<sup>17</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, ss. 57-58

<sup>18</sup> YALÇIN, GÖK, s. 30; PRASAD, s. 227.

<sup>19</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, ss. 82-83.

<sup>20</sup> Özelleştirilmeden beklenen verimin alındığı net olarak söylenememektedir. Bkz.: Extreme Poverty And Human Right, A/73/396, parag. 45, 46.

Stockholm Konferansı'nda su sorununu ilk defa ifade etmiştir<sup>21</sup>. Bu kapsamdaki konferanslarda<sup>22</sup>; yukarıda bahsedilen, su hakkını diğer temel haklarla bağlantılı olarak güvence altına alan sözleşmelere rağmen suyun ticari mal olarak savunulmasına kararlılıkla devam edilmiştir.

1992 tarihinde yapılan Çevre ve Kalkınma konulu BM Konferansı'nda Stockholm'de kabul edilen bildirinin ilkeleri kabul edilmiştir. Konferansta kabul edilen kararlardan bir diğeri olan Gündem 21'in tatlı su kaynaklarına ilişkin 18. bölümü ile atık suları içeren 21. bölümünde, suyun hem sosyal hem de ekonomik bir mal olduğu algısına dayanılmıştır<sup>23</sup>. 2000 yılında II. Dünya Su Forumu'nda özelleştirmelerin hızlandırılması önerilirken 3. ve 4. Forum'da suyun temel haktan ziyade temel ihtiyaç olduğu belirtilerek özelleştirmeye dayanak görüşler ifade edilmiştir. Ancak, özellikle az gelişmiş ülkelerde başta çocuklar olmak üzere insanların temiz suya erişememesi nedeniyle yaşamlarını kaybetmesi; temiz suya erişimde eşitsizliklerin artması; devletlerin ve ticari şirketlerin suyu ekonomik mal görmesi nedeniyle, insanların temiz suya erişimini

<sup>21</sup> Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Raporu, "Su Raporu, Küresel Su Politikaları ve Türkiye", Ankara, 2009, s. 17; UN, Report Of The United Nations Conference On The Human Environment- Stockholm, 5-16 June 1972, 1973, A/CONF.48/14/Rev.1.

<sup>22</sup> Stockholm Bildirisi, Mar del Plata Eylem Planı, Dublin Bildirisi, Gündem 21, Milenyum Bildirisi ve Johannesburg Politik Bildirisi suya yer veren bildirilerdendir. Bunlara ek olarak 1992 Dünya İkinci Uluslararası Su Konferansı Amsterdam Bildirisi, 1994 Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Eylem Planı ve 2000 Lahey Su Güvenliği Bakanlar Bildirisi gibi bildiriler ile su konusu ele alınmaya devam edilmiştir. 2000 yılında 189 milletlin temsilcisi, New York'ta Milenyum Zirvesi'ni gerçekleştirmiş ve ardından, Milenyum Zirvesi BM Milenyum Bildirisini yayımlamıştır. Bildiri'de 2015 yılına kadar gerçekleşmesi planlanan hedefler arasında, güvenli su ve sanitasyon hakkına erişemeyen dünya nüfusunun yarıya indirilmesi hedeflenmiş, diğer hedeflere de ulaşılması için güvenli suya erişimin önemi vurgulanmıştır. Söz konusu gelişmeler hakkında daha fazla bilgi için bkz.: ŞİRİN, ss. 116-119; TOPÇU, ss. 22-24; MURTHY, ss. 93-112.

<sup>23</sup> Bu bildiri, suyun ekonomik bir mal olarak tanınmasının suya erişimde eşitsizliklere neden olacağı gerekçesiyle eleştirilere konu olmuştur. Buna rağmen aynı yıl BM Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı sonucunda kabul edilen Gündem 21'in tatlı su kaynaklarına ilişkin 18. Bölümünde, suyun ekonomik meta olmasının yanında sosyal meta olduğu değerlendirilmiştir. Bir önceki atfa ilişkin konferanslar ile bu bildirinin suyun insan hakkı olarak kabul edilmesinde önemli çalışmalar olmasının yanında, bu çalışmanın konusu olan özelleştirmelere işaret olduğu söylenebilir. Bkz.: TOPÇU, s. 21; PRASAD, s. 231; MURTHY, ss. 107-109.

engelleyecek faaliyetlerinin artması; sanayileşme ile birlikte artan su kirliliği; çeşitli sebeplerle su stresi<sup>24</sup> altında olan bölgelerin oranının artması gibi durumların sonucunda, yaşanan mağduriyetlerin önüne geçilmesi için suyun insan hakkı olarak açıkça tanınması gündeme gelmiştir<sup>25</sup>.

Suyun hak olarak tanınmasını savunan görüşe göre, su ikame edilemez doğal bir kaynaktır ve sınırlı olması nedeniyle suyun piyasa koşullarına bırakılmaması gerekir<sup>26</sup>. Bu nedenle suya erişimin güvence altına alınması, erişimi engelleyenlere karşı yasal prosedürlere başvurulması için suyun insan hakkı olarak tanınmasını savunmuşlar, özelleştirmelere karşı durmuşlardır<sup>27</sup>. Gelecekte de muhtemelen varlığını devam ettirecek olan tehditlere maruz kalan suyun, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde (MSHS) ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde (ESKHS) güvence altına alınan yaşam, sağlık, beslenme, çevre hakkı gibi hakların temini için gerekli olduğu aşikardır. Ancak bu görüşe göre, suyu bağımsız bir hak olarak tanımaktan ziyade başka haklarla ilişkilendirmek su hakkını daraltmak anlamına gelmektedir<sup>28</sup>. Örneğin su hakkı yaşam hakkı ile ilişkilendirildiğinde, yükümlülüğü olan uluslararası insan hakları süjesinin, sadece suya erişimin keyfi engellenmesi durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>29</sup>. Halbuki su hakkının bağımsız olarak tanınmasıyla, aşağıda incelendiğinde görüleceği üzere, suya erişimin keyfi engellenmesi dışında da sorumluluklar yüklenmektedir. Bu amaçla suyun bağımsız bir insan hakkı olmasını savunanlar bu yönde harekete geçmiş ve yukarıda belirtilen uluslararası konferanslarda yapılan soft law

<sup>24</sup> Ekolojik ve insani tatlı su talebinin karşılanmasındaki eksikliğini ifade eder. Su stresi hakkında bkz.: The CEO Water Mandate, Driving Harmonization of Water-Related Terminology, Pacific Institute, 2014 <https://ceowatermandate.org/terminology/>, 20.08.2020.

<sup>25</sup> İNCE, Nurten, "Bir İnsan Hakkı Olarak Su ve Dava Edilebilirliği", Yüzyüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 1(4), 2017, s. 5.

<sup>26</sup> İNCE, s. 4.

<sup>27</sup> TOPÇU, s. 17; KANALAN, İbrahim, "I. Uluslararası Hukukta Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Dava Edilebilirliği", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, s. 9; BARLOW, Maude, CLARKE Tony, Blue Gold: The Battle Against Corporate Theft of the World's Water, Earthscan, Toronto, 2002, s.224.

<sup>28</sup> İNCE, s. 5.

<sup>29</sup> ŞİRİN, s. 130.

(yumuşak hukuk)<sup>30</sup> beyanlarının oluşturduğu zeminle su hakkı açıkça tanınmıştır.

2002 yılında Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK) tarafından yayınlanan Genel Yorum<sup>31</sup> 15'te, ESKHS'de yeterli yaşam düzeyine sahip olma hakkının düzenlendiği m.11 ile sağlık standartlarına sahip olma hakkının düzenlendiği m.12'ye dayanılarak su hakkı bir uluslararası belgede açıkça tanımlanmıştır<sup>32</sup>. Su hakkını "herkesin kişisel ve ev içi kullanımları için yeterli, güvenli, kabul edilebilir, fiziksel olarak erişilebilir ve bedeli ödenebilir suya sahip olma hakkı"<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Bağlayıcı nitelikte olmayan uluslararası hukuk metinlerine, soft law denilmektedir. Tam olarak soft law kavramının anlamını karşılamadığı ileri sürülmekle birlikte, Türkçe'de yumuşak hukuk olarak ifade edilen bu metinler; örf-adet kurallarının ve bağlayıcı nitelikteki andlaşma metinlerinin oluşumunda esas alınmasıyla bağlayıcı hukuk kuralı niteliğine evrilebilmektedir. Bkz.: AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt 1, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, ss. 95-96.

<sup>31</sup> Sözleşmeye Taraf Devletlere sözleşmede yer alan her hakkın içeriği ve Taraf Devletlerce ilgili hakkın nasıl sağlanacağı ESKHK tarafından genel yorumlarda açıklanmaktadır.

<sup>32</sup> Genel Yorum 15'te su hakkı, 11. Maddenin 1. Paragrafındaki "yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere" ifadesine dayandırmış ve Sözleşmenin 12. Maddesinde düzenlenen en yüksek sağlık standartlarına sahip olma hakkı, yeterli konut ve yeterli beslenme haklarının da ayrılmaz parçası olarak kabul edilmiştir. Genel Yorum 15, suyu insan hakkı olarak kabul eden temel uluslararası belge olması nedeniyle, hakkı daha iyi anlamak bakımından ayrıntılı incelenmelidir. Hakkın içeriği, normatif yapısı, hakkın sağlanması için devletlere ve devlet dışı aktörlere yüklenen yükümlülükler bu Genel Yorum'da ortaya konuşmuştur. Bkz.: CESCR, General Comment No. 15; Tükçe çevirisi için bkz.: İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, Derleyen ve Çeviren: UYAR, Lema, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 264-287. Ayrıca Komite'nin, Genel Yorum 15 öncesinde de sağlık ve yeterli yaşam standardı haklarının su hakkının dayanağı olarak kabul edildiğini göstermektedir. Örneğin, 1995 tarihinde Komite tarafından yayınlanan yıllık raporda; Malî'de çocuk, bebek, anne ölüm oranlarının yüksekliğinden duyduğu endişeyi ifade ederken sağlık hizmetlerinin ülke genelinde eşit dağılmadığını belirtilmiştir. Komite'ye göre, hizmetlerin eşit dağılmadığını gösteren durumlardan birisi de suya erişimin şehir merkezinden uzak arazilerde şehir merkezine göre çok daha düşük oranda olmasıdır. Bkz.: Committee on Economic Social and Cultural Rights (CESCR), Annual Report, Report on its 10th and 11th Sessions, E/1995/22 – E/C.12/1994/20, parag. 350.

<sup>33</sup> General Comment, Parag. 2; Komite su hakkını tanımlarken yeterlilik, kalite, erişilebilirlik olmak üzere üç temel unsur belirlemiştir. Komite yeterlilik unsurunu temel



olarak tanımlayan Genel Yorum 15'ten sonra BM, bir insan hakkı olarak su hakkına yönelik desteğine devam etmiştir. Bu kapsamda önemli gelişmelerden birisi, BM İnsan Hakları Konseyi'nin "İnsan Hakları ve Suya Erişim" adlı kararında, su hakkı ile ilgili geçmişteki tüm sözleşmelere, yorumlara, çalışmalara atıf yapılmasıdır<sup>34</sup>. Bunu takiben 2010 yılında, BM Genel Kurul kararı ile su ve sanitasyon hakkı insan hakkı olarak kabul edilmiştir<sup>35</sup>.

Su hakkı bakımından bu gelişmelerle birlikte, BM'nin günümüze kadar bu konuda köşe taşı olan pek çok önemli çalışması olmuştur<sup>36</sup>. Su

---

olarak "Her bir kişi için sağlanan su miktarı yeterli ve kişisel ihtiyaçlarla, ev içi ihtiyaçları için sürekli olmalıdır..." şeklinde ifade etmiştir ve su hakkının içermesi gereken bu sabiteye karşı, yeterli su miktarının oranının mevcut duruma göre değişebileceğini belirtmiştir. Kişinin çeşitli ihtiyaçlarını karşılayacak kadar mevcut olan su miktarı güvenilir olmadığı sürece kişi su hakkına sahip olmuş olmaz. Komite'ye göre su, insan sağlığını tehlikeye düşürecek maddeleri ve radyoaktif atıkları içermediği sürece güvenilirdir. Güvenilir ve yeterli miktardaki su erişilebilir olduğunda hak sağlanmış olur. Su ve su ile ilgili hizmetlere ayırım yapılmaksızın, devletin yetkisi altında bulunan herkes tarafından ulaşılabilmesi anlamına gelen erişilebilirlik unsurunun ise dört boyutu vardır. Fiziksel erişilebilirlik, ekonomik erişilebilirlik, ayrımcılık yapmama, bilgiye erişim olmak üzere bu dört boyut birbiriyle örtüşür. Örneğin, halkın bilgisi dahilinde su servisi sağlayıcılığını üstlenen özel şirketin, gelir seviyesi düşük olan kişiler de dahil olmak üzere, herkesin ödeyebileceği ücret karşılığında su hizmetini şehrin her bölgesine sunmasıyla su hakkı tesis edilmiş olur. Bkz.: General Comment, parag. 12.

<sup>34</sup> ÇOLAKOĞLU, Elif, "Emniyetli İçme Suyu ve Sanitasyon Hakkı", Mülkiye Dergisi, Cilt 35(272), 2011, s. 225; İlgili karar için bkz.: Human Right Council, "Human Rights and Access To Water", Decision 2/104.

<sup>35</sup> Bolivya'nın girişimiyle 2010 tarihinde su ve sanitasyonu insan hakkı olarak kabul eden BM Genel Kurulu Kararı için bkz.: UN General Assembly, The Human Right to Water and Sanitation, A/RES/64/292, 2010.

<sup>36</sup> İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin 2007 yılında yayınladığı suyun insan haklarını kapsadığını içeren Raporu için bkz.: Office Of The High Commissioner For Human Rights, "Consultation On Human Rights And Access To Safe-Drinking Water And Sanitation", 2007; BM İnsan Hakları Konseyi'nin Bağımsız Uzman olarak atadığı Catarina de Albuquerque'nin 2010 yılında su ve sanitasyon hakkının bütünlüğünü vurguladığı ve ticari işletmelerin bu hakka karşı yükümlülüklerinin olup olmadığını ele aldığı Raporu için bkz.: UN Human Right Council, Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31, 2010; 2015 tarihinde BM'ye üye ülkeler tarafından 2030 yılına kadar olan kalkınma politikasını belirlenmiştir. Herkesin temiz suya ve sanitasyona erişim hakkının sağlanması sürdürülebilir kalkınma hedefleri arasında oy birliği ile kabul edildiği bu karar için bkz.: UN General

hizmetine yönelik faaliyetlerin odak noktasını, kar elde etme amacı yerine suyun insan hakkı olarak kabul görmesine yöneltmek adına gösterilen söz konusu tüm çabaların tesiri ve buna ek olarak özel sektörden beklenen verimliliğe, uzmanlığa ve yeni yatırımlara erişilip erişilmediği henüz net olmamasının<sup>37</sup> etkisiyle; 2000'lerden itibaren kamunun özel sektörden kontrolü geri almaya başladığı görülmektedir<sup>38</sup>. Ancak hala özel sektörün çok aktif rol aldığı olduğu görülmektedir<sup>39</sup>. Şirketler tarafından, özelleştirmeler sayesinde tatlı su şişelenip satılmakta, devletlerin su sorununa çözüm olarak gördükleri baraj, boru hattı, su arıtma sistemi, deniz suyu arıtma tesisleri işletilmekte, suya erişimin sağlanması için gerekli olan alt yapı tesisleri sağlanmakta, kaliteli su rezervlerine sahip olmak için su havzaları satın alınmaktadır<sup>40</sup>.

Nihayetinde; sınırlı bir varlık olan suyun, verimli kullanılması amacıyla özelleştirmelerin desteklenmesi veya özelleştirme politikalarının tam aksine suyun kamusal varlık olduğu kabul edilmesi fark etmeksizin, doğa tarafından insana sunulduğu ve yaşamın vazgeçilmezi olduğu her zaman göz önünde bulundurulurken insan hakkı olduğu kabul edilmelidir. Böylece, insan sağlığına uygun, herkes tarafından erişilebilen ve

---

Assembly, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1, 2015; BM'nin İnsan Hakları Konseyi gibi çeşitli organlarının güvenli içme suyu ve sanitasyon hakkına ilişkin kararlarında, raporlarında 15. Genel Yorum dahil olmak üzere, daha önce su hakkını ele alan belgelere atıfta bulunması söz konusu gelişmelerdendir. Güvenli suya ve saniteasyona erişimin BM kararlarında, yukarıda bahsedilen 64/292 kararında olduğu gibi, insan hakkı olarak kabul edilmesiyle; bağlayıcı belge olmadığı iddia edilen içtihat niteliğindeki Genel Yorum'da tanınması nedeniyle bu hakkın bağlayıcı olmadığı iddiaları kesin olarak bertaraf edildiği söylenebilir. Bu dipnotta bahsedilen bilgiler ve benzeri kararlar, çalışmalar hakkında bkz.: ÇOLAKOĞLU, s. 225; BARLOW, Maude, Our Right to Water: Assessing progress five years after the UN recognition of the Human Rights to Water and Sanitation, 2015, <https://canadians.org/publications/report-our-right-water-assessing-progress-five-years-after-un-recognition-human-rights>, Erişim Tarihi: 05.07.2020, ss. 4-5; Institute for Human Rights and Business, "More Than a Resource: Water, Business and Human Rights", Londra, 2011, s. 8; MURTHY, ss. 91-118.

<sup>37</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 78; PRASAD, s. 233.

<sup>38</sup> LANGFORD, s. 470.

<sup>39</sup> UN General Assembly, Human rights and the privatization of water and sanitation services, A/75/208, 2020, Parag. 13-15.

<sup>40</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 54.

karşılanabilen nitelikte su hizmeti sunularak herkesin günlük su ihtiyacı giderilmelidir.

## II. Özel Su Hizmeti Sağlayıcılarının Müdahaleleri

Özel su hizmeti sağlayıcılarının yukarıda bahsedilen hizmetlerini yerine getirirken evrensel insan hakkı olan temiz suya erişim hakkının sağlanmasında hukuki veya ahlaki sorumluluk amacı gütmeyen ekonomik kaygılarla hizmetleri yerine getirdiği iddia edilmektedir. Bu nedenle söz konusu uygulamayla; yolsuzluk, su ücretlerinin su hakkının erişilebilirlik ilkesini ihlal edecek şekilde yüksek olması, su kesintileri, düşen su kalitesine ve artan su kirliliği gibi sorunlar ile bireyin temiz suya erişim hakkına müdahale edilmektedir<sup>41</sup>.

Şirketlerin yeni pazarlar için genelde güney ülkelerindeki yoksul toplulukların bulunduğu yerlerden aldıkları suyu, zengin Kuzey Ülkelerine sattığı iddiası söz konusudur<sup>42</sup>. Kuzey ile güney ülkeleri arasında Pazar eşitsizliğinin olduğunu öne süren bu iddianın doğru olduğu kabul edilirse, güney ülkelerindeki halkın ekonomik durumları nedeniyle temiz suya erişim hakkı kısıtlandığı; bu kısıtlamanın zengin tüketiciye hitap eden pazar elde etmek için yapılması nedeniyle, temiz suya erişimin herkes tarafından erişilebilir olmasını öngören ayrımcılık yapmama unsurunun yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

İnsan hakları söylemi ile suyun metalaşması arasındaki gerginliği ifade eden önemli dava örneklerinden birisi ise *Bechtel v Bolivia* davasıdır<sup>43</sup>. Yukarıda bahsedildiği üzere 1990'larda Dünya Bankası'nın, özelleştirmeleri dayattığı hükümetler arasında Bolivya Hükümeti de vardır. Bu baskı sonucunda Bolivya hükümeti ülkenin üçüncü büyük şehri olan Cochabamba'daki kamusal su sistemi, küresel su şirketlerinden ABD menşeli Bechtel tarafından yürütülmesi üzere anlaşma imzalayarak

<sup>41</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 78; ŞİRİN, s. 92.

<sup>42</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 105.

<sup>43</sup> GREAR, Anna, *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Hampshire, Palgrave MacMillan, United Kingdom, 2010, ss. 192-194; LANGFORD, s. 483; BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 124-126; Bechtel ve yatırım ortağı Abengo ve Edison ile Bolivya hükümetine karşı açtığı dava için bkz.: *Agua del Tunari SA v Republic of Bolivia*, ICSID (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi), Case No: ARB/02/3.

özelleştirmiştir<sup>44</sup>. Özel su hizmeti sağlayıcısı olan Bechtel, altyapı hizmetlerinin masrafını çıkarmak için kısa süre içinde suyun fiyatını yaklaşık %300 arttırmıştır<sup>45</sup>. Bu durum, insanların bir kısmının temiz suya erişememesine; bir kısmının da suya yüksek meblağ ödediği için sağlık hakkından, temel ihtiyacı olan beslenmeden vazgeçmesine neden olabileceği bilinmektedir. Bu sorunlara çözüm arayışında olan halka, yağmur suyunu kullanmak için dahi Bechtel'den ücretli izin alma şartı getirilince halkın artan tepkiler sonucunda gerçekleşen ayaklanmaya karşı Bolivya Hükümeti harekete geçti<sup>46</sup>. Protestolar sonucunda Bechtel, özel su hizmeti sağlayıcılığından çekilmesi üzerine, Dünya Bankası Grubu'nun bir parçası olan Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi'ne başvurarak Bolivya hükümetinden zararının tazminini istedi<sup>47</sup>. Bu olay şirketlerin suya meta olarak baktığını ve bireylerin temiz suya erişimine nasıl müdahale ettiklerini gösteren önemli bir örnektir.

Aynı kapsamda bir başka örnek ise *Mazibuko v the City of Johannesburg* davasıdır<sup>48</sup>. Güney Afrika'da Johannesburg şehrinin Phiri kasabasında geçilen ön ödemeli su sayacı sitemine göre, her hanenin aylık ilk 6.000 litreden sonra özel su hizmeti sağlayıcısı olan Johannesburg Water şirketinden, ön ödemeli su satın almaları gerekmektedir<sup>49</sup>. Çoğunlukla yoksul, eğitimsiz, işsiz olduğu Mahkeme tarafından da tespit edilen halk, bu sebeplerle haftalarca suya erişememiş; su ihtiyacını karşılamak için güvenli olmayan su kaynaklarına yöneldiği için kolera salgınına maruz kalmış ve böylece bireylerin sağlık hakkı olumsuz etkilenmiştir<sup>50</sup>. Johannesburg Water şirketi bu uygulama ile Genel Yorum 15'te su hakkının

<sup>44</sup> GREAR, s. 192; LANGFORD, s. 483.

<sup>45</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 125; ŞİRİN, s. 137.

<sup>46</sup> BARLOW, Mavi Sözleşme, s. 125; GREAR, s. 192; PATHİRANA, Dilhara, "Privatisation of Water Resources and Human Rights", Sri Lanka Journal of International Law, Cilt 16, 2004, s. 5.

<sup>47</sup> GREAR, s. 194; PATHİRANA, s. 6; <https://www.theguardian.com/society/2006/jul/19/comment.guardiansocietysupplement>, Erişim Tarihi: 12.12.2020.

<sup>48</sup> GREAR, ss. 195-196; *Mazibuko and Others v City of Johannesburg and Others*, High Court of South Africa, Case No: 06/13865.

<sup>49</sup> High Court of South Africa, parag. 3

<sup>50</sup> ÇOLAKOĞLU, Elif, "Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin Su Hakkı Kararı", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 18(3), 2009, s. 56; İNCE, s. 11; High Court of South Africa, parag. 5.

tanımında yer alan, herkesin kişisel ve ev içi kullanımı için yeterli ve bedeli ödenebilir suya sahip olma unsurlarını ihlal etmiştir. 2006'dakasaba-  
nın beş sakini tarafından Johannesburg Belediyesine, Johannesburg  
Water Limited'a, Su İşleri ve Orman Bakanlığı'na dava açılması ile Yüksek  
Mahkeme, bu ihlallerin var olduğunu belirtmiştir<sup>51</sup>. Mahkeme davalıla-  
rın, yoksulların temel su ihtiyacını sağlama görevinden kaçınamayaca-  
ğını belirterek, ESKHS'ye taraf olmadığı halde sözleşmenin 11. ve 12.  
maddesine ve Genel Yorum 15'e atıfta bulunmuştur<sup>52</sup>.

1980'lerden itibaren Dünya Bankası ve IMF'nin yapısal uyum prog-  
ramı kapsamında borç verdikleri ülkelere dayatmaları sonucunda su hiz-  
metlerinin sağlanmasında özelleştirmeye kapıları açılan ülkelerden birisi  
de Türkiye'dir<sup>53</sup>. Türkiye'de zamanla artan özelleştirmelerle birlikte şir-  
ketlerin su hakkına müdahaleleri gündeme gelmiştir. Özel su servisi sağ-  
layıcılarının temiz suya erişim hakkına müdahalelerine yönelik eleştiri-  
lere bakıldığında hidroelektrik santrallerinin (HES) tartışıldığı görülmek-  
tedir. Dünyada son dönemlerde yenilenebilir enerji üretimine talep art-  
makta, suyun gücünden elektrik enerjisi üretiminin sağlanması için kamu  
özel ortaklığıyla kurulan Hidroelektrik santralleri yaygınlaşmaktadır<sup>54</sup>.  
Türkiye'de Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su  
kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hak-  
kında Yönetmelik ile nehirlerde enerji üretim tesislerinin kurulması ve te-  
sislerin işletilmesi 49 yıllığına özel sektöre devredilmiştir<sup>55</sup>. Bunların so-  
nucunda bölgedeki halk, tarlasını sulamak için dahi su kullanım hakkına

<sup>51</sup> Şirket tarafından yoksullara ücretsiz su tedarikinin sınırlandırılması ve ön ödemeli su sayacı sisteminin uygulanması Anayasaya aykırı ve yasadışı bulunmuştur. Bkz.: High Court of South Africa, parag. 183; İNCE, s. 12.

<sup>52</sup> High Court of South Africa, parag. 35-37, 41. Söz konusu atıfta; Genel Yorum'da yer alan erişilebilirlik unsurunun, yalnızca fiziksel değil ekonomik erişilebilirlik anlamına gelmesinin sonucu olarak devletin, su hizmetinin yoksullara da sağlanmasında yükümlü olduğunun üzerinde durulmuştur.

<sup>53</sup> YÜCE, Nuran, "Türkiye'de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı," Sosyal Değişim Derneği Raporu, İstanbul, 2012, s. 12.

<sup>54</sup> İLHAN, Akgün, "Suya Erişim Hakkından Suyun Akma Hakkına", Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, Türkiye'de ve Dünyada Su Krizi ve Su Hakkı Mücadeleleri Raporu, İstanbul, 2017, s. 32.

<sup>55</sup> Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Raporu, "Su Raporu, Küresel Su Politikaları ve Türkiye", Ankara, 2009, s. 58.

sahip olan şirketlere para ödemekte, böylece halkın hem suya erişim hakkına hem de su hakkının dayandığı gıda hakkına müdahale edildiği söylenebilir<sup>56</sup>.

Özel su sağlayıcılarının müdahaleleri, daha çok yerel mahkemelerde görülen davalar olmak üzere, davalardan veya sahada yer alan sivil toplum kuruluşlarının çalışmalarından tespit edilebileceği gibi BM organı olan ESKHK'nin yıllık raporlarından da tespit edilebilir.

### **A. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin**

#### **Yıllık Raporlarında Tespit Edilen Müdahaleler**

Sözleşmenin denetim organlarından olan ESKHK'nin uyguladığı denetim usullerinden biri rapor usulüdür. ESKHS m.16-25 hükümlerine göre, Taraf Devletler sözleşme hükümlerine uyma konusunda kaydettikleri ilerlemeleri ve insan haklarının ihlal edilmesine yönelik aldıkları önlemleri içeren raporlarını belirli periyotlarda, yetkili merciye sunmaktadırlar<sup>57</sup>. ESKHK ise Taraf Devletlerce sunulan bu raporları incelemekte, inceleme sonucu yaptığı değerlendirmeleri yıllık raporlar halinde yayınlamaktadır. Böylece Taraf Devletlerce sözleşmede yer alan hakların sağlanıp sağlanmadığı, sözleşmede yer verilen yükümlülüklerin gerçekleşmesinde ne ölçüde ilerleme kaydedildiği görülmektedir<sup>58</sup>. ESKHK'nin bu konuda yaptığı tespitler, devletlere yol gösterici niteliktedir.

Küreselleşme ve devlet dışı aktörlerin oynadığı rolün giderek artması nedeniyle Komite tarafından, özel sektörün sözleşmedeki hakları sağlanmasına ilişkin Taraf Devletlerin sorumluluklarını zamanla daha çok ele alındığı söylenebilir. Yıllık raporlarda çocuk işçiliği ve güvenli olmayan çalışma koşulları, kadın işçilere karşı ayrımcılık sorunları ifade edilmiş, sendika, sağlık, yeterli yaşam standardı hakkı üzerinde şirketlerin olumsuz etkileri olduğu belirtilmiştir<sup>59</sup>. Ancak 1993-2002 yıllarında yayınlanan raporlardan erişilebilir olanlar incelendiğinde, şirketlerin söz konusu

<sup>56</sup> YÜCE, ss. 11-12; suhaki.org/2018/12/pulumurdeki-hes-projesi-yorenin-icme-sularina-zarar-verecek/, Erişim Tarihi: 12.12.2020.

<sup>57</sup> GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 372.

<sup>58</sup> GEMALMAZ, s. 375.

<sup>59</sup> Committee on Economic Social and Cultural Rights (CESCR), Annual Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions, E/2012/22- E/C.12/2011/3, Annex VI, parag. 1.

olumsuz etkilerinden bahsedilmesine<sup>60</sup> rağmen su hizmetinin özelleştirilmesine değinilmediği tespit edilmiştir. 2002'den itibaren Komite'nin özelleştirmelere yönelik değerlendirmelerde bulunduğu, özel su hizmeti sağlayıcılarının su hakkına müdahalelerini tespit ettiği durumlarda su hakkını açıkça tanıyan Genel Yorum 15'e atıf yaptığı görülmüştür. Aşağıda Komite'nin yıllık raporlarında su hizmetinin özelleştirilmesine ilişkin yer verdiği endişeler ve tavsiyelerden örnekler verilecektir.

Rusya Federasyonu'nun ilgili su yasasında yapılan değişikliklere ve yeni düzenlemelere göre, yeraltı kaynaklarının çıkarılması gibi projelerin gerçekleşmesi için özel şirketlerden lisans alınması gerekmektedir. Komiteye göre bu kural nedeniyle yerli halk, geleneksel ekonomik faaliyetlerini yerine getirirken güvendiği suya erişim hakkının kısıtlanması ile karşılaşacak; atalarından gelen haklarından mahrum bırakılacaktır<sup>61</sup>. Bu örnekte, geleneksel olarak kullanılan su kaynaklarının kontrolünün özelleştirilmesi nedeniyle suya erişim hakkına müdahale olduğu görülmektedir. Ayrıca Komitenin, özel şirketlere lisans verilmeden önce yerli halkın özgürce bilgilendirilmesini ve halktan özelleştirmeye ilişkin onay istenilmesini önermesinden, su hakkının kullanımına ilişkin etmenlerinden olan, bilgiye erişilebilirliğin ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır. Nitekim Genel Yorum 15'e göre; su ve suyun yönetimi ile ilgili politikalardan su hakkının kullanımı etkilenen bireyler ve gruplar, bu politikalara dair karar alma süreçlerine katılmalıdır.

Kore Cumhuriyeti'ndeki şişelenmiş suyu ticarileştiren şirketin, yerel halkın tarım ve içme suyu için ihtiyaç duyduğu yeraltı su kaynaklarını kullanmasından dolayı halkın bu kaynaklardan mahrum edilmemesi için Taraf Devletçe gerekli önlemlerin alınması önerilmiştir<sup>62</sup>. Bunun yanında, içerisinde kanserojen madde olduğu tespit edilen, özel şirket tarafından şişelenmiş sular hakkında halkı bilgilendirmenin devletin görevi olduğu

<sup>60</sup> CESCR, Annual Report, Report on its 12th and 13th sessions, E/1996/22-E/C.12/1995/18, Ek V, parag. 30; Report on the eighteenth and nineteenth sessions, E/1999/22-E/C.12/1998/26, 1. Bölüm, parag. 74; Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2000/22 E/C.12/1999/11, 2. Bölüm, parag. 270.

<sup>61</sup> CESCR, Annual Report, Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions, E/2012/22-E/C.12/2011/3, 1. Bölüm, parag.153.

<sup>62</sup> CESCR, Annual Report, Report on the forty-second and forty-third sessions, E/2010/22-E/C.12/2009/3, 5. Bölüm, parag. 473.

belirtilmiştir. Böylece özel şirketin kanserojen madde içeren şişelenmiş suların satarak kaliteli temiz suya erişim hakkının ihlal ettiği ortaya konulmuştur<sup>63</sup>. Ayrıca Komite, ülkenin ekonomik büyüme hızının, özellikle dezavantajlı ve marjinalleştirilmiş bireyler veya birey grupları için, ekonomik sosyal ve kültürel hakların daha fazla yerine getirilmesiyle eşleşmediğinden endişe duymaktadır. Raporda, su hizmeti de dahil olmak üzere sosyal hizmetlerin yüksek düzeyde özelleştirilmesiyle dezavantajlı ve marjinalleştirilmiş bireylerin suya erişimde daha büyük zorluklarla karşılaşabileceği ifade edilmiştir<sup>64</sup>.

Komite, Kenya'nın Nairobi Bölgesi'nde bulunan Kibera'da özel su hizmeti sağlayıcıları tarafından yapılan fiyatlandırmaların Taraf Devletçe kontrol edilmesi gerektiğini önermiştir<sup>65</sup>. Bu öneriden; söz konusu şirketin ayrımcı gözetimsiz herkes tarafından karşılanabilir fiyata su hizmeti sağlamadığı anlaşılmaktadır. Oysaki Genel Yorum'a göre su ve su ile ilgili her türlü hizmetin masrafı, ücreti herkes tarafından ödenebilir olmalıdır<sup>66</sup>.

Komite, Meksika'daki La Parot hidroelektrik baraj projesinden veya bölgedeki büyük ölçekli projelerden etkilenen yerli halkla proje öncesinde usulüne uygun şekilde istişare edilmesinin; bilgilendirme sonrasında yapılan özelleştirmeye, çiftçilerin su hakkı dahil olmak üzere halkın ESKH'lerin güvence altına alınmasının gerekliliğini vurgulamıştır<sup>67</sup>. Ayrıca bu olay esas alınarak, baraj projelerinde özelleştirmelerin; yerli halkın, miras aldıkları topraklarda kendi su erişimlerini planlamasını ve suyun dağıtımını sağlamasını engelleyerek Taraf Devletin, yerli halkın bu

<sup>63</sup> E/2010/22-E/C.12/2009/3, 5. Bölüm, parag. 473; Genel Yorum 15'te, Dünya Sağlık Örgütü'nün İçme Su Kalitesi Rehber İlkelerine atıfta bulunarak, insan sağlığını tehdit edecek nitelikte mikro-organizmalar, kimyasal maddeler, radyoaktif atıkları içermeyen kaliteli su, su hakkının gereğinin yerine getirmesi için gerekli unsur olarak kabul edilmiştir. Bkz. General Comment, parag. 12/b.

<sup>64</sup> E/2010/22-E/C.12/2009/3, parag. 463.

<sup>65</sup> CESCR, Annual Report, Report on the fortieth and forty-first sessions, E/2009/22-E/C.12/2008/3, 4. bölüm, parag. 383.

<sup>66</sup> General Comment, parag. 12/c.

<sup>67</sup> CESCR, Annual Report, Report on the thirty-sixth and thirty-seventh sessions, E/2007/22-E/C.12/2006/1, 4. bölüm, parag. 239.



imkanlarını güvence altına alma yükümlülüğünü<sup>68</sup> göz ardı etmesine sebep olabileceği hatırlatılmalıdır.

Komite, Fas'ın kent merkezlerinde su hizmetlerinin özelleştirilmesinden endişe duymaktadır. Özelleştirmelerin gecekondü bölgelerinde yaşayan ailelere ek ekonomik yük getireceği ve böylece yoksulluğun ağırlaşaacağı Komite tarafından belirtilmiştir<sup>69</sup>. Bu endişenin ifade edilmesi ile özel su hizmeti sağlayıcılarının temiz suya eşit erişim hakkına müdahale etmesi önlenmeye çalışılmıştır. Nitekim su hakkı ayırım yapılmaksızın herkese tanınan bir hak; suya ilişkin yatırımlar, gecekonduda bölgelerinde yaşayan halk gibi toplumun dezavantajlı kesimi dikkate alınmaksızın yapılmamalıdır<sup>70</sup>. Genel Yorum'a göre bunu gözetmekle yükümlü kişi devlet olsa da özel şirket, suya ekonomik bir mal olarak bakmasının sonucu olarak kanaatimizce; imtiyazlı kesime olanak tanımaya çalışırken gecekondü halkını göz ardı edecektir.

Komite, su kaynaklarını özelleştirme projeleri nedeniyle, yerel halkın güvenilir suya sürekli ve uygun fiyata erişiminin engellenmemesini, Taraf Devlet olan Nepal'in buna yönelik önlemler almasını önermiştir<sup>71</sup>. Bu ve bunun gibi önerilerden, komitenin özelleştirmeleri suya erişim hakkını tehdit edecek unsur olarak gördüğü sonucu çıkarılabilir. Ekvator halkının özgürce bilgilendirilmeden, tam rızası olmadan doğal kaynakların çıkarılması imtiyazının uluslararası şirketlere verilmesi konusunda Komite'nin endişesi söz konusudur<sup>72</sup>. Ekvator'a ve yukarıda bahsedildiği üzere Rusya Federasyonu'na halkı bilgilendirme konusundaki yapılan uyarılar dikkate alındığında; Komite, özel su hizmeti sağlayıcılarının bünyesinde suya erişim hakkını ihlal etme tehlikesini barındırdığını düşündüğü için özelleştirmenin halka dayatılmaması gerektiğini savunuyor denilebilir.

<sup>68</sup> General Comment, parag. 16/d.

<sup>69</sup> E/2007/22-E/C.12/2006/1, 4. bölüm, parag. 285.

<sup>70</sup> General Comment, parag. 13-16.

<sup>71</sup> CESCR, Annual Report, Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2002/22-E/C.12/2001/17, 4. bölüm, parag. 576.

<sup>72</sup> CESCR, Annual Report, Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2005/22(SUPP), 4. bölüm, parag. 278.

Komitenin raporlarında, raporlar Taraf Devletlere yönelik olduğu için özel su servisi sağlayıcılarının müdahaleleri olaylar ekseninde ele alınmaksızın doğrudan ihlale yönelik duyulan endişeler ve öneriler ifade edilmiştir. Şirketlerin müdahaleleri ayrıntılı verilmese de komitenin değerlendirmeleri sonucunda, şirketlerin temiz suya erişim hakkına müdahale ettiği net olarak anlaşılmaktadır. Özellikle su ve su ile ilgili hizmetlere, ayırım yapılmaksızın devletin yetkisindeki herkes tarafından ulaşılabilmesi anlamına gelen erişilebilirlik unsurunun, ekonomik erişilebilirlik ve ayrımcılık yapmama boyutunu ihlal ettiği görülmektedir. Küreselleşme ile gittikçe etkisi artan şirketlerin, su hakkına yönelik bu müdahaleleri karşısında sorumlulukları yok mudur? Bu soru yükümlülükler başlığı altında cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

### III. İctihatlarla Göre Özel Su Hizmeti

#### Sağlayıcılarının Yükümlülükleri

Özel su hizmeti sağlayıcılarına su hakkına müdahalelerinden dolayı yerel mahkemelerde ilgili devletin mevzuatına dayanılarak sorumluluk yüklenebilmektedir. Kurtuba şehrindeki düşük gelirli ailelerin, Aguas Cordobesas SA isimli özel hizmet sağlayan şirkete ödeme yapamaması nedeniyle şirketin su teminini kesmesi üzerine ailelerin şirkete açtığı dava bu duruma örnektir<sup>73</sup>. Mahkeme, temiz suya erişimin engellenmesinin, özellikle yoksulluk içinde yaşayanlar üzerinde, nüfusun sağlığına sayısız olumsuz etkisi olduğunu vurgulamıştır<sup>74</sup>. Mahkeme özel şirket ile devlet yetkilileri arasında imtiyaz sözleşmesi olması nedeniyle, suyun ücretsiz olamayacağını belirtmekle birlikte, imtiyaz sözleşmesi olsa dahi su hizmeti kamu yararı amacıyla yerine getirilmesini öngören ilgili yasa gereği, şirket tarafından her haneye günlük minimum 200 litre su temin edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>75</sup>. Mahkeme, yasaları gerekçe göstererek

<sup>73</sup> Quevedo Miguel Angel y otros c/Aguas Cordobesas S.A. Amparo davası, Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba (İlk Derece Mahkemesi), 2002.

<sup>74</sup> Water Lex, Wash United, The Human Right To Water And Sanitation In Courts Worldwide: A Selection Of National, Regional And International Case Law, Cenevre, 2014, s. 81-82; WINKLER, Inga, "Judicial Enforcement of the Human Right to Water – Case Law from South Africa, Argentina and India", Law, Social Justice & Global Development Journal, Cilt 11, 2008, s. 10.

<sup>75</sup> Water Lex, s. 82; WINKLER, s. 10.

suyun ekonomik mal olduğunu ileri sürmüş olsa da herkesin temiz suya erişim hakkının güvence altına alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Bir diğer örnek ise 2001’de Nepal Yüksek Mahkemesinde görülen bir davadır<sup>76</sup>. Başvuranların, Nepal Su Tedarik Şirketinin kirli su sağladığını ve su hizmeti sağlamadığı yerlerden de ücret aldığı iddiasına karşı söz konusu şirket; sadece içilebilir su sunduğunu, drenaj sistemini geliştirmek için adımlar attığını, sızıntıyı önlemek için önlemler aldığını iddia etmiştir<sup>77</sup>. Mahkeme, olağanüstü yargı yetkisi altında delil toplayamayacağı veya değerlendiremeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmekle birlikte, kararında kurumun şirketlere ilişkin yasa uyarınca saf içme suyuna düzenli olarak erişim sağlama yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca mahkeme, şirketin hesap verebilir ve sorumlu hale gelmesi için yasal düzenlemelerin yapılmasının gerekliliğini ifade etmiştir<sup>78</sup>.

Özel su şirketi sağlayıcılarının faaliyetlerine karşı su hakkını güvence altına alacak sınırlı sayıda olan yerel düzenlemeler, görüldüğü üzere devletin insan haklarını koruma, saygı duyma ve yerine getirme yükümlülüğünden kaynaklıdır. Oysaki devletlerin, devlet-dışı aktörlerin insan haklarını kötüye kullanmasından korumaya çalışan yükümlülükleri sınırlı olması nedeniyle su hizmeti sağlayıcıları, devletin yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen, su hakkını ihlal etmeye devam edebilir. Bunlar dikkatte alınıp devletin yükümlülüğünü yerine getirmesinden bağımsız olarak işletmelerin, su hakkına müdahalelerinden doğacak sorumluluklarına yönelik yumuşak hukuk kuralları ortaya konulmuştur.

### **A. Özel Su Hizmeti Sağlayıcılarının Su Hakkına**

#### **Yönelik Yükümlülüklerinin Düzenlenmesi Süreci**

İkinci Dünya Savaşı’nda açığa çıkan şiddet ve yıkımın sebebiyle gerek ulusal gerekse uluslararası düzlemde meydana gelen tahribatın tekrar etmesini önleme arayışı sonucunda insan hak ve özgürlüklerinin

<sup>76</sup> Prakash Mani Sharma and Others v Nepal Water Supply Corporation and Others, WP 2237/1990, 2001.

<sup>77</sup> Water Lex, s. 181.

<sup>78</sup> Water Lex, s. 182-183.

uluslararası alanda korunması süreci başlamıştır<sup>79</sup>. Tahribata, çeşitli ideolojileri savunan devlet otoriteleri neden olduğu için insan hak ve özgürlüklerinin korunacağı özne, devlet olarak belirlenmiştir<sup>80</sup>. Bu amaç doğrultusunda bazı bildiri ve önerilerden sonra insan haklarının ilk kez açıkça BM şartına konu olmasından bu yana aynı çizgi takip edilmiş; "...farklı ideolojiler ve kültür çevrelerince uzlaşmaya varılmış asgari ortak alan olarak..." tanımlanan Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda taraflar, birey/halk/grup ve devletler olarak kabul edilmiştir<sup>81</sup>.

Ulusalüstü insan haklarının normatif standartlarının oluşmasında ve bu standartların uygulanmasında devletler aktif rol oynar. Ancak insan hakları belgelerinin üretimi sürecinde, özellikle şeffaflığın korunmasında önemli rol oynayan devlet-dışı aktörlerden olan uluslararası örgütlerin de devletler kadar etkili olduğu görülmektedir<sup>82</sup>. Küreselleşmenin etkisiyle yalnızca uluslararası örgütler değil, çeşitli devlet-dışı aktörler de insan hakları hukukunun kapsamında zamanla etkili olmuştur. Özellikle çokuluslu şirketlerin insan haklarını ihlal etmesi nedeniyle, devlet-dışı aktörlerin insan haklarına dair hak ve yükümlülükler sahip olması tartışılır hale gelmiştir<sup>83</sup>.

Konumuz kapsamında, uluslararası veya ulusal şirketlerin faaliyetlerine bakıldığında; şirketler ekonomik kalkınma ve toplulukların sosyal gelişimleri üzerinde yeni iş imkanları oluşturarak veya yeni yatırımlar yaparak olumlu etki sağlayabilirler. Fakat, bütün ticari işletmelerin, boyutları, yerel ya da uluslararası alanda faaliyet göstermeleri, kamu ya da özel olmaları fark etmeksizin, medeni ve siyasi haklardan ekonomik, sosyal ve

<sup>79</sup> CLAPHAM, Andrew, *Human Rights: A Very Short Introduction*, 2. Baskı, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, s. 20-23; GEMALMAZ, s. 3.

<sup>80</sup> DERİCİLER YÜCEL, Özge, "Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6(11), 2018, s. 60.

<sup>81</sup> GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 2, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 539.

<sup>82</sup> GEMALMAZ, Cilt 2, s. 540,544: Geleneksel anlayışa göre, insan hakları devletlerin keyfi müdahalelerine karşı koymak amacı ile geliştiği için Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukuna ilişkin sözleşmelerin tarafları devletlerdir, böylece devletlerin sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukları vardır.

<sup>83</sup> SHAW, Malcolm N., *International Law*, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 197.

kültürel haklara kadar tüm insan hakları üzerinde olumsuz sonuçlara sebebiyet verebilmektedirler<sup>84</sup>.

Bu olumsuz etkiler şirketlerin insan hakları kapsamında sorumluluklarına dair tartışmalara neden olmuştur. İnsan haklarının ihlalden doğan bu tür sorumluluklar geleneksel olarak hükümetlere ait olarak görülse de şirketlerin sebep olduğu ihlaller, 1990'ların ortasından bu yana ticari işletmelerin sorumluluğu üzerine tartışmalara yol açmıştır<sup>85</sup>. Uluslararası düzeyde, işletmelerin insan hakları sorumluluklarının kapsamını belirlemek ve işletmeleri olumsuz insan hakları etkilerine yol açan faaliyetlerinden sorumlu tutma yollarını araştırmak için bazı yumuşak hukuk kuralları getirilmiştir<sup>86</sup>. Ancak şirketlerin yükümlülüklerinin ahlaki zeminde olduğu görülmektedir.

<sup>84</sup> BERNAZ, Nadia, *Business and Human Rights: History, Law and Policy-Bridging the Accountability Gap*, New York, Routledge, 2017, s. 1-2; Bernaz, bu olumsuz etkilerin hem şirket içinde hem de dışında meydana gelebileceğini belirtmiş; şirket içi etkiler bakımından dernek kurma özgürlüğü, kötü çalışma koşulları, zorla çalıştırma, çocuk işçiliği ve özel hayata saygı ilkesinin ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi şeklinde örnekler vermiştir. Şirketlerin, yerli halkı madencilik veya başka bir endüstriyel projeye yer açmak için arazilerini terk etmeye zorlayarak kişilerin mülkiyet hakkını ihlal ettiği; müşterilerin kişisel bilgilerini ifşa ederek veya satarak gizlilik hakkını ihlal ettiği, tüketici hakları üzerinde olumsuz etkiler doğurduğu; faaliyetleriyle verimli toprakları veya suyu kirleterek onlar için çalışmayan bireylerin sağlık veya suya erişim haklarını ihlal ettiği görülmektedir.

<sup>85</sup> WETTSTEIN, Florian, GIULIANI, Elisa, SANTANGELO, Grazia D., STAHL, Günter K., "International Business and Human Rights: A Research Agenda", *Journal of World Business*, Cilt 54(1), 2019, s. 55.

<sup>86</sup> Öncelikle işletmelerin faaliyetlerine yönelik gönüllülük temeline dayalı, hukuki bağlayıcılığı bulunmayan ve izleme mekanizması içermeyen ilkeler ve standartlar getirilmiştir. Daha sonra toplumsal organ olan şirketler insanların hayatlarını etkileyen güçlü kurumlar oldukları için topluma karşı ahlaki yükümlülükleri hukuksal zemine taşınmaya çalışılmıştır. Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin BM Genel Sekreterliğinden, çokuluslu şirketlerin insan haklarına etkilerinin araştırılmasını talep etmesi üzerine bu süreç başlamıştır. Oluşturulan komisyon 1990 yılında Taslak Normlar oluşturmasına rağmen çeşitli anlaşmazlıklar nedeniyle devam edilmedi. Çokuluslu şirketlere ilişkin komisyon, Uluslararası Yatırım ve Ulus-aşırı Şirketler Komisyonu olarak yeniden adlandırılarak çalışmalar yapmıştır. 1999'da BM Küresel Paketi (UN Global Compact) kurulmuş, 10 temel ilke kabul edilmiştir. Küresel İlkeler şirketlere hukuki değil, ahlaki yükümlülükler yüklemesi nedeniyle, İlkeler şirketler arasında popüler hale gelse de insan hakları savunucuları tarafından eleştirilmiştir. 2003 yılında çokuluslu şirketlerin ve diğer ticari kuruluşların insan haklarını ilişkin sorumluluklarını düzenleyen Taslak Normalar İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul

BM günümüzde, şirketlere gönüllü ahlaki rehberlikten öte bir şey sunulmasını savunmaktadır. Ancak şirketlerin yükümlülüklerini değerlendirebilmek için bu tespitin arka planına bakmak gerekir. Ticari şirketlerin yükümlülükleri başlığında ele alınan sürece bakıldığında şirketlerin insan haklarına yönelik sorumlulukları hakkında yapılan çalışmalar, şirketler üzerinde Küresel İlkeler ile birlikte etki oluşturmaya başlamıştır denebilir<sup>87</sup>. Küresel İlkeler kapsamında, CEO Water Mandetta gibi su yönetiminin sürdürülebilirliği konusunda ortaklaşa eylem planları yapılmış olsa da Küresel İlkeler sadece gönüllülük esasına dayalıdır, hukuki sonuçlar doğurmamaktadır<sup>88</sup>.

Devlete karşı bireyi korumak için var edilen insan hakları hukukunun, yükümlülükler bakımından devlet dışı aktörlere doğru genişletilmesi yönündeki eğilimler sonucunda şirketlere ahlaki yükümlülüklerin yanında hukuki yükümlülüklerin de verilmesi için çalışmalar yapılmıştır<sup>89</sup>. 2008 yılında BM İnsan Hakları Konseyi, BM İş ve İnsan Hakları Özel Temsilcisi John Ruggie tarafından geliştirilen Koruma, Saygı Duyma ve

---

edilmemiştir. Bu girişim özellikle çokuluslu şirketler tarafından eleştirilmiş ve 2004'te terk edilmiş olsa da 2004'ten 2011'e John Ruggie'nin bu doğrultudaki çalışmalarına olumlu katkılar sağlamıştır. Böylece, Ruggie tarafından tanıtılan 'Birleşmiş Milletler İş ve İnsan Hakları İlkeleri' 2011 yılında Birleşmiş Milletler'de kabul edilmiştir. Bu ilkeler uluslararası bir antlaşma statüsüne sahip olmasalar da tüm işletmeleri ve tüm insan haklarını kapsayan bir dizi evrensel standart oluşturarak işletmelerin sorumlulukları bakımından atılmış en önemli adımlardan biridir. Yumuşak hukuk kuralları olan, tüm işletmeleri ve tüm insan haklarını kapsayan bu ilkeler, konumuz kapsamında özel su hizmeti sağlayıcılarının yükümlülükleri başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bkz.: DEVA, Surya, BILCHITZ, David, Human Rights Obligation of Business-Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, Cambridge University Press, New York, 2013, ss. 5-7; WETTSTEIN vd., s. 55-56; Küresel İlkeler, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>, Erişim Tarihi: 01.07.2020.

<sup>87</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 5.

<sup>88</sup> CAN, Ozan, YÜCEL, Recep, "Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35(2), 2019, s. 3.

<sup>89</sup> YILDIRIM, Engin, "Şirketler ve İnsan Hakları: BM İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, İstanbul, Petrol-İş Yayınları, 2014, s. 4.

Telafi Edici Çözüm Üretme çerçevesini<sup>90</sup> oybirliğiyle kabul etmiştir. Çerçeve, insan hakları ile ilgili devlet görevlerini ve kurumsal sorumluluklarını hukuki bir şekilde ortaya koyar; ayrıca hem devletlerin hem de işletmelerin insan hakları ihlali mağdurları için etkili çözümlere erişim sağlamak zorunda olduklarını teyit eder<sup>91</sup>.

2008 yılında BM İnsan Hakları Konseyi, Özel Temsilciden, *Koruma, Saygı Duyuma ve Telafi Edici Çözüm Üretme* çerçevesini işler hale getirecek yol gösterici ilkeler geliştirmesini istemiştir<sup>92</sup>. 2011'de İnsan Hakları Konseyi tarafından, Özel Temsilci John Ruggie'nin hazırladığı 'İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler' kabul edilmiştir<sup>93</sup>. Ayrıca BM Bağımsız Uzman Catarina de Albuquerque, güvenli içme suyuna erişim ve sanitoryona ilişkin insan hakları yükümlülükleri meselesi üzerine olan raporunda özel su sağlayıcılarının yükümlülüklerini ele almıştır<sup>94</sup>. BM Özel Raportörü Léo Heller ise, 2020 BM Genel Kurulunun 75. oturumuna ilişkin tematik raporunda özel sektör katılımına ve güvenli içme suyu ve sanitoryona yönelik insan haklarını çalışmaktadır<sup>95</sup>. Bu çalışmalar ticari

<sup>90</sup> UN Human Right Council, "Business and Human Rights: Towards Operationalizing the 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Report of the Special Representative of the UN Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/11/13, 2009.

<sup>91</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 11.

<sup>92</sup> UN Human Right Council, Report of the Special Representative of the UN Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, John Ruggie, A/HRC/17/31, 2011, s. 3.

<sup>93</sup> Ruggie'nin çerçevesi, devletlerin insan haklarını koruma yükümlülüğü; şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu, hakkı ihlal edilenlerin telafi edici çözümlere erişimi olmak üzere üç temel konuyu içerir. Bk.: A/HRC/17/31, s. 6; Rehber ilkelerin kabulü, insan haklarına ilişkin ticari şirketlerin sorumluluklarının niteliğini ve kapsamını tanımlama yönünde önemli bir adımdır. Ayrıca su ve sanitoryonla ilgili sorumluluklara da ışık tutmaktadır. Bkz.: Institute for Human Rights and Business, s. 12.

<sup>94</sup> UN Human Right Council, Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31, 2010.

<sup>95</sup> HELLER, Léo, Online consultation on private sector participation and the human rights to safe drinking water and sanitation, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Conceptnote\\_online\\_consultation.docx](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Conceptnote_online_consultation.docx), Erişim Tarihi: 20.08.2020.

şirketlere hukuki yükümlülük yüklemeye en yakın çalışmalardan olması nedeniyle, özel su sağlayıcılarının temiz suya erişim ve sanitasyon hakkına ilişkin yükümlülükleri bu çalışmalar ışığında ortaya konulacaktır.

## B. Saygı Gösterme Sorumluluğu

Uluslararası insan hakları hukukuna göre devletin insan haklarına yönelik saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü vardır. Özel su ve sanitasyon servisi sağlayıcılarının ise sadece saygı duyma sorumluluğu vardır. Bir işletme su ve sanitasyon hakkının gerçekleştirilmesinde aktif bir rol oynamayı seçtiğinde, hakka saygı gösterme sorumluluğu vardır; koruma ve yerine getirme görevi yoktur<sup>96</sup>. Ticari şirketlerin insan haklarına dair yükümlülükleri tartışması daha çok küreselleşme ve hesap verilebilirlik nedeniyle çok uluslu şirketlere odaklanmış olsa da bu çalışmalar ile getirilen yükümlülükler orta büyüklükteki ulusal şirketler ve küçük ölçekli işletmeleri de kapsamaktadır<sup>97</sup>.

Tüm ticari işletmelerin insan haklarına saygı göstermesinin iki önemli noktası vardır<sup>98</sup>:

“1. Şirketler başkalarının haklarını ihlal etmekten kaçınmalıdır.

2. Şirketler, yer aldıkları faaliyetlerin insan haklarına olumsuz etkilerini araştırmalı ve ortadan kaldırmalıdır.”

Bu önemli noktalar Küresel İlkelerde iki temel ilke olarak görülmektedir. Şirketler insan haklarını desteklemeye ve geliştirmeye yönelik başka yöntemler de uygulayabilirler. Ancak Ruggie, bunların saygı göstermeyi yeterince sağlamayacağını belirtmiştir<sup>99</sup>.

Başkalarının haklarını ihlal etmemesi, ilk akla gelen şekliyle, şirketlerin olumsuz insan hakları etkileri doğuracak veya doğmuş olan olumsuz etkilere katkı yapacak faaliyetlerle insan haklarını ihlal etmemesidir. Bunun yanında, şirketlerin iş ilişkilerinden doğabilecek insan hakları ihlallerinden kaçınması da başkalarının haklarını ihlal etmemesinin kapsamındadır<sup>100</sup>. Bu doğrultuda şirketler, iş ortaklarının da hak

<sup>96</sup> A/HRC/15/31, parag. 21-22.

<sup>97</sup> A/HRC/15/31, parag. 24.

<sup>98</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 31.

<sup>99</sup> A/HRC/17/31, Prensip 22.

<sup>100</sup> YILDIRIM, s. 10.



ihlallerinden kaçınmaları için ortaklarını teşvik etmelidir. Hakkı ihlal etmemek şirketler için sadece pasif bir sorumluluk değildir, özel su hizmeti sağlayıcılarının işyerinde ayrımcılıkla mücadele politikası benimsemesi gibi pozitif yükümlülükler de gerektirir<sup>101</sup>. Başkalarının haklarının ihlal edilmemesi için Rehber İlkelerde yer alan önerilerden birisi, şirketlerin insan hakları politika taahhüdü ilan etmesidir<sup>102</sup>.

Başkalarının haklarına zarar vermemenin somutlaşmış hali, şirketlerin faaliyetlerinin ve ilişkilerinin insan haklarına etkilerini tespit etme, bunları önleme ve çözmesi anlamına gelen gerekli özeni gösterme (due diligence) yükümlüğüdür<sup>103</sup>. Devlet tarafından şirketlere gerekli özenin gösterilmesi yükümlülük olarak yüklenirse dahi şirket, gerekli özeni göstermelidir<sup>104</sup>.

### 1. Politika Taahhüdü

Rehber İlkeler; işletmelerin süreçlerine ve prosedürlerine insan haklarını nasıl entegre etmek istediklerini beyan etmelerini, insan haklarına yönelik risk ve etkilerini raporlamalarını gerekli görmektedir. İnsan hakları politika bildirimini, şirketin en üst kademesince onaylanmış; ilgili uzmanların tavsiyelerinden beslenmiş; şirketin personelinden, iş ortaklarından ve diğer taraflardan insan hakları ile ilgili beklentilerine yer vermiş olmalıdır<sup>105</sup>. Özel su hizmeti sağlayıcıları faaliyete geçmeden önce devletlerle müzakere ve sözleşme süreci olmaktadır. Bu süreçlerde devletler temiz suya erişim hakkını sağlamaya yönelik yükümlülüklerinden kaçınmak istediğinde dahi özel su hizmeti sağlayıcıları, devletin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmesini zayıflatacak taahhütlerden devleti kaçındırması gerekir<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> UN Right Council, "Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights," Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 2008, parag. 55.

<sup>102</sup> A/HRC/17/31, Prensip, 15-16.

<sup>103</sup> A/HRC/17/31, Prensip 15; YILDIRIM, s. 11.

<sup>104</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 31.

<sup>105</sup> A/HRC/17/31, Prensip 16.

<sup>106</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 34.

5.000'den fazla şirket bu ilkeler doğrultusunda insan haklarına saygıyı taahhüt etmesine rağmen çok azının insan hakları entegrasyonunda ilerleme gösterdiği tespit edilmiş;<sup>107</sup>. Rehber ilkeler uluslararası düzlemde onay aldığı için bu oranın artacağı ümit edilmektedir. Tüm işletmeler; koruma, saygı gösterme ve yerine getirme çerçevesince politika taahhüdünü inşa ederken, uluslararası hukukta açıkça tanınan su ve sanitasyon hakkını göz önünde bulundurmalıdır.

## 2. Gerekli Özeni Gösterme

Politika taahhüdünün yanı sıra, ticari şirketler, olumsuz insan hakları etkilerini tespit etmek, önlemek, azaltmak ve nasıl ele alındığını açıklamak için, insan hakları ile ilgili gerekli özeni göstermelidir<sup>108</sup>. Saygı gösterme yükümlülüğünü operasyonel hale getiren gerekli özeni göstermenin Ruggie'ye göre üç boyutu vardır. İlk boyutu, şirketlerin açık ve şeffaf olan insan hakları politikalarını kabul etmeleri; ikincisi, şirket faaliyetlerinin insan hakları etkilerinin değerlendirilmesi; üçüncüsü, şirketin kültürü ve sistemi içinde insan hakları değerlerinin benimsetilmesi ve yaygınlaştırılmasıdır. Gerekli özeni gösterme süreci politika, etki değerlendirmesi, entegrasyon ve performans takibinden oluşur.

Şirketlerin faaliyetlerinin ve faaliyetlerine bağlı ilişkilerinin, insan hakları üzerindeki potansiyel ve fiili olumsuz etkilerinin değerlendirilmesi gereklidir. İnsan hakları etki değerlendirmeleri şirketin ölçeğine, sektöre, ulusal düzene bağlı olacaktır<sup>109</sup>. Etki değerlendirilmesi hem faaliyete geçmeden önce hem de faaliyetleri esnasında yapılmalıdır.

Su ve sanitasyon hizmetinin devredilip devredilmeyeceği kararı, ihale ve sözleşme süreci devlet tarafından genel bir strateji ile belirlenmelidir. Bu süreçler demokratik, katılımcı ve şeffaf olmalı; müzakere sürecinde şirket tarafından taahhüt edilen politikaların, planlanan projelerin temiz suya erişim hakkının gerçekleşmesi üzerindeki potansiyel olumsuz etki değerlendirilmesi yapılmalıdır<sup>110</sup>. Komite raporları

<sup>107</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 21: CEO Water Mandate'e imzacı ülkelerden yalnızca üçte birinin politikaları özellikle su hakkı üzerine olması bu durumun göstergesidir.

<sup>108</sup> A/HRC/17/31, Prensip 17.

<sup>109</sup> A/HRC/8/5, parag. 61.

<sup>110</sup> A/HRC/15/31, parag. 34, 36, 43.

değerlendirildiğinde, kentsel kesim ile kırsal kesim arasında temiz suya erişim oranında büyük fark olduğu görülmüştür. Şirketin müzakere sürecinde hedeflediği projelerin, ayrımcılık yapılmaksızın herkesin temiz suya erişme hakkına etkisi değerlendirilmelidir. Şirketin faaliyetleri esnasında da potansiyel ve fiili olumsuz etkilerini tespit edecek değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin özelleştirme sonu şirket tarafından yeraltı kaynakları çıkarılması için yerel halkın geleneksel ekonomik faaliyetlerini yerine getirirken güvendiği temiz suya erişim hakkı engellenmemelidir. Yine BM'nin, özelleştirmelerin insan hakları açısından olumsuz sonuçlar doğurduğunu ileri süren, ilgili raporunda; özelleştirmelere ilişkin düzenlemelerde ve sözleşmelerde genel olarak etki değerlendirmesine yer verilmeyerek insan haklarının ihlaline yol açıldığı ifade edilmiştir<sup>111</sup>. Sözleşmelerde bunlar dikkate alınmaması sonucunda, özelleştirmelerin özellikle yoksullar üzerindeki etkileri gibi hususların sürekli olarak izlenmesinin dezavantajlı grupların haklarının ihlal edilmesine neden olacağı yukarıdaki örneklerde açıkça görülmektedir.

Saygı gösterme yükümlülüğünde en çok problem, entegrasyon sürecinde meydana gelmektedir. Çünkü şirketin ticari kaygıları ile insan haklarına yönelik taahhütleri çelişebilir. Ancak kişi temiz suya erişemediğinde yaşam hakkı dahil olmak üzere pek çok hakkı tehlikeye düşebileceğinden dolayı özel su hizmeti sağlayıcılarının, hiçbir koşulda bu çelişkiyi yaşamadan su ve sanitasyon hakkını öncelemesi gerekir. Özel su endüstrisinin bu misyonuna rağmen, endüstri su hakkına yönelik taahhütlerde bulunsa da, dünyanın herhangi bir yerinde yapılan kamu-özel su hizmet devri sözleşmesinde insan haklarına atıfta bulunulmadığı, kamuya açık şekilde ortaya konulmadığı iddia edilmektedir<sup>112</sup>. Bu iddia, bahsedildiği gibi insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünde en çok problemin entegrasyon sürecinde yaşandığını doğrulayabilir.

<sup>111</sup> Extreme Poverty and Human Rights, A/73/396, Parag. 31; Raporda, özelleştirmelerin özellikle yoksullar üzerindeki olumsuz etkileri üzerinde durulmuş ve buna yönelik çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

<sup>112</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 34: Entegrasyon sürecinde yaşanan bu problem; Bağımsız Uzman Albuquerque tarafından, diğer hizmetlerin özelleştirilmesine nazaran su hizmetinin özelleştirilmesinde daha karmaşık bir süreç yaşandığı belirtilerek ifade edilmiştir.

İnsan haklarına saygı duymanın kurumsal sorumluluğu açık uçlu ve daimi bir sorumluluktur. Özel su hizmeti sağlayıcısı, hükümetle anlaşmış olsa bile, insan hakları üzerinde olumsuz bir etkisi olmadığından; olumsuz etkilere etkin çözümler bulduğundan emin olmak için operasyonlarını periyodik olarak gözden geçirmelidir<sup>113</sup>. Örneğin özel su hizmeti sağlayıcıları, bireylerin temiz suya ekonomik olarak erişimini sağlamalıdır. Su hizmetinin ücretlendirilmesi uygun fiyatlı olmalı; sabit ücretlendirme olmaksızın tüketime dayalı olmalı; esnek ödeme planları sunulmalı; ödemesini gerçekleştiremeyenlerin su hakkı kesintiye uğramamalıdır.

Devlet su ve sanitasyon hakkının sağlanması için gerekli yükümlülüklerini yerine getiriyor olsa dahi, özel su hizmeti sağlayıcılarının eylemleri veya eylemsizlikleri bireylerin temiz suya erişim hakkının ihlal edilmesi için yeterli olabilir. Özel su hizmeti sağlayıcılarının faaliyetleri, diğer ticari şirketlerin faaliyetlerinin aksine, doğrudan insan haklarının yerine getirilmesi ile ilgili olmasından mütevellit, özel niteliklerle karakterize edildiği için su servisi sağlayıcıları gerekli özeni gösterirken bazı hususlara dikkat etmelidir<sup>114</sup>. Bu noktada hem özel su hizmeti sağlayıcılarına hem de devletlere rehber olacak standartlar şunlardır:

- Şeffaf ve demokratik karar almayı garanti altına almak
- Teklif verme ve müzakere sürecinde güç asimetrisinin ele alınması
- En fakir ve marjinalleştirilmişlere ulaşılması
- Uygun fiyatlı hizmetlerin sağlanması
- Ödeme yapamama durumunda bağlantı kesilmelerini önleme
- Hizmet kalitesinin sağlanması
- Düzenleme kapasitesinin ve uygulamanın sağlanması
- İzleme ve takip kapasitesinin sağlanması
- Etkili şikayet mekanizmalarının oluşturulması
- Yolsuzluğun giderilmesi''<sup>115</sup>

<sup>113</sup> Institute for Human Rights and Business, s. 36; A/HRC/15/31, parag. 63.

<sup>114</sup> A/HRC/15/31, parag. 28-29.

<sup>115</sup> A/HRC/15/31, Parag. 30.

Bu hususlar, saygı gösterme yükümlülüğünü yerine getirmek için gerekli olan politika taahhüdünü ve gerekli özeni göstermeyi kapsar. Bu standartlar özelleştirmeye ilişkin sözleşme müzakerelerinde, sözleşme kabul edildiğinde, uygulandığında olmak üzere, su hizmetinin özelleştirilmesinin bütün aşamalarında dikkate alınmalıdır<sup>116</sup>. Standartların Genel Yorum 15'te yer alan su hakkının normatif içeriği ile örtüştüğü görülmektedir. Nitekim standartlar uygulandığı takdirde şirketler, bireylerin su kullanımını etkileyen her türlü kararın alınması sürecine katılabilmesine; bireylerin fiziki ve ekonomik olarak temiz suya erişebilmesine; ayırım yapılmaksızın, hakkaniyet ilkesi gözetilerek herkes için su hakkının gereğinin yerine getirilmesine; kaliteli ve sürekli olarak suya erişilebilirliğin sağlanmasına; hak ihlali olmasını önlemekle birlikte, olduğu takdirde ihlallerin mağdurlarının bütün uygun telafi imkanlarından faydalanmasına hizmet edecektir.

### 3. Telafi Edici Çözüm Üretme

Özel su hizmeti sağlayıcısı, insan haklarına yönelik politika taahhüdünde bulunsa ve hatta gerekli özeni göstermek için bütün gereklilikleri yerine getirirse dahi, temiz suya erişim hakkını ihlal edebilir. Böyle bir durum tespit edildiğinde tek başına veya diğer aktörlerle, öncelikle sözleşme yaptığı devlet olmak üzere, iş birliği yaparak; kamu ve özel sektörde yer alan farklı kuruluşlar arasındaki koordinasyonu sağlayarak çözüm üretmelidir<sup>117</sup>. Ancak bilinmektedir ki; yolsuzluğun çok yaygın olduğu bir durumda veya bağımsız bir yargı sisteminin bulunmadığı halde söz konusu uluslararası düzenlemelerin uygulanması zayıflatılacaktır. Bu nedenle kötüleşen hizmetler, karşılanmamış performans standartları, haksız tarife artışları, yetersiz sosyal politikalar veya diğer ihlallerden devletin ve şirketlerin sorumlu tutulabilmesi için hesap verilebilirlik ve etkili çözümlerin varlığı esastır.

Etkili çözümlere erişim için adli, idari, yasal ve diğer uygun araçların kullanılması gerekliliği Rehber İlkeler Prensipli 25'te ifade edilmiştir. Rehber ilkelere göre özel su hizmeti sağlayıcıları; şirketin faaliyetleri nedeniyle temiz suya erişim hakkı olumsuz etkilenen veya ihlal edilen

<sup>116</sup> A/HRC/15/31, parag. 32-55.

<sup>117</sup> A/HRC/17/31, Prensipli 22; A/HRC/15/31, parag. 57.

bireyin, bu durumun telafi edilmesi için başvurabileceği, devletin mekanizmalarıyla veya yargı sistemi ile çatışmayan, etkin<sup>118</sup> şikayet mekanizmalarını oluşturmalarıdır. Eğer olumsuz etki, iş ilişkisi içinde bulunduğu, ortak olduğu bir şirketten kaynaklanıyorsa, burada ilgili şirketten yalnızca hak ihlaline neden olan veya insan haklarını tehdit eden diğer şirket üzerindeki iş ilişkisinden doğan etkisini kullanması beklenir<sup>119</sup>.

Betchel v Bolivia davasında olduğu gibi sürecin sonunda Anayasal düzenlemelerle çözüm getirilen su hakkı mücadeleleri değerlendirildiğinde, özel su hizmeti sağlayıcılarının temiz suya erişim hakkını olumsuz etkilediği durumlarda, genelde şirket tarafından telafi edici çözümlerin sunulmadığı, bu nedenle halkın devlet müdahalesini talep ettiği söylenebilir.

Özel su hizmeti sağlayıcılarının insan haklarına yönelik yükümlülüklerini içeren bu düzenlemelere bakıldığında şirketlerin insan haklarını ihlal ettiğinde mağdurların, ilgili devletin şirketin denetlemesini talep edebilmek gibi dolaylı merciler dışında, pek çok ülkede doğrudan şirkete karşı başvurabileceği bir mercii olmadığı görülmektedir. Telafi edici çözüm üretilmesi için şikayet mercileri veya yargısal düzenlemeler ilgili çalışmalarda önerilmiştir. Ancak bu husus şirketlerin ve devletin takdirine bırakıldığı için ilkeler, şirketin yükümlülüğü konusunda bağlayıcılık teşkil etmemektedir. Buna rağmen uluslararası hukuk nezdinde su hakkına müdahaleyi engelleyebilecek en etkili ve uygulanabilir olanların ele alınan belgeler olduğu söylenebilir. Rehber İlkeler ve Albuquerque'nin raporu, ulusal ve uluslararası düzeyde uzlaşma oluşturarak bağlayıcı yasal düzenlemelere ilham olabilir.

## SONUÇ

Suyun hayatımızdaki öneminden ötürü, su kaynaklarında yaşanan sorunlar nedeniyle, devletler gerek ulusal gerekse uluslararası ölçekte su ve sanitasyona ilişkin birtakım kurallar ve standartlar oluşturmuşlardır. Suyun ticari bir meta mı yoksa insan hakkı mı olduğu bu kurallar

<sup>118</sup> Su hizmeti sağlayıcıları tarafından oluşturulan şikayet mekanizmaları, meşru, erişilebilir, öngörülebilir, adil, şeffaf, haklarla uyumlu, sürekli öğrenmenin kaynağı olduğu; katılım ve diyaloga dayandığı takdirde etkin bir mekanizma olacaktır. Bkz.: A/HRC/17/31, Prensip 31.

<sup>119</sup> YILDIRIM, s. 13.

oluşturulurken tartışılmış ve tartışılmaya devam etmektedir. Bireyin el-verişli yaşam standartlarına sahip olabilmesi için gerekli olan suyun insan hakkı olması yönünde mücadeleler süregelmıştır. Suyun dolaylı yoldan insan hakkı olarak tanınmasının geçmişi eskiye dayansa da açıkça insan hakkı olarak tanınması 2002 yılında ESKHK tarafından gerçekleşmiştir. ESKHK'nin Taraf Devletlere, Sözleşmedeki hakların nasıl sağlanacağı konusunda yönlendirme yaptığı Genel Yorumlar'ın 15'incisinde su hakkı açıkça ifade edilmiştir. Genel Yorum 15, kendisinden sonra gelen insan hakları belgelerine ilham olmuştur. Su ve sanitasyonun insan hakkı olarak tanınmasına ilişkin BM Kararı başta olmak üzere, Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku belgelerinde su hakkı, Genel Yorum 15'e yapılan atıflarla güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Su ve sanitasyon insan hakkı olarak tanınmasına rağmen IMF gibi Uluslararası Kuruluşlar çıkarları doğrultusunda, suyun meta olarak kabul edilmesi için gerekli kamuoyunu oluşturmaya çalışmıştır. Özellikle gelişmemiş ülkelerde başarılı sonuca ulaşan bu görüşün sahipleri, suyun özel şirketler tarafından sağlanmasının yolunu açmıştır. Su hizmetinin özel şirketler tarafından sağlanması ve bunun karşılığında bireylerden bedel alınması anlamına gelebilecek özelleştirmelerle birlikte şirketlerin, bireylerin temiz suya erişim hakkına yönelik müdahaleleri meydana gelmiştir.

Geleneksel insan hakları anlayışının amacı bireyin, devletin keyfi müdahalelerinden korunması olduğu için ilgili sözleşmelerden doğan yükümlülükler sadece devletlere yöneliktir. Ancak özel su hizmeti sağlayıcılarının faaliyetlerine bakıldığında; su hizmetinin herkese ve ödenebilir bedelle sunulmaması hali başta olmak üzere, bireylerin temiz suya erişim hakkının şirketlerce ihlal edildiği görülmüştür. Su hizmeti özel şirketlerce sağlandığında dahi, Taraf Devletlerin Genel Yorum 15 kapsamında sorumlulukları devam etmektedir. Taraf Devletler saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğü gereğince, şirketlerin olası müdahalelerini engellemeli ve mevcut müdahalelerine telafi edici çözüm üretmelidir. Ama küreselleşme ile birlikte şirketlerin devletler üzerindeki etkisi dikkate alındığında, bunun yeterli olmadığı görülmüş; şirketlere birtakım yükümlülükler yüklenmesi amacıyla çalışmalara başlanmıştır.

Bu konuda yapılan çalışmalar uzun süre gönüllülük temelinde ilerlemiştir.

Şirketlerin yükümlülüklerin ahlaki zeminden çıkarılarak hukuki zemine taşınması, özellikle BM Bağımsız Uzmanlarının raporları ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu raporlar ekseninde değerlendirme yapıldığında, şirketlerin yükümlülüklerinin temelinde saygı gösterme yükümlülüğü olduğu görülmektedir. Saygı gösterme yükümlülüğü; politika taahhüdü, gerekli özeni gösterme ve telafi edici çözüm üretme olmak üzere üç yükümlülük ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Özel su hizmeti sağlayıcısı bu yükümlülükleri, hizmet devrine ilişkin sözleşmeden önce, sözleşme esnasında ve faaliyetleri boyunca dikkate almalıdır. Bununla birlikte, şirketin temiz suya erişim hakkını ihlal etmesi sonucunda telafi edici çözüm üretmesi yükümlülüğü dikkate alındığında, şirketlere sadece negatif değil pozitif yükümlülükler de yüklendiği söylenebilir. Ancak bu yükümlülükler yumuşak hukuk kuralları olduğu için bağlayıcı değildir.

Devletlerin, koruma yükümlülüğünü yerine getirip şirketleri gözetim ve denetim altında tutması oldukça önemlidir. Özel hukuk kişilerinin, devletin aracılığı olmaksızın, doğrudan temel haklara riayet etmesi gerektiğini ileri süren doğrudan etki teorisi, Anayasamızda olduğu gibi, bazı anayasalarda temel alınmıştır<sup>120</sup>. Bu teori dikkate alınarak su hakkının temel hak olduğu yönünde anayasal düzenlemeler yapılması, hak ihlallerine karşı çözüm olarak ileri sürülebilir. Ele alınan somut olaylarda da Anayasal düzenlemelerin olumlu tesiri görülmektedir. Ancak devletler tarafından, temel hakların özel hukuk kişilerine etkisi hakkında farklı görüşlerin uygulanmasına<sup>121</sup>; uluslararası şirketlerin, ekonomik güç odaklarının özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki etkin gücüne bakıldığında, anayasal düzenlemelere ek olarak, söz konusu uluslararası düzenlemelerin bağlayıcı nitelik kazanması ve uluslararası hak arama mercilerinin kurulması daha sistematik çözümler sunabilir. Özel su hizmeti sağlayıcılarının suyu meta olarak görmesi nedeniyle, temiz suya erişim hakkına yönelik müdahalelerine duyarsız kalmasının engellenmesi için su

<sup>120</sup> BELLING Detlev W., İNCE Nurten, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi ", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 12(137), 2014, s. 7, 37-43.

<sup>121</sup> A.g.e., ss. 3-59.



hizmeti sağlayan tüm şirketlerin uyacağı yükümlülükler getirilmelidir. Özel şirketlerin su hakkına yönelik yukarıda ortaya konulan müdahaleleri ve özelleştirmelerin insan haklarını olumsuz etkilediğine yönelik tespitler göz önüne alındığında, şirketlerin su hakkına olumsuz etkilerinden kaçınmalarını sağlayacak mekanizmaların, hesap verilebilirliğin yaygınlaşması için ilgili uluslararası çalışmalar hukuken bağlayıcı olacak şekilde geliştirilmelidir. Bu sayede, devletler ve şirketler el birliği ile su hakkının ihlal edilmesini önleyecek ve ihlallere karşı telafi edici çözümler üretilmesini sağlayacaktır.

## KAYNAKLAR

- Advocate Prakash Mani Sharma and Others v. Nepal Drinking Water Corporation and Others, WP 227/1990.
- Aguas del Tunari SA v Republic of Bolivia, ICSID (Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi), Case No: ARB/02/3.
- AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, Cilt 1, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- BARLOW, Maude, Mavi Sözleşme – Küresel Su Krizi ve Su Hakkı Mücadelesi, Çev. CEZAR, Barış, Yordam Kitap, İstanbul, 2008.
- BARLOW, Maude, CLARKE Tony, Blue Gold: The Battle Against Corporate Theft of the World's Water, Earthscan, Toronto, 2002, s. 224.
- BARLOW, Maude, Our Right to Water: Assessing progress five years after the UN recognition of the Human Rights to Water and Sanitation Raporu, 2015, <https://canadians.org/sites/default/files/publications/report-rtw-5yr-1115.pdf>, Erişim Tarihi: 05.07.2020.
- BELLING Detlev W., İNCE Nurten, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", Legal Hukuk Dergisi, Cilt 12(137), 2014, ss. 3-59.
- BERNAZ, Nadia, Business and Human Rights: History, Law and Policy- Bridging the Accountability Gap, New York, Routledge, 2017.
- CAN, Ozan ve YÜCEL, Recep, "Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi Temelinde Şirketlere Karşı İnsan Haklarının Korunması Hakkında Somut Öneriler", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 35(2), 2019, ss. 10-127.
- CLAPHAM, Andrew, Human Rights: A Very Short Introduction, 2. Baskı, Oxford University Press, United Kingdom, 2016.
- Committee on Economic Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 15: The Right to Water, E/C.12/2002/11.
- CESCR, Annual Report, Report on its 10th and 11th Sessions, E/1995/22 – E/C.12/1994/20, parag, 350.
- CESCR, Annual Report, Report on its 12th and 13th sessions, E/1996/22- E/C.12/1995/18.

- CESCR, Annual Report, Report on the eighteenth and nineteenth sessions, E/1999/22 E/C.12/1998/26.
- CESCR, Annual Report, Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2000/22 E/C.12/1999/11.
- CESCR, Annual Report, Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2002/22-E/C.12/2001/17.
- CESCR, Annual Report, Report on the twenty-fifth, twenty-sixth and twenty-seventh sessions, E/2005/22(SUPP).
- CESCR, Annual Report, Report on the thirty-sixth and thirty-seventh sessions, E/2007/22-E/C.12/2006/1.
- CESCR, Annual Report, Report on the fortieth and forty-first sessions, E/2009/22- E/C.12/2008/3.
- CESCR, Annual Report, Report on the forty-second and forty-third sessions, E/2010/22-E/C.12/2009/3.
- CESCR, Annual Report, Report on the forty-sixth and forty-seventh sessions, E/2012/22-E/C.12/2011/3.
- ÇOLAKOĞLU, Elif, "Güney Afrika Yüksek Mahkemesi'nin Su Hakkı Kararı", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, Cilt 18(3), 2009, ss. 53-68.
- ÇOLAKOĞLU, Elif, "Emniyetli İçme Suyu ve Sanitasyon Hakkı," Mülkiye Dergisi, Cilt 35(272), 2011, ss. 217-238.
- DERİCİLER, YÜCEL, Özge, "Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6(11), 2018, ss. 59-82.
- DEVA, Surya ve BİLCHİTZ, David, Human Rights Obligation of Business-Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, Cambridge University Press, New York, 2013.
- GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 1, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- GEMALMAZ, M. Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Cilt 2, 8. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

- GREAR, Anna, *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity*, Hampshire, Palgrave MacMillan, United Kingdom, 2010.
- HELLER, Léo, *Online consultation on private sector participation and the human rights to safe drinking water and sanitation*, [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Conceptnote\\_online\\_consultation.docx](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/Conceptnote_online_consultation.docx), Erişim Tarihi: 20.08.2020.
- High-Level Panel Water Outcome Document, *Making Every Drop Count: An Agenda for Water Action*, [https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/17825HLPW\\_Outcome.pdf](https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/17825HLPW_Outcome.pdf), Erişim Tarihi: 20.07.2020.
- İLHAN, Akgün, "Suya Erişim Hakkından Suyun Akma Hakkına," *Sivil ve Ekolojik Haklar Derneği, Türkiye’de ve Dünyada Su Krizi ve Su Hakkı Mücadeleleri Raporu*, İstanbul, 2017, ss. 29-44.
- İNCE, Nurten, "Bir İnsan Hakkı Olarak Su ve Dava Edilebilirliği," *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt 1(4), 2017.
- Institute for Human Rights and Business, *"More Than a Resource: Water, Business and Human Rights"*, Londra, 2011.
- İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, Derleyen ve Çev. UYAR, Lema, 2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, ss. 264-287.
- KANALAN, İbrahim, "I. Uluslararası Hukukta Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı ve Dava Edilebilirliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi*, 2015, *Küresel İlkeler*, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>, Erişim Tarihi: 01.07.2020.
- LANGFORD, Malcolm, "Privatisation and the Right to Water", Ed. M. Langford and A. Russell, *The Human Right to Water: Theory, Practice and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, ss. 463-502.

- MURTHY, S. Lurty, "The Human Rights to Water and Sanitation: History, Meaning and the Controversy over Privatization", 31 Berkeley Journal of International Law, Cilt 89, 2013.
- OECD, Managing Water for All: An OECD Perspective on Pricing and Financing-Key Messages for Policy Makers, 2009, <http://www.oecd.org/env/resources/42350563.pdf>, Erişim Tarihi: 22.07.2020.
- PATHIRANA, Dilhara, "Privatisation of Water Resources and Human Rights" Sri Lanka Journal of International Law, Cilt 16, 2004, ss. 1-18.
- PRASAD, Naren, "Privatisation of Water: A Historical Perspective", Law, Environment and Development Journal, Vol. 3(2), 2007, ss. 219-233.
- SCHIFFLER, Manuel, Water, Politics and Money, Springer, Switzerland, 2015.
- SHAW, Malcolm N., International Law, 8. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- ŞİRİN, Tolga, Ulusal ve Uluslararası Yasa, Sözleşme ve Metinlerde "Su Hakkı" Oturumu, Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu, Sosyal Değişim Derneği, 2011, ss. 64-60.
- ŞİRİN, Tolga, "Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Adalet Dergisi, Cilt 16(3-4), 2010, ss. 85-168.
- The United Nations World Water Development Report 2019: Leaving No One Behind, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367306>, Erişim Tarihi: 25.07.2020.
- TOPÇU, Eral, "Bir İnsan Hakkı Olarak Su Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 26, 2008, ss. 15-40.
- Türkiye Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Raporu, "Su Raporu, Küresel Su Politikaları ve Türkiye", Ankara, 2009.

YALÇIN, Lütfi ve GÖK, Musa, "Su Hakkının Bir Temel İnsan Hakkı Olarak Tanınma Süreci ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Memleket, Siyaset Yönetim Dergisi*, Cilt 40(1), 2015, ss. 25-62.

UN Economic and Social Council, Relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation, El Hadji Guissé, E/CN.4/Sub.2/2002/10, 2002.

UN, Report Of The United Nations Conference On The Human Environment- Stockholm, 5-16 June 1972, 1973, A/CONF.48/14/Rev.1.

UN General Assembly, Human rights and the privatization of water and sanitation services, A/75/208, 2020.

UN Human Right Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the scope and content of the relevant human rights obligations related to equitable access to safe drinking water and sanitation under international human rights instruments, A/HRC/6/3, 2007.

UN Human Right Council, "Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights," Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 2008.

UN Human Right Council, "Business and Human Rights: Towards Operationalizing the 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Report of the Special Representative of the UN Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, A/HRC/11/13, 2009.

UN Human Right Council, Report of the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque, A/HRC/15/31, 2010.

UN Human Right Council, Report of the Special Representative of the UN Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United

Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, John Ruggie, A/HRC/17/31, 2011.

YILDIRIM, Engin, "Şirketler ve İnsan Hakları: BM İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Değerlendirilmesi", Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, Petrol-İş Yayınları, İstanbul, 2014.

YÜCE, Nuran, "Türkiye'de Suyun Özelleştirilmesi ve Su Hakkı ", Sosyal Değişim Derneği Raporu, İstanbul, 2012, ss. 7-16.

Water Lex, Wash United, The Human Right to Water and Sanitation in Courts Worldwide: A Selection of National, Regional and International Case Law, Cenevre, 2014.

WETTSTEIN, Florian, GIULIANI, Elisa, SANTANGELO, Grazia D., STAHL, Günter K., "International Business and Human Rights: A Research Agenda", Journal of World Business, Cilt 54(1), 2019, ss. 54-65.

WINKLER, Inga, "Judicial Enforcement of the Human Right to Water – Case Law from South Africa, Argentina and India", Law, Social Justice and Global Development Journal, Cilt 11, 2008.

[suhakki.org/2018/12/pulumurdeki-hes-projesi-yorenin-icme-sularina-zarar-verecek/](https://www.suhakki.org/2018/12/pulumurdeki-hes-projesi-yorenin-icme-sularina-zarar-verecek/), Erişim Tarihi: 12.12.2020.

<https://www.theguardian.com/society/2006/jul/19/comment.guardiansociety-supplement>, Erişim Tarihi: 12.12.2020.







## VERGİ HUKUKUNDA ARAMA İŞLEMİ

Öğr. Gör. Zeliha ALPSOY\*

### Öz

Arama çeşitli kanun ve yönetmeliklerde düzenlenmiş olan bir işlemdir. Çeşitli kanun ve yönetmeliklerde düzenlenen bu işlem temelde ortak noktalara sahiptir. Bununla birlikte Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenen arama işlemi vergi hukukuna özgü özellikler barındırması nedeniyle diğerlerinden farklı bir noktada durmaktadır. Vergi Usul Kanunu kapsamında düzenlenen arama işlemi, hem vergi hukuku hem de ceza hukuku kurallarını bünyesinde barındıran kendine özgü bir işlemdir. Farklı iki hukuk dalının kesişme noktasında bulunan bu işlemin daha iyi anlaşılabilmesi ve uygulanabilmesi için işlem ile alakalı olan vergi hukuku ve ceza hukuku müesseselerinin bilinmesi gerekir. Çalışmada vergi incelemesi ve arama işlemine ilişkin konumuz açısından önem arz eden noktalara değinildikten sonra çalışma konusu olan aramalı inceleme işlemi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Arama • Vergisel Arama • Vergi Denetimi • Vergi Kaçakçılığı • Hukuka Aykırı Arama

\* Öğretim Görevlisi, KTO Karatay Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu, Konya, Türkiye | Lecture, KTO Karatay University, Vocational School of Justice, Konya, Turkey.

✉ zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0001-5260-6117

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: ALPSOY Zeliha, "Vergi Hukukunda Arama İşlemi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 405-467.

📖 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## SEARCH PROCESS IN TAX LAW

### Abstract

The search process is a process that has been regulated by various laws and regulations. This process, organized in various laws and regulations, basically has something in common. However, the search process organized in the Tax Procedure Code stops at a different point than the others because it has features specific to the tax law. The search process regulated under the Tax Procedure Law is a unique process that includes both tax law and criminal law rules. In order to better understand and apply this process, which is at the intersection of two different branches of law, it is necessary to know the tax law and criminal law institutions related to the process. In the study, after mentioning the important points regarding tax inspection and search process, tax audit with search, which is the subject of the study, is examined in detail.

### Key Words

Search • Taxational Search • Tax Auditing • Tax Evasion • Unlawful Search

## GİRİŞ

Vergi, kamusal hizmetin sunulabilmesi için, egemenlik gücüne dayanarak ve gönüllülük esasına dayanmadan gerçek ve tüzel kişiler zorlanarak, doğrudan bir karşılığı bulunmadan tahsil edilen paradır<sup>1</sup>.

Vergi ödeyenlerin sahip olduğu vergi bilinci, topluluk halinde yaşama ve kamu hizmetlerinden yararlanmanın bir karşılığının bulunduğuna ilişkin inancın varlığı, beyana dayalı vergi sisteminin başarılı olmasıyla doğru orantılıdır<sup>2</sup>. Sistemin başarılı bir şekilde işleyebilmesi, mükelleflerin etkin ve yoğun bir şekilde denetimiyle mümkün olabilir. Beyan esasına dayanan vergi sistemimizde yoklama, inceleme, bilgi toplama ve arama gibi kontrolü sağlayan farklı işlemler vardır. Kontroller neticesinde

<sup>1</sup> YORULDU, Mutlu/YORULDU, Nilüfer Zeybek, "Türkiye'de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Önlenmesinde Vergi Denetimi ve Muhasebe Meslek Mensuplarının Rolü Üzerine Bir Değerlendirme", Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (IBAD), C. 1, S. 1, 2016, s. 53, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307236>, ET. 22.7.2020; benzer tanım için bakınız: PINAR, Burak/TAYLAR, Yıldırım, "Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması", Ceza Hukuku Dergisi, C. 8, S. 21, 2013, s. 140.

<sup>2</sup> KOÇAK, Hakkı, "Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun", Vergi Dünyası, S. 213, 1999, s. 60.

hukuk kuralları dışına çıkan mükelleflere ilişkin olarak hem ekonomik hem de hürriyeti bağlayıcı nitelikte cezaların uygulanması söz konudur<sup>3</sup>.

Vergi hukuku çerçevesinde yapılan denetimlerle mükelleflerin yasalara uyup uymadıkları denetlenmektedir<sup>4</sup>. Vergi denetimiyle kayıp ve kaçaklar denetlenmekte böylelikle vergi adaletinin sağlanması amaçlanmakta ve vergi tahsilat oranının artması ile kamu idaresinin vergisel etkinliği ve alanı genişlemektedir<sup>5</sup>. Bu işlemlerden şartları nedeniyle en ağır olanı aramalı inceleme<sup>6</sup> olup bazı temel haklara müdahale edilmesi nedeniyle olağanüstü bir inceleme yolu olarak kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Aramalı incelemenin diğer denetleme türlerinden en önemli farkı mükellefin rızası bulunmasa da suç delili olarak nitelendirilebilecek şeylere elkonulmasıdır<sup>8</sup>.

Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 134'te vergi incelemesinin amacı, "ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak" olarak ifade edilmiştir. Bu amaca ulaşılabilmesi için incelemeyi yapan memurun doğru ve hızlı bir şekilde bilgi ve belgeleri temin edebilmesi gerekir. Bu bilgi ve belgelerin mükelleften istenmek suretiyle temini mümkündür. Fakat ihtiyaç duyulan bu bilgi ve belgelerin resmi makamların eline geçmeden ortadan kaldırılma tehlikesi de bulunmaktadır. Bu noktada arama işlemi vergi incelemesinin amacına ulaşabilmesinde büyük öneme sahiptir<sup>9</sup>.

VUK kapsamında icra edilen arama işlemi neticesinde kaçakçılık suçunun işlendiğine dair bir delil elde edilmesi halinde eylemin suç boyutuna ilişkin olarak ayrı bir süreç yürütülür. Kaçakçılık suçuna ilişkin

<sup>3</sup> KOÇAK, s. 60; HEPAKSAZ, Engin/ÇEVİKCAN, Fatih/ÖZ, Ersan, "Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği", Vergi Dünyası, S. 354, 2011, s. 150.

<sup>4</sup> SABAN, Nihal, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama", Polis Dergisi, S. 36, 2003, s. 93.

<sup>5</sup> SANDALCI, Ulvi, "Vergi Denetiminde Aramalı İnceleme Usulüne İlişkin Vergi İhbar Etkisi", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 37, 2019, s. 303, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/838556>, ET. 20.07.2020.

<sup>6</sup> KOÇAK, s. 68; KARABEYSER, Süleyman, "Vergi Hukukunda Arama Müessesesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 124, 2016, s. 99.

<sup>7</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 150.

<sup>8</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 150.

<sup>9</sup> KOÇAK, s. 61.

yapılan yargılama neticesinde failin hapis cezasıyla cezalandırılması mümkündür (VUK m. 359).

Çalışmada önce aramalı incelemenin iki ayağını oluşturan vergi incelemesi ve arama işlemleri hakkında genel bir bilgi verilmiştir. Bu genel bilgiler ışığında aramalı inceleme detaylı bir şekilde incelenerek işleme ilişkin eksik görülen hususlar tespit edilmeye çalışılıp bu hususlara yönelik çözüm önerileri sunulmuştur.

## I. VERGİ İNCELEMESİ

Vergi incelemesi, vergi denetimi vasıtalarından biridir<sup>10</sup>. Vergi incelemesinin asıl amacı olarak, matrahın doğru tespitiyle verginin doğru miktarda ödenmesi olduğunun özümsemesi halinde vergi incelemesine ilişkin çoğu sorunun çözülmesi sağlanacaktır<sup>11</sup>. Mükellefin vergi borcu, vergi dairesi tarafından yapılan hesaplamalar neticesinde, vergi tarhı ile belirlenmektedir (VUK m. 20). Vergi incelemesi, asli işlem olan tarh işleminin hazırlayıcı işlemi niteliğindedir<sup>12</sup>.

Vergi incelemesiyle mükellefin ödevlerine uygun hareket edip etmediği denetlenir, şekli şartlar ve maddi gerçek ortaya çıkarılır<sup>13</sup>. Böylelikle inceleme işlemiyle vergi adaletinin gerçekleşmesine hizmet edilir<sup>14</sup>.

Vergi incelemesinde istenilen defter ve vesikaların ibraz edilmesi yaptırıma tabi tutulmuştur. Yaptırımın varlığı kişiden istenen belge ve vesikaların ibrazını kolaylaştırır. Cezai bir yaptırım öngörülmüş ise kişinin susma hakkını kullanarak istenilenleri vermemesi mümkündür. Kişi burada teslim zorlanamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

<sup>10</sup> SARISOY, Taner/GÖZCÜ, Hüseyin, “Vergi İncelemelerinde ‘Karşıt Tespit/İnceleme’ Kavramı ve Uygulama Örnekleri”, Vergi Raporu, S. 233, 2019, s. 12, <http://vergiraporu.com.tr/upImage/org/1279162.pdf>, ET. 17.7.2020.

<sup>11</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman, Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yasası?, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013, s. 53.

<sup>12</sup> BAYKARA, Bekir, “Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi”, s. 6, [http://www.bekirBAYKARA.av.tr/dosya/pdf/Vergi\\_Tarhinin\\_Hukuki\\_Analizi\\_1215.pdf](http://www.bekirBAYKARA.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Tarhinin_Hukuki_Analizi_1215.pdf), ET. 6.7.2020.

<sup>13</sup> AĞAR, Serkan, Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 117; ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 39-40.

<sup>14</sup> ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 38.

(AİHM) para cezasının öngörüldüğü durumlarda dahi susma hakkının varlığını kabul etmekte olup bu görüş eleştirilmektedir<sup>15</sup>.

Devlet vergilendirme sürecinde her işi kendisi yapmamakta, vergi matrahının doğru ve gerçek bir şekilde tespiti için mükellef ya da muhasebe organlarına bazı yükümlülükler yüklemektedir. Serbest beyan ilkesinin benimsendiği ülkelerde, vergi kaybının önlenmesi için ilgililer tarafından yapılan beyanları araştırma hakkı devlete tanınmıştır<sup>16</sup>.

Vergi incelemesi, VUK m. 134'te düzenlenmiştir. Maddeye göre vergi incelemesinin asli amacı, beyan edilen vergilendirme olayının doğruluğu araştırılarak, vergi ziyayı olup olmadığını tespit etmektedir. Vergi ziyayı olup olmadığına ilişkin gerçekleştirilen bu araştırmaya "vergi incelemesi" denilmektedir. Vergi incelemesinin tali nitelikteki amacı ise mükellefleri doğru beyanda bulunmaya alıştırarak, kaçakçılık yapma yönündeki isteklerinin önüne geçmektir<sup>17</sup>.

Vergi incelemesi ayrıntılı bir araştırmayı ifade etmektedir. Vergi incelemesine istinaden hazırlanan *vergi inceleme raporu* tarh işleminin ön işlemler niteliğinde olduğundan tek başına bir davaya konu edilemez. Bu rapora ilişkin hukuka aykırılıklar tarh işlemine ilişkin açılacak bir davada ileri sürülebilir<sup>18</sup>.

Vergi incelemesi mükellefe önceden bildirilmek zorunda değildir (VUK m. 138/1). Vergi incelemesinin zamanı konusunda idarenin takdir yetkisi vardır. İdarenin bu takdir yetkisini kullanması, eşitlik ve vergilerin mali güce göre alınması ilkelerini etkiler<sup>19</sup>. Kişiler hakkında ne zaman vergi incelemesi yapılacağına ilişkin olarak objektif kriterler getirilmesi

<sup>15</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, s. 386-387. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789446>, ET. 27.7.2020.

<sup>16</sup> KOCAHANOĞLU, Osman Selim, Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983, s. 10.

<sup>17</sup> KOCAHANOĞLU, s. 13.

<sup>18</sup> AĞAR, s. 117.

<sup>19</sup> ÜSTÜN, Ümit Süleyman, "Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2006, s. 270-271, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262640>, ET. 27.7.2020.

ve bu kriterlerin uygulanabilmesi için gerekli alt yapının sağlanması gerekir<sup>20</sup>.

Vergi incelemesinde defter ve vesikaların incelenmesine ek olarak tanık dinlenmesi gibi farklı araştırmalar da gerçekleştirilebilmektedir<sup>2122</sup>. VUK m. 134/2'ye göre herhangi bir tarihte herhangi bir inceleme esnasında o anki emtianın envanteri yapılabilir ayrıca bir önceki yıl sonu envanterinin de doğruluğunun araştırılması mümkündür. Bu durum kanunda *fiili envanter yoluyla beyanın doğruluğunu araştırmak yöntemi* olarak ifade edilmektedir<sup>23</sup>.

VUK m. 135/1-2<sup>24</sup>'de vergi incelemesi yapmaya yetkili olan kişiler sayılmıştır. Maddede sayılanlara ek olarak takdir komisyonları da inceleme yetkisine sahiptir (VUK m. 75)<sup>25</sup>. Vergi incelemesi yapabilecek kişilere ilişkin bu düzenleme aramalı inceleme yapılmasını talep edebilecek kişilerin belirlenmesi noktasında önemlidir.

Vergi incelemesine tabi olmanın ön şartı vergiye tabi olmaktır<sup>26</sup>. Defter ve hesap tutma ile evrak ve vesikaları muhafaza ve ibraz yükümlülüğü bulunmayan mükellefler vergi incelemesine tabi değildir<sup>27</sup>. Vergi incelemesi vergi dairesi tarafından gerçekleştirilir. İncelenense mükellef ya da sorumludur<sup>28</sup>. Vergi incelemesine tabi olacaklar; VUK ya da diğer kanunlara göre defter ve hesap tutmak, evrak ve vesikaları muhafaza ve

<sup>20</sup> ÜSTÜN, Takdir Yetkisi, s. 271.

<sup>21</sup> VUK m. 3/B-2 "*Vergiye doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.*"

<sup>22</sup> ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 39; KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 243.

<sup>23</sup> KOCAHANOĞLU, s. 14.

<sup>24</sup> VUK m. 135-1/2 "*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır.*"

*Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir."*

<sup>25</sup> BAYKARA, Bekir, "*Vergi İnceleme Elemanının Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri*", Vergi Dünyası, S. 277, 2004, s. 16.

<sup>26</sup> KOCAHANOĞLU, s. 16.

<sup>27</sup> BAT, Yüksel, "*Türk Vergi Hukukunda Arama*", Mali Hukuk Dergisi, C. 12, S. 139, 2016, s. 2108.

<sup>28</sup> KOCAHANOĞLU, s. 18.

ibraz etmek mecburiyetinde olan gerçek ve tüzel kişilerdir (VUK m. 137). Tarh zamanaşımı süresi dolmamış hesap dönemi incelemeye konu edilebilir. İlgili döneme ilişkin bir inceleme yapılması ya da matrahın re'sen takdir edilmiş olması aynı döneme ilişkin ikinci bir inceleme yapılmasına engel değildir (VUK m. 138/2-3). Vergi incelemesi önceden bildirilmek suretiyle de icra edilebilir<sup>29</sup>. Vergi incelemesinin bitiş zamanına ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat incelemenin resmi çalışma saatleri içinde yapılması gerekir<sup>30</sup>. Nezdinde inceleme yapılan kişinin muvafakati varsa çalışma saatleri dışında inceleme yapılması mümkündür. Aksi takdirde resmi çalışma saatleri dışında incelemeye başlanamaz ya da incelemeye devam olunamaz (VUK m. 140/3).

Vergi incelemesi yapılmadan önce incelemeyi yapacak kişiler memuriyet sıfatlarını ve inceleme yetkisini gösteren, resimlerinin bulunduğu resmi bir belge göstermek zorundadırlar (VUK m. 136). İncelemede uyulacak diğer esaslar VUK m. 140<sup>31</sup>'da düzenlenmiştir. Vergi inceleme

<sup>29</sup> KOCAHANOĞLU, s. 16.

<sup>30</sup> KOCAHANOĞLU, s. 17-18.

<sup>31</sup> VUK m. 140 "Vergi incelemesi yapanlar, yaptıkları inceleme sırasında aşağıdaki esaslara uymaya mecburdurlar:

1. İncelemeye tabi olana, bunun mevzuunu işe başlamadan evvel açık olarak izah ederler;
2. Vergi incelemesine başlanıldığı hususunu bir tutanağa bağlayarak bir örneğini nezdinde vergi incelemesi yapılanaya verirler. Ayrıca, tutanağın bir örneğini bağlı olduğu birime, diğer örneğini de ilgili vergi dairesine gönderirler.

Ek bent: 23.7.2010 t. 6009 s. K. m.9

3. Nezdinde inceleme yapılanın muvafakati olmadıkça resmi çalışma saatleri dışında inceleme yapamazlar veya buna devam edemezler (Tutanak düzenlenmesi ve inceleme ile ilgili emniyet tedbirlerinin alınması bu hükmün dışındadır. Ancak bu gibi tedbirler, incelemelerin yapıldığı yerdeki faaliyeti sekteye uğratmıyacak şekilde yapılır);

4. İnceleme bitince, bunun yapıldığını gösteren bir vesika nezdinde inceleme yapılanaya verilir.

5. Vergi kanunlarıyla ilgili Cumhurbaşkanlığı kararı, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemezler. Ancak, bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varılırsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirirler.

Değişik bent: 02.07.2018 t. 700 s. KhK. m.46

6. İncelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde en fazla altı ay, katma değer vergisi iade incelemelerinde ise en fazla üç ay içinde incelemeleri bitirmeleri esastır. Bu süreler içinde incelemenin bitirilememesi halinde ek süre talep edilebilir. Bu talep vergi incelemesine yetkili olanların bağlı olduğu birim tarafından değerlendirilir, tam ve sınırlı incelemelerde altı ayı, katma değer vergisi iade

incelemelerinde ise iki ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Bu durumda, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların bağlı olduğu birim tarafından incelemenin bitirilememesi nedenleri yazılı olarak nezdinde inceleme yapılana bildirilir. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların bağlı olduğu birimler vergi incelemesinin öngörülen süreler içinde bitirilmesi için gerekli tedbirleri alırlar.

*Değişik bent: 29.03.2018 t. 7104 s. K. m.19 (7104 sayılı Kanun ile değişik 6 ncı bent, 1/1/2019 tarihinden sonraki vergilendirme dönemlerine ilişkin yapılacak incelemelerde uygulanmak üzere 1/1/2019 tarihinde yürürlüğe girmektedir.)*

Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmeden önce, meslekte on yılını tamamlamış en az üç Vergi Müfettişinden oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar komisyon arasında uyuşmazlık oluşması halinde uyuşmazlığa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik merkezi rapor değerlendirme komisyonu tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararı, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar, bu komisyon tarafından yapılacak değerlendirmeye uygun olarak düzenleyecekleri vergi inceleme raporlarını işleme konulmak üzere bağlı oldukları birime tevdi ederler.

*Değişik fıkra: 02.07.2018 t. 700 s. KhK. m.46*

135 inci madde ile vergi incelemesi yapmaya yetkili kılınan diğer memurlar tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra birimlerinde oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından değerlendirilir.

*Ek fıkra: 23.7.2010 t. 6009 s. K. m.9*

Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu ile diğer rapor değerlendirme komisyonları yaptıkları değerlendirmesi sırasında, verilmiş bir özelgenin 369 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında olduğu kanaatine varmaları halinde, söz konusu özelge, Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonundan üç üye ile 413 üncü maddeye göre oluşturulan komisyondan iki üyenin katılımıyla oluşturulacak beş kişilik bir komisyon tarafından değerlendirilir. Bu komisyonca verilen kararlar, ilgili rapor değerlendirme komisyonu ile incelemeye yetkili olanı bağlar.

*Ek fıkra: 23.7.2010 t. 6009 s. K. m.9*

Bu maddede yazılı komisyonların başkan ve üyelerine her toplantı günü için (1000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu şekilde ödenecek toplantı ücretinin bir aylık tutarı (5000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarı aşamaz.

*Ek fıkra: 23.7.2010 t. 6009 s. K. m.9*

Bu maddede belirlenen esaslar çerçevesinde, vergi incelemelerinde uyulacak diğer usul ve esaslar, komisyonların teşekkülü ile çalışma usul ve esasları ve Merkezi Rapor Değerlendirme Komisyonu tarafından doğrudan değerlendirmeye tabi tutulacak vergi inceleme raporlarının tutarları, Maliye Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

*Değişik fıkra: 7.7.2011 t. 646 s. KhK. m.4*



elemanları matrah takdiri yapabilmekte olup doktrinde bu husus eleştirilmektedir<sup>32</sup>.

İnceleme mükellef ya da sorumlunun iş yerinde yapılır (VUK m. 139/1). İş yeri, üretimin yapıldığı ve idare edildiği yer<sup>33</sup> olup VUK m. 156<sup>34</sup> da ayrıca tanımlanmıştır. İncelemenin iş yerinde yapılmasıyla vergi mahremiyeti korunmakta ve mükellefin ticari hayatının aksamasına engel olunmaktadır<sup>35</sup>. Çeşitli sebeplerle incelemeye tabi defter ve kayıtlar vergi dairesine götürülerek, işlem vergi dairesinde yapılabilir (VUK m. 139)<sup>36</sup>. İncelemenin bitirilmesi gereken zaman dilimi, incelemenin kapsamına göre değişmektedir (VUK m. 140/6).

Vergi incelemesi esnasında gerek görülürse vergilendirmeye ilişkin olay ve hesap durumlarına ilişkin ayrıca tutanak tutulabilir. Tutulan tutanağa varsa ilgililerin itiraz ve görüşleri yazılır. Bu şekilde tutulan tutanağın bir nüshasının mükellefe ya da nezdinde inceleme yapılan kişiye bırakılması zorunludur (VUK m. 141/1). İlgili kişiler bu tutanakları imzalamaz ise bahsi geçen olay ve hesap durumlarına ilişkin defter ya da vesikalar rıza aranmaksızın alınarak inceleme neticesinde tarh edilen vergiler ya da kesilen cezalar kesinleşene kadar iade edilmez. İlgililer sonradan tutanakları imzalamak suretiyle bu defter ya da vesikaları alabilirler.

<sup>32</sup> SABAN, Nihal, Türk Yargı Sisteminin Etkinliği Araştırma Projesi Vergi Yargısının Etkinliği Araştırma Raporu, Tesev Yayınları, İstanbul, 2000, s. 40-41; ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 40.

<sup>33</sup> KOCAHANOĞLU, s. 19.

<sup>34</sup> VUK m. 156 "Ticari, sımai, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane, şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sımai zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yerdir."

<sup>35</sup> AĞAR, s. 124.

<sup>36</sup> VUK m. 139 "...İş yerinin müsait olmaması, ölüm, işin terk edilmesi gibi zaruri sebeplerle incelemenin yerinde yapılması imkansız olur veya mükellef ve vergi sorumluları isterlerse inceleme dairede yapılabilir.

*Bu takdirde incelemeye tabi olanın lüzumlu defter ve vesikalarını daireye getirmesi kendisinden yazılı olarak istenilir.*

*İncelemenin dairede yapılması halinde istenilen defter veya vesikaları belli edilen zamanda mazeretsiz olarak getirmiyenler, bunları ibraz etmemiş sayılırlar. Haklı bir mazeret gösterenlere, defter ve vesikalarını daireye getirmesi için münasip bir mühlet verilir."*

<sup>37</sup> AĞAR, s. 118.

Fakat bu belgeler suç delili niteliğindeyse geri verilmesi söz konusu olmaz (VUK m. 141/2). Vergi incelemesi esnasında kaçakçılık suçu işlendiğine ilişkin delil bulunursa bu suç delillerine elkonularak vergi suçu raporunun düzenlenmesi gerekir<sup>38</sup>. Kanaatimce burada hâkim kararı ya da Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 127/1’de aranan diğer hususlar gerçekleşmeden yapılan elkoyma işlemi Anayasa’ya aykırıdır. Elkonulan şeylerin suç delili niteliğinde olması bu durumu değiştirmemektedir.

## II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ARAMA İŞLEMİ

### A. ARAMA KAVRAMI

Arama saklı olan şeye ilişkin gerçekleştirilen bir araştırmadır<sup>39</sup>. Arama saklı olan şeyin ortaya çıkarılması amacı taşıdığı için duyu organları aracılığıyla varlığından haberdar olunan şeylere ilişkin gerçekleştirilen faaliyetler arama olarak kabul edilmemektedir<sup>40</sup>.

Arama kendi içerisinde önleme araması ve adli arama olarak ikiye ayrılmaktadır. Önleme araması ile suçun işlenmesi ya da tehlikenin önlenmesi amaçlanırken adli arama ile şüpheli/sanık ya da delilin elde edilmesi amacı vardır<sup>41</sup>. Adli arama CMK m. 116 vd. önleme araması ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m. 9’da düzenlenmiştir. Adli arama hâkim kararı ile icra edilir. Gecikmesinde sakınca olan bir durum<sup>42</sup> ile

<sup>38</sup> SOYDAN, s. 57-572; Naklen, AKGÜL, Harun, Türk Vergi Hukukunda Arama ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmış Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2019, s. 188.

<sup>39</sup> KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Matbaacılık Sanayii, Sekizinci Bası, Büyükçekmece/İstanbul, 1986, s. 727.

<sup>40</sup> ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 394.

<sup>41</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, Beta Basım Yayım, On İkinci Bası, İstanbul, 2003, s. 760-761; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, On Beşinci Baskı, İstanbul, 2018, s. 432.

<sup>42</sup> Gecikmesinde sakınca olan hal kavramı AÖAY m. 4’de “... a) Adli aramalar bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini, b) Önleme aramaları bakımından; derhâl işlem yapılmadığı takdirde, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi veya zarar görmesi, suç işlenmesinin önlenememesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve

karşılaşılır ise savcının, savcıya ulaşamaması halinde ise kolluk amirinin yazılı emri ile icra edilir. Konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılamaz. Buralarda adli arama, hâkim kararı ya da gecikmesinde sakınca olan durumlarda savcının yazılı emrinin varlığıyla yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları, Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir (CMK m. 119/1). Burada hâkimden anlaşılması gereken soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi kovuşturma aşamasında ise yargılamayı yürüten mahkemedir<sup>43</sup>. Önleme araması, sulh ceza hâkiminin kararı ya da gecikmesinde sakınca olan durumlarda mülkî âmirin yazılı emriyle icra edilir (PVSK m. 9/1). Hâkim kararı ya da kanun ile yetkilendirilen mercilerin yazılı emri olmadan gerçekleştirilen arama işlemi hukuka aykırı olup aramaya maruz kalan kişinin rızası aramayı hukuka uygun hale getirmez<sup>44</sup>.

Adli arama yapılabilmesi için makul şüphenin varlığı aranırken (CMK m. 116/1), önleme aramasında makul sebebin varlığı aranmaktadır (PVSK m. 9/2). Makul sebep, olaydan olaya değişen bir kavram olup, olayı dışarıdan izleyenler için objektif nitelikteyken, kolluk açısından sübjektif niteliktedir. Çünkü kolluk, olayda makul sebebin olup olmadığına ilişkin olarak kişisel tecrübe ve bilgisi doğrultusunda karar verir<sup>45</sup>. Makul şüpheninse<sup>46</sup> konu hakkında uzmanlığı bulunmayan makul, orta zekalı çok

---

*gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâlini ... ifade eder". şeklinde tanımlanmıştır.*

<sup>43</sup> ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser/ALTINOK WİLLEMİNS, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 502.

<sup>44</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 500-501.

<sup>45</sup> YENİSEY, Feridun, "Yeni Arama Hukukumuz", Polis Dergisi, S. 37, Ekim/Kasım/Aralık 2003, s. 7.

<sup>46</sup> Makul şüphe kavramı AÖAY m. 6'da; "Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.

*Makul şüphe, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir.*

*Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir.*

sayıda insanın somut olguyu aynı doğrultuda değerlendirdiği durumlarda var olduğu kabul edilir<sup>47</sup>.

Adli aramaya; kişilerin üstü, eşyası, konutu, iş yeri veya ona ait diğer yerler konu olabilirken (CMK m. 116-117/1) önleme aramasına; kişilerin üstleri, araçları, özel kâğıtları ve eşyası konu olabilir (PVSK m. 9/1). Önleme araması önleme tedbirleri arasında<sup>48</sup> yer alırken adli arama koruma tedbiridir<sup>49</sup>. Yenisey/Nuhoğlu, koruma tedbirlerinin özelliklerini *vasıta oluş* ve *geçici oluş* olarak ifade etmektedir. Koruma tedbirlerinin ön şartları ise, *gecikmede tehlike, haklı görünüş ve orantılılıktır*<sup>50</sup>. VUK uyarınca bir kişi hakkında arama yapılması bu kişi hakkında bir suç şüphesinin var olduğu anlamına gelmektedir<sup>51</sup>. VUK'da düzenlenen arama adli arama niteliğinde olduğu için bundan sonraki başlıklarda adli aramanın üzerinde durulacaktır.

## B. ADLİ ARAMA

Adli aramanın tanımı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) m. 5<sup>52</sup>'de yapılmıştır. Aramada iki temel şart vardır. Bu şartlar<sup>53</sup>:

-Aranan şeyin suç ile bağlantısının bulunması,

-Aranılan bu şeyin arama yapılacak yerde olduğuna dair bilgi yahut orada olabileceğine dair makul şüphenin varlığıdır.

---

*Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır.*

*Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır."* olarak ifade edilmiştir.

<sup>47</sup> YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 379.

<sup>48</sup> ERYILMAZ, M. Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 36.

<sup>49</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 499.

<sup>50</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 300-301.

<sup>51</sup> BAYKARA, Vergi Ceza Muhakemesi, s. 23.

<sup>52</sup> AÖAY m. 5 "Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir."

<sup>53</sup> YENİSEY, Feridun, Kolluk Hukuku, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2015, s. 530.

Konutta, üst ve eşya hakkında icra edilen adli arama işlemi ile kişilerin özel hayat alanına müdahale edilmektedir. Konutta yapılan aramayla ayrıca konut dokunulmazlığı, üst ve eşya aramalarında kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığı ihlal edilmektedir<sup>54</sup>. Adli arama işlemi ile yakalama ve delil elde etme amaçları taşınmaktadır<sup>55</sup>. Arama işleminin koşulları Anayasa'nın 20<sup>56</sup> ve 21<sup>57</sup>. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>58</sup>.

Bir koruma tedbiri olan adli arama, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına ve yakalama elkoyma gibi diğer koruma tedbirlerine aracı olan bir işlemidir. Arama işlemi kolluk tarafından icra edilir. Fakat işin mahiyetine

54 ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 394; CENTEL/ZAFER, s. 432.

55 ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 395.

56 Özel hayatın gizliliği Any. m. 20

*"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*

*Değişik fıkra: 03.10.2001 t. 4709 s. K. m.5*

*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*

*Değişik fıkra: 03.10.2001 t. 4709 s. K. m.5*

*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."*

57 Konut dokunulmazlığı Any. m. 21

*"Değişik madde: 03.10.2001 t. 4709 s. K. m.6*

*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."*

58 CENTEL/ZAFER, s. 433.

göre savcı da arama işlemine iştirak edebilir<sup>59</sup>. Arama işleminin koruma tedbiri olması sebebiyle *hüküm verilmeden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlama, geçici olma, araç olma, gecikmede sakınca, ölçülülük* özelliklerini taşıması gerekir<sup>60</sup>.

### 1. Adli Aramanın Konusu

Adli arama; konut, iş yeri gibi yerlerde arama, üstte arama ve eşyada arama olarak kendi içerisinde üçe ayrılmaktadır<sup>61</sup>. Bu başlıkta bahsi geçen kavramlar açıklanmıştır.

#### a) Konutta Arama

Konut; barınma, yatıp kalkma ve dinlenmek için ayrılmış yerleri ifade etmekte olup mesken olarak kabul edilen bir otel odası da bu kapsamda kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Yerleşim yeri (ikametgâh), gerçek kişiler için sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yeri, tüzel kişiler için ise kuruluş belgesinde aksine bir hüküm yok ise işlerin yönetildiği yeri ifade etmektedir<sup>63</sup>. Ev kavramıysa etrafı çevrili ve üstü örtülü yer anlamına gelmektedir. Konut (mesken), fiilen oturlan yeri ifade etmekte olup ev ve ikametgâh kavramlarından daha geniş bir kavramdır. Konut taşınır ya da taşınmaz olabileceği gibi devamlı ya da geçici olarak kullanılan bir yer de olabilir. Konut ile bağlantılı olan müştemilat (eklent) da konut kavramına dahildir. Kişilerin birden fazla konutunun olması mümkündür<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 317; Erdener YURTCAN Koruma Tedbirleri terimi yerine Ceza Yargılaması Önlemleri Terimini kullanmaktadır, YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2017, s. 335; Nur CENTEL, Hamide ZAFER arama işlemi koruma tedbiri olarak kabul etmemekte delile ulaşmak için kullanan bir araştırma aracı olduğunu kabul etmektedir, CENTEL/ZAFER, s. 433.

<sup>60</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 499.

<sup>61</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 395.

<sup>62</sup> KUNTER/YENİSEY, s. 764.

<sup>63</sup> YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara, 2005, s. 1343.

<sup>64</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, On İkinci Baskı, Ankara, 2019, s. 324-325.

## b) İş yerinde veya Diğer Yerlerde Arama

İş yeri kavramı, kişinin mutat sanatını icra ettiği yeri ifade etmektedir<sup>65</sup>. Eklentilerin de iş yeri kavramına dahil olması gerekir. İş yerinde gerçekleştirilen faaliyet devamlılık göstermelidir. Kazanç sağlanamaması bir yerin iş yeri olma niteliğini etkilememektedir. Yiyecek satımında kullanılan taşıtlarda olduğu gibi taşıtların iş yeri olarak kabul edildiği durumlar da vardır. Bunun dışında sadece taşıma aracı olarak kullanılan taşıtlar iş yeri olarak kabul edilmemektedir<sup>66</sup>.

CMK m. 116'da kişilerin "*üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin*" aranabileceği düzenlenmiştir. Diğer yerler kavramından özel mülkiyete tabi, taşınmaz sıfatına sahip, üstünün kapalı olması şart olmayan ve konut veya iş yeri olarak kabul edilmeyen yerlerin anlaşılması gerekir<sup>67</sup>.

## c) Üstte Arama

Üst araması kişinin kıyafetleri üzerinde gerçekleştirilen arama türüdür. Fakat vücudun kıyafet bulunmayan bölgelerinde, gözle yapılan inceleme de üst araması olarak kabul edilmektedir<sup>68</sup>. Kişinin üstünde bulunan aksesuar, peruk ve protezler üst kavramı içindedir ve üst aramasına konu olabilir<sup>69</sup>. Kişinin üstünde bulunması mümkün olmayan bir delilin aranması esnasında üstünün aranması dürüst işlem ilkesine aykırıdır. Yakalama ve tutuklama işleminin ardından ayrıca bir karar bulunmasa da kişinin üstü aranabilir<sup>70</sup>.

Avukatın mesleki görevinden doğan ya da görev sırasında işledikleri suçlara ilişkin olarak Avukatlık Kanunu m. 58'in uygulanması

<sup>65</sup> KANTAR, Baha, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, Birinci Kitap, 2. Bası, İstanbul, 1944, s. 134.

<sup>66</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 326.

<sup>67</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 326.

<sup>68</sup> KESKİN KIZIROĞLU, Serap, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, S. 1, 2009, s. 146, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626609>, ET. 7.8.2020.

<sup>69</sup> KAHRAMAN, Mehmet, "Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama", Yargıtay Dergisi, C. 33, S. 3, Temmuz 2007, s. 368.

<sup>70</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 329-330.

gerekir<sup>71</sup>. Maddeye göre “Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.” Madde uyarınca avukatın aramalı inceleme kapsamında vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak üstünün aranamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>72</sup>.

#### d) Eşyada Arama

Eşya, “türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere” olarak tanımlanmaktadır<sup>73</sup>. Kişinin giymediği elbiseleri, bavulu, defteri, mobilyası, parası, taşıtı ve bilgisayarını eşya olarak kabul edilmektedir<sup>74</sup>.

Bilgisayar ortamında kayıtlı olan elektronik veriler ile CD, DVD gibi veri taşıyıcılarında bulunan elektronik veriler delil niteliğindedir. Bilgisayarda ve bilgisayar sistemlerinde delil aranması CMK m. 116’dan ayrı bir işlem türüdür<sup>75</sup>. CMK m. 134 “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” başlığını taşımaktadır. Bilgisayara ilişkin gerçekleştirilecek arama işleminin CMK m. 134 kapsamında icra edilmesi gerekir<sup>76</sup>.

CMK m. 134<sup>77</sup> uyarınca işlem yapılabilmesi için; somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi sebepleri bulunmalı, bu suç sebebiyle soruşturmaya

<sup>71</sup> CENTEL/ZAFER, s. 440-441.

<sup>72</sup> AKGÜL, s. 144.

<sup>73</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 8.7.2020.

<sup>74</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 330;

<sup>75</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 405-406.

<sup>76</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 330; YERCİ, Cahit, “Aramalı Vergi İncelemesi”, Vergi Sorunları, S. 250, 2009, s. 45.

<sup>77</sup> CMK m. 134 “(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.

Değişik fıkra: 25.07.2018 t. 7145 s. K. m.16

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere



*başlanmış olmalı, başka suretle delil elde etme imkanı bulunmamalı, Cumhuriyet savcısının istemi olmalı, hâkim kararı olmalı (gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir), bilgisayar şüpheli tarafından kullanılıyor olmalı. Bu koşulların hepsi bir arada olmadan bilgisayarda program ya da kütüklerinde arama yapılamaz<sup>78</sup>.*

## 2. Arama Kararı ya da Emri

Arama işlemi kural olarak hâkim kararıyla icra edilir (CMK m. 119/1).

Arama kararı ya da emrinin “a) Aramanın nedenini oluşturan fiil, b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,” unsurlarını taşıması gerekir (CMK m. 119/2).

Hukukumuzda arama kararı ya da emri olmadan rızaya dayalı olarak arama yapılması kabul edilmemiştir<sup>79</sup>.

---

*elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.*

*Değişik fıkra: 25.07.2018 t. 7145 s. K. m.16*

*(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.*

*(4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.*

*Değişik fıkra: 21.02.2014 t. 6526 s. K. m.11*

*(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.”*

<sup>78</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 515.

<sup>79</sup> Hukukumuzda AÖAY'nin m. 8/f fıkrasında, kişilere “içeri almama hakları” hatırlatılarak verilen rıza doğrultusunda mesken ve işyerlerinde arama kararı alınmadan arama yapılabilmesi düzenlenmişti. Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 tarih ve 2005/6392 E., 2007/948 K. sayılı kararı ile düzenlemeyi iptal edilmiştir. Kararın gerekçesi ise Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerinde yer alan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı”nın vazgeçilemez nitelikteki haklardan olduğunun altı çizilerek, bu hakların sınırlanmasına ilişkin kararların hâkim tarafından, Anayasa'da belirtilen hallerde verilebileceği ve bu hakların vazgeçilemez nitelikteki haklardan olması nedeniyle hakların sınırlama sebepleri arasında ilgilinin rızasına yer

### 3. Adli Aramanın Amacı

Adli arama da amaç; şüpheli ya da sanığı yakalama ve delil elde ederek elkoymaktır. Arama işlemi icra edilirken her iki amaca da ulaşmak istenebileceği gibi bu amaçlardan sadece birine ulaşmak için de hareket edilebilir<sup>80</sup>.

### 4. Adli Aramaya Maruz Kalacak Kişiler

Adli aramaya; soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan şüpheliyle<sup>81</sup> kovuşturma aramasında suç şüphesi altında bulunan sanığın<sup>82</sup> yakalanabilmesi için başvurulabilir. Bu nedenle şüpheli ve sanık sıfatını taşıyan kişiler adli aramaya maruz kalabilmektedir (CMK m. 116/1). Buna ek olarak diğer kişiler olarak ifade edilen, şüpheli/sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla şüpheli ya da sanık sıfatı taşımayan kişiler de aramaya maruz kalabilir (CMK m. 117/1). Diğer kişiler kavramı aranan şeyi ya da kişiyi yanında bulunduran kişileri ifade etmektedir. CMK m. 116 uyarınca arama yapılabilmesi, yakalama ya da delil elde edilebilmesi için “makul şüphe”nin varlığı yeterli görülürken, CMK m. 117 uyarınca arama yapılabilmesi için “olayların varlığı” olarak ifade edilen bir “belirliliğin” gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>83</sup>.

### 5. Aramada Hazır Bulunabilecek Kişiler

Arama işlemi, kararı veren hâkim veya izni veren savcı tarafından yapılabileceği gibi kolluk idaresinde de yapılabilir<sup>84</sup>. Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır

---

verilmediği de belirtilmiştir. Bu gerekçeye ek olarak birey ve kolluk arasında bulunan güç dengesizliğine de gerekçe de ğinilmiştir. Bu sebeplerle rıza ile arama yapılmasının kabulü halinde Anayasa ile getirilen korumanın etkisiz hale getireceğinden, yönetmeliğın ilgili maddesi iptal edilmiştir. Danıştay 10. Dairesinin bu kararı Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2007/2257, K. 2012/1117, T. 14.9.2012 kararı ile onamıştır.

<sup>80</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 402; ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 498.

<sup>81</sup> CMK m. 2/1-a.

<sup>82</sup> CMK m. 2/1-b.

<sup>83</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 412.

<sup>84</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul, 2010, s. 1080.

bulundurulur (CMK m.120/1). Bu kişiler gözlemci olarak arama işlemine iştirak ederler<sup>85</sup>. Arama işlemi kapalı yerlerde yapılacaksa savcının işleme katılması gerekir. Savcının işleme katılmaması halinde o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi arama işleminde bulundurulur (CMK m. 119/4).

CMK m. 117/1'de gösterilen hâllerde zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir (CMK m. 120/2). Bu isnadı öğrenme hakkının da bir gereğidir (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6). Buna rağmen acele hallerde aramanın amacının bildirilmesi mümkün olmayabilir<sup>86</sup>. Kişinin avukatının arama işlemine katılmasına engel olunamaz (CMK m. 120/3). Fakat avukatın çağrılması ya da avukatın beklenmesi arama işleminin sonuçsuz kalmasına neden olacaksa avukatın gelmesi beklenmeden de arama işlemi yapılabilir<sup>87</sup>.

## 6. Aramanın Zamanı

Kural, aramanın gündüz icra edilmesidir<sup>88</sup>. Arama işleminin zamanı arama yapılacak yerin niteliğine göre farklılık göstermektedir. Arama, *konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde* yapılacaksa gece<sup>89</sup> yapılamaz. Kişilerin üstlerinde ve eşyaları hakkında yapılacak aramalara ilişkin olarak, konut veya maddede sayılan yerlerde yapılacak aramaya bağlı olmaması koşuluyla bir zaman sınırlaması öngörülmemiştir<sup>90</sup>. Fakat olayda *suçüstü veya gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacı* varsa buralarda da gece arama yapılabilir (CMK m. 118/1-2). Suçüstü hali ceza kanunu m. 2/1-j<sup>91</sup>'de tanımlanmıştır.

<sup>85</sup> CENTEL/ZAFER, s. 438.

<sup>86</sup> YENİSEY, Kolluk Hukuku, s. 546.

<sup>87</sup> CENTEL/ZAFER, s. 438

<sup>88</sup> SOYASLAN, s. 319; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331.

<sup>89</sup> TCK m. 6/1-e "Gece vakti deyiminden; güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve doğmasından bir saat evvel kadar devam eden zaman süresi," olarak ifade edilmiştir.

<sup>90</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 331.

<sup>91</sup> TCK m. 2/1-j" Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suç,

Gecikmesinde sakınca olan hal ise hemen işlem yapılmaması durumunda suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin ortadan yok olması ya da şüpheli/sanığın kaçması ya da kimliğinin tespit edilememesi durumunu ifade etmektedir<sup>92</sup>. Aramanın gündüz gerçekleştirilmesi halinde arama işlemi ile ulaşılmak istenen amacın tehlikeye düşmesi de gecikmesinde sakınca olan hale örnek gösterilebilir<sup>93</sup>.

Herkesin girip çıkabildiği, kapalı olan yerlerde gece arama yapılabilir. Çünkü buralar CMK anlamında kapalı yer olarak kabul edilmemektedir<sup>94</sup>. Fesada uğramamak koşuluyla ilgilinin rızasıyla gece arama yapılabileceğini kabul eden yazarlar vardır<sup>95</sup>. Gündüz başlayan bir aramanın bitirilememesi halinde gece aramaya devam edilmesi mümkündür. Burada dürüst işlem ilkesi ihlal edilerek aramanın geceye sarkıtılması, işlemi hukuka aykırı hale getirir<sup>96</sup>.

### 7. Aramanın Sonucu ve Arama Neticesinde Elde Edilen Deliller

Arama işlemine ilişkin bir tutanak tutulur ve işleme katılanlar tarafından imzalanır (CMK m.119/3). Arama işlemi neticesinde koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK m. 121/3).

Arama işlemi neticesinde elde edilen belge veya kâğıtlar ancak savcı ve hâkim tarafından incelenebilir (CMK m. 122/1). Belge ve kâğıtların konulduğu şey zilyet ya da temsilcisi tarafından da mühürlenebilir veya imza atılabilir. İleride mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da bu kişilerin avukatı çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır (CMK m. 122/2). İnceleme sonucu

2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu,

3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu," olarak ifade edilmiştir.

<sup>92</sup> SOYASLAN, s. 319.

<sup>93</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 334.

<sup>94</sup> SOYASLAN, s. 319.

<sup>95</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 332.

<sup>96</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 332; YORULDU/YORULDU, s. 62.

soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilişkin olmadığı anlaşılan belge veya kâğıtlar ilgisine geri verilir (CMK m. 122/3).

Talep halinde arama işlemi bittiğinde elkonulan ya da koruma altına alınan eşyalara ilişkin bir belge hazırlanarak hakkında arama işlemi uygulanan kişiye verilir (CMK m. 121)<sup>97</sup>.

Arama işlemi esnasında, arama işleminin kapsamında yer aldığı soruşturma veya kovuşturmaya ilgisi olmayan ancak, başka bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum savcılığa hemen bildirilir (CMK m. 138). “*Belki içinde bir suç delili vardır*” düşüncesiyle karar kapsamı dışındaki belgelere elkonulması hukuka aykırıdır<sup>98</sup>. Bu düzenlemeye ek olarak VUK m. 145/5’te suç delili teşkil eden defter ve vesikaların iade edilmeyeceği düzenlenmiştir.

Arama işlemi neticesinde elde edilen delillerin yargılamada kullanılabilmesi için aramanın hukuka uygun olması gerekir. Arama işlemi hukuka aykırıysa arama işlemi esnasında elde edilen tesadüfi deliller de hukuku aykırı yöntemle elde edilmiş delil kabul edilmektedir<sup>99100</sup>.

<sup>97</sup> CMK m. 121 “(1) Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116 ve 117 nci maddelere göre yapıldığını ve 116 ncı maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheli haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen belgelerde, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan eşyanın mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir.

(3) Koruma altına alınan veya elkonulan eşyanın tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur.”

<sup>98</sup> YENİSEY, Feridun, “*Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkında İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: Vergi Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Feridun YENİSEY/Gülşen GÜNEŞ, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, İstanbul, 2006, s. 192.

<sup>99</sup> YCGK, E. 2016/21-1067, K. 2017/131, T. 07.03.2017. (Kazancı)

<sup>100</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, CMK m. 119/4 uyarınca savcının katılmadığı arama işlemine, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın gerçekleştirilmesini hukuka aykırı bularak, arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olduğuna ve bu delillerin yargılamada kullanılmayacağına karar verilmiştir. YCGK, E. 2013/464, K. 2015/132, T. 28.4.2015. (Lexpera)

### III. VERGİ USUL KANUNUNDA ARAMA İŞLEMİ (ARAMALI İNCELEME)

VUK'da düzenlenen arama işleminin icra edilebilmesi için bir ihbar ya da incelemenin var olması gerekir. İhbar ya da inceleme neticesinde vergi kaçırıldığı hususunda kuvvetli belirtiler bulunmalıdır. Arama, vergi kaçakçılığı yaptığına ilişkin kuvvetli belirtiler bulunan kişi ve vergi kaçırma ile ilgisi bulunan kişilere yönelik olarak delil elde etmek amacıyla yapılan bir işlemdir<sup>101</sup>. İşlem aynı zamanda mükelleflerin beyan etmedikleri gelirlerinin tespiti için başvurulmuş denetim araçlarından birisidir<sup>102</sup>. VUK aramayı tanımlamamakla birlikte uyulması gereken esaslara kanunun "Arama" başlıklı üçüncü bölümünde yer vermiştir. VUK kapsamında yapılan arama doktrinde, bir vergi suçuyla ilgili olarak defter, belge gibi delillerin veya malların elde edilebilmesi için fiilen yapılan araştırma ve alınan tedbirler olarak tanımlanmaktadır<sup>103</sup>.

VUK hükümlerine göre yapılan arama; vergisel arama<sup>104</sup>, aramalı inceleme<sup>105</sup>, aramalı vergi incelemesi<sup>106</sup>, vergi araması<sup>107</sup> gibi farklı isimlerle anılmaktadır. Burada esasında vergi hukuku uyarınca bir vergi incelemesi yapılmakta fakat bu incelemeyle başta kişilerin özel hayatı olmak

<sup>101</sup> KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, s. 248.

<sup>102</sup> KARABOYACI, Abdullah, "Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri", TBB Dergisi, S. 115, 2014, s. 213, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1429>, ET. 22.7.2020.

<sup>103</sup> KOCAHANOĞLU, s. 34.

<sup>104</sup> TAŞDELEN, Aziz, "Vergisel Arama", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2003, s. 159, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754465>, ET. 21.07.2020; KARABEYSER, s. 98; AKGÜL, s. 64.

<sup>105</sup> Danıştay 3. Daire, E. 2010/2635, K. 2013/416, T. 13.2.2013 (Lexpera); Danıştay 4. Daire, E. 2015/10048, K. 2017/1587, T. 14.2.2017 (Lexpera); Danıştay VDDK, E. 2016/635, K. 2016/617, T. 25.5.2016 (Lexpera); KÜÇÜK, Arzu, "Türk Vergi Hukukunda Aramalı İnceleme", Yargıtay Dergisi, S. 130, 1975, s. 153; SANDALCI, s. 301.

<sup>106</sup> HEPKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 149; YOĞUN, İsmail, "Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi", Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, S. 461, 2006, s. 179; YERCİ, s. 38; AKIN, Emrah, "Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı", Yaklaşım Dergisi, S. 167, 2006, s. 93; KOÇAK, s. 60; AKDEMİR, Tuğçe/BAŞ, Eylem, "Aramalı Vergi İncelemelerinin Ceza Muhakemesi ve Vergi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Vergi Sorunları Dergisi, S. 314, 2014, s. 126.

<sup>107</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2017/3571, K. 2018/966, T. 7.2.2018 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2016/5850, K. 2019/5977, T. 9.7.2019. (Lexpera)

üzere çeşitli temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmekte ve kişinin rızası olmasa da çeşitli eşyalara elkonulabilmektedir. Böylelikle inceleme işlemine, arama işlemine ait özellikler eklenmiştir. Bu nedenle bu çalışmada, VUK hükümleri uyarınca yapılan arama için, işlemin bünyesinde barındırdığı inceleme ve arama işlemlerinden herhangi birinin diğerinin gölgesinde kalmaması adına aramalı inceleme terimi kullanılmıştır.

Aramalı inceleme VUK m. 142-147 arasında düzenlenmekle birlikte m. 147'de VUK'da düzenlenmeyen hususlarda CMK<sup>108</sup>'nin aramaya ilişkin hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Burada genel kanun olan CMK hükümleri, VUK hükümlerine göre öncelikli değildir<sup>109</sup>. VUK'un sistematiğine bakıldığında arama bağımsız bir vergi denetleme aracı olmayıp vergi incelemesinin bir türü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>110</sup>. Vergi incelemesi bünyesinde aramayı da barındırıyorsa vergi denetimi halini alır<sup>111</sup>. Aramalı inceleme, vergi incelemesi yapılmasına bir araç niteliğinde olup vergi kaçırıldığına ilişkin belge ve vesikaların bulunması amacıyla icra edilen bir koruma tedbiridir<sup>112</sup>.

Aramalı inceleme, vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak icra edilebilir. Başkaca vergi suçu ile bağlantılı olarak bu yola başvurulması mümkün değildir<sup>113</sup>. Aramalı inceleme kişiyi bir kaçakçılık suçu işlediği hususunda zan altında bırakmaktadır. Bu nedenle aramaya maruz kalan kişi açısından ağır sonuçlar doğurmaktadır<sup>114</sup>. Hâkim uygun görürse kaçakçılıkla ilgisi bulunan üçüncü kişilere ilişkin de arama yapılmasına karar verebilir<sup>115</sup>.

<sup>108</sup> 5320 Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 3/1 "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa yapılan yollamalar, Ceza Muhakemesi Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır."

<sup>109</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 191.

<sup>110</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 149.

<sup>111</sup> SARISOY/GÖZCÜ, s. 14-15.

<sup>112</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2016/6083, K. 2019/98, T. 8.1.2019. (Lexprera)

<sup>113</sup> TAŞDELEN, s. 167; PINAR/TAYLAR, s. 148; AKGÜL, s. 65.

<sup>114</sup> TEKİN, Fazıl/ÇELİKKAYA, Ali, Vergi Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2018, s. 228.

<sup>115</sup> TEKİN/ÇELİKKAYA, s. 229.

Aramalı inceleme, mükelleflere vergi cezası uygulanmasında kullanılan araçlardan biridir<sup>116</sup>. Arama ile ödenmesi gereken vergi miktarının doğruluğunu araştırarak tespit etmek ve sağlamak amacı taşınır. Bu amaca ulaşmak için mükellefin ya da vergiyi doğuran olayla ilgili kişi ve kuruluşların iş yeri, ev ve üstlerinde arama yapılır. İşleme, vergi kaçırmanın ispatında kullanılacak her türlü belge ve bilgiye elkonulması ile devam edilir<sup>117</sup>. Arama kararında adı geçmeyen kişilere ilişkin arama işlemi icra edilemez. Aksi halde işlem hukuka aykırı olur<sup>118</sup>.

Arama varlığı önceden tespit edilmiş bir delile elkoymak maksadı ile yapılıyorsa *sınırlı arama (özel arama)*<sup>119</sup>; aramanın birden fazla yerde, birden fazla kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi ve aynı anda farklı yerlerde elkoyma işleminin yapılmasının muhtemel olması halinde *çok taraflı arama*<sup>120</sup>; mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin güçlü emare ya da izlemin bulunmasıyla ya da ihbar alınmasıyla mükellefin, tüm iş ve işlemlerine yönelik olarak, sadece mükellef nezdinde, geniş kapsamlı olarak yapılmasına *genel arama* denilmektedir<sup>121</sup>.

Aramalı incelemeyle hem vergi alacağının doğru bir şekilde tespit edilmesi hem de yargılama safhasında kullanılacak delil, bulgu ve verilerin elde edilmesi amaçlanır<sup>122</sup>. Aramalı incelemede öncelikli amaç delil elde edilerek vergi suçlarının ortaya çıkarılmasıdır. Bu görüşe göre işlemlerde mükellefin yakalanması ön planda değildir<sup>123</sup>. Çoğunluk görüşüne göre ise aramalı incelemede amaç delil elde etmek olup yakalama amacıyla hareket edilmemektedir<sup>124</sup>. Bu nedenle suç delillerinin en az eksik ve kusurla elde edilerek inceleme yapacak elemanlara teslim edilmesine

<sup>116</sup> SABAN, s. 93.

<sup>117</sup> KOÇAK, s. 61.

<sup>118</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 192.

<sup>119</sup> ÜN, Raci, "Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I", Yaklaşım Dergisi, S. 191, 2008, s. 68; KÜÇÜK, s. 161.

<sup>120</sup> ÜN, s. 68; AKKAYNAK, Şener, "Aramalı İnceleme", Yaklaşım, S. 13, 1994, s. 37; Naklen, KÜÇÜK, s. 162.

<sup>121</sup> ÜN, s. 68; KIZILOT, Şükrü, Vergi Usul Kanunu ve Uygulaması, Ankara, 1996, s. 1337; Naklen, KÜÇÜK, s. 162.

<sup>122</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 189.

<sup>123</sup> KOCAHANOĞLU, s. 34.

<sup>124</sup> KARABEYSER, s. 98; PINAR/TAYLAR, s. 146; AĞAR, s. 332; AKGÜL, s. 65.



gayret edilmelidir<sup>125</sup>. Kanaatimce, aramalı incelemenin merkezinde vergi inceleme elemanları bulunmakta olup amaç delil elde etmektir. Yakalama amaçlı yapılan arama işleminin CMK hükümleri uyarınca icra edilmesi gerekir.

### A. ARAMALI İNCELEME İŞLEMİ İLE İHLAL EDİLMESİ MUHTEMEL OLAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Anayasa m. 12/1’de herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa’nın vergi ödevi başlıklı 73. maddesinde herkes vergi ödemekle yükümlü kılınmıştır. VUK m. 8/1’de mükellef “*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişi*” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeler Anayasa ile güvence altına alınan temel hakların, vergilendirme alanında vergi mükellefinin temel hakları olarak kabul edilmesi sonucunu doğurur<sup>126</sup>. Temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmadan, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplerle ve kanun ile sınırlandırılabilir. Sınırlamalar Anayasa m. 13’te belirtildiği üzere “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*” aykırı olamaz. Arama işleminin m. 13’te sayılan hususlara aykırı olarak icra edilmesi işlemi hukuka aykırı hale getirir<sup>127</sup>. Arama ile genel olarak özel hayata, işlemin uygulanış biçimine göre konut dokunulmazlığına bazen de kişi dokunulmazlığına müdahale edilmektedir<sup>128</sup>.

Anayasa’nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ilkesi düzenlenmiştir. Maddede özel hayatın dokunulmaz olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa’da düzenlenen sebeplere dayanılarak, belirtilen usul doğrultusunda kişilerin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranabileceği ve

<sup>125</sup> ALPTÜRK, Ercan, “Aramalı İncelemenin Bilgisayar Kayıtları ve Bilgisayar Ekipmanları Yönünden Değerlendirilmesi”, Maliye Postası Dergisi, S. 573, 2003, s. 94.

<sup>126</sup> SABAN, s. 94.

<sup>127</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 191.

<sup>128</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 499.

bunlara elkonulabileceği düzenlenmiştir<sup>129</sup>. Anayasa m. 21<sup>130'</sup>de konut dokunulmazlığı başlığı altında; kişilerin konutlarının dokunulmaz olduğu kabul edildikten sonra Anayasa'da belirtilen hallerde kişilerin konutunun aranabileceği ve eşyalarına el konulabileceği düzenlenmiştir. Anayasa m. 22<sup>131'</sup>de haberleşme hürriyeti düzenlenmiş olup herkesin bu hürriyete sahip olduğu, haberleşmenin gizliliğinin ise esas olduğu kabul edilmiştir. Buna ek olarak Anayasa'da belirtilen hallerde haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğinin ihlalinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Anayasa'nın ilgili maddeleri ile düzenlenen bu hakların sınırlandırılmasının söz konusu olması halinde yine Anayasa m. 13<sup>132'</sup>de belirtilen usul doğrultusunda hareket edilmesi gerekir.

<sup>129</sup> Any. m. 20/1-2 "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Değişik fıkra: 03.10.2001 t. 4709 s. K. m.5

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

<sup>130</sup> Any. m. 21 "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

<sup>131</sup> Any. m. 22/1-2 "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar."

<sup>132</sup> Any. m. 13 "Temel hak ve hürriyetler, özerline dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Vergi yükümlüsünün temel haklarından olan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının, arama işlemi ile sınırlandırılabilmesi için meşru bir nedenin var olması gerekir. Bu meşruiyet, 1) *vergi kaçırıldığına dair emareler bulunması*, 2) *usulüne göre verilmiş yargıç kararı ile sağlanır*<sup>133</sup>.

Anayasa ve kanuna aykırı icra edilen aramalı incelemeyle kişisel özgürlükler ve konut dokunulmazlığı ihlal edilirken ticari faaliyetin de aksamaması gibi sonuçlar ortaya çıkmaktadır<sup>134</sup>. Bu nedenle aramalı inceleme yoluna başvurulabilmesi için ortada ciddi bulgu ve belgelerin bulunması gerektiği gibi<sup>135</sup> bu yola istisnai olarak başvurulması gerekir<sup>136</sup>.

AİHS m. 8<sup>137</sup>'de özel ve aile hakkına saygı hakkı düzenlenerek koruma altına alınmıştır. AİHM bir kararında paranın kontrolünü öngören suçlara ilişkin olarak delil elde etmek amacıyla konutta arama ve elkoyma tedbirlerine başvurmanın zorunlu olduğuna karar vermiştir. Fakat bu işlemlere ilişkin düzenlemeler hak ihlallerini önleyici güvenceleri de bünyelerinde barındırmalı ve düzenlemeler yetkilerin kötüye kullanılmasına hizmet etmemelidir<sup>138</sup>.

AİHM Funke v. Fransa kararında idarenin arama işlemine başvurmadan önce bazı belge ve bilgilere ulaşmaya çalışması gerektiğini ortaya koymuştur<sup>139</sup>. Karara göre vergi kayıp ve kaçaklarına ilişkin olarak arama işlemine başvurmadan delil elde etme imkânı varken doğrudan arama işlemine başvurulmuşsa işlem hukuka aykırı olur<sup>140</sup>. Mahkeme Funke v.

<sup>133</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 190.

<sup>134</sup> KOÇAK, s. 66.

<sup>135</sup> AKIN, s. 97.

<sup>136</sup> AKIN, s. 97; KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, s. 248; Danıştay 3. Daire, E. 2010/2635, K. 2013/416, T. 13.2.2013. (Lexpera)

<sup>137</sup> AİHS m. 8 "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

<sup>138</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 180.

<sup>139</sup> SABAN, s. 96; YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 193-194.

<sup>140</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 193.

Fransa kararında, arama işleminin icrası için hâkim kararının varlığının aranmaması ve Gümrük idaresi işlem ve eylemlerine ilişkin bir sınırın çizilmemiş olmasını, hak ihlaline sebep olabilecek boşlukların bulunmasını elde edilmek istenen amaç ile makul bir denge içerisinde olmadığı sonucuna varmıştır<sup>141</sup>.

Funke kararına göre arama esnasında kişi, hakkında cezai sonuçlar doğmasına neden olabilecek belgeleri vermeye zorlanamaz ya da bunlar zorla alınmaz. Böyle bir zor kullanım AİHS m. 6/1'in ihlali niteliğindedir. Bu şekilde elde edilen delilere dayanılarak yapılan yargılama da adil bir yargılama olarak kabul edilmez<sup>142</sup>.

## B. VERGİ İNCELEME ELEMANININ ARAMALI İNCELEMEDEKİ HUKUKİ STATÜSÜ

Aramalı inceleme, vergi incelemesi yapmaya yetkili kişiler tarafından icra edilebilir<sup>143</sup>. Bu kişiler VUK m. 135<sup>144</sup>'de sayılmış olup arama işlemi yapma yetkilerini başkalarına devredemezler<sup>145</sup>. Vergi incelemesine yetkili olan kişileri *vergisel suç kolluğu* olarak kabul eden bir görüşe<sup>146</sup> karşı, bu kişileri kolluk olarak kabul etmeyen bir görüş daha vardır. Bu yazarlar görüşlerini vergi inceleme elemanlarının mevzuatta<sup>147</sup> kolluk olarak tanımlanan birimler arasında sayılmamış olmalarıyla gerekçelendirmektedir<sup>148</sup>.

Kolluk kavramı farklı birimleri aynı çatı altında toplayan bir kavramdır. Suçu önleme, suça elkoyma, suç delillerini ve suçluyu ele geçirme ve toplumda kanunların, huzur ve güvenliğin hâkim olmasını amaçlayan

<sup>141</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 181.

<sup>142</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 194.

<sup>143</sup> KOÇAK, s. 62.

<sup>144</sup> VUK m. 135 "*Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır. Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.*"

<sup>145</sup> ÜN, s. 68.

<sup>146</sup> TAŞDELEN, s. 175; Aynı Yönde, BAYKARA, Vergi Ceza Muhakemesi, s. 24.

<sup>147</sup> AÖAY m. 4 "... *Kolluk: Jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlilerini... ifade eder.*"

<sup>148</sup> KARABEYSER, s. 102; PINAR/TAYLAR, s. 144-145.

birimlerin hepsine kolluk denir<sup>149</sup>. Kolluk faaliyete geçtiği olayın özelliklerine göre; *önleyici*, *caydırıcı*, *koruyucu*, *düzenleyici* nitelikteki suç öncesi yani idari kolluk ve suç işlendikten sonra olayı aydınlatmak üzere hareket eden adli kolluk olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>150</sup>. Adli kolluk; suç sonrasında, suçun failini yakalamak, delilleri elde etmek amacıyla hareket etmekte olup *bastırıcı* niteliktedir. Adli kolluk adli makamların emri altındadır ve bu faaliyetleri nedeniyle çıkan hukuki uyuşmazlıklar adli yargıda çözümlenir<sup>151</sup>. İdari kolluğun özellikleri ise *önleyici*, *engelleyci*, *koruyucu ve durdurucu* nitelikte olup, idari makamların talimatı uyarınca hareket eder. Eylem ya da işlemleri nedeniyle açılacak olan davalar idari yargının görev alanı içerisinde<sup>152</sup>. Bununla birlikte bu iki kolluk türünün hareket sahasının kesin çizgilerle ikiye ayrılması halinde kolluk işleyemez hale gelebilir<sup>153</sup>.

Aramalı incelemenin yapılabilmesi “mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler” bulunmasına bağlı olup VUK m. 359’da tanımlı eylemler bu kapsamda yer almaktadır<sup>154</sup>. Aramalı inceleme, suç teşkil ettiği düşünülen fiiller nedeniyle delil elde edilmek amacıyla icra edilmektedir. Bu nedenlerle aramalı incelemesinin adli kolluk faaliyeti içinde yer aldığı kanaatindeyim. VUK m. 147’de CMK hükümlerine atıf yapılması kanun koyucunun VUK kapsamında yapılan aramayı adli arama olarak nitelendirdiğinin bir göstergesidir<sup>155</sup>. Aksi halde burada yasal bir

<sup>149</sup> BIÇAK, Vahit, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2018, s. 159.

<sup>150</sup> BIÇAK, s. 159.

<sup>151</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 650-651.

<sup>152</sup> AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, s. 649-650.

<sup>153</sup> YENİSEY, Feridun, *Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri*, Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006, s. 55-56.

<sup>154</sup> AĞAR, s. 80.

<sup>155</sup> Aynı Yönde, TAŞDELEN, s. 170; PINAR/TAYLAR, s. 142, Dipnot No:8; PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif/SARAÇOĞLU, Fatih, “*Vergi Kaçakçılığı İle Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)*”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 65, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, ET. 22.7.2020; EVİRGEN, Selen, “*Vergi Hukukunda Arama Müessesesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlişkisi*”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2017, s. 148; AKGÜL, s. 84; Yargıtay 11. CD., E. 2016/6083, K. 2019/98, T. 8.1.2019.(Lexpera)

değişiklik yapılarak önleme aramasının düzenlendiği PVSŞ'ya yollama yapılması yoluna gidilebilirdi. Aramalı incelemenin tek başına bir denetim türü olmamakla birlikte suç delili elde etmek amacıyla başvuru vergi hukukuna özgü bir adli arama türü olduğu yönünde bir görüş de bulunmaktadır<sup>156</sup>. Aramalı incelemenin idari kolluk faaliyeti kapsamında yer aldığı<sup>157</sup>, aramalı incelemenin koruma tedbirlerinin özelliklerini taşımakla birlikte idari yönlerinin de bulunması sebebiyle karma nitelikli bir denetim yolu olduğu<sup>158</sup> ve vergi hukuku çerçevesinde yapılan denetimlerin idari kolluk ile adli kolluk arasında yer alan bir tür kolluk faaliyeti<sup>159</sup> olduğu yönünde farklı görüşler de vardır.

Kolluğa ilişkin olarak farklı sınıflandırmalar yapılabilir. Bıçak, bu sınıflandırmayı genel kolluk, özel kolluk ve kolluk yetkisini haiz birimler şeklinde yapmaktadır. Genel kolluk polis, jandarma, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza birimlerini ifade ederken<sup>160</sup> (AÖAY m. 4); özel kolluk, genel kolluk dışında kalan ve özel kanunlarla ihtiyaca göre kurulan kolluk türünü ifade eder (ETK m.3). İhtiyaçlar doğrultusunda farklı özel kolluk türlerinin ortaya çıkması mümkündür<sup>161</sup>. Kolluk yetkisiyle donatılanlar ise asli görevi kolluk hizmeti sunmak olmayan fakat bazı hallerde kolluk yetkisi kullanabilen birimlerdir<sup>162</sup>. Genel kolluk, ülkenin tamamında faaliyet göstererek tüm kolluk yetkilerini kullanabilir. Özel kolluğun ise faaliyet alanı coğrafi olarak sınırlı olup her türlü kolluk yetkisini kullanmaları mümkün değildir<sup>163</sup>. Bu bilgiler ışığında aramalı incelemeye

<sup>156</sup> AKGÜL, s. 87.

<sup>157</sup> YÜCESOY, Ayşe Aslı, "Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 135, 2018, s. 154, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1754>, ET. 24.7.2020; YILDIZ, Hayrettin, "Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi" EÜHFD, C. XVII, S. 3-4, 2013, s. 134.

<sup>158</sup> PINAR/TAYLAR, s. 146.

<sup>159</sup> SABAN, s. 93.

<sup>160</sup> BIÇAK, s. 160.

<sup>161</sup> BIÇAK, s. 167.

<sup>162</sup> BIÇAK, s. 177.

<sup>163</sup> ERYILMAZ, Mesut Bedri, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 372-373.

katılan vergi inceleme elemanlarının kolluk yetkisiyle donatılanlar sınıfında olduğu görüşündeyim.

Aramalı inceleme genel kolluk görevlilerince değil vergi inceleme elemanları tarafından icra edilir. Aksi halde yapılan işlem hukuka aykırı bir arama halini alır<sup>164</sup>. CMK m. 119/4<sup>165</sup>'de kapalı yerlerde arama yapılması durumunda savcı işleme katılmamışsa maddede sayılan arama tanıklarının işleme katılması gerektiği ifade edilmiştir<sup>166</sup>. VUK'da bu husus açıkça düzenlenmediği için maddeyi aramalı inceleme işlemine uyarladığımızda, buralarda yapılan aramalara savcı veya maddede geçen arama tanıklarının katılımının zorunlu olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Arama işlemi esnasında emniyet amir ve memurlarının yardımından faydalanılabilir. VUK m. 7<sup>167</sup>, maddede sayılan kişileri vergi kanunlarının uygulanmasına yardımcıyla mükellef kılmıştır. Bu kişilerin aramayı icra eden memurlara yardım etmemesi halinde kanaatimce TCK m. 257/2'de düzenlenen "görevi kötüye kullanma suçu" oluşabilir.

### C. ARAMALI İNCELEME YAPILACAK HALLER VE ARAM KARARI

Arama yapılabilmesi için öncelikle bir ihbar ya da yapılan inceleme neticesinde bir mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emarelerin bulunması gerekir. Bu emarelerin bulunmasının üzerine mükellef ya da kaçakçılıkla ilgili görünen diğer kişilere ilişkin arama işlemi icra edilebilir. Kanun; hakkında arama işlemine başvurulacak kişilerin nezdinde ve bu kişilerin üzerinde arama işlemi yapılabileceğini belirtmiştir (VUK m. 142/1).

Hakkında arama kararı verilen mükellef ile iş yapmakla birlikte kaçakçılıkla ilgili görülmeyen kişilere ilişkin olarak arama işlemi icra edilmemelidir<sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2016/6083, K. 2019/98, T. 8.1.2019. (Lexpera)

<sup>165</sup> CMK m. 119/4 "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur."

<sup>166</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 432.

<sup>167</sup> VUK m. 7 "Bilümmü mülkiye amirleri, emniyet amir ve memurları, belediye başkanları, köy muhtarları ve kamu müesseseleri vergi kanunlarının uygulanmasında uygulama ile ilgili memurlara ve komisyonlara ellerindeki bütün imkanlarla kolaylık göstermeye ve yardımda bulunmaya mecburdurlar."

<sup>168</sup> TAŞDELEN, s. 166.

Yapılan ihbar ya da inceleme sonrasında inceleme yapmaya yetkili kişinin ön araştırma yapması ve bunun neticesinde mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emareler bulunması gerekir. Bunun üzerine, bu durumu ortaya çıkaracak bilgi ve belgelerin ortadan kaldırılma ve ibraz edilmeme tehlikesinin olduğu yönelik bir kanaatin oluşması gerekir. Bu aşamalardan sonra hâkimden arama kararı talep edilir<sup>169</sup>. Vergi inceleme elemanlarının arama işlemi için gerekli olan emarelerin var olup olmadığı noktasında takdir yetkileri vardır. VUK m. 142/1’de geçen “arama yapılabilir” ifadesi de buna işaret etmektedir. İdarenin arama talep edebilmesi için haklı ve meşru bir sebebe dayanması gerekir<sup>170</sup>. Emareler kendi başlarına delil niteliği taşımasa da vergi kaçırıldığını gösteren belirtilerdir. Belge ya da çek dip koçanı emare kavramına örnek olarak gösterilebilir<sup>171</sup>.

Arama kararı bir kere uygulanmak için alınır. İcra edilen arama kararına istinaden ikinci kez arama yapılamaz. Bu nedenle şartlar oluşmuşsa tekrar arama kararının alınması gerekir<sup>172</sup>. Hakkında aramalı inceleme kararı verilen kişi bir suç şüphesi altına girmiş olur. Bu nedenle karar verilirken dikkatli davranılmalıdır<sup>173</sup>.

### 1. Bir İhbarın ya da Vergi İncelemesinin Varlığı

İhbar; *bildirme, bildirim, haber verme* anlamlarına gelmektedir<sup>174</sup>. Vergisel anlamda ihbar kelimesi, “*vergi kaçırılması konusunu içeren bir bildirim*” olarak tanımlanmaktadır<sup>175</sup>. İhbar müessesesi vergi sistemimizde ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş olup, vergi suçlarının ortaya çıkarılmasında bir araç niteliğindedir<sup>176</sup>. İhbar yoluyla elde edilen bilgiler doğrultusunda aramalı inceleme yapılması halinde nokta atışı niteliğinde inceleme ve araştırma yapılabilir. Bu nedenlerle aramalı incelemede ihbar önemli bir role sahiptir<sup>177</sup>. İhbar neticesinde arama yapılarak vergi

<sup>169</sup> KÜÇÜK, s. 169; YORULDU/YORULDU, s. 61.

<sup>170</sup> ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 76; ÜSTÜN, Takdir Yetkisi, s. 271.

<sup>171</sup> ÜN, s. 70.

<sup>172</sup> AYDIN, Murat, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2012, s. 111-112.

<sup>173</sup> PINAR/TAYLAR, s. 162-163.

<sup>174</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 05.06.2020.

<sup>175</sup> TAŞDELEN, s. 168.

<sup>176</sup> KOCAHANOĞLU, s. 44.

<sup>177</sup> SANDALCI, s. 314.



kaçırıldığı ortaya çıkmış muhbire, 1905 sayılı Kanun uyarınca belirlenen bir ikramiye verilebilir ve bu durumda ihbarcının kimliği açıklanmamaktadır<sup>178</sup>.

Arama işleminin icrası için öncelikle bir ihbar ya da vergi incelemesinin bulunması gerekir. Mükellefin vergi kaçakçılığı yaptığına ilişkin bu ihbar yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. İhbarın mükellefin hesap ve işlem durumlarını bilen bir kişi tarafından yapılması, aramayı gerekli kılan bir sebep olarak kabul edilebilir<sup>179</sup>. 3071 sayılı Kanun m. 4'e göre dilekçelerde, "*dilekçe sahibinin adı-soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresi*" bulunmak zorundadır. Dilekçe bu hususları taşımazsa incelenmez (3071 sayılı Kanun m. 6/1-3). Bir ihbarın yapılması üzerine inceleme elemanı bir araştırma yapmalı ve bu araştırma neticesine göre arama talep etmelidir. İhbarın asılsız olduğu kanaati hasıl olmuşsa ya da ihbar kimliği belli olmayan kişilerce yapılmışsa bu ihbar üzerine arama talep edilmemesi gerekir<sup>180</sup>. İdareye yapılan başvuruda, başvuranın kimliği belli olmamakla birlikte başvuruya konu olaya ilişkin olarak inandırıcı nitelikte bilgi, belge eklenmiş ya da başvuru somut nitelikteki bilgi, bulgu ya da olaya dayanıyorsa yapılan bu ihbar doğrultusunda işlem yapılabilir (2004/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi)<sup>181</sup>. İhbar nedeniyle yapılan bir arama sonuçsuz kalırsa mükellefin talebi halinde ihbar eden kişinin kimliğinin bildirilmesi zorunludur (VUK m. 142/4). 2004/12 sayılı genelge uyarınca yapılan aramanın sonuçsuz kalması halinde VUK m. 142/4 ile getirilen zorunluluğun nasıl yerine getirileceği bir muammadır. Kanaatimce VUK m. 142/4 hatalı bir düzenlemedir. Aramalı inceleme için önce arama talebinin gerekçeli olarak sulh ceza hâkimine sunulması gerekir. Hâkim arama yapılması gerektiğine ikna olursa arama kararı verir. Her ne kadar süreç ihbar ile başlasa da ihbarın varlığı arama kararının verilebilmesi için yeterli değildir. Ayrıca ihbara ilişkin olmayan sebeplerle arama işlemi sonuçsuz kalabilir. Madde dürüst kişilerin ihbarda bulunmasını engelleyici

<sup>178</sup> KOÇAK, s. 61.

<sup>179</sup> KOCAHANOĞLU, s. 35.

<sup>180</sup> DAYIOĞLU, Ali, "*Arama ve Aramalı Vergi İncelemesinde Mükellefin Hakları*", Vergi Sorunları Dergisi, 1984, s. 101; YOGUN, s. 180-181.

<sup>181</sup> Ocak 2004 Tarihli Resmî Gazete, Sayı: 25356, <https://www.ozyegin.edu.tr/sites/default/files/upload/iletisim/basbakanlik-genelgesi.pdf>, ET. 15.7.2020.

niteliktedir. Asılsız ihbar nedeniyle mağdur olan kişinin muhatabının devlet olması gerekir. Yine asılsız ihbar nedeniyle bir zarar doğmuşsa Devlet tarafından tazmin edilmeli ya da bu ihbar suç teşkil ediyorsa takibinin re'sen devlet tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle aramaya temel teşkil eden ihbarın asılsız çıkması halinde ihbarcının kimliğinin mükellefe bildirilmemesi gerektiği görüşümdedir<sup>182</sup>.

İhbar neticesinde arama yapılmadan sadece vergi incelemesi yapılmış fakat ihbarın yanlış olduğu ortaya çıkmışsa muhbirin kimliğinin bildirilmesi zorunluluğu yoktur<sup>183</sup>.

Uygulamada isimsiz ve imzasız ihbar mektubu uyarınca arama kararı verilerek arama işlemi gerçekleştirilebilmektedir<sup>184</sup>. Yapılan ihbar değerlendirilerek aramalı inceleme yerine yoklama gibi başkaca bir denetleme işleminin yapılması mümkündür. Bu durumda işlemde arama işleminin şartlarının oluşup oluşmadığı araştırılmaz<sup>185</sup>. Vergi kaçakçılığına ilişkin ihbar doğrudan savcıya yapılırsa vergi idaresi ile koordineli olarak hareket edilerek sonraki işlemlerin icra edilmesi gerekir.

## 2. Mükellefin Vergi Kaçırdığına Delalet Eden Emarelerin Bulunması

Arama işleminin icrası için “*bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler*”in bulunması aranmaktadır. Emare; *belirti, iz, ipucu, bir eylemin yapılması olasılığını ortaya koyan ve fakat başlı başına bir delil nitelik ve kuvvetinde olmayan olgular* olarak tanımlanmaktadır. Emarenin hâkim tarafından göz önüne alınabilmesi için başka delillerle desteklenmesi gerekir<sup>186</sup>. Kuvvetli olmasa bile arama işleminin icrası için emarenin varlığı aranmaktadır. Herhangi bir belirti yeterli olmakla birlikte bir tahmin veya zan arama işleminin icrası için yeterli değildir. Bu nedenle arama kararı verilirken, olayda emarenin var olup olmadığı incelenmeli, emarenin kuvvetli olmaması arama kararının verilmesine engel olmamalıdır<sup>187</sup>.

<sup>182</sup> Karşı Görüş, BAT, s. 2112; KOCAHANOĞLU, s. 45.

<sup>183</sup> DAYIOĞLU, s. 107; ÜN, s. 69.

<sup>184</sup> Danıştay 4. Daire, E. 2014/812, K. 2014/2754, T. 28.4.2014. (Lexpera)

<sup>185</sup> Danıştay 3. Daire, E. 2010/2635, K. 2013/416, T. 13.2.2013. (Lexpera)

<sup>186</sup> YILMAZ, s. 327-328.

<sup>187</sup> KOCAHANOĞLU, s. 35.

Vergi kaçırıldığını gösteren bu emareler defter ya da belge niteliğinde olabileceği gibi herhangi bir olay da olabilir<sup>188</sup>. Maddede kuvvetli şüphe ifadesi kullanılmamış olsa da basit şüphe ile arama işleminin icra edilmesi orantılılık ilkesine aykırıdır<sup>189</sup>.

Maddede geçen “*bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler*”in bulunması durumunu Anayasa’da var olan “*suç işlenmesinin önlenmesi*” kavramı içinde gören yazarlar vardır<sup>190</sup>. Yine bu görüşe göre, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların değerlendirmeleri neticesinde, arama işlemi yapılması yani m. 142/2’deki ifade ile “*buna lüzum görmesi*” için “*vergi mükellefinin vergi kaçırdığına dair emareler*” bulunması gerekir. Böylelikle makul şüphe olayda gerçekleşmiş olur<sup>191</sup>. Makul şüphenin varlığı için aranan bu emarelerin ihbar ya da yapılmakta olan bir inceleme neticesinde ortaya çıkması gerekir<sup>192</sup>.

Hâkim aramalı inceleme talebini vergi kaçırıldığına dair emarelerin talep içeriğinde bulunmaması nedeniyle reddedebilir. Red kararı vergi kaçırılmadığı anlamına gelmez. Bu karar talep anında, aramalı inceleme kararı verilmesi için gereken şartların olayda oluşmadığı anlamına gelir<sup>193</sup>.

Aramalı incelemeyle VUK m. 359’da düzenlenen kaçakçılık suçuna ilişkin deliller elde edilmek amaçlanmakta olup; bunun suç işlenmesinin önlenmesi kapsamında yer alan bir durum olduğuna ilişkin görüşler vardır<sup>194</sup>. Burada suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla hareket edildiğinin kabul edilebilmesi için hangi durumda koruma tedbirlerine hangi durumda önleme tedbirlerine başvurulması gerektiğine bakılması gerekir. Bir suçun işlenmiş olduğu durumlarda koruma tedbirlerine başvurulurken, önleme tedbirlerine başvurulabilmesi için en azından bir suç

<sup>188</sup> DAYIOĞLU, s. 101.

<sup>189</sup> PINAR/TAYLAR, s. 150.

<sup>190</sup> SABAN, s. 95; YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 190-191.

<sup>191</sup> SABAN, s. 95; TAŞDELEN, s. 173; YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 190-191; KARABEY-SER buradaki şüphely basit, başlangıç ya da soruşturma şüphesi olarak kabul nitelemektedir. Bakınız, KARABEYSER, s. 100.

<sup>192</sup> SABAN, s. 95; YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 191.

<sup>193</sup> TAŞDELEN, s. 173.

<sup>194</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 151.

işlenmesi tehlikesinin varlığı aranmaktadır<sup>195</sup>. Tehlikeyi önlemenin mümkün olmadığı durumda yani suçun işlendiği noktada başvurulması gereken tedbir türü koruma tedbirleridir<sup>196</sup>. Yenisey/Nuhoğlu'na göre, yakın bir tehlike söz konusuysa koruma tedbirlerine, uzak bir tehlike söz konusuysa önleme tedbirlerine başvurulması gerekir. Suç işlenmeden önce başvurulmuş tedbir türü önleme tedbirleri olmakla birlikte suçun işlenmesinden sonra başvurulmuş güvenlik tedbirleri de önleme tedbirleri kapsamında yer almaktadır<sup>197</sup>. Aramalı incelemede suç işlenmesini önlemek amaç edinilmişse işlemin PVSİK m. 9'da düzenlenen tehlike ya da suçun işlenmesini önlemek amacıyla başvurulmuş önleme araması olarak kabul edilmesi gerekir. Fakat VUK m. 147'de sadece CMK hükümlerine atıf yapılmış PVSİK'ya atıfta bulunulmamıştır. Yani aramalı inceleme yine VUK hükümleri uyarınca adli arama olarak kabul edilmiştir. Suç işlenmesini önlemek amacıyla aramalı inceleme icra edilmek isteniyorsa VUK hükümlerinin bu doğrultuda güncellenmesi gerektiği kanaatindeyim.

Arama kararı verilebilmesi için vergi kaçırıldığına dair bir suç şüphesinin de olması gerekir<sup>198</sup>. Mükellefler daha az vergi ödemek için vergi kaçakçılığı yoluna başvurabilmektedir<sup>199</sup>. VUK m. 359<sup>200</sup>'da sayılan fiiller

<sup>195</sup> ÖZBEK, Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 65-66, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754531>, ET. 10.8.2020.

<sup>196</sup> ÖZBEK, İzmir Şerhi, s. 522.

<sup>197</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 267.

<sup>198</sup> UĞUR, Hüsamettin, "Vergi Usul Kanununa Göre Adli Arama", Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 92, 2014, s. 53.

<sup>199</sup> KARABOYACI, s. 214.

<sup>200</sup> VUK m. 359 "a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar

Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya

vergi kaçakçılığı suçunu oluşturmaktadır<sup>201</sup>. Vergi kaçırma ise *kaçakçılık sayılan ve kaçakçılık cezasını gerektiren fiiller* olarak tanımlanmaktadır<sup>202</sup>. Vergi incelemesi neticesinde arama işlemin yapılabilmesi için inceleme esnasında mükellefin vergi kaçırdığı ya da gizlenmiş suç delillerinin bulunduğuna ilişkin delil ve emareler çıkması gerekir<sup>203</sup>.

### 3. Aramalı İnceleme Kararı

VUK m. 142'deki düzenlemeye göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar doğrudan hâkime başvurarak arama kararı talep edebilirler. VUK m. 367/1'de vergi incelemesi esnasında m. 359'da yazılı suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde durumun savcılığa bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar *bir mükellefin vergi kaçırdığına delalet eden emareler bulunursa, doğrudan hâkimden arama kararı verilmesini talep edebiliyorken 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit edilmesi halinde savcılığa haber vermekle yükümlü tutulmuştur*. VUK m. 142 ve 367'de geçen bu ibarelere göre kişi hakkında arama kararı verilebilmesi için bazı emarelerin varlığı yeterliken kişi hakkında Cumhuriyet başsavcılığına bildirim yapılabilmesi için kaçakçılık suçunun işlendiğinin tespit edilmesi gerekir. Kanaatimce bir kişi hakkında arama yapılması, bu kişi hakkında soruşturma

---

*durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.*

*Değişik fıkra: 16.6.2009 t. 5904 s. K. m.23*

*b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.*

*c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.*

*Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyaı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."*

<sup>201</sup> AĞAR, s. 80.

<sup>202</sup> YERCİ, s. 39.

<sup>203</sup> KOCAHANOĞLU, s. 35.

açılmasından daha ağır sonuçları olan bir durumdur. Fakat arama yapılabilmesi için vergi kaçırıldığına dair emarelerin varlığı yeterliyken, Cumhuriyet başsavcılığına başvuru yapılabilmesi, kaçakçılık suçlarının işlendiğinin tespit edilmesine bağlıdır. Bu durum ise orantılılık ilkesine aykırıdır. Kanaatimce arama kararı talep edilebilmesi için inceleme elemanlarınca yapılan değerlendirmenin suçun işlenmiş olduğu noktada yoğunluk taşınması gerekir. Bu nedenlerle VUK m. 142’de belirtilen ölçünün açıkça kuvvetli suç şüphesi olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyim.

Aramalı inceleme yapılabilmesi için Cumhuriyet başsavcılığına başvuru yapılarak soruşturma dosyası açılması ile sürecin başlatılması gerektiği yönünde bir görüş vardır<sup>204</sup>. Kanaatimce hızlı bir şekilde arama kararının alınması olup, arama kararının verilebilmesi için ortada bir soruşturmanın var olması şart değildir. Arama talebine ilişkin kararın soruşturma dosyası açılmadan değişik iş dosyası üzerinden verilmesi mümkündür. Uygulama da bu yöndedir.

Arama kararı verilebilmesi için öncelikle vergi incelemesi yapmaya yetkili kişilerce arama işlemi yapılmasının gerekli görülmesi ve hâkimden arama kararı talep edilmesi gerekir. Talep gerekçeli olmalıdır. Aramalı inceleme yapılabilmesinin diğer şartı ise hâkimin arama kararı vermesidir (VUK m. 142/2)<sup>205</sup>. Vergi incelemesi yapma yetkisi bulunmayanlar aramalı inceleme yapılmasını talep edemezler<sup>206</sup>. Arama işlemi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir<sup>207</sup>. Soruşturma aşamasında arama kararı verecek olan hâkim sulh ceza hâkimidir (CMK m. 162/1). Kanun sulh yargıcı ifadesini kullandığı için kovuşturma aşamasındaki bir dosya ile bağlantılı olarak dahi olsa mahkeme tarafından aramalı inceleme kararı verilemez<sup>208</sup>. Burada arama işlemine karar verme yetkisinin vergi hâkimine verilmesi yönünde görüşler vardır. Böylelikle konu hakkında uzman

<sup>204</sup> ÜREL, Erol, Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, s. 265; Naklen, KÜÇÜK, s. 170.

<sup>205</sup> Madde de “sulh yargıcı” ifadesi kullanılmış olup bunu VUK m. 147 gereği sulh ceza hâkimi olarak anlamak gerekir.

<sup>206</sup> AKGÜL, s. 110.

<sup>207</sup> KOÇAK, s. 61.

<sup>208</sup> Aynı Yönde, KARABEYSER, s. 101.

konumunda olan vergi hâkimi aramalı inceleme konusunda daha isabetli kararlar verebilecektir<sup>209</sup>.

Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından yapılan gerekçeli arama talebinde arama yapılmak istenen yerler, hakkında arama kararı verilecek kişiler ve adresleri<sup>210</sup> belirtilmelidir<sup>211</sup>. Talebin mükellefin vergi kaçırdığına ilişkin emareler ile gerekçelendirilmesi gerekir. Gerekçe hâkimi arama kararı vermeye ikna edecek nitelikte değildir<sup>212</sup>. Aksi halde hâkim takdir yetkisini kullanarak arama talebini reddedebilir<sup>213</sup>. Hâkim arama kararında, somut olaylara dayanarak makul şüphenin varlığını tartışmalıdır<sup>214</sup>. Bir ihbar ya da vergi incelemesi bulunmadan aramalı inceleme yapılması mümkün olmadığı gibi vergi incelemesi yapmaya yetkili olmayanlar tarafından, örneğin mali polis tarafından yapılan arama talebi doğrultusunda yapılan arama işlemi de aramalı inceleme niteliğinde değildir. Bu nedenle olaya VUK m. 142-147 uygulanmaz<sup>215</sup>.

Bir görüşe göre hâkimin arama kararı vermeden önce CMK m. 33 gereği savcının yazılı ya da sözlü görüşünün alınması gerekir<sup>216</sup>. Öncelikle arama kararı dosya üzerinde verilmektedir<sup>217</sup>. CMK m. 33, duruşmada verilen kararlara ilişkin bir maddedir. CMK m. 191<sup>218</sup> duruşmanın

<sup>209</sup> ÜSTÜN, Vergi Denetimi, s. 76.

<sup>210</sup> KÜÇÜK, s. 169.

<sup>211</sup> SABAN, s. 95.

<sup>212</sup> KOCAHANOĞLU, s. 35.

<sup>213</sup> SABAN, s. 95.

<sup>214</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 191.

<sup>215</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 152.

<sup>216</sup> PINAR/TAYLAR, s. 152.

<sup>217</sup> KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1065; GÜLŞEN, Recep, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", Hukuki Perspektifler Dergisi, Mart 2005, S. 3, s. 93.

<sup>218</sup> CMK m. 191 "(1) Sanığın ve müdafininin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptanarak duruşmaya başlanır. Sanık, duruşmaya başsız olarak alınır. Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar.

(2) Tanıklar duruşma salonundan dışarı çıkarılırlar.

(3) Duruşmada, sırasıyla;

a) Sanığın açık kimliği saptanır, kişisel ve ekonomik durumu hakkında kendisinden bilgi alınır,

başlamasını düzenlemiş olup duruşma, kovuşturma aşamasına ilişkin bir işlemdir<sup>219</sup>. Bu nedenlerle kararının verilmesinden önce savcı görüşünün alınması zorunluluğu yoktur.

Danıştay bir kararında; kanunun sistematüğinden arama işleminin kendi başına bir denetleme aracı olmadığı, vergi incelemesinin bir türü olduğu, arama ve arama işlemine bağlı olarak elkoyma tedbirinin VUK 142 ilâ 147. maddelerinde düzenlendiğini belirtmiştir. Arama işlemi hâkim kararı olmadan icra edilemez ve arama kararı olmadan doğrudan elkoyma işleminin icra edilmesi de mümkün değildir. Bu kurallara uymadan elde edilen bulgular, Anayasa m. 38/6 uyarınca kanuna aykırı şekilde elde edilen bulgu niteliğinde olup, bu bulguların delil olarak kabulü mümkün değildir<sup>220</sup>. Bu içtihada göre hâkim kararı olmadan arama yapmak mümkün olmadığı gibi ortada bir arama kararı olmadan doğrudan elkoyma işleminin icrası da mümkün değildir.

Görüldüğü üzere aramalı incelemede CMK'ya göre yapılan aramalardan farklı olarak hâkim kararı olmadan arama yapılabilecek istisnai haller kabul edilmemiştir. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkün olmakla birlikte yasa koyucunun bilerek bıraktığı boşlukların kıyas ile doldurulabileceği kabul edilmemiştir<sup>221</sup>. Her ne kadar VUK m. 147'de CMK hükümlerine atıf yapılmış olsa da kanaatimce burada hâkim kararı olmadan arama yapılabilecek hallerin kıyasen uygulanması mümkün değildir<sup>222</sup>. Buna karşı savcı emriyle de arama yapılabileceği yönünde

---

*b) İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır,*

*Değişik bent: 24.11.2016 t. 6763 s. K. m.29*

*c) Sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu ve 147 nci maddede belirtilen diğer hakları bildirilir,*

*d) Sanık açıklamada bulunmaya hazır olduğunu bildirdiğinde, usulüne göre sorgusu yapılır."*

<sup>219</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 624.

<sup>220</sup> Danıştay VDDK., E. 2017/368, K. 2017/626, T. 13.12.2017. (Lexpera)

<sup>221</sup> CENTEL/ZAFER, s. 50.

<sup>222</sup> Aynı Yönde, BAT, s. 2112; YERCI, s. 41; EVİRGEN, s. 148; PINAR/TAYLAR, s. 152; AKGÜL, s. 113-114; Karşı Görüş, UĞUR, s. 55.



görüşler vardır<sup>223</sup>. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına<sup>224</sup> göre, olayın VUK m. 359 kapsamında yer aldığından baştan itibaren bilinmemesi koşuluyla gecikmesinde sakınca olan durumlarda CMK hükümleri doğrultusunda hareket edilerek arama yapılması mümkündür. Buna göre, aramalı inceleme yapılmasını gerektiren bir durum ortaya çıkmış ve olayda gecikmesinde sakınca olan bir husus var ise burada CMK hükümleri uyarınca adli arama yapılması mümkün olmakla birlikte VUK hükümleri doğrultusunda aramalı inceleme yapılması mümkün değildir.

Yargıtay benzer nitelikli kararlarında CMK kapsamında delil elde etmek amacıyla icra edilen bir arama işleminde vergi suçunun işlendiğini gösteren bir delille karşılaşılması veya VUK m. 147 uyarınca vergi suçuna ilişkin ve gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılması halinde CMK hükümlerine göre arama yapılabileceğini, bu şekilde elde edilen delillerin hukuka uygun delil niteliğinde olduğu belirtmiştir<sup>225226</sup>. Yargıtay benzer bir kararında, olayın VUK m. 359 kapsamında yer alan bir eyleme dayandığının bilinmesine rağmen arama kararı alınmadan araçta arama yapıldığı olayda aramanın VUK m. 142'ye aykırılık nedeniyle hukuka aykırı bir arama olduğunu ve elde edilen delillerin hukuka aykırı

<sup>223</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 154; TAŞDELEN, s. 163.

<sup>224</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2017/8495, K. 2019/4124, T. 29.4.2019 (Lexpera) “Genel hükümlere tabi bir suç ihbarı üzerine, delil elde edilmesi amacıyla CMK uyarınca yapılan arama işlemi sonucunda, vergi suçunun da işlendiğini gösteren delillerin bulunması veya VUK'nin 147. maddesi hükmü karşısında, vergi suçuna ilişkin olmasına rağmen gecikmesinde sakınca bulunan hallerin varlığı halinde, CMK hükümlerine göre arama işlemi yapılabilir ve bu şartlarda yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka uygun kabul edilebilirdi. Ancak somut olayda sanıkların, VUK'nin 359. maddesi kapsamında olan sahte fatura ticareti yaptığı en başından tespit edilerek, bu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla arama kararı talep edilmiştir. Bu durumda aramanın VUK'nin 142. maddesindeki özel hükümlere uygun gerçekleştirilmesi yerine belirtilen şekilde yapılması hukuka aykırıdır. Anayasa'nın 38/6 maddesi ile CMK'nin 217/2 ve 289/1-i maddeleri gereğince hukuka aykırı yöntemlerle ele geçirilen deliller hükmüne esas alınmaz.”

<sup>225</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2017/3518, K. 2019/3864, T. 15.4.2019 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2017/425, K. 2019/1536, T. 18.2.2019 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2016/7285, K. 2016/7248, T. 27.10.2016 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2016/8733, K. 2019/2321, T. 6.3.2019. (Lexpera)

<sup>226</sup> Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında durum “Cumhuriyet Başsavcılığının, yetkili sulh ceza hâkiminden talepte bulunması ve arama kararı verilmesi halinde arama işlemini vergi incelemeye yetkili olanların gerçekleştirmesine imkân sağlaması gerekirdi.” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay 11. CD., E. 2016/7285, K. 2016/7248, T. 27.10.2016. (Lexpera)

yöntemlerle ele geçirilen delil niteliğinde olduğunu belirtmiştir<sup>227</sup>. Bu noktada CMK hükümleri uyarınca icra edilen arama işlemine vergi inceleme elemanlarının katılması halinde yapılan işlemin aramalı inceleme olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimce her ne kadar yapılan arama işlemine vergi inceleme elemanları katılmış olsa da arama talebi vergi inceleme elemanları tarafından yapılmadığı için yapılan işlem aramalı inceleme niteliğinde değildir. Yargıtay aramalı inceleme yapılması gereken şartlar oluşmuş ve gecikmesinde sakınca olan hal var ise savcı tarafından sulh ceza hâkimine başvuru yapılarak arama kararı talep edilebileceğini ifade etmektedir. Konuya ilişkin olarak açık bir düzenleme yapılması gerekir.

VUK m. 367'de, m. 359'da düzenlenen suçların işlendiğinin tespiti halinde maddede sayılan kişilerin mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı ya da defterdarlığın Cumhuriyet başsavcılığına bildirimde bulunmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Başsavcılık tarafından bu suçların işlendiği önce öğrenirse vergi dairesine haber vererek inceleme yapmasını ister (VUK m. 367/2). Bu şekilde yapılan inceleme neticesinde de arama kararı talep edilebilir.<sup>228</sup> Her iki durumda da mütalaa alınması bir dava şartı olup mütalaanın içeriği bağlayıcı nitelikte değildir<sup>229</sup>.

Birbiriyle irtibatlı olmakla birlikte farklı kişiler hakkında ve yerlerde arama yapılmasını gerektiren durumlarda, bu kişi ya da yerlerden biri hakkında arama kararı vermeye yetkili olan hâkim diğerlerine ilişkin olarak da arama kararı verebilir (VUK m. 142/3). VUK'da daha hızlı hareket edilebilmesi için bu şekilde bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiş<sup>230</sup> olup ayrıca yetki çatışmalarının doğması da engellenmiştir<sup>231</sup>.

Arama sonrasında yapılan değerlendirmede başka kişi ve yerlere ilişkin olarak da arama yapılması gerektiği neticesi ortaya çıkarsa bunlara ilişkin arama kararı da ilk arama kararını veren hâkim tarafından

<sup>227</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2016/5850, K. 2019/5977, T. 9.7.2019 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2016/7285, K. 2016/7248, T. 27.10.2016. (Lexpera)

<sup>228</sup> TAŞDELEN, s. 170.

<sup>229</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 575-576.

<sup>230</sup> KOCAHANOĞLU, s. 36.

<sup>231</sup> KOÇAK, s. 62.

verilir<sup>232</sup>. Aynı arama kararı uyarınca farklı kişi ve yerlerde yapılacak arama işlemlerinin aynı saatte başlaması gerekir<sup>233</sup>.

#### D. ARAMALI İNCELEMENİN KONUSU VE SINIRI

Aramalı inceleme mükellefin ya da kaçakçılıkla ilgili görülen diğer kişilerin nezdinde ve bu kişilerin üzerinde yapılabilir (VUK m. 142/1). Nezdinde kelimesi “yanında, huzurunda, gözetiminde” olarak tanımlamaktadır<sup>234</sup>. Kaçakçılıkla ilgili görülen diğer kişiler kavramından mükellefin muhasebecisi ya da iş yaptığı diğer kişilerin anlaşılması gerekir. Bu kişilerin nezdinde yapılan arama kavramından ise kişilerin her türlü ticari ya da mesleki faaliyetin yapıldığı yerler ile ikametgahlarının anlaşılması gerekir. Yazıhane, depo ardiye gibi yerlerde yapılan aramalar da bu kapsamdadır<sup>235</sup>. Kocahanoğlu'nun nezdinde arama yapılması kavramına ilişkin açıklaması, aramalı incelemenin amacıyla uyumludur. Fakat maddede açıkça kişilerin üstünde arama yapılabileceğinin belirtilmesine rağmen diğer hususlara ilişkin bir düzenleme yapılmaması eksikliklerdir<sup>236</sup>. Nezdinde kelimesi “defter ve belgelerin bulundurulabileceği fiili hâkimiyet alanı” şeklinde de açıklanmaktadır. Buna göre kişinin fiili hâkimiyet alanında bulunan konutu, iş yeri arabası, eşyaları, bu kapsamda yer almaktadır<sup>237</sup>. Danıştay bir kararında kargo şirketine ait araçta yapılan arama neticesinde yakalanan malların kargo şirketi nezdinde yakalandığını ifade etmiştir<sup>238</sup>. Buradan Danıştay'ın nezdinde kelimesini fiili hakimiyet olarak anladığı neticesi ortaya çıkmaktadır.

İşin mahiyeti gereği mükellefin muhasebecisinin iş yerinde de arama yapılabilmesi gerekir<sup>239</sup>. Muhtemel kaçakçılığa ilişkin belge ve bilgi bulunabilecek en önemli yerin aranmaması, arama işleminin sonuçsuz kalmasına neden olabilir. Kanaatimce arama yapılabilecek yerlere ilişkin olarak ya doğrudan CMK hükümlerine atıf yapılmalıydı ya da aramaya

<sup>232</sup> UĞUR, s. 53.

<sup>233</sup> KÜÇÜK, s. 171.

<sup>234</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, ET. 16.7.2020.

<sup>235</sup> KOCAHANOĞLU, s. 36.

<sup>236</sup> Aynı Yönde, BAT, s. 2111.

<sup>237</sup> TAŞDELEN, s. 171; PINAR/TAYLAR, s. 155.

<sup>238</sup> Danıştay, 7. Daire, E. 2018/4679, K. 2019/1881, T. 19.3.2019. (Kazancı)

<sup>239</sup> Aynı Yönde, TAŞDELEN, s. 172.

yapılabilecek yerlerin CMK'da olduğu gibi VUK'da tek tek sayılması yoluna gidilmeliydi.

Maddede belirtilen bu kişilerin üstünde arama yapılabilir. Arama esnasında eşyaların da aranması mümkündür. Bunun için gerekiyorsa kitli yerler açtırılabilir<sup>240</sup>. Aramanın güvenli bir şekilde icrası için kolluk güçlerinden yardım alınabilir<sup>241</sup>. Aramaya katılan kolluk personelinin belgeleri okuma yetkisi yoktur<sup>242</sup>. Arama işlemi esnasında arama kararında geçmeyen kişi ya da yerler hakkında da arama yapma ihtiyacı doğarsa yeniden arama kararı alınması gerekir<sup>243</sup>.

Arama işlemi arama kararı kapsamında kalınarak icra edilmelidir. Arama kararı dışına çıkılması işlemi hukuka aykırı hale getirir<sup>244</sup>.

### **E. ARAMALI İNCELEMEDE BULUNAN DEFTER VE VESİKALAR**

Vergi yargılaması hukukunda amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu noktada ceza yargılaması ile örtüşmektedir. Vergi yargılaması hukukunda delil serbestisi ilkesi benimsenmekle birlikte ilke, ceza yargılamasındaki kadar kapsamlı bir şekilde uygulanmamaktadır<sup>245</sup>. Vergi yargılamasında ve ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında<sup>246</sup> yazılılık ilkesi geçerlidir<sup>247</sup>. Aramalı inceleme de "yazılılık ilkesi" ilkesi uyarınca icra edilmelidir<sup>248</sup>.

VUK hükümlerine göre icra edilen aramalı inceleme sonrasında elkoyma işlemi gerçekleştirilebilir. Yani arama işlemi gerçekleşmeden elkoyma işlemin icrası mümkün değildir<sup>249</sup>. VUK m. 143/3'te geçen

<sup>240</sup> KOCAHANOĞLU, s. 37.

<sup>241</sup> KOCAHANOĞLU, s. 36.

<sup>242</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 192.

<sup>243</sup> TAŞDELEN, s. 170.

<sup>244</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 191.

<sup>245</sup> KARAKOÇ, Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 106.

<sup>246</sup> ÖZTÜRK ve Diğerleri, s. 151.

<sup>247</sup> KARAKOÇ, Delil Sistemi, s. 101.

<sup>248</sup> TAŞDELEN, s. 175.

<sup>249</sup> ŞEN, Ersan, "Vergi Usul Kanunu'na Göre Arama ve Elkoyma", <https://www.alomaliye.com/2017/03/22/vergi-usul-kanununa-gore-arama-elkoyma/>, ET. 22.7.2020.

“bulunan” ve m. 145/1’de geçen “alınan” ifadeleri elkoyma işlemine işaret etmektedir. Bulunmak ve alınmak suretiyle elkonulan bu eşyaların emin bir yere konulması ve daireye nakledilmesi ise elkoyma işlemin akabinde gerçekleşen işlemlerdir<sup>250</sup>. VUK m. 142 ve devamında aramaya bağlı elkoyma işlemi düzenlenmiş olup kanun koyucu arama ve elkoyma işlemlerini birlikte düzenlemiştir. Her ne kadar VUK m. 147’de sadece arama işleminden bahsedilmiş olsa da VUK’da hüküm bulunmaması halinde elkoyma işlemine ilişkin olarak da CMK hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>251</sup>.

Zamanaşımına uğramış olan belgeler inceleme kapsamı dışındadır. Bu belgeler delil olamayacağından bunlara elkonulması hukuka aykırıdır<sup>252</sup>. Arama işleminde elde edilen defter, belge gibi şeylere elkonulabilmesi için muhatabın rızasının varlığı aranmamaktadır<sup>253</sup>.

Elkoyma işlemi hâkim kararı ile icra edilir (CMK m. 127/1). Fakat VUK’un ilgili maddelerinde elkoyma işlemine ilişkin olarak var olması gereken hâkim kararı unsuruna ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanaatimce aramalı incelemede arama kararının hâkim tarafından verilmesi esnasında elkoyma kararının da verilmesi gerekir<sup>254</sup>. Elkoymaya ilişkin olarak karar alınmadan aramaya başlanmış ve elkoyma işleminin icrası zaruri olmuşsa sorunun CMK hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekir.

Aramaya başlamadan önce, başlama tutanağı tutularak işleme iştirak edenlerin bu tutanağın imzalanması gerekir. Arama esnasında bulunan ve aramanın amacına ulaşabilmesi için incelenmesi gereken defter, belge ve diğer dokümanlar müfredatlı olarak yani belgeler dosya dosya ya da dosya içerisinde sayı olarak tespit edilerek tutanağa geçirilmelidir<sup>255</sup> (VUK m. 143/1-2). Tutanağın müfredatlı tutulması ile arama sonrasında, aramada elkonulan belge ya da defterlerin sayısına ilişkin bir ihtilaf

<sup>250</sup> TAŞDELEN, s. 177.

<sup>251</sup> ŞEN, Ersan, “Vergi Usul Kanunu’na Göre Arama ve Elkoyma”, <https://www.alomaliye.com/2017/03/22/vergi-usul-kanununa-gore-arama-elkoyma/>, ET. 22.7.2020.

<sup>252</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 192.

<sup>253</sup> YENİSEY, Vergi Hukuku, s. 189; KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, s. 248.

<sup>254</sup> Aynı Yönde, AKGÜL, s. 172-173.

<sup>255</sup> KOCAHANOĞLU, s. 37; DAYIOĞLU, s. 103.

yaşanmasının önüne geçilir<sup>256</sup>. Arama işleminde vergi kaçakçılığına delil teşkil edecek her şeye elkonularak genellikle çuval ve benzeri eşyalara konular<sup>257</sup>.

Muhasebe kayıtlarının bilgisayar ortamında tutulması mümkündür(175/3). Arama neticesinde elde edilen; elektronik defter<sup>258</sup>, elektronik belge<sup>259</sup> ya da elektronik kayıtlara<sup>260</sup> ilişkin olarak ise VUK ve diğer kanunlarda defter, kayıt ve belgelere ilişkin olan düzenlemeler doğrultusunda hareket edilmesi gerekir (VUK Mükerrer m. 242/2-4). Günümüzde mükellefler muhasebe kayıtlarını bilgisayar yardımıyla tutmaktadır. Bu nedenle aramalı incelemelerde bilgisayarlar önemli bir delil halini almıştır<sup>261</sup>. VUK'da bilgisayarlarda yapılacak aramaya ilişkin ayrı bir düzenleme bulunmamakta olup bu bir eksikliktir<sup>262</sup>.

Mükellefin iş akışının aksamaması adına incelemeye bilgisayarlardan başlanarak hukuki zeminin oluşması halinde öncelikle iadesi yoluna gidilmelidir<sup>263</sup>. Bilgisayarlara elkonulması halinde diğer belge ve defterlerin iadesine ilişkin prosedür takip edilmelidir<sup>264</sup>. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma hukukumuzda sadece CMK'da düzenlenmiştir. Önceki kısımlarda değinildiği üzere bilgisayarlarda yapılacak aramanın CMK m. 134 uyarınca icra edilmesi gerekir. Bu tedbir bilgisayarın maddi varlığına yönelik bir tedbirdir. Tedbir ile bilgisayarda yer alan veriler kopyalanmakta ya da

<sup>256</sup> KÜÇÜK, s. 174.

<sup>257</sup> KOÇAK, s. 63.

<sup>258</sup> VUK Mükerrer m. 242/2-1 "Elektronik defter, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerde yer alması gereken bilgileri kapsayan elektronik kayıtlar bütünüdür."

<sup>259</sup> VUK Mükerrer m. 242/2-2 "Elektronik belge, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünüdür."

<sup>260</sup> VUK Mükerrer m. 242/2-3 "Elektronik kayıt, elektronik ortamda tutulan ve elektronik defter ve belgeleri oluşturan, elektronik yöntemlerle erişimi ve işlenmesi mümkün olan en küçük bilgi ögesini ifade eder."

<sup>261</sup> AKIN, s. 97.

<sup>262</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 152.

<sup>263</sup> ALPTÜRK, s. 99.

<sup>264</sup> ALPTÜRK, s. 98.

bilgisayar kasasına el konulmaktadır<sup>265</sup>. Tedbirin aramanın özel bir görüşü niteliğinde olduğu söylenebilir<sup>266</sup>. Burada bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ile delil elde etmek amaçlanmaktadır. Arama tedbirine ilişkin hükümlerin bilgisayar programlarına uyarlanabilmesi mümkün olmadığından bu tedbir ayrıca düzenlenmiştir<sup>267</sup>.

CMK m. 134 uyarınca arama yapılabilmesi savcının talebine bağlanmıştır. Aramalı incelemeye ilişkin olan m. 142 de arama talebinin, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlar tarafından hâkimden isteneceği düzenlenmiştir. Bir görüşe göre CMK m. 134'te aranan "Cumhuriyet savcısının istemi" ibaresinin "vergi inceleme elemanının yazılı istemi" şeklinde anlaşılması, kanunlar arasında bulunan çelişkinin ortadan kaldırılması açısından daha uygundur<sup>268</sup>. Kanaatimce VUK Mükerrer m. 242/2-4<sup>269</sup> gereğince vergi inceleme elemanının CMK m. 134 uyarınca arama talep etme yetkisi bulunmaktadır. VUK'da bilgisayarlarda aramalı inceleme yapılmasına ilişkin ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Müfredatlı tutanak zamanın yetersiz olması gibi sebepler ile tutulmamışsa arama esnasında bulunan ve incelenmesi gereken defter ve vesikalar mükellefin nezdinde güvenilir bir yere konur ya da kablarda içinde daireye götürülür. Bu şekilde ayrılan defter ve vesikalar aramayı icra edenler tarafından mühürlenir. Mühürleme işlemi mümkünse mükellef tarafından da gerçekleştirilir. Müfredatlı tutanağın tutulabilmesi için mührün fekki esnasında mükellefin de orada olması gerekir. Mühürleme ve mührün fekki işlemlerine ilişkin olarak ayrıca tutanak tutulması gerekir. Tutulan müfredatlı tutanağın bir nüshası mükellefe ya da temsilcisine verilir (VUK m. 143/3).

Mükellef aramada hazır bulunmaktan ya da gerekli durumlarda mührünü ya da imzasını kullanmaktan imtina ederse işlem, aramada hazır bulunanların katılımıyla sona erer. Mükellef mührün fekki ya da

<sup>265</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 385.

<sup>266</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 386.

<sup>267</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 387.

<sup>268</sup> YERCİ, s. 43; AKGÜL, s. 161.

<sup>269</sup> VUK m. 242/2-4 "Bu Kanunda ve diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümler elektronik defter, kayıt ve belgeler için de geçerlidir."

müfredatlı tutanağın tanzimi sırasında hazır bulunmayı kabul etmezse işlem aramayı yapan iki memurla birlikte tamamlanır<sup>270</sup> (VUK m. 143/4).

Aramada bulunarak emin bir yere ayrılan ya da kaplar ile daireye taşınan incelenmesi gereken defter ve vesikalar arama kararında ayrıca belirtilmemiş olsa bile incelemeyi yapacak memurun çalıştığı yere götürülür (VUK m. 143/5). Madde 143 kapsamında alınan defter ve vesikaların iyi saklanmamasından doğan zararlar idare tarafından tazmin edilir (VUK m. 143/6-7).

## F. ARAMALI İNCELEMEDE USUL

Aramalı incelemenin zamanı açıkça düzenlenmediği için konuya ilişkin olarak CMK hükümleri doğrultusunda hareket edilmelidir<sup>271</sup>. Bunun yanında AÖAY'nin kolluk tarafından yapılan aramalara ilişkin usul ve esasları düzenlemiş olması (m. 2), CMK'yı yönetmeliğin dayanağı olarak göstermesi (m. 3) ve aramalı incelemenin adli arama niteliğinde<sup>272273</sup> olması nedeniyle yönetmelik hükümlerinin de aramalı incelemede dikkate alınması gerekir. Ancak yönetmeliğin aramalı incelemenin amacıyla örtüşmeyen hükümlerinin uygulanmaması gerekir<sup>274</sup>. Arama genellikle gündüz, mesai saatleri içerisinde icra edilir. Aramaya iştirak eden vergi incelemesi elemanı; kimliğini, mahkeme kararını ilgili kişiye gösterip aramanın amacını ve kapsamını açıklamalıdır. Gündüz saatlerinde bitirilemeyen aramaya gece saatlerinde devam edilmesi gerekir. Aramaya ara verilmesi işlemin amacını tehlikeye düşürebilir<sup>275</sup>.

Arama yapılacak yerlerin önceden tespiti, aramaya katılacak kişilerin belli olması ve tüm sürecin gizlilik içerisinde yürütülmesi aramanın başarıya ulaşabilmesi için önemlidir. Aramanın yapılacağı gün arama

<sup>270</sup> KOCAHANOĞLU, s. 37.

<sup>271</sup> DAYIOĞLU, s. 102.

<sup>272</sup> TAŞDELEN, s. 163; PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR/SARAÇOĞLU, s. 65; EVİRGEN, s. 148; AKGÜL, s. 84; Yargıtay 11. CD., E. 2016/6083, K. 2019/98, T. 8.1.2019. (Lexpera)

<sup>273</sup> Önleme araması niteliğinde olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır. Bakınız, ÖMERCİOĞLU, Vergise, s. 108; Naklen, EVİRGEN, s. 108.

<sup>274</sup> TAŞDELEN, s. 163; AKGÜL, s. 150; PINAR/TAYLAR, vergi inceleme elemanlarının kolluk sıfatını taşımadığı görüşünde olup AÖAY'nin ancak kolluğa yönelik olmayan hükümlerinin aramalı incelemede uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bakınız, PINAR/TAYLAR, s. 144/145.

<sup>275</sup> KOÇAK, s. 63; DAYIOĞLU, s. 102; KÜÇÜK, s. 172.



kararı alınmadır. Arama yapılacak yer adetince arama kararı suretinin çıkarılması gerekir<sup>276</sup>. Arama işleminin icra edileceğine ilişkin olarak mükellefe önceden bir bilgi verilmesi söz konusu değildir<sup>277</sup>.

İnceleme elemanı direktifleri doğrultusunda arama yürütülür. Koluk personeli aramanın güven içerisinde tamamlanabilmesi için gerekli tedbirleri alır. Aramanın kolay bir şekilde tamamlanabilmesi için arama yapılan yere giriş, çıkışların ve telefon görüşmelerinin engellemesi, kapalı yerlerin gerekiyorsa çilingir marifetiyle açılması mümkündür<sup>278</sup>.

Aramaya kimlerin katılabileceği VUK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte bu konuda CMK m. 120 uyarınca hareket edilmelidir. Yine CMK m. 119/4 uyarınca savcının katılmadığı arama işlemlerinde o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulması gerekir. Yine VUK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte vergi inceleme elemanları işin doğası gereği aramaya katılmalıdır<sup>279</sup>. Aramanın muhatabı olarak da vergi kaçırdığı düşünülen mükellef ve kaçakçılıkla ilgisi olduğu düşünülen kişi de aramaya katılabilir<sup>280</sup>.

Arama sonrasında yapılan incelemenin öncelikle ve hızlı bir şekilde yapılması gerekir (VUK m. 144/1). İnceleme esnasında vergi ile ilgisi bulunamayan şahsi ve özel mektuplar ile diğer evraklar makbuz karşılığında sahiplerine geri verilir (VUK m. 144/2). Aramalı inceleme elemanının huzurunda olmak kaydı ile mükellefin incelemeye konu defter ve vesikaları inceleme ve bunlardan suret ve kayıtlar çıkarma yetkisi vardır (VUK m. 144/3).

İnceleme esnasında defter ve vesikalarda hukuka aykırı görülen olaylar ve hesap durumlarına ilişkin tutanak tutulur. Mükellef bu tutanakları imzadan çekinirse hukuka aykırı görülen olay ve hesap durumlarını içeren defter ve vesikalar konuya ilişkin vergi ve cezalar kesinleşinceye kadar mükellefe verilmez (VUK m. 145/3). Bu tutanaklara ilgili kişilerin itiraz ve görüşleri de eklenebilir (VUK m. 145/4). Defter ve

<sup>276</sup> DAYIOĞLU, s. 102.

<sup>277</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 151.

<sup>278</sup> DAYIOĞLU, s. 103.

<sup>279</sup> YERCİ, s. 42; YÜCESOY, s. 167.

<sup>280</sup> KÜÇÜK, s. 171.

vesikaların suç delili niteliğinde olmaması halinde, ilgililerin tutanakları imzası üzerine defter ve vesikalar her zaman geri alınabilir (VUK m. 145/5). Kanuna göre suç delili niteliğinde olanların iadesi mümkün değildir. Burada suç olarak ifade edilen şey maddede her ne kadar açıkça ifade edilmese de arama işlemin icrasına neden olan vergi kaçakçılığı suçudur. Vergi kaçakçılığı suçuna ilişkin vergi ve cezalar kesinleşene kadar defter ve vesikalar iade edilmez<sup>281</sup>. Burada diğer suçlara ilişkin olan delillerin ne yapılması gerektiği sorusuyla karşılaşırız. Kanaatimce bu suç delillerinin doğrudan mükellefe iadesi yerine savcılığa suç duyurusunda bulunulması gerekir. Savcı gerekli görürse bir suçla ilintili olmakla birlikte, vergi kaçakçılığı ile ilgili olmayan defter ve vesikalara ilişkin yeni bir soruşturma başlatarak gerekli tedbirleri alır. Bu yol yerine bahse konu defter ve vesikaların mükellefe iadesi "Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi"<sup>282</sup> suçunu oluşturabilir<sup>283</sup>.

### G. ARAMALI İNCELEMEDE SÜRE

VUK m. 143 uyarınca muhafaza altına alınan defter ve vesikalara ilişkin incelemenin üç ay içerisinde tamamlanması gerekir (VUK m. 145/1). Süre aramanın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>284</sup>. İnceleme haklı bir sebep nedeniyle üç ay içerisinde bitirilemezse hâkim kararıyla süre uzatılabilir (VUK m. 145/2). Talebin üç ay dolmadan yapılması gerekir. Haklı neden olarak; incelemenin büyüklüğü, genişliği ya da yazışmaların uzaması gösterilebilir<sup>285</sup>. Süre uzatımının alt ve üst sınırına ilişkin bir sınırlama konulmamıştır. Burada incelemenin bitmemesi halinde kendiliğinden ikinci bir sürenin işlemesi söz konusu değildir. Uzatma süresi için hâkim kararına ihtiyaç vardır. Hâkimin uzatma süresini vermesini sağlamak için uzatma süresi talep edilen dilekçenin gerekçeli olması ve

<sup>281</sup> TAŞDELEN, s. 184; PINAR/TAYLAR, s. 172.

<sup>282</sup> TCK m. 279/1 "Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

<sup>283</sup> Aynı Yönde, AKGÜL, s. 67.

<sup>284</sup> DAYIOĞLU, s. 104.

<sup>285</sup> DAYIOĞLU, s. 104.

uzatma süresinin ne kadar olacağına da belirtilmesi gerekir<sup>286</sup>. Kanunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen uzatma süresinin üç ayla sınırlı olduğu yönünde görüş vardır<sup>287</sup>. Maddeye ilişkin olarak vergi kaçakçılığı ile ilişkili olduğu düşünülen ve elkonulan eşyaların daireye getirilmesiyle durumun artık vergi incelemesine döndüğü<sup>288</sup> ve vergi incelemesinde süre sınırının bulunmadığı, ayrıca bu sürenin kapsamlı işler açısından kısa olduğu gibi sebeplerle maddenin yeniden düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>289</sup>. Burada, kişileri suç şüphesi ya da ceza tehdidi altında bırakmamak için bir uzatma süresi öngörülmemiş olabileceği yönünde de görüş vardır<sup>290</sup>. Kanaatimce bu sürenin her olayın kendine has koşullarına göre belirlenmesi daha doğrudur. Önceden bir süre belirlenmeyerek hâkime, olayın özelliklerine göre süre belirleme konusunda takdir yetkisi tanınması işlemin amacına daha uygundur.

Kanunda süre uzatımın birden fazla yapılabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle süre uzatım talebinin bir kez yapılabileceği görüşümdedir<sup>291</sup>. Süre uzatım talebinin birden fazla yapılabileceğine ilişkin görüşün kabulü halinde kanunda bir üst sınır öngörülmediği için sınırsız defa süre uzatım talebi yapılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu belirsiz durum keyfiliğe yol açabileceği için hukuk devleti ilkesine de aykırıdır<sup>292</sup>.

Sulh ceza hâkimi süre uzatma talebini uygun görürse kendisinin takdir ettiği bir süreyi uzatma süresi olarak belirler ve konuya ilişkin kararını verir. Hâkim süre uzatma talebini uygun görmezse talebi reddedebilir<sup>293</sup>. Talebin reddi halinde CMK m. 267 uyarınca itiraz kanun yoluna

<sup>286</sup> KOCAHANOĞLU, s. 39.

<sup>287</sup> KÜÇÜK, s. 173; AKGÜL, s. 183.

<sup>288</sup> KOÇAK, s. 68; ALPTÜRK, s. 98.

<sup>289</sup> KOÇAK, s. 68.

<sup>290</sup> TOSUN, Ayşe Nil/ÖZDEN, Engin, "Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği", Maliye Dergisi, S. 166, 2014, s. 293.

<sup>291</sup> Karşı Görüş, KARABEYSER, s. 103; AKGÜL, s. 183.

<sup>292</sup> Aynı Yönde, AĞAR, s. 333.

<sup>293</sup> KOÇAK, s. 66-67.

başvurmak mümkündür. Talep reddedilse dahi suç unsuru niteliğindeki belge ve diğer eşyalar ilgili kişiye iade edilmez<sup>294</sup>(VUK m. 145/5).

Arama ve elkoyma kararının kaldırılması halinde elkonulan şeylerin ilgiliye iadesi gerekir. İade, olağanüstü kanun yoluna başvurulması gerekçe gösterilerek reddedilemez<sup>295</sup>.

## H. ARAMALI İNCELEMESİNİN BİTMESİ

Aramalı incelemenin hukuka uygun olarak icra edilebilmesi VUK m. 142 ve devamındaki maddelerde belirtilen usul ve esaslara uyulmasına bağlıdır. Aksi halde bu inceleme neticesinde yükümlülerin sorumluluğunu doğuracak bir işlem yapılması mümkün değildir<sup>296</sup>. Aramalı inceleme bittikten sonra bir vergi inceleme raporu düzenlenir. Bu vergi inceleme raporu normal vergi incelemelerinden sonra tarh edilecek bir vergi olduğu zaman düzenlenen raporlar gibi düzenlenir. Rapor, tarh işlemi yapılması öngörülen vergiler ve kesilmesi gereken cezalar için ilgili vergi dairesine gönderilir. Olayda VUK m. 359'da düzenlenen kaçakçılık suçunun işlendiği ya da bu suça iştirak durumunun olduğu tespit edilmişse buna ilişkin olarak vergi suçu raporunun düzenlenmesi gerekir. Bu rapora tarhiyat raporu da eklenerek Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmelidir<sup>297</sup>. CMK hükümleri doğrultusunda arama ve elkoyma işlemi yapılmasının ardından elkonulan belgelere istinaden yapılan tarh işlemi VUK hükümlerine göre arama yapılmamış olması nedeniyle hukuka aykırı hale gelmemektedir<sup>298</sup>.

Aramalı incelemeye ilişkin rapor tanzim edildikten sonra suç teşkil eden bir durum ile karşılaştırılması nedeniyle mükellefe teslim edilmeyen defter, belge gibi eşyalara ilişkin olarak ayrıntılı tutanaklar tanzim edilir. Bu tutanaklar ilgili vergi dairesine teslim edilerek muhafaza altına

<sup>294</sup> KOÇAK, s. 67.

<sup>295</sup> Danıştay 1. Daire, E. 2015/630, K. 2015/573, T. 14.4.2015. (Lexpera)

<sup>296</sup> Danıştay 4. Daire, E. 1971/10184, K. 1974/2171, T. 22.5.1974. (Kazancı)

<sup>297</sup> KOÇAK, s. 65; KÜÇÜK, s. 179.

<sup>298</sup> Danıştay 3. Daire, E. 2009/3629, K. 2010/2287, T. 24.6.2010. (Lexpera)

alınır<sup>299</sup>. Arama tutanakları delil niteliğinde olabilecek şeyleri tespit ettiği için “*dolaylı delil*” niteliğindedir<sup>300</sup>.

#### IV. HUKUKA AYKIRI ARAMALI İNCELEMENİN SONUÇLARI

Hukuka aykırı icra edilen aramalı incelemenin çeşitli hukuki sonuçları vardır. İşlemin icrası boyunca gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller çeşitli suçların oluşmasına sebep olabilir. Olayda hangi suç tipinin oluşacağı olayın özelliklerine göre değişir.

Hukuka aykırı aramalı inceleme neticesinde elde edilen delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı hususuna ilişkin olarak mevzuata bakıldığında, Anayasa m. 38/6 “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”, CMK m. 217/2 “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”, CMK m. 206/2-a “*Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse... reddolunur*”, şeklinde düzenlemeler vardır. Buna göre hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller yargılamada kullanılamaz<sup>301</sup>. Konuya ilişkin AİHS’ne bakıldığında ise m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkı mevzuatımızdaki düzenlemeleri destekler mahiyettedir. Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkları bu maddeler ışığında çözmektedir<sup>302</sup>.

Yargıtay, hâkim kararı olmadan rızayla sanığı işyerinde CMK m. 134 uyarınca işlem yapılan olayda, elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delil niteliğinde olduğunu kabul ederek hükme esas alınamayacağına karar vermiştir<sup>303</sup>. Yargıtay başka bir olayda, soruşturmanın VUK m. 359 kapsamında olan bir eyleme ilişkin olması halinde VUK m. 142’de belirtilen usul takip edilerek arama işleminin yapılması

<sup>299</sup> KOÇAK, s. 66.

<sup>300</sup> KARAKOÇ, Delil Sistemi, s. 239.

<sup>301</sup> YCGK, E. 2009/160 K. 2009/264 T. 17.11.2009(Lexpera); Anayasa Mahkemesi, adli aramanın hukuka aykırı şekilde icra edildiği ve elde edilen delilin tek ve belirleyici delil olarak kullanıldığı olayda aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi Kararı, 1. Bölüm, Başvuru No: 2013/6183, T. 19.11.2014. (Lexpera)

<sup>302</sup> Bakınız, Yargıtay 11. CD., E. 2016/4454, K. 2016/4380, T. 11.5.2016 (Lexpera); Yargıtay 11. CD., E. 2017/8495, K. 2019/4124, T. 29.4.2019. (Lexpera)

<sup>303</sup> YCGK, E. 2017/961, K. 2019/622, T. 22.10.2019. (Lexpera)

gerektiğini, olayda bu usul takip edilmemiş ise aramanın hukuka aykırı olduğunu ve arama neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemle elde edilen delil niteliğinde olduğundan ve bu delillerin tek başına hükme esas alınamayacağına karar vermiştir<sup>304</sup>.

Aramalı inceleme neticesinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararların bazı şartların gerçekleşmesi halinde tazmin edilmesi gerekir. Anayasaya<sup>305</sup> göre resmi görevlilerce yapılan haksız işlemler nedeniyle doğan zararların devlet eliyle tazmin edilir. Yine Anayasa m. 125'te idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, idarenin kendi eylem ve işlemleri nedeniyle ortaya çıkan zararları ödemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir (Anayasa (Any.) m. 125/1-7). Anayasa'ya göre idarece ödenen tazminatlarla ilişkin olarak kusurlu hareket eden memur ve diğer kamu görevlilerine rücu edilmesi zorunludur (Any. m. 129/5). Tüm bu düzenlemelere göre hukuka aykırı olarak icra edilen aramalı inceleme nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini devletten talep edilebilir.

Koruma tedbiri olan aramalı inceleme neticesinde ortaya çıkan zararın tazmininde Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat taleplerine ilişkin olarak izlenecek usulün düzenlendiği CMK m. 141 ve devamı doğrultusunda hareket edilmelidir. CMK m. 141/1-i''de, arama kararının icrasındaki ölçüsüz davranışlar tazminat sebebi olarak kabul edilmiştir. Buna göre arama kararının verilmesindeki ya da arama işlemin koşullarındaki ölçsüzlükler bu madde kapsamına girmemektedir<sup>306307</sup>. Bu taleplerinin Devlete yöneltilmesi gerekir (CMK m. 141/1-2).

<sup>304</sup> Yargıtay 11. CD., E. 2016/6993, K. 2018/6108, T. 3.7.2018. (Lexpera)

<sup>305</sup> Anayasa m. 40/3 "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

<sup>306</sup> ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 365.

<sup>307</sup> Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir davada yapılan arama işleminin elverişli ve gerekli olduğunu bu nedenle arama işleminin ölçsüz olmadığı ve olayda hak ihlali gerçekleşmediği fakat yargılama sonunda tazminat talebine ilişkin ayrıca dava açılabilceği yönünde değerlendirmede bulunmuştur. Bakınız, Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/20, Karar Tarihi: 15/11/2018, Resmî Gazete Tarihi: 7 Aralık 2018, Resmî Gazete Sayısı: 30618. (Kazancı)

Danıştay koruma tedbiri nedeniyle uğranılan zararın tazmini için idari yargıda açılan bir davada davanın, CMK m. 141 ve 142 uyarınca adli yargıda görülmesi gerektiğini, bu nedenle davanın esasına girilmeden görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>308</sup>. CMK m. 141 kapsamına girmeyen zararlara ilişkin olarak da örneğin ihbar olmaksızın yapılan bir aramalı inceleme neticesinde suç delillerine ulaşılamazsa doğrudan bu duruma ilişkin bir düzenleme olmadığı için genel hükümler çerçevesinde hareket edilerek devlet aleyhine tazminat davası açılması mümkündür<sup>309</sup>.

657 sayılı Kanun m. 13/1'e göre, kamu hukukuna tabi görevden kaynaklanan zarara ilişkin olarak açılacak olan davanın personel aleyhine değil; ilgili kurum aleyhine, idari yargıda tam yargı davası olarak açılması gerekir<sup>310</sup>. Fakat aramalı incelemeyi adli kolluk kapsamında yer alan bir koruma tedbiri olarak kabul ettiğim için CMK m. 141 kapsamına girmeyen tazminat taleplerinin adli yargıda açılacak bir tazminat davasıyla sürülebileceği kanaatindeyim<sup>311</sup>.

Konuya ilişkin olarak Danıştay verdiği bir kararında; fonksiyonel olarak yasama ve yürütme birbirinden bağımsız organlar olup yargı mercileri olan hâkim ve savcılar, yargılama etkinlikleri kapsamında yaptıkları görevleri nedeniyle idarenin ajanı sıfatını taşımadığı, yargının, yargılama süreciyle ilgili faaliyetleri Anayasa m. 125'te değinilen "idari eylem ve işlemler" kapsamına girmediği, Hâkim ve savcılarının yargılama fonksiyonu içinde kalan işlemlerinden kaynaklanan zararların CMK m. 141 ve devamı kapsamında talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>312</sup>. Sonuç olarak aramalı incelemenin hâkim kararıyla icra edilen ve yargı fonksiyonu içerisinde yer alan bir işlem olması nedeniyle bu işlemde kaynaklanan

<sup>308</sup> Danıştay 10. Daire, E. 2012/6823, K. 2015/3671, T. 9.9.2015. (Kazancı)

<sup>309</sup> HEPAKSAZ/ÇEVİKCAN/ÖZ, s. 154; Aynı Yönde, AYDIN, s. 154.

<sup>310</sup> GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa, 2017, s. 758.

<sup>311</sup> Burada aramalı incelemede hizmet kusurundan kaynaklanan zararlara karşı idari yargıda tam yargı davası açılması gerektiği yönünde görüş de bulunmaktadır. Bakınız, AKGÜL, s. 225.

<sup>312</sup> Danıştay 10. D., E. 2015/98, K. 2015/541, T. 17.2.2015. (Lexpera)

zararlara ilişkin olarak idari değil adli yargıda dava açılması gerektiği kanaatindeyim.

CMK m. 134 kapsamında gerçekleştirilen arama işlemi nedeniyle uğranılan zararların tazmini noktasında açık bir düzenleme yoktur. Bir görüşe göre m. 134 özel bir arama ve elkoyma şekli olduğu için açıkça zikredilirse de CMK m. 141 uyarınca zarar tazmini talep edilebilir<sup>313</sup>. Yine burada da CMK m. 141 kapsamına girmeyen zararların tazmini için genel hükümler doğrultusunda devlet aleyhine tazminat davası açılması gerektiği kanaatindeyim.

Aramalı inceleme sonrasında gerçekleştirilen vergi incelemesi hukuka aykırı olarak icra edilmiş ise, bu işlemlere dayanılarak yapılan tarhiyat ve ceza kesme gibi işlemler de hukuka aykırı hale gelir. Bu nedenle bu işlemlerin iptali için vergi mahkemesinde iptal davası açılabilir<sup>314</sup>. Danıştay bir kararında Kaymakamın yazısı üzerine gerçekleştirilen arama ve elkoyma işlemi hukuka aykırı bulmuş ve usulüne uygun olarak başlanılmayan vergi incelemesine dayanılarak yapılan tarhiyat ve bu tarhiyata karşı açılan davanın reddine ilişkin mahkeme kararını hukuka aykırı görmemiştir<sup>315</sup>.

## SONUÇ

Aramalı inceleme, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi sonucunu doğuran bir işlem olup kişilerin ekonomik varlığı ve ticari itibarına yönelik sonuçlar da doğurmaktadır. Konuya ilişkin düzenleme eski tarihli olup bazı değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır.

VUK'da, CMK'dan farklı olarak gecikmesinde sakınca olan bir hal ile karşılaşılması durumunda nasıl hareket edileceği düzenlenmemiştir. Yapılacak bir düzenlemeyle bu boşluğun ortadan kaldırılması gerekir.

Yine VUK'da "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" işlemine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu da bir eksiklik olup konunun VUK'da açıkça düzenlenmesi gerekir.

<sup>313</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 392.

<sup>314</sup> AKGÜL, s. 219.

<sup>315</sup> Danıştay 4. Daire, E. 2006/451, K. 2006/2009, T. 20.10.2006. (Kazancı)



VUK m. 142'ye göre kişi hakkında aramalı inceleme kararı verilebilmesi için bazı emarelerin varlığı aranmaktadır. Maddeyle belirtilen ölçünün açıkça kuvvetli suç şüphesi olarak düzenlenmesi gerekir. Böylelikle kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan güvence arttırılmış olacaktır.

VUK m. 142'de sayılan kişilerin "nezdinde ve bunların üzerinde" arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Burada arama yapılabilecek yerlere ilişkin olarak ya doğrudan CMK hükümlerine atıf yapılması ya da arama yapılabilecek yerlerin CMK'da olduğu gibi tek tek sayılmak suretiyle belirlenmesi daha yerindedir.

VUK m. 142/4'te aramalı inceleme yapılmasına sebep olan ihbarın asılsız çıkması durumunda, mükellefin talebi halinde, ihbarcının kimliğinin bildirilmesi zorunludur. Asılsız ihbar nedeniyle bir zarar doğmuş ise Devlet tarafından tazmin edilmeli veya bu ihbar suç teşkil ediyorsa bunun takibinin de doğrudan devlet tarafından yapılması gerekir. Bu nedenlerle m. 142/4'ün yürürlükten kaldırılması gerektiği kanaatindeyim.

Çalışmanın içeriğinde bahsedildiği üzere aramalı inceleme bir koruma tedbiridir. Aramalı incelemeye suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanıyor ise bunun için gerekli düzenlenmelerin yapılması gerekir. Mevzuattaki düzenleme bu haliyle suç işlenmesini önlemek amacıyla aramalı inceleme yapılmasına izin vermemektedir.

Aramalı incelemenin icrasından önce VUK'da yer alan hükümler olaya uygulanmalı, bir boşlukla karşılaşılmaması halinde CMK hükümleri doğrultusunda hareket edilmelidir. İşlemin icrasına ilişkin bu şekilde bir yol haritası ortaya konulmuş olsa da işlemin kendine has özellikleri bulunmaktadır. Bu nedenle bu özellikler temel alınarak işlemin VUK kapsamında ayrıntılı olarak yeniden düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyim.

## KAYNAKLAR

- AĞAR, Serkan, Vergi Kaçakçılığı Suçu Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- AKDEMİR, Tuğçe/BAŞ, Eylem, “Aramalı Vergi İncelemelerinin Ceza Muhakemesi ve Vergi Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 314, 2014, s. 126-136.
- AKGÜL, Harun, Türk Vergi Hukukunda Arama ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmış Doktora Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, ET. 27.8.2020.
- AKIN, Emrah, “Aramalı Vergi İncelemesinde Temel Kişi Hakları Bağlamı”, Yaklaşım Dergisi, S. 167, 2006, s. 93-97.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- ALPTÜRK, Ercan, “Aramalı İncelemenin Bilgisayar Kayıtları ve Bilgisayar Ekipmanları Yönünden Değerlendirilmesi”, Maliye Postası Dergisi, S. 573, 2003, S. 94-99.
- AYDIN, Murat, Arama ve El Koyma, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2012.
- BAT, Yüksel, “Türk Vergi Hukukunda Arama”, Mali Hukuk Dergisi, C. 12, S. 139, 2016, s. 2103-2116.
- BAYKARA, Bekir, “Vergi İnceleme Elemanının Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri”, Vergi Dünyası, S. 277, 2004, s. 15-25. (Vergi Ceza Muhakemesi)
- BAYKARA, Bekir, “Vergi Tarh İşleminin Hukuki Analizi”, s. 6, [http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi\\_Tarhinin\\_Hukuki\\_Analizi\\_1215.pdf](http://www.bekirbaykara.av.tr/dosya/pdf/Vergi_Tarhinin_Hukuki_Analizi_1215.pdf), ET. 6.7.2020.
- BIÇAK, Vahit, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2018.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, On Beşinci Baskı, İstanbul, 2018.
- DAYIOĞLU, Ali, “Arama ve Aramalı Vergi İncelemesinde Mükellefin Hakları”, Vergi Sorunları Dergisi, 1984, s. 100-107.

- ERYILMAZ, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ERYILMAZ, Mesut Bedri, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- EVİRGEN, Selen, “*Vergi Hukukunda Arama Müessesesi ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlişkisi*”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 2017, s. 137-156.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınevi, 19. Baskı, Bursa, 2017.
- GÜLŞEN, Recep, “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Arama*”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2005, S. 3, s. 90- 96.
- HEPAKSAN, Engin/ÇEVİKCAN, Fatih/ÖZ, Ersan, “*Aramalı Vergi İncelemesi ve İşlerliği*”, *Vergi Dünyası*, S. 354, 2011, s. 149-157.
- KAHRAMAN, Mehmet, “*Koruma Tedbiri Olarak Adli Arama*”, *Yargıtay Dergisi*, C. 33, S. 3, Temmuz 2007, s. 327-390.
- KANTAR, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul Cumhuriyet Matbaası, Birinci Kitap, 2. Bası, İstanbul, 1944.
- KARABEYSE, Süleyman, “*Vergi Hukukunda Arama Müessesesi*”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 124, 2016, s. 97-106.
- KARABOYACI, Abdullah, “*Vergi Denetimi Açısından Beyan Edilen Gelirin Doğruluğunun Tespit Yöntemleri*”, *TBB Dergisi*, S. 115, 2014, s. 211-242, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-115-1429>, ET. 22.7.2020.
- KARAKOÇ, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017. (Genel Vergi Hukuku)
- KARAKOÇ, Yusuf, *Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2018. (Delil Sistemi)
- KESKİN KIZIROĞLU, Serap, “*5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama)*”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S.1, 2009, s. 139-168, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/626609>, ET. 7.8.2020.
- KOCAHANOĞLU, Osman Selim, *Vergi Suçları Vergi Cezaları ve Kurtulma Yolları*, Yaylacık Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1983.

- KOÇAK, Hakkı, “Aramalı Vergi İncelemesi ve Karşılaşılan Bir Sorun”, Vergi Dünyası, S. 213, 1999, s. 60-69.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Kazancı Matbaacılık Sanayii, Sekizinci Bası, Büyükçekmece/İstanbul, 1986.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku II. Kitap, Beta Basım Yayım, On İkinci Bası, İstanbul, 2003.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, 18. Baskı, İstanbul, 2010.
- KÜÇÜK, Arzu, “Türk Vergi Hukukunda Aramalı İnceleme”, Yargıtay Dergisi, S. 130, 1975, s. 153-194.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, C. 4, S. 2, s. 57-88, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754531>, ET. 10.8.2020.
- ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005. (İzmir Şerhi)
- ÖZBEK, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, On İkinci Baskı, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri/EKER KAZANCI, Behiye/SOYER GÜLEÇ, Sesim, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK WİLLEMİNS, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- PINAR, Burak/TAYLAR, Yıldırım, “Türk Vergi Hukukunda Kamusal Bir Denetim Yolu Olarak Vergi Araması”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 8, S. 21, 2013, s. 139-180.

- PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif/SARAÇOĞLU, Fatih, "*Vergi Kaçakçılığı İle Mücadelede Yeni Bir Model: Vergi Polisi Müessesesi (Fransa Örneği)*", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2014, s. 51-68, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php>, ET. 22.7.2020.
- SABAN, Nihal, "*Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Bir Vergi Hukuku Kavramını Okumak: Arama*", Polis Dergisi, S. 36, 2003, s. 93-96.
- SABAN, Nihal, Türk Yargı Sisteminin Etkinliği Araştırma Projesi Vergi Yargısının Etkinliği Araştırma Raporu, Tesev Yayınları, İstanbul, 2000.
- SANDALCI, Ulvi, "*Vergi Denetiminde Aramalı İnceleme Usulüne İlişkin Vergi İhbar Etkisi*", Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 37, 2019, s. 301-317, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/838556>, ET. 20.07.2020.
- SARISOY, Taner/GÖZCÜ, Hüseyin, "*Vergi İncelemelerinde 'Karşıt Tespit/İnceleme' Kavramı ve Uygulama Örnekleri*", Vergi Raporu, S. 233, 2019, s. 11-20, <http://vergiraporu.com.tr/upImage/org/1279162.pdf>, ET. 17.7.2020.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2018.
- ŞEN, Ersan, "*Vergi Usul Kanunu'na Göre Arama ve Elkoyma*", <https://www.alomaliye.com/2017/03/22/vergi-usul-kanununa-gore-arama-elkoyma/>, ET. 22.7.2020.
- TAŞDELEN, Aziz, "*Vergisel Arama*", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, 2003, s. 159 – 191, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754465>, ET. 21.7.2020.
- TEKİN, Fazıl/ÇELİKKAYA, Ali, Vergi Denetimi, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2018.
- TOSUN, Ayşe Nil/ÖZDEN, Engin, "*Vergi Denetiminde Arama Yönteminin Mükellef Hakları Yönünden Değerlendirilmesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yaklaşımı ve Türkiye Örneği*", Maliye Dergisi, S. 166, 2014, s. 286-298.

- UĞUR, Hüsamettin, “*Vergi Usul Kanununa Göre Adli Arama*”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 92, 2014, s. 50-58.
- ÜN, Raci, “*Aramalı Vergi İncelemesi Usul ve Esasları-I*”, Yaklaşım Dergisi, S. 191, 2008, s. 67-70.
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “*Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2006, s. 217-285, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/262640>, ET. 27.7.2020. (Takdir Yetkisi)
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman, “*Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu*”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, Susma Hakkı, s. 363–390, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789446>, ET. 27.7.2020.
- ÜSTÜN, Ümit Süleyman, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yasası?*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2013. (Vergi Denetimi)
- YENİSEY, Feridun, “*Vergi Hukukunda Arama ve Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Adnan Tezel Günleri: Vergi Hukuku, Yayına Hazırlayanlar: Feridun Yenisey/Gülşen Güneş, Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti, İstanbul, 2006, s. 173-194. (Vergi Hukuku)
- YENİSEY, Feridun, “*Yeni Arama Hukukumuz*”, Polis Dergisi, S. 37, Ekim/Kasım/Aralık 2003.
- YENİSEY, Feridun, *Kolluk Hukuku*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2015.
- YENİSEY, Feridun, *Polis ve Hukuku Ceza Adalet Sisteminin İlk Aktörleri*, Niğde Polis Meslek Yüksek Okulu 23 Aralık 2005, Ulus Basım Yayın, İstanbul, 2006, s. 55-56.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- YERCİ, Cahit, “*Aramalı Vergi İncelemesi*”, Vergi Sorunları, S. 250, 2009, s. 38-48.

- YILDIZ, Hayrettin, “*Vergi İnceleme İşleminin Bir İdari İşlem Olarak Unsurları Yönünden Hukuki Analizi*”, EÜHFD, C. XVII, S. 3-4, 2013, s. 129-154.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara, 2005.
- YOĞUN, İsmail, “*Vergi Hukukumuzda Aramalı Vergi İncelemesi*”, Maliye ve Sigorta Yorumları Dergisi, S. 461, 2006, s. 179-183.
- YORULDU, Mutlu/YORULDU, Nilüfer Zeybek, “*Türkiye’de Vergi Kayıp ve Kaçaklarının Önlenmesinde Vergi Denetimi ve Muhasebe Meslek Mensuplarının Rolü Üzerine Bir Değerlendirme*”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (IBAD), C.1, S. 1, 2016, s. 51-70, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307236>, ET. 22.7.2020.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2017.
- YÜCESOY, Ayşe Aslı, “*Vergi Hukukunda Arama ve Arama Sürecindeki İşlemlerde Kamu Yararı Kavramı*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 135, 2018, s. 151-184, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-135-1754>.







## CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN 1982 ANAYASASI'NIN 152. MADDESİNİN 1. FIKRASINDA YER ALAN "MAHKEME" KAVRAMI

Arş. Gör. Dr. Eylem BAŞ\*

### Öz

1982 Anayasası'nın 152. maddesi uyarınca, itiraz yoluna mahkeme başvurulabilir. Ancak Anayasa'da mahkeme kavramının tanımının yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle itiraz yoluyla denetimde mahkeme kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına ilişkin yaklaşımı doğrultusunda, ceza muhakemesi hukukunda itiraz yoluna başvurabilecek yargı yerleri değerlendirilmektedir. Bu kapsamda isminde mahkeme kavramı geçmemesine karşın, yargılama makamı olarak görev yapmakta olan sulh ceza hâkimliğinin, infaz hâkimliğinin, Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin ve de Yargıtay ceza dairelerinin itiraz yoluna başvurabilecek yargı yerleri arasında değerlendirilmesi gerektiği açıklanmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin de Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar bakımından mahkeme olarak kabulünün gerekliliği üzerinde durulmaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesi Hukuku • Anayasa Yargısı • Anayasaya Aykırılığın İleri Sürülmesi • Mahkeme • Yargı Yeri

\* Arş. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Dr., Ankara University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Turkey.

✉ ebas@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0002-3400-2042

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BAŞ Eylem, "Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından 1982 Anayasası'nın 152. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan "Mahkeme" Kavramı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 469-508.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE CONCEPT OF "COURT" IN PARAGRAPH 1 OF ARTICLE 152 OF THE 1982 CONSTITUTION IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE LAW

### Abstract

According to Article 152 of the 1982 Constitution, court can apply for an objection. However, it has seen that the concept of court isn't defined in the Constitution. In this study, having regard to the approach of the Constitutional Court to the concept of court, the jurisdictions that can apply for objection in the criminal procedure law are examined. In this context, although the conception of court isn't mentioned in its name, it is explained that; the offices of judge of peace, offices of judge of execution, the criminal chambers of the regional courts of justice, and the criminal chambers of the Court of Cassation should be considered among the jurisdictions that can claim of unconstitutionality. Also, it is emphasized that the Constitutional Court should be regarded as a court hearing a case in terms of the cases it deals with, as the Supreme Criminal Tribunal.

### Key Words

Criminal Procedure Law • Constitutional Jurisdiction • Claim Of Unconstitutionality • Court • Tribunal

## GİRİŞ

1982 Anayasası (Ay.) madde (m.) 152 uyarınca itiraz yoluyla denetim<sup>1</sup>, görülen davanın karara bağlanmasıyla ilgili olarak, uygulanacak

---

<sup>1</sup> KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966, s. 35. Doktrinde itiraz yoluyla denetim için somut norm denetimi, (bkz. GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Bs., Bursa 2018, s. 444; İBA, Şeref/KILIÇ, Abbas, Anayasa Yargısı Dersleri, 3. Bs., Ankara 2019, s. 86; AZAKLI, Murat, Cumhurbaşkanlığı Karamamelerinin Somut Norm Yoluyla Denetlenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, s. 79; KAYA, Seyithan, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru, 1. Bs., Ankara 2018, 69) dolayısıyla iptal davası, (bkz. YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bs, Ankara 2020, s. 103) ya da def'i yolu ile denetim ifadeleri de kullanılmaktadır. Esasında denetlenen norm somut değil, soyuttur. Ancak uygulama bunu somutlaştırmaktadır. Bkz. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, s. 132. Ay. m. 152'de yer alan düzenlemeye bakıldığında bunun teknik anlamda def'i olmayıp, itiraz olduğu görülmektedir. Zira def'i, şayet taraflarca bir davada ileri sürülmemişse, mahkeme bunu kendiliğinden dikkate alamaz. İtirazdaysa mahkeme taraflarca ileri sürülmeven savunma olanaklarını kendiliğinden dikkate alır. Anayasaya aykırılığın bir dava esnasında ileri sürülmesi, kamu düzeni ile ilgilidir. Bu kapsamda görülmekte olan bir dava esnasında taraflarca anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülme dahi dava mahkemesi bunu

bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini<sup>2</sup> anayasaya aykırı gören ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varan mahkeme tarafından başvurulabilir. Bu kapsamda hangi yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından mahkeme olarak kabul edildiği ve AYM'nin kendisini bir mahkeme olarak kabul edip etmediği, böylece anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü bir hükmü kendiliğinden inceleyebilme yetkisinin bulunup bulunmadığı gibi hususlar gündeme gelmektedir.

Mahkeme kavramı içinde değerlendirilemeyen yargı yerlerinin istemlerinin, itiraz yoluyla öngörülen koşullara uygun olup olmadığının tespit edilmesinde bir eleme yani ilk inceleme söz konusu olmaktadır. Bu durumda AYM'nin faaliyeti sistem içi kapı bekçiliğine benzetilmektedir<sup>3</sup>. AYM'ye itirazda bulunan yargı yeri, şayet mahkeme niteliğinde değilse, ilk inceleme aşamasında başvuranın yetkisizliği yönünden iptal isteminin reddine karar verilmektedir<sup>4</sup>.

Bu çalışmada, ilk önce genel olarak mahkeme kavramına değinilecek ve bu kavram içinde değerlendirilmesi gereken olmazsa olmaz hususlar incelenecektir. Ardındansa ceza muhakemesi hukukunda itiraz yoluyla denetim bakımından "mahkeme" kavramı üzerinde durulacak-

---

kendiliğinden ileri sürebilir. Bkz. FEYZİOĞLU, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951, s. 55-56; TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bs., İstanbul 2013, s. 245-246; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bs., İstanbul 2013, s. 51; DEĞERLİ, Yavuz Selim, Anayasa Yargısında Ön Denetim, 1. Bs, Ankara 2020, s. 63. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen yasa hükümleri, AYM'ye gönderildiğinde, görülmekte olan dava, kural olarak AYM'nin kararını vermesine kadar askıya alındığından, bu denetim anayasaya aykırılık itirazı olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, 4. Bs., İstanbul 2007, s. 85-86. Bunun teknik anlamda itiraz olmadığı, iptal davasının açılmasını istemek anlamında olduğu da belirtilmektedir. Bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 103, dp. 6. Ancak 6216 sayılı AMKYUHK m. 3/1-b'de AYM'nin görev ve yetkileri içinde, Ay. m. 152'ye göre mahkemelerce itiraz yoluyla kendisine intikal ettirilen işleri karara bağlamak, gösterilmiştir.

<sup>2</sup> Ayrıca, Ay. geçici m. 21'de belirtilen şartları taşıyan kanun hükmünde kararnameler bakımından da itiraz yoluyla denetimin mümkün olduğu belirtilmelidir. Bkz. GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bs, Bursa 2018, s. 1070, s. 1071.

<sup>3</sup> ÜNSAL, Artuk, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi), Ankara 1980, s. 142-143.

<sup>4</sup> AYM, 1992/12 E. 1992/7 K. 18.2.1992 T. (21227 sayılı 13.5.1992 tarihli Resmî Gazete)

tır. Bu kapsamda isminde mahkeme ifadesi geçmeyen ancak yargılama makamı olarak görev yapmakta olan sulh ceza hâkimliğinin, infaz hâkimliğinin, kanun yolu denetiminde görev alan örneğin Bölge Adliye Mahkemesi ceza dairelerinin ve de Yargıtay ceza dairelerinin itiraz yoluna başvurabilecek yargı yerleri arasında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu incelenecektir. Ardından ceza muhakemesi hukukunda bazı ayrıksı durumlara yer verilecektir. AYM'nin itiraz yoluna başvuran mahkemenin görevli olup olmadığını incelemesi hususu üzerinde durulduktan sonraysa, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar bakımından kendisini mahkeme olarak görüp görmediği hususu değerlendirilmeye çalışacaktır.

### I. MAHKEME KAVRAMI

Mahkeme<sup>5</sup>, geniş anlamda yargılama faaliyetinin gerçekleştiği yerdir<sup>6</sup>. Yargılama, bir diğer ifadeyle kaza, devletin belli makamlarınca taraflara görüşlerini bildirme imkânı sağlanmak ve de devletin egemenliğine dayanmak suretiyle bir olayın hukuk normları bakımından durumuyla ilgili olarak uyuşmazlığın hukuka uygun, kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla sona erdirilmesidir. Yargılamayla, muhakemeyse aynı şey değildir. Nitekim muhakeme iddia,

<sup>5</sup> Bu kavram etimolojik olarak hüküm kökünden türetilmiştir ve genel olarak hüküm verilen, muhakeme yapılan yer anlamında kullanılmaktadır. Bkz. ARSLAN, Ramazan/TANRIVER, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 1996, s. 3. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde bir hâkimden veya bazen savcı ve hâkimlerden oluşan bir kurulun, yargı görevini yerine getirdikleri yer, yargı yeri, yargıevi, mahkeme kapısı şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, 11. Bs., Ankara 2011, s. 1605. Türk Hukuk Lügatı'ndaysa devletçe, objektif hukuk kurallarına göre, kaza tevzii ve yetkisi ile vazifelenirilmiş olan merciler şeklinde tanımlanmış olup bu mercilerin vazifelerini, kullanılan kaza hakkının cinsi ve mahiyetine göre bir veya birden fazla hâkimden oluşan heyetler halinde gerçekleştirecekleri belirtilmektedir. Bkz. TÜRK HUKUK KURUMU, Türk Hukuk Lügatı, 3. Bs., Ankara 1991, 214. Başka bir hukuk sözlüğündeyse devlet tarafından görevlendirilen ve adalet dağıtımını işiyle uğraşan makam; yargılık, yargılama yeri şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Bs. Ankara 2005, s. 763.

<sup>6</sup> ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ÜNAL KAYA, Hilal, Yargı Örgütü, 3. Bs., Ankara 2020, s. 25.

savunma ve yargılama şeklindeki üç görevden meydana gelen kolektif bir faaliyet olup, yargılama muhakemenin parçasıdır<sup>7</sup>.

Yargı işlevinin tanımlanmasıyla ilgili olarak ilki organik ya da şekli; diğeriye maddi anlamda olmak üzere iki ayırmadan bahsetmek mümkündür. Organik ya da şekli anlamda yargı işlevi, mahkemelerin her türlü faaliyetini ifade etmekteyse de mahkemelerin her faaliyeti yargısal nitelikte değildir<sup>8</sup>. Maddi anlamda yargı işleviyse, soyut hukuk kurallarının bağımsız ve tarafsız yargı organlarıncı yargısal usullere uyulmak suretiyle somut bir olaya uygulanmasıdır<sup>9</sup>. Nitekim Ay. m. 138 gereğince, yargı yetkisinin kullanılması ya da fonksiyonunun yerine getirilmesi, çözümlenmesi istenen uyuşmazlıkta taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tümüyle bağımsız bulunan yerlere aittir<sup>10</sup>.

Anayasa'nın birçok maddesinde mahkeme kavramına yer verilmiş olup<sup>11</sup>, bu kavram söz konusu maddelerde aynı anlamda ve mahkeme kavramının yerleşmiş anlamını ifade etmek üzere kullanılmıştır<sup>12</sup>. Ancak

<sup>7</sup> Yargılama kavramı, yarmaktan gelmekte olan yargı yani karar ile uyuşmazlığın yarılması, bir diğeri anlamıyla çözümlenmesidir. Bkz. KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bs., İstanbul 1989, s. 5-6, 13, 123-126.

<sup>8</sup> Bu kapsamda örnek olarak kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetimi gibi hususlar verilebilir.

<sup>9</sup> ARSLAN/TANRIVER, s. 3; KEYMAN, Selahattin/TOROŞLU, Haluk, Hukuka Giriş, 5. Bs. Ankara 2012, s. 174.

<sup>10</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bs., Ankara 2013, s. 12.

<sup>11</sup> Örnek olarak Ay. m. 9, m. 15, m. 19, m. 28, m. 29, m. 36, m. 37, m. 69, m. 84, m. 85, m. 90, m. 104, m. 135, m. 138, m. 139, m. 140, m. 141, m. 142, m. 146 ila m. 155, m. 158, m. 159, geçici m. 11, geçici m. 12, geçici m. 18, geçici m. 19, geçici m. 20, geçici m. 21 ve m. 177 verilebilir.

<sup>12</sup> Nitekim Ay. m. 145 yürürlükten kalkmadan evvel, askerî yargının askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği, bu mahkemelerin; asker kişilerin tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli oldukları düzenlenmişti. AYM, 1970/29 sayılı kararında, disiplin mahkemelerini *"Mahkeme" deyimini Anayasa'nın birtakım maddelerinde geçer. 7., 132., 133., 134., 135., 151. maddelerde olduğu gibi. Anayasa koyucununun, "mahkeme" deyimini değişik maddelerde değişik anlamlarda ve özellikle "mahkeme" kavramının yerleşmiş hukukî niteliği dışına çıkartarak kullandığı, söz gelimi 151. maddesindeki "mahkeme" deyimiyile "138." maddesindeki "mahkeme" deyiminin ayrı ayrı terimler olabileceği düşünülemez. Kaldı ki disiplin mahkemeleri Anayasa'nın 138. maddesiyle hukukî anlamda mahkeme niteliğini kazanmış bulunmaktadır* gerekçesiyle mahkeme olarak kabul etmekteydi. AYM, 1970/6 E.

hem Anayasa'da hem de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da (AMKYUHK) mahkeme kavramı tanımlanmamıştır. Her ikisinde de<sup>13</sup> mahkeme ifadesine yer verilmeyle yetinilmiş, başka herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir<sup>14</sup>. Bu kavramın içeriğini AYM, doldurarak,<sup>15</sup> hangi yerlerin bu kapsamda kabul edileceğini belirtmiştir.<sup>16</sup> Bu nedenle, konu hakkındaki belirleyici ölçütün AYM'nin kararları olduğu söylenebilir. Bir anlamda hangi yargı yerlerinin maddede yer alan mahkeme kavramı içinde düşünüleceği, hangilerininse düşünülmemeyeceğinin tespitinin yalnızca AYM'ye ait bir yetkiymiş gibi düşünülmesi de mümkündür<sup>17</sup>.

---

1970/29 K. 4.6.1970 (13851 sayılı 31.5.1971 tarihli Resmî Gazete). Aynı yönde bkz. ESEN, Selin, İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme, Ankara 1996, s. 69. Aksi yönde bkz. BAŞLAR, Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, 1. Bs., Ankara 2005, s. 79.

<sup>13</sup> Ay. m. 152/1'de ve 6216 sayılı AMKYUHK m. 40/1'de

<sup>14</sup> Yine hem Ay. m. 152'nin (bkz. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, Ankara 2011) hem de 6216 sayılı AMKYUHK m. 40'ın gerekçesinde mahkeme kavramından neyin anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bkz. ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USÜLLERİ HAKKINDA KANUN TASARISI İLE ANAYASA KOMİSYONU RAPORU (1/993), Dönem: 23 Yasama Yılı: 5 TBMM (S. Sayısı: 696). Yine bu tanıma 6216 sayılı AMKYUHK'nın yürürlükten kaldırdığı 2949 sayılı AMKYUHK'da da yer verilmemiştir. Bkz. 18220 sayılı 13.11.1983 tarihli Resmî Gazete. 2949 sayılı AMKYUHK'nın yürürlükten kaldırdığı 44 sayılı AMKYUHK'nın hazırlık çalışmalarındaysa bu Kanun'daki m. 24'ün, 1961 Anayasası m. 151'e paralel olarak düzenlendiği, 1961 Anayasası'nda mahkeme ifadesi kullanıldığından tasarıda da bu ifadenin aynen korunduğu ve bu ifadenin adli, idari ve askerî yargıya dâhil mahkemeleri ifade ettiği kadar derece mahkemelerini de ifade ettiğinden bu hususların ayrıca metne eklenmesinin düşünülmediği belirtilmiştir. Bkz. MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54, s. 5.

<sup>15</sup> ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara 1966, s. 23.

<sup>16</sup> Örneğin AYM 1987/23 sayılı kararında "Bir merciin yargı mercii sayılabilmesi için yargısal usul uygulaması ve yargısal karar vermesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu merciin bağımsızlığa ve karar verenlerin de "hâkimlik teminatı"na sahip olması" gerektiğini belirtmiştir. Bkz. AYM, 1987/8 E. 1987/23 K. 24.9.1987 T. (19673 sayılı 23.12.1987 tarihli Resmî Gazete). AYM'nin benzer gerekçelere yer verdiği bir diğer karar için bkz. AYM, 1966/16 E. 1966/28 K. 27.6.1966 T. (12493 sayılı 2.1.1966 tarihli Resmî Gazete)

<sup>17</sup> BAŞLAR, s. 150.

Mahkeme kavramının esasında bilinebilir bir kavram olarak düşünülmesinden ziyade anayasa yargısına özgü bir anlamının olduğu belirtilmelidir. Aksi yöndeki tutum, anayasa yargısının gelişimi ve temel hak ve özgürlüklerin korunması yönündeki çabaları sonuçsuz bırakabilir. Buna karşın, anayasanın pek çok hükmünde yer alan mahkeme kavramının, metne bağlı kalınarak açıklanabileceği, zira metnin çok açık ve başka türlü yorumlamaya olanak vermediği ve lafzi yorumdan sapılmak suretiyle farklı yorum tekniklerine başvurmanın olağan yorum ilkelerine aykırılık oluşturacağı da belirtilmektedir<sup>18</sup>. Ancak anayasada yer alan kavramların yorumunda metne aşırı bağlılık, şayet anayasa yargısının temel dinamikleriyle çelişiyorsa, anayasa yargısıyla amaçlanana zarar verir<sup>19</sup>. Bu kapsamda mahkeme kavramının anlamının tespitinde çıkış noktası, anayasa yargısının temel amacı olmalıdır. Yani amaçsal yorum yapılmalıdır<sup>20</sup>. Zira hareket noktasını, anayasayla nasıl bir temel amacın güdüldüğü oluşturmaldır<sup>21</sup>. Temel amaç, anayasanın üstünlüğünün ve bütünlüğünün korunması, işlerliğinin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesidir<sup>22</sup>. Anayasanın üstünlüğü<sup>23</sup> ve hukuk devleti ilkesi, insan haklarına aykırılık taşıyan normların iptalini gerektirir<sup>24</sup>.

AYM'nin mahkeme kavramına ilişkin yaklaşımı, yapılan işin bir yargılama işi olup olmadığına önem vermediği, yargılama yerinin mah-

<sup>18</sup> BAŞLAR, s. 3-4, 8, 17-18.

<sup>19</sup> SOYSAL, Mümtaz, Dinamik Anayasa Anlayışı Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme, Ankara 1969, s. 88-89.

<sup>20</sup> BAŞLAR, s. 3-4, 8.

<sup>21</sup> SOYSAL, s. 105.

<sup>22</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 242; DURAN, Lütfi, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 1, 1984, s. 57.

<sup>23</sup> Anayasanın üstünlüğü, anayasanın bir devletin hukuk düzeni içinde en yüksek hukuk kurallarını içermesi ve anayasanın kendisinden sonra gelen tüm hukuk normlarından üstün olması, bu normların tümüyle anayasaya uygun olması zorunluluğunu doğurur. Bkz. TUNAYA, Tanık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980, s. 135; YAYLA, Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 42-43; KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1969, s. 86.

<sup>24</sup> DURAN, s. 83.

keme olmasına önem verdiği yönünde azınlıkta kalan üyelerince dahi eleştirilmektedir<sup>25</sup>. AYM'nin bu yaklaşımının temelindeyse 1876 Kanuni Esasi m. 83<sup>26</sup> ve 1924 Anayasası m. 59<sup>27</sup> yatmaktadır. Zira 1961 Anayasası öncesinde hakların mahkemede aranması gerekliliği açıkça belirtilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerindeyse söz konusu ifadeden vazgeçilerek örneğin 1961 Anayasası m. 31'de yargı mercileri, 1982 Anayasası m. 36'daysa yargı merci ifadesi kullanılmıştır. Ancak 1982 Anayasası m. 36'nın gerekçesinde yargı merciinden anlaşılması gerekenin ne olduğu hususuna değinilmemiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında yargı merci, 2. fıkrasında mahkeme ifadesine yer verilmesi, bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu akla getirmektedir. 1961 Anayasası m. 114'ün 1971 değişikliğinden<sup>28</sup> önceki ilk haliyle ilgili olarak gerekçeden söz konusu ifadeden neyin anlaşılması gerektiğine bakılmalıdır. Zira m. 114/1'in ilk halinde<sup>29</sup> yargı merci ifadesine yer verilmişti. Hükmün gerekçesindeyse her yargısal denetimin yargı mercileri tarafından gerçekleştirilmediği, bu nedenle maddede kazai murakebe ifadesi yerine yargı mercilerinin denetimi ifadesinin kullanılmasının özel bir öneminin bulunduğu belirtilmiştir. Zira yargı mercileri tarafından gerçekleştirilen yargısal denetimde yargısal usullerin uygulanması, üyelerinin hâkim olup tarafsız olması ve bu mercilerin bağımsız olması zorunluluğundan bahsedilmiştir<sup>30</sup>. Nitekim AYM'nin de görüşü bu yöndedir<sup>31</sup>. 1971 yılın-

<sup>25</sup> Bu kapsamda Haysiyet Divanı'nın mahkeme olduğunu kabul etmeyen AYM'nin 1963/29 sayılı kararıyla ilgili olarak üyelerden Hakkı Ketenoğlu'nun karşıoy yazısı için bkz. AYM, 1963/75 E. 1963/129 K. 30.5.1963 T. (11466 sayılı 29.7.1963 tarihli Resmî Gazete)

<sup>26</sup> "Herkes huzuru mahkemede hukukunu muhafaza için lüzum gördüğü vasaiti meşruayı istimal edebilir." Bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref/KİLİ, Suna, Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1982, s. 38.

<sup>27</sup> "Herkes, mahkeme huzurunda hukukunu müdafaa için lüzum gördüğü meşru vesaiti istimalde serbesttir."

<sup>28</sup> Bu değişiklikle Danıştay kararlarının etki ve kapsamı daraltılmak istenmiştir. Bkz. TANÖR, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986, s. 117.

<sup>29</sup> "İdarenin hiçbir eylem ve işlemleri, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz."

<sup>30</sup> Bu gerekçede ayrıca ülkede idari kaza manzumesinde kaza ve vilayet idare heyetleri, vergi itiraz ve teyiz komisyonları, gümrük eksperler heyeti ve disiplin kurulları gibi tam bir kaza organı sayılmayacak mercilerin de mevcut olduğu, bu organların kazai usulleri uygulamasının yeterli bulunmadığı, bu nedenle kazai merci vas-



da Anayasa'da yapılan değişlikle Ay. m. 114'ün "yargı denetimi" şeklindeki başlığı "yargı yolu"na çevrilerek maddenin 1. fıkrasındaki "yargı merci denetimi" yerine "yargı yolu" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu değişikliğin gerekçesi olarak yargı denetimi ifadesinin, uygulamada yargının kendiliğinden denetim yapması ve bu kapsamda idarenin yerine geçmek suretiyle idari eylem ve işlem gerçekleştirdiği şeklinde bir algıya sebebiyet verdiği belirtilerek bu yanlış anlayışın önüne geçilmek istendiği ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Yargılamanın muhakkak mahkeme tarafından gerçekleştirilmesinin gerekliliği yönündeki anlayış kaza organı ifadesinin artık kullanılmasından vazgeçilmesine sebebiyet vermiştir. AYM

---

fında olmayan mercilerin kararlarına karşı genel idare mahkemesi olarak kabul edilen ve üyeleri tam bir hâkimlik statüsünde olan Danıştay'a ve idare mahkemelerine müracaatın kanunlarla önlenemeyeceğine dikkat çekilmiştir. Bkz. TEMSİLCİLER MECLİSİ ANAYASA KOMİSYONU, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7), Karar No: 27, 9.3.1961, S. Sayısı: 35, s. 41.

<sup>31</sup> AYM, 1987/8 E. 1987/23 K. 24.9.1987 T. (19673 sayılı 23.12.1987 tarihli Resmî Gazete); AYM, 1966/16 E. 1966/28 K. 27.6.1966 T. (12493 sayılı 2.1.1966 tarihli Resmî Gazete). Ancak AYM'nin 1970/29 sayılı kararında disiplin mahkemelerinin üye kompozisyonunu gözetmeyerek karar aldığı belirtilmelidir. Bu durum, Lütfi Ömerbaş'ın karşı oy yazısında şu şekilde belirtilmiştir: "*Disiplin mahkemeleri, asker kişilerin disipline aykırı eylemlerinden doğan davalara bakarlar. Bu mahkemelerde görev alanlar hâkim niteliğinde olmayan subay ve astsubaylardır. Disiplin mahkemesi başkan ve üyelerini komutan veya askerî kurul âmiri seçer, Bunların toplanmaları da komutanın veya askerî kurul âmirinin isteğine ve davranışına bağlıdır. Çünkü komutun, disiplin mahkemesini toplatmaksızın, disiplin suçlusunun cezasını doğrudan doğruya tayin ve tatbik etmek yetkisine sahiptir. Bu durumdaki bir kuruluşu, Anayasa'da "mahkeme" adı verilmesine bakarak, öteki mahkemelerle bir tutmaya yer yoktur. Kuruluş biçimleri işlerin nitelikleri ve tüm kararlarına karşı Yargıtaya başvurma yolunun kapalı olması gözönünde tutulursa, bunları "mahkeme" değil, disiplin kurulu saymak daha doğru olur... Disiplin mahkemeleri, tam bir mahkeme niteliğinde olmadıklarından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvuramazlar.*" demiştir. AYM, 1970/6 E. 1970/29 K. 4.6.1970 T. (13851 sayılı 31.5.1971 tarihli Resmî Gazete). AYM'nin disiplin mahkemelerinin üye kompozisyonunu dikkate almaya karar vermesindeki gerekçeyi, bu alanın denetimsiz kalmaması, müdahale etmek istemesi ve böylece hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi oluşturabilir.

<sup>32</sup> Gerekçe metni için bkz. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASININ BÂZİ MADDELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE GEÇİCİ MADDELER EKLENMESİ HAKKINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNİN MİLLET MECLİSİNCE KABUL OLANAN METNİ VE CUMHURİYET SENATOSU ANAYASA VE ADALET KOMİSYONU (MİLLET MECLİSİ 2/558; 2/342), s. 12.

bu nedenle her kazai murakebe organını mahkeme; her murakebeyi de yargılama olarak kabul etmemektedir<sup>33</sup>.

Mahkeme kavramının İngilizce karşılığına bakıldığında “court” ve “tribunal” ifadeleriyle karşılaşılmaktadır. “Tribunal” ifadesinin Türkçe’ye çevrilememesi nedeniyle bugün mahkeme kavramından anlaşılması gerekenle ilgili olarak sorunların yaşandığı haklı olarak ileri sürülmektedir. Zira AYM mahkeme kavramını yalnızca “court” olarak algılamakta, “tribunal” kavramını göz ardı etmektedir<sup>34</sup>. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) “adil yargılanma hakkı”nı düzenleyen m. 6’da “tribunal” ifadesi kullanılmıştır. Ancak AİHS’in Resmî Gazete’de yayınlanan halinde “tribunal” ifadesi “mahkeme” olarak Türkçe’ye çevrilmiştir<sup>35</sup>. “Tribunal” ifadesininse sözlükte mahkeme veya diğer yargı yerleri şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>36</sup>. Ancak mahkeme kavramının dar bir şekilde anlaşılması ve “tribunal” kavramını kapsamaması adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacak niteliktedir. Ayrıca bu durum, anayasa yargısının gelişimine ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına olumlu bir katkı sağlamamaktadır. Bu nedenle Ay. m. 152’de kullanılan mahkeme kavramı yerine yargı yeri kavramının kullanılması ya da mahkeme kavramının yargı yeri kavramını da içine alacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanması önerilebilir<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BAŞLAR, s. 70-71.

<sup>34</sup> BAŞLAR, s. 14-16.

<sup>35</sup> 8662 sayılı 19.3.1954 tarihli Resmî Gazete

<sup>36</sup> BLACK’S LAW DICTIONARY, 7. Bs., Saint Paul 1999, s. 1512.

<sup>37</sup> BAŞLAR, s. 62. Nitekim AYM, İlçe Seçim kurulu Başkanlığına 1992/7 sayılı kararda mahkeme olarak kabul etmemesine karşın, “İsmail Taşpınar” başvurusunda İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının “klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa’nın 36. maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan olduğu”nu belirtmiştir. Bkz. AYM, Birinci Bölüm, 2013/3912, 6.2.2014 T. (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3912>) (Erişim: 25.10.2020). 1992/7 sayılı kararındaysa AYM “bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, karar organlarının hâkimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyumsuzluktan ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir” demiştir. (AYM, 1992/12 E. 1992/7 K. 18.2.1992 T. (21227 sayılı 13.5.1992 tarihli Resmî Gazete)

AYM'nin mahkeme kavramını dar yorumlamasının<sup>38</sup> temelinde AYM'nin kurulduğu ilk yıllarda nasıl bir iş yüküyle karşılaşacağı hususundaki kaygının yattığı düşünülebilir. Ancak bugün için anayasa şikâyetinin kabul edilmesiyle beraber artık iş yükü probleminden bahsedilemeyeceği belirtilmelidir. Zira bireylerin başvurmasına karşı çıkmayan bir düşünce tarzı benimsenmiştir<sup>39</sup>. Ancak AYM'nin mahkeme kavramını dar yorumlama şeklindeki yaklaşımını günümüzde yavaş yavaş terk ettiği görülmektedir. Nitekim her ne kadar bu çalışmada incelenmemiş olsa da AYM'nin uzun yıllar boyunca Sayıştay'ı mahkeme olarak görmemesine karşın, 2014/170 sayılı kararıyla Sayıştay'ı, bazı hal-lerde<sup>40</sup> mahkeme olarak görmesiyle terk ettiği söylenebilir<sup>41</sup>.

## II. MAHKEME KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ANAYASAYA AYKIRILIĞIN İLERİ SÜRÜLMESİ

Ceza yargılaması makamları, hâkimlik ve mahkeme olmak üzere iki türdür. Ancak bu iki tür arasındaki fark, yalnızca görev yönünden olup makamı oluşturanların sayısı ile ilgili değildir. Nitekim en az bir hâkim olmak kaydıyla mahkemedeki hâkim sayısı önemsizdir. Nitekim yargılamanın gerçekleştirilmesi görevi hâkime aittir<sup>42</sup>. Mahkeme kural olarak kovuşturma evresinde özellikle de duruşma ve hüküm verme devrelerinde yargılama görevi yapmaktadır. Duruşma yaparak esas

<sup>38</sup> ESEN, Selin, s. 79, 113; EREN, Ceren Sedef, "İtiraz Yolunda "Mahkeme" Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda "Mahkeme" Niteliği", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2014, Y. 1, S. 1, s. 123. (ss. 123-145)

<sup>39</sup> BAŞLAR, s. 76-78.

<sup>40</sup> AYM, bu kararında Sayıştay'ı "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi çerçevesinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğu ve bu görevin icrası kapsamında mahkeme" olarak görmüştür. Bkz. AYM, 2014/172 E. 2014/170 K. 13.11.2014 T. (29232 sayılı 10.1.2015 tarihli Resmî Gazete)

<sup>41</sup> ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku, 3. Bs., Ankara 2020, s. 371.

<sup>42</sup> Her ne kadar yargılama makamını işgal ederek yargılamayı yapan kimse hâkimse de adliye dışı yargılama makamlarını işgal edenlerin her birinin hâkim olarak mevzuatta nitelendirilmediği görülmektedir. Bu kapsamda Danıştay'da yargılama görevini yapmakta olanlar, hâkim olmalarına karşın "Danıştay üyesi" şeklinde nitelendirilmektedir. Bkz. TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bs., Ankara 2019, s. 109.

uyuşmazlığı bir kararla doğrudan çözen makam, mahkeme makamıdır. Hâkimlik makamıysa muhakemenin her evresinde mahkemelerden ayrı olarak uyuşmazlıkları çözerken karar vermekte yani yargılama görevi yapmaktadır. Hâkimlik makamının, infaz hâkimliği<sup>43</sup>, başkanlık, asliye ceza hâkimliği, sulh ceza hâkimliği ve naip hâkimlik şeklinde çeşitleri bulunmaktadır. Nitekim bazı yargılama görevleri her hâkimlik makamına verilmemektedir. Soruşturma evresinde yetkili yargılama makamı, kural olarak hâkimlik makamıyken, kovuşturma evresinde yargılama makamının mahkeme mi yoksa hâkimlik makamı mı olduğunu belirleyebilmek adına o işlemin toplu mahkemelerde hangi makamca gerçekleştirildiğine bakılması gereklidir. Nitekim toplu mahkemelerde başkanın ya da naip hâkimin yapacağı işlemleri tek hâkimli de olsa mahkeme makamı değil, hâkimlik makamı gerçekleştirmektedir. Toplu mahkemede kurulun yapacağı işlemlerin tek hâkim tarafından yapılması halinde dahi mahkeme makamı söz konusudur<sup>44</sup>.

Çeşitli nedenlerle ceza muhakemesinde yer verilen<sup>45</sup> genel ceza mahkemelerinin yanında 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 8 gereğince özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda örnek olarak “çocuk mahkemeleri” ve “çocuk ağır ceza mahkemeleri” verilebilir ki söz konusu örneklerin çoğaltılması mümkündür<sup>46</sup>. Bu mahkemelerin de mahkeme kavramı içinde düşünülmesi gerekmektedir. Nitekim AYM’nin de görüşü bu yöndedir<sup>47</sup>. Ayrıca muhakemenin sürekli ya da geçici olması onun mahkeme

<sup>43</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 161.

<sup>44</sup> KUNTER, s. 165-166.

<sup>45</sup> ESEN, Selin, s. 70.

<sup>46</sup> TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 33; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Bs., Ankara 2020, s. 245.

<sup>47</sup> AYM’nin Sivas Çocuk Mahkemesi’nin itiraz yoluna başvurusuyla ilgili olarak dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ilişkin verdiği kararı için bkz. AYM 2015/19 E. 2015/17 K. 18.2.2015 T. (29412 sayılı 10.7.2015 tarihli Resmî Gazete)

niteliğine sahip olmasını etkilemez<sup>48</sup>. Bu nedenle hem sürekli hem de geçici mahkemeler AYM'ye itirazda bulunabilir<sup>49</sup>.

## A. "SULH CEZA HAKİMLİĞİ" VE "İNFAZ HÂKİMLİĞİ"

### 1. SULH CEZA HAKİMLİĞİ

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29044 sayılı 28.6.2014 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanmasıyla 5235 sayılı Kanun m. 10'da değişiklik yapılmış ve teşkilat olarak sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. Söz konusu hükümlerle "Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur." Sulh ceza hâkimi, yargılama makamı süjesi olmakla birlikte soruşturma evresinde iki farklı sıfatla görev gerçekleştirmektedir. İlki, asli konumuna uygun şekilde yargılama makamı olarak görev yapmasıdır. Nitekim her ne kadar soruşturma evresinde asıl yetkili olan savcıysa da bazı soruşturma işlemlerinin gerçekleştirilmesi bakımından hâkim güvencesine gerek duyulmak suretiyle sulh ceza hâkimi görevlendirilmektedir. İkincisiyse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 163'te belirtildiği üzere istisnai sıfatıyla toplumsal iddia makamı olarak görev gerçekleştirmesidir. Ancak ikinci duruma özgü olarak görevini gerçekleştiren sulh ceza hâkiminin aynı olayla ilgili olarak CMK m. 162 uyarınca hâkim kararının gerekli olduğu haller bakımından karar vermesinden bahsedilemez<sup>50</sup>.

2014 yılından bu yana artık sulh ceza mahkemesi değil, sulh ceza hâkimliği söz konusu olduğundan isminde mahkeme ifadesi geçmeyen yargılama yerinin mahkeme ifadesi kapsamında yer alıp almayacağı üzerinde durulmalıdır. Bu incelemeden evvel AYM'nin mahkeme kavramına olan bakışını anlayabilmek için sorgu hâkimliğine ilişkin kararlarının incelenmesinde fayda vardır<sup>51</sup>. Zira AYM, bir işin hâkim tarafın-

<sup>48</sup> ARMAĞAN, Servet, "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk", İÜHFİM, C. 32, S. 2-4, s. 723.

<sup>49</sup> ESEN, Selin, s. 70.

<sup>50</sup> ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 136.

<sup>51</sup> Ancak 1985 yılında 3206 sayılı 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla (18774 sayılı 4.6.1985 tarihli Resmî Gazete) ilk

dan gerçekleştirilmesinin bu işin mahkemede görüldüğünün kabulü bakımından yeterli olmadığını<sup>52</sup> bu kapsamda sorgu hâkimliğinin de “mahkeme” kavramı içinde değerlendirilemeyeceğini hükme bağlamıştır<sup>53</sup>.

AYM, 3006 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun<sup>54</sup> ile değiştirilen 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) m. 124’teki sorgu hâkimlerince verilen bazı kararların bağlı buldukları asliye ceza mahkemesi başkanının ya da hâkiminin onayıyla geçerlik kazanacağına ilişkin düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla ilgili olarak, 1964/51 sayılı kararında, tek hâkimce idare edilen sulh ve bazı asliye ceza mahkemelerinden hareketle mahkeme kavramı içinde hâkimlerin düşünülüp düşünülemediği, şayet bu kavram içinde düşünülürse sorgu hâkimlerinin de bu kapsamda yer alıp alamayacağı ve böylece itiraz yoluna başvurup başvuramayacağı üzerinde durmuştur. Ancak AYM bu kararında, sorgu hâkimlerinin bir mahkemeyi idare etmek şeklinde görevlerinin bulunmadığını, davaya bakmadığını, bu nedenle de mahkeme kavramı içinde düşünülemediğini belirterek itiraz yoluna başvuramayacağı kanaatine oyçokluğuyla varmıştır<sup>55</sup>.

---

soruşturma evresi ve bu evreyi yürüten sorgu hâkimliği makamının kaldırıldığı belirtilmelidir.

<sup>52</sup> AYM, 1988/2 E. 1988/4 K. 4.2.1988 T. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1988/4?EsasNo=1988%2F2>) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>53</sup> AYM, 1964/51 E. 1965/3 K. 12.1.1965 T. (12128 sayılı 16.10.1965 tarihli Resmî Gazete)

<sup>54</sup> 3331 sayılı 16.6.1996 tarihli Resmî Gazete

<sup>55</sup> Bu kararla ilgili olarak muhalefet şerhindeyse hüküm vermek için yargılananın zorunlu olduğu, mahkeme kavramınsa hükmün hazırlanmasında görev alan ve yargılama gerçekleştiren sorgu hakimlerini de kapsamına aldığı, nitekim sorgu hâkimlerinin açılmış olan davayı yargıladığı, tahkikatın gayesini gerçekleştirmek adına bazı kararlar verebildiği gibi davanın esasını ortadan kaldıran kararları da verebildiği ve böylece yargı yetkisini kullandığı, hükmünü verebilmek adına hâkimlik vasıflarına yaraşır şekilde ilgili kanun maddelerini uyguladığı belirtilmektedir. Bkz. AYM, 1964/51 E. 1965/3 K. 12.1.1965 T. (12128 sayılı 16.10.1965 tarihli Resmî Gazete). AYM’nin yine sorgu hâkimliğini 1965/3 sayılı kararındaki gerçeklemlerle mahkeme kavramı içinde değerlendirmedeği 1967/34 sayılı kararı da oyçokluğuyla verilmiştir. Bu kararla ilgili olarak ileri sürülen karşı oy gerekçesi şu şekilde olup dikkat çekici niteliktedir: “Anayasa’ımızda hâkim ve mahkeme sözleri, çoğu kez, eş anlamlı sözler olarak kullanılmıştır; nitekim 32. maddedeki tabii hâkim tabii mahkeme, ola-

AYM, sorgu hâkimliğinin mahkeme kavramı içinde düşünülüp düşünülemediğine ilişkin 1967/5 sayılı kararındaysa, sorgu hâkimleri tarafından verilen kararların hukuki niteliğini değerlendirmiştir. AYM'ye göre, ceza yargılaması, kolektif bir faaliyeti gerektirdiğinden, duruşmalar herkese açıktır. Ayrıca bu faaliyet mahkemenin uyuşmazlığı çözümlen son sözü niteliğindeki hükümle birlikte son bulur. AYM, mahkemeyi yargılama yapan ve uyuşmazlığı kesin olarak çözümlen organ olarak kabul ettiğinden, sorgu hâkimlerini bu kapsamda değerlendirmemiştir<sup>56</sup>. Ayrıca ilk soruşturmayı yapan sorgu hâkimliği bakımından henüz soruşturma evresinin söz konusu olduğu belirtilmektedir<sup>57</sup>.

AYM, CMUK m. 124 uyarınca karar onama mercii olarak görev yapan hâkimlerin de mahkeme kavramı içinde düşünülemediği görü-

---

*ğan mahkeme; 132/3 teki mahkeme kararları, hâkim kararları; 22/6 daki mahkeme hâkim, geçici 9. maddenin 1. fıkrasındaki mahkeme, hâkim; 14, 15, 16, 17 ve 27. maddelerin 2. fıkralarındaki hâkim, mahkeme; 22/4 deki hâkim tarafından, mahkeme tarafından, 22/5 teki hâkim, mahkeme; 30/1 ve 30/4 teki hâkim, mahkeme ve yine 30/4 teki mahkeme sözcüğü de hâkim anlamına gelmektedir. Buna göre Anayasa'mızın 151. maddesindeki mahkeme sözcüğünün de hâkim yerine kullanıldığı kabul edilebilir. Bu, o denli doğrudur ki maddedeki mahkeme, sözcüklerinin yerine hâkim sözcüğü yazılmış olsaydı metnin anlamında hiçbir değişiklik olmazdı." Bkz. AYM, 1967/31 E. 1967/34 K. 24.10.1967 T. (1279 sayılı 6.1.1968 tarihli Resmî Gazete)*

<sup>56</sup> Nitekim AYM'ye göre, sorgu hâkimlerinin verdiği son soruşturmanın açılması kararı, onaya bağlı değildir, esas yönünden de itirazı mümkün değildir. Bu kararlar, o zamana kadar giyabî, gizli ve yazılı olarak yapılan ilk soruşturma işlemlerinin, mahkemenin, açık, yüze karşı yürütülen yargılamalarının aydınlığa çıkarılması bakımından önem taşır. Uygulamadaysa mahkemeyi bağlamaz, sanık için kazanılmış hak doğurmaz ve muhkem kazıye olmak niteliğini taşımaz. Yine sorgu hâkimliğinin muhakemenin men'ine ilişkin kararı da kesin sonuç doğurmadığından muhkem kazıye teşkil etmez. Her ne kadar sorgu hâkimlerinin, kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verebilmesi mümkün olsa da bu kararlarda kamu davasının esası bakımından çözümlenme bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle AYM, sorgu hâkimlerince, ilk soruşturma süresince yargı işi yapılmaktaysa da yargılama yapılmadığını kabul etmektedir. AYM, 1967/4 E. 1967/5 K. 7.2.1967 T. (12766 sayılı 2.12.1967 tarihli Resmî Gazete). AYM'nin yine benzer gerekçelere dayandığı kararları için bkz. 1967/29 E. 1967/28 K. 15.9.1967 T. (12777 sayılı 15.12.1967 tarihli Resmî Gazete); 1967/31 E. 1967/34 K. 24.10.1967 T. (12793 sayılı 6.1.1968 tarihli Resmî Gazete); 1968/37 E. 1968/34 K. 24.9.1968 T. (13179 sayılı 19.4.1969 tarihli Resmî Gazete)

<sup>57</sup> ŞAHBAZ, İbrahim, "Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası", Yargıtay Dergisi, 1975, Y. 16, S. 63, s. 286.

şündedir<sup>58</sup>. Örneğin 1968/6 sayılı kararında, tutuklama kararını onamaya yetkili asliye ceza hâkiminin mahkeme kapsamına girmediğini, 1967/5 sayılı kararına atıfta bulunarak belirtmiştir. Ayrıca AYM, bu kararında sorgu hâkimlerinin kararlarını onama yetkisinin mahkemeye değil de toplu mahkemelerde mahkeme başkanına, tek hâkimli mahkemelerdeyse mahkeme hâkimine tanınmış olmasıyla, söz konusu hallerin kanun koyucu tarafından mahkeme fonksiyonunun dışında tutulduğuna işaret etmiştir. Yine 44 sayılı AMKYUHK'da itiraz yoluna başvurmaya yetkili olanların arasında başkan veya üyeye yer verilmemiş olmasından hareketle, mahkeme başkanını ya da hâkimini, mahkeme kavramının kapsamı içinde değerlendirmemektedir<sup>59</sup>.

AYM'nin konuya bu şekildeki yaklaşımı eleştirilmelidir. Zira itiraz yoluyla denetimde, bir şekilde iptal yoluyla denetimden geçmeksizin hukuk düzeninde varlığını devam ettiren ve bu nedenle hâkimlerce uygulanacak hükümlerin anayasaya aykırı olup olmadığının incelenmesi amaçlanmaktadır. Uygulayacağı bir hükmün anayasaya aykırı olduğu konusunu AYM'ye götürebilecek bir hâkimin, sorgu hâkiminin bir kararını onamak üzere dosyayı incelemesi esnasında uygulayacağı veya kendisine bu inceleme ve uygulama yetkisini veren bir hükmü AYM'ye götürmemesinin hem genel mantık hem de hukuk mantığına ters olduğu görülmektedir. Yine bir davayı çözümlerken hâkime tanınan itiraz yoluna başvurma yetkisinin, hâkim kararını onamak şeklindeki daha basit bir işte tanınmaması sorunludur. Zira söz konusu durum da ceza muhakemesinin bir parçasını oluşturmaktadır<sup>60</sup>. AYM'nin bu yaklaşımı yani sorgu hâkiminin uygulayacağı hukuk kuralı hakkında ve sorgu hâkiminin kararını onayan asliye ceza hâkiminin AYM'ye başvurmasını kabul etmemesi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimindeki gayeye aykırı ve hatalı bir yorum olarak kabul edilmelidir. Zira bu yo-

<sup>58</sup> AYM, 1965/7 E. 1965/10 K. 26.2.1965 T. (12032 sayılı 25.6.1965 tarihli Resmî Gazete)

<sup>59</sup> AYM 1968/5 E. 1968/6 K. 13.2.1968 T. (12919 sayılı 8.6.1968 tarihli Resmî Gazete); AYM'nin aynı doğrultuda verdiği diğer kararlar için bkz. 1968/19 E. 1968/16 K. 6.6.1968 T. (12963 sayılı 30.7.1968 tarihli Resmî Gazete); 1968/20 E. 1968/17 K. 6.6.1968 (12963 sayılı 30.7.1968 tarihli Resmî Gazete)

<sup>60</sup> AYM'nin 1968/6 sayılı kararında belirtilen söz konusu karşı oy yazısı bkz. AYM 1968/5 E. 1968/6 K. 13.2.1968 T. (12919 sayılı 8.6.1968 tarihli Resmî Gazete)



rumla anayasaya aykırı normların himayesine neden olunmaktadır<sup>61</sup>. Ancak doktrinde yargı yetkisinin mahkeme makamına değil, hâkimliğe bu kapsamda örneğin sulh ceza hâkimliğine 5235 sayılı Kanun m. 10'la tanınmasıyla birlikte Ay. m. 6/3, c. 2<sup>62</sup> ve m. 9'a<sup>63</sup> aykırılığın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Nitekim bahsi geçen maddelere göre yargı yetkisi, mahkemelerce hâkimler vasıtasıyla kullanılacağından hâkimliklerin yargı yetkisini kullanamayacağı ileri sürülmektedir<sup>64</sup>. Söz konusu görüşe karşın yine de yargılama makamı olarak görev yaptığında sulh ceza hâkimliğinin de isminde her ne kadar geçmese de mahkeme kavramı içinde düşünülmesi gereklidir. Nitekim 5235 sayılı Kanun m. 10/6'da sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresinden bahsedildiği görülmektedir.

AYM de 2020/18 sayılı kararında İzmir 1. Sulh Ceza Hâkimliğini mahkeme olarak kabul etmiştir. Ancak söz konusu kararda itirazın konusunu 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu uyarınca sürücü hakkında uygulanan idari yaptırım kararının iptaline ilişkin kanun hükmü oluşturmuştur<sup>65</sup>. Yani sulh ceza hâkimliğinin kural olarak 5320 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca idari yaptırımları inceleme göreviyle ilgilidir. Ayrıca AYM, 6545 sayılı Kanunla sulh ceza hâkimliğinin kurulmasının ardından şüpheli hakkında tutuklanma tedbirinin uygulanması istemiyle talepte bulunulduğu ve Eskişehir 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin bu talebi değerlendirdikten sonra itiraz konusu kuralın iptali istemiyle itiraz yoluna başvurduğu olayda Eskişehir 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin mahkeme olup olmadığına ilişkin herhangi bir tartışma yapmaksızın işin esasını

<sup>61</sup> KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bs., İstanbul 2010, s. 260-261, dp. 20.

<sup>62</sup> "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."

<sup>63</sup> "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır."

<sup>64</sup> ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, 13. Bs., s. 101-102.

<sup>65</sup> Ancak AYM, bu kararında itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliğinde olmadığı gerekçesiyle ilk incelemede başvurunun reddine karar vermiştir. AYM, 2020/36 E. 2020/18 K. 6/5/2020 T. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/18?KararNo=2020%2F18>) (Erişim: 21.10.2020)

incelemiştir<sup>66</sup>. Söz konusu durum da AYM'nin sulh ceza hâkimliğini mahkeme olarak kabul ettiğini göstermektedir.

AYM'nin kararları incelendiğinde mahkeme ifadesinden, özetle bir dâvaya bakmakta olan, hâkim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen mercinin anlaşılması gereklidir<sup>67</sup>. Bu kapsamda savcılık tarafından ifade alınırken mahkeme kavramından bahsetmek mümkün olmayacak ve savcılıkça anayasa aykırılık itirazı ileri sürülemeyecektir<sup>68</sup>. Zira anayasa-ya aykırılık iddiasında bulanabilmek için bakılmakta olan bir davanın varlığı gereklidir. Savcının ifade alması halinde soruşturma evresi söz konusudur ve soruşturma evresinde henüz bir kamu davası açılmamıştır<sup>69</sup>. Ayrıca burada bir yargılama faaliyeti bulunmamaktadır<sup>70</sup>. Nitekim soruşturma evresinde, bir kimseye suç isnat edilip edilemeyeceği araştı-

<sup>66</sup> Aslında AYM, itiraz yoluyla denetimde görevli ve yetkili mahkemede açılmış olan davanın derdest olmasını aramaktadır. Bkz. EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar -Anayasa Hukuku, 2. Bs., Ankara 2020, s. 1054-1055; USLU, Ferhat, Anayasa Yargısı, 2. Bs., Ankara 2018, s. 100. Ancak Eskişehir 1. Sulh Ceza Hâkimliğince tutuklama tedbiriyile ilgili kararın verilmesinin ardından AYM'ye başvurulmasıyla ilgili olarak AYM, "tutuklama tedbiri gibi son derece önemli ve acil bir konu karara bağlanmış ve itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılarak Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Bu nedenle, itiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan bir davanın varlığı kabul edilerek işin esasının incelenmesine" oy çokluğuyla karar vermiştir. Söz konusu kararın oy çokluğuyla verilmesinin gerekçesiniyse karşı oy yazılarında belirtildiği üzere sulh ceza hâkimliğince tutuklamaya ilişkin kararın verilmesinin ardından ortada artık herhangi bir uyuşmazlığın ve bu nedenle bir davanın bulunmadığı oluşturmuştur. AYM, 2014/164 E. 2015/12 K. 14.1.2015 T. (29263 sayılı 22.5.2015 tarihli Resmî Gazete). Ancak yine de AYM'nin bakılmakta olan bir dava ile ilgili olarak geniş yorumu, itiraz konusu kuralın denetlenmesi bakımından yerindedir. Ayrıca karşı oy gerekçelerinin hiçbirinde sulh ceza hâkimliğinin mahkeme olmadığına ilişkin bir belirleme yapılmaması da önem arz etmektedir.

<sup>67</sup> AYM, 1967/15 E. 1967/15 K. 30.5.1967 T. (12742 sayılı 4.11.1967 tarihli Resmî Gazete). AYM'nin benzer yönde verdiği bir diğer kararlar için bkz. 1966/15 E. 1966/33 K. 20.9.1966 T. (12593 sayılı 9.5.1967 tarihli Resmî Gazete); AYM, 1967/31 E. 1967/34 K. 24.10.1967 T. (1279 sayılı 6.1.1968 tarihli Resmî Gazete); 1977/132 E. 1978/6 K. 26.1.1978 T. (16228 sayılı 14.3.1978 tarihli Resmî Gazete)

<sup>68</sup> ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967, s. 78; EREN, Abdurrahman, s. 1051.

<sup>69</sup> ŞAHBAZ, s. 286.

<sup>70</sup> ARMAĞAN, "Aykırılık", s. 722.

rıldığından söz konusu araştırma faaliyeti, bu faaliyeti gerçekleştiren kolluğun ya da savcının yargılama faaliyeti gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Ancak her ne kadar ceza yargılaması faaliyeti, esas olarak kovuşturma evresinde çıkmaktaysa da soruşturma evresinde hiçbir şekilde yargılama faaliyetinin gerçekleştirilemeyeceğinden de bahsedilemez. Örneğin CMK m. 173 uyarınca Cumhuriyet savcısınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edilmesi halinde yargısal denetim söz konusu olup<sup>71</sup> sulh ceza hâkimliğinin ceza davasının açılıp açılmaması hususundaki uyuşmazlığı çözen faaliyeti yargılama faaliyetidir<sup>72</sup>. Yine tutuklama<sup>73</sup> ve arama kararı verebilmek için sulh ceza hâkimliğine başvurulduğunda, sulh ceza hâkimliğince bir uyuşmazlık çözümlü söz konusu olduğundan yargılama faaliyeti söz konusudur<sup>74</sup>. Bu gibi hallerde sulh ceza hâkimliğinin Ay. m. 152'de öngörölen diğer şartların varlığı halinde itiraz yoluyla AYM'ye başvurusu mümkün kabul edilmelidir. Nitekim bahsi geçen koruma tedbirleri temel hak ve özgürlöklere karşı önemli bir müdahaleyi gerektirmektedir ve bu alanın itiraz yoluyla denetimin dışında bırakılmamasında fayda vardır.

AYM'nin kararlarına bakıldığında mahkeme kavramının içini doldurmaya yönelik yaklaşımıyla ilgili tek bir formöl vermek yerinde olmayacaktır<sup>75</sup>. Ancak yine de AYM'nin, mahkeme kavramını genellikle dar bir şekilde yorumladığı söylenebilir. Nitekim bir yargılama yerinin mahkeme olup olmadığının tespiti dar anlamda yargı işi yapıp yapmadığının dikkate alınmasıyla değil, geniş anlamda bir yargılama yetkisini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesiyle olmalıdır. Bu nedenle şayet bir yerin görevleri arasında yargılamaya ilişkin bir yetki varsa yal-

<sup>71</sup> ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÖTÖNCÖ, Efser/ALTIOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bs., Ankara 2020, s. 618.

<sup>72</sup> Zira burada uyuşmazlığın çözümlü için yargılama makamına başvurulması dava olup ortada tali ceza davası söz konusudur. Bkz. KUNTER, s. 800.

<sup>73</sup> şAHİN/GÖKTÜRK, s. 136.

<sup>74</sup> TOROSLU/FEYZIOĞLU, s. 26-27.

<sup>75</sup> BAşLAR, s. 88.

nızca o işi yaparken o kurumun AYM'ye başvurabileceğinin kabulü gerekir. Böylece itiraz yoluyla amaçlanan gerçekleştirilmiş olur<sup>76</sup>.

Türk hukuk sisteminde bazı hükümlerin yalnızca mahkeme niteliği bulunmayan yerlerce uygulandığı görülmektedir. Ancak AYM tarafından mahkeme kavramı içinde düşünülmeyen, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak karar verebilecek yerlerin başvurularının AYM tarafından kabul edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için gereklidir. Aksi halde AYM'nin mahkeme kavramı içinde kabul ettiği yerlerin, söz konusu hükümlerin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle AYM'ye başvurusu halinde AYM, iptali istenen hükmün olaya uygulanacak kural içinde değerlendirilemeyeceğine ve reddine karar verecektir. Anayasal denetimi yapılmayan söz konusu hükümlerin varlığıysa anayasanın temel dinamiklerine aykırılık taşır. Bu nedenle de ya gereken yasal ve anayasal değişiklikler yapılmalı ya da AYM, mahkeme kavramını geniş yorumlamalıdır<sup>77</sup>.

## 2. İNFAZ HÂKİMLİĞİ

Mahkemenin uyuşmazlığın esasıyla ilgili olarak verdiği karar, olağan kanun yollarından ve bu kapsamda şartları varsa itiraz, istinaf ve temyizden geçtikten ya da olağan kanun yollarına başvurulmayarak kesinleştikten sonra ceza yargılaması faaliyeti sona ermektedir. Bu sona ermenin ardından kesin hükmün yerine getirilmesinden yani infazından bahsedilir. İnfaz, her ne kadar idari bir faaliyet olsa da bu aşamada da yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve bu kapsamda yargılama faaliyetinden bahsetmek mümkündür. Örneğin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 98/1 kapsamında infaz edilecek cezanın hesabı konusunda tereddüde düşüldüğünde infaz hâkimliğine başvuru üzerine yapılan faaliyet, yine yargılama faaliyetidir<sup>78</sup>.

AYM, infaz hâkimliğince<sup>79</sup> itiraz yoluna başvurulabileceği kanaatinindedir. AYM'nin bu kanaatinin sessiz bir devrim niteliğinde<sup>80</sup> ve olum-

<sup>76</sup> ESEN, Selin, s. 79; EREN, Ceren Sedef, s. 134.

<sup>77</sup> BAŞLAR, s. 62.

<sup>78</sup> TOROSLU/FEYZİOĞU, s. 27.

<sup>79</sup> İnfaz hâkimliği, Adalet Bakanlığınca "Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak", "her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde kurulur" ("4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu" (İHK) m.

lu olduğu belirtilmelidir<sup>81</sup>. Örneğin AYM 2007/26 sayılı kararında Tekirdağ İnfaz Hâkimliğinin<sup>82</sup>, 2012/102 sayılı kararındaysa Bakırköy 1. İnfaz Hâkimliğinin itiraz yoluna başvurmaları bakımından ilk incelemede dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar vermişti<sup>83</sup>. Söz konusu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Nitekim AYM'nin norm denetimiyle ilgili olarak "https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr" şeklindeki internet sayfasına bakıldığında "Karar Kimlik Bilgileri" başlığı altında "Başvuran (Genel)" olarak ifade edilen filtreleme seçeneğinde infaz hâkimliğinin yer aldığı ve bu seçenek tercih edilerek arama yapıldığında toplamda 29 kararın bulunduğu görülmektedir. Söz konusu kararlara bakıldığında her biri bakımından AYM'nin ilk inceleme aşamasında mahkeme açısından herhangi bir sorun görmediği anlaşılmaktadır. Hatta

---

2/1). Kural olarak infaz hâkimliği, "Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydürilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak", "hükümlülerin cezalarının infazı, müşahedeye tâbi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak"; "Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak", "Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan şikâyetleri incelemek", "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin mahsup, ceza zamanaşımı ve hükümlünün ölümü hâllerinde verilecek kararlar da dahil olmak üzere hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak ve işleri yapmak" ve "Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak"la görevlidir (İHK m. 4)

<sup>80</sup> İnfaz hâkimliğinin "ihtisaslaşmış yargı merci" olduğu yönünde bkz. BAŞLAR, s. v.

<sup>81</sup> EREN, Ceren Sedef, s. 130.

<sup>82</sup> "F tipi Kapalı Cezaevinde bulunan bir tutuklunun, cezaevi kantininden satın aldığı çamaşır ipini odasında bulundurması nedeniyle görevli memurlar tarafından el konulması üzerine, verdiği şikâyet dilekçesini inceleyen" Tekirdağ İnfaz Hâkimliği "itiraz konusu kuralların Anayasaya aykırı olduğu kanısıyla" bu yola başvurmuştur. Bkz. AYM, 2004/56 E. 2007/26 K. 15.3.2007 T. (26536 sayılı 15.3.2007 tarihli Resmî Gazete)

<sup>83</sup> Bakırköy 1. İnfaz Hâkimliğince "5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 83. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "... zorunlu hâller dışında bir daha değiştirilmemek üzere, ..." ibaresinin, Anayasa'nın 17. maddesine aykırı" olduğu iddiasıyla bu yola başvurulmuştur. Bkz. AYM ise AYM, 2012/7 E. 2012/102 K. 5.7.2012 T. (28433 sayılı 6.10.2012 tarihli Resmî Gazete)

AYM, 2018/41<sup>84</sup>, 2017/100<sup>85</sup>, 2018/3<sup>86</sup>, 2017/109<sup>87</sup>, 2013/164<sup>88</sup>, 2014/78<sup>89</sup>, 2014/51<sup>90</sup>, 2013/146<sup>91</sup>, 2014/33<sup>92</sup>, 2014/73<sup>93</sup>, 2014/77<sup>94</sup>, 2013/67<sup>95</sup>, 2013/147<sup>96</sup>, 2013/148<sup>97</sup>, 2013/149<sup>98</sup>, 2013/150<sup>99</sup>, 2013/151<sup>100</sup>, 2013/152<sup>101</sup>, 2013/19<sup>102</sup>,

<sup>84</sup> AYM, 2017/159 E. 2018/41 K. 2/5/2018 T. (30437 sayılı 31.5.2018 tarihli Resmî Gazete)

<sup>85</sup> AYM, 2017/125 E. 2017/100 K. 31.5.2017 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/100?BasvuranGeneller\\_id=39&KararAramaRaporu=1](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/100?BasvuranGeneller_id=39&KararAramaRaporu=1)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>86</sup> AYM, 2018/3 E. 2018/3 K. 18.1.2018 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/3?BasvuranGeneller\\_id=39&KararAramaRaporu=1](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/3?BasvuranGeneller_id=39&KararAramaRaporu=1)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>87</sup> AYM, 2017/131 E. 2017/109 K. 14.6.2017 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/109?BasvuranGeneller\\_id=39&KararAramaRaporu=1](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2017/109?BasvuranGeneller_id=39&KararAramaRaporu=1)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>88</sup> AYM, 2013/67 E. 2013/164 K. 26.12.2013 T. (28954 sayılı 27.3.2014 tarihli Resmî Gazete)

<sup>89</sup> AYM, 2014/26 E. 2014/78 K. 9.4.2014 T. (29008 sayılı 23.05.2014 tarihli Resmî Gazete)

<sup>90</sup> AYM, 2014/51 E. 2014/51 K. 13.3.2014 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/51?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2014%2F51](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/51?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2014%2F51)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>91</sup> AYM, 2013/138 E. 2013/146 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/146?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F146](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/146?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F146)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>92</sup> AYM, 2014/28 E. 2014/33 K. 18.2.2014 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/33?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2014%2F33](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/33?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2014%2F33)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>93</sup> AYM, 2014/70 E. 2014/73 K. 9.4.2014 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/73?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2014%2F73](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/73?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2014%2F73)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>94</sup> AYM, 2014/14 E. 2014/77 K. 9.4.2014 T. (29008 sayılı 23.05.2014 tarihli Resmî Gazete)

<sup>95</sup> AYM, 2013/55 E. 2013/67 K. 28.5.2013 T. (28954 sayılı 27.3.2014 tarihli Resmî Gazete)

<sup>96</sup> AYM, 2013/139 E. 2013/147 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/147?BasvuranGeneller\\_id=39&EsasNo=2013%2F139](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/147?BasvuranGeneller_id=39&EsasNo=2013%2F139)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>97</sup> AYM, 2013/140 E. 2013/148 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/148?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F148](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/148?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F148)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>98</sup> AYM, 2013/141 E. 2013/149 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/149?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F149](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/149?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F149)) (Erişim: 20.10.2020)

<sup>99</sup> AYM, 2013/142 E. 2013/150 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/150?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F150](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/150?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F150)) (Erişim: 20.10.2020)

2014/94<sup>103</sup>, 2013/161<sup>104</sup>, 2014/13<sup>105</sup>, 2013/111<sup>106</sup>, 2012/102<sup>107</sup>, 2013/106<sup>108</sup>, 2012/76<sup>109</sup>, 2018/9<sup>110</sup>, 2014/48<sup>111</sup> sayılı kararlarında kendisine başvuran infaz hâkimliklerini mahkeme olarak nitelendirmiştir. Bahsi geçen 29 karardan yalnızca 2007/26<sup>112</sup> sayılı kararında başvurandan infaz hâkimliği olarak bahsetmiştir. Ancak bu 29 karardan hiçbirinde mahkeme kavramı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapma gereği duymamıştır. Bu kapsamda ya ilk incelemede başka nedenlerle red kararı vermiş ya da ilk incelemede herhangi bir sorun görmeyerek işin esasını incelemiştir.

İnfaz hâkimliği ve sorgu hâkimliği birbiriyle karşılaştırıldığında, her ne kadar görev ve yetki alanları farklıysa da aralarındaki ortak unsur, isimlerinde mahkeme değil hâkimlik ifadesinin geçmesi oluştur-

- 
- <sup>100</sup> AYM, 2013/143 E. 2013/151 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/151?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F151](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/151?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F151)) (Erişim: 20.10.2020)
- <sup>101</sup> AYM, 2013/144 E. 2013/152 K. 11.12.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/152?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F152](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/152?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F152)) (Erişim: 20.10.2020)
- <sup>102</sup> AYM, 2013/7 E. 2013/19 K. 31.1.2013 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/19?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2013%2F19](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2013/19?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2013%2F19)) (Erişim: 20.10.2020)
- <sup>103</sup> AYM, 2013/137 E. 2014/94 K. 22.5.2014 T. (29117 sayılı 12.09.2014 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>104</sup> AYM, 2013/54 E. 2013/161 K. 26.12.2013 T. (29014 sayılı 29.05.2014 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>105</sup> AYM, 2013/30 E. 2014/13 K. 29.1.2014 T. (29117 sayılı 12.9.2014 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>106</sup> AYM, 2013/6 E. 2013/111 K. 10.10.2013 T. (28995 sayılı 09.05.2014 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>107</sup> AYM, 2012/7 E. 2012/102 K. 5.7.2012 T. (28433 sayılı 06.10.2012 tarihli Remi Gazete)
- <sup>108</sup> AYM, 2013/28 E. 2013/106 K. 3.10.2013 T. (28886 sayılı 18.1.2014 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>109</sup> AYM, 2012/49 E. 2012/76 K. 24.5.2012 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/76?BasvuranGeneller\\_id=39&KararNo=2012%2F76](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/76?BasvuranGeneller_id=39&KararNo=2012%2F76)) (Erişim: 20.10.2020)
- <sup>110</sup> AYM, 2017/124 E. 2018/9 K. 14.2.2018 T. (30355 sayılı 9.3.2018 tarihli Resmî Gazete)
- <sup>111</sup> AYM, 2014/45 E. 2014/48 K. 13.3.2014 T. ([https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/48?BasvuranGeneller\\_id=39&KararAramaRaporu=1&KararNo=2014%2F48](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/48?BasvuranGeneller_id=39&KararAramaRaporu=1&KararNo=2014%2F48)) (Erişim: 20.10.2020)
- <sup>112</sup> AYM, 2004/56 E. 2007/26 K. 15.3.2007 T. (26536 sayılı 29.05.2007 tarihli Resmî Gazete)

maktadır. Bu kapsamda lafzi yorum yapıldığında Ay. m. 152 açısından çok da farklı kurumlar olmadığı belirtilebilir. Ayrıca AYM'nin kurulduğundan bu yana mahkeme kavramına verdiği anlamı dolduran ve bazılarına bu çalışmada yer verilen içtihatları düşünüldüğünde esasında infaz hâkimliğini de mahkeme olarak görmemesi gerektiğinden bahsedilebilir. Buna karşın İHK'nın genel gerekçesinde de belirtildiği üzere hükümlülere ve tutuklulara karşı gerçekleştirilen işlem ve faaliyetlere karşı hükümlülerin ve tutukluların sahip olduğu şikâyet hakkı, yargı organlarına başvurma yetkisini de içermektedir<sup>113</sup>. Bu kapsamda infaz hâkimliği, önüne gelen şikâyetleri karara bağlamaktadır. Şikâyetin de geniş yorum suretiyle esasında uyuşmazlık olduğu kabul edilirse, bu uyuşmazlığı çözme yetkisine sahip olan infaz hâkimliği mahkeme sıfatına sahiptir. Nitekim yargılamanın olmazsa olmaz unsurlarından birini uyuşmazlık oluşturmaktadır<sup>114</sup>. Bu nedenle infaz hâkimliği, uyuşmazlığın esasını çözme yetkisi bulunmayan sorgu hâkimliğinden farklıdır. Ayrıca AYM'nin bu kabulünün temelinde infaz hâkimliği tarafından uygulanacak kuralların denetiminin yapılmasında açık kapı bırakmak istemesi gösterilebilir. Nitekim söz konusu kurallar kişilerin temel hak ve özgürlükleriyle yakından ilgilidir. Hukuk devleti ilkesinin korunabilmesi için infaz hâkimliğinin mahkeme şeklinde nitelendirilmesi ve de bunun oybirliğiyle kabul edilmesi yerinde bir yaklaşımdır<sup>115</sup>.

## B. KANUN YOLLARI BAKIMINDAN

Genel ceza mahkemeleri, ilk derece yani olay (esas) mahkemeleri, bölge adiyce mahkemeleri ve Yargıtay olmak üzere üç derecedir<sup>116</sup>. Kural olarak hâkimlik ve mahkeme makamı kararları bakımından öngörülen kanun yolu bakımından farklılık söz konusudur<sup>117</sup>. Bu kapsamda itiraz, istinaf ve temyiz görevini yerine getiren mercilerin, incelediği

<sup>113</sup> İNFAZ HÂKİMLİĞİ KANUNU TASARISI VE ADALET KOMİSYONU RAPORU (1/849), Dönem: 21 Yasama Yılı: 3 T.B.M.M. (S. Sayısı: 667), s. 1.

<sup>114</sup> Ortada uyuşmazlık olmamasına karşın hâkim tarafından yapılan faaliyetinse, artık yargılama değil idari bir faaliyet olarak kabulü gerekir. Bkz. KUNTER, s. 123-124.

<sup>115</sup> BAŞLAR, s. 41-44.

<sup>116</sup> TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 30.

<sup>117</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 238.



kararlara ilişkin davalarda AYM'ye itiraz yoluna başvurma yetkisi bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmalıdır.

AYM zaman içinde mahkeme kavramıyla ilgili olarak bazı kriterler getirmiştir. Söz konusu kriterler uyarınca, adli mahkemelerin yanında bunların verdikleri kararların temyiz mercileri olan Yargıtay'dan itiraz yoluyla önüne gelen başvurular bakımından, bu mercileri mahkeme kavramı içinde düşünmekte ve şayet bir eksiklik yoksa esastan incelemeye geçmektedir. Ancak burada bir yüksek mahkemenin temyiz inceleme merci olarak görevini yaparken ve bu kapsamda Yargıtay Ceza Daireleri'nin de mahkeme sıfatını taşıyıp taşımadığı hususu üzerinde tartışmalar bulunmaktadır<sup>118</sup>. Buna karşın Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olarak bakmakta olduğu davalar bakımından elbette ki AYM'ye itiraz yoluna başvurmaya yetkisi bulunmaktadır. Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre mahkeme kavramı dar yorumlandığı takdirde bu kavramın içinde Yargıtay düşünülemez. Zira temyiz mercileri kural olarak davanın esasına ilişkin bir karar vermek için yargılama yapmamakta, verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını denetlemektedir<sup>119</sup>. Ancak kanun yolunda da hâkimlerin daha evvel verilen kararları denetlemek suretiyle yargılama faaliyetine katıldıkları belirtilmelidir. Nitekim yargıya kanun yolu incelemesi de dahil olmakta ve her birinin ortak eseri olarak yargı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle her birinin yaptığı yargılama olduğunun kabulü gerekir. Zira yargılama makamınca verilen bir kararın sübut konusunda hatalı ya da hukuka aykırı olduğu belirtilmek suretiyle ortaya çıkan uyuşmazlık yine bir yargılama makamı önüne götürülmekte ve bu durumda artık kanun yolu davasının açılması söz konusu olmaktadır<sup>120</sup>. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca (YCGK) itiraz yoluna başvurulması üzerine, AYM, 1971/58 sayılı kararında bir yargılama yeri tarafından verilen hükme karşı yine bir yargı yerine kanun yoluna başvurulduğunda söz konusu hükmün hukuka aykırı olduğu ileri sürülmek suretiyle artık ortada bir uyuşmazlığın bulunduğunu ve bunun da kanun yolu dâvasının açılması niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Esasında söz konusu durumda uyuş-

<sup>118</sup> ESEN, Selin, s. 73.

<sup>119</sup> ARMAĞAN, "Aykırılık", s. 723.

<sup>120</sup> KUNTER, s. 129, 1007-1008.

mazlıkların genellikle açık ve belirli olmaması nedeniyle kanun yolu kurumunun hem doktrinde hem de uygulamalarda genellikle dava olarak nitelendirilmediği görülmektedir. Ancak AYM, ceza muhakemesi kanunlarında kanun yolları için dava ifadesinin kullanıldığını ifade etmiştir. Ayrıca, örneğin, ilk derece mahkemesince verilen bir ceza hükmünde Yargıtay tarafından hukuka aykırılığın bulunup bulunmadığının incelenmesinde, söz konusu hükmün ilişkili olduğu temel uyuşmazlığı kapsayan ceza davası, Yargıtay incelemesi esnasında da devam etmektedir. Zira kanun yoluna başvurulmakla kurulan yeni ilişki esnasında asıl uyuşmazlığı kapsayan dâvada kurulmuş ilişki ile konu yönünden aynıdır. Yalnızca uyuşmazlığı çözmeyip aynı zamanda davanın kapsadığı asıl uyuşmazlığın esasını da etkilemektedir. Bu nedenle temyiz yoluna başvuru bir ceza davasına temyiz incelemesi esnasında bakan bir mahkemeden bahsedilmelidir. Bu esnada Yargıtay, uygulaması gereken ancak anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü bir kuralı AYM'ye itiraz yolu ile götürebilmelidir. Yargıtay'ın ceza bölümündeki dairelerden oluşan YCGK, ilk derece mahkemeleriyle, Yargıtay Ceza Daireleri arasında doğacak uyuşmazlıkların çözülmesi ve Yargıtay Ceza Dairelerince ilk derece sıfatıyla verilen kararların temyiz yolu ile incelenmesi görevini yürütür. Bu kapsamda YCGK'nın da itiraz yoluyla AYM'ye başvurabilmesi mümkün olarak kabul edilmelidir<sup>121</sup>.

<sup>121</sup> Özetle, temyiz, yargılama yerince verilen kararda yanılmanın ya da aykırılığın ileri sürülmesi üzerine taraflar arasında karar veya hükmün usul ve kanuna uygun bulunup bulunmadığı hususunda ortaya çıkan yeni bir uyuşmazlığın yine bir yargı yeri önüne getirilmesidir. Uyuşmazlığın çözülmesi amaçlandığından bir anlamda burada toplu bir şekilde yargılama faaliyeti gerçekleşmektedir. Ancak bu konuyla ilgili olarak AYM'nin 1971/58 sayılı kararı oyçokluğuyla verilmiştir. Bu kararın karşı oy yazısında adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olan Yargıtay'ın mahkeme kavramı içinde düşünülmemeyeceği, aksine bir görüşün 1961 Anayasası m. 151/2 ile çatışacağı, zira bu hükmünde mahkemenin, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddianın, temyiz merciiince esas hükmü birlikte karara bağlanacağı düzenlendiği, 1961 Anayasası m. 151/1'deki mahkeme kavramına hükmün 2. fıkrasında açıklık getirildiği ve bu nedenle temyiz merciiince mahkeme kavramı içinde düşünülmemeyeceği belirtilmiştir. Bu görüşe göre "Yargıtay, temyiz mercii sıfatıyla, ancak ilk derece mahkemesinin verdiği hükmü incelerken bu mahkemede ileri sürülmüş ve ciddi görülmemiş anayasaya aykırılık iddiası üzerinde bozma nedeni olup olmaması bakımından duracak ve iddiayı o yönü ile karara bağlayacaktır... Yargıtayın, öteki mahkemeler gibi, bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görerek veya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına vararak doğrudan doğruya" AYM'ye başvurma-

AYM'nin 1965/3 sayılı kararında<sup>122</sup> da belirttiği üzere mahkeme kavramı içinde her derecedeki mahkeme düşünölmelidir<sup>123</sup>. AYM'nin söz konusu kararı uyarınca yalnızca ilk derece mahkemelerinin değil, kanun yolu denetimini yapan ve bu kapsamda itirazı inceleyen yargı yerlerinin<sup>124</sup>, Bölge Adliye Mahkemesi<sup>125</sup> ve Yargıtay Ceza Dairelerinin de anayasadaki itiraz yoluna başvurması mümkün olan mahkeme kavramına dâhil edilebileceği söylenmelidir. Bu kapsamda olağan ya da olağanüstü olup olmadığı fark etmeksizin kanun yolu denetiminde de-

sı 1961 Anayasası m. 151 uyarınca mümkün değildir. AYM başkan vekili Avni Givda'nın söz konusu karşıoy yazısı için bkz. AYM, 1971/17 E. 1971/58 K. 15.6.1971 T. (14095 sayılı 10.2.1972 tarihli Resmî Gazete). Bu kararla ilgili olarak verilen bir diğer karşı oy yazısı ise, 1961 Anayasası m. 139/1'e dayanmış olup şu şekildedir: "Yargıtay'ın iki fonksiyonu ve hüviyetinin mevcut olduğu kabul edilmiştir; Birisi, "Adliye mahkemelerince verilen kararların ve hükümlerin son inceleme mercii" olması, diğeri de "Belli dâvalara bakarken ilk ve son derece mahkemesi" olmasıdır. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesi olması hüviyeti ile baktığı davalarda Anayasa'ya aykırılık sebebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili olduğunda bir kuşku yoktur. Ancak Yargıtay'ın adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olması durumunda sonuç aynı değildir... Yargıtay son inceleme mercii olarak fonksiyonunu ifa ederken vakıaları yeniden tahkike giren ilk derece mahkemesi değil denetim görevi yapan bir prensip mahkemesidir. Yani karar ve içtihatlarıyla yurdun her tarafında kanunların aynı şekilde uygulanmasını temin eder. İşte Yargıtayın asıl fonksiyonu budur. Belli dâvalara bakarken vakıaları tahkike yetkili bir derece mahkemesi olması istinai bir haldir." AYM üyesi Şahap Arıç'ın karşı oy yazısı için bkz. AYM, 1971/17 E. 1971/58 K. 15.6.1971 T. (14095 sayılı 10.2.1972 tarihli Resmî Gazete)

<sup>122</sup> AYM 1964/51 E. 1965/3 K. 12.1.1965 T. (12128 sayılı 16.10.1965 tarihli Resmî Gazete)

<sup>123</sup> TANİLLİ, Servet, Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1981, s. 623; GÖZÜBÜYÜK, s. 245; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 517; GÖZLER, Anayasa, s. 1073; BİLGİN, Çağlar, "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", TBBD, 1988, S. 3, s. 357.

<sup>124</sup> AYM'ye göre "kanun yolu, bir yargı yeri tarafından verilen ve hukuka aykırı olduğu ileri sürölen bir kararın, kural olarak başka bir yargı yeri tarafından incelenmesini sağlayan hukuki yoldur... Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikte kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu mercii yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir." Bkz. AYM, 2014/164 E. 2015/12 K. 14.1.2015 T. (29263 sayılı 22.5.2015 tarihli Resmî Gazete)

<sup>125</sup> AYM'nin itiraz yoluna başvuran Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Daireleri'nin bir davaya bakmakta olan mahkeme bakımından herhangi bir tartışmaya yer vermeksizin ilk inceleme aşamasında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesi yönünde verdiği kararlar için bkz. AYM, 2017/49 E. 2017/113 K. 14.6.2017 T. (30151 sayılı 11.8.2017 tarihli Resmî Gazete); AYM, 2018/71 E. 2018/118 K. 27.12.2018 T. (30687 sayılı 15.2.2019 tarihli Resmî Gazete)

netimi gerçekleştirenin yargı yeri yani mahkeme olarak kabul edilmesi gereklidir.

### C. CEZA MUHALEMESİNDEKİ AYRIKSI DURUMLAR

Ay. m. 152 gereğince anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'ye başvurma yetkisinin, mahkemeye tanınması ve bir davaya bakan mahkemenin, o davaya konu olan uyuşmazlığı bir kararla çözümlenerek sona erdirmek görev ve yetkisini taşıyan yargı mercii olduğunu dikkate alan AYM, asıl muhakeme içinde ayrı bir yargılamayı gerektiren ve bağımsız, organik ayrı bir bünyesi olan tali ceza davaları bakımından yani bir suç isnadının araştırılması ve karşılığı müeyyidelerin sanık hakkında uygulanması biçiminde olmaksızın, bir suç dolayısıyla ceza yargılaması makamlarından bir karar alınması için yapılan başvurulara, örneğin hâkimin reddi müessesesi, hâkimin kendiliğinden çekilmesi gibi hadise muhakemesi olarak adlandırılan davalara bakan mahkemelerin de AYM'ye başvuru yetkisine sahip olduğunu yerinde olarak kabul etmektedir. Nitekim burada da bir suç isnadıyla ilgili tali uyuşmazlık var olup ceza yargılaması faaliyeti söz konusudur<sup>126</sup>. Ancak örneğin bir tanığın istina-be yoluyla dinlenilmesi ve tanık sözlerinin geçileceği tutanağın davaya bakmakta olan mahkemeye gönderilmesi halinde bir davaya bakmak söz konusu değildir<sup>127</sup>.

### D. AYM'NİN İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMENİN GÖREVLİ OLUP OLMADIĞINI İNCELEMESİ

AYM, dava muhakemesinin görevi hususunda daraltıcı bir yorum tarzı benimsemektedir<sup>128</sup>. AYM 1970/2 sayılı kararında, 1961 Anayasası m. 151/1 bakımından mahkemenin bakmakta olduğu bir dâva bulunup bulunmadığını anlamak üzere kendisine iş gönderen mahkemenin görev yönünü araştırabileceğini ancak onun işlemlerini denetlemenin,

<sup>126</sup> TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 25-26.

<sup>127</sup> 1983/4 E. 1983/6 K. 28.4.1983 T. (18428 sayılı 11.6.1984 tarihli Resmî Gazete). Benzer yönde bkz. 1984/17 E. 1984/12 K. 11.12.1984 T. (18675 sayılı 21.2.1985 tarihli Resmî Gazete)

<sup>128</sup> TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 519. Mahkemenin görevli olmasının ve görevliliğinin kesinleşmiş olması gerektiği yönünde bkz. KIRATLI, s. 59; EREM, Faruk, "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası", Adalet Dergisi, 1962, Y. 53, S. 5-6, s. 460.

AYM'nin görevi dışında bulunduğuna işaret etmiştir. Önüne gelen bu olayda itiraz eden mahkemenin kendine getirilen itirazı incelemeye görevli olmadığını gösteren kesin bir hukukî kural bulunmadığına göre mahkemenin bu konuyu AYM'ye getirmeye yetkili olduğu sonucuna varmıştır<sup>129</sup>. Yine AYM benzer yönde araştırma yaptığı bir diğer kararında mahkeme kavramından, o davaya bakmaya, yani uyuşmazlık konusu işi çözmeye veya suç sayılan fiili gerçekleştireni kanun hükümleri çerçevesinde, yargılamaya görevli mahkemenin anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Zira mahkemelerin görevleri, Anayasa'da da belirtildiği üzere ancak kanunla düzenlenir. Bu nedenle görev sorunu, kamu düzeniyle ilgilidir. Kişilerin tasarruflarıyla söz konusu sorunun çözümünden bahsedilemez. Bu kapsamda AYM itiraz yoluna başvuran mahkemenin görevli olup olmadığını belirlemek zorunluğu içinde olduğunu kabul etmektedir. Bu durum, AYM'nin kendisine has anayasa denetimi için öngörülen koşullardan biri olmaktadır<sup>130</sup>. Ancak AYM'nin bu tavrı eleştirilmektedir<sup>131</sup>.

AYM, itirazın mahkeme tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini tespitle yetinmelidir. Mahkemenin görevli olup olmadığı hususunu araştırmamalıdır<sup>132</sup>. Ancak itiraz yoluna başvuran mahkeme

<sup>129</sup> AYM, 1969/46 E. 1970/2 K. 6.1.1970 T. (13695 sayılı 15.12.1970 tarihli Resmî Gazete). AYM'nin benzer yönde kendisine itiraz yoluyla başvuran mahkemenin görevli olup olmadığı hususunu araştırdığı diğer kararları için bkz. AYM, 1976/9 E. 1976/10 K. 2.3.1976 T. (15647 sayılı 15.7.1976 tarihli Resmî Gazete); AYM, 1972/31 E. 1972/33 K. 22.6.1972 T. (14295 sayılı 3.9.1972 tarihli Resmî Gazete)

<sup>130</sup> AYM, 1979/4 E. 1979/16 K. 30.3.1979 T. (16662 sayılı 10.6.1979 tarihli Resmî Gazete)

<sup>131</sup> KÖKÜSARİ, İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul 2009, s. 92.

<sup>132</sup> "Mülkiyetin intikaline ilişkin hükümlerin uygulanmasından doğan hukukî sonuçların, idari yargıya konu teşkil edip etmeyeceklerine karar vermek Danıştay'a ait bir yetkidir. Mahkememizin bu ciheti çözümliyemeyeceği kanısındayız. Zira bu yolda bir karar, sonucu itibariyle Danıştay'ın görevine müdahaleyi tazammun eder ki bu da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlerin vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri hakkındaki Anayasa'nın açık ve kesin hükümleri ile bağdaşamaz. Gerçi Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında 44 sayılı kanununun 27 nci maddesine dayanılarak, mahkememize gelen Anayasa'ya aykırılık itirazlarında belirli bir kanun hükümlerinden hangilerinin bir dâvada uygulanacağı mahkememizce tâyin edilmektedir. Ancak bu yetki, dâva konusu yapılan ve olayda olduğu gibi, mahkemenin görevi içinde görülerek incelenmesine karar verilen bir hukukî durumun o mahkemede dâva konusu teşkil etmeyeceğine karar vermeğe kadar teşmil edilemez." Sunuhi

kendisini görevsizlik kararı vermeye yol açan kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa, işte bu durumu AYM'ye götürebilmelidir. AYM, burada mahkemenin görevli olup olmadığını değil, söz konusu kanun hükmünün anayasaya aykırı olup olmadığını incelemelidir. Bu durumun dışında kalan hallerde ve görev uyuşmazlıklarındaysa zaten Uyuşmazlık Mahkemesi devreye girmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nce görevli sayılan bir mahkemenin AYM'ye gitmesi halindeyse artık AYM o mahkemenin görevli olup olmadığını tartışmamalıdır. Zira bu husus Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanmaktadır<sup>133</sup>. Nitekim Türk hukuk sisteminde adli ve idari yargı yerleri arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözme yetkisi Uyuşmazlık Mahkemesi'ne aittir ve AYM'nin bu konuda yetkisi bulunmamaktadır<sup>134</sup>.

Bu kapsamda AYM'nin yetkisinin itirazın bir davaya bakmakta olan mahkemece yapılıp yapılmadığının tespiti olması gereklidir. Şayet mahkeme bir davaya bakmışsa kendisini zaten görevli görmüştür. Örneğin CMK m. 4/2 uyarınca görev konusunda mahkemeler arasında uyuşmazlık çıktığında, görevli mahkemeyi ortak yüksek görevli mahkeme belirler. Bu konuda AYM tarafından bir karar verilmesi ortak yüksek görevli mahkemenin yerine geçmek olarak nitelendirilmelidir. Anayasa'da kanunların anayasaya aykırı olamayacağını belirtilmesiyle kanunların anayasaya uygunluklarının sağlanması amaçlanmıştır. Bu yüzden itiraz yolunun işletilmesinde, başvuran mahkemenin AYM tarafından görevli görülmesi gibi daraltıcı bir yorum yerine, mahkemenin kendisini görevli görmesinin yeterli bulunduğu ve Anayasa'nın özü doğrultusunda genişletici bir yoruma gidilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmelidir<sup>135</sup>.

AYM, itiraz yoluyla kendisine yapılan başvuruya ilgili sonradan davanın herhangi bir şekilde ortadan kalkmasındaysa inceleme yapma-

---

ARSAN, Rifat Göksu, İbrahim Segil ve Lütgi Ömerbaş'ın muhalefet şerhi için bkz. AYM 1963/41 E. 1963/94 K. 22.4.1963 T. (11468 sayılı 31.7.1963 tarihli Resmi Gazete)

<sup>133</sup> KIRATLI, s. 64-65.

<sup>134</sup> TANİLLİ, s. 624; KIRATLI, s. 62-63.

<sup>135</sup> Yılmaz Aliefendioğlu'nun söz konusu karşı oy yazısı için bkz. AYM, 1979/4 E. 1979/16 K. 30.3.1979 T. (16662 sayılı 10.6.1979 tarihli Resmî Gazete)

ya devam etmektedir<sup>136</sup>. Zira önemli olan, bakılmakta olan bir davanın bulunup bulunmaması değil, anayasaya aykırı bir normun bulunup bulunmamasıdır. Bu, anayasa yargısının amacına daha uygun düşecek niteliktedir<sup>137</sup>. Ancak AYM'nin bu yaklaşımı ile mahkeme kavramına olan yaklaşımının birbiriyle çeliştiği ifade edilmelidir<sup>138</sup>. Nitekim AYM'nin itiraz yoluna başvuran mahkemenin görevli olup olmadığını incelemesi yönündeki içtihadı, davanın ortadan kalkması halinde itirazı incelemeye devam etmesindeki mantıkla bağdaşmamaktadır. Zira şayet anayasaya aykırılık iddiasındaki temel gaye anayasaya aykırı kuralların tespit edilip ayıklanmasıysa, itirazın görevli mahkemece yapılıp yapılmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Yani, AYM iki benzer durumdan birinde genişletici, diğerinde ise daraltıcı bir yoruma giderek çelişkili bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır<sup>139</sup>. Bu kapsamda AYM'nin, mahkeme kavramını daha geniş şekilde anlaması gerekmektedir<sup>140</sup>.

## E. YÜCE DİVAN SIFATIYLA BAKTIĞI DAVALAR BAKIMINDAN AYM

Hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda "yargı" bölümünde yer alan ancak 1961 Anayasası'nda, 1982 Anayasası'ndan farklı olarak "yüksek mahkemeler" başlığı altında yer almayan AYM'nin kendisinin, mahkeme niteliğinde olup olmadığının tespiti de önem taşımaktadır<sup>141</sup>. Nitekim AYM, kendisinin de bu kavram içinde değerlendirilip

<sup>136</sup> "Anayasa Mahkemesine intikal ettirildiği tarihte dâvaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan 218 sayılı kanunun, dâvayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olamayacağı" Bkz. AYM 1963/16 E. 1963/83 K. 8.4.1963 T. (11449 sayılı 9.7.1963 tarihli Resmî Gazete)

<sup>137</sup> ESEN, Selin, s. 82; DURAN, s. 83.

<sup>138</sup> BAŞLAR, s. 74.

<sup>139</sup> ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Bs., Ankara 2013, s. 431.

<sup>140</sup> BAŞLAR, s. 147.

<sup>141</sup> Hatta AYM'nin bir uyuşmazlığı çözümlenmekten ziyade temel görevinin anayasaya uygunluğun sağlanması olduğu, bu nedenle de 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da yargı bölümünde ancak yüksek mahkemelerin dışında ayrı bir bölümde düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. ALİEFENDİOĞLU, s. 444. AYM'nin hem bir mahkeme olduğu hem de yargısal usuller uygulayıp yargısal kararlar veren ancak siyasal niteliği belirgin yüce bir kurul olduğu yönünde bkz.

değerlendirilemeyeceğini incelemektedir. AYM bir ihtisas mahkemesi olup, anayasa hâkimlerinin toplanmasıyla oluşur. Ancak AYM, kendisine Anayasa ve 6216 sayılı AMKYUHK ile verilen görevleri yaptığı her durumda mahkeme niteliğini taşımamaktadır<sup>142</sup>. Zira AYM'nin her bir görevi yargısal niteliğe sahip değildir. Örnek olarak AYM'nin, Uyuşmazlık Mahkemesi başkanını seçme ya da mali denetim gibi görevleri verilebilir<sup>143</sup>. Ancak bu çalışmada AYM'nin gerçekleştirdiği tüm görevler bakımından değil, ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından önem arz eden Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar kapsamında değerlendirilmeye yapılmaktadır.

Yüce Divan'ın devletin en üst kademesinde bulunan kamu görevlilerinin ve siyasal şahsiyetlerin adil bir şekilde yargılamayı amaç edinen kendine özgü bir yargı yolu olarak tanımlanması mümkündür<sup>144</sup>. AYM, yerinde olarak Yüce Divan sıfatıyla bakmakta olduğu davalar bakımından, Ay. m. 152 anlamında mahkeme niteliğinde olduğunu kabul etmektedir<sup>145</sup>. Böylece AYM söz konusu hallerde karşılaştığı anayasaya aykırılıkları tarafların itirazı üzerine ya da re'sen incelemektedir<sup>146</sup>. Her ne kadar söz konusu durumda anayasaya aykırılığın bulunduğu kanısına sahip olan AYM'nin, anayasaya aykırılığın bulunup bulunmadığına

---

ÖZAY, İl Han, "Yasama – Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1996, C. 13, s. 33.

<sup>142</sup> Aksi yönde bkz. DURAN, s. 80.

<sup>143</sup> ESEN, Selin, s. 73-74.

<sup>144</sup> KABOĞLU, s. 206. Bu kapsamda AYM, "Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Cumhurbaşkanını yardımcıları, bakanları, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar." (Ay. m. 148/6)

<sup>145</sup> Hatta bu durum 44 sayılı AMKYUHK ile ilgili olarak sunulan Anayasa Komisyonu raporunda "Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde Anayasanın 151. maddesinin nasıl uygulanması gerektiği de tesbit edilmiş ve bu takdirde, Yüce Divanın, itiraz konusunu bir mesebi müste'hire telâkki ederek, dâvaya ara vermesi ve Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Anayasaya aykırılık konusunu hallettikten sonra dâvaya Yüce Divan sıfatıyla bakmaya devam etmesi gerektiği hususu tasrih olunmuştur. Bu tasrihin bir faydası da, Anayasanın 151 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında yazılı üç aylık müddetin, ibuhalde dahi meselei müste'hirenin karara bağlanma süresi olarak tatbik edileceğini sağlamış olmasıdır" şeklinde belirtilmiştir. Bkz. MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54.

<sup>146</sup> BAŞLAR, s. 2; ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Bs., Ankara 2019, s. 348.



da karar vermesi eleştirilebilirse de AYM'nin bu yaklaşımı yerindedir. Nitekim AYM hem itiraz yoluyla denetimde hem de Yüce Divan sıfatıyla gerçekleştirdiği faaliyetlerde aynı kompozisyona sahip olup, anayasaya uygunluk denetimi bakımından gerçekleştireceği yorum tarzı ve denetim ölçütleri de aynıdır. Ayrıca Ay. m. 11'de belirtilen anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü de bu kabulü haklı kılmaktadır<sup>147</sup>. Aksinin kabulü, Yüce Divan'da yargılanan belli kişilerin kendilerine uygulanan kanunun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürememelerine neden olur ve bu durum diğer kişilerden savunma hakkı bakımından eşitsiz bir duruma getirilmesi anlamını taşır<sup>148</sup>. Ayrıca anayasa uygunluk denetiminin AYM'ye tanındığı bir hukuk sisteminde, anayasaya aykırı olduğu düşünülen bir hükmün ihmal edilerek doğrudan anayasanın uygulanması yoluna gidilmesi yerinde bir tercih olmayacaktır. Bu kapsamda AYM'nin kendisine özel olarak verilen iptal yetkisini kullanmayıp, anayasaya aykırı gördüğü bir hükmü ihmal etmesi anayasaya aykırı hükümlerin varlık göstermesine sebebiyet verecektir<sup>149</sup>.

AYM, Yüce Divan sıfatıyla faaliyet gösterirken uygulayacağı kanun hükümlerinin anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde bunu bekletici bir sorun olarak ele alıp davayı durdurmaktadır. AYM sıfatıyla önce bu konuyu karara bağlamakta, sonrasındaysa dava mahkemesi olarak yargılamaya devam etmektedir. Ancak aynı mahkemenin bazı konularla ilgili olarak hem dava mahkemesi hem de anayasaya aykırılık iddialarını karara bağlama yetkisine sahip olmasının muhakeme hukukunda bekletici sorun olarak değil, ön sorun olarak ortaya çıkacağı belirtilmelidir. Zira söz konusu durumda davanın esasının karara bağlanması başka bir mahkemenin değil, aynı mahkemenin görevi içinde bulunan bir sorunun çözümüyle alakalıdır<sup>150</sup>. Nitekim bu halde AYM bir ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> BAŞLAR, s. 111.

<sup>148</sup> ARMAĞAN, "Aykırılık", s. 723.

<sup>149</sup> BAŞLAR, s. 94-95, 120-121.

<sup>150</sup> DEĞERLİ, s. 63-64. Mesele-i müstehire yani bekletici sorun, esas davanın incelenmesi esnasında ortaya çıkan, ancak olay mahkemesinin görevi dışında ve esas davanın haliyle etkisi olan bir uyumsuzluktur. Türkiye'de görülmekte olan bir dava esnasında, ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiaları bekletici sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Ön sorun ise bir davanın esasını çözme konusunda yetkili olan mah-

## SONUÇ

Çalışmada 1982 Anayasası m. 152/1'de geçen mahkeme kavramının, ceza muhakemesi hukukunda itiraz yoluyla denetimde AYM tarafından ne şekilde yorumlandığı incelenmeye çalışılmıştır. Söz konusu inceleme yapılırken de AYM'nin yaklaşımı üzerinde durulmuştur. Zira Anayasa'da mahkeme kavramının tanımının yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle AYM'nin mahkeme kavramıyla ilgili yaklaşımı, bu kavramın anayasa yargısındaki sınırlarının belirlenmesindeki temel dayanak niteliğindedir.

AYM'ye itirazda bulunan merci şayet mahkeme niteliğinde değilse AYM, itirazın ilk inceleme aşamasında başvuranın yetkisizliği yönünden reddine karar vermektedir. Ancak AYM'nin mahkeme kavramının içini doldurmaya yönelik yaklaşımıyla ilgili tek bir formül vermek yerinde olmayacaktır. Buna karşın yine de AYM'nin, mahkeme kavramını genellikle dar bir şekilde yorumladığı söylenebilir. Söz konusu durum anayasaya aykırı görülen bir hükmün iptalini sağlamak amacıyla AYM'ye başvurulamaması, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve

---

kemenin anayasaya aykırılık itirazıyla karşılaştığında, davayı durdurarak anayasaya aykırılık sorununu kendisinin çözmesidir. Burada davanın hâkimi definin de hâkimidir ve ön sorunu çözdükten sonra esas davaya bakmaktadır. 1961 Anayasası m. 151/4'te AYM'nin bekletici sorunu altı ay içinde karara bağlayamaması halinde dava mahkemelerine bunu bir ön sorun olarak çözme yetkisi tanınmıştı. Ancak davaya bakan mahkemenin bu ön sorunla ilgili olarak verdiği karar yalnızca taraflar arasında bir sonuç doğurabilmekteydi. Ancak 1961 Anayasası döneminde dava mahkemelerine tanınmış olan bu yetki kullanılmadı. Zira 44 sayılı AMKYUHK m. 27/3'te davaya bakan mahkemenin, AYM'nin bu konuda vereceği karara resmen itila kesbedinceye kadar, dâvayı geri bırakacağı düzenlenmişti. Her ne kadar bu hüküm anayasaya aykırılık oluştursa da dava mahkemelerinin anayasaya aykırılık denetimi yapabilmelerine engel olmaktaydı. 1982 Anayasası ise dava mahkemelerinin ön sorun yolu ile anayasaya aykırılığı çözebilmelerini ortadan kaldırmıştır. AYM'nin ön sorun olarak bakması gereken işlerse yalnızca kendisini bir davaya bakmakta olan mahkeme olarak kabul ettiği Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı ve siyasi partilerin kapatılması esnasında söz konusu olabilir. Bkz. TEZİÇ, s. 245, 247-250. 2949 sayılı AMYUHK m. 18'de Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak şeklinde belirtilen hususun 6216 sayılı AMKYUHK'da belirtilmemesi karşısında artık AYM'nin kendi baktığı davalarda herhangi bir şekilde ön mesele yapmak suretiyle kanunu ön mesele yaparak iptal etme imkânının bulunmadığı yönündeki görüş için bkz. USLU, s. 103.

151 TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent, Anayasa Hukuku, Ankara 2011, s. 339.

hukuk devletinin etkinliğinin sağlanması açısından eleştirilmesi gereken bir husustur.

Ceza muhakemesi hukukunda savcılık tarafından geręekleřtirilen faaliyet yargılama olmadığından savcılıkça AYM'ye itiraz yoluna başvurulamaz. Ancak her ne kadar ceza yargılaması faaliyeti esas olarak kovuşturma evresinde çıkmaktaysa da soruşturma evresinde hiçbir Şekilde yargılama faaliyetinin geręekleřtirilemeyeceđinden de bahsedilemez. Yargılama makamı olarak görev yaptđında sulh ceza hâkimliğinin isminde mahkeme ifadesi geçmese de mahkeme kavramı içinde düşünülmesi gereklidir. Yine infaz hâkimliğinin de yargılama faaliyetinde bulunduğunda mahkeme olarak kabulü gereklidir. Söz konusu kabul, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ve de hukuk devleti ilkesinin korunabilmesi için gereklidir. Yine genel ceza mahkemelerinin yanında özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin de mahkeme olarak kabulü gerekmektedir. Ayrıca olağan ya da olağanüstü olup olmadığı fark etmeksizin ceza muhakemesi hukukunda kanun yolu denetiminde denetimi geręekleřtiren mercilerin yargı yeri yani mahkeme olarak kabul edilmesi gereklidir. Nitekim ortada bir uyuşmazlık bulunmakta olup yapılan faaliyet, yargılama faaliyetidir. Tali ceza davaları bakımından da aynı yorumun geçerli olduğu belirtilmelidir. AYM'nin itiraz yoluyla kendisine başvuran yargı yerinin görevi hususunda daraltıcı bir yorum tarzı benimsemesiye eleştirilmesi gereken bir durumu oluşturmaktadır. Ancak AYM'nin Yüce Divan sıfatıyla bakmakta olduğu davalar bakımından, Ay. m. 152 anlamında kendisinin mahkeme niteliğinde olduğunu kabul etmesiye anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanabilmesi açısından yerindedir. Aksinin kabulü, Yüce Divan'da yargılanan belli kişilerin kendilerine uygulanan kanunun anayasaya aykırı olduğunu ileri srememelerine neden olur ve bu durum diğer kişilerden savunma hakkı bakımından eşitsiz bir duruma getirilmesi anlamını taşır.

Ceza muhakemesi hukuku açısından, bir makamın anayasa yargısında mahkeme olarak kabul edilebilmesi için isminde mahkeme kavramının geçip geğmediğinden bağımsız olarak, kanunla kurulması, görev ve yetkileri ile yargılama usulünün temel ilkelerinin kanunla belirlenmesi, yargılama usul ve güvencelerinin tanınması, ceza hukukunun

temel ilkesi olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince pozitif hukuka dayanması, ilk derece mahkemelerince verilen kararların kesin hüküm niteliğinde olması, kanun yolları bakımındansa söz konusu şart yerine son inceleme makamı olarak verilen kararların varlığı gereklidir. Ayrıca makamda görev alan hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin güvencelerin sağlanması gerektiği belirtilmelidir. Anayasa yargısıyla amaçlanan anayasaya aykırı görülen normların hukuk âleminde ayrılmasıdır. Bu nedenle AYM'nin mahkeme kavramını geniş yorumlaması gerekmektedir. Nitekim bir yargılama yerinin mahkeme olup olmadığının tespiti dar anlamda yargı işi yapıp yapmadığının dikkate alınmasıyla değil; geniş anlamda bir yargılama yetkisini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesiyle olmalıdır. Bu nedenle şayet bir makamın görevleri arasında yargılamaya ilişkin bir yetki varsa yalnızca o işi yaparken o makamın AYM'ye başvurabileceğinin kabulü gerekir. Söz konusu formül ceza muhakemesi hukukunda anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi bakımından uygulama alanı bulmalıdır. Böylece itiraz yoluyla amaçlanan gerçekleştirilmiş olur. Bir diğer çözümse Ay. m. 152'de yer alan "mahkeme" kavramı yerine "yargı yeri" kavramının kullanılması olabilir. Böylece AYM tarafından mahkeme kavramı içinde düşünülmeyen, bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak karar verebilecek yerlerin başvurularının AYM tarafından kabul edilmesi mümkün hale gelir.

## KAYNAKLAR

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996.
- ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU VE YARGILAMA USÛLERİ HAKKINDA KANUNTASARISI İLE ANAYASA KOMİSYONU RAPORU (1/993), Dönem: 23 Yasama Yılı: 5 TBMM (S. Sayısı: 696)
- ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku, 3. Bs., Ankara 2020.
- ARMAĞAN, Servet, "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk", İÜHFİM, C. 32, S. 2-4, ss. 715-748. ("Aykırılık")
- ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi, İstanbul 1967. (Kazai)
- ARSLAN, Ramazan/TANRIVER, Süha, Yargı Örgütü Hukuku, Ankara 1996.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ÜNAL KAYA, Hilal, Yargı Örgütü, 3. Bs., Ankara 2020.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Bs., Ankara 2019.
- AZAKLI, Murat, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Yoluyla Denetlenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, 2019, ss. 73-103.
- BAŞLAR, Kemal, Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı, 1. Bs., Ankara 2005.
- BİLGİN, Çağlar, "Türk Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi Yolu", TBBD, 1988, S. 3, ss. 350-376.
- DEĞERLİ, Yavuz Selim, Anayasa Yargısında Ön Denetim, 1. Bs, Ankara 2020.
- DURAN, Lütü, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 1, 1984, ss. 57-87.
- EREM, Faruk, "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası", Adalet Dergisi, 1962, Y. 53, S. 5-6, ss. 459-471.
- EREN, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar - Anayasa Hukuku, 2. Bs., Ankara 2020.

- EREN, Ceren Sedef, "İtiraz Yolunda "Mahkeme" Kavramı ve Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruda "Mahkeme" Niteliği", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 2014, Y. 1, S. 1, ss. 123-145.
- ESEN, Bülent Nuri, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara 1966.
- ESEN, Selin, İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme, Ankara 1996.
- FEYZİOĞLU, Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 22. Bs., Bursa 2018. (Dersleri)
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bs, Bursa 2018. (Anayasa)
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1993.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/KİLİ, Suna, Türk Anayasa Metinleri, Ankara 1982.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bs., Ankara 2013.
- İBA, Şeref/KILIÇ, Abbas, Anayasa Yargısı Dersleri, 3. Bs., Ankara 2019.
- İNFAZ HÂKİMLİĞİ KANUNU TASARISI VE ADALET KOMİSYONU RAPORU (1/849), Dönem: 21 Yasama Yılı: 3 T.B.M.M. (S. Sayısı: 667)
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, 4. Bs., İstanbul 2007.
- KAYA, Seyithan, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Anayasa Yargısı ve Bireysel Başvuru, 1. Bs., Ankara 2018.
- KEYMAN, Selahattin/TOROSLU, Haluk, Hukuka Giriş, 5. Bs. Ankara 2012.
- KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966.
- KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, İstanbul 2009.
- KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1969.
- KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bs., İstanbul 1989.

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bs., İstanbul 2010.
- MİLLET MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, Dönem: 1, C. 4, Toplantı: 1, S. Sayısı: 54.
- ÖZAY, İl Han, "Yasama – Yürütme ve Yargı İlişkileri Açısından Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve İşleyişi", Anayasa Yargısı Dergisi, 1996, C. 13, ss. 31-39.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Bs., Ankara 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTIOK VILLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bs., Ankara 2020.
- SOYSAL, Mümtaz, Dinamik Anayasa Anlayışı Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme, Ankara 1969.
- ŞAHBAZ, İbrahim, "Mahkemelerde Anayasaya Aykırılık İddiası", Yargıtay Dergisi, 1975, Y. 16, S. 63, ss. 281-308.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 11. Bs., Ankara 2020.
- TANİLLİ, Servet, Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1981.
- TANÖR, Bülent, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul 1986.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bs., İstanbul 2013.
- TEMSİLCİLER MECLİSİ ANAYASA KOMİSYONU, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7), Karar No: 27, 9.3.1961, S. Sayısı: 35.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bs., İstanbul 2013.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bs., Ankara 2019.
- TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980.

TUNÇ, Hasan, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bs., Ankara 2019.

TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent, Anayasa Hukuku, Ankara 2011.

TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, 11. Bs., Ankara 2011.

TÜRK HUKUK KURUMU, Türk Hukuk Lügatı, 3. Bs., Ankara 1991.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, Ankara 2011.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASININ BÂZİ MADDELERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE GEÇİCİ MADDELER EKLENMESİ HAKKINDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ TEKLİFİNİN MİLLET MECLİSİNCE KABUL OLUNAN METNİ VE CUMHURİYET SENATOSU ANAYASA VE ADALET KOMİSYONU (MİLLET MECLİSİ 2/558; 2/342)

USLU, Ferhat, Anayasa Yargısı, 2. Bs., Ankara 2018.

ÜNSAL, Artuk, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi), Ankara 1980.

YAYLA, Yıldızhan, Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bs, Ankara 2020.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Bs. Ankara 2005.





## DANIŞTAY KARARLARI IŞIĞINDA İDARİ YARGIDA DİSİPLİN CEZALARININ İPTALİ DAVALARINDA TANIK DELİLİ SORUNU

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI\*

Arş. Gör. Kerim AZAK\*\*

### Öz

Danıştay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre idari yargıda tanık delili kabul edilmemektedir. Fakat bilhassa disiplin cezalarına ilişkin iptal davalarında tanık delilinin önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Zira disiplin cezasına sebep oluşturan fiilin sübut bulup bulmadığı hususu çoğunlukla tanık ifadeleri neticesinde ortaya çıkmaktadır. İdari yargı mercileri doğrudan tanıkları dinlemek yerine disiplin soruşturmasında dinlenen tanık ifadelerini denetlemekte, tanık ifadelerinde çelişki olması veya alınması gereken tanık ifadelerinin alınmaması gibi durumlarda disiplin cezasını iptal etmektedir. Bununla birlikte şu var ki bazı durumlarda idareler tanık ifadelerini idari yargı mercisine sunmaktan kaçınmaktadır. Bütün bunlar ise gerek usul ekonomisi yönünden gerekse idari işlemlerin tam anlamıyla denetlenmesi yönünden sorunlara sebep olmaktadır. Bu bağlamda disiplin cezalarının iptali davalarında tanık delili bir sorun olarak mevcudiyetini sürdürmektedir.

\* Prof. Dr., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Prof., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, İzmir, Turkey.

✉ serkan.cinarli@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-2471-875X

\*\* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Asst., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, İzmir, Turkey.

✉ krmazak@gmail.com • ORCID 0000-0002-4830-771X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇINARLI Serkan / AZAK Kerim, "Danıştay Kararları Işığında İdari Yargıda Disiplin Cezalarının İptali Davalarında Tanık Delili Sorunu", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 509-535.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Tanık • Disiplin Soruşturması • Disiplin Cezası • İdari Yargıda Tanık Delili • Danıştay

## WITNESS ISSUE IN THE CASES OF ANNULMENT OF DISCIPLINARY PENALTIES IN ADMINISTRATIVE JUDICIARY IN THE LIGHT OF THE COUNCIL OF THE STATE'S DECISIONS

### Abstract

According to the consistent judgments of the Council of State, hearing witness is not accepted in the administrative judiciary. However, the importance of witness is self-evident, especially in action for annulment regarding disciplinary penalties. Because, whether the act that, causes disciplinary penalty has conclusively become reality or not, is mostly revealed as a result of witness statements. Instead of listening to the witnesses directly, the administrative judicial authorities inspect the witness statements heard in the disciplinary proceedings, and cancel the disciplinary penalty in cases such as contradiction in the witness statements or not hearing the witness that should be heard. The fact remains that in some cases, administrations refrain from submitting witness statements to the administrative court. All of these cause problems in terms of both judicial economy and audit of administrative acts. In this context, witness continues to be a problem in action for annulment of disciplinary penalties.

### Key Words

Witness • Disciplinary Proceedings • Disciplinary Penalty • Witness in Administrative Judiciary • The Council of State

## GİRİŞ

İdari yargıda tanık delili, öğretilerde tartışılmakla beraber Danıştay içtihatlarında, gerek yazılı yargılama usulüne uymadığı gerekse 2577 sayılı yasanın 31. maddesinde HMK'ye atfı yapılan keşif, bilirkişi, feragat, sulh gibi delillerin arasında yer almadığı gerekçesi ile benimsenmemiştir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31.maddesi ile 'Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... delillerin tespiti ... (hallerinde) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır...' denilmekle delillerin tesbiti yönünden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atfı yapılmış ise de, aynı Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrasında 'Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.' hükmüne yer verilmiş olup, bu açık hüküm karşısında idari yargıda tanık dinlenmesi suretiyle delil tespiti yapılması mümkün olmadığından

Oysa özellikle disiplin cezalarına karşı açılan veya disiplin soruşturmasından dolayı tesis edilen işlemlerden doğan iptal davalarında mahkeme tanık delilinin eksikliği yahut tanık ifadelerinin çelişkili olması nedenleriyle işlemin iptaline gidebilmektedir. Bu durum hem muhakeme sürecini uzatmakta hem kamu kurumlarında disiplinin sağlanmasını güçleştirmektedir.

Oysa maddi delillere ulaşabilme yetisine sahip olan birinci derece mahkemesi ve/veya istinaf mahkemesi tanık delilini ikame ederek muhakeme sürecini kısaltabilir. Hatta disiplin cezaları yönünden kamu görevinden çıkarma yaptırımını dışında tüm disiplin işlemleri için Danıştay yolunun kapalı olduğu<sup>2</sup> düşünüldüğünde gerek istinaf mahkemesi gerekse ilk derece mahkemesi tanık delilini eksik görüyorsa tanık dinleme yoluna başvurma yetkisini haiz olması gerekir.

Bu görüşümüze dayanak yaptığımız nokta, disiplin soruşturmalardan doğan idari işlemlerin iptali davalarında bu çalışmada ortaya konmaya çalışılacağı gibi tanık deliline dayalı eksiklikler nedeniyle Danıştay'ın disiplin işlemini iptal yoluna gitmesidir.

Akla elbet şu soru gelebilir: Disiplin soruşturması sırasında tanık delilinden yararlanmak zaten bir gerekliliktir. İptal kararı sonrası soruşturmadaki eksiklikler (tanık delili) giderilerek işlem yeniden tesis edilebilir. Bunu için mahkeme aşamasında tanık dinlenmesine gerek yoktur. Oysa mahkemenin iptal kararı sonrasında tekrar tanık dinlenerek soruşturma süreci yürütülmesi işlemin tesisi sürecini uzatacağı gibi yeni tesis edilen işleme karşı tekrardan iptal davası açılabileceği düşünüldüğünde uzun süren dava süreci kamu kurumlarında disiplinin sağlanmasını bir diğer ifade ile kamu yararı amacını ortadan kaldıracaktır. İYUK 20. maddesinde düzenlenen re'sen araştırma ilkesi zaten idari işlemin denetiminde disiplin soruşturmaları açısından çok önemli yer tutan tanık deliline gidilebileceğinin dayanağını oluşturur. Kaldı ki tanık delili duruşma

---

*davalı idarenin bu yöndeki iddiaları yerinde görülmemiştir.*" -Danıştay 5. D., E. 1995/3951, K.1996/1826, T. 13.5.1996 (Yayımlanmamış Karar).

<sup>2</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2020, Seçkin Yayıncılık, s. 189-191.

sırasında sözlü ifadenin tutanak altına alınmasından ibaret değildir. İlgili kişinin yazılı ifadesine de başvurulabilir<sup>3</sup>.

## I. DİSİPLİN KAVRAMI VE SORUŞTURMA USULLERİ

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturapt. Kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü*” şeklinde tanımlanmış olan disiplin Latince kökenli bir sözcüktür ve dilimize Fransızcadan geçmiştir<sup>4</sup>.

Çalışmanın konusu olan disiplin cezası ise bir idari yaptırımdır. Ulusoy’un sınıflandırmasıyla idari cezaları regülatif cezalar, kabahat cezaları ve disiplin cezaları olarak üç temel başlıkta incelememiz mümkündür<sup>5</sup>. Öğretideki disiplin cezası tanımlarının birçoğu kamu görevlileri yönünden yapılmış tanımlardır<sup>6</sup>. Fakat disiplinin sadece kamu görevlilerine

<sup>3</sup> Konya İdare Mahkemesi, dava konusu işleme ilişkin olarak ilgili jüri üyelerinden yazılı ifade istemiş ve bu ifadeleri esas alarak karar vermiştir. Ancak Danıştay müstekar içtihadı doğrultusunda ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu karara aşağıda ayrıntılı olarak yer verilecektir. -Danıştay 8. D., E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.2.2004, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>4</sup> Türk Dil Kurumu sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr>, E. T. 13.08.2020.

<sup>5</sup> ULUSOY, Ali D., İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 2013, XII Levha Yayınları, s. 140-170.

<sup>6</sup> “Genel olarak disiplin cezaları memurların memuriyet vazifeleriyle ilgili olarak işledikleri kusurları yahut memurluk sıfatına veya vazifesine tesir edebilecek kusurlu davranışları cezalandırmak için konulmuş bulunan müeyyidelerdir”, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, AÜSBFD, C. 18, S. 02, 1963, s. 156; “Disiplin cezaları memurun meslekî hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine tatbik edilen bir kısım zecri müeyyidelerdir”, ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukunun Umumi Esasları, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul, 1966, İsmail Akgün Matbaası, s. 1188; “Bir kurumda çalışan memurların, kurumun düzenini bozucu davranışlarına karşı uygulanan yaptırımlara kısaca, disiplin cezası diyoruz”, GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ankara, 2019, Turhan Kitabevi, s. 848; “Memuru görevine sınıksız bağlamayı amaç edinen ve onun bir kamu görevlisi olarak onurunu korumaya yönelmiş bulunan kurallar, düzence (disiplin) cezalarının genel anlamda bir tanımlaması sayılabilirler”, ERDOĞDU, Ahmet, “Yeni Disiplin Cezaları”, Danıştay Dergisi, Y. 2, S. 6-7, 1972, s. 5; “Memurlara verilen disiplin cezaları, bunların mesleki yaşamlarında ve görevlerinde ortaya çıkan, çalıştıkları kurum düzenine aykırı kimi davranışları (disiplin aykırılıkları) nedeniyle, kendilerine uygulanan kimi zorlayıcı önlemlerdir”, GİRİTLİ, İsmet,

ilişkin olmadığını ifade etmek gerekir. Nitekim Günday da disiplin cezalarını kamu personeline ilişkin disiplin cezaları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının mensupları ile ilgili disiplin cezaları ve öğrencilere ilişkin disiplin cezaları olmak üzere üç grupta ele almaktadır<sup>7</sup>. Bu noktadan hareketle disiplin cezalarını, kişinin bir meslek grubuna veya bir kuruma bağlı olması neticesinde belirli durumlarda kurum veya meslek içi düzenin yahut kamu hizmeti düzeninin sağlanabilmesi için kişilere tatbik edilen idari cezalar olarak ifade edebiliriz.

Kamu hizmeti, toplum düzeni içerisinde özel bir alan olup ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç gösterir ve kamu hizmetinin kendine özgü kurum ve kuralları mevcuttur. Genel toplum düzenini sağlayan ceza kuralları kamu hizmetini korumada yetersiz olduğu için kamu hizmetinin aksama-dan işlemlerini sağlayacak ayrı kurallar gereklidir ki bunu sağlayacak olan da disiplindir<sup>8</sup>.

Disiplin, çalışma düzeninin sağlanabilmesi ve devam edebilmesi için ve devletin onur ve saygınlığının korunması açısından kamu hizmetlerinin etkin, hızlı ve verilmesi olmasını sağlayan bir araçtır<sup>9</sup>. Bir başka ifade ile disiplin cezaları ile amaçlanan kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi<sup>10</sup> ve kamu görevlilerinin çalışma düzeninin korunmasıdır<sup>11</sup>. Bu açıdan bakıldığında disiplin cezalarını diğer idari ceza türlerinden

---

BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Baskı, İstanbul, 2008, Der Yayınları, s. 715.

- <sup>7</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2015, İmaj Yayınevi, s. 237-238. Bkz. aynı yönde BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş 1, 1. Baskı, Ankara, 1968/1970, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, s. 201. ULUSOY da disiplin cezalarını kamu görevlilerine, öğrencilere ve meslek mensuplarına yönelik disiplin cezaları olmak üzere üç gruba ayırmaktadır. ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2020, Yetkin Yayınları, s. 472.
- <sup>8</sup> YÜCE, Turhan Turfan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili", Danıştay Dergisi, Y. 24, S. 88, 1994, s. 5.
- <sup>9</sup> BOZ, Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 17.
- <sup>10</sup> TUTUM, Cahit, Türkiye'de Memur Güvenliği, 1. Baskı, Ankara, 1972, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, s. 41; GİRİTLİ vd., s. 717.
- <sup>11</sup> TORTOP, Nuri, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", Amme İdaresi Dergisi, C. 16, S.3, 1983, s. 90.

ayırarak kolaydır. Zira disiplin cezaları tüm toplum düzenini koruma amacına yönelmiş diğer cezaların aksine belirli bir kurumun düzenini korumayı hedefler. Dolayısıyla korunan hukuki değer açısından değerlendirildiğimizde disiplin cezaları bir kuruma ya da mesleğe aidiyet veya mensubiyet sıfatıyla uygulanırken diğer cezalarda böyle bir durum söz konusu değildir<sup>12</sup>.

Kamu görevlilerine uygulanacak disiplin hükümleri konusunda genel kanun 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK)'dur. DMK 125. maddesi ile özel kanunlardaki istisnaların varlığını tanınmış ve kamu personeli için getirilen genel düzenlemelerin yanı sıra bazı kamu görevlilerinin kendilerine özgü disiplin hükümlerine tabi olacağı Kanun'da kabul edilmiştir. Dolayısıyla özel kanunlarda disiplin hükümlerine ilişkin düzenlemeler mevcut olduğu takdirde öncelikli bu düzenlemeler uygulanacaktır. Ancak burada özel yasaların uygulanabilmesi için memurların eylemlerinin ve bu eyleme verilecek disiplin cezalarının özel yasa da tam ve açık olarak tanımlanması gerektiğinin altını çizmek gerekir<sup>13</sup>.

Bu bağlamda çalışmamızda öncelikle 657 sayılı Kanuna ve diğer yasal özel düzenlemelere disiplin hükümleri bağlamında değinilecektir.

#### **A. 657 Sayılı Kanun**

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) madde 124/II' de disiplin cezalarının amacı, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olarak belirlenmiştir.

Disiplin suç ve cezaları DMK 125. maddesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda kamu görevlisi bir disiplin suçu işlediğinde ilk yapılması gereken kamu görevlisinin tabi olduğu özel bir kanun olup olmadığının tespitidir. Bu durumda kamu görevlisinin tabi olduğu özel kanunda disiplin rejimine ilişkin düzenlemeler mevcut ise o hükümler uygulanacak, özel kanunda bir düzenleme yok ise ve 657 sayılı DMK'ye atıf yapılmış ise 657

<sup>12</sup> ULUSOY, 2013, s. 150.

<sup>13</sup> Danıştay 12. D., E. 2000/958, K. 2000/4088, T. 21.11.2000, www.legalbank.net, E. T. 16.10.2020.

sayılı DMK hükümleri uygulanacak ve söz konusu kanunda öngörülen usule göre ceza tayin edilecektir<sup>14</sup>.

657 sayılı DMK'de disiplin hükümleri kanununun 124 ve 136. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanunda disiplin cezaları uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olarak belirlenmiştir. Söz konusu cezalara tekabül eden disiplin suçları sayılmış, 125. maddede de nitelik ve ağırlıkları itibarıyla kanunda sayılan disiplin suçlarına benzer fiil ve hâllere de aynı türden disiplin cezası verileceği hüküm altına alınmış ve disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin geçerli olmadığı ama bu ilkenin ancak disiplin cezaları bakımından geçerli olacağı dolaylı olarak düzenlenmiştir

Kanunda bu şekilde belirtilmiş olan cezaların yetkili kurullar tarafından değerlendirilmesi ve gerektiğinde memurun cezalandırılabilmesi için disiplin soruşturması yapılması gerekir. Gerçekten de hukuk devletinde idari cezalar söz konusu olduğunda çekirdek olarak adlandırılan temel ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanması gerekir ki bu ilkeler soruşturma yapılması ve savunma alınması, suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesi, lehe kanun uygulanması, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ve masumiyet karinesi, mükerrer cezalandırma yasağı, cezalandırmada şahsılık ilkesi, cezalarda ölçülülük ve belirlilik ilkeleridir<sup>15</sup>.

O hâlde soruşturma yapılması ve savunma alınması da yukarıda belirtildiği üzere ceza hukuku alanında evrensel bir ilkedir. Bu ilkenin idari cezalar açısından göz önünde bulundurulması gerekir. Zira yargılama işleminde olduğu gibi disiplin cezaları verilmesinde de tez, anti tez ve sentez söz konusudur ve sentezin doğru olabilmesi, masum kişilerin cezalandırılmaması için usule bağlanması önemlidir.

Soruşturmanın sıhhati açısından soruşturmanın ehil soruşturmacı tarafından yapılması, bu soruşturmacı ile suçlanan kişi arasında husumet ve yakın ilişki bulunmaması, karar vericiye doğrudan tabi olmayan bir

<sup>14</sup> BUCAKTEPE, Adil, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 203.

<sup>15</sup> ULUSOY, 2013, s. 50.

soruşturmacının varlığı, maddi olayın tüm açılardan araştırılması, mevcut delillerin tamamının toplanması, olayla ilgili bilgi sahibi olan herkesin dinlenmesi, kişinin savunmasının alınması ve savunma yapabilmesi için kişiye makul süre verilmesi hususları Ulusoy'un deyimiyle idari cezaların isabetli olmasının olmazsa olmazıdır<sup>16</sup>.

O hâlde sadece soruşturma yapılması yeterli değildir. Soruşturma sonunda da devlet memuruna disiplin cezası verilebilmesi için savunması alınması gerekir. Bu husus Devlet Memurları Kanunu 130. maddede düzenlenmiştir. Aksi takdirde disiplin cezasının verilmesi mümkün değildir. Savunma için memura en az 7 gün süre verilmelidir. Bu süre içerisinde memur savunmasını yapmadığı takdirde, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır.

DMK'de ayrıca soruşturma ile ilgili olarak disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurulların yetkileri belirlenmiş, disiplin cezası vermek için gerekli zamanşımı ve karar süreleri düzenlenmiştir. Yine ilgili kanunda yüksek disiplin kurullarının gerekli gördükleri takdirde, ilgilinin özlük dosyasını ve her nevi evrakı incelemeye, ilgili kurumlardan bilgi almaya, yeminli tanık ve bilirkişi dinlemeye veya niyabeten dinletmeye, mahallen keşif yapmaya veya yaptırmaya yetkili oldukları hükmü yer almaktadır.

Ayrıca kanunda hakkında memurluktan çıkarma cezası istenen memurun, soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Esasen hakkında soruşturma açılan her memurun tanık dinletme hakkı olduğu açıktır. Zira savunma hakkı kutsaldır ve soruşturulan hukuka uygun her türlü delilden yararlanabilir. Ancak yararlanılmak istenen tanık delili sırf soruşturmayı uzatmak için ise ve/veya tanık adedi oldukça fazla ise ve bazılarının ifadeleri konuyu yeterince aydınlatıyorsa elbette hangi tanıkların dinlemek soruşturmacının takdirinde olacak bir husustur.

---

<sup>16</sup> ULUSOY, 2013, s. 50.



## B. Diğer Kanunlar

24.02.1983 tarih 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu adli yargı hâkim ve cumhuriyet savcılar ile idari yargı hâkim ve savcılar hakkında uygulanır. İlgili kanunda kanunun kapsamında bulunan kişilerin tabi olacakları disiplin hükümleri kanunun altıncı kısmında “disiplin cezaları ve görevden uzaklaştırma” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanun kapsamında bulunan kişiler ile ilgili bir disiplin cezası uygulanması gerektiğinde Hakimler ve Savcılar Kanunu uygulanacaktır.

Kanunda disiplin cezaları ve cezaların verilme usulü ve görevden uzaklaştırmaya ilişkin hükümler yer almaktadır. İlgili kanunda ayrıca bir üst veya alt derece disiplin cezalarının uygulanması, zamanaşımı, ceza soruşturması veya kovuşturması ile disiplin soruşturmasının bir arada yürütülmesi ve zamanaşımı, disiplin cezalarının sicilden silinmesi gibi uygulamaya dönük hususlar da düzenlenmiştir.

Kanunda disiplin cezaları uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme, meslekten çıkarma olarak sınırlı şekilde sayılmıştır. Uyarma, kınama ve kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezalarının verilmesini gerektiren fiiller sayılmış ve benzeri eylemlerde bulunanların da cezalandırılacağı belirtilmiştir. Aylıktan kesme cezası, derece yükselmesini durdurma cezası, yer değiştirme ve meslekten çıkarma cezalarında ise kanunun lafzından benzeri eylemlerde bulunanların cezalandırılacağına ilişkin bir anlama ulaşmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu suçlar bakımından kanunda gerçekleştirilen sayımın sınırlı sayım niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir.

İlgili kanunda savunma hakkı da düzenlenmiştir. Kanununun 71. maddesi uyarınca savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Ayrıca savunma için üç günden az olmamak üzere süre verileceği hükmü yer almıştır.

Emniyet teşkilatını göz önünde bulundurduğumuzda, 30.01.2018 tarih ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline ilişkin disiplinsizlik ve cezaları, disiplin amirlerini ve

kurullarını, disiplin soruşturma usulü ile diğer ilgili hususları düzenlemektedir. Kanun toplam 39 madde ve 2 geçici maddeden oluşmaktadır ve tamamen yukarıda sayılan kamu personelinin disiplin hükümlerine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Kanunda disiplin cezaları uyarma, kınama, aylıktan kesme, kısa süreli durdurma, uzun süreli durdurma, meslekten çıkarma, devlet memurluğundan çıkarma olarak belirlenmiştir. Söz konusu fiillere tekabül eden disiplin suçları ayrıntılı olarak yazılmıştır ve bu kanun açısından değerlendirildiğimizde disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Söz konusu kanunun 9. maddesinde düzenlenmiş olan devlet memurluğundan çıkarma cezası daha farklı şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede disiplin suçu ve ceza verme yetkisi açısından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacağı söylenmiş, bunun yanı sıra ayrıca devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren cezalar ayrıca sayılmıştır. İlgili kanunda disiplin cezaları ile ilgili takdir hakkı kullanımı, ağırlaştırıcı nedenler, geçici olarak kontrol altına alma gibi hususların yanı sıra, disiplin amirleri, disiplin kurulları görev ve yetkileri, verilen kararların kesinleşmesi gibi hususlar düzenlenmiştir.

Disiplin hükümleri kanunda detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Kanunun 31. maddesinde diğer disiplin rejimlerinde olduğu gibi savunma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Savunma için 7 günden az süre verilemeyeceği ve savunma istenen personelin soruşturma evrakı inceleme hakkına sahip olduğu, hakkında meslekten çıkarma cezası veya devlet memurluğundan çıkarma cezası istenen personelin soruşturma evrakını incelemeye, tanık dinletmeye, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olduğunu hüküm altına alınmıştır.

1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öğretim elemanı sınıfına giren kamu görevlilerinin disiplin işleri kanunun 53. maddesinde (53 ve 53/A-G maddeleri) düzenlenmiştir. Kanunda Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma olarak

belirlenmiştir. Kanunda bu suçlara denk gelen disiplin cezaları ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır. Ancak kanunda sayılan disiplin suçlarına nitelik ve ağırlıkları bakımından benzer olan fiillere ve hâllere de aynı neviden disiplin cezası uygulanacağı da düzenlenen konulardandır. Kanunda ayrıca disiplin cezasına ilişkin soruşturma usulleri, disiplin soruşturmasında uyulacak esaslar ve savunma hakkı düzenlenmiştir.

Kanun da soruşturulan kişiye iddialar hakkında savunma imkânı tanınmadan disiplin cezası verilemez hükmü yer almaktadır. Soruşturmayı yapanın yedi günden az olmamak üzere verdiği süre içinde veya belirtilen tarihte geçerli bir mazereti olmaksızın savunmasını yapmayan, savunma hakkından vazgeçmiş sayılır. Hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezası istenenler soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahiptir.

Görüldüğü üzere soruşturulan, delil olarak ileri sürebileceği gibi soruşturmacılar da re'sen tanık delilinden yararlanabilirler.

## II. İDARİ YARGIDA TANIK DELİLİ

### A. İspat Kavramı ve Tanık Delili

Kelime olarak tespit etme, belirleme, sabitleme anlamına gelen ispat bir iddianın doğruluk ve gerçekliğine ilişkin olarak hâkimi inandırma faaliyettir<sup>17</sup>. Hukukî bir terim olarak ispat *“bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hakimce re'sen gözetilecek olan, talebin konusu ile ilgili olarak uygulanacak bir hukuk normunun koşul vakıalarını karşılamaya elverişli olan somut vakıaların iddia edildiği olduğu konusunda hakimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma (ikna) faaliyettir”*<sup>18</sup>. İspat dava konusu hakkın ve bu hakka ilişkin gerçekleştirilen savunmanın dayandığı vakıaların doğru olup olmadıkları hakkında mahkemeye verilen kanaattir<sup>19</sup>. Tarafların

<sup>17</sup> PEKCANITEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet, AKKAN, Mine, TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, 15. Basım, İstanbul, 2017, On İki Levha Yayıncılık, s. 1585.

<sup>18</sup> İspat inandırma faaliyeti ve delil ikamesi ve ispat faaliyetinin sonucunu anlatmak üzere de kullanılır. PEKCANITEZ vd., s. 1585.

<sup>19</sup> KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 1. Baskıya Ek 1. Tıpkı Bası, İstanbul, 2016, Legal Yayıncılık, s. 318.

anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar ispatın konusunu oluşturur<sup>20</sup>. İspatla hâkim bilmediği bir olay hakkında bilgi sahibi olacak, ispat sayesinde hâkimde dava konusu olayla ilgili kanaat uyanacaktır. İspat usul hukukunda oldukça önemlidir, zira davacının haklılığı ispatla sağlanır. Kişi ne kadar haklı olursa olsun davasını ispatlayamadığı takdirde, davasını kaybeder.

O hâlde davayı kazanmanın veya reddini sağlamanın yolu dayanan vakıaların doğru olduğunu ispat etmek veya karşı tarafında dayandığı vakıaların yanlış olduğunu ispat etmektir. Davacının, iddiasını dayandırdığı vakıaları ispat edememesi durumunda davasındaki haklılığı bir anlamda önemini kaybeder. Gerçekten de ispat, bütün bu açılardan usul hukukunda son derece önemli bir kavramdır. Eğer iddia ispat edilemezse açılan davada karar aleyhe olarak tezahür edecektir. Dış dünyadaki maddi gerçeklik, ispat sayesinde hâkimin vicdanında oluşturulacak kanaatle adli gerçekliğe dönüştürülür<sup>21</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 27. madde hukuki dinlenilme hakkını düzenlemektedir. Madde 27 şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler. (2) Bu hak; a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, b) Açıklama ve ispat hakkını, c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir”. İşte HMK’de yer alan dinlenilme hakkının bir gereği olarak davanın taraflarının kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip olduğunu söylemek mümkündür<sup>22</sup>. Nitekim HMK 27/2 açıklama ve ispat hakkına değinerek bu durumu açıkça zikretmiştir.

<sup>20</sup> KURU, s. 318; İspat yükü objektif (maddi) ve sübjektif (şekli) ispat yükü olarak ikiye ayrılır. Objektif ispat yükü belirsizliğin rizikosunu kimin taşıdığı ile ilgilidir ve bu yük davada taraflarca hazırlama ilkesi ya da kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanması açısından aynıdır. Sübjektif ispat yükü ise dava konusu olayın ispatı için delil ikame edecek tarafı belirler ki bu yüke delil ikame yükü de denilir ve esasen hükmün temelini oluşturan vakıalar mahkemeye taraflar tarafından getirilmek zorunda olduğundan bu yük sadece taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar açısından geçerlidir, PEKCANITEZ vd., s. 1695.

<sup>21</sup> PEKCANITEZ vd., s. 1586.

<sup>22</sup> KURU, s. 318.

İdari cezalara ilişkin olarak ifade edilebilir ki Anayasa ve ceza hukukunun temel kurallarına göre, kişilere ceza verilebilmesi için hukuka aykırı eylemin kanunda belirtilmiş olması ve eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun ispatlanması gerekmektedir<sup>23</sup>.

Anayasa'nın 36. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir: *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz”* Anayasa'nın söz konusu maddesinde ispat hakkı temel bir hak olarak yer almaktadır<sup>24</sup>. Bu bağlamda ispat hakkının sınırlanması ancak kanunla mümkün olabilir. Hak arama özgürlüğü dava açmayı, savunma yapmayı kapsayan genel ve soyut bir kavramdır<sup>25</sup>. Hak arama özgürlüğünün somutlaşması ve gerçekleşmesi davalı ve davacının ve dava ile ilgili 3. kişilerin iddia ve savunma haklarını fiilen kullanabilmeleri ve kendilerine ispat hakkı verilmesiyle olabilir<sup>26</sup>.

Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler. Anayasa'da belirtildiği üzere, hâkim adaletin tam olarak gerçekleştirilebilmesi için tam bir vicdani kanaat elde etmeli ve bu kanaati edindikten sonra karar vermelidir<sup>27</sup>.

Delil ise iddianın doğruluğu konusunda muhatabın iknası için kullanılan, konusu maddi vakıalar olan bir araçtır<sup>28</sup>. Davanın taraflarının yargı yeri önünde sundukları delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi ispat hakkının bir gereğidir<sup>29</sup>. HMK 187. madde uyarınca ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil

<sup>23</sup> AYM, T. 29.11.2012, E. 2012/106, K. 2012/190, RG, T. 06.03.2013, S. 28579.

<sup>24</sup> PEKCANITEZ, s. 1586.

<sup>25</sup> ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2016, Yetkin Yayınları, s. 375.

<sup>26</sup> ARSLAN vd., s. 375.

<sup>27</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 198.

<sup>28</sup> ARSLAN vd., s. 373.

<sup>29</sup> PEKCANITEZ vd., s. 1586.

gösterilir. HMK'nin bu düzenlemesinden hareketle delili tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıaların ispatı için kullanılan araçlar olarak tanımlamamız mümkündür. Delil çekişmeli vakıalar için gösterilir.

Tanık, ispat aracı olarak kullanılan delil türlerinden biridir. Tanık delili HMK'nin 240-265. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tanıklık davanın tarafı olmayan kişilerin davayla ilgili bir olay hakkında, dava dışında bizzat edindikleri bilgiyi yargı merciine aktarmalarıdır<sup>30</sup>. Davanın tarafları dışında 3. kişiler tanık olabilir. Tanıkları davanın tarafları delil olarak gösterir. Tanıklık takdiri bir delil türüdür. Bu husus, hâkimin tanık ifadeleri ile bağlı olmadığı anlamına gelir. Hâkim tanık ifadelerini serbest bir şekilde değerlendirir. Hâkim tanık ifadelerini serbestçe takdir ederken, sadece vicdani kanaatine dayanmamalı, hükümde bir tanığın ifadesinin neden kabul edildiğinin veya edilmediğini belirtmelidir<sup>31</sup>. Tanık, bildiğini sözlü olarak açıklar ve sözü kesilmeden dinlenir<sup>32</sup>.

İdari yargıda tanık delili o kadar önemlidir ki bazı durumlarda tanık delilinin mevcudiyeti yargılama sürecini de rahatlatmaktadır<sup>33</sup>. Nitekim Konya İdare Mahkemesi; doktora öğrencisi olan davacının, tez savunma sınavında başarısız olduğuna ilişkin Enstitü Yönetim Kurulu işleminin iptali talebiyle açılan davada; davacı sınavda başarılı olduğu ve tutanağa sehven ret kararının yazılmış olabileceği iddialarında bulunmuştur. Bunun üzerine ilk derece mahkemesi, ara kararı ile 5 jüri üyesine; davacının tez sınavında başarılı olup olmadığı, oybirliğiyle verilen ret kararının sehven verilip verilmediği hususlarını sormuş, cevaben gönderilen jüri üyelerinin ifadelerinden, 3 jüri üyesinin olumlu oy kullandığının anlaşılması üzerine dava konusu işlemi iptal etmiştir. Ancak Danıştay yazılı yargılama usulünün zorunlu olduğu idari yargıda, re'sen araştırma ilkesi uyarınca istenebilecek bilgi ve belgeler arasında tanık ifadesi bulunmadığı, tanık dinlenmesi veya ifade alınması gibi bir yöntemin mevcut

<sup>30</sup> KURU, s. 399.

<sup>31</sup> KURU, s. 408.

<sup>32</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu 261/2.

<sup>33</sup> ÇINARLI, Serkan ve AĞAR, Baykal, "İdari Yargıda Duruşmanın Verimliliği Sorunu", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, s. 56.

olmadığı ve HMK'ye atfı yapılan hâller arasında tanık deliline yer verilmediği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>34</sup>. Sonuçta, Danıştay'a göre ilk derece mahkemesinin yapması gereken eğer davacının iddiaları ciddi bulunuyorsa bilirkişi incelemesi yaptırmasıdır.

Bilhassa Danıştay'ın bu kararı özelinde ifade etmek gerekirse tanık delinin dosyanın esasını usul ekonomisine de uygun olarak çözüme bağlamadaki anahtar rolü olduğu durumlarda bu delilin önemi ortaya çıkmaktadır.

Danıştay, idari yargıda yazılı yargılama usulünün uygulanması ve İYUK m. 31'de de tanık deliline atıfta bulunulmadığı için idari yargıda tanık delilinin geçerli olmadığına karar vermektedir. Ancak özellikle dava konusu işlem tesis edilmeden önce tanıklar dinlenmiş ve işlem bu tanık ifadelerine dayanılarak tesis edilmiş ise işleme ilişkin açılan davada idari yargı mercileri tanık ifadelerinin sıhhati vb. hususlar bakımında da değerlendirilerek karar vermektedir.

Nitekim kovuşturma izni verilmemesine ilişkin bir işlemin iptali için açılan davada ilk derece mahkemesi ret kararı vermiş fakat Danıştay, tarafsızlığı konusunda şüphe bulunan tanık ifadelerine dayanılarak dava konusu işlem tesis edilmesi nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur<sup>35</sup>.

Danıştay yine bir başka kararında disiplin soruşturmasında dinlenen tanık ifadelerinin tarafsızlığını da değerlendirmiştir. İlgili kararda Danıştay, davacının sekreterinin beyanlarının tarafsızlığı konusunda şüphe bulursa da diğer üç tanığın davacı ile herhangi bir husumeti olmadığından yalan söylemelerine olanak bulunmadığı gerekçesiyle disiplin cezasına konu fiilin sübut ettiğine karar vermiştir<sup>36</sup>.

Anayasa Mahkemesi de idari yargıda tanık deliliyle ilgili olarak yapılan bir bireysel başvuruda adil yargılanma hakkı yönünden kabul

<sup>34</sup> Danıştay 8. D., E. 2003/3369, K. 2004/917, T. 25.2.2004, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>35</sup> Danıştay 8. D., E. 2015/12755, K. 2016/1597, T. 22.2.2016, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>36</sup> Danıştay 12. D., E. 2010/3665, K. 2013/1530, T. 11.3.2013, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

edilemezlik kararı vermiştir. Başvurucu, idare mahkemesince yapılan keşif sırasında tanık dinlettirmek istediğini ancak talebinin kabul edilmediğini, tanık dinlenilmesi için ikinci kez keşif talebinde bulunduğu ve bu talebinin de reddedildiği gerekçeleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise başvurucuya belge ve bilgilere ulaşma imkânı verildiği, başvurucunun davaya aktif bir katılımının sağlandığı, davanın niteliği itibariyle tanık delilinin tek başına belirleyici olmadığı gerekçesiyle ihlal olmadığını tespit etmiş, başvurunun adil yargılanma hakkı yönünden açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir<sup>37</sup>.

Danıştay, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere idari yargılama hukukunda tanık delilini kabul etmemektedir. Danıştay'ın gerekçelerinden bir tanesi İYUK m. 31' de HMK'ye yollama yapılan hâller arasında tanık delilinin olmamasıdır. Hâlbuki İYUK m.31' de HMK'ye atıf yapılan hâller arasında keşif sayılmış ve HMK m. 290'a göre keşif sırasında tanık dinlenmesi mümkündür. O hâlde idari yargılamada keşif yapılırken tanık dinlenmesi mümkün müdür sorusu akla gelecektir. Danıştay idari yargı mercilerinin tanık dinleyemeyeceği yönünde içtihat etmekte ise de özellikle İYUK m. 31'de keşif deliline atıf yapılması sebebiyle keşif konusuyla ilgili olarak tanık dinlenebileceğini söylemek mümkündür<sup>38</sup>.

## **B. Disiplin Soruşturmaları ve Disiplin Yargılamasında Tanık Delili**

Disiplin cezalarıyla ilgili kanunilik, şüpheden sanık yararlanır, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz, ölçülülük, geçmişe etkili disiplin cezası verilmemesi ilkelerinin yanı sıra savunma hakkı verilmeden disiplin cezası verilmez ilkesi de temel ilkeler arasındadır. Bu hak aynı zamanda Anayasal nitelikte de bir haktır. Nitekim Anayasa'nın 129/II maddesine göre memurlar ile diğer kamu görevlileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadan disiplin cezası verilemez. Yine yukarıda aktarıldığı üzere

<sup>37</sup> AYM, Birinci Bölüm, Bireysel Başvuru Numarası: 2013/6615, T. 20.4.2016, RG, S. 29749, 21.6.2016.

<sup>38</sup> ÇINARLI, Serkan, "İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Ocak 2018, s. 20.



benzer bir düzenleme DMK'de de mevcuttur, DMK'nin 130. maddesi uyarınca da memurlara, savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez.

Disiplin soruşturmalarında da iddia ve savunmayı ispatlayan araçlara delil denilir<sup>39</sup>. Disiplin soruşturmalarında soruşturmaya tabi olayın gerçekleşme şekli konusunda kanaat oluşturma ve bilgi sahibi olma ve buna istinaden bir karar verebilmek için delillerin yardımı gerekmektedir. Disiplin soruşturmalarında delil serbestisi geçerlidir ve hukuka uygun olarak elde edilmek şartıyla her şey delil olabilir<sup>40</sup>. Tanık da disiplin soruşturmalarında soruşturmacı tarafından dinlenmelidir. Zira disiplin soruşturmasına konu olayın araştırılması tanık dinlemeyi de içerir<sup>41</sup>.

O hâlde soruşturması esnasında kamu görevlisinin dinlenmesi ve savunma hakkının kısıtlanmaması, Anayasal ve yasal bir haktır. Bu hakkın içerisinde savunmanın ispatı için tanık dinletmek de vardır, zira disiplin soruşturmalarında davacının tanıktan başka delilinin bulunmadığı durumlar olması mümkündür<sup>42</sup>. Bu bağlamda idarenin ağır ve zedeleyici işlemlerinin çekirdeğini oluşturan<sup>43</sup> disiplin işlemlerinde, savunma hakkının tam olarak kullanıldığından bahsetmek için soruşturulan kamu görevlisinin hiç şüphesiz tanık dinletebilmesi gerekir.

Burada sorun soruşturmadan ziyade disiplin cezası yargıya taşındığında ortaya çıkmaktadır. İdari yargılama usulünde davacı ve davalı taraflar iddia ve savunmalarını yazılı olarak dava ve cevap dilekçelerinde ortaya koyarlar<sup>44</sup>. Esasen bu durum ülkemizde idari yargılama usulünde

<sup>39</sup> CANOĞLU, Veysel Candan, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", TBB Dergisi, Y. 31, S. 138, 2018, s. 244.

<sup>40</sup> CANOĞLU, s. 245.

<sup>41</sup> Danıştay 5. D., 16.11.1966, E. 1965/2582, K. 1966/5693, nakleden AKILLIOĞLU Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, 1. Baskı, Ankara, 1983, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, s. 168.

<sup>42</sup> Kamu görevlisinin uyguladığı mobbing sonucu açılacak tam yargı davası gibi. CEYLAN, Mahmut, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Aralık 2018, s. 331.

<sup>43</sup> AKILLIOĞLU, s. 169.

<sup>44</sup> ÇAĞLAYAN, s. 197.

benimsenmiş olan yazılılık ilkesinin bir sonucudur<sup>45</sup>. İdari yargıda benimsenen yazılılık ilkesi idare hukukuna ait birçok kavram ve ilkede olduğu gibi içtihadi nitelikte değildir; bu ilkenin pozitif hukukta da dayanağı mevcuttur. Nitekim İYUK 1/2 maddesinde idari yargıda yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemenin evrak üzerinden yapılacağı düzenlenmiştir. Yazılı yargılama usulünde taraflar iddia ve savunmalarını yazılı olarak mahkemeye sunarlar.

Taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda çekişmeli olmayan vakıalar (tarafların üzerinde anlaştıkları ve özellikle ikrar edilen vakıalar) için delil gösterilmesine gerek yoktur. Fakat kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıaları resen inceleme konusu yapabilir ve bu vakıaların ispat edilmesi için gerekli delillere resen başvurabilir<sup>46</sup>.

İdari işlemlerin gerçekleştirilme süreçlerinde tanık dinlenmiş olması mümkündür. Örneğin disiplin cezası verme işleminde cezaya karar verilmesi aşamasında tanık dinletilmiş olabilir. Bu bağlamda bu tür işlemlere karşı açılan davalarda dava dosyasında yer alan tanık delillerini yargı mercileri dolaylı olarak kullanmış olacaktır<sup>47</sup>. Ancak soruşturma

<sup>45</sup> Yazılılık ilkesi ülkemizde olduğu gibi Fransa’da da benimsenmiştir. ÇAĞLAYAN, s. 197.

<sup>46</sup> KURU, s. 319.

<sup>47</sup> CEYLAN, s. 330. “...İdare Mahkemesince verilen kararlar; ilköğretim müfettişleri tarafından yapılan soruşturma sonucunda davacının daha önce de başka bir köye nakledildiği, birinci nakil işleminin idare mahkemesince iptalinden ve eski görevine iadesinden sonra tekrar huzursuzluk doğduğunun ve yeniden yapılan şikayet üzerine dinlenen tanık beyanlarından köy ihtiyar heyeti üyelerinden bazılarının köyle ilgili olarak muhtarın önerilerini ve görüştükları konuları bir kere de Salim Hocaya (davacıya) sorulmuş dediklerinin ve davacının görüşüne göre hareket ettiklerinin, bu suretle davacının yüzünden muhtar ile ihtiyar heyeti üyelerinin arasının açıldığı ve davacının bu tutumuyla köyde bölücülüğe, zıtlaşmalara ve kutuplaşmalara neden olduğunun, bazı öğrenci velilerinin çocuklarını bu okula göndermekte tereddüt gösterdiklerinin anlaşıldığı, bu sebeple davacının aynı köyde görev yapmasının sakıncası ve hizmetle yaratacağı verimsizlik dikkate alınarak il içinde bir başka yere naklinde 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 8. maddesine aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir...” Danıştay 5. D., 10.10.1990, E. 1989/232, K. 1990/1734; “...Bu nedenle, kamu görevlisinin suç oluşturduğu iddia edilen fiili ile ilgili olarak idarece açılan bir disiplin soruşturmasında, konu ile ilgili her türlü araştırmanın yapılması, kanıt niteliğinde toplanan tüm bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi, tanıkların dinlenmesi, hatta teknik konularda bilirkişilere inceleme yaptırılmak suretiyle, soruşturulanların görev ve konumları itibarıyla sorumlulukları ile suçun oluş biçimi irdelenerek düzenlenen rapor ile fiilin sübut bulup bulmadığının ortaya

enasasında tanık dinletilmesi hususu dışında pozitif hukuk hükümleri göz önünde bulundurulduğunda idari yargıda disiplin cezaları aleyhine açılan davalarda tanık dinletilmesi mümkün olmamaktadır. Zira bilindiği üzere medeni yargılama usulünde deliller ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişken, idari yargılama usulünde deliller ayrıntılı şekilde düzenlenmemiş, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. İdari Yargılama Usulü kanunu 31. maddesinde HMK'nin uygulanacağı hâller sayılmıştır<sup>48</sup>. Bu hâller içerisinde tanık deliline ilişkin maddelere atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla HMK'ye tanık deliline ilişkin atıf yapılmadığından, disiplin cezalarına ilişkin açılan iptal davalarında veya tam yargı davalarında davacının tanık dinletme olanağı bulunmamaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu 1982 yılında kabul edilmiştir. Bu tarihte idare mahkemelerinin yaygın olmamasından kaynaklı olduğunu düşündüğümüz tanık dinletilmemesi hususu bugün için idare mahkemelerinin yaygınlaşması sonucu anlamını kaybetmiştir.

### C. Disiplin Soruşturmasında Tanık Deliline İlişkin Danıştay Kararları

Danıştay'ın disiplin soruşturmasına ilişkin kararlarına baktığımızda tanık ifadelerinin, tarafsızlığına ilişkin bir şüphe bulunup bulunmadığının değerlendirildiği görülmektedir. Danıştay'a göre soruşturma konusu fiille ilgili yeterli düzeyde araştırma yapılarak, açık ve net olmaksızın uzak tanık ifadelerinin somutlaştırılması, fiilin sübut bulduğunun her türlü şüpheden uzak, inandırıcı ve kesin delillerle ortaya konulması

---

*çıkartılması gerektiği, soruşturma yapmakla görevlendirilenlerin ve cezayı verecek olan disiplin amirlerinin soruşturmaya konu olayla hiçbir ilgisi bulunmayan, hakkında soruşturma yapılan kamu görevlisinin suç konusu eyleminden zarar gören veya yarar sağlayan veya soruşturulanın veya olayın mağduru durumundaki kişilerden etkilenen konumda bulunmayan tamamen tarafsız kişi veya kişilerden olmaları ve kıdem ve görev bakımından en az soruşturulan ile aynı seviyede veya üst düzeyde bulunmaları gerekmektedir...". Danıştay 12. D., 22.12.2015, E. 2012/5247, K. 2015/7042, E. T. 18.08.2020.*

<sup>48</sup> İYUK 31 şu şekilde düzenlenmiştir: "1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimnin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır....".

gerekir<sup>49</sup>. Disiplin soruşturması raporundaki tanık ifadeleri ile ilgili bir eksiklik veya tanık ifadelerinin tarafsızlığı konusunda şüphe varsa yahut tanık ifadeleri çelişkili ve eylemin sübuta erdiğine ilişkin başkaca delil yoksa Danıştay, disiplin cezası işleminin hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermektedir<sup>50</sup>.

Nitekim Danıştay bir kararında “*Bakılan olayda, dava konusu işlemin dayanağı soruşturma raporunu düzenleyen soruşturmacılar hakkında; yaptıkları soruşturma sürecinde, bazı tanık ifadelerine tanıkların söyledikleri sözleri yazmayarak, bazı tanık ifadelerine de söylemedikleri sözleri yazarak yaptıkları soruşturma sonucunda düzenledikleri rapora ifadelerin bir bölümünü almayarak, bazı tanık ifadelerindeki iddia konularıyla ilgili bazı bölümleri raporda kullanmayarak, onayda belirtilen şekilde sübuta ermeyen bazı iddiaları onayda olduğu şekilde sübuta erdirerek gerçeğe aykırı rapor düzenlediklerinden, davacı ile okul müdürünün görevden uzaklaştırılmalarına sebep oldukları ve bu eylemlerinin görevi kötüye kullanma kapsamında olduğundan bahisle soruşturma izni verildiği*” gerekçesiyle dava konusu işlemin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir<sup>51</sup>.

Yine Danıştay, eski tarihli bir kararında yetersiz tanık ifadelerine dayanılarak disiplin cezası verilemeyeceğine karar vermiştir<sup>52</sup>.

Çelişkili tanık ifadelerine ve disiplin soruşturmasında müşteki olanların tanık ifadelerine dayanılarak tesis edilen disiplin cezasının iptali talebiyle açılan davada Danıştay, dava konusu işlemin hukuka uygun olmadığına karar vermiştir<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Danıştay 12. D., E. 2012/8774, K. 2016/1584, T. 23.3.2016, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>50</sup> “*Uyuşmazlık konusu olayda ...davacının amirine saygısızlık edip etmediğinin tanık ifadeleri ile net olarak ortaya konulmadığı, ifadelerin çelişkili olduğu bu nedenle üzerine atılı eylemi işlediği hususunun soruşturma raporu ile tespit edilemediği ve disiplin cezasını gerektiren eylemin olduğunun başkaca maddi bir kanıtla desteklenememesi nedeniyle, davacının isnat olunan eylemi işlediğine ilişkin kesin, yeterli ve her türlü şüpheden uzak, inandırıcı delil bulunamadığı sonucuna ulaşılmıştır*” -Danıştay 16. D., E. 2015/12258 K. 2015/2033 T. 27.4.2015, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>51</sup> Danıştay 12. D., E. 2012/8774, K. 2016/1584, T. 23.3.2016, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>52</sup> Danıştay 8. D., 19.10.1977, E. 1976/1231, K.1977/5453, nakleden AKILLIOĞLU, s. 168.

<sup>53</sup> “*Dava konusu uyuşmazlıkta, soruşturmacı tarafından yalnızca aracı hakkında trafikten men işlemleri yapılan D.E. ve söz konusu araçta bulunan diğer şahısların ifadelerine itibar edilerek*

Danıştay'ın aksi yönde de kararları mevcuttur. Davacı hakkında tesis edilen disiplin cezasının, soruşturma konusu olayın tarafı olan şahısların ifadesine dayandığından ve söz konusu ifadelerin tarafsızlığı konusunda şüpheler olduğu için Danıştay 16. Dairesi'nin disiplin cezası hakkındaki yürütmenin durdurulması talebinin reddi kararına itiraz edilmiş ve Danıştay İDDK itirazı reddetmiştir<sup>54</sup>.

Danıştay bir kararında ise disiplin soruşturması kapsamında ifadesi alınan tanık ile dava konusu işlemi tesis eden disiplin amirinin aynı kişi olması nedeniyle disiplin cezalarının tarafsızlığı ve objektifliği ilkesine aykırı davranıldığından hareketle kişiye verilen kınama cezasının iptalini reddeden idare mahkemesi kararını bozmuştur<sup>55</sup>. Benzer olarak Danıştay yine bir başka kararında, disiplin cezasını veren okul müdürünün disiplin soruşturmasında tanık olarak dinlenmesi, diğer tanığın da disiplin soruşturması başlatılmasını talep eden yani şikâyet eden kişi olması ve davacı ile şikâyet eden arasında husumet bulunması sebebiyle disiplin cezasının iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Danıştay, bu kararında davacıya isnat edilen eylemin sübuta erip ermediğinin okul müdüründen başka bir disiplin amiri tarafından değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğini de belirtmiştir<sup>56</sup>.

Yargı mercilerinin tanık ifadelerine ilişkin değerlendirme yapabilmeleri için tanık ifadelerinin dosya içerisinde mevcut olması gerekmektedir. Özellikle davalı idarenin tanık ifadelerini mahkemeye sunmadığı, soruşturma raporuna ekmediği durumlarda da yargı mercilerince disiplin

---

*değerlendirmede bulunulmuş ve davacının fiilinin sübut bulduğu hususu yalnızca söz konusu beyanlar dikkate alınarak değerlendirilmiş ise de; D.E. ve onunla birlikte aynı araçta bulunan diğer şahısların ifadelerinin çelişkili olduğu, D.E.'nin aynı zamanda disiplin soruşturmasında müşteki olması nedeniyle beyanına tek başına itibar edilemeyecek olması, diğer tanık beyanlarının ise aynı doğrultuda ve davacının valiye yönelik hakaret içerikli sözler sarf etmediği yönünde olduğu anlaşıldığından ve Banaz Cumhuriyet Başsavcılığınca davacı hakkında "gıyapta hakaret" suçundan kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiği görüldüğünden davacının fiilinin sübuta ermediği sonucuna ulaşılmış olup davacının cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." -Danıştay 5. D., E. 2016/19126 K. 2019/3996 (Yayımlanmamış Karar).*

<sup>54</sup> Danıştay İDDK, YD İtiraz No: 2015/1281, T. 28/01/2016 (Yayımlanmamış Karar).

<sup>55</sup> Danıştay 12. D., E. 2012/5247, K. 2015/7042, T. 22.12.2015, E. T. 18.08.2020.

<sup>56</sup> Danıştay 12. D., E. 2010/8429, K. 2014/1693, T. 18.3.2014, www.lexpera.com.tr, E.T. 5.12.2020.

işleminin iptali kararı verilmektedir. İlk derece mahkemesince, ilk soruşturma sırasında ifadesine başvurulmuş tanıkların kimler olduğunun sorulmasına ve soruşturma raporunda bahsi geçen tanıkların ifadelerine ilişkin tutanakların onaylı birer örneğinin istenilmesine karşın davalı idare tarafından ara kararına cevap verilmediği ve tanık ifadelerinin yer aldığı tutanakların gönderilmediğinden disiplin soruşturmasının eksik yürütüldüğü sonucuna varılmış ve eksik soruşturmaya dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlem iptal edilmiştir. İlk derece mahkemesinin bu kararı temyiz incelemesinde onanmıştır<sup>57</sup>.

DMK'nin 129.maddesinde kendilerine tanınan tanık dinletme, sözlü savunma yapma haklarının hakkında memurluktan çıkarma cezası istenenlere hatırlatılmamasını idari yargı mercilerince savunma hakkının ihlali niteliğinde görüldüğü kararlar da mevcuttur. İstanbul 4. İdare Mahkemesi bir kararında tanık dinletme hakkının ve sözlü savunma hakkının hatırlatılmadığı gerekçesiyle disiplin cezasını iptal etmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır<sup>58</sup>. Danıştay, bir başka kararında ise hakkında memurluktan çıkarma cezası istenenlerin tanık dinletme hakkının kullanılmasını savunma hakkının ihlali olarak görmemiştir. Danıştay'ın bu kararına göre idare, davacının dinlenmesini istediği tanığı dinleme konusunda bağlı yetki içerisinde değildir ve idarenin bu tanığı dinlememesi savunma hakkının ihlali değildir<sup>59</sup>. Danıştay'ın bu kararına katılmamakla birlikte daha önce de ifade ettiğimiz üzere tanık dinletme hakkının kötüye

<sup>57</sup> Danıştay 12. D., E. 2016/11294, K. 2018/9278, T. 27.11.2019 (Yayımlanmamış Karar).

<sup>58</sup> Danıştay 12. D., E. 2018/9505, K. 2019/3216, T. 30/04/2019 (Yayımlanmamış Karar).

<sup>59</sup> "Dosyanın incelenmesinden, davacının hakkında önerilen "meslekten çıkarma cezası" karar bağlanmadan önce 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'unun 130.maddesinde öngörüldüğü üzere savunmasının alındığı, sözlü savunmada hazır edilen tanığın ise dinlenmesine gerek olmadığına karar verildiği anlaşılmıştır. Yukarıda yer verilen mevzuat ışığında dava konusu uyumsuzluk değerlendirildiğinde; davacının hakkında önerilen meslekten çıkarma cezasının karara bağlanması öncesinde Anayasa'nın 129.maddesinin 2.fıkrası ve 657 Sayılı Kanun'un 130.maddesi uyarınca savunma hakkını kullandığı, öte yandan, söz konusu meslekten çıkarma cezası için tanık dinletme talebinin kabulü konusunda idarenin bağlı yetki içerisinde bulunduğu yolunda bu mevzuat hükmü de bulunmadığı anlaşıldığından, davacının savunma hakkının kısıtlandığından söz edilmesine olanak bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu itibarla, Mahkemece işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, davacının savunma hakkının kısıtlandığı gerekçesine dayalı olarak verilen iptal kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." -Danıştay 5. D., E. 2016/16988, K. 2019/5692, T. 04.11.2019 (Yayımlanmamış Karar).

kullanımı hâllerinde, örnek vermek gerekirse disiplin soruşturmasını engellemeye yönelik olarak soruşturma konusu olayla ilgisi olmayanların tanık olarak dinlenmesini talep etme hâllerinde, dinlenilmesi istenen tanığın dinlenilmemesi savunma hakkının ihlali olmayacaktır. Ancak bu ve buna benzer bir durum söz konusu değilse ilgilinin dinlenmesini talep ettiği tanıkların dinlenmemesi savunma hakkının ihlali niteliğindedir.

Danıştay bazı kararlarında da disiplin işlemine konu eyleme ilişkin olarak tanıkların dinlenmemesini eksik soruşturma olarak kabul etmekte ve disiplin işleminin hukuka uygun olmadığı yönünde karar vermektedir. Nitekim bir kararında isnat edilen fiillerin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunun açık ve net bir şekilde soruşturma raporunda ortaya konulmadığı, davacı dışında fiile ilişkin tutanak tutan amir de dâhil olmak üzere davacı tarafından tanık olarak dinlenmesi istenen diğer çalışma arkadaşlarının dinlenilmediği, yeterli araştırma yapılmadığı ve eksik soruşturma ile disiplin cezası verildiği gerekçesiyle disiplin cezasını hukuka aykırı bulmuştur<sup>60</sup>.

Yine bir başka kararında Danıştay, disiplin soruşturmasına konu olayın meydana geldiği anda olaya tanık olduğu iddia edilen kişilerin ve tanık olma ihtimali olan diğer kişilerin dinlenmemesi sebebiyle disiplin cezasının iptali talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Danıştay 5. D., E. 2016/56600, K. 2017/21104, T. 16.10.2017, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

<sup>61</sup> "... olayın meydana geldiği anda olaya tanık olduğunu iddia eden kişi/kişilerin ifadeleri ile tanık olma ihtimali olan diğer kişilerin de ifadeleri ile ortaya konulması, söz konusu fiillerin işlenip işlenmediğinin kesin ve şüpheden uzak bir şekilde kanıtlanması gerekirken, eksik soruşturmaya dayalı olarak, tutanaklar esas alınmak suretiyle davacının dava konusu disiplin cezaları ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, bu hususlar gözardı edilerek verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." -Danıştay 12. D., E. 2010/546, K. 2014/1248, T. 4.3.2014, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020; Bkz. benzer yönde: "Olayda, güvenlik görevlilerince düzenlenen tutanak üzerine soruşturma açıldığı ancak iddia edilen olaylar tek tek araştırılarak, görgü tanıklarının ifadelerine yer verilerek iddia edilen disiplin suçunun açık ve net olarak somut olaylar ile tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekirken, sadece tutanaktaki güvenlik görevlilerinin ve davacı öğrencinin ifadesi alınarak soruşturma raporunun düzenlenmesi ve buna dayanılarak disiplin cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." -Danıştay 8. D., E. 2004/2193, K. 2004/362, T. 5.10.2004, www.lexpera.com.tr, E. T. 5.12.2020.

## SONUÇ

Her ne kadar disiplin suç ve cezalarında disiplin hukukunun temel ilkeleri gereği olayla ilgili tanıkların ifadesinin alınması hususu önemliyse de aynı hususun yargısal denetim aşamasında da yapılabilmesi hukuk devletinin gereklerindedir. Zira disiplin cezalarının yargısal denetimi yapılırken re'sen araştırma ilkesinin de bir sonucu olarak tanık dinlenerek idarenin yargısal denetimi tam anlamıyla sağlanmış olacaktır. Nitekim bazı davalarda idare, disiplin soruşturması sırasında alınan tanık ifadelerini yargı mercilerine sunmaktan imtina etmektedir. Böyle bir durumda disiplin cezası hukuka aykırı bulunsa da disiplin işleminin yenilenmesi söz konusu olabilecektir.

Kaldı ki disiplin cezalarının yargısal denetimi sırasında yargı mercileri tanık ifadelerini değerlendirmekte, tanık ifadeleri arasında çelişki olması hâlinde veya tanık ifadeleri yargılama aşamasında dosya içerisinde mevcut değilse ya da dinlenmesi gereken tanıklar hiç dinlenilmedi ise disiplin cezasının hukuka aykırı olduğuna karar vermektedir. Bazı hâllerde iptal kararının gerekçesine de dayalı olarak idarenin yeni bir işlem tesis etmesi olanaklı olduğundan bu yeni işlem de yargı denetimine tabi tutulabilecektir. Bu durum ise hakkında disiplin cezası tesis edilen kişi yönünden yeni bir dava sürecini beraberinde getirecektir. Bütün bunların yanında usul ekonomisi yönünden de dava süreci uzamış olacak, ilgili kamu kurumunda disiplinin sağlanması uzun bir süre almış olacaktır. Hâl böyle iken disiplin soruşturması sırasında tanık ifadeleri ile ilgili ortaya çıkan eksikliğin yargılama aşamasında, yargı merciince bizzat tanıkların dinlenilerek giderilmesi her açıdan yerinde olacaktır.

Danıştay'ın içtihatlarının istikrar kazanmış olması nedeniyle şu aşamada idari yargı mercilerinin tanık dinlemesi pek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle İYUK' ta gerekli değişikliklerin yapılarak idari yargıda tanık dinlenmesinin mümkün hâle getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Kaldı ki idari yargıda istinaf kanun yolunun getirilmesinin mantığı delilerin kanun yolu aşamasında ikame edilmesi ve yargılama sürecinin kısaltılmasıdır. Bu bakımdan tanık dinlenerek sonuçlanması mümkün bir davada, idari işlemin iptali ile idareye dönmesi ne usul ekonomisine



uygundur ne de çalışmamız özelinde kurum içi disiplinin sağlanmasına katkı açısından doğru bir yoldur. Bu nedenle kanunda tanık delilinin düzenlenmesi, özellikle disiplin işlemlerine yönelik davalar açısından, büyük önem arz etmektedir.

## KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, Tekin, Yönetim Önünde Savunma Hakları, 1.Baskı, Ankara, 1983, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medenî Usul Hukuku, 1. Baskı, Ankara, 2016, Yetkin Yayınları.
- BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukukuna Giriş 1, 1. Baskı, Ankara, 1968/1970, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- BOZ, Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2017, s. 15-41.
- BUCAKTEPE, Adil, "Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 199-224.
- CANOĞLU, Veysel Candan, "Disiplin Soruşturmasında Delil ve İspat", TBB Dergisi, Y. 31, S. 138, 2018, s. 231-272.
- CEYLAN, Mahmut, "İdari Yargıda Delil Serbestisi ve Sınırları", Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 8, S. 16, Aralık 2018, s. 325-342.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 195-206.
- ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2020, Seçkin Yayıncılık.
- ÇINARLI, Serkan, "İdarî Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Ocak 2018, s. 11-25.
- ÇINARLI, Serkan ve AĞAR, Baykal, "İdari Yargıda Duruşmanın Verimliliği Sorunu", KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, Temmuz 2016, s. 45-65.

- ERDOĞDU, Ahmet, "Yeni Disiplin Cezaları", Danıştay Dergisi, Y. 2, S. 6-7, 1972, s. 5-18.
- GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, 2008, Der Yayınları.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", AÜSBFD, C. 18, S. 02, 1963, s. 115-182.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref ve TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, Güncelleştirilmiş 13. Baskı, Ankara, 2019, Turhan Kitabevi.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, 2015, İmaj Yayınevi.
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 1. Baskıya Ek 1. Tıpkı Bası, İstanbul, 2016, Legal Yayıncılık.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, 3. Baskı, İstanbul, 1966, İsmail Akgün Matbaası.
- PEKCANİTEZ, Hakan, ÖZEKES, Muhammet, AKKAN, Mine, TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medeni Usul Hukuku, 15. Basım, İstanbul, 2017, On İki Levha Yayıncılık.
- TORTOP, Nuri, "Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları", Amme İdaresi Dergisi, C. 16, S. 3, 1983, s. 89-100.
- TUTUM, Cahit, Türkiye'de Memur Güvenliği, 1. Baskı, Ankara, 1972, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları.
- ULUSOY, Ali D., İdari Yaptırımlar, 1. Baskı, İstanbul, 2013, XII Levha Yayınları.
- ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2020, Yetkin Yayınları.
- YÜCE, Turhan Turfan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", Danıştay Dergisi, Y. 24, S. 88, 1994, s. 5-13.





## 25 YIL SİGORTALILIK SÜRESİ VE 4500 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜ VEYA 7000 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜ TAMAMLAYARAK İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEN İŞÇİLERİN KIDEM TAZMİNATI HAKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi DURSUN ATEŞ\*

### Öz

Kıdem tazminatı hakkının düzenlendiği 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına 4447 sayılı Kanun ile beş numaralı bent eklenmiş ve yaş dışındaki koşulları sağlayanlara kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılma yolu açılmıştır. Yaş dışındaki koşulları sağlayarak yaşlılık aylığına hak kazanan yani belirtilen sigortalılık süresini ve prim ödeme gününü tamamlayan işçiler, iş sözleşmelerini feshettiklerinde kıdem tazminatı alabilme hakkına sahiptir. Ancak bu hak, 08.09.1999 tarihi öncesindeki dönem, bu tarihten 30.04.2008 tarihine kadar olan dönem ve sonrasındaki dönem olmak üzere üçlü bir ayırım kapsamında ele alınmaktadır. 08.09.1999 tarihinden sonra işe girenler açısından bu hak, 25 yıl sigortalılık süresinin ve 4500 prim ödeme gününün tamamlanmasıyla veya 7000 gün prim ödenmesi ile kullanılabilir. İlk durumun gerçekleşmesi, itibari hizmet süresi dışında, en erken 08.09.2024 tarihi itibarı ile olacaktır. Ancak 7000 gün prim ödenmesi ile bu hakkın kullanılması, hâlihazırda mümkün görülmektedir. Çalışmamızda 08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında işe girenlerin bu haktan yararlanmaları incelenmektedir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet MYO, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University, Faculty of Law, Vocational School of Justice, Konya, Turkey.

✉ sevgi@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0002-3259-9180

📌 **Atıf Şekli | Cite As:** DURSUN ATEŞ Sevgi, "25 Yıl Sigortalılık Süresi ve 4500 Prim Ödeme Gününü veya 7000 Prim Ödeme Gününü Tamamlayarak İş Sözleşmesini Fesheden İşçilerin Kıdem Tazminatı Hakları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 537-579.

📌 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Kıdem Tazminatı • Emeklilik Yaşı • Sigortalılık Süresi • Prim Ödeme Gün Sayısı • İş Sözleşmesinin Feshi

## THE RIGHTS OF SEVERANCE PAY OF THE EMPLOYEES HAVING TERMINATED THE EMPLOYMENT AGREEMENTS OWING TO FULLFILLING 25 YEARS OF INSURANCE PERIOD AND 4500 PREMIUM PAYMENT DAYS OR 7000 PREMIUM PAYMENT DAYS

### Abstract

A sub clause fifth was added to the first paragraph of Article 14 regulating the right to severance pay of Labour Act Numbered 1475 by Act No. 4447. According to this article, the employees who provide the conditions to be entitled him/her to the retirement pension-pay excluding age, in other words the employees have completed determined insurance period and the number of Premium payment days could terminate the employment agreement by receiving severance pay. However, this right has discussed within the scope of a triple distinction: the period before 08.09.1999, the period from this date to 30.04.2008 and the period after. This right can be exercised after 25 years of insurance period and 4500 premium payment days or 7000 days of Premium payment by the employees who are employed after 08.09.1999. The realization of the first circumstance will be as of 08.09.2024 at the earliest, except for the adaptation of social insurance period. However, it is currently considered possible to exercise this right with 7000 days of Premium payment. In our study, workers who got a job with social security benefits between the dates 08.09.1999 and 30.04.2008 will be analysed.

### Key Words

Severance Pay • Retirement Age • Insurance Period • Premium Payment Days • Termination of the Employment Contract

## GİRİŞ

Kanundan doğan “kendine özgü bir hukuki kurum” olarak nitelenen kıdem tazminatı<sup>1</sup>, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinin

<sup>1</sup> SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19.B., İstanbul 2020, 753. Aynı yönde görüşler için bkz. ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. B., İstanbul 2020, 689; NARMANLIOĞLU, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, 402-403; AKYİĞİT Ercan, Kıdem Tazminatı, 2.B., Ankara 2010, 33; BAŞTERZİ, Süleyman, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996, 208; Kıdem Tazminatının hukuki niteliği hususunda farklı görüşler için bkz. EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1987, 229-231;

kanunda öngörülen nedenlerden birisi ile sona ermesi halinde gündeme gelmektedir. Kıdem tazminatı 4857 sayılı İş Kanunu'nda<sup>2</sup> düzenlenmekle birlikte kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar<sup>3</sup> işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanunu'nun<sup>4</sup> 14. maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı haklarının saklı tutulduğu hüküm altına alınmıştır (geç. m. 6)<sup>5</sup>.

Kıdem tazminatına hak kazanma nedenlerinden birisi, işçilerin yaş harici bazı sigortalılık hallerini tamamlayarak iş sözleşmelerini feshetmeleridir. 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/1'e, 4447 sayılı Kanunla<sup>6</sup> eklenen beşinci bende göre<sup>7</sup>; işçilerin kıdem tazminatı alabilmeleri için "506 Sayılı Kanunun<sup>8</sup> 60. maddesinin<sup>9</sup> birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt

---

ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3.B., Ankara 1978, 242-244; TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013, 232; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014, 1100 vd.; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10.B, Ankara 2019, 351.

<sup>2</sup> RG. 10.06.2003, 25134 S.

<sup>3</sup> Bu tarihe yani fon kuruluncaya kadar, önceki hali ile kıdem tazminatı işverence ödenmeye devam olunacaktır. TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. B., İstanbul 2018, 240.; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. B., Ankara 2020, 127. Ayrıca bkz. EKMEKÇİ Ömer/ YİĞİT Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, 6259-664.

<sup>4</sup> RG. 01.09.1971, 13943 S.

<sup>5</sup> 4857 sayılı İş Kanunu madde 120 uyarınca, "25.8.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hariç diğer maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır". 4857 sayılı İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin 14. maddede yer alan esaslara aykırı davranılmasının müeyyidelerin düzenlendiği diğer maddeler yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>6</sup> 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu, RG., 08.09.1999, 23810.

<sup>7</sup> Ek: 25.08.1999- 4447/45 m.

<sup>8</sup> RG., 29, 30, 31/7/1964-1/8/1964 Sayı: 11766-11779.

<sup>9</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun (RG., 16.06.2006, 26200) 106. maddesi uyarınca 506 sayılı Kanun'un 60. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve 506 sayılı Kanuna yapılan atıfların 5510 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu m.14/1,5 uyarınca, 506 sayılı Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerine yapılan atfın 5510 sayılı Kanun'un yaşlılık sigortasından sağlanan haklar ve yararlanma şartları başlıklı 28. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine yapılmış sayılacağı anlaşılacaktır. Bkz. TUNCAY, A.Can, "Yaş Dışında Sigortalılık Şartlarını Yerine Getiren İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Çimento İşveren Dergisi, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, 74; KESER,

bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine<sup>10</sup> göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlamak suretiyle ve kendi istekleriyle işten ayrılmaları gerekmektedir. Öyleyse, yaşlılık aylığına hak kazanmak için Kanun'da belirtilen koşullardan yaş haricindeki koşullara sahip olan işçilere de işten ayrılırken kıdem tazminatı talep edebilme imkânı sağlanmıştır<sup>11</sup>.

Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde belirtilen nedenlerden birisi iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için öncelikle bu bentte sözü edilen yaşlılık aylığına ilişkin koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Yaşlılık sigortasından yapılacak temel yardım yaşlılık aylığı bağlanması<sup>12</sup> olup bu aylığa hak kazanmak için gereken koşulların düzenlendiği Kanunlar pek çok defa değişikliğe uğramıştır. Zaman içerisinde çok büyük değişikliklere maruz kalan yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarına ilişkin süreklilik ve kararlılık sağlanamamıştır. Söz konusu koşulların son olarak düzenlendiği ve yürürlükte olan kanun, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'dur<sup>13</sup>.

Sosyal güvenlik mevzuatımızda düzenlenmiş olan yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları mütemediyen değiştirilmiş ve kademeli geçiş sürelerini içeren karmaşık bir tablo ortaya çıkmıştır<sup>14</sup>. Bunun sonucunda ise bilhassa 1999 yılından önce sigortalı olmakla birlikte halen çalışanların yaşlılık aylıklarının hesaplanmasında, üç farklı dönemin göz önünde

---

Hakan, "İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 21, Mart 2011, 47-48.

<sup>10</sup> 5510 sayılı Kanun'da, 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesini yürürlükten kaldıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

<sup>11</sup> 4447 sayılı Kanunun "V1, Bölüm İş Kanunu İle İlgili Değişiklikler" başlıklı 45. maddesi ile bu düzenleme yapılmıştır.

<sup>12</sup> GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18.B., İstanbul 2020, 506; SÜMER Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020, 214.

<sup>13</sup> KESER, 44.

<sup>14</sup> TUNCAY, A.Can/ EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20.B., İstanbul 2019, 514. 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğü ve sonrasındaki değişiklikler hakkında bkz. UŞAN, M. Fatih, "Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay mı, Yahut Bu Kadar Zor mu (5510 Sayılı Kanun Uygulamasında Bir Tesbit)", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016/I, 212 vd.



bulundurulup, üç farklı yöntemin kullanılması mecburiyeti meydana gelmiştir<sup>15</sup>.

1999 yılında, 4447 sayılı Kanun ile yaşlılık aylığına hak kazanma konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanun ile yaşlılık aylığına hak kazanma yaşları ve prim ödeme gün sayıları değiştirilmiş ve bunların uygulanması 4447 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 08.09.1999 tarihinden sonra ilk defa sigortalı olanlar için kabul edilmiştir. Yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarının düzenlendiği 506 sayılı Kanun'un m. 60/A bendi 4447 sayılı Kanunla değiştirilerek, yaşlılık aylığından yararlanabilmek için kadın sigortalıların 58 yaşını, erkeklerin 60 yaşını bitirmiş ve en az 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmaları şart koşulmuştur. Maddenin devamında, 7000 gün prim ödeme koşulunu yerine getiremeyenler bakımından bir imkân sağlanmıştır. Buna göre, kadın sigortalıların 58, erkeklerin 60 yaşını doldurmuş, 25 yıldan bu yana sigortalı olmuş olmaları ve ayrıca en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin primi ödemiş olmaları koşulları getirilmiştir. Bu hükümler 4447 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra ilk kez sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar için uygulanacaktır. Ayrıca bu değişikliklerin (sigortalılıkları 08.09.1999 tarihinden önce olanlar) kademeli<sup>16</sup> olarak gerçekleştirilmesi 506 sayılı Kanun'a eklenen geçici bir maddeyle (geç. m. 81) hüküm altına alınmıştır<sup>17</sup>.

Yaşlılık aylığına hak kazanmak için yerine getirilmesi şart olan yaş ve prim ödeme gün sayıları 5510 sayılı Kanunla bir kez daha artırılmakla birlikte 506 sayılı Kanun'da, yaşlılık aylığı bağlanması ile ilgili 4447 sayılı Kanun ile düzenlenen geçiş dönemi koşullarını değiştirilmemiştir. Başka

<sup>15</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 579. Farklı hukuki statüler kapsamında çalışan kişinin yaşlılık aylığına hak kazanma şartları açısından tabi olduğu hukuki statüsünün tespitine ilişkin değerlendirme için bkz. MUTLAY, Faruk Barış, "Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Aranılan 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama 3600 Gün Prim Bildirme Şartlarının Dayanağı ve Farklı Şartların Dikkate Alınma Zorunluluğu", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, Temmuz 2019, 145 vd..

<sup>16</sup> Kademeli geçiş hakkında bkz. ALPER, Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, 10. B., Bursa 2019, 283 vd.; ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, 380 vd.; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 513 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, 513 vd.; SÜMER, 215 vd.

<sup>17</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 507.

bir deyişle 4447 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce sigortalı olanlar için yaşlılık aylığı bağlanma koşulları bu geçiş dönemindeki hükümler (506 s.lı K. geç. m. 81) göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilecektir. Ancak, 4447 sayılı Kanunu'nun yaşlılık aylığı bağlanması ile ilgili olan geçiş dönemi koşullarının yaşlılık aylığına hak kazanmaları güçleştiren hükümlerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Mahkeme adil ve dengeli olmadığı gerekçesiyle bu hükümlerin bazılarını 23.02.2001 tarihinde<sup>18</sup> iptal etmiştir. Bu iptal üzerine, geçiş süreciyle ilgili geçici 81. madde, 23.05.2002 tarihli 4759 sayılı Kanunla değiştirilerek kademeli geçiş tekrar düzenlenmiş ve bugüne özgü halini almıştır<sup>19</sup>.

Bütün bu gelişmelere göre; "08.09.1999 tarihinden önce ilk kez sigortalı olanlar (4447 sayılı Kanuna kadarki dönem), 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında (4447 sayılı Kanun-5510 sayılı Kanun arasındaki dönem) ilk kez sigortalı olanlar ile 30.04.2008 tarihinden sonra (5510 sayılı Kanun sonrası dönem)" ilk kez sigortalı olanlar bakımından farklı düzenlemeler getirilmiştir.

08.09.1999 tarihinden önce ilk kez sigortalı niteliği kazananlar bakımından, 506 sayılı Kanun'da düzenlenen yaşlılık aylığını hak etme koşullarını içeren 60. madde 4447 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve 506 sayılı Kanun'a geçici 81. madde eklenmek suretiyle geçiş hükümleri getirilmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 106.maddesiyle 81. madde<sup>20</sup> yürürlükte tutulmuştur. Böylece 81. maddenin A bendinde yer alan sigortalıların geçişe ilişkin hükümlerden etkilenmesi önlenmiştir. Geçici m. 81/B bendi ise daha önceki Kanun hükümleri doğrultusunda yaşlılık aylığına hak kazanmaya iki yıldan daha çok süresi olanlara yönelik olup ayrıntılı kademelerle

<sup>18</sup> AYM., 23.02.2001, E. 1999/42 K. 2001/41, RG. 23.11.2001, 24592.

<sup>19</sup> ALPER, 283-285; UŞAN, Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 208; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, 513-514; ÖZKARACA, Ercüment, "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 151.

<sup>20</sup> Bu maddenin A bendine göre, "Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan hükümlere göre yaşlılık aylığı bağlanmasına hak kazanmış olanlar ile sigortalılık süresi 18 yıl ve daha fazla olan kadınlar ve sigortalılık süresi 23 yıl ve daha fazla olan erkekler hakkında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan hükümler uygulanır." (geç. m. 81/I, A).

prim ödeme gün sayısı, sigortalılık süresi ve tamamlanması zorunlu olan yaşlar düzenlenmiştir. 23.05.2002 tarihli 4759 sayılı Kanunla bu gruptakiler on yedi kademeye ayrılmıştır (m. 81/I,B). Buradaki geçiş dönemine göre; sigortalılık süresi bakımından 23.05.2002 tarihi esas alınmış ve geçiş döneminin başlangıcını oluşturan 08.09.1999 tarihinin yerine, 23.05.2002 tarihi geçerek eski sigortalılara avantaj yaratılmıştır. Geçiş hükmü olan 81. maddenin kısmi aylık alma olanağı ile ilgili C bendinde ise 23.05.2002 tarihinde kadının 50, erkeğin 55 yaşını tamamlamış, 15 yıllık sigortalılık süresi ve 3600 gün prim ödemiş olmaları halinde kişilerin talepleri doğrultusunda yaşlılık aylığı bağlanacaktır(geç. m. 81/I,C,a). Bunun yanı sıra söz konusu koşulları 23.05.2002 tarihinde dolduramayanlar için ayrı bir kademeli geçiş süreci belirlenmiştir (geç. m. 81/C, b)<sup>21</sup>.

1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I,5'te, 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin tamamına atıf yapıldığından (A, B, C) işçinin bu maddede öngörülen en az sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlamış olması halinde, "yani yaş koşulunu aramaksızın sadece maddede sözü geçen sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı hesaba katıldığında iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatına hak kazanacaktır"<sup>22</sup>.

İlk kez 08.09.1999-30.04.2008 tarihleri arasında sigortalı olan bir işçi, 5510 sayılı Kanun geçici madde 9'da belirtilen koşullardan, yaş koşulu olmaksızın, ya 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş ya da 25 yıldan bu yana sigortalı bulunmuş ve en az 4500 gün malûllük,

<sup>21</sup> 24.5.2002 ile 23.5.2005 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 52, erkek ise 56 yaşını doldurmuş olmaları, bb) 24.5.2005 ile 23.5.2008 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 54, erkek ise 57 yaşını doldurmuş olmaları, bc) 24.5.2008 ile 23.5.2011 tarihleri arasında yerine getirenler kadın ise 56, erkek ise 58 yaşını doldurmuş olmaları, bd) 24.5.2011 tarihinden sonra yerine getiren kadınlar 58, 24.5.2011 ile 23.5.2014 tarihleri arasında yerine getiren erkekler 59 yaşını doldurmuş olmaları, be) 24.5.2014 tarihinden sonra yerine getiren erkekler 60 yaşını doldurmuş olmaları, şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler". (geç. m. 81). Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 513 vd.; TUNCA Y/ EKMEKÇİ, 513 vd.; ALPER, 283 vd.; ARICI, 380 vd.; ÖZKARACA, 161 vd.; KESER, 45 vd.; BASKAN, Şükriye Esra, "Yaş Koşulu Dışındaki Emeklilik Koşullarını Sağlayarak İşten Ayrılan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, 195 vd.; SÜMER, 218 vd.

<sup>22</sup> KESER, 49. Ayrıca bkz. ÖZKARACA, 163.

yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olma koşulunu tamamlamakla iş sözleşmesini feshederken kıdem tazminatı alabilecektir<sup>23</sup>.

30.04.2008 tarihinden sonra ilk kez sigortalı olanlardan, 5510 sayılı Kanun'un 28. maddesi gereğince, kadının 58, erkeğin 60 yaşını tamamlamaları ve en az 7200 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirmeleri koşuluyla emekli olabilmeleri ve kendilerine yaşlılık aylığı bağlanabilmesi mümkündür (m. 28/I,a). Yürürlükteki bu son Kanunla yaşlılık aylığını alabilmek için aranan yaş ve prim ödeme gün sayıları bir defa daha artırılmıştır. Bu hükme göre "emeklilik yaşı, 2036 yılından başlamak koşuluyla kademeli bir şekilde artırılarak 2048 yılına gelindiğinde kadın ve erkekler için eşitlenerek 65 yaş" olacaktır. Bundan başka sigortalılar, yaş hadlerine 65 yaşını geçmemek şartıyla, üç yıl daha ilave edilmek ve namlarına en az 5400 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak koşuluyla da yaşlılık aylığından yararlanabileceklerdir (5510, m. 28/III)<sup>24</sup>. Yaşlılık aylığı almak için belirli bir süre sigortalılığı aramayan bu hükümle 1475 sayılı İş Kanunu madde 14 hükmü bir arada değerlendirildiğinde<sup>25</sup>, yaş koşulu olmaksızın, 5510 sayılı Kanuna göre ilk kez sigortalı olan hem kadın hem de erkek işçiler, 5400 gün prim ödeme sayısını tamamladıklarında, iş sözleşmelerini bildirimli olarak feshetmek suretiyle kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir<sup>26</sup>. 5510 sayılı Kanun'dan önce sigortalı olanlar bakımından 4.500 olarak öngörülen ödemesi gerekli prim gün sayısının 5.400 güne çıkarılması nedeniyle, "5510 sayılı Kanunda kolaylaştırılmış seçenekteki prim ödeme gün sayısının 5400 güne çıkarılması ile ilişkili bir intikal süreci öngörülmüştür. 5510

<sup>23</sup> KESER, 44-45.

<sup>24</sup> UŞAN, 208; ALPER, 283.

<sup>25</sup> "Görüldüğü gibi, geç. m. 81'e yapılan atıfta prim ödeme gün sayısının yanında sigortalılık süresinin tamamlanmasından söz edilmesine karşın, m. 60/I, A, (a) ve (b) alt bentlerine yapılan atıflarda genel olarak bu hükümlerde öngörülen yaş dışındaki koşulların tamamlanmasından söz edilmiştir. Bu itibarla, m. 14/I,b.5 hükmünün lafzı da bu sonuca varmaya engel değildir. Dolayısıyla, ilk defa 30.04.2008 tarihinden sonra sigortalı olan işçiler 7200 gün prim ödemelerine gerek olmaksızın, kolaylaştırılmış seçenekteki 5400 gün primi tamamladıkları takdirde, 1475 sayılı Kanun m. 14/I,b.5 hükmüne dayanarak iş sözleşmesini feshedip kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir.". ÖZKARACA, 160-161.

<sup>26</sup> ÖZKARACA, 160; BASKAN, 200; TUNCAY, 77; MOLLAMAHMUTOĞLU/ AS-TARLI/ BAYSAL, 1120.

sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinde<sup>27</sup> ayrıntılarıyla belirtilen tarih aralıklarında, sigortalılık durumları ve prim ödeme koşullarını tamamlayanlar<sup>28</sup> 1475 sayılı Kanun m.14/I, 5'teki nedene dayanarak iş sözleşmesini feshederlerse, kıdem tazminatı talep edebileceklerdir. Bu doğrultuda 01.10.2008 tarihinden sonra sigortalılık başlangıcı olanlar da yaş dışındaki şartları sağlamaları koşulu ile kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılma haklarını kullanabileceklerdir.

Bu dönemlerden anlaşılacağı üzere, zaman içerisinde emeklilik yaşı artırılmış; ancak, emeklilik için yaş dışındaki koşulları sağlayanlara kıdem tazminatı alarak işten ayrılma haklarına ilişkin kanuni düzenleme yapılmıştır. Böylece, emeklilik yaşını doldurmayan işçiler, yaşlılık aylığı alamazken, Kanunda belirtilen sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısını tamamlama nedeniyle iş sözleşmesini feshettiklerinde kıdem tazminatı alabilme imkânına kavuşmuşlardır<sup>29</sup>. Bir taraftan emeklilik yaşına ilişkin koşullar ağırlaştırılırken diğer taraftan kıdem tazminatı alınmasına ilişkin koşullar yumuşatılmıştır<sup>30</sup>.

## I. GENEL OLARAK KIDEM TAZMİNATI KAVRAMI VE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA KOŞULLARI

Kıdem tazminatı, bir işyerinde çalışan işçinin işyerindeki hizmetlerine karşılık kanunda belirtilen asgari bir çalışma süresini doldurulması

<sup>27</sup> "5400 günlük süre ilk defa; 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar için 4600 gün olarak, 01.01.2009 tarihinden itibaren sigortalı sayılanlar için ise her takvim yılı başında 4600 güne 100 gün eklenmek suretiyle 5400 günü geçmek üzere uygulanır." (geç. m. 6/VII,b). Bu durumda, 30.04.2008 tarihi ile 31.12.2008 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4600 gün; 01.01.2009 tarihi ile 31.12.2009 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4700 gün; 01.01.2010 tarihi ile 31.12.2010 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4800 gün; 01.01.2011 tarihi ile 31.12.2011 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 4900 gün; 01.01.2012 tarihi ile 31.12.2012 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5000 gün; 01.01.2013 tarihi ile 31.12.2013 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5100 gün; 01.01.2014 tarihi ile 31.12.2014 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5200 gün; 01.01.2015 tarihi ile 31.12.2015 tarihleri arasında sigortalı sayılanlar 5300 gün; 01.01.2016 tarihinden itibaren sigortalı olanlar ise 5400 gün prim ödeme koşulunu tamamlamaları aranmaktadır .

<sup>28</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1120; ÖZKARACA, 160.

<sup>29</sup> SÜZEK, 735; NARMANLIOĞLU, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, 581.

<sup>30</sup> EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9.B., İstanbul 2019, 265-266; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, 695-696.

ve kanunda sayılı nedenlerden birisi ile sona ermesi halinde işverence ödenmesi gereken bir miktar parayı ifade etmektedir<sup>31</sup>. İşçinin kendisine veya öldüğünde kanuni mirasçularına ödenen kıdem tazminatının miktarı ise işçinin ücretine ve çalışmış olduğu süreye göre belirlenmektedir<sup>32</sup>. Özellikle işyerinde uzun yıllar boyunca özverileriyle çalışan kıdemli yahut yaşlı işçilere işlerini kaybettiklerinde verilecek olan kıdem tazminatı, bu işçilere maddi anlamda destek olmasının yanı sıra yeni bir iş aramaları halinde de oldukça önemlidir<sup>33</sup>.

İş sözleşmesi sona ermeden kıdem tazminatı talep edilemez. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinin sonuçlarından olan işçinin kıdem tazminatı hakkının varlığı, kanunda yer alan açıkça belirlenmiş sınırlı sayıda sona erme nedenlerine bağlıdır ve işçinin Kanunda belirtilen süre kadar çalışmış olması da icap etmektedir<sup>34</sup>. Sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi çalışan işçilerin isteyebilecekleri<sup>35</sup> kıdem tazminatına hak kazanabilmek için iki koşulun sağlanması gerekmektedir. Bu koşullar, iş sözleşmesinin süresinin bir yılın üzerinden olması ve sözleşmenin Kanun'da öngörülen nedenlerden biri yahut işçinin ölümü ile sona ermesidir<sup>36</sup>.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında<sup>37</sup> işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı haller düzenlenmiştir. Buna göre iş sözleşmesinin işçi veya işveren<sup>38</sup> tarafından feshedildiği hallerden

<sup>31</sup> NARMANLIOĞLU, Kıdem Tazminatı, 4, 337; SÜZEK, 752; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 261; AKYİĞİT, 2010, 27; EKONOMİ, 238 vd.

<sup>32</sup> SÜMER, 127.

<sup>33</sup> NARMANLIOĞLU, Kıdem Tazminatı, 343 vd.

<sup>34</sup> KESER, 42.

<sup>35</sup> Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. madde hükmü sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçiler hakkında uygulanacaktır. SÜMER, 127; ÖZKARACA, 154; TUNCAY, 75.

<sup>36</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, 753 vd.; SÜMER, 127 vd.; SENYEN KAPLAN, 351 vd.; BAŞBUĞ Aydın/ YÜCEL BODUR Mehtap, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2018, 229 vd.; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 263 vd.; ÇELİK/ CANİKLİ-OĞLU/ CANBOLAT, 689 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, 1105 vd.; NARMANLIOĞLU, 533vd.; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 2018, 240 vd.; EKMEKÇİ/ YİĞİT, 620 vd.

<sup>37</sup> Değişik birinci fıkra: 29.07.1983- 2869/3 m.

<sup>38</sup> İş sözleşmesinin işveren tarafından İş Kanunu 25/I, III ve IV veya İş Kanunu 17 maddelerinden birisine dayanarak feshi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. "1475 sayılı İş Kanununun 17. maddesinde IV numaralı bende yer verilmemesinin

hangilerinde yahut başka diğer sona erme nedenlerinden hangilerinde işçinin kıdem tazminatı hakkının olduğu 14. maddenin birinci fıkrasında tek tek belirtilmiştir. Hükme göre; İş Kanunu'na tabi işçinin iş sözleşmesini madde 24'teki nedenlerden birisine dayanarak yani haklı nedenle feshetmesi halinde kıdem tazminatı hakkı doğmaktadır. İşçinin iş sözleşmesini İş Kanunu madde 17 uyarınca feshetmesi yani bildirimli fesihle bulunması halinde ise işçinin kıdem tazminatı alabileceği istisnai haller 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/1'de açıkça belirtilmiştir. Buna göre; işçi iş sözleşmesini "muvazzaf askerlik görevi veya bağlı bulunduğu kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ya da kadın işçinin iş sözleşmesini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile sona erdirmesi yahut 506 sayılı Kanunun m. 60/I,A,a ve b alt bentlerinde öngörülen yaş dışında kalan diğer koşulları veya aynı Kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi isteği ile işten ayrılması nedeniyle" feshederse işçinin kıdem tazminatı hakkı doğacaktır. Öyleyse bu haller dışında işçinin iş sözleşmesini bildirimli feshetmesi kural olarak ona kıdem tazminatı hakkı kazandırmaz<sup>39</sup>.

Çalışmamız 14. maddenin birinci fıkrasının beşinci bendinde düzenlenenmiş olan nedenle iş sözleşmesinin feshinde kıdem tazminatı hakkına ilişkin olduğundan kıdem tazminatına hak kazandıran diğer haller üzerinde durulmayacaktır.

---

bir önemi bulunmamaktadır. Gerçekten, Kanunda iş sözleşmesinin m. 17/II (şimdi m. 25/II) dışındaki bir nedenle feshedilmesinden söz edildiği için, kıdem tazminatına hak kazanma bakımından önemli olan işçinin iş sözleşmesinin ahlak ve iyiniyete uymayan bir davranışı nedeniyle feshedilip feshedilmediğidir. Bunun sonucunda da işçinin sözleşmesinin, gözetilmesine alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17. maddedeki bildirim süresini aşması nedeniyle feshedilmesi halinde kendisine kıdem tazminatı ödenmesi gerekir". ÖZKARACA, 152-153. Ayrıca bkz. KESER, 42-43.

<sup>39</sup> İşçiye kıdem tazminatı hakkı kazandıran diğer bir fesih nedeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenmiştir. SÜMER, 128. Ayrıca bkz. SENYEN KAPLAN, 353; TUNCAY, 74.

## II. 25 YIL SİGORTALILIK SÜRESİ VE 4500 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜN VEYA 7000 PRİM ÖDEM GÜNÜNÜN DOLDURULMASI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA KOŞULLARI

08.09.1999 ve 30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan işçiler, 7000 prim ödeme gününü tamamlamış yahut 25 yıl sigortalılık süresini ve 4500 prim ödeme gününü doldurmuş ve en az bir yıl çalışmış olma koşullarını sağlamak şartıyla iş sözleşmelerini feshederlerse kıdem tazminatına hak kazanabilmektedir. Söz konusu nedene dayanarak yapılan feshlerde kıdem tazminatına hak kazanma koşulları aşağıda ele alınmıştır.

### 1. İşçinin İş Kanunu Kapsamında Olması

Kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı İş Kanunu m. 14'teki düzenleme, sadece 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi işçilere ilgilendirdiğinden diğer iş kanunlarına tabi işçilerin faydalanma hakkının olmadığı bir hükümdür. Dolayısıyla, 5953 sayılı Basın İş Kanunu<sup>40</sup>, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve ayrıca 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamında olanlar bu haktan yararlanamayacaklardır<sup>41</sup>. Öyleyse 506 sayılı Kanun'da öngörülen yaşlar dışında kalan diğer koşulların sigortalı tarafından sağlanması kıdem tazminatı talep edilebilmek için yeterli değildir. Bu işçi aynı zamanda 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olmalıdır.

Kıdem tazminatı isteminde bulunan işçinin iş sözleşmesinin türünün (belirli, belirsiz veya kısmi süreli) de önemli olmadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir. Nitekim Kanun'da iş sözleşmesinin türünü sınırlandıran herhangi bir hüküm bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

### 2. İşçinin En az 1 Yıl Çalışmış Olması

İşçinin kıdem tazminatı almaya hak kazanabilmesi için işverenle arasındaki iş sözleşmesinin en az bir yıl sürmüş olması yani işverenin

<sup>40</sup> Bu konuda bkz. ÖZKARACA, 154.

<sup>41</sup> TUNCAY, 75; SENYEN KAPLAN, 351. ÖZKARACA bu konuya ilişkin bir norm birliğin olmamasını eleştiriye açık olduğunu belirtmektedir. ÖZKARACA, 155.

<sup>42</sup> SÜZEK, 775; ÖZKARACA, 155; TUNCAY, 75; BASKAN, 193.



işyerinde en az bir yıl çalışmış<sup>43</sup> olması icap eder (1475 sayılı İşK. m. 14). İşçinin kıdem tazminatını hesabında dikkate alınacak olan bir yıllık kıdem süresinin başlangıcı işçinin fiilen işe başlamış olduğu tarih olup sonu ise iş sözleşmesinin sona ermiş olduğu tarihtir. Kanuna göre, işçinin kıdemi hesaplanırken iş sözleşmesinin sürüp sürmemesi yahut kesintilerle yeniden akdedilmiş olup olmaması önemli değildir. İşçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalışmış olduğu süreler dikkate alınarak yani bu süreler birleştirilerek hesaplama yapılır (1475 sayılı İşK. m. 14/II)<sup>44</sup>. Hükme göre “hizmet akdinin devamı süresinin” dikkate alınacağı açıkça belirtildiğinden iş sözleşmesinin askıya alındığı bütün sürelerin işçinin kıdemine dâhil olduğu doktrinde ağırlıklı görüş tarafından kabul edilmektedir<sup>45</sup>. Belirtelim ki bunun istisnası 6356 sayılı STİSK m. 67/3 hükmüdür. Maddede, grev ve lokavtta geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında göz önünde bulundurulmayacağı ve toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine buna uygun olmayan hüküm konulamayacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>46</sup>. İşçinin “en az bir yıllık kıdeme” sahip olmasına ilişkin koşul kıdem tazminatını ödemekle yükümlü olan işveren yanında geçirilen süredir. Yani önceki veya başka işyerlerinde geçirilen çalışma süresi bu sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır<sup>47</sup>. Ayrıca bir yıllık süreye

<sup>43</sup> ‘İşçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oranda ödeme yapılır.’.

<sup>44</sup> Bkz. SÜZEK, 753, 775-776; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, 710-714; SENYEN KAPLAN, 357-358; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 268; TUNCAY, 75.

<sup>45</sup> ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, 706; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 272; SÜZEK, 773; SÜMER, 129; NARMANLIOĞLU, 556; EKONOMİ, 238. Aksi yönde MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1135; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 244; EKMEKÇİ/ YİÇİT, 645-646. Bu yöndeki Yargıtay’ın bir kararına göre; “...İşçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu süreler de, kıdem süresinden sayılmamalıdır. Örneğin ücretsiz izinde geçen süreler kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmaz.”. Y22HD., 20.01.2020, 2016/28518 E., 2020/650K. Aynı yönde bkz. Y22HD., 12.02.2019, 2016/23729 E., 2019/23210; Y9HD., 14.10.2019, 2016/7714 E., 2019/18059 K. [https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf\\_sorgula.xhtml](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf_sorgula.xhtml), ET:18.09.2020.

<sup>46</sup> SÜMER, 129; SÜZEK, 773.

<sup>47</sup> TUNCAY, 75.

ilişkin bu hüküm mutlak emredici nitelikte olmadığından iş veya toplu iş sözleşmesi işçi lehine sürenin azaltılabilmesi mümkündür<sup>48</sup>.

### 3. İlk Kez 08.09.1999-30.04.2008 Tarihleri Arasında Sigortalı Olunması

4500 prim ödeme günü ve 25 yıllık sigortalılık süresi<sup>49</sup> veya 7000 prim ödeme günü bulunan işçinin sigortalılığının başlangıcının 08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında olması yani ilk kez bu tarih aralığında sigortalı olunması gerekmektedir. İşçinin sigortalılık başlangıcı bu tarihlerden önce veya sonra ise belirtilen koşullara dayanarak kıdem tazminatı talep edemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki ilk defa sigortalılığın, işçi olarak gerçekleşmesi aranmamaktadır. Kanun'da ilk defa sigortalılığa ilişkin herhangi bir sınırlandırma yoktur. Öyleyse 7000 prim ödeme günü veya 4500 prim ödeme günü ve 25 yıllık sigortalılık süresinin tümünde işçi olunması şart değildir. İş sözleşmesinin feshi sırasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçi olunması yani son çalışmada işçi sıfatına haiz olunması yeterlidir<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, 705; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 263.

<sup>49</sup> Yaşlılık sigortasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı 5510 sayılı Kanununun 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarının uygulanmasında dikkate alınacak sigortalılık süresinin başlangıcı; sigortalının, mülga 2/6/1949 tarihli ve 5417 sayılı İhtiyarlık Sigortası Kanununa, mülga 4/2/1957 tarihli ve 6900 sayılı Malûliyet, İhtiyarlık ve Ölüm Sigortaları Hakkında Kanuna, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa, 2/9/1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununa, 17/10/1983 tarihli ve 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa, bu Kanunla mülga 17/10/1983 tarihli ve 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa ve 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu Kanuna tâbi olarak malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına tabi olarak ilk defa kapsama girdiği tarih olarak kabul edilir. Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklıdır".

<sup>50</sup> MÜLAYİM, Baki Oğuz, "15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3.600 Gün Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi", ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, 45. Gerek 06. 11. 2018 tarihli 2018/38 sayılı Genelgenin 7. maddesinde gerekse 22.06.2013 tarihli 2013/26 sayılı Genelgenin 4. maddesinde, "2829 sayılı Kanunun 8 inci maddesine göre değerlendirme yapılmaksızın son statünün 4/1-(a) olması bu belgenin verilmesi için yeterli olacağı" belirtilmiştir. Genelgeler için bkz.

#### 4. 25 Yıl Sigortalılık ve 4500 Prim Ödeme Gününün veya 7000 Prim Ödeme Gününün Doldurulması

08.09.1999 tarihi ile 30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez işe girmiş bir işçinin, işinden kendi isteği ile ayrılırken kıdem tazminatı talep edebilmesi için Kanun'da belirtilmiş olan prim ödeme günü ve sigortalılık süresini doldurması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen tarihler arasında sigortalı olunması durumunda, doldurulması gereken sigortalılık süresi ve prim ödeme günü 5510 sayılı Kanunu'nun geçici 9. maddesinin ilk fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında olup da 8/9/1999 tarihinden 30/4/2008 tarihine kadar ilk defa sigortalı sayılanlar; kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 7000 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla veya kadın ise 58, erkek ise 60 yaşını doldurmak ve 25 yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş olmak şartıyla yaşlılık aylığından yararlanırlar" (geç. m. 9/I).

Söz konusu hükme göre, yaşlılık aylığına hak kazanılabilmesi için iki ihtimal bulunmaktadır. İşçi bu ihtimallerden hangisinde yer alan koşulları taşıyorsa birisini seçecektir. İlk ihtimalin seçilmesi halinde, kadının 58 yaşını, erkeğin 60 yaşını tamamlamış ve en az 7000 gün prim ödemesi yapmış olması gerekir. Bu ihtimalde sigortalılık süresine yer verilmemiş sadece prim günü ve yaş şartı getirilmiştir. İkinci ihtimalin seçilmesi halinde, kadın sigortalının 58 yaşını, erkeğin 60 yaşını doldurması, 25 yıldan bu yana sigortalı olunması ve en az 4500 gün malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemesi yapmış olması gerekmektedir. Söz konusu ikinci seçenekte ise prim gün sayısı azalmakla birlikte sigortalı olunması koşulu da aranmaktadır<sup>51</sup>.

Yukarıda yer alan maddeleri konumuz itibariyle değerlendirmek gerekir. Kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin ilk fıkrasının 5. bendine göre, işçilerin iş sözleşmelerini feshetmesi halinde kıdem tazminatı hakkı doğacaktır. Ancak uygulamada 7000 gün prim ödemesinin

[https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(yoht1kshsnf023stm1zu1pch\)\)/rum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020.](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(yoht1kshsnf023stm1zu1pch))/rum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020.)

Home/Ku-

<sup>51</sup> TUNCAY/EKMEKÇİ, 514; ÖZKARACA, 158-159; MUTLAY, 140.

bulunması durumunda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sigortalılık süresinin bulunmadığı gerekçesi ile kıdem tazminatına esas yazının verilmemesi basına yansımaktadır. Bu sorunun Kurum tarafından konunun, genel bir yazı ile çözülmesi uygun olacaktır. Nitekim Kanun'daki seçeneklerden birisine göre sadece prim ödeme gün sayısının tamamlanması yeterlidir<sup>52</sup>.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararına göre, işçinin emekli olabilmek için yaş dışındaki diğer koşulları sağlaması durumunda kendi isteği ile işten ayrılma imkânının bulunduğu, sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan işçinin yaş şartından dolayı emeklilik hakkını kazanamasa da söz konusu bendin gerekçe gösterilmesiyle işyerinden ayrılabilmesi ve kıdem tazminatına hak kazanabileceği, işçinin işyerinden ayrılma gerekçesinin yaş dışında emekliliğe ilişkin diğer koşulların tamamlanmasından dolayı çalışmasının sonlandırılması ve bu durumun işverene bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>53</sup>.

5510 sayılı Kanunu'nun geçici 9. maddesinin ilk fıkrasında yer alan hüküm 506 sayılı 60. maddesinin A bendinin a ve b alt bentlerine<sup>54</sup> birebir uygundur. Bu nedenle 1475 sayılı Kanun m. 14/I, 5 bendinin atıf yaptığı bentler olduğunu söylemek gerekir. 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I, 5 uyarınca işçinin kıdem tazminatına hak kazanma koşulları değerlendirildiğinde, 08.09.1999 tarihinden 30.04.2008 tarihine kadar ilk kez sigortalı olanlar, yaş koşulu dikkate alınmadığında, yukarıda belirttiğimiz iki seçenekten birisini (geç.m.9) kullanarak kıdem tazminatına hak kazanabileceklerdir. Öyleyse ilk alternatifteki hüküm uyarınca iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için yalnızca 7000 gün yani 19 yıl 5 ay 10 gün prim ödeme koşulunu yerine getirmiş olması yeterli olacaktır. İkinci alternatifteki hüküm uyarınca iş sözleşmesini feshetmesi halinde ise işçinin kıdem tazminatına hak

<sup>52</sup> Benzer bir sorunun 08.09.1999 tarihinden önce sigortalı olarak çalışanlar için de yaşandığı hakkında bkz. ÖZCAN, Sezgin, 25 Yıl Sigortalılık Süresi Şart Mıdır ?, 26.10.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/sezgin-ozcan/25-yil-sigortalilik-suresi-sart-midir-5412123/>, Erişim Tarihi 25.09.2020

<sup>53</sup> Y22HD., 20.01.2020, 2016/27701E., 2020/ 630 K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/22hd-2016-27701.htm>., ET:19.09.2020.

<sup>54</sup> Değişik ibare: 4759- 23.5.2002 / m.1

kazanabilmesi için iki koşulu da yerine getirmiş olması gerekecektir. Buna göre işçinin 4500 gün yani 12 yıl 6 ay prim ödemiş olmasının yanı sıra 25 yıldan bu yana da sigortalı olması gerekmektedir<sup>55</sup>.

Öyleyse 08.09.1999 tarihinde ilk kez çalışmaya başlayan bir işçi, 25 yıldan beri sigortalı olmasına ilişkin süre koşulunu en erken 08.09.2024 tarihinden sonra tamamlayabilecektir. Bu durumda işçinin 4500 gün yani 12 yıl 6 ay prim ödeme gününü doldurmuş olup olmaması ilişkin koşulu değerlendirmeye gerek yoktur. Nitekim işçi, koşulları yerine getiremeyeceğinden iş sözleşmesini m. 14/I, 5 hükmüne dayanarak feshedemeyecektir. Diğer taraftan 08.09.1999 tarihinde ilk kez çalışmaya başlayan bir işçinin 7000 prim ödeme gününü yani 19 yıl 5 ay 10 günü 18.02.2019 tarihi itibarıyla doldurmuş olacaktır. Bu durumda işçi, sigortalılık süresine bakılmadan sadece belirtilen prim ödeme günü tamamlamak suretiyle kıdem tazminatını talep ederek iş sözleşmesini feshedebilecektir. Hali hazırda bu mümkündür.

Kanun'da yer alan "25 yıldan beri sigortalı olmak" koşulu sigortalılık süresini belirtmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 38. maddesinde, sigortalılık süresinin başlangıç tarihi, "sigortalının ilk kez çalışmaya başladığı tarih" olarak hüküm altına alınmıştır. 5510 sayılı Kanun'un m. 4/I,a bendine göre sigortalı olanların, sigortalılık süresi içerisinde aralıksız çalışmış olmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmadığından sigortalının bu sürenin tamamında fiilen çalışmış olması da gerekli değildir<sup>56</sup>. Başka bir deyişle işçinin, sigortalı olduğu ilk tarih ile işten ayrıldığı tarih arasında 25 yıllık bir sürenin geçmiş olması gerekip söz konusu sürenin tümünde sigortalı olunması şart değildir<sup>57</sup>. Ayrıca kıdem tazminatını hak edebilmek için doldurulması gereken sigortalılık süresi ve prim ödeme gününün aynı işyerinde tamamlanmış olması ve kesintisiz olması gerekmez. İşçinin söz konusu koşulları yerine getirirken ister bir isterse birden fazla işveren yanında çalışmış olsun bütün çalışma yaşamı süresince tamamladığı sigortalılık süresi ve prim ödeme günü göz önünde bulundurulur. İşçinin

<sup>55</sup> ÖZKARACA, 158-159; BASKAN, 199. Ayrıca bkz. MUTLAY, 141.

<sup>56</sup> GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, 170, 512; ÖZKARACA, 166.

<sup>57</sup> MÜLAYİM, 145.

işten ayrılırken kıdem tazminatının hesaplanmasında esas alınacak süre ise sadece o işyerinde geçirmiş olduğu süredir<sup>58</sup>.

Yaşa ilişkin koşul haricinde gerekli koşulların sağlanması nedeniyle gerçekleştirilen fesihlerde, fiili hizmet süresi zammı, hizmet borçlanması gibi prim ödeme günü ve sigortalılık süresinin tamamlanmasına ilişkin tespiti etkileyen düzenlemeler kıdem tazminatına hak kazanma bakımından da uygulanacaktır<sup>59</sup>.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu m. 60 ve Ek madde 5 hükmünde itibari hizmet süresi düzenlenmektedir. 11.8.1977 tarihli 2098 sayılı Kanun'la, "itibari hizmet süresi" kavramı<sup>60</sup>, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na girmiştir<sup>61</sup>. Ancak bu düzenlemeler, 5510 sayılı Kanunun 106. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>62</sup>. İtibari hizmet sisteminin getirilmesindeki amaç, çalışılmayan ve dolayısıyla prim ödemesi yapılmayan sürelerin, çalışılmış gibi değerlendirilerek, sigortalılık sürelerine eklenmesi suretiyle<sup>63</sup> daha erken emeklilik statüsüne geçilmesini sağlamaktır<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> TUNCAY, 75.

<sup>59</sup> ÖZKARACA, 167; BASKAN, 202; TUNCAY, 78. Bu konu hakkında ayrıca bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANİKLİOĞLU, 539 vd.; TUNCAY/ EKMEKÇİ, 529 vd.; UŞAN, 211 vd.; SÜMER, 223 vd.

<sup>60</sup> İtibari hizmet süresi, "bazı ağır ve yıpratıcı işlerde çalışanlar için öngörülen ve sigortalını daha erken emekli olmasına olanak sağlayan bir hak" olarak ifade edilmektedir. CANİKLİOĞLU, Nurşen, "İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, 127.

<sup>61</sup> Konu hakkında bkz. BAŞBUĞ, Aydın, Fiili Hizmet Zammı ve Uygulama Sorunları, Ankara 2017, 24. vd.; CANİKLİOĞLU, 127 vd.; ARASLI, Utkan, "Kimler "İtibari Hizmetten" Yararlanacak?", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, 127 vd.; ERGİN, Hediye, "5510 Sayılı Kanun'da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 15, Eylül 2009, 183 vd.; GÜZEL/ CANİKLİOĞLU/ OKUR, 569 vd.; TUNCAY/ EKMEKÇİ, 529 vd.; SÜMER, 224 vd.

<sup>62</sup> Sosyal Güvenlik uygulamaları hakkında bkz. ÇAVUŞ, Ö.Hakan, "Sosyal Güvenlik Sisteminde Fiili (İtibari) Hizmet Süresi Zammı Düzenlemeleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, 115 vd.

<sup>63</sup> 506 sayılı Kanuna göre, "sigortalıların maddede sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir". (SSK, ek m. 5/I).

<sup>64</sup> GÜZEL/ CANİKLİOĞLU/ OKUR, 569; ERGİN, 183; ÇOLAK, Mahmut, "506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasasında 27 Mart 2007 Tarihinden İtibaren İtibari Hizmetin Uygulanma Şekli", <http://www.vergi.tc/makaleDetay/SizdenGelenler/506-SAYILI-SOSYAL-SIGORTALAR-YASASINDA-27-MART-2007-TARİHİNDEN-İTİBAREN->

Bu anlamda 5510 sayılı Kanunla<sup>65</sup> yürürlükten kaldırılmasına kadar geçen süre zarfında itibari hizmet süresi olanlar açısından 25 yıllık sürenin biraz daha erken sonlanması mümkün görülmektedir<sup>66</sup> .

Özellikle borçlanarak sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısının artırılabilmesi için iş sözleşmesine işçi tarafından son verilmeden önce borçlanmanın yapılmış olması gerekir. Yani iş sözleşmesinin m. 14/I,5'e göre feshedilmesinden sonra borçlanma suretiyle koşulların tamamlanması durumunda kıdem tazminatı hakkı doğmayacaktır<sup>67</sup>. Bütün bunların yanı sıra yukarıda belirttiğimiz sigortalılık süresinin ve prim ödeme gün sayısına dair koşulların iş sözleşmesinin fesih tarihi itibariyle tamamlanmış olması icap eder. Yoksa işçi, kıdem tazminatına hak kazanmayacaktır<sup>68</sup>.

### 5. Sosyal Güvenlik Kurumundan Alınmış Olan Belgenin İbrazı

İşçinin 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I,5 hükmündeki nedenle iş sözleşmesini feshetmesi halinde işçinin bu bentte belirtilen koşulları sağlayıp sağlamadığını belgelemesi yani Sosyal Güvenlik Kurumundan belge

---

ITIBARI-HIZMETİN-UYGULANMA-SEKLI/1b174b08-7217-48db-8f4f-a914ed7689ba, Erişim Tarihi 30.09.2020.

<sup>65</sup> 5510 sayılı Kanunla birlikte fiili hizmet süresi zammı sigortalının prim ödeme gün sayısına eklenmekle birlikte sigortalılık süresine eklemeye yapılması söz konusu değildir. Kanun'un 40. maddesinde, fiili hizmet süresi zammından yararlanabilecek sınırlı sayıda düzenlenmiş olup hangi iş veya işyerlerinde çalışılması gerektiği ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Fiili hizmet süresi kapsamına giren işler en son 20 kategori olarak belirlenmiştir. Bkz. 5510, m.40.

<sup>66</sup> "5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihine kadar gerek 506 sayılı Kanunun ek 5"inci, gerekse 5434 sayılı Kanunun 32"nci maddesine göre verilen fiili hizmet süresi zamları sigortalılık süresine ilave edilmekte iken, Kanunun yürürlük tarihinden sonra 4(a) sigortalıları için itibari hizmet süresi uygulaması kaldırılmıştır. Kanunun 40"inci maddesine göre verilen fiili hizmet süresi zamları prim ödeme gün sayısına ilave edilmekte ve emeklilik yaş hadlerinden indirilmektedir." DEMİRCİ, Hakkı, Sigortalılık Süresi Hesabında Dikkate Alınan-Alınmayan Süreler ile Prim Ödeme Gün Sayısını Artıran Çalışmalar (I), <http://www.lebilyalkin.com.tr/mevzuat/diger/makale/sigortalilik-suresi-hesabinda-dikkate-alinan-alinma-yan-sureler-ile-prim-odeme-gun-sayisini-artiran-calismalar-i.html>, Erişim Tarihi 30.09.2020.

<sup>67</sup> ÖZKARACA, 167.

<sup>68</sup> ÖZKARACA, 166.

almak zorunda olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrindeki bir görüş, işçinin m. 14/I,5 hükmüne göre iş sözleşmesini feshederken Sosyal Güvenlik Kurumundan almış olduğu belgeyi işverene ibraz etmesi gerektiğini, aksi halde işçinin kıdem tazminatı alması imkânının bulunmadığı düşüncesindedir<sup>69</sup>. Diğer görüşe göre ise iş sözleşmesini yaş dışındaki koşullarla fesheden işçinin işverene söz koşulları doldurduğuna (prim ödeme günü ve/veya sigortalılık süresi) ilişkin bir belge ibraz etmemiş olması işçinin kıdem tazminatı hakkını engellemez. Bu durum kıdem tazminatına uygulanacak faiz<sup>70</sup> bakımından önem taşımaktadır<sup>71</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumunda yazı alan işçinin bu belgeyi aldığı tarihten hemen sonra iş sözleşmesini feshetmesi zorunlu değildir. Ayrıca

<sup>69</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1121. Aynı yönde bkz. NARMANLIOĞLU, 578; KESER, 50.

<sup>70</sup> Yargıtay bir kararında; "Kıdem tazminatının gününde ödenmemesi durumunda mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmelidir. Faiz başlangıcı fesih tarihi olmalıdır. ... yaş hariç emeklilik koşullarının oluştuğuna ilişkin belge işverene bildirilmemişse, işverence kıdem tazminatı olarak ilk taksitin ödendiği tarih bakiye kıdem tazminatı için faiz başlangıcı sayılmalıdır. Böyle bir taksit ödemesi de olmadığı durumlarda faiz başlangıcı, davanın açıldığı ya da icra takibinin yapıldığı tarihtir. Somut uyumsuzlukta, davacının yaş hariç emeklilik koşullarının oluştuğuna ilişkin SGK yazısını davalılara verdiğini kanıtlayamadığından, kıdem tazminatı faizinin dava tarihi yerine fesih tarihinden başlatılması hatalı olup..." ifadelerine yer vermiştir Y9HD., 02.03.2020, 2016/14514 E., 2020/3287 K. [https:// www.lexpera.com.tr](https://www.lexpera.com.tr), ET: 20.09.2020. Ayrıca bkz. Y9HD, 08.10.2020, 2016/25471 E., 2020/1169 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET:12.01.2020.

<sup>71</sup> ÖZKARACA, 169, 171. Aynı yönde, bkz. BASKAN, 205; MÜLAYİM, 52. TUNCAY ayrıca, işçinin istifa dilekçesinde istifasının nedeninin kıdem tazminatı alabilmek için olduğunu açıklaması gerektiğini belirtmektedir. TUNCAY, 179. Bu doğrultuda "Dava kıdem tazminatı talebine ilişkindir. Davacı 17.04.2012 tarihinde işverene noterden ihtarname göndermek suretiyle 15 yıl ve 3600 gün çalışma koşullarını taşıdığından kıdem tazminatını alarak işten ayrılmak istediğini bildirmiştir. Davacı fesih tarihi itibarıyla kıdem tazminatına anılan kanun maddesi karşısında hak kazanmıştır. Sözleşmenin feshi açısından SGK'dan yazı alınması ve işverene gönderilmesi kural olarak şart değildir. İşçi eylemli olarak, ihtarname göndererek, SGK'dan alacağı yazı ile başvurarak fesih iradesini ortaya koyabilir. SGK'dan alınacak yazının işverene gönderilmesi faiz başlangıcı açısından önem taşır. Kaldı ki davacı SGK'na başvurmuş olup yaş şartı dışında 15 yıl 3600 prim günü şartlarını taşıdığını 26.04.2012 tarihli belge ile ispatlamıştır.", Y 7HD. 15.09.2014 T., 2014/11021 E., 2014/17167K., <http://kazanci.com.tr/gunluk/7hd-2014-11021.htm>, Erişim Tarihi: 30.09.2020.



işveren, işten ayrılırken SGK tarafından verilen belgeyi ibraz eden<sup>72</sup> işçiden ek bir belge talebinde bulunmamalıdır. Nitekim söz konusu belge ibraz edilmeksizin işten ayrılmış işçi, bu duruma rağmen kıdem tazminatını hak etmektedir. Önemli olan, iş sözleşmesinin 25 yıl sigortalılık süresinin ve 4500 prim ödeme gününün yahut 7000 prim ödenme gününün tamamlaması nedeniyle feshedilmesidir. İşveren, belge ibraz etmeden işçiden ayrılan işçiye söz konusu belge işçi tarafından ibraz edilene kadar kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olmamalıdır. Öyle ki Kurumdan alınmış olan belge ibraz edilmediği müddetçe, işten ayrılan işçinin belirtilen düzenlemedeki gerekli koşulları yerine getirdiğine ilişkin işverenin bilgisinin olduğu söylenemez. Öyleyse Kurumdan alınan belgenin işverene ibrazı önemlidir. İşçinin kendi iradesiyle yaptığı istifa sonrasında<sup>73</sup>

<sup>72</sup> Yargıtay'ın bir kararında, "Davacı vekili dava dilekçesinde özetle...iş akdinin davacı tarafca İş Kanununda belirtilen 15 yıl hizmet süresi 3600 günü doldurulması sebebi ile SSK'dan gerekli yazı da alınıp işverene bildirilerek 23.08.2012 tarihinde feshedildiğini, bundan dolayı davacı müvekkilinin kıdem tazminatı talep etme hakkının doğduğunu...mahkemece tanık beyanlarına ve istifa dilekçesine itibar edilerek davanın reddine karar verilmiştir. Öncelikle davacının iş akdini yukarıda belirtildiği üzere 23.08.2012 tarihli SGK yazısını ekleyerek gönderdiği aynı tarihli ihtarname ile 1475 Sayılı Yasanın 14/5 maddesi uyarınca feshettiği ortadadır. Kıdem tazminatını alacak şekilde fesih imkânı bulunan ve kıdem tazminatını talep eden işçinin ne şekilde yazdığı/yazdırıldığı anlaşılamayan dilekçeye itibar edilerek kıdem tazminatı talebi reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." İfadelerine yer verilmiştir. Y9HD., 12.02.2020, 2017/15195 E., 2020/2078 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>73</sup> Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre; "Davacı, davalı işverene verdiği 04.06.2014 tarihli "14.08.2002 tarihinde başlamış olduğum kurumunuzdan kendi istek ve rızamla 11.07.2014 tarihinde ayrılmak istiyorum. Tüm yasal haklarım saklı kalmak üzere gerekli işlemlerin yapılmasını arz ederim." içerikli istifa dilekçesi ile 11.07.2014 tarihinde işten ayrılacağını açıklamış bi nevi ihbar onelli fesih gerçekleştirmiştir.11.07.2014 tarihinde davalı işyerinde iş akdi sona eren davacı işçi sosyal güvenlik kayıtlarına göre 3 gün sonra başka bir yerde işe başlamış, fesihten yaklaşık 6 ay sonra bu defa 23.01.2015 tarihinde davalı işverene" 14/08/2002 tarihinde başladığım görevimden 11/07/2014 tarihi itibari ile ayrılmış bulunmaktayım. İşten ayrılma tarihi itibariyle 1475 sayılı İş Kanununun 14.maddesinin 1.fikrasına eklenen 5. bent ve 506 sayılı Kanununun 60.maddesi 1.fikrasının A bendinin a ve b bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları ve yine aynı kanununun 81.maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamladığımdan dolayı hak etmiş olduğum kıdem tazminatının tarafıma ödenmesini rica ederim "içerikli yeni bir dilekçe vererek sadece kıdem tazminatının ödenmesini talep etmiştir. Mahkemece feshin davacı işçi tarafından 1475 sayılı yasanın 14/5 maddesine istinaden gerçekleştirildiği kabul edilerek kıdem tazminatı talebi kabul edilmiştir. Oysaki feshine ilişkin dilekçede hiçbir neden gösterilmemiştir. Ne fesihten önce ne

Kurumdan belge alarak işverene ibraz etmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu değildir<sup>74</sup>.

Kanaatimizce, işçi, işten ayrılmadan önce, işten ayrılırken bu hakkını kullanma doğrultusundaki iradesini açıklamış<sup>75</sup> ise işten ayrıldıktan hemen sonrasında bu yazıyı sunduğunda işçinin kıdem tazminatına hak kazandığının kabul edilmesi gerekir. Bu durumun, iş hukukunda geçerli olan işçi lehine yorum ilkesinin de bir gereği olduğunu düşünmekteyiz. Ancak aradan çok uzun bir zaman geçtikten sonra işçinin bu kapsamda fesih hakkını kullandığını ileri sürmesi, iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde makul bir talep olarak değerlendirilemez.

İş sözleşmesini 1475 sayılı İş Kanunu m.14/I,5 uyarınca fesheden işçinin bu durumu belgelemesinin zorunlu olduğu hususunda Kanun'da herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir<sup>76</sup>. Diğer taraftan Kurumdan yazı verilmesine ilişkin usul ve esaslar 2018/38 sayılı Genelge de

---

fesihden sonra Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat ile 1475 sayılı yasanın 14/5 maddesindeki şartları gerçekleştiğine dair belge alınmamıştır. Fesihden yaklaşık 6 ay sonra fesih tarihi itibarıyla 1475 sayılı yasanın 14/5 maddesindeki koşulların varlığı nedeniyle kıdem tazminatı talebi haklı neden içermeyen istifaya sonradan haklı neden kazandırma çabasıdır ve hukuken sonuca etkisi yoktur. Açıklanan nedenle kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır." Y9. HD., 03.03.2020, E. 2016/14558, K. 2020/3528, <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>74</sup> MÜLAYİM, 48-50. Ayrıca bkz. BEDÜK, Mehmet Nusret, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, 2019, 714.

<sup>75</sup> Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre; "Somut uyuşmazlıkta, davacı 26.01.2012 tarihli dilekçesi ile Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurarak emeklilik durumunun incelenmesini talep etmiş ve Kurumca verilen 02.03.2012 tarihli yazı ile davacının başvuru tarihi olan 26.01.2012 tarihi itibarı ile 25 yıllık sigorta süresini, 5300 prim ödeme gün sayısını doldurduğu ve 1475 Sayılı İş Kanununun 14. maddesinin 1. fıkrasına göre işten ayrılarak kıdem tazminatı alabileceği hususu bildirilmiştir. Davalı işveren ise davacının 26.01.2012 tarihi itibarı ile iş yerine gelmediğinden bahisle 05.02.2012 tarihi de dâhil olmak üzere devamsızlık tutanakları tutmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları ve hizmet döküm cetveline göre davacının 30.01.2012 tarihinde başka bir iş yerinde işe girişinin bildirildiği görülmüştür. Dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde davacının 26.01.2012 tarihinde kendisinin iş akdini feshettiği ve Sosyal Güvenlik Kurumu yazısı ile de sabit olduğu üzere yaş şartı dışında emeklilik koşulları olduğundan bu fesih hakkını kullandığı anlaşılmıştır." Y22. HD., 14.01.2019, 2016/3926 E., 2019/754 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>76</sup> Ayrıca bkz. TUNCAY, 78.

düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge'nin "4/1,a Sigortalıları İçin Kıdem Tazminatı" başlıklı 7. maddesinde<sup>77</sup>; kıdem tazminatına esas yazının verilebilmesi için sigortalıların Kanunda öngörülen yaş dışındaki diğer koşulları (prim gün sayısı ve sigortalılık süresi) yerine getirmiş olmasına ilişkin kontrolün yapılacağı, kişinin son çalışmasının 4/1,a yani işçi statüsünde olması halinde söz konusu belgenin verileceği ve kıdem tazminatına esas yazının verilebilmesi için sigortalının Kuruma başvurduğu tarihte işten ayrılma koşulunun aranmayacağı düzenlenmiştir.

Kıdem tazminatına esas olan yazı için sigortalının başvurması gereken kurum ünitesinin yeri de önemlidir. Bu durumda yazının, "en son sigortalılığının geçtiği sosyal güvenlik il müdürlüğü ya da sosyal güvenlik merkezine yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın emeklilik işlemlerini yapmaya yetkili sosyal güvenlik il müdürlükleri ya da sosyal güvenlik merkezleri" tarafından verilmesi gerekmektedir. Son sigortalılığın geçtiği sosyal güvenlik il müdürlüğü ya da sosyal güvenlik merkezine başvuru yapılarak yazı alındığında, kıdem tazminatına esas yazının bir örneğinin sigortalı dosyasında saklanmak üzere, sigortalının en son sigortalılığının geçtiği sosyal güvenlik il müdürlüğü ya da sosyal güvenlik merkezine" gönderilmektedir. Ancak sigortalı hizmet kayıtlarında tereddüt yaratacak bir durumun bulunması durumunda, son sigortalılığın geçtiği yere başvurulması aranılmaktadır<sup>78</sup>.

Sosyal Güvenlik Kurumu, sigortalının istemiş olduğu ilgili yazıyı vermekle yükümlüdür. Bu yazının uygulamada "kıdem tazminatı alabilir" yazısı olarak bilindiği, ilgi belgede "işçinin kıdem tazminatına hak kazanmış olduğu" ifadelerine yer verilmesinin gerekli olmadığı belirtilmektedir<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> Kıdem tazminatı yazısına ilişkin taleplerde Genelge eki (Ek-3) yazısı kullanılmaktadır. Genelge için bkz. [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(yoht1kshsnf023stm1zu1pch\)\)/Home/Kurum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(yoht1kshsnf023stm1zu1pch))/Home/Kurum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020).

<sup>78</sup> Konu hakkında bkz. 2018/38 sayılı Genelge, 93-94. Genelge için bkz. [https://kms.kaysis.gov.tr/\(X\(1\)S\(yoht1kshsnf023stm1zu1pch\)\)/Home/Kurum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020](https://kms.kaysis.gov.tr/(X(1)S(yoht1kshsnf023stm1zu1pch))/Home/Kurum/22620739?AspxAutoDetectCookieSupport=1, ET:19.09.2020).

<sup>79</sup> MÜLAYİM, 47. Bu yönde bkz. Y21HD., 22.12.2009, 2008/18459 E., 2009/16908 K., <https://www.lexpera.com.tr, ET: 20.09.2020>.

İşverene sunulacak ilgi yazı ile işçinin bağlı olduğu mevzuat kapsamında yaşlılık, emeklilik, malullük ve toptan ödemeyi hak edip etmediği de denetlenmektedir. Böylece, Kanunda belirtilen koşulları taşımayan işçinin söz konusu hükme dayanarak kıdem tazminatı istemek suretiyle işten ayrılması da engellenecektir<sup>80</sup>. Diğer yandan işçinin gerekli koşulları taşıyıp taşımadığı ortaya konulmak sureti ile doğacak uyuşmazlıkların önüne geçilmesi, bu yazı ile sağlanmaktadır.

## 6. Bildirim Öneli Verilmesinin Gerekip Gerekmediği

Bildirim öneli verilerek yapılan fesihler sadece belirsiz süreli ve sürekli iş sözleşmelerinde başvurulabilen fesihlerdir. Belirsiz süreli iş sözleşmesini feshetmek isteyen taraf, Kanunda işçinin kıdemi esas alınmak suretiyle ve artan oranlı bir şekilde belirlenmiş olan bildirim sürelerine uymakla yükümlüdür<sup>81</sup>. Bildirim sürelerine uymadan iş sözleşmesini sona erdiren taraf, bildirim sürelerine ait ücret miktarınca tazminatı karşı tarafa ödemekle yükümlüdür (4857 sayılı İşK. m. 17/IV). Bu tazminat ihbar tazminatı olarak isimlendirilmektedir.

1475 sayılı İş Kanunu m. 14./I, 5 'te, bu hükme dayanılarak işçi tarafından yapılacak fesih bakımından bildirim öneli verilmesi gibi bir yükümlülük bulunmamaktadır. Doktrinde bu konuda iki farklı görüş vardır.

Doktrinde bir grup görüşe göre, gerekli sigortalılık süresi ve prim ödeme gününün tamamlanmasına dayanmak suretiyle gerçekleşen fesihlerde bildirim öneli verilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmektedir<sup>82</sup>. Ancak ağırlıklı görüşe göre, söz konusu fesihlerde bildirim öneli verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bildirim önellerine uyulmaması halinde işçi tazminat ödemekle yükümlü olacaktır<sup>83</sup>. Bu görüşteki bir düşünceye

<sup>80</sup> TİRYAKİ, Hamit, İş Hukukunda Güncel Makaleler, Ankara, 2016, 157. Yargıtay bu yöndeki bir kararı (Y9.HD. 10.02.2015., 2013/8624 E., 2015/5468 K.) için bkz. MÜLAYİM, 48, dn. 26.

<sup>81</sup> SÜMER, 99-100.

<sup>82</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1120; NARMANLIOĞLU, 570; AK-YİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020, 344.

<sup>83</sup> SÜMER, 128-129; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 265-266; SÜZEK, 769; SENYEN KAPLAN, 353; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, 702; TUNÇOMAĞ/ CENTEL, 241-242; BAŞBUĞ/ BODUR, 231; TUNCAY, 80; OCAK, Saim, "İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar

göre İş Kanununda belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin bildirimlessiz feshine ilişkin durumlar, açık bir biçimde Kanun'da belirtilmiş olan m.24 ve m.25'teki nedenler olup bunlar haklı fesih nedenleridir. Oysaki 14. maddenin 5. bendinde sayılan haller, işçi açısından haklı fesih nedenlerine dayanarak sözleşmeyi feshedebileceği 24. maddeyle ilgili değildir<sup>84</sup>. Nitekim işçi ve işveren bakımından bildirim öneli verilmesine gerek olmayan haller yani işçi açısından haklı fesih nedenleri Kanun'da açıkça düzenlenmiştir<sup>85</sup>.

İşçi, belirsiz süreli iş sözleşmesini<sup>86</sup> söz konusu koşullar nedeniyle feshederken bildirim öneli vermese de kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Nitekim iş sözleşmesinin feshi anında gerekli koşulları taşınması yeterlidir<sup>87</sup>. Bununla birlikte söz konusu koşulları taşıyan işçinin kıdem tazminatı hak kazanabilmesi için feshin de bu nedenle yapılması gereklidir<sup>88</sup>.

Belirtmek gerekir ki, 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I, 5 uyarınca yapılan fesihlerde işçinin kıdem tazminatı hakkı olmakla beraber işverenden ihbar tazminatı talep edilebilmesi imkânı yoktur<sup>89</sup>. Nitekim işçi kendi isteği ile işten ayrılmaktadır<sup>90</sup>. Yani işçi, belirtilen nedenlerle bildirim

---

Tazminatı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, 608; ÖZKARACA, 173; MÜLAYİM, 55; BASKAN, 204.

<sup>84</sup> SÜZEK, 769-770.

<sup>85</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 267; ÖZKARACA, 173.

<sup>86</sup> İş sözleşmesinin belirli süreli olması halinde bkz. ÖZKARACA, 174.

<sup>87</sup> MÜLAYİM, 55; ÖZKARACA, 173.

<sup>88</sup> Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre; "Davacının fesih tarihi itibarıyla 1475 Sayılı Yasanın 14/5 maddesindeki şartları taşınması kıdem tazminatına hak kazanması için tek başına yeterli değildir. Kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin de bu nedenle yapılması gerekir. Oysaki somut uyuşmazlıkta, fesih, davacı işçinin kendi işini kurması nedeniyle gerçekleşmiştir. Fesih gerçekleşip hüküm ve sonuçlarını doğurduktan sonra haklı neden içermeyen feshin sonradan haklılık kazandırmaya yönelik gayret ve çabaların da hukuki etkisi yoktur.". Y9HD., 04.03.2020, 2016/14531 E. 2020/3579 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>89</sup> TUNCAY, 80.

<sup>90</sup> Bu yönde bir Yargıtay kararında, "...davacının 31.10.2011 tarihinde 1475 sayılı kanunun 14/1-5 maddesine göre emeklilik sebebi ile iş sözleşmesini sona erdirdiği, Sosyal Güvenlik Kurumunun yazısı ile de davacının 25.10.2011 tarihinde emekliliğe hak kazandığı anlaşıldığı bu nedenle kıdem tazminatını hak ettiği ancak işyerinden kendi isteği ile ayrılmış olduğundan ihbar tazminatına hak kazanamayacağı" ifadelerine yer verilmiştir. Y9HD., 02.11.2017, 2015/14485 E. ,2017/17269 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

sürelerine uymadan iş sözleşmesini feshederse kıdem tazminatına hak kazanacak; ancak, söz konusu sürelerle uymadığı için işverene ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır<sup>91</sup>.

Yargıtay kararlarında ise 1475 sayılı İş Kanunu m. 14/I,5 uyarınca gerçekleşen fesihlerde bildirim öneli verilmesinin gerekli olmadığı, bu tür fesihlerin bildirimsiz fesih olduğu ve işçinin ihbar tazminatı talep edemeyeceği belirtilmektedir<sup>92</sup>.

Kanaatimizce, bu durumda bildirim öneli verilmek sureti ile fesih yapılması doğru olacaktır. Hâlihazırda Yargıtay kararları, aksi doğrultudadır. İşçiler açısından eğer fesih öncesinde bildirim öneli vermeleri imkân dâhilinde ise hak kaybına uğramamak için bildirimli fesih yoluna başvurmalarının daha doğru olduğunu düşünmekteyiz.

### III. İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATI ALARAK İŞTEN AYRILMASININ ARDINDAN TEKRAR ÇALIŞIP ÇALIŞAMAYACAĞI

İşçinin İş Kanunu madde 14/I,5'te belirtilen koşulların gerçekleşmesine dayanarak iş sözleşmesini feshetmesi üzerine kıdem tazminatı alıp, daha sonra ayrıldığı işyerinde veya başka bir işyerinde tekrar çalışıp çalışamayacağı hususu gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında tartışılan bir konudur.

Doktrinde; işçinin İş Kanunu m. 14/1,5 hükmüne göre iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı almasının, onun aynı veya başka bir işveren yanında tekrar çalışmasını önleyen bir neden olarak nitelendirilmeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim bu durum, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenmiş olan "çalışma hakkının" bir gereğidir<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, 267.

<sup>92</sup> Bu yönde Bir Yargıtay kararına göre; "Davacı işçinin davalı işverene tartıştığı aynı gün SGK' dan yaş hariç emeklilik koşullarını sağladığına dair belge alıp işvereni bilgilendirerek işyerinden ayrıldığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Açıklanan delil durumuna göre iş akdine haklıda olsa son veren tarafın ihbar tazminatı talep edemeyeceği gözetilerek buna yönelik talebin reddi yerine kabulü hatalıdır." Y9HD., 01.07.2020, 2016/19456 E. 2020/6893 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020. Aynı yönde bkz. Y22.HD., 18.05.2015., 2014/6384 E., 2015/17559 K.; Y9HD., 11.10.2010, 35641/28575; Y9HD, 25.01.2012, 36097/1761 K., <https://www.kazanci.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>93</sup> SÜZEK, 763; ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, 696-697; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1120; AKYİĞİT, 210, 209-210; ŞAHLANAN, 4;

Özellikle belirtmek gerekir ki kıdem tazminatına ilişkin 1475 sayılı Kanunun m.14/I, 5 bendinde işçinin işten ayrıldıktan sonra yeniden çalışmasını engelleyen bir hüküm olmadığı gibi başka bir düzenleme de bulunmamaktadır. Öyleyse işçinin işten ayrıldıktan hemen sonra bu işyerinde veya başka bir işyerinde<sup>94</sup> çalışabilme hakkının olduğu söylenebilir<sup>95</sup>. Ayrıca işçi, işten ayrıldıktan bir gün sonrasında başka bir işyerinde çalışabileceği<sup>96</sup> gibi bu işyeri rakip bir işyeri de olabilir<sup>97</sup>.

ÖZKARACA, Ercüment, “Yaş Dışı Emeklilik Koşullarını Tamamlayarak İş Sözleşmesini Feshedenlerin Yeniden Çalışma Hakkı”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2013, 145-151; aynı yazar, 171- 172; MÜLAYİM, 56; BASKAN, 206; BEDÜK, 714; AYDIN, Ufuk/ GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, 6.B., Eskişehir 2020, 381; TUNCAY, 81. Farklı görüşler için bkz. ODAMAN, Serkan, “Genel Görüşme”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, İstanbul 2013, 249; SUBAŞI, İbrahim/ KABAKCI, Mahmut, “15 Yıl+3.600 Gün=Kıdem Tazminatı”, İş ve Hayat Dergisi, Sayı 8, Ankara 2018, 126, 130 vd..

<sup>94</sup> AYDIN/ GÜVEN, 381; SÜZEK, 763; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, 1121.

<sup>95</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, 696; TUNCAY, 81; ŞAHLANAN, Fevzi, “Üç bin Altı yüz Gün ve On beş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması”, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2014, 4; MÜLAYİM, 56; ÖZKARACA, 171. ÖZKARACA, bu konuda yasal bir düzenleme olmadığı gibi yasanın hazırlık çalışmalarında da bu haktan yararlanmak isteyen işçinin kısa bir süre sonra başka bir işte çalışmasını engelleyen yahut iş sözleşmesi feshedilirken çalışma yaşamından çekilme amacının gerekliliğinin öngörülmediğini ifade etmektedir. Kanun’un hazırlık çalışmaları hakkında bkz. ÖZKARACA, 173-174.

<sup>96</sup> Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. Y7HD., 28.04.2014, 2014/596 E., 2014/9239 K., karar için bkz. MÜLAYİM, 56, dn. 41. “ Yani ister 15 yıl 3600 prim gününü tamamlanmış olsun ve isterse yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla ayrılmış olsun her iki halde de işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır...Davacının yeniden çalışmaya başlamasını yasaklayan kanuni bir düzenleme bulunmadığından, davacının emekli olduktan kısa bir süre sonra başka bir işte çalışmaya başlaması davacıya kanunen tanınmış bu hakkı ortadan kaldırmadığı gibi Anayasal bir hak olan çalışma hakkının kullanılmış olmasının hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanması da hatalıdır.” Y7HD., 15.09.2014, 2014/11021 E., 2014/17167K., Ayrıca bkz. Y22HD., 27.11.2014, 2014/31641 E. 2014/33567 K., <https://legalbank.net/belge/y , ET:21.09.2020>.

<sup>97</sup> Bu yönde bir Yargıtay kararına göre, “Somut olayda ekonomist olarak çalışan davacı 1475 sayılı Kanun’un 14. maddesinin birinci fıkrası (5) numaralı bendi uyarınca on beş yıl sigortalılık ve 3600 gün prim günü şartlarını sağladığı için 20.07.2012 tarihli istifâ dilekçesi ile 23.07.2012 tarihinde işten ayrılmıştır. Davacı 01.08.2012 tarihinde başka bir işverene ait işyerinde çalışmak üzere işe başlamıştır Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir firmada çalışması hakkın kötüniyetli kullanılması olarak

Buna göre, 08.09.1999 ile 30.04.2008 tarihleri arasında ilk kez sigortalı olan bir işçinin sigortalı olduğu tarihte 18 yaşında olduğu varsayılırsa, 7000 prim ödeme gün sayısı ile 37,5 yaşında veya 25 yıllık sigortalılık süresi ve 4500 prim ödeme gün sayısı ile 43 yaşında, İşK. m. 14/I,5 uyarınca kıdem tazminatı alarak iş sözleşmesini feshedebilecektir. Söz konusu bu yaşlar göz önünde bulundurulduğunda, ülkemizde yaşlılık aylığı alanların bile çalışmaya devam ettikleri gerçeği karşısında, herhangi bir aylığa hak kazanmadan işten ayrılan işçinin belirttiğimiz bu yaşlar itibariyle çalışma yaşamından çekilme amacı taşımasını aramak hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır<sup>98</sup>.

Yaş koşulu harici sigortalılık koşullarının yerine getirilmesi nedeniyle dayanan fesihlerde kıdem tazminatına hak kazanmaya ilişkin Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin birbirinden farklı kararları bulunmaktadır. Söz konusu farklılık çoğunlukla işçinin işten ayrılmadan önce yeni bir iş sözleşmesi imzalamasından kaynaklanmaktadır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2006 yılında vermiş olduğu karar<sup>99</sup>, daha sonraki yıllarda verilmiş kararlarının çoğunda ilke kararı olarak benimsenmiştir. Söz konusu kararda; m.14/I,5 uyarınca iş sözleşmesini feshederek işten ayrılanların daha sonra tekrar çalışma hakları, normal emekliliğe dayanan fesihler ile aynı doğrultuda değerlendirilmekte, eğer işçi bir başka işyerinde çalışmak için işyerinden ayrılmışsa 5. bent hükmünce kıdem tazminatı hakkı olmadığı ifade edilmektedir<sup>100</sup>.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 9. Hukuk Dairesinden farklı yönde kararlar almıştır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi konuyla ilgili vermiş olduğu ilk kararlarından birisinde<sup>101</sup>, yaş şartını sağlayarak emekli olan işçilere sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle çalışma hakkı verildiğini, 1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14/1,5 maddesindeki düzenleme bakımından kanun koyucunun amacının işçinin çalışma yaşamına aktif bir şekilde son

---

değerlendirilemez." Y9.HD., 10.02.2015 T., 2013/8624 E., 2015/5468 K., karar için bkz. MÜLAYİM, 56, dn. 43.

<sup>98</sup> ÖZKARACA, Çalışma Hakkı, 150.

<sup>99</sup> Y9HD, 04.04.2006, 2006/2716 E., 2006/8549 K.

<sup>100</sup> SUBAŞI/ KABAKCI, 121-122.

<sup>101</sup> Y22HD, 28.04.2014 tarih ve 2013/9795 E., 2014/10155 K., Karar ve kararın eleştirisi için bkz. SUBAŞI/ KABAKCI, 123.



vermek olmadığını, işçinin çalışmakta olduğu işyerinde yıpranabileceğini ve aynı zamanda sigortalılık süresi ile prim ödeme süresini doldurabileceğini ve kendisi için daha olumlu çalışma koşullarının olduğunu düşündüğü bir işyerinde çalışmak amacı ile 5. bentteki hakkını kullanabileceğini ve bunun dürüstlük kuralına aykırı olmadığını belirtilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ilerleyen yıllarda da aynı doğrultuda kararlar vermiştir<sup>102</sup>. Buna göre işçi, sigortalılık süresi ve prim ödeme gününü doldurmasıyla kıdem tazminatını her zaman talep edebilecektir. Diğer taraftan Yargıtay 7. Hukuk Dairesi<sup>103</sup> de 22. Hukuk Dairesiyle paralel kararlar vermiştir. Şahsi kanaatimiz de bu doğrultudadır. Zira ülkemizde emekliler bile ekonomik nedenlerle çalışma hayatında kalmak zorunda iken yaş dışındaki şartları sağlamak sureti ile kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılan sigortalıların yeniden çalışmasını beklenmemesi, çalışma hayatının gerçekleri ile bağdaşmamaktadır.

2015 yılından itibaren<sup>104</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararlarında<sup>105</sup>; MK. m. 2 kapsamında bir denetim yapmayarak

<sup>102</sup> Y22HHD. 28.05.2018, 2017/13583 E., K. 2018/13274K., aynı yönde bkz. Y22. HD., 20.11.2017, 2015/22265 E. 2017/25186 K. <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020. Y22. HD., 17.04.2018, 2015/27869 E. 2018/8778 K. <https://legalbank.net/belge/y>, ET:21.09.2020.

<sup>103</sup> Dairenin bu yöndeki bir kararına göre; "Davacının yeniden çalışmaya başlamasını yasaklayan kanuni bir düzenleme bulunmadığından, davacının emekli olduktan kısa bir süre sonra başka bir işte çalışmaya başlaması davacıya kanunen tanınmış bu hakkı ortadan kaldırmadığı gibi Anayasal bir hak olan çalışma hakkının kullanılmış olmasının hakkın kötüye kullanılması şeklinde yorumlanması da hatalıdır." Y7HD., 15.09.2014, 2014/11021 E., 2014/17167 K.. Ayrıca bkz. Y7HD., 14.11.2013, 2013/12848 E., 2013/19274 K., <https://legalbank.net/belge/y>, ET:21.09.2020.

<sup>104</sup> "Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin uygulamalarındaki esaslı farklılıklar nedeniyle 2015 yılında İçtihadı Birleştirme Kurulunun önüne götürülmüş; ancak Kurul bir karar vermeden, 9. Hukuk Dairesinin uygulamasında 22. Hukuk Dairesi kararlarındaki esasları esas alacağını beyanı üzerine herhangi bir içtihadı birleştirme kararı çıkmamıştır." SUBAŞI/ KABAKCI, 124. Ayrıca bkz. BASKAN, 207-209.

<sup>105</sup> Bkz. 25.01.2016, E. 2014/30035, K. 2016/1669; 26.01.2016, E. 2014/31301, K. 2016/1920, SUBAŞI/ KABAKCI, 125. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29.09.2016 tarih, 2016/27010 Esas ve 2016/16881 karar sayılı, 25.02.2016 tarih 2014/31116 esas ve 2016/4089 karar sayılı, 21.12.2015 tarih 2014/25983 esas ve 2015/36113 karar sayılı, 27.10.2015 tarih 2014/15588 esas ve 2015/30109 karar sayılı, 04.03.2013 tarih ve 2013/11223 esas ve 2015/9012 karar sayılı, 07.03.2017 tarih ve 2015/13250 esas ve 2017/3374 karar sayılı kararlarında, kötüye kullanılan hakkın hukuk tarafından korumaması gerektiği belirtilmektedir.

dürüstlük kuralı ilkesine değil sadakat ilkesi gerekçesine dayanmış, iş değiştirme aracı amacıyla yapılan fesihlerde işçinin kıdem tazminatı hakkının olamayacağını kabul etmiştir. 9. Hukuk Dairesi uygulamasında değişiklik dayanılan gerekçe bakımındandır. Özellikle işçinin fesihten önce sözleşme imzalaması 2016 yılından sonraki kararlarda, işçinin sadakat borcuna aykırılığından hareket ile kıdem tazminatı talebine olanak sağlayan bir uygulama olarak görülmemiştir<sup>106</sup>. Yani, Yargıtay 9. Hukuk dairesi dayanılan gerekçeyi değiştirmiş ama fiilen bir değişiklik yapmamıştır.

Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlarından önce 2019 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu kararına değinmek gerekir. 2019 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu kararında, işçinin yeniden çalışmak için yaşı dışındaki şartları sağladığı gerekçesi ile iş sözleşmesini feshetmesini hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmemiştir. Kararda; işçinin çalışma koşullarının kendisi lehine ve daha müspet olduğunu düşündüğü bir işyerinde çalışmak amacıyla feshetmesinin Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilemeyeceği

---

<sup>106</sup> SUBAŞI/ KABAKCI, 125.

ifade edilmektedir<sup>107</sup>. Karara karşı oyda ise bu durum, dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmektedir<sup>108</sup>.

Kararda dikkat çeken bir başka husus da işçinin işten ayrılmadan önce yeni bir iş sözleşmesi imzalamış olmasıdır. Kanaatimizce de işçi, ister işten ayrılmadan önce yeni bir iş sözleşmesi imzalamış olsun, isterse işten ayrıldıktan çok kısa bir süre yeni iş sözleşmesini imzalamış olsun, her hâlükârda işçinin yaş dışındaki şartları sağlaması nedeni ile işten ayrılması dürüstlük kuralına aykırı değildir.

<sup>107</sup> “İşçinin 1475 sayılı Kanununun 14/1,5 hükmünden yararlanmak koşuluyla iş akdini feshetmesi ve kıdem tazminatı alması onun aynı veya başka bir işverene ait iş yerinde çalışmasına bir engel oluşturmaz. Bu durum işçinin Anayasanın 48. maddesinde ifadesini bulan çalışma hakkının bir gereğidir (SÜZEK, 736). Gerçekten de, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinden hemen sonra yeni bir işte çalışmaya başlaması ve öncesinde iş görüşmeleri yapmış olması hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülemez. Nitekim fesihden kısa bir süre sonra yeniden çalışmasını gerektirecek durumlar ortaya çıkabileceği gibi işçinin bu hakkını kendisi için daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşündüğü bir başka iş yerinde çalışma amacı ile de kullanması mümkündür. 1475 sayılı Kanununun 14/1, 5. maddesindeki düzenleme ile kanun koyucunun amacının işçinin çalışma hayatını aktif şekilde sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Kanunda sigortalılık ve prim ödeme gün sayısına ilişkin şartları taşıyan işçi, kendisi için çalışma koşullarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir iş yerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması Medeni Kanun’un 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilemez. İşçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığı, kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmemektedir.”, YHGK, 14.11.2019, 2016/9-1419 E., 2019/1183 K. <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>108</sup> Karara ilişkin (HGK Kararı, 1419/1183) Karşı oy yazısında ise, “Davacı, davalı iş yerinde ayrıldıktan sonra değil hâlen çalışmaya devam ederken, başka bir iş yeriyle sözleşme imzalamış ve bu nedenle davalı iş yerinden ayrılmıştır. Davacının amacı yeni bulduğu ve sözleşme imzaladığı işte çalışmak için ayrılmıştır. Amaç iş akdini sonlandırmak değil, başka bir işte çalışmak için ayrılmaktır. Davacı somut olayda yasanın kendisine sağladığı hakkı kötüye kullandığı açıktır. Davacının davalı iş yerindeki işinden ayrılmasındaki gerçek iradesinin yaş hariç emekliliğe ait diğer kriterleri tamamlaması değil de, davalı iş yerindeki çalışması devam ederken başka bir iş yeriyle görüşüp anlaşması neticesinde daha iyi koşullarda başka bir işte çalışmak olduğu açıktır. Davacı dürüstlük kuralına aykırı davranmıştır. Kötüye kullanılan hakkı hukuk korumamalıdır. Davacının çalışırken başka bir işverene iş sözleşmesi imzalayıp ardından yaş hariç emeklilik koşullarının olduğu nedeniyle fesih hakkını kullanması ve iş sözleşmesini feshettikten sonra diğer iş yerinde işe başlaması şeklinde gerçekleşen olayda fesih hakkının kötüye kullanıldığı, davacının bu şekilde dürüstlük kuralına aykırı davrandığı, dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanılan hakkın korunmayacağından kıdem tazminatı isteminin reddi gerekecektir. ...aksi yöndeki sayın çoğunluğun görüşüne bu nedenlerle katılmamaktayım”.

2019 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu Kararından sonra, 9. Hukuk Dairesinin 2019 yılının sonlarına doğru vermiş olduğu bir kararda, kötüniet yerine sadakatsizliğe ilişkin gerekçelere hala yer verdiği anlaşılmaktadır<sup>109</sup>.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 2020 yılında vermiş olduğu bir kararından<sup>110</sup> da anlaşılacağı üzere, Daire baştan beri olan görüşünü sürdürmektedir. Bu kararda işçinin daha olumlu koşulları olan bir işte çalışmak istemesi normal karşılanmakta, işçinin yeniden çalışmasını gerektiren koşulların sonradan ortaya çıkabileceği de belirtilmektedir. Hatta yaşlılık aylığı alan işçi bile sosyal güvenlik destek primi ödemek sureti ile çalışabilmekte iken bu durumdaki işçilerin de çalışmasının dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2 Eylül itibariyle kapatılmasından<sup>111</sup> sonra Başkan ve Üyeleri Yargıtay 9. Hukuk Dairesinde

<sup>109</sup> "... Davacının işyerinden ayrıldıktan sonra başka bir iş yerinde çalışmaya başlaması çalışma özgürlüğü kapsamında olup, davacının yasanın kendisine verdiği hakkı kullanması karşısında kötü niyetli davrandığından söz edilemez. Kanunda tanınan bu hakkın amacı, iş yerinde çalışarak yıpranan ve bu arada sigortalılık yılı ve prim ödeme süresine ait yükümlülükleri tamamlayan işçinin, emeklilik için bir yaşı beklemesine gerek olmadan iş sözleşmesini aktif sonlandırabilmesine imkân tanınmaktadır... davacının bu süre zarfında (19.09.2013 tarihinde) başka bir işveren ile iş akdi imzalamasının da yeni işyerinde fesihden sonra 02/10/2013 tarihinde başladığı da dikkate alındığında sadakatsiz bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinin anlaşılması karşısında direnmenin yerinde olduğu...", 9 HD., E. 2019/7143 K. 2019/18684 T. 23.10.2019, <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

<sup>110</sup> "Sosyal Güvenlik Hukuku alanında yaş şartını da gerçekleştirmek sureti ile emekli olan işçilere sigorta destek primi ödeyerek çalışma imkânı tanındığı da dikkate alındığında, mülga 1475 sayılı Kanun'un 14/1-5 maddesindeki düzenleme açısından, kanun koyucunun amacının işçinin çalışma yaşamını fiili olarak sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Çalışmakta olduğu işyerinde yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerini tamamlayan davacının, kendisi için çalışma şartlarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir iş yerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması halinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilemez...", Y22. HD., 19.02.2020, 2017/27394 E. 2020/2884 K. Aynı yönde bkz. Y 22. HD. 20.01.2020 gün, 2016/27701 E, 2020/630K. <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020; Y9HD., 27.10.2020, 2016/29298 E., 2020/13360 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, ET:13.01.2021.

<sup>111</sup> 23 Temmuz 2016'da Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6723 sayılı Kanun, 6 yıl içinde 46 olan daire sayısının 12 hukuk, 12 ceza olmak üzere 24'e düşürülmesini, üye sayısının da boşalan üyeliklerin yarısı oranında seçim yapılmak suretiyle

görevlendirilmişlerdir. Bunun ardından her iki daire arasında içtihat farklılıklarının görüşülmesinden sonra uygulamanın birleştirilmesine karar verilmiştir<sup>112</sup>. Bu doğrultudaki kararlardan birisi de 1475 sayılı Kanun'un 14/5. bendi kapsamında yaş hariç emeklilik sebebiyle işten ayrılmalara ilişkindir. Buna göre, " 15 yıl 3600 gün uygulamasında işçinin önceden diğer işyeri ile sözleşme imzalamasının hakkın kötüye kullanımı:1475 sayılı Kanun'un 14/5. bendi kapsamında yaş hariç emeklilik sebebiyle ayrılmalarda işçinin daha sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışmaya başlaması, ayrılmadan önce diğer işyeri ile görüşme ve hatta sözleşme yapması hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmez" <sup>113</sup>.

Sonuç olarak, iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatını alan bir işçinin tekrar çalışması, tamamen onun sübjektif kararıdır. Kanaatimizce, Kanun'da belirtilen koşulları sağlamak suretiyle işten ayrılan işçinin, daha sonra çalışacağı işle ilgili başkaca koşulların aranmasını

---

kademeli olarak 200'e indirilmesini öngörülmüş ve Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu, 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. madde uyarınca, kapanacak dairelerin saptanması ve daireler arasındaki iş bölümünün yeniden belirlenmesi amacıyla toplanmıştır. Bu kapsamda Yargıtay 22. hukuk dairesi 2 Eylül 2020 tarihi itibarıyla kapatılmıştır. Bu tarihten itibaren farklı daireler olamayacağından farklı kararlar da verilemeyecektir.

<sup>112</sup> SÜMER, Haluk Hadi/ KAYIRGAN Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, Ankara 2020, 477.

<sup>113</sup> Söz konusu karar ve diğer kararlar için bkz. SÜMER/ KAYIRGAN, 477-492. Bu yönde bir Yargıtay kararına göre, "Sosyal Güvenlik Hukuku alanında, yaş şartını da gerçekleştirmek sureti ile emekli olan işçilere sigorta destek primi ödeyerek çalışma imkanı tanındığı da dikkate alındığında, mülga 1475 sayılı Kanun'un 14/1 5 maddesindeki düzenleme açısından, kanun koyucunun amacının işçinin çalışma yaşamını aktif olarak sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Çalışmakta olduğu iş yerinde yıpranmış olan ve bu arada sigortalılık yılı ile prim ödeme süresine ilişkin yükümlülüklerin tamamlayan işçinin, kendisi için çalışma şartlarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir iş yerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması halinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırı davrandığı kabul edilemez. Kanun ile tanınmış emeklilik sebebi ile fesih hakkının kullanılması ile birlikte kıdem tazminatına hak kazanılacağı kabulü gerekir. İşçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığı, kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmemektedir. Bu sebeple davacı işçinin kıdem tazminatı isteminin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Y9HD., 27.10.2020, 2016/29298 E., 2020/13660 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/Yargitay-BilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, ET:13.01.2021.

gerektirmez. Bu nedenle işçinin yeni işinin daha hafif veya daha ağır koşullarda olması, işçinin iş ilişkisi devam ederken yeni bir işverenle anlaşması gibi durumlar kıdem tazminatına hak kazanma bakımından önemli olarak nitelendirilmemelidir<sup>114</sup>. İşçinin sırf çalışma yaşamından çekilme amacı taşımamasını veya başka bir işyerinde çalışmak için işten ayrılmasını kötüniyet olarak değerlendirmek doğru olmayacaktır<sup>115</sup>. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir.

#### **IV. 25 YIL SİGORTALILIK VE 4500 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜN VEYA 7000 PRİM ÖDEME GÜNÜNÜN DOLDURULMASI NEDENİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİNİ FESHEDEN İŞÇİNİN YENİDEN ÇALIŞMASI DURUMUNDA BU İŞYERİNDEN AYRILIRKEN AYNI GEREKÇEYLETEKRAR KIDEM TAZMİNATINI TALEP EDİP EDEMEECEĞİ**

Yaş şartı dışında Kanundaki diğer koşulları yerine getirmek suretiyle işten ayrılan bir işçi, kanımızca yeniden farklı bir işyerinde çalışabilmekle birlikte bu işçinin yeniden çalışması sona erdiğinde, aynı gerekçeyle tekrar kıdem tazminatı talep edip edemeyeceği hususu hakkında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş, yaş dışında yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını yerine getirerek iş sözleşmesini fesheden ve kıdem tazminatı alan işçinin tekrar çalışabileceği, fakat bu sonraki çalışması nedeniyle işçinin aynı bent hükmüne dayanarak yeni işverenden kıdem tazminatı talep edemeyeceği düşüncesindedir<sup>116</sup>. Bu doğrultuda 2016 yılında verilmiş olan bir Yargıtay kararında “yaş hariç emeklilik koşullarının oluşması halinde ayrılmalardan doğan kıdem tazminatı hakkının bir kez kullanılabilceği, işçinin bu hakkı bir kez kullandığında bir sonraki çalışma dönemi için bu düzenlemelere dayanarak tekrar kıdem tazminatı isteyemeyeceği,

<sup>114</sup> MÜLAYİM, 59-60. Ayrıca bkz. TUNCAY, 80-81.

<sup>115</sup> ÖZKARACA, Çalışma Hakkı, 149. Ayrıca farklı görüş için bkz. TUNCAY, 81; SUBAŞI/ KABAKCI, 131-132.

<sup>116</sup> EKMEKÇİ/ YİĞİT, 629-630; ASTARLI, Muhittin, “İş İlişkisinin sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtayın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İstanbul 2015, 364- 365; TUNCAY, 82; ŞAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, İstanbul 2016, 217; SUBAŞI/ KABAKCI, 132.

bu hakkın daha önce kullanıp kullanmadığının belirlenmesinden sonra karar verileceği" ifade edilmektedir<sup>117</sup>.

Diğer görüşe göre ise yaş dışında yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarını yerine getirerek iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alan işçinin aynı veya başka bir işyerinde çalışması ve bu işyerinde de kıdem tazminatı alma koşullarını aynı bent hükmüne dayanarak yerine getirmesi halinde kıdem tazminatı talep edebileceği, bu durumun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>118</sup>.

Kanaatimizce, 25 yıl sigortalılık ve 4500 prim ödeme gününün veya 7000 prim ödeme gününün doldurulması nedeni ile iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatını alarak işten ayrılmış olmasından sonra bir başka işe girmesi ve bu yeni işyerinden ayrılırken gerekli koşulları yerine getirmesi durumunda tekrar kıdem tazminatı almasını engelleyen yani bu hakkın kullanılmasını kısıtlayan bir düzenleme, mevzuatta bulunmamaktadır<sup>119</sup>. Bu doğrultuda söz konusu koşulları taşıyan işçilerin bu yöndeki haklarını kullanmasına bir engel yoktur.

Ancak 9. Hukuk Dairesi, 2020 yılının Mart ayındaki bir kararında<sup>120</sup> aksi doğrultuda karar vermek sureti ile bu durumu dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirmiştir. Karara karşı oyda, bu durumun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemeyeceği, işçinin işe girerken mevcut olan bir hakkın ileride derhal fesih nedeni olarak kullanılmasını yasaklayan bir yasal düzenleme bulunmadığı, işçinin ikinci olarak

<sup>117</sup> Y9HD., 07.03.2016, 2014/33390 E., 2016/4940 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, ET:13.01.2021.

<sup>118</sup> AKYİĞİT, 344; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, 696, 698; ÖZKARACA, 177, 183; BASKAN, 210; MÜLAYİM, 61.Farklı yönde bkz. ŞAHLANAN, 4.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. MÜLAYİM, 61. Tuncay, "bu hakkın birden fazla kullanılmasını engelleyen bir ibarenin 1475 sayılı İŞK. m.14'te bulunmadığını, ancak bu boşluğun bilekerek yaratılmış bir boşluk olmayıp irade dışı meydana geldiği, aksi bir sonucun hakkın kötüye kullanımına yeşil ışık yakacağını, amaca göre yorum yapılması gerektiğini, bu durumun bir tür yıpranmanın erken ödüllendirilmesi olduğunu, bu hakkın defalarca kullanılmasının amaçlanmadığını, ancak yeni işverenin işçinin bu hakkı daha önce kullanıp kullanmadığını tespitinin zor olduğunu" belirtmektedir. TUNCAY, 82.

<sup>120</sup> Y9 HD., 09.03.2020, 2016/15082 E. 2020/3866 K. Ayrıca bkz. Y9.HD., 07.03.2016, 2014/33390 E., 2016/4940 K., <https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.09.2020.

çalıştığı işyerinde aynı yasal şartları taşıdığı bir aşamada kanunun kendisine tanıdığı hakkı kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı olmadığı, sürekli hale gelen yasal fesih hakkının açıkça kötüye kullanıldığı ispatlanmadıkça birden fazla kez kullanılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>121</sup>.

Eylül 2020 tarihinden sonra Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin birleştirilmesi ve içtihat farklılıklarının görüşülmesinden sonra uygulamanın birleştirilmesine yönelik kararına göre, *“Yaş hariç emeklilik kriterlerini haiz olan işçi bu yolla kıdem tazminatı alma hakkını sadece bir kez kullanabilir. İşçinin yeniden çalışması halinde yaş dâhil emeklilik sebebiyle ayrılması halinde bir yıl çalışma şartı mevcutsa, son işverenin de kıdem tazminatı ödemesi gerekir”*<sup>122</sup>.

Şahsi görüşümüz aksi doğrultudadır. Zira kıdem tazminatı almak için en az bir yıl çalışmış olma şartının arandığı bir durumda, işçinin bir yıl çalışıp sonrasında kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılması gibi bir öngörü ile işe başlaması beklenmez. Doktrinde katıldığımız bir görüşe göre, işçinin bu hakkını ikinci kez kullanmasının tamamen hakkın kötüye

<sup>121</sup> Karara karşı oy, “Yargıtay’ın sözü edilen uygulamalarına göre, işçinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesinden hemen sonra yeni bir işte çalışmaya başlaması ve öncesinde iş görüşmeleri yapmış olması hakkın kötüye kullanılması olarak düşünülemez. Nitekim fesihden kısa bir süre sonra yeniden çalışmasını gerektirecek durumlar ortaya çıkabileceği gibi işçinin bu hakkını kendisi için daha olumlu sonuçlar doğurabileceğini düşündüğü bir başka iş yerinde çalışma amacı ile de kullanması mümkündür. 1475 sayılı Kanununun 14/1, 5. maddesindeki düzenleme ile kanun koyucunun amacının işçinin çalışma hayatını aktif şekilde sonlandırması olduğundan bahsedilemez. Kanunda sigortalılık ve prim ödeme gün sayısına ilişkin şartları taşıyan işçi, kendisi için çalışma koşullarının daha olumlu olduğunu düşündüğü bir iş yerinde çalışma amacı ile bu hakkını kullanması Medeni Kanun’un 2. maddesinde öngörülen dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilemez. İşçinin hangi amaçla bu hakkı kullandığı, kıdem tazminatına hak kazanması açısından önem arz etmemektedir. Yaş hariç emeklilik koşullarını kazanan işçinin bu gerekçede yazılı olan hukuki ve fiili nedenlerle fesih hakkını, ikinci kez kullanmasına hiçbir engel bulunmamaktadır. Zira bir kez sigortalılık ve prim ödeme gün sayısına ilişkin şartları kazanan işçi için Kanun’un tanıdığı fesih hakkı sürekli hale gelmiştir. İşçinin ikinci olarak çalıştığı işyerinde aynı yasal şartları taşıdığı bir aşamada kanunun kendisine tanıdığı hakkı kullanmasının dürüstlük kuralına aykırı olduğu düşünülemez. Sürekli hale gelen yasal fesih hakkının açıkça kötüye kullanıldığı ispatlanmadıkça, birden fazla kez kullanılması mümkün görülmelidir. Zira aksine ve yasaklayıcı bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.” şeklindedir.

<sup>122</sup> Bkz. SÜMER/ KAYIRGAN, 490.



kullanılması niteliğinde değerlendirilmemesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı bir durumun somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerektiği ve Kanun'da belirtilen koşulları bir defa sağlayan işçinin bu nedene yeniden dayanarak kıdem tazminatı hakkının olabileceği ifade edilmektedir<sup>123</sup>.

## SONUÇ

1999 yılında kabul edilen 4447 sayılı Kanunla işçilerin yaşlılık aylığı alması için öngörülen yaş sınırı yukarıya çekilmiştir. Ancak bu yapılırken yaş dışındaki koşulları taşıyan işçilere kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılma hakkı da tanınmıştır.

Uygulamada işçi ile işverenlerin uyuşmazlık yaşadığı konular arasında, işçinin yaşlılık aylığı almak için yaş haricinde belirtilen koşulları sağlaması nedeni ile kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılması da yer almaktadır. Bu anlamda konu, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur.

Konu hakkında çıkan uyuşmazlıklar, genelde işçinin bu hakkını kullandıktan sonra yeniden işe başlaması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kanaatimizce, ülkemiz ekonomik koşullarında yaşlılık aylığı alanların bile çalışma hayatında kalmak zorunda oldukları göz önünde bulundurulduğunda, yaş dışındaki koşulları sağlayarak kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılan işçilerin de çalışma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu işçilerin daha yaşlılık aylığı bile hak edemediği ve Anayasada güvence altına alınmış çalışma hakkının engellenemeyeceği de bir gerçektir. İşçinin sırf daha iyi koşullarda yeni bir iş bulmasından dolayı kıdem tazminatı alarak işten ayrılması kötünietli olduğunu göstermez. Bu durum hakkın kötüye kullanılması ya da dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilemez. İşçinin daha olumlu gördüğü koşullarda, ki bu durum

<sup>123</sup> ÖZKARACA, 177-178. Aynı yönde bkz. ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT, 698; MÜLAYİM, 61-62. Mülayim'e göre "Ayrıca Sosyal Güvenlik Kurumundan alınan belgede işçiye öncesinde bu doğrultuda bir belge verildiği ya da işçinin bu hakkını öncesinde kullandığına dair bir ibare bulunmamaktadır. İşçi, Sosyal Güvenlik Kurumundan belge almış olsa bile kullanamamış da olabilir. İşveren tarafından işçinin sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş de olabilir. İşçi, bu fesih hakkının yanı sıra haklı nedenle de iş sözleşmesini fesih etmiş olabilir". MÜLAYİM, 61-62. Aynı yönde ve farklı değerlendirme için bkz. KESER, 52. Aksi yönde bkz. TUNCAY, 82; SUBAŞI/ KABAKCI, 132. Farklı değerlendirme için bkz. ŞAHLANAN, 4;

tamamen sübjektif ve değerlendirilmesinin işçiye bırakılması gereken bir durum olup, çalışmasının hakkı olduğu açıktır. Kaldı ki, bizce işçinin işten ayrılmadan önce anlaşmış ya da iş sözleşmesi imzalamış olması da durumu değiştirmez. Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2 Eylül 2020 itibariyle kapatılmasından sonra 9. ve 22. Hukuk Daireleri arasında içtihat farklılıklarının birleştirilmesine ilişkin kararında, yaş dışında emeklilik nedeniyle işten ayrılan işçinin daha sonra başka bir işverene ait işyerinde çalışabileceği, eski işyerinden ayrılmadan önce yeni işyeriyle görüşme ve hatta sözleşme yapabileceği ve bunun hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirilmeyeceği yönünde görüş açıklanmıştır.

Diğer bir uyuşmazlık noktası ise işçinin bu hakkını, kaç kez kullanabileceğidir. Eylül 2020 tarihinden sonra Yargıtay 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin birleştirilmesi ve içtihat farklılıklarının görüşülmesinden sonra uygulamanın birleştirilmesine yönelik değerlendirmesinde, yaş hariç sigortalılık koşullarını yerine getiren işçinin bu yolla kıdem tazminatı alma hakkını yalnızca bir kere kullanabileceğine karar verilmiştir. Ancak, bu hakkın birden fazla kullanılmasını kısıtlayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu doğrultuda işçinin bu hakkını birden fazla kullanmasının mümkün olduğu söylenebilir. Yeni işyerinde aynı koşulları taşıyan işçinin kanunun kendisine tanımış olduğu hakkı kullanması dürüstlük kurallarına aykırı değildir. Belirttiğimiz üzere, kıdem tazminatı almak için en az bir yıllık çalışmanın şart olduğu bir halde, işçinin bir yıl çalışıp sonrasında kıdem tazminatı almak sureti ile işten ayrılması gibi bir öngörü ile işe başlaması beklenmez. Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı durumun varlığını ise somut olayın özelliğine göre değerlendirilmek yerinde olacaktır.

İşçinin sözleşmesini yaş harici sigortalılık koşullarını yerine getirmesi nedeniyle feshedebilmesi için belirtilen koşulları sağlaması ve bu nedene dayanması gereklidir. Ancak işçinin bu kapsamda fesih yaptığı anlaşılmakta ise durum farklılık göstermektedir. İşçi, işten ayrılmadan önce, işten ayrılırken bu hakkını kullanma doğrultusundaki iradesini açıklamış ise işten ayrıldıktan hemen sonrasında ilgili yazıyı sunduğunda işçinin kıdem tazminatına hak kazandığının kabul edilmesi gerektiği söylenebilir. Belgenin geç sunulmasının faiz başlangıcı açısından önemli olduğuna dair Yargıtay kararlarına katılmaktayız. Ancak aradan çok uzun bir

zaman geçtikten sonra işçinin bu kapsamda fesih hakkını kullandığını ileri sürmesi ise iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde makul bir talep olarak değerlendirilemez.

Kanaatimizce, bu koşullara dayanarak iş sözleşmesinin feshinde bildirimli feshe başvurulmalı ve işçinin bu doğrultuda kıdem tazminatı talep etmesi gereklidir. Yargıtay kararları ise aksi doğrultudadır. Ancak işçilerin her halükarda bildirimli fesih yolu ile iş sözleşmesini fesih etmeleri, hak kaybına uğramamak için daha doğru olacaktır.

## KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2020.
- AKYİĞİT, Ercan, Kıdem Tazminatı, 2.B., Ankara 2010 (2010).
- ALPER, Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, 10. B., Bursa 2019.
- ARASLI, Utkan, “Kimler “İtibari Hizmetten” Yararlanacak?”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2007, 127-140.
- ARICI, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- AYDIN, Ufuk/ GÜVEN, Ercan, Bireysel İş Hukuku, 6. B., Eskişehir 2020.
- BASKAN, Şükriye Esra, “Yaş Koşulu Dışındaki Emeklilik Koşullarını Sağlayarak İşten Ayrılan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 2017, 189-213.
- BAŞBUĞ, Aydın, Fiili Hizmet Zammı ve Uygulama Sorunları, Ankara 2017.
- BAŞBUĞ, Aydın/ YÜCEL BODUR Mehtap, İş Hukuku, 5.B., Ankara 2018.
- BAŞTERZİ, Süleyman, İşsizlik Sigortası, Ankara 1996.
- BEDÜK, Mehmet Nusret, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 2, 2019, 679-726.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, “İtibari Hizmet Süresine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı ve Yaşanan Gelişmeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, 127-139.
- ÇAVUŞ, Ö. Hakan, “Sosyal Güvenlik Sisteminde Fiili (İtibari) Hizmet Süresi Zammı Düzenlemeleri ve Sosyal Güvenlik Kurumu Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/1, 113-150.
- ÇELİK, Nuri/ CANİKLİOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 33. B., İstanbul 2020.
- ÇOLAK, Mahmut, “506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasasında 27 Mart 2007 Tarihinden İtibaren İtibari Hizmetin Uygulanma şekli”, <http://www.vergi.tc/makaledetay/sizdengelenler/506-sayili-sosyal-sigortalar-yasasinda-27-mart-2007-tarihinden-ittibaren-ittibari-hizmetin-uygulanma-sekli/1b174b08-7217-48db-8f4f-a914ed7689ba>, ET: 30.09.2020.

- DEMİRCİ, Hakkı, Sigortalılık Süresi Hesabında Dikkate Alınan-Alınmayan Süreler ile Prim Ödeme Gün Sayısını Artıran Çalışmalar (I), <http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/diger/makale/sigortalilik-suresi-hesabinda-dikkate-alinan-alinmayan-sureler-ile-prim-odeme-gun-sayisini-artiran-calismalar-i.html>, ET: 30.09.2020.
- EKMEKÇİ, Ömer/ YIĞIT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku, 3.B., İstanbul 1987.
- ERGİN, Hediye, “5510 Sayılı Kanun’da Fiili Hizmet Süresi Zammı Uygulaması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 15, Eylül 2009, 183-192.
- ESENER, Turhan, İş Hukuku, 3.B., Ankara 1978.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9.B., İstanbul 2019.
- GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 18.B., İstanbul 2020.
- KESER, Hakan, “İş Sözleşmesinin Emekliliğe Hak Kazanma Sebebiyle Feshinde İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 21, Mart 2011, 41-65.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. B., Ankara 2014.
- MUTLAY, Faruk Barış, “Kıdem Tazminatına Hak Kazanmak İçin Aranılan 15 Yıl Sigortalılık Süresini Tamamlama 3600 Gün Prim Bildirme Şartlarının Dayanağı ve Farklı Şartların Dikkate Alınma Zorunluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 41, Temmuz 2019, 130-151.
- MÜLAYİM, Baki Oğuz, “15 Yıl Sigortalılık Süresi ve 3.600 Gün Prim Ödeme Gününü Dolduranların İşten Ayrılmalarında Kıdem Tazminatı Talep Edebilmesi”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, 2018, 37-70.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973 (Kıdem Tazminatı).
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014.
- OCAK, Saim, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Evlilik, Askerlik ve Sosyal Güvenlik Hakları Nedeniyle Feshinde İhbar Tazminatı”, Dokuz

Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, 573-608.

ODAMAN, Serkan "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, İstanbul 2013.

ÖZCAN, Sezgin, "25 Yıl Sigortalılık Süresi Şart Mıdır?", 26.10.2019, <https://www.sozcu.com.tr/2019/yazarlar/sezgin-ozcan/25-yil-sigortalilik-suresi-sart-midir-5412123/>, ET: 25.09.2020.

ÖZKARACA, Ercüment, "Sigortalılık Süresi ve Prim Ödeme Gün Sayısını Tamamlama Suretiyle Kıdem Tazminatı Hakkı ve Bu sebeple Yapılan Feshin Sözleşmesel Kayıtlara Etkisi", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 149-186.

ÖZKARACA, Ercüment, "Yaş Dışı Emeklilik Koşullarını Tamamlayarak İş Sözleşmesini Feshedenlerin Yeniden Çalışma Hakkı", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Haziran 2013, 145-151(Çalışma Hakkı).

SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 10.B, Ankara 2019.

SUBAŞI, İbrahim / KABAKCI, Mahmut, "15 Yıl+3.600 Gün=Kıdem Tazminatı", İş ve Hayat Dergisi, Sayı 8, Ankara 2018, 118-134.

SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. B., Ankara 2020.

SÜMER, Haluk Hadi, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020.

SÜMER, Haluk Hadi/ KAYIRGAN Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, Ankara 2020.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19.B., İstanbul 2020.

ŞAHLANAN, Fevzi, "Üç bin Altı yüz Gün ve On beş Yıl Sigortalılık Süresini Doldurarak Kıdem Tazminatı Alan İşçinin Başka Bir İşyerinde Çalışmaya Başlaması", Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2014, 2-6.

TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 6. B., İstanbul 2013.

TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. B., İstanbul 2018 (2018).

TUNCAY, A.Can/ EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 20.B.,İstanbul 2019.

TUNCAY, A.Can, “Yaş Dışında Sigortalılık Şartlarını Yerine Getiren İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, Çimento İşveren Dergisi, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, 72-82.

UŞAN, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.

UŞAN, M. Fatih, “Kanun Yapmak Bu Kadar Kolay mı Yahut Bu Kadar Zor mu (5510 Sayılı Kanun Uygulamasında Bir Tesbit) “, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2016 /I, 209-228.

<https://www.lexpera.com.tr>.

<http://kazanci.com.tr>.

<https://karararama.yargitay.gov.tr>.

<https://kms.kaysis.gov.tr>.







## VAKIF ÜNİVERSİTELERİ İLE ÖĞRETİM ELEMANLARI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN NİTELİĞİ

Dr. Seracettin GÖKTAŞ\*

### Öz

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na göre, vakıf öğretim elemanlarının, devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanları ile aynı niteliklere sahip olması gerekir. Öğretim elamanları, öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinden oluşmaktadır. Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5'inci maddesinde, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin sözleşmeye dayandığı belirtilmiştir. Ancak sözleşmenin niteliği öğreti ve uygulamada tartışmalıdır. Sözleşmenin niteliği, tarafların hak ve borçlarının belirlenmesi ve uyuşmazlıkların çözümünde görevli yargı yerinin tespiti açısından önem arz etmektedir. Kamu tüzel kişileri, kamu hizmetinin görülmesi için özel hukuk sözleşmeleri de yapabilirler. Kamu tüzel kişisi olan vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki hukuki ilişki, şartlarını serbestçe belirledikleri iş sözleşmesine dayanmaktadır. İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru ile işverenin yönetim hakkı, bilimsel özgürlüğe aykırı yorumlanamaz. Bununla birlikte, konunun önemi nedeniyle açık bir yasal düzenlemenin bir an önce yapılması gerekir.

### Anahtar Kelimeler

Vakıf Üniversitesi • İdari Sözleşme • İş Sözleşmesi • İş Hukukunda Akademik Personel • Bilimsel Özgürlük

\* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı, Ankara, Türkiye | The President of Ninth Legal Chamber of the Court of Cassation, Ankara, Turkey.

✉ seracettingoktas@gmail.com • ORCID 0000-0002-5103-9947

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: GÖKTAŞ Seracettin, "Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasındaki Hukuki İlişkinin Niteliği", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 581-621.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## NATURE OF THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN FOUNDATION UNIVERSITIES AND TEACHING STAFF

### Abstract

According to the Higher Education Law (Nr.2547), foundation teaching staff must have the same qualifications as the teaching staff who are working in state higher education. In Annex-Article 5 of the aforementioned Law, it is stated that the relationship between foundation universities and teaching staff is based on a contract. However, the legal nature of the contract is controversial in doctrine and judgment. The nature of the contract is important in determining the rights of the parties and the jurisdiction in charge of resolving disputes. In this paper, we argue that this contract, the terms of which are freely determined by the parties within the framework of the rules specified in the law, is a labour contract. The dependency of employees to employers and the right to govern of employers do not harm academic freedom. However, the fact remains that clear legal regulation should be made as soon as possible.

### Key Words

Foundation University • Administrative Agreement • Labour Contract • Teaching Staff in Labour Law • Academic Freedom

### GİRİŞ

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3.maddesine göre öğretim elemanları "Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir". Aynı maddeye göre öğretim üyeleri ise "Yükseköğretim kurumlarında görevi profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleridir". Yükseköğretim Kanunu'nun ek 8'inci maddesine göre, vakıf üniversitelerinde görevlendirilen öğretim elemanları, devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarıyla aynı niteliktedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 5'inci maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumunun tüzel kişiliğini temsil eden mütevelli heyetin, yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek öğretim elemanlarının sözleşmelerini yapmakla yetkili olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanır. Sözleşmenin niteliği taraflarının hak ve borçlarını belirlemede ve görevli yargı yolunun tespitinde önem arz eder.

Sözleşmenin niteliği ve buna bağlı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde hangi yargı yolunun görevli olduğu hususları tartışmalıdır. Konu ile ilgili Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesinin pek çok kararı vardır. Yüksek mahkemeler arasında yaşanan olumlu görev uyuşmazlığının yanı sıra aynı yargı yolu içinde farklı uygulamalar da görülmektedir. Öğretide de durum farklı değildir. Sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu ileri sürenlerin yanında iş sözleşmesi niteliği bulunduğu ve dolayısıyla görevli yargı yolunun adli yargı olması gerektiği yönündeki görüşler de bulunmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle konu ile ilgili idari sözleşme, idari hizmet sözleşmesi, iş sözleşmesi ve kamu görevlisi kavramları ele alınacak, daha sonra vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşmenin niteliğinin belirlenmesine çalışılacaktır. Çalışmada konuya ilişkin öğretideki görüşlere ve yargı içtihatlarına geniş ölçüde yer verilecek ve özellikle işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin akademik özgürlüğe etkisi üzerinde durulacaktır. Elbette sözleşmenin belirlenecek niteliğine bağlı olarak görevli yargı yolu da değerlendirilmiş olacaktır.

## I. ÜNİVERSİTE İLE ÖĞRETİM ELEMANI ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENİRİLMESİ

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun Ek-5'inci maddesinde vakıf yükseköğretim kurumu tüzel kişiliğini temsile yetkili mütevelli heyetin görevleri belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında mütevelli heyetin görevleri arasında yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmelerini yapmak da sayılmıştır. Aynı Kanunun Ek 8'inci maddesinde ise, vakıf yükseköğretim kurumlarında görevlendirilecek öğretim elemanlarının nitelik olarak Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları gibi olacağı düzenlenmiştir.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23'üncü maddesine göre, "Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir.

*Vakıf meslek yükseköğretim kurumlarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir.*

*Vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alacak olan akademik ve idari personelin çalışma esasları 2547 sayılı Kanunda devlet üniversiteleri için öngörülen hükümlere tabidir. Bu personelin aylık ve diğer özlük hakları bakımından ise 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır".* Yönetmeliğin ikinci fıkrasında belirtilen "özlük hakları" ibaresi Danıştay tarafından iptal edilmiştir<sup>1</sup>.

Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları, kamu hizmeti yürütmeleri ve istihdam edilenin özelliği dolayısıyla öğretim elemanı ile yaptıkları sözleşmenin niteliği tartışmalara yol açmıştır. Yükseköğretim Kanunu'nun ek 5'inci maddesinin yukarıda sözü edilen hükümden de anlaşılacağı üzere vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişki sözleşme ilişkisine dayanır. Bununla birlikte, bu sözleşmenin bir Borçlar Hukuku sözleşmesi mi yoksa Kamu Hukuku kurallarına tabi bir idari sözleşme mi olduğu hakkında herhangi bir kanun ya da yönetmelik hükmü bulunmamaktadır. Sözleşmenin niteliği, sadece tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemede değil, aralarındaki uyuşmazlığın hangi yargı yolunda çözüleceğini saptamada da önem arz etmektedir.

Sözleşmenin niteliği hakkında öğreti ve yargıda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere geçmeden önce konu ile ilgili bazı önemli kavramların açıklanmasında yarar görülmektedir. Bu nedenle aşağıda öncelikle idari sözleşme, idari hizmet sözleşmesi, kamu görevlileri ve iş sözleşmesi kavramları incelenecek, daha sonra vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, akademik özerklik ilkesi de dikkate alınarak, değerlendirilecektir.

## **A. Konuya İlişkin Kavramlar**

### **1. İdari Sözleşme**

İdarenin tek taraflı hukuki işlemlerle, üstlendiği görevleri yerine getirebilmek için ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri temin edebilmesi ve halkın kamu hizmetlerinden istifadesini sağlayabilmesi mümkün

<sup>1</sup> Danıştay 8. D, 29.04.2011,2008/8234-2011/2452.

olamayabilir. Bu nedenle idare, anayasa ve kanunda belirtilen görevlerini yerine getirebilmek için sözleşme yapmak zorunda kalabilmektedir<sup>2</sup>.

İdare, idari sözleşmeler ve özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere iki tür sözleşme yapabilir. Bu nedenle idarenin yaptığı sözleşmelerin tamamı idari sözleşme değildir. Başka bir anlatımla, idarenin yaptığı her sözleşme idari sözleşme sayılmaz<sup>3</sup>.

İdarenin tarafı olduğu özel hukuk sözleşmelerinin yapılması, tarafların borçları, edimlerin ifası ve sözleşmenin sona ermesi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir. Özel hukuk sözleşmelerinde tarafların eşit haklara sahip olduğu kabul edilir. Burada idarenin üstün haklara sahip olması söz konusu değildir. Öğretide haklı olarak belirtildiği gibi, özel hukuk sözleşmelerinde gerçek kişilerin sahip olduğu serbesti, idarede yoktur. İdarenin özel hukuka tabi sözleşmelerinde de idarenin uymak zorunda olduğu pek çok usul kuralları bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, mevzuatın öngördüğü kısıtlama ve usuller nedeniyle idare, sözleşme yapacak kişiyi ve sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyemez<sup>4</sup>. Bunlar daha çok sözleşme yapılmasına kadar olan dönem ile ilgilidir. Bu aşamaya kadar yapılan işlemler idare hukukuna ait olduğundan, çıkacak uyuşmazlıklar idari yargının görev alanına girer. Buna karşılık sözleşme yapıldıktan sonra özel hukuk hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme görevi ise adli yargındır<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Bası, Ankara 2015, s. 183-184.

<sup>3</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, C. I, Genel Esaslar, 11. Bası, Ankara 2016, s. 473; ÇAL, Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı bir Yaklaşım Önerisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2010, s. 227. "İdare, tıpkı özel hukuk kişileri gibi özel hukuk sözleşmeleri yapabildiği gibi; kamusal yetkinin verdiği üstünlük ve ayrıcalıklara dayanarak, konusu, hüküm ve koşulları bakımından özel hukuk sözleşmelerinden farklı olan sözleşmeler de yapar ki, idare hukuku esaslarına tabi bulunan bu sözleşmeler "idari sözleşme" olarak adlandırılırlar...". (UM, 12.06.2000, 1999/47-/2000/11, RG, 23.07.2000, S.24118).

<sup>4</sup> GÜNDAY, s. 195-196; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 473; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 452.

<sup>5</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 452-453. Danıştay bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: "Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit olduklarından, taraflardan birinin tek yanlı iradesi ile sözleşmeden doğan ilişkiyi etkilemesi ve değiştirmesi düşünülemez. Oysa idari sözleşmeler, yukarıda da belirtildiği gibi, idareye özgü bir düzenlenişe gereksinim

İdari sözleşmelerde ise, idare hukuku esasları geçerlidir. İdari sözleşmelerde taraflardan biri kamu yararını gözetecek olan idare, diğeri ise kendi çıkarını düşünen kişidir. Kamu yararı özel yarardan üstün olduğuna göre, idari sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklı hukuki kurallara tabi olması gerekir<sup>6</sup>. Bu nedenle idari sözleşmelere, idarenin idare hukuku ve ilkelerine tabi sözleşmeler denilmiştir<sup>7</sup>. İdari sözleşme ile ilgili olarak, “genel olarak kamu kurum ve kuruluşlarının özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile ya da diğer kamu tüzel kişileri ile kamu hizmetine ilişkin olarak yaptıkları sözleşme”<sup>8</sup>, “kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması şartıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olan veya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşme”<sup>9</sup> şeklinde tanımlar da yapılmıştır.

Bir sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle taraflarından birinin ya da her ikisinin idare olması gerekir. İdarenin tarafı olmadığı bir sözleşme idari sözleşme sayılmaz<sup>10</sup>. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi, idarenin tarafı olduğu sözleşmelerin tamamını idari sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir.

---

*gösteren bir konuyu düzenlediklerinden, idare, kamu yararı ve kamu hizmetlerinin gerekleri dolayısıyla, tek yanlı iradesi ile sözleşme ilişkisini etkileyebilir ve karşı taraf hakkında işlemler yapabilir. Bu nedenle, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde görülmeyen bir takım üstünlük ve ayrıcalıklarla donatılmış olması, örneğin tek yanlı değiştirme, tek yanlı fesih, denetleme, ceza verme, işletmeye el koyma ve satın alma gibi yetkilerle donatılması idari sözleşmelerle düzenlenen konuların niteliği gereğidir. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde görevli yargı yeri sözleşmenin imzalanmasından önce ve sonraki aşamalarda çıkan uyumsuzluğun niteliğine göre belirlenecek; sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada çıkan uyumsuzluklarda idari yargı; imzalandıktan sonra ortaya çıkan uyumsuzluklarda ise adli yargı görevli olacaktır. Ancak sözleşme idari sözleşme ise öncesi sonrası ayrımı yapılmaksızın görevli yargı yeri 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2/1-c maddesi ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 5/1-c maddesi uyarınca idari yargı olacaktır”. (Danıştay 8.D, 24.4.2018, 2016/12066-2018/2322).*

<sup>6</sup> GÜNDAY, s. 184.

<sup>7</sup> GÜNDAY, s. 184; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 472.

<sup>8</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 453.

<sup>9</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 12. Baskı, Bursa 2010, s. 267.

<sup>10</sup> GÜNDAY, s. 184; GÖZLER, s. 265; ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2013, s. 354-355.

İdarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olup olmadığı bazı kıstaslara göre belirlenmektedir<sup>11</sup>. Büyük ölçüde yargı organları tarafından ortaya konulan bu kıstaslardan ilki kanun hükmüdür. Bu husus Anayasa'nın 47'nci maddesinde "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılacağı veya devredilebileceği kanunla düzenlenir*" şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre kanun koyucu sözleşmenin idari sözleşme olduğunu açıkça ya da dolaylı olarak öngörebilir<sup>12</sup>. Kanunda idari sözleşme olduğu açıkça belirtilmemekle birlikte, sözleşmenin kamu hukukuna tabi olduğu veya sözleşmeden doğacak ihtilafların idari yargı yerinde çözüleceği ifade edilmek suretiyle dolaylı olarak da sözleşmenin idari sözleşme olduğuna işaret edilmiş olabilir<sup>13</sup>. Kanun açıkça veya dolaylı olarak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu da düzenleyebilir. Sözleşmenin niteliği açıkça ifade edilmeden, o sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların adli yargıda çözüleceği öngörülmüşse, özel hukuk sözleşmesinin amaçlandığı kabul edilmelidir. Ancak kanun koyucunun sözleşmenin niteliğini açıkça belirtmeden sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun öngörülmesi, önemli hukuki sorunlara yol açabilecek niteliktedir<sup>14</sup>. İdari sözleşme olmakla birlikte, kanunda bu niteliği açıkça belirtilmeden özel hukuk hükümlerine tabi olduğunun düzenlenmesi halinde Anayasa'nın 37'nci maddesi ile teminat altında alınmış olan kanuni hâkim güvencesinin ihlaline yol açılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinde öngörülen benzer düzenlemeyi bu gerekçe ile iptal etmiştir<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> İdari sözleşmenin kıstasları hakkında geniş bilgi için bkz. TEKİNSOY, M. Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", AÜHFD, C.55, S. 2, 2006, 181-227; GÜNDAY, s. 185 vd.; GÖZLER, s. 264 vd.; ÇAĞLAYAN, s. İdare Hukuku, s. 353 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 455 vd.; ÇAL, s. 228 vd.

<sup>12</sup> GÜNDAY, s. 185; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 454-455; GÖZLER, s. 264; ÇAL, s. 227-228.

<sup>13</sup> GÜNDAY, s. 185; ÇAĞLAYAN, s. 353-354; TEKİNSOY, s. 185-186.

<sup>14</sup> TEKİNSOY, s. 189.

<sup>15</sup> AYM, 28.06.1995, 1994/71-1995/23, AYMKD, C.1, S. 32, s. 144 vd.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde "kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar" da idari yargının görev alanında belirtilmiştir.

Kanunda idarenin tarafı olduğu bir sözleşmenin idari sözleşme niteliği açıkça veya dolaylı bir şekilde belirtilmemişse, sözleşmenin idari sözleşme olup olmadığı, sözleşmenin konusuna ve sözleşme hükümlerinin mahiyetine göre belirlenir<sup>16</sup>. Buna göre, öncelikle sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili olmalıdır<sup>17</sup>. Kanunda idari veya özel hukuk sözleşmesi niteliği belirtilmemiş olan bir sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin değilse, yapılan sözleşme idari sözleşme olarak değerlendirilemez. Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, "devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir"<sup>18</sup>. Bir faaliyetin kamu hizmeti kapsamına girip girmediği varsa açık

<sup>16</sup> GÜNDAY, s. 185; ÇAĞLAYAN, s. 355. Anayasa Mahkemesi de bir kararında idari sözleşmenin ölçütlerini taraflardan birinin kamu idaresi olması, bir kamu hizmetinin yürütülmesinin sözleşmenin konusunu teşkil etmesi ve idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilip verilmediği olarak belirtmiştir. Kararın ayrıntıları için Bkz. AYM, 28.06.1995, 1994/71-1995/23, RG, 20.03.1996, S. 22586.

<sup>17</sup> GÜNDAY, s. 185-186; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 457; GÖZLER, s. 265; ÇAĞLAYAN, s. 355.

<sup>18</sup> AYM, 10.03.2011, 2008/54-2011/45. Kamu hizmeti, idare hukukunun en önemli kavramlarından birisi olmasına rağmen, içeriği ve tanımı konusunda fikir birliği yoktur. Kavram hakkında çeşitli tanımlar yapılmıştır: "Siyasal organlar tarafından kamuya yararlı olarak kabul edilen, bir kamu kuruluşunun ya kendisi ya da yakın denetim ve gözetimi altında özel kesim tarafından yürütülen faaliyetlerdir" (GÜNDAY, s. 332); "Yasama organınca kamu hizmeti olarak nitelendirilen idare ya da onun denetim ve gözetimi altında özel kişilerce, kamu yararı amacıyla, toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarını tatmin için yapılan faaliyettir" (AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 526). "Bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir" (GÖZLER, s. 297); "Toplumun ortak, genel ve sürekli bir ihtiyacının kamu tüzel kişilerinince karşılanması" ÇAĞLAYAN, s. 173). "Toplum için önem kazanmış olan ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyettir" (GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S. 1-3, Y. 9. 1988, s. 148). Kamu hizmetinin temel ilkeleri, devamlılık, değişebilirlik, yararlanmada eşitlik, sunumda tarafsızlık ve bedelsizliktir. Kamu



kanun hükmüne, yoksa kanun koyucunun iradesine bakılarak belirlenir. Kamu hizmetinin yürütülmesi için kamulaştırma, ceza verme ve tekel olma gibi kamusal yetkilerden başka bu amaçla yapılacak sözleşmelerde özel hukuka yabancı yetkilerin bulunup bulunmadığına bakılır.

Bir idari sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesini kapsamamasından başka, sözleşmede idareye özel hukuku aşan özel yetkiler de verilmiş olmalıdır. Başka bir anlatımla, özel hukukun temel ilkelerinden olan eşitliği bozucu hükümler içermesi gerekir<sup>19</sup>. “Özel hukuku aşan hükümler”, özel hukuk sözleşmelerinde normal şartlarda tarafların özgür iradelerini yansıtmayacak nitelikte kayıt ve şartlardır<sup>20</sup>. Özel hukuk sözleşmelerinde kural olarak tarafların eşitliği söz konusudur. İdari sözleşmelerde de idarenin üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Sözleşmede idareye karşı taraf üzerinde bazı yaptırımlar uygulama, mali dengeyi bozmamak kaydıyla sözleşmede değişiklikler yapma ya da kamu yararı gerektirdiğinde sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme gibi üstün yetkilerin verilmesi halinde idari sözleşme söz konusu olur<sup>21</sup>.

Türk hukukunda imtiyaz sözleşmeleri, idari hizmet sözleşmeleri, mali iltizam sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler ve görevlendirme sözleşmeleri idari sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Buna karşılık Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan yol, köprü, baraj, bina yapımı gibi sözleşmelerle yiyecek, araç-gereç satın alınması gibi özel hukuk

---

hizmetinin temel ilkeleri hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 334 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 529 vd.; ÇAĞLAYAN, s. 175 vd.; ÇAL, s. 230 vd.

<sup>19</sup> Öğretide bu üç unsurun birlikte olması gerektiği hakkında bkz. AYM, 09.12.1994, 1994/43-1994/42-2, RG, 24.01.1995, S.22181; Danıştay 12.D, 02.11.1976, 1974/1958-1976/2141, Danıştay Dergisi, S.26-27, s. 511; GÜNDAY, s. 186; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, s. 483; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 456; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 356; ÇAL, s. 229; Buna karşılık, bir tarafın idare olması koşulu birlikte sözleşmenin kamu hizmetlerine ilişkin olması ya da sözleşmede özel hukuku aşan yetkilerin verilmesi koşuluna yer verilmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. GÖZLER, s. 267.

<sup>20</sup> GÖZLER, s. 265.

<sup>21</sup> ÇAĞLAYAN, s. 355. İdari sözleşmelerin bu özelliği nedeniyle teknik anlamda bir sözleşme olmadığına ilişkin görüş hakkında bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 453-454; TEKİNSOY, s. 204.

hükümlerinin uygulanmasını gerektiren sözleşmeler ise, özel hukuk sözleşmeleri kabul edilmektedir<sup>22</sup>.

Anayasa Mahkemesi idari sözleşmenin söz konusu olabilmesi için, “sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması koşullarının varlığı aranmalıdır” şeklinde bir değerlendirme yapmıştır<sup>23</sup>. Danıştay da kararlarında bu kıstasları aramaktadır<sup>24</sup>.

## 2. İdari Hizmet Sözleşmesi

İdari hizmet sözleşmesi, işçi niteliğinde olmayan kamu görevlileri ile idare arasında yapılan sözleşmedir<sup>25</sup>. İdari hizmet sözleşmesi, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri ile istihdam ettikleri şahıslar arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesi ve görevli yargı yolunun belirlenmesi konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay’ın başvurduğu ve öğreti tarafından da benimsenen önemli bir kavramdır<sup>26</sup>. Bu sözleşme, idari sözleşme türlerinden birisidir. Ancak idari hizmet sözleşmesinin konusu da bir kamu hizmeti olmakla birlikte, bir tarafının her zaman gerçek kişi olmasının gerekmesi dolayısıyla diğer idari sözleşmelerden ayrılmaktadır<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> İdari sözleşmelerle idarenin tarafı olduğu sözleşmeler hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 187 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 460 vd.; GÖZLER, s. 266 vd.; ÇAĞLAYAN, 356 vd.

<sup>23</sup> AYM, 09.12.1994, 1994/43-1994/32-2, AYMKD, C. I, S. 2, s. 299.

<sup>24</sup> “Bir sözleşmenin “idari sözleşme” niteliğinde olabilmesi için bir idarenin kamusal yetkilerine dayanarak hazırladığı ve kendisine üstünlük ve ayrıcalık tanıyarak sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak düzenlenen sözleşmeler olması gerekmektedir”. (Danıştay 8.D, 13.12.1999, 2852-7533, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/8-daire-e-1999-2852-k-1999-7533-t-13-12-1999>, 20.04.2020). Aynı yönde, Danıştay 11.D, 24.05.2018, 2017/1804-2018/2600; Danıştay 15.D, 12.05.2015, 2013/4927-2015/2790.

<sup>25</sup> GÜNDAY, s. 193; GÖZLER, s. 271.

<sup>26</sup> İdari hizmet sözleşmesi kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 193; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 468; GÖZLER, s. 271; ÇAĞLAYAN, s. 358. YEŞİL-YURT DURAN, Allı, “İdari Hizmet Sözleşmesi”, ERÜHFD, C. XII, S. 1, 2017, s. 115-154.

<sup>27</sup> YEŞİL-YURT DURAN, Allı, “İdari Hizmet Sözleşmesi”, ERÜHFD, C. XII, S. 1, 2017, s. 125.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İstihdam Şekilleri" başlığını taşıyan 4'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, "Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel<sup>28</sup> ve işçiler eliyle gördürülür". İdare ile Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca "özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığına ihtiyaç gösteren geçici işlerde" çalıştırılan personel arasında yapılan sözleşmeler idari hizmet sözleşmeleridir<sup>29</sup>.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilecek personelin memur, sözleşmeli personel ve işçi olabileceği düzenlenmiştir<sup>30</sup>. Burada sözü edilen sözleşmeli personel, genel idare esasları dışında yürütülen görevlerde sözleşme ile istihdam olunan ve fakat işçi sayılmayan personeldir<sup>31</sup>. Anayasa Mahkemesince asli ve sürekli görevlerde çalıştırılmalarından dolayı idare ile aralarındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> 20.11.2017 tarih ve 696 sayılı KHK ile geçici personel statüsünün sonlandırılmasıyla Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen istihdam şekilleri üçe düşmüştür.

<sup>29</sup> GÜNDAY, s. 193; SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019, s. 335-336.

<sup>30</sup> Türkiye'de Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsü ilk defa 60 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilmiştir. Sözü edilen Kararname 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı kanunla aynen benimsenmiştir. Daha sonra 08.06.1984 tarih ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe girmiştir. Anılan Kararnameyi önemli ölçüde değiştiren 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 21.01.1990 tarih ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli personel statüsü devam etmiştir. Bu Kararnamede sözleşmeli personelin hizmete alınmaları, görev ve yetkileri, nitelikleri, atanma, ilerleme, yükselme, hak ve yükümlülükleri ile diğer özlük hakları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

<sup>31</sup> GÜNDAY, s. 194.

<sup>32</sup> "Gerek 233, gerek 308 sayılı KHK'lerde, sözleşmeli personelin memur ya da kamu görevlileri türlerinden hangisine girdiğine ilişkin bir açıklık yoktur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) bendiyle öngördüğü "...zarurî ve istisnâî hallere münhasır olmak üzere bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde..." sözleşmeli personel çalıştırabilirle olanağı da, yasal bir dayanak olarak gösterilemez. Çünkü 657 sayılı Yasa bu tür istihdamı "...istisnâî hallere münhasır..." ve "...geçici işler..." koşullarına bağlamıştır. KİT'lerde ise, sözleşmeli personel ile yürütülmek istenen işler, genellikle "istisnâî" değil "aslı" dir, "geçici" değil "sürekli" dir. Bu durumda, her iki KHK'nin de amaçladığı sözleşmeli personel, memur ve diğer kamu görevlileri kavramları dışında kalan, işçi de olmayan, yeni,

Sözleşmeye dayalı olarak çalışmalarına rağmen, Devlet Memurları Kanunu kapsamındaki sözleşmeli personelin çalışma şartları ve özlük hakları hakkında büyük ölçüde sözü edilen kanunun ve idarelerin kendi özel kanunlarının hükümleri uygulanır. Özel bir hüküm yoksa 06.06.1978 tarih ve 7/15754 sayılı Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar uygulanır. Kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilen sözleşmeli personele ise, öncelikle 399 sayılı KHK hükümleri, burada hüküm bulunmadığı takdirde Kararnamenin 58'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır. Sözleşmeli personel ile idare arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır<sup>33</sup>.

### 3. Kamu Görevlileri

Öğretide “kamu görevlileri” kavramı, dar anlamda kamu görevlileri ve geniş anlamda kamu görevlileri iki açıdan ele alınmaktadır. Geniş anlamda kamu görevlileri, hukuki durumuna ve yaptıkları görevin niteliğine bakılmaksızın kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade eder. Buna göre özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar da geniş anlamda kamu görevlisi kavramı içinde değerlendirilmektedir. İdare ile geniş anlamda kamu görevlileri arasında çıkan uyuşmazlıklarda ilişkinin niteliğine göre idari yargı veya adli yargı görevlidir. Dar anlamda kamu görevlileri ise, devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevliler ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak çalışanlar dışındaki kamu görevlileridir<sup>34</sup>. Bunlar, bir kamu tüzel kişiliğine tabi olarak, “atama” işlemiyle ve bir “idari sözleşme” ile “az çok uzunca bir süre çalıştırılan” gerçek

---

*kendine özgü bir istihdam türüdür. Bununla birlikte, gerek KHK'nin 42. maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilmek istenen sözleşmenin öğelerine göre, gerek öğretinin saptamaları ve yerleşmiş, tutarlı yargı içtihatları karşısında, temel özellikleriyle bir "idari sözleşme" söz konusudur. Çünkü, sözleşmenin taraflarından biri ve kamu ilişkisine dayalı konunun sahibi kamu yönetimidir, çalıştırılan birey ya da bireylere karşı daha üstün söz hakkı vardır. Kamu yönetime hazırlanan "tip sözleşmeler" uygulandığı için statüer özellik ağır basmaktadır." (AYM, 22.12.1988, 1988/5-1988/55, RG, 25.07.1989, 20232).*

<sup>33</sup> GÖZLER, s. 271; Ayrıca bkz. Danıştay 11.D, 24.05.2018,2017/1804-2018/2600.

<sup>34</sup> Kamu görevlileri kavramı ve türleri hakkında geniş bilgi için bkz. GÖZÜBÜ-YÜK/TAN, s. 803 vd.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 643 vd.; GÖZLER, s. 345 vd. Yazara göre, idare hukukunda “kamu görevlisi” kavramı dar anlamda kullanılır. İdarede çalışan herkes kamu görevlisi değildir. Serbest çalışanlar ve özel hukuka tabi çalışanlar kamu görevlisi değildir. Aynı eser, s. 346-347; SANCAKDAR/ ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s. 339 vd.; KANLIGÖZ, s. 180 vd.

kişilerdir<sup>35</sup>. Hangi anlamda olursa olsun, kamu görevlisi niteliği, herhangi bir kamu kurum veya kuruluşuna bağlı çalışmayı gerektirir. Bu nedenle, örneğin, özel taksit işletmecileri ve fırıncılar, mesleklerini serbest olarak icra eden doktorlar ile ve özel hastaneye bağlı olarak çalışan doktorlar, serbest çalışan avukatlar kamu hizmeti görmekle birlikte kamu görevlisi sayılmazlar<sup>36</sup>. Kamu görevlileri kavramı geniş ve dar anlamı yanında kendi isteği ile hizmete alınıp alınmamasına, ücret karşılığı iş görüp görmediklerine, hizmetin sürekli veya geçici olup olmasına, gördükleri hizmetin asli ya da yardımcı elemanı olup olmasına ve tabi oldukları hukuka göre bir ayrıma da tabi tutulmaktadır<sup>37</sup>.

Anayasa'nın 128'inci maddesine göre, memur kamu görevlisi olup, Anayasada kamu görevlileri için öngörülen ilke ve kurallar memurlar için de geçerlidir<sup>38</sup>. Memur ve diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına takdir yetkisi Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişiliklerine aittir<sup>39</sup>.

Anayasa'da kamu personeli konusunda kullanılan ifadelerde terim birliğinde söz etme olanağı bulunmamaktadır. 33'üncü ve 121'inci maddelerde "kamu hizmeti görevlileri", 39'uncu maddede "kamu hizmet ve görevinde bulunanlar", 71'inci maddede "kamu hizmetine girenler", 68, 69, 128 ve 129'uncu maddelerde "diğer kamu görevlileri" ve 137'nci maddede "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse" ifadeleri kullanılmıştır. Aynı anlama da gelebilecek bazı kavramların değişik ifade edilmeleri terminolojik kargaşaya yol açmış ve bu

<sup>35</sup> GÖZLER, s. 347 vd. İdare tarafından az çok uzunca çalıştırılmayan, ama "idareyle dıştan iş birliği yapan kişiler (idareye mal ve hizmet sağlayan kişiler, kamu hizmeti imtiyazlıları ve bayındırlık işi müteahhitleri gibi) kamu görevlisi olamazlar. Bkz. GÖZLER, s. 347.

<sup>36</sup> GÜNDAY, s. 579-580; GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 7. Baskı, 2015, s. 663 vd.

<sup>37</sup> Kamu görevlilerinin kümelendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNDAY, s. 579 vd.

<sup>38</sup> GÜNDAY, Metin, "Devlet Memurları Rejimi", TÜHİS, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, 8 Şubat 2002, Ankara, s. 51.

<sup>39</sup> AYM, 10.03.2011, 2008/54-2011/45, RG, 21.10.2011, 28091.

sebeple Anayasa koyucunun bu tutumu özensiz bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir<sup>40</sup>.

Maddede “diğer kamu görevlileri” kavramının tanımına yer verilmiş ise de aynı maddenin ikinci fıkrası dikkate alındığında, idare ile diğer kamu görevlileri arasındaki ilişkinin statü hukukuna tabi olacağını söylemek mümkündür<sup>41</sup>. Başka bir anlatımla sözü edilen düzenleme dolayısıyla idare ile diğer kamu görevlileri arasındaki ilişkiyi özel hukuk hükümleri çerçevesinde düşünme imkânı kalmamıştır. Ekonomik ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin varlığı varılan sonucu değiştiremez. Memurlar ve diğer kamu görevlileri iş hukukuna tabi işçilerden farklı olarak statü hukuku içerisinde yer almaktadırlar. Anayasa Mahkemesine göre, “Maddede sözü edilen “diğer kamu görevlileri” kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır”<sup>42</sup>.

Anayasa’nın 128’inci maddesinde geçen “genel idare esasları” kavramı ile anlaşılması gereken, “genel idare”nin bağlı olduğu kurallar ve usuller, kısaca kamu yönetimi biçimidir<sup>43</sup>. Kamu hukuku ilkeleri ve kamu yönetimi usulleri, kamu gücünün kullanımını gerekli kılar<sup>44</sup>. “Bütçe kuralları, denetim kuralları, finansman, kamulaştırma, ceza kesme, kamu alacaklarının tahsili yöntemine başvurma, idari işlem ve sözleşmeler

<sup>40</sup> SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s. 340.

<sup>41</sup> 1982 Anayasa’sına göre kamu görevlileri kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 174 vd.

<sup>42</sup> AYM, 10.03.2011, 2008/54-2011/45, RG, 21.10.2011, 28091.

<sup>43</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 809-810; GÜNDAY, s. 582; Aynı Yazar, Devlet Memurları, s. 53; Bir görüşe göre. “genel idare esasları”ndan “Anayasa’nın (5)’inci maddesinde saptanan “Devletin temel amaç ve görevleri” doğrultusunda Anayasa’nın (123-137)’inci maddeleri arasında yer alan, “idarenin bütünlüğünü” ve “kamu tüzel kişiliği”ni; “idarenin düzenleme yetkisi”ni, “idarenin yargısal denetimini” “idarenin merkezi idare ve mahalli idareler esasına dayandığı”ni, “kamu hizmeti görevlileri ve bunların görev ve sorumlulukları ile güvenceleri”ni, “kanunla düzenleme esası”ni ve kanunsuz emir”i anlamak gerekir. İşte memur, bu esaslara göre devletin yürüttüğü kamu hizmetlerinin birincil (asli) ve sürekli bir ögesidir; kamu hizmetinin insan ögesidir. Bu görevlerde kadro temel alınır ve yukarıda sayılan esaslar, memuru öbür çalışanlardan ayırır ve bir açıdan kendisine hukuk güvencesi sağlar”. Bkz. GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s. 667.

<sup>44</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 644.

yapma, genel muhasebe, arttırma, eksiltme ve ihale yöntemine başvurma, yönetimin malının kamu malı sayılması gibi kamusal yetkiler” genel idare esaslarının kapsamına girmektedir<sup>45</sup>. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi için kamu gücü kullanılmak suretiyle tek taraflı idari işlemlerin kurulması ve idari kararların alınması genel idare esaslarının uygulandığına işaret eder<sup>46</sup>. Bu açıdan “Genel idare esasları” ile “özel işletmecilik esasları” birbirinin tersi kavramlardır<sup>47</sup>. Ancak, özel hukuk hükümlerine tabi kamu teşebbüsleri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinde de belli ölçüde genel idare esasları uygulandığı için kamu görevlisi istihdam edilebilmektedir<sup>48</sup>.

Anayasa'nın sözü edilen maddesinde belirtilen “asli ve sürekli görevler” kavramı ise, görevin bir kadroya bağlanmasını ifade eder. Görevin asli ve sürekli niteliği, o görev için kadro tahsisi ile ortaya çıkar. Kadro ilişkisi ise, bir statü ilişkisini zorunlu kılar<sup>49</sup>. Statü ilişkisinin içeriği ve kapsamı bir sözleşme ile değil, kanun hükmü ile belirlenir. Kamu görevlisi, idare tarafından gerçekleştirilen bir atama işlemi ile statü ilişkisinin içine alınır<sup>50</sup>. Anayasa Mahkemesine göre, “Atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir “şart işlem” olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşlemin konusunu, objektif hukuk kuralları düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemlerle önceden saptandığı,

<sup>45</sup> SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s. 343.

<sup>46</sup> GÜNDAY, s. 582.

<sup>47</sup> GÖZLER, s. 350; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 644.

<sup>48</sup> GÜNDAY, s. 582-583.

<sup>49</sup> GÜNDAY, s. 583; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 809; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 644-645. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şöyle açıklamaktadır: “genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri onu diğer hizmetlerden ayırır. Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin aslî ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği ve bu görevlerin kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statü bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir” (AYM, 09.02.1993, 1992/44-1993/7, RG, 19.06.1993, 21612).

<sup>50</sup> GÜNDAY, s. 583.

*varolan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memur olmak isteyen birey ya da bireyler, bu Yasadaki memurluğa giriş koşullarının ya da öteki kuralların dışında, kendileri için farklı uygulamalar yapılmasını ileri süremezler"<sup>51</sup>.*

Yukarıdaki açıklamalar da göz önünde bulundurularak, Anayasa'nın 128'inci maddesinde belirtilen diğer kamu görevlilerini kamuda istihdam edilen diğer personelden ayıran üç önemli özellik bulunduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, kamu görevlisinin "türü, niteliği ve tabi olduğu hukuki rejimi ne olursa olsun, belli bir idari faaliyete ya da kamu hizmetine ilişkin olarak kamu gücü kullanan ve kamu gücü kullanarak idari işlemler tesis eden ve idari kararlar alan kimse" olmasıdır. İkinci, kamu görevlisinin kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevleri görmesi ve nihayet kamu görevlisi ile idare arasında statü ilişkisinin bulunmasıdır<sup>52</sup>.

Anayasa'nın "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle görülür" şeklinde düzenlenen 128'inci maddesinin birinci fıkrası, kamu iktisadi teşebbüsleri gibi özel yönetim usulleri ile yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin görevleri ifa edenlerin memur veya diğer kamu görevlisi sayılamayacağı gibi bir sonuca götürebilir. Oysa özel hukuk hükümlerine tabi kamu iktisadi teşebbüslerinde, sınırlı da olsa, genel idare ilkeleri de uygulandığından, memur ya da diğer kamu görevlisi statüsü ile personel çalıştırılabilmektedir. Bu sebeple, maddenin birinci fıkrasının "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği, kamusal usullerle görülmesi gereken asli ve sürekli görevler memur ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>53</sup>.

Anayasa'nın 128'inci maddesinde ifade edilen kamu hizmetlerini ifa edecek memurların atanması, görev ve yetkileri, aylık ve ödenek ve diğer özlük işleri Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülmüştür. Diğer

<sup>51</sup> AYM, 22.12.1988, 5-55, RG, 25.07.1989, 20232.

<sup>52</sup> GÜNDAY, Devlet Memurları, s. 53 vd.

<sup>53</sup> GÜNDAY, s. 582.



kamu görevlilerinin statüleri ise, özel kanunlarında (2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu gibi) düzenlenmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesinde, sözleşmeli personelin tanımı yapılırken "kamu hizmeti görevlileri" ifadesi kullanılmıştır. Öğretide DMK'nın 4'üncü maddesinde geçen "kamu hizmeti görevlileri" kavramının kapsamı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, işçilere DMK uygulanmadığından, bunlar söz konusu Kanun uyarınca kamu görevlisi kavramı içinde değerlendirilemezler<sup>54</sup>. Başka bir görüşe göre, kamu hizmetlerini bir idari sözleşme uyarınca yürüten sözleşmeli personel ve geçici personel de kamu görevlisidir<sup>55</sup>. DMK kapsamındaki kamu görevlilerini memurlar, sözleşmeliler, geçici görevliler ve işçiler olmak üzere dört grupta ele alan diğer bir görüş de bulunmaktadır<sup>56</sup>. DMK'da kamu hizmetlerinin belirtilen dört grup personel eliyle gördürüleceğinin öngörülmüş olması, tamamının kamu görevlisi olduğu anlamına gelmez. Bunlardan memurlar kamu görevlisi ise de diğer gruplarda yer alan personelin kamu görevlisi olup olmadıkları yukarıda belirtildiği üzere tartışmalıdır. Şu halde kamu hizmeti gördürülen her personel kamu görevlisi sayılamaz.

Sözleşmeli personel ile yapılan sözleşmenin içeriği, ücretin üst sınırı, izin ve benzeri sözleşme içeriğine ilişkin konuların kanun, kanun hükmünde kararname ya da Cumhurbaşkanınca belirlenmesi, söz konusu ilişkiyi statü hukuku kapsamına almıştır. İlişkinin bu niteliği, onu sözleşme kavramından uzaklaştırır<sup>57</sup>. Bununla birlikte, sözleşmeli personel memur ya da diğer kamu görevlilerinden değildir<sup>58</sup>. Görev ve yetkileri

<sup>54</sup> GÖZLER, s. 348.

<sup>55</sup> GÖZLER, s. 354. Yazara göre, Türkiye'de kamu görevlileri, "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri" olarak iki ayrılmaktadır. Diğer kamu görevlileri ise "sözleşmeli personel" ve "geçici personel" olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Aynı eser, s. 353.

<sup>56</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 804-805.

<sup>57</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 468.

<sup>58</sup> Kamu görevlisi ile idare arasındaki ilişkinin niteliği statü ilişkisi olup, içeriği ve kapsamı bir sözleşme ile değil, kanunla belirlenir. Ayrıca kamu görevlisi idarece tesis edilecek bir atama ile bu statü ilişkisinin içine sokulur. Bkz. GÜNDAY, Devlet Memurları, s. 53; "Sözleşmeli personel istihdamında ise "akdî" bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade

yönünden sözleşmeli personel ile memurlar ve diğer kamu görevlileri arasında fark söz konusu değilse de sözleşmenin yapılması, hizmet süresi, ücret ve sosyal güvenlik şartları gibi özellikleri itibarıyla sözleşmeli personel, memur ve diğer kamu görevlilerinden ayrılmaktadır<sup>59</sup>. Kamu görevlisi sayılan sözleşmeli personel ile idare arasındaki ilişkiyi diğer kamu görevlilerinden ayırt etmek için “sözleşmeli personel” ifadesi kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi bir kararında, “*Öğreti ve yargı kararlarında düşünce ve görüşlerin birleştiği bir tanım şimdilik söz konusu değilse de sözleşmeli personel genel çizgileriyle, kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde, memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimsedir. Sözleşmeli olarak çalışan böyle bir görevli “diğer kamu görevlisi” sayılabilir*”<sup>60</sup> tespitinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, tam gün süreli çalışan öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarından başka bir yerde çalışmalarını ve mesleklerini serbestçe icra etmelerini yasaklayan, 5947 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesi ile değişik 2547 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinin iptaline ilişkin kararın gerekçesinde, öğretim üyelerinin diğer kamu görevlilerinden farklı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>61</sup>. Öğretide bir görüşe göre, üniversite öğretim elemanları Anayasa'nın 128'inci maddesinde belirtilen “diğer kamu görevlileri” kavramına dahildir<sup>62</sup>. Başka bir görüşe ise, üniversitelerde istihdam edilen okutman, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi grubundaki kamu personelinin belirli süreli çalışmalarını öngören bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, kanun koyucu bunların sürekli olarak görev yapamayacaklarını öngörmüştür. Kısmi süreli çalışan doçent ve profesörlerin

---

*uyumu esastır. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini, çalışacağı kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır. Şu halde, kamu iktisadî teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK'de bir "hizmet sözleşmesine tâbi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan ve atamaya tâbi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerinde anayasal olanak yoktur". (AYM, 22.12.1988, 5-55, RG, 25.07.1989, 20232).*

<sup>59</sup> AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 469; Aynı yönde bkz. AYM, 10.03.2011, 2008/54-2011/45.

<sup>60</sup> AYM, 19.04.1988, 1988/16-1988/8, AYMKD, S.24, 1989, s. 118.

<sup>61</sup> AYM, 16.07.2010, 29-90, RG, 04.12.2010, 27775.

<sup>62</sup> GÜNDAY, s. 387; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 577; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Bursa 2016, s. 620.

zaman bakımından “sürekli” görev ifa etmedikleri de dikkate alındığında, üniversite öğretim elemanlarının “diğer kamu görevlileri” kategorisinde yer almaması gerekir<sup>63</sup>.

#### 4. İş Sözleşmesi

Sözleşme, hukuki bir sonuç doğurmak üzere, iki veya daha çok kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile uyuşmasıdır<sup>64</sup>. Buna göre, öncelikle iki veya daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun beyanları söz konusu olmalıdır<sup>65</sup>. Tarafların karşılıklı ve içerik olarak birbirine uygun iradelerini birbirlerine açıklamalarıyla sözleşme kurulur. Borç sözleşmeleri kural olarak iki taraflı olmakla birlikte sadece bir tarafı borç altına sokan sözleşmeler de yapılabilir. İki tarafı karşılıklı ve birbirine bağlı borçlandıran sözleşmeler, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak ifade edilir<sup>66</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre hizmet sözleşmesi, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 2’nci maddesine göre ise iş sözleşmesi, “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir”. Türk Borçlar Kanunu’nda tanımlanan “hizmet sözleşmesi” ile İş Kanunu’nda öngörülen “iş sözleşmesi” aynı hukuki ilişkiyi ifade eder<sup>67</sup>. Her iki kanundaki tanımlar arasındaki tek fark, Türk Borçlar Kanunu’nda zaman unsuruna da yer verilmiş olmasıdır. İş Kanunu’nda iş sözleşmesinin tanımında zaman unsuruna açıkça yer verilmemiş olması, iş görmeyi belirli veya belirsiz süreyle yerine getirilmediği anlamına

<sup>63</sup> SANCAKDAR/ÖNÜT/US DOĞAN/KASAPOĞLU TURHAN/SEYHAN, s. 342.

<sup>64</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 7. Bası, İstanbul 2017, s. 95; “Sözleşme, karşılıklı, birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir hukuki işlem türüdür”, NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 33.

<sup>65</sup> TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 73.

<sup>66</sup> Borç sözleşmeleri hakkında geniş bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 98 vd.; NOMER, s. 39.

<sup>67</sup> OĞUZMAN, M. Kemal, Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 3-4.

gelmemelidir<sup>68</sup>. Nitekim İş Kanunu iş sözleşmelerini süresine göre belirli ve belirsiz süreli olmak üzere ikiye ayırmıştır.

İş sözleşmesinin, ücret, iş görme ve bağımlılık olmak üzere üç temel unsuru vardır. İşverenin ücret ödeme, işçinin ise bağımlı olarak iş görme borçları söz konusudur. Bu unsurlardan birini dahi ihtiva etmeyen bir sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>69</sup>. İş görme ve ücret iş sözleşmesinin temel unsurları olmakla birlikte, ayırt edici nitelikleri yoktur. Çünkü ücret karşılığı iş görülen başka sözleşmeler de bulunmaktadır. Bu nedenle ücret ve iş görme unsurları tek başına ya da birlikte iş sözleşmesini nitelemezler. Bağımlılık unsuru ise, iş sözleşmesinin karakteristik bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Ancak bağımlılık unsuru, iş görenin unvanı, konumu, işin niteliği ve ifa edilmiş şekli itibarıyla göreceli bir kavramdır. İşçinin uzmanlık alanı, unvanı ve pozisyonuna göre bağımlılığın kapsamı ve derecesi farklılık arz edebilir. Ekonomik ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan yeni istihdam biçimleri ve çalışanın uzmanlık alanı, işverenin yönetim yetkisinin konusunu farklılaştırmakla birlikte, işçi, işverenin emir ve talimatlarına bağlı olarak iş görür. Bu bakımdan, bağımlılıktan kasıt, kişisel/hukuki bağımlılıktır<sup>70</sup>. Hukuki bağımlılık, iş sözleşmesini konusu iş görme olan diğer

<sup>68</sup> Bir görüşe göre, İş Kanunu'nda iş sözleşmesinin tanımında "zaman" unsuruna yer verilmemiş olması, yeni teknolojilerin ortaya çıkardığı yeni istihdam biçimlerinin yaygınlaşmasının kanun koyucu tarafından göz önüne alındığını gösterir (MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014, s. 342).

<sup>69</sup> İş sözleşmesi kavramı ve unsurları hakkında geniş bilgi için bkz. ÇELİK, Nur/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019, s. 165 vd.; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014, s. 163 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/BAYSAL, s. 343 vd.; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020, s. 223 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 61 vd.; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018, s. 117 vd.; SÜMER, Halûk Hadi, İş Hukuku, 25. Bası, Ankara 2020, s. 37 vd.; UŞAN, M. Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020, s. 80 vd.

<sup>70</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 354; SÜZEK, s. 225; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 64; AKYİĞİT, s. 121; SÜMER, s. 38; UŞAN/ERDOĞAN, s. 81. Aynı yönde bkz. Y22HD, 21.05.2014, 2013/7568-2014/13812 ve Y9HD, 12.02.2015, 2013/9303-2015/6160.

sözleşmelerden ayıran en önemli unsurdur<sup>71</sup>. Bununla birlikte, bağımlılık unsuru da bazen tek başına belirleyici olmayabilir. Zira iş sözleşmesine göre bağımlı çalıştığı kabul edilmesi gerekenler arasında öyle çalışanlar vardır ki bunlar işlerini yerine getirirken bağımsız davranabilmektedirler. Örneğin, bir işyerinde avukat veya doktor olarak çalışan bir kişi, mesleğinin gereklerini yerine getirirken tamamen bağımsızdır<sup>72</sup>.

İş sözleşmesi, her iki tarafa biri diğerinin nedeni olan borçlar yükler. İşçi iş görme edimini yerine getirmese işverenin ücret ödeme borcu doğurmaz. Taraflar karşılıklı edimlerinin zaman içinde tekrarlanacağını taahhüt ederler. Başka bir anlatımla, ani edimli sözleşmelerden farklı olarak, iş sözleşmesinde tarafların karşılıklı edimleri devamlıdır. Bu nedenle, iş sözleşmesi, her iki tarafa karşılıklı ve sürekli borç yükleyen sözleşmelerdendir<sup>73</sup>. İş sözleşmesinin kurulmasında, sürdürülmesinde ve sona ermesinde işçinin kişisel özellikleri (mesleki bilgisi, deneyimi, mizacı, tutum ve davranışları vs.) ön planda tutulduğu için taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir özelliği de bulunmaktadır<sup>74</sup>.

İş sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir<sup>75</sup>. İşçi ve işveren arasındaki ilişki, özel hukukun işlem ve ilkelerine bağlı olarak kurulmakta ve yürütülmektedir<sup>76</sup>. İş sözleşmesinin kuruluşu ve hükümlerini meydana getirmesi Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir<sup>77</sup>. İşverenin gerçek kişi ya da tüzel kişi olması sözleşmenin bu niteliğine etkili değildir. Kamu

<sup>71</sup> Bağımlılık unsuru hakkında geniş bilgi için bkz. EROL, Abdullah, İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Ankara 2020; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 170 vd.; NARMANLIOĞLU, s. 167 vd.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 352 vd.; SÜZEK, s. 225 vd.; EYRENCİ/TAŞKENT/ ULUCAN, s. 63-64; AKYİĞİT, s. 121 vd.; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 27 vd. Yargıtay'ın bağımlılık unsurunun ayırt edici özelliğini ifade ettiği kararı için bkz. Y9HD, 03.05.2012, 2010/7939-2012/15559.

<sup>72</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 63.

<sup>73</sup> EKONOMİ, s. 66; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 402-403; SÜZEK, s. 232; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 65; SÜMER, s. 39; UŞAN/ERDOĞAN, s. 82.

<sup>74</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 401-402; SÜZEK, s. 232.

<sup>75</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 177; AKYİĞİT, s. 117; SÜMER, s. 39; UŞAN/ERDOĞAN, s. 82; BAŞBUĞ/YÜCEL, s. 119.

<sup>76</sup> EKONOMİ, s. 18.

<sup>77</sup> SÜMER, s. 39.

iktisadi teşebbüsleri veya devlet de özel hukuk sözleşmesi olan iş sözleşmesi ile işçi çalıştırabilir<sup>78</sup>.

## B. Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

2547 sayılı Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun Ek 5 ve Ek 11'inci maddelerinde vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında sözleşme bulunduğuna işaret edilmiştir. Bununla birlikte ne söz konusu kanunda ne de bu kanuna dayanılarak çıkarılan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde sözleşmenin mahiyeti konusunda açık bir hükme yer verilmiş değildir. Sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin mevzuatta açık bir düzenleme bulunmaması konu hakkında öğretilerde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, sözleşmede iş sözleşmesinin unsurlarının mevcut olduğunu ve dolayısıyla sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu savunanlar da vardır. Bu iki görüş dışında aradaki ilişkide hem statü hem de iş sözleşmesi ilişkisinin bulunduğuna yönelik üçüncü bir görüş de ortaya atılmıştır. Belirtilen görüşler ve dayanakları aşağıda ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

### 1. Sözleşmenin İdari Hizmet Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Öğretilerde bir görüşe göre, vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişisi oldukları ve kamu hizmeti yürüttükleri için istihdam ettikleri öğretim elemanları kamu görevlisidir. Vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkide bir atama tasarrufuna dayalı idari hizmet sözleşmesi bulunmaktadır. Statü hukukundan doğan uyumsuzluklarda idari yargı görevlidir<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 177.

<sup>79</sup> GÖZLER/KAPLAN, s. 620; GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 558; ÇINARLI, Serkan/KİRAZ, Refik, "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", Uluslararası Yükseköğretim Kongresi 2011, Bildiri Kitabı, C. 3, Bölüm XIII, 2011, s. 1788; ÇINARLI, Serkan/HIZAL, Sevinç Arslan/HIZAL, Abdullah, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, Haziran 2013, (23-42), s. 29-30.

Bu görüşü savunan bir yazara göre, kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf üniversitelerinde kamu hizmeti gören akademik personel, kamu personelidir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 4'üncü maddesinin a bendi bağlamında sigortalı sayılmakla birlikte, bunların vakıf üniversitesi ile ilişkisi idari hizmet sözleşmesine dayanır. İdari hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri idari yargıdır<sup>80</sup>. Diğer bir kısım yazarlar da, kamu tüzel kişisi olan vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının kamu görevlisi olduklarını, bu nedenle iş sözleşmesi ile çalıştırılmalarının kamu hukuku ve kamu personeli kavramlarıyla çelişeceğini ileri sürmüşlerdir<sup>81</sup>.

Uyuşmazlık Mahkemesi, kararlarında vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin kamu hukukuna dayandığını belirtmektedir<sup>82</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, kanunla kurulan vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişiliğine sahip olduğundan, personeli kamu hukukuna tabidir. Bilimsel özerklik ilkesi gereğince bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır. Öğretim elemanı kamu hizmeti görür, statü, göreve alınma, hak ve yetkileri itibarıyla idare hukuku kapsamında kamu personelidir. Uyuşmazlık Mahkemesi yeni bir kararında aynı görüşü şu şekilde ifade etmiştir: *“İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum*

<sup>80</sup> GÖZLER/KAPLAN, s. 620.

<sup>81</sup> ÇINARLI/KİRAZ, s. 1788; Aynı görüşte, YILDIRIM, Turan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 294.

<sup>82</sup> UM, 23.12.2019, 603-818. Uyuşmazlık Mahkemesi, 5.11.2012 tarih ve 189-234 sayılı kararında, davalı üniversitenin, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı davacının statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğunu; bu açıdan davacının iş akdinin feshine ilişkin işlemin iptal davasına konu edilebilecek nitelikte bir idari işlem niteliği taşıdığını; bu işlemin hukuka uygunluğunun denetiminin de, idari yargının görev alanında bulunduğunu belirtmiştir. Aynı yönde, UM, 21.5.2012, 15-109, UM, 24.12.2012, 223-282, UM, 24.12.2012, 273-289 ve UM, 24.10.2016, 544-522.

*yaratabilirler. Bu nedenle de personeli kamu hukukuna tabidir. Kanunla kurulma ve kamu tüzel kişiliğine sahip olmanın yanı sıra, Devlet Üniversitelerinde olduğu gibi Vakıf Üniversitelerinin de Anayasal güvence altına alınmış olan "Bilimsel Özerkliğe sahip olmaları" bir diğer ayrıcalığıdır. Üniversitelerde bilimsel özerklik ilkesi benimsenirken güdülen amaç, yükseköğretimin çeşitli siyasal çevre ve baskı grupları ile düşünce kümelerinin etkisinin dışında tutarak, bilimsel amaç, hedefler ve gereksinimlerine bağlı olmalarını sağlamaktır. Bu nedenle de, bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusu, anayasal teminat altına alınmıştır..."<sup>83</sup>.*

Uyuşmazlık Mahkemesi bazı kararlarında ise vakıf üniversitesi ile öğretim elemanları arasındaki ihtilafın özel hukuk sözleşmesinden kaynaklandığı gerekçesiyle adli yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme bir kararında, öğretim elemanı tarafından üniversite aleyhine mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılması, taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle açılan davada, yüklenme ve kefalet senedi ile üniversiteye karşı mecburi hizmet yükümlülüğü ya da parasal karşılığı taahhüt edilmek suretiyle, üniversite ile araştırma görevlisi arasında, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini içeren bir özel hukuk sözleşmesi ilişkisi kurulduğunu, davanın görüm ve çözümünde adli yargının görevli olduğunu kabul etmiştir<sup>84</sup>. Yüksek Mahkeme başka bir kararında, vakıf üniversitesinde öğretim elemanı olarak çalışan bir öğretim üyesinin haklı neden olmadan ayrılması nedeniyle üniversite tarafından cezai şartın tahsiline karar verilmesi istemiyle açtığı davanın da adli yargı yerinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>85</sup>.

Danıştay pek çok kararında vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu belirtmiştir<sup>86</sup>. Danıştay kararlarında, vakıf üniversitelerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla yaptıkları sözleşmenin idari sözleşme olduğu, ayrıca Anayasa'nın 130'uncu maddesinde öngörülen bilimsel özerklik ilkesi

<sup>83</sup> UM, 26.10.2020, 479-626.

<sup>84</sup> UM, 29.12.2014, 1087-1136.

<sup>85</sup> UM, 26.01.2015, 41-29.

<sup>86</sup> Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 27.03.2014, 2011/1492-2014/1350.



gereğince bilimsel faaliyetin asli unsurları olan yükseköğretim elemanlarının, görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri gibi özlük haklarının kanunla düzenleneceği konusunun anayasal teminat altına alındığı, bu teminatın idari sözleşmeyle gerçekleştirilebileceği gerekçesine dayanmıştır<sup>87</sup>.

Danıştay vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki sözleşmenin idari sözleşme olduğunu kabul etmekle birlikte, bazı kararlarında vakıf üniversiteleri öğretim elemanları ile Devlet üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanlarının hukuki durumlarında farklılık bulunduğuna işaret etmiştir. Danıştay 1. Dairesi bir kararında, Anayasa Mahkemesi'nin 10.10.2013 tarih ve 58-114 sayılı kararındaki gerekçelerden hareketle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile devlet üniversitelerinde görev yapanların, statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlı olduklarını, dolayısıyla aynı hukuksal durumda olmadıklarını, bu nedenle devlet üniversitelerinde görev yapanlardan farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığını, sadece rektör, rektör yardımcıları, üst kuruluş genel sekreterlerinin hariç tutulması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay başka bir kararında ise "... Yukarıda sözü edilen hükümlerle vakıf yükseköğretim kurumlarının tüzel kişiliğini temsil eden mütevelli heyetinin; yönetici, öğretim elemanı ve diğer personelin sözleşmesini yapacağı, atamalarını, görevden alınmalarını ve yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylayacağı, akademik organların düzenlenmesinde, görevlerini yerine getirmesinde, öğretim elemanlarının niteliklerinde Devlet yükseköğretim kurumlarındaki esasların aynısının uygulanacağı belirtilmek suretiyle vakıf üniversitelerinin Devlet yükseköğretim sistemine entegrasyonunu sağlayan özel düzenlemelere yer verildiği halde, akademik ve idari personelin sözleşmeli olarak istihdamı nedeniyle tabi oldukları hukuki rejim göz önünde bulundurularak bunların görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53'üncü maddesinde öngörülen soruşturma usulüne tabi olacaklarına ilişkin bir hükme

<sup>87</sup> Danıştay 8.D, 29.04.2011, 2008/8234-2011/2452; Danıştay 8.D, 22.10.2018, 2016/8005-2018/6018; Danıştay 8.D, 07.05.2019, 2014/1328-2019/4279.

*yer verilmemiştir...*” gerekçesiyle vakıf üniversitesi öğretim elemanının lüzum-u muhakeme kararına itirazı reddedilmiştir<sup>88</sup>.

## 2. Sözleşmenin İş Sözleşmesi Niteliğinde Olduğu Görüşü

Öğretide bir görüşe göre, öğretim elemanı ile yapılan sözleşme, iş sözleşmesi niteliğindedir<sup>89</sup>. Vakıf üniversitesi öğretim elemanlarına akademik nitelik kazandıran ön aşama ile bunu takip eden iş sözleşmesinin kurulması aşamasının birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bu ayırım salt ilişkinin kurulmasında değil, istihdamın devamında ve sona ermesinde de geçerlidir. Anayasa, vakıf üniversitesi öğretim elemanlarına akademik sıfatları bakımından, iş sözleşmesi ile düzenlenmesi mümkün olmayan bir akademik güvence sağlamıştır. Ancak, bu güvence, üniversite ile öğretim elemanı arasında işveren-işçi ilişkisinden farklı bir alanı ilgilendirir. Özel hukuka tabi bu ilişkiden doğan uyumsuzlukların çözümünde adli

<sup>88</sup> Danıştay 1.D, 11.06.2013, 777-804.

<sup>89</sup> ÇELİK, Nuri, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanları ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyumsuzluk Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, s. 14-15; EKONOMİ, Münir, Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s. 27; Aynı Yazar, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009, s. 3; EYRENCİ, Öner, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014, s. 12; SÜZEK, Sarper, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Genel Görüşme, İstanbul 2009, s. 76; TUNCAY, A. Can, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013, s. 56; ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012, s. 41-42; OKUR, Ali Rıza, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Genel Görüşme, s. 120; ERTÜRK, Şükran. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 5. Baskı, Ankara, 2016, s. 194-195; İZMİRLİOĞLU, s. 354-355; DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 72; BAŞTERZİ, Fatma, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan C. 2, İstanbul 2011, s. 1301-1311; KABAKCI, Mahmut, “Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, s. 419; Vakıf Üniversiteleri Yönetmeliği’nin 23. madde hükmü çerçevesinde vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesi olarak değerlendirilmesini haklı bulan görüş için bkz. YILDIRIM, Turan/SAMURAY, Figen, “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Statüsü”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2010, s. 92.

yargı görevlidir. Aynı görüşte olan bir kısım yazarlar, konuyu iş ve mesleki güvence çerçevesinde değerlendirmişlerdir. Bu yazarlara göre, vakıf üniversitesi öğretim elemanı ile yapılan sözleşme idari sözleşme kabul edildiğinde, yönetime üstünlük tanınacak, iş güvencesinden yoksun bir meslek grubu yaratılacak, idare üstün yetkilerini kullanarak çalışma koşullarını istediği yönde belirleyecek, idari sözleşmeyi her zaman sona erdirebilecektir. 4857 sayılı yasanın 18 vd. maddelerinde olduğu gibi, idari sözleşmelerde öğretim elemanını koruyucu hükümler getirilmediği takdirde, idare her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilecek ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ile Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle dikkat çekilen husus olan mesleki güvencenin sağlanması daha da zorlaşacaktır. Yasada öğretim elemanları ile yapılan sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğuna yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>90</sup>.

Bir görüşe göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 8. maddesinde yer alan "Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır" hükmü ile amaçlanan, akademik açıdan standart denkleğinin sağlanmasıdır. Akademik çalışmanın gereği olarak, teşvikler ve disiplin işleri gibi hususlarda bu denkleğın gözetilmesi gerekir. Bununla birlikte, vakıf öğretim elemanları ve diğer çalışanlar, özlük hakları itibarıyla kamu personel esaslarına tabi değildir. Ek madde 5/2 uyarınca, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında sözleşme özgürlüğüne dayalı, kuralları tarafların serbest iradeleriyle belirlenen bir özel hukuk sözleşmesi söz konusudur<sup>91</sup>.

Diğer bir görüşe göre, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişki iş sözleşmesi olmakla birlikte, uyuşmazlık mahkemesinin kararları karşısında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idari yargı olması gerekir<sup>92</sup>.

Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2018 yılına kadar vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı

<sup>90</sup> ÇELİK, s. 14-15; BAŞTERZİ, s. 1311-1312.

<sup>91</sup> BATTAL, Ahmet, "Patent Mevzuatı Yönünden "Üniversite Mensubu" Kavramı ve Vakıf Üniversitelerinde Çalışanların Buluşları", Bilgi Toplumunda Hukuku, Ünal Tekinalp'a Armağan, C. II, 2003, 189-197, s. 193.

<sup>92</sup> DEMİRCİOĞLU/KAPLAN, s. 72.

arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı ve bu nedenle adli yargının görevli olduğu yönüne karar vermektedir<sup>93</sup>. Anılan Daire 2018 yılından sonra içtihat değişikliğine gitmiştir. Dairenin son görüşü vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin idari sözleşme olduğu ve idari yargının görevli olduğu doğrultusundadır<sup>94</sup>. Buna karşılık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2014 yılına kadar vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Mahkemesinin kararı gereğince idari yargının görevli olduğuna karar vermekte iken<sup>95</sup>, 2014 yılından itibaren aradaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğundan hareketle adli yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır<sup>96</sup>. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi ilişkisi olduğu yönünde karar vermiştir<sup>97</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2017 yılında verdiği bir kararında vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi niteliğinde bulunduğunu, bu nedenle uyuşmazlığın çözüm yerinin adli yargı olması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin direnme kararını bozmuştur<sup>98</sup>. Yargıtay Büyük Genel Kurulu da 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı kararında vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında İş Kanunu ve iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalara ilişkin verilen kararların temyiz inceleme görevinin Yargıtay 9 ve 22. Hukuk Dairelerine ait olduğunu belirtmiştir.

<sup>93</sup> Y9HD, 09.07.2017, 15037-23989; Y9HD, 12.09.2012, 2011/44088-2012/29283; Y9HD, 21.03.2013, 2012/26710-2013/6465; Y9HD, 11.12.2014, 34679-37998; Y9HD, 03.06.2015, 2014/6509-2015/20365; Y9HD, 12.01.2016, 2015/35581-2016/298.

<sup>94</sup> "Anayasa'nın 31. maddesi düzenlemesi ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümleri ve özellikle kadroların akademik yönden belirlenmesi, sözleşmelerin onaya tabi tutulması dikkate alındığında, vakıf üniversitelerinde çalışan öğretim elemanlarının idari sözleşmelerle çalışmasının kabulü gerekmektedir..." (Y9HD, 26.02.2019, 2018/11077-2019/4781). Aynı yönde, Y9HD, 12.03.2019, 2016/5316-2019/5336.

<sup>95</sup> Y22HD, 01.03.2013, 2012/15013-2013/4250.

<sup>96</sup> Y22HD, 25.09.2014, 21194-25575.

<sup>97</sup> Y7HD, 01.04.2014, 2145-7139.

<sup>98</sup> YHGK, 22.03.2017, 2015/7-1738-2017/523.

### 3. Statü ve İş Sözleşmesi İlişkisinin Birlikte Bulunduğu Görüşü

Diğer bir görüşe göre, vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasında atama ve görevden almaya ilişkin prosedürün oluşturduğu statü ilişkisinin mali sonuçlarını düzenlemek üzere sözleşme yapılmaktadır<sup>99</sup>. Buna göre, önce bir idari işlem tesis edilmekte ve ardından sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Başka bir anlatımla, statü ilişkisi ve sözleşme ilişkisi olmak üzere birbiriyle bağlantılı iki aşamalı işlem söz konusudur. Sözleşme, atama, yükselme ve görev tanımı gibi statü ilişkisine giren konuları düzenleyemez. Sözleşmede sadece ücret, ek ders, teşvik ödemeleri, izin, çalışma saati ve benzeri mali ve idari konular kararlaştırılabilir. Mali ve idari konular, taraflarca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde belirlendiğinden, yapılan sözleşmenin idari sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İki aşamalı işlemde statü ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda idari yargı, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan ihtilaflarda ise adli yargı görevli olmalıdır<sup>100</sup>. İdari işlem niteliğindeki ilk işlemin mahkemece iptali geriye yürüyen bir karar olduğundan diğer işlemin hukuka uygunluğuna etkisi olacaktır. İptal kararının sözleşme ilişkisine etkisi, idari yargı kararındaki gerekçeye göre farklılık arz edecektir. Buna göre, örneğin, öğretim elemanının atama işlemi 2547 sayılı Kanun'da öngörülen koşulları taşımadığı için iptal edilmişse, bu atama işlemine bağlı olarak yapılmış olan sözleşmenin geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Bu durumda, idarenin iptal kararını geçmişe yürür nitelikte uygulaması ve hukuka uygunluğu sağlamak üzere sözleşmeyi feshetmesi ve gerekiyorsa bundan doğan zararı tazmin etmesi gerekir. Atama işlemi bir usuli eksiklik nedeniyle iptal edilmişse, idarenin bu usuli eksikliği gidererek aynı

<sup>99</sup> SEVER, Çiğdem, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, s. 1199 vd.

<sup>100</sup> SEVER, s. 1199 vd. Yazara göre, ihale veya kamulaştırma mevzuatı uyarınca yapılan idari işlemlerde de benzer bir durum söz konusudur. İhale işleminin bitimine kadar yapılanlar idari işlem olduğundan, bu aşamada çıkan uyuşmazlıklarda idari yargı, sözleşme yapıldıktan sonraki aşamada meydana gelen ihtilafların çözümünde ise adli yargı görevlidir. Keza, kamulaştırmada mal edinme yetkisinin kullanımından doğan uyuşmazlıklar idari yargıda, bedele ilişkin ihtilaflar ise adli yargıda görülmektedir. Bu konudaki açıklamalar için bkz. SEVER, s. 1201 vd.; dn. 55.

işlemi kurması ve sözleşmenin de ileri tarihte sonuç doğurmak üzere geçerliliğinin etkilenmemesi mümkündür.

İlişkinin kurulmasında nasıl ki bağlantılı iki işlem varsa, ilişkinin sona ermesinde de görevden alınma ve sözleşmenin feshi şeklinde iki ayrı işlem söz konusudur. Burada iki yargı kolunun görev alanını ilgilendiren bir durum ortaya çıkar<sup>101</sup>. Sözleşmenin geçerliliği, mevcudiyetini muhafaza eden geçerli bir atama işleminin varlığına bağlı olduğundan, iş mahkemesinin varsa idari yargıda açılmış olan davanın sonucunu bekletici mesesle yapması gerekecek; iptal davasının sonucuna göre diğer bağlı haklara ilişkin karar verebilecektir. İdari yargıda dava açılmamış ise, iş yargısının idare hukukunun alanına girmeden iş hukukunun esasları çerçevesinde inceleme yapması gerekir<sup>102</sup>.

Bu görüşü savunan yazar son olarak, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında belirtildiği üzere, atama ve görevden alma işlemlerinin akademisyenlerin mesleklerini yürütmelerine ilişkin akademik özgürlük/ifade özgürlüğü kavramlarıyla ilişkili olduğunu, vakıf üniversitelerindeki akademisyenler bakımından ifade özgürlüğünün usuli anlamda güvence altına alınması için idari yargının daha etkin ve elverişli olduğunu ileri sürmüştür<sup>103</sup>.

### C. Görüşümüz

Anayasa'da kamu tüzel kişiliğine sahip vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanları ile yaptıkları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğuna dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 130'uncu maddesinin son fıkrasında, Devlet tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarında görev alacak öğretim elemanlarının görevlerinin, unvanlarının, atama, yükselme ve emekliliklerinin, öğretim elemanı yetiştirme, disiplin ve ceza işleri, özlük hakları ve uyacakları koşullar ile üniversitelerarası ihtiyaçlara göre görevlendirilmelerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Aynı fıkrada vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarının, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmalarının ve öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik

<sup>101</sup> SEVER, s. 1203.

<sup>102</sup> SEVER, s. 1204.

<sup>103</sup> SEVER, s. 1205.

yönlerinden Devlet eliyle kurulan Yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olduğu öngörülmüştür. Vakıf üniversiteleri için belirtilen "öğretim elemanlarının sağlanması" ibaresi, öğretim elemanlarının atama, unvan ve yükselmeleri ile ilişkilendirilebilir. Bununla birlikte, özlük hakları, mali konulara ilişkin olduğundan, bu kapsamda değerlendirilemez. Nitekim 2547 sayılı Yükseköğretim Kurumu Kanunu ve Yükseköğretim Personel Kanunu'nda Devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarına ödenen tüm mali haklar vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına ödenmemektedir.

2547 sayılı Kanun'a göre, Devlet yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanlarının atanmaları rektörün onayı ile mümkün iken, aynı Kanun'un Ek 5'inci maddesine göre, vakıf Yükseköğretim kurumlarında görevlendirilecek öğretim elemanlarının sözleşmelerini yapmak, atama ve görevlerinden alınmalarını onaylama görevi müteveli heyete aittir. Aynı maddenin birinci fıkrasına göre, en az yedi kişiden oluşan müteveli heyeti üyeleri, vakıf yönetim organı tarafından seçilir.

Anayasa'nın 128'inci maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Buna göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken kamu hizmetinin üç unsuru taşınması gerekir. Birincisi, kamu hizmetini yürütenin idareye bağlı olarak istihdam edilmesidir. Kamu hizmetlerini idareye bağlı olarak yürütmeyenler, örneğin taksi şoförleri, kamu görevlisi sayılmaz. İkincisi, kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesi yükümlülüğünün bulunması ve nihayet görevin bir kadroya bağlanmasıdır.

Vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanlarının kamu hizmeti gördükleri konusunda şüphe yoktur. Bununla birlikte, konuyla doğrudan ilgisi nedeniyle söz konusu kamu hizmetinin genel idare esaslarına göre yürütülmesinin ve kadro ihdasının gerekli olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Belirtelim ki,

ülkemizde kamu hizmetlerinin bir kısmı çıkarılan özel kanunlarla devletin gözetim ve denetiminde özel sektöre de yaptırılmaktadır. Eğitim ve öğretim, sağlık ve araç muayenesi gibi kamu hizmetleri buna örnek verilebilir. Araç muayenesinin özel kişilerce de yapabileceğine ilişkin Karayolları Trafik Kanunu'nun 35'inci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasını yerinde bulmayan Anayasa Mahkemesinin şu ifadeleri dikkat çekicidir: *"Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır..."*<sup>104</sup>.

Devlet Memurları Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler eliyle yürütülür. Kamu tüzel kişileri kamu hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilebilecek idari sözleşme yapabilecekleri gibi, özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerin tarafı da olabilirler. Bu açıdan salt kamu tüzel kişiliğine sahip olmak, tarafı olunan tüm sözleşmelerin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğunu göstermez.

Kanunda kamu tüzel kişileri tarafından istihdam edilenlerin idari hizmet sözleşmesine tabi olduklarına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması halinde sözleşmenin niteliği, yürütülen işin kamu hizmetine ilişkin olması ve sözleşmede idareye özel hukuku aşan yetkilerin verilip verilmemesine göre belirlenir. Sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması tek başına idari sözleşmenin varlığını ortaya koymaz. Yukarıda belirtilen yargı ve öğretici görüşlerinde benimsendiği gibi, konusu kamu hizmeti olan sözleşmede idareye özel hukuk kurallarını aşan yetkilerin verilmiş olması gerekir. Nitekim uygulamada kamu kurum ve

<sup>104</sup> AYM, 29.12.2005, 110-111, RG, 26.07.2006, 26240.



kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde istihdam edilen sözleşmeli personellere yönelik tek tip sözleşme yapılmaktadır.

Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olduğunu belirten uyuşmazlık mahkemesi ve idari yargı kararlarında idareye üstün yetkiler verilip verilmediğine yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Belirtelim ki, uygulamada vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında tek tip sözleşme uygulaması söz konusu değildir. Sözleşmelerin içeriği, üniversiteye ve öğretim elemanın niteliğine göre farklı olabilmektedir. Kanımızca, salt vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi oldukları ve kamu hizmetini yürüttüklerinden hareketle akademik personelinin kamu hukukuna tabi olduğunu söylemek güçtür. Sözleşmenin konusu kamu hizmetinin yürütümüne ilişkin olmakla birlikte, belirleyici olan en önemli unsur, idareye özel hukuk kurallarını aşan üstün yetkilerin verilip verilmediği olmalıdır.

Anayasa mahkemesi bir kararında<sup>105</sup> Devlet üniversitelerinde görev yapanlar ile vakıf üniversitelerinde çalışanları karşılaştırırken şu tespiti yapmıştır: “...Diğer yandan, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kuralara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır...”. Anayasa Mahkemesinin Devlet üniversitelerinin öğretim elemanları için “görev yapanlar”, vakıf üniversitelerinin öğretim elemanları için ise “çalışanlar” kavramını kullanması ilişkinin niteliği açısından önemli bir ayrıma işaret etmektedir.

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında idari yargının görev alanına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığını taşıyan 37’nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan, “hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” hükmü uyarınca, özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olan sözleşmelerin idare hukuku kurallarına ve dolayısıyla idari yargı denetimine

<sup>105</sup> AYM, 10.10.2013, 58-114.

tâbi kılınmasına yönelik bir kanuni düzenlemeyi anayasaya aykırı bulaçağı söylenebilir<sup>106</sup>.

Konuya ilişkin Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarının temelinde bilimsel özerklik ve akademik güvencenin sağlanması düşüncesi yatmaktadır. Buna göre, ilişkinin idari hizmet sözleşmesine dayandırılması halinde Anayasa'nın 130'uncu maddesinde belirtilen bilimsel özerklik ve dolayısıyla akademik güvence sağlanmış olur. Başka bir anlatımla, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığının kabulü, akademik güvenceyi ortadan kaldırır. Bu görüşün temelinde vakıf üniversitelerinde istihdam edilen öğretim elemanları için akademik güvenceyi sağlama arayışının yattığı açıktır. Danıştay'ın Vakıf Üniversiteleri Yönetmeliğinin 23'üncü maddesinde yer alan "özlük hakları" ibaresinin iptaline ilişkin verdiği kararda da büyük ölçüde aynı düşüncenin etkili olduğu görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay kararlarından çıkarılabilecek diğer bir sonuca göre, aradaki ilişkinin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesi Anayasa'ya aykırı olacaktır. Kuşkusuz Anayasa'da yer alan bilimsel özerklik ilkesi, akademik personelin bilimsel özgürlüğünü gerektirir. Ancak, burada önemli olan akademik personele daha iyi güvence sağlayan sözleşmenin tercih edilmesi değil, sözleşmenin hukuki niteliğinin gerçekte ne olduğudur. Başka bir anlatımla, vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasındaki ilişkinin sırf daha iyi güvence sağladığı düşüncesiyle idari hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmesini doğru bulmuyoruz. Diğer yandan, akademik güvencenin iş sözleşmesiyle sağlanamayacağı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Akademik güvence, bilimsel özerkliğin önemli bir sonucu olmakla birlikte, iş sözleşmesinde öğretim elemanın akademik özgürlüğü, çalışanın kişisel/hukuki bağımlılığını ve dolayısıyla işverenin yönetim hakkını sınırlandırır. Yukarıda belirtildiği üzere, iş ilişkisinde bağımlılık ilişkisi işçinin yaptığı işin niteliğine, işyerindeki

<sup>106</sup> "Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın 'Kanunî hâkim güvencesi' başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında 'hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz' biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur" (AYM, 28.6.1995, 1994/71-1995/23, AMKD, S. 32, C. 1, s. 144 vd.).

konumuna ve mesleki durumuna göre farklı derecelerde sıkı veya gevşek olabilir<sup>107</sup>.

Belirtilmelidir ki, anayasa ve kanun hükümleri işverenin yönetim hakkını sınırlar<sup>108</sup>. Anayasa'nın akademik özgürlüğü güvence altına alan 130'uncu maddesinin birinci fıkrası ve Vakıf üniversitelerinin akademik çalışmalar yönünden Yükseköğretim Kanunu'nda belirtilen usul ve esaslara tabi olduğunu öngören 2547 sayılı Kanun'un ek 2. maddesi ile Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmü, iş ilişkisinde yönetim hakkını sınırlandıran önemli bir düzenlemelerdir. Bu bağlamda öğretim elemanları görevlerinin gereğini yerine getirirken kanun ve etik kuralların belirlediği sınırlar dahilinde bağımsızdırlar. Ayrıca işverenin fesih hakkı da söz konusu akademik güvence çerçevesinde değerlendirilir. Esasen sözleşmenin niteliği ne olursa olsun öğretim elemanları için mesleki ve akademik güvence, özel olarak düzenlenmesi gereken çok önemli bir konudur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bazı kararlarında vakıf üniversitelerinin öğretim elemanlarının atanmalarının Yüksek Öğretim Kurumu'nun onayına tabi olduğu, bu durumun ilişkinin statü hukuku ilkelerine tabi olduğunu gösterdiği belirtilmiştir. Anayasa'nın 130'uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumlarında, devletin gözetim ve denetimi söz konusudur. Aynı maddenin 10'uncu fıkrasına göre, vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmaları, öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, Devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasada belirtilen hükümlere tabidir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun ek 8'inci maddesinde de vakıf üniversiteleri öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynı olması gerektiği ve Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmaları yasaklanmış veya disiplin yoluyla bu kurumlardan çıkarılmış kişilerin, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alamayacakları düzenlenmiştir. Buna göre, vakıf üniversitesi öğretim elemanlarının sağlanması ve niteliklerinin

<sup>107</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 64 ve bkz. yukarıda dn. 122'de belirtilen yazarlar.

<sup>108</sup> DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019, s. 423.

Anayasa ve kanunda belirtilen hükümlere uygun olup olmadığının tespiti açısından, Yükseköğretim Kurumu onayının aranması, Devletin gözetim ve denetim yetkisinin bir gereğidir. Kanımızca sözü edilen yetki de vakıf üniversitesi ile öğretim elemanı arasındaki sözleşmenin niteliğinde tek başına belirleyici değildir. Nitekim benzer bir durum, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu kapsamında istihdam edilen özel okul öğretmen ve yöneticilerinde de söz konusudur. Anılan Kanun'a göre, özel okulların açılmaları Milli Eğitim Bakanlığının iznine tabi olup (m.3), eğitim-öğretim ve yönetim, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda ifade edilen Türk Milli Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütülür (m.6). Kanun'un 8'inci maddesine göre, *"Kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde, en az dengi resmî öğretim kurumlarına atanabilmek için gerekli nitelik ve şartları taşıyanlar, resmî dengi bulunmayan kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde ise yönetmelikle belirtilen nitelik ve şartları taşıyanlar görevlendirilir"*. Aynı maddenin yedinci fıkrasına göre ise, *"Kurumların müdürleri, kurucu/kurucu temsilcisi tarafından; diğer yönetici ve öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticileri ise müdürlerince seçilir ve çalışma izinleri valiliğin iznine sunulur. Valiliğin izni alınmadan müdür ile diğer yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler işe başlatılamaz"*. Görüldüğü üzere, kanunda nitelikleri belirtilen özel okul yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerin çalışmaları idarenin iznine tabidir. Özel okullardaki yönetici ve öğretim elemanlarının niteliklerinin kanunda belirtilmesi ve çalıştırılmalarının idarenin iznine tabi kılınması Anayasa'nın 42'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, *"Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz"* hükmünün gereğidir.

Nihayet 15.04.2020 tarih ve 7243 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'un ek 8'inci maddesine eklenen ikinci fıkra uyarınca vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışan öğretim elemanlarına, unvanlarına göre Devlet yükseköğretim kurumlarında ödenen ücret tutarından az ücret verilememesi de aradaki ilişkinin statü hukukuna tabi olduğunu göstermez. Zira benzer bir düzenleme, özel hukuk tüzel kişileri ile öğretmenler arasındaki iş ilişkisini düzenleyen 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda da yer almaktadır.

## SONUÇ

Vakıf üniversiteleri akademik özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliği niteliğindedir. Vakıf üniversitelerinin öğretim elemanları ile yaptıkları sözleşmenin konusu kamu hizmeti yürütülmesine ilişkindir. Ancak kamu tüzel kişileri tarafından yapılan ve konusu kamu hizmetine ilişkin olan her sözleşme idari sözleşme niteliğinde değildir. Sözleşmenin idari sözleşme niteliğinde olması için kamu tüzel kişisine özel hukuk hükümlerini aşan yetkilerin verilmesi gerekir. Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşmelerde üniversitenin özel hukuk hükümlerini aşan yetkileri bulunmamaktadır. Bu nedenle öğretim elemanları ile yapılan sözleşme niteliği itibarıyla iş sözleşmesi olup, uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargı olmalıdır. İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru akademik özgürlük ve güvenceyi zayıflatacak şekilde değerlendirilemez.

Vakıf üniversiteleri ile öğretim elemanları arasında yapılan sözleşmenin niteliği, sözleşme taraflarının haklarının tespiti ve görevli yargı yolunun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Ne var ki, sözleşmenin niteliği öğretilerde tartışmalı olduğu gibi, bu konuda adli ve idari yargı organları arasında yıllardır devam eden görüş farklılığı da dikkat çekmektedir. Mevcut tablo, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelere uygun değildir. Konu ile ilgili bir yasal düzenleme ihtiyacı olduğu açıktır.

## KAYNAKLAR

- AKYILDIZ, Ali, "Vakıf Üniversiteleri", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'a Armağan, C. III, 2003, s. 459-500.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2018.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018.
- ALPAGUT, Gülsevil, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara 2012.
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2018.
- BAŞTERZİ, Fatma, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanı ile Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği ve Bazı Yargısal Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. 2, İstanbul 2011, s. 1301-1315.
- BATTAL, Ahmet, "Patent Mevzuatı Yönünden "Üniversite Mensubu" Kavramı ve Vakıf Üniversitelerinde Çalışanların Buluşları", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'a Armağan, C. II, 2003, s. 189-197.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2013.
- ÇAL, Sedat, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu ve Farklı bir Yaklaşım Önerisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2010, s. 223- 274.
- ÇELİK, Nur/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul 2019.
- ÇELİK, Nuri, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanları ile Yapılan Sözleşmelerin Hukuki Niteliği Konusundaki Uyuşmazlık Mahkemesi ve Diğer Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, s. 3-15.
- ÇINARLI, Serkan/HIZAL, Sevinç Arslan/HIZAL, Abdullah, "Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapan Öğretim Üyelerinin Ceza Soruşturması Usulü Sorunu", Leges Kamu Hukuku Dergisi, S. 3, Haziran 2013, s. 23-42.

- ÇINARLI, Serkan/KİRAZ, Refik, "Vakıf Üniversitesi Personelinin Hukuki Statüsü ve Vakıf Tüzel Kişiliği Kaybı Durumunda Personele Yönelik Düzenleme Önerisi", Uluslararası Yükseköğretim Kongresi 2011, Bildiri Kitabı, C. 3, Bölüm XIII, 2011, s. 1783-1789.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/KAPLAN, Hasan Ali, "Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları İşğında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri ile Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği", DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı, 2013, s. 51-80.
- DURSUN ATEŞ, Sevgi, İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, C. I, İstanbul 1976.
- EKONOMİ, Münir, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004.
- EKONOMİ, Münir, Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İstanbul 2009.
- ERDEM, Ali Rıza, "Üniversite Özerkliği: Mali, Akademik ve Yönetimsel Açından", Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, 2013, C. 3, S. 2, s. 97-107.
- EROL, Abdullah, İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Ankara 2020.
- ERTÜRK, Şükran. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Pratik Çalışmaları, 5. Baskı, Ankara, 2016.
- EYRENCİ, Öner, İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012, Ankara 2014.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2013.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, İdare Hukuku, 7. Baskı, 2015.

- GÖZLER, Kemal, İdare Hukukuna Giriş, 12. Baskı, Bursa 2010.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 18. Baskı, Bursa 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, 11. Bası, Ankara 2016.
- GÜNDAY, Metin, “Devlet Memurları Rejimi”, TÜHİS, Kamu Personel Rejimi ve Reform Çalışmaları Semineri, 8 Şubat 2002, Ankara. (Devlet Memurları).
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bası, Ankara 2015.
- İZMİRLİOĞLU, Fatma Ayça, Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2017.
- KABAKCI, Mahmut, “Vakıf Yüksek Öğretim Kurumu Öğretim Elemanlarının Taraf Olduğu Davalarda Yargı Yolu”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, s. 389-428.
- KANLIGÖZ, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 43, S. 1-4, 1993, s. 169-201.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SERÖZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 7. Bası, İstanbul 2017.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku, 6. Bası, Ankara 2014.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- OKUR, Ali Rıza, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Genel Görüşme, s. 120.



- SANCAKDAR, Oğuz/ÖNÜT, Lale Burcu/US DOĞAN, Eser/KASAPOĞLU TURHAN, Mine/SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019.
- SEVER, Çiğdem, "Bir Kamu Kurumu Olarak Vakıf Üniversiteleri ve Bu Üniversitelerde Çalışan Akademisyenlerin Hukuki Statüsü", Legal Hukuk Dergisi, Mart 2016, s. 1175-1216.
- SÜMER, Halûk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2020.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2020.
- SÜZEK, Sarper, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, Genel Görüşme, İstanbul 2009.
- TEKİNSOY, M. Ayhan, "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", AÜHFD, C. 55, S. 2, 2006, s. 181-227.
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- TUNCAY, A. Can, İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2011, Ankara 2013.
- UŞAN, M. Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2020.
- YEŞİLYURT DURAN, Allı, "İdari Hizmet Sözleşmesi", ERÜHFD, C. XII, S. 1, 2017, s. 115-154.
- YILDIRIM, Turan/SAMURAY, Figen, "Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Hukuki Statüsü", T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2010, s. 81-95.
- YILDIRIM, Turan, Türkiye'nin İdari Teşkilatı, 4. Baskı, İstanbul 2005.



## DENİZ ÇEVRESİNİN KIYI ÖTESİ PETROL VE GAZ FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLI KİRLİLİĞİ\*

Arş. Gör. Figen TABANLI\*\*

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU\*\*\*

### Öz

Deniz kirliliği dendiğinde belki de ilk önce akla gelen kirlilik türü gemilerden kaynaklı kirlenme olmaktadır. Gemilerden kaynaklı kirlilik, deniz kirliliğinde oldukça önemli bir rol oynasa da deniz yatağı faaliyetlerinden kaynaklanan kirlilik de çok bilinmeyen veya geri planda görülen deniz kirliliğinin bir başka kaynağını oluşturmaktadır. Enerji kaynaklarına yönelik artan küresel talep ve teknolojiadaki önemli gelişmeler petrol ve gaz endüstrisine olan ilginin ve talebin de artmasına neden olmuştur. Bu durum petrol ve gaz faaliyetlerinin karadan, denizlere doğru kaymasına neden olmuştur. Bugün, kıyı ötesi üretim, dünyadaki petrol ve doğal gaz talebinin ve tedarikinin ayrılmaz bir parçası, önemli bir bileşenidir. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin sürekli büyümesi ve artması, deniz ekosistemleri ve biyolojik kaynaklar üzerindeki etkisi de dâhil olmak üzere birçok önemli soruyu gündeme getirmiştir. Çalışmamızda öncelikle kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinden ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır. Daha sonra kıyı ötesi petrol platformları

\* Bu çalışma Hacettepe-Anadolu Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanmakta olan “Uluslararası Hukukta Deniz Yatağı Faaliyetlerinden Kaynaklı Deniz Kirliliği ve Devletlerin Sorumluluğu” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Eskişehir, Türkiye | Res. Asst., Anadolu University, Faculty of Law, Eskişehir, Turkey.

✉ figentabanli@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9290-0350

\*\*\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Eskişehir, Türkiye | Assoc. Prof., Anadolu University, Faculty of Law, Eskişehir, Turkey.

✉ gguneysu@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-1754-953X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TABANLI Figen / GÜNEYSU Gökhan, “Deniz Çevresinin Kıyı Ötesi Petrol ve Gaz Faaliyetlerinden Kaynaklı Kirliliği”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 623-657.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

na ve bu platformların hukuki niteliğinin ne olduğu konusuna değinilecektir. Son olarak kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin deniz çevresine etkisinden bahsedilecektir. Bu bağlamda kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri esnasında meydana gelen kirlilik ve kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde kaza sonucu ortaya çıkan kirlilik konuları incelenecektir.

### **Anahtar Kelimeler**

Deniz Kirliliği • Kıyı Ötesi Faaliyet • Petrol ve Gaz • Deepwater Horizon  
• Sondaj Platformları

## **POLLUTION OF THE MARINE ENVIRONMENT FROM OFFSHORE OIL AND GAS ACTIVITIES**

### **Abstract**

The very first type of pollution that comes to mind is the ship-source marine pollution, when the topic is about marine pollution in general. Despite the highlighted notoriety of the mentioned type of pollution, there is another alarmingly impactful type of pollution, which is rather neglected; pollution stemming from seabed activities. In the wake of pressing global demand for energy resources as well as of the important technological developments, there has been an increase in the attention attached to the matters of petroleum and gas industry, which in turn caused a massive redeployment of industry-related activities hitherto operated on land into the sea. Today, offshore activities in the sector are an important ingredient of the whole demand and supply system of petroleum and natural gas. This increase in the volume of the sector calls for a closer scrutiny of many problems including but not limited to the impact of these activities on marine ecosystems and biological resources. In this paper, we aim first to elaborate the meaning of off-shore petroleum and gas activities. Following that, the question of petrol platforms and the legal status of petrol platforms will be probed into. Finally, the paper will try to shed some light on the impact of off-shore drilling activities on the marine environment. Within the purview of this last undertaking, special attention will be given to firstly to that type of pollution emanating from off-shore drilling activities as well as to that which occurs as a result of accidents.

### **Key Words**

Marine Pollution • Offshore Activity • Oil and Gas • Deepwater Horizon  
• Drilling Platforms

## GİRİŞ

İnsanların çalışma hayatlarında ve günlük yaşantılarında önemli yeri olan birçok mineral ve metalin değişik yer ve miktarlarda denizlerde var olduğu bilinmektedir. Ancak çalışmamızda bahsedilen faaliyetler, ulusal yargı yetkisi altındaki deniz alanlarında (iç sular, karasuları, bitişik bölge, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölge) gerçekleştirilen deniz yatağı faaliyetleri kapsamındaki petrol ve doğal gaz (çalışmamızda kısaca “gaz” olarak anılacaktır) faaliyetleridir.

Enerji kaynaklarına yönelik artan küresel talep ve teknolojideki önemli gelişmeler petrol ve gaz endüstrisine olan ilginin ve talebin de artmasına<sup>1</sup> neden olmuştur. Bu durum petrol ve gaz faaliyetlerinin karadan, denizlere doğru kaymasına sebebiyet vermiştir. Bir zamanlar insanlığın ulaşamayacağı yerler şimdi büyük ölçekli enerji projelerinin merkezi haline gelmiştir<sup>2</sup>. Petrol ve gaz endüstrisi tarafından, dünyadaki pek çok kıta sahanlığında kullanılan çok çeşitli deniz platformları ve sondaj kuleleri geliştirilmiştir. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin sürekli büyümesi ve artması, deniz ekosistemleri ve biyolojik kaynaklar üzerindeki etkisi de dâhil olmak üzere birçok önemli soruyu gündeme getirmiştir<sup>3</sup>.

Her ne kadar kıyı ötesi petrol rezervlerinin bulunması zor<sup>4</sup> ve maliyetli<sup>5</sup> olsa da ve genellikle ulaşılması oldukça zor bölgelerde yer alsa

<sup>1</sup> Devletlerin kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerine olan ilgisinde ve bu ilginin giderek artmasında; kara kaynaklı petrol ve gaz rezervlerinin azalması, yabancı petrol ve gaz bağımlılığının azaltılması, enerji bağımsızlığının sağlanabilmesi için iyi bir yöntem olarak görülmesi gibi birçok etken bulunmaktadır. Mooney, C. (2011). *Oil Spills and Offshore Drilling - Energy and the Environment*. United States: Reference Point Press, s. 20-23.

<sup>2</sup> Dünya Petrol Endüstrisi'ne göre, kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri gelecekteki petrol ve gaz keşifleri için büyük bir potansiyele sahiptir. Jurvetson, S. *Exploration & Production in the Marine Environment*. 23 Temmuz, 2020 tarihinde Worl Petroleum Council: <http://www.world-petroleum.org/environ/204-exploration> adresinden alındı.

<sup>3</sup> Kashubsky, M. (November-December 2006). *Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part I)*. *Maritime Studies*, s. 1.

<sup>4</sup> Rezerv içinde doğal gaz, kumtaşı veya kireçtaşı gibi geçirgen tortul kaya tabakalarından sonra en sığ derinliklerde birikirken, sıvı petrol ortada ve fosil su (gömülmüş ve atmosfer ile teması kesilmiş su) daha derinlerde. Üç malzemenin nispi

da<sup>6</sup>; petrol ve gaz günümüz dünyasının en önemli enerji kaynaklarını oluşturmaktadır<sup>7</sup>. Petrol, günümüzde yakıt, ısınma, ulaşım, enerji, petro-kimya maddeleri (lastik ve elyaf hammaddeleri ve diğer organik ara maddeler üreten sanayidir), tarım, kâğıt, ilaç, deterjan sanayisi gibi neredeyse her alanda hayatımıza girmiş durumdadır. Devletler de bu kaynaklara ulaşabilmek ve yararlanabilmek için azami çaba sarf etmektedirler. Özellikle petrol üretimini kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinden sağlayan bazı devletler bakımından kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri çok daha büyük öneme sahip bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Artan enerji gereksinimi dünyanın kısıtlı kaynaklarıyla karşılanamamakta, enerji üretimi ve tüketimi arasındaki açık hızla artmaktadır. Enerji ihtiyacının büyük bölümünü karşılayan petrol, kömür ve doğal

---

oranları farklı rezervlerde büyük ölçülerde değişebilir veya malzemelerden biri veya daha fazlası mevcut olmayabilir. Neff, J. M., Rabalais, N. N., & Boesch, D. F. (1987). *Offshore Oil and Gas Development Activities Potentially Causing*. D. F. Boesch, & N. N. Rabalais içinde, *Long Term Environmental Effects of Offshore Oil and Gas Development* (s. 149-174). Elsevier Applied Science Publishers LTD London and New York, s. 159.

- <sup>5</sup> Transocean Şirketi'ne ait kıyı ötesi petrol sondaj kulesi olan Deepwater Horizon'u inşa etmek 365 milyon dolara mal olmuştur. Deepwater Horizon, 8.000 feet (2.438 m) derinliğindeki sularda faaliyet gösterme ve 30.000 feet (9.144 m) derinliğe kadar sondaj yapabilme kapasitesine sahiptir. Lawrence C. Smith, J., Smith, L. M., & Ashcroft, P. A. (2011). *Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum's Deepwater Horizon Oil Spill*. Albany Law Review, 74(1), s. 564.
- <sup>6</sup> Jurvetson, 2019.
- <sup>7</sup> Dünyanın bugünkü birincil enerji tüketiminde petrol ilk sırayı alırken, doğalgaz ikinci sırada ve kömür üçüncü sırada bulunmaktadır. *Renewables Statistics*. 23 Temmuz, 2020 tarihinde International Energy Agency: <https://www.iea.org/statistics/renewables/> adresinden alındı.
- <sup>8</sup> Örneğin, Avustralya'nın petrol üretiminin çoğu kıyı ötesindeki petrol kuyularından sağlanmaktadır. Jurvetson, 2019. Bir diğer örnek Rusya'dır. Dünyanın doğal gaz rezervlerinin yaklaşık üçte biri ve dünyanın petrol rezervinin yaklaşık onda biri Rusya'da bulunmaktadır. Rusya, dünyanın en büyük doğal gaz ihracatçısı, ikinci en büyük petrol ihracatçısı, üçüncü en büyük enerji tüketicisi ve dünyanın en zengin kıyı ötesi hidrokarbon kaynaklarını elinde bulundurmaktadır. Bu petrol ve gaz kaynaklarının çoğu ise denizdedir. Rusya kıta sahanlığının alanı, 4,2 milyon kilometrekaredir ve sahanlığın yaklaşık yüzde doksanın petrol ve gaz için potansiyel olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri Rusya bakımından büyük önem taşımaktadır. Kashubsky, M. (January-February 2007). *Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part II)*. Maritime Studies, s. 1.

gaz gibi fosil yakıtların gün geçtikçe azalmakta olduğu ve bir süre sonra tükeneceği de kaçınılmaz bir gerçekliği oluşturmaktadır. Ayrıca Dünyanın sahip olduğu fosil yakıtların özellikle 20. yüzyılda yoğun bir şekilde kullanılması sonucu ozon tabakası delinmesi, asit yağmurları, küresel ısınma gibi oluşan etkiler, dünyayı belki de geriye dönüşü zor bir çevre kirliliği ile karşı karşıya bırakmıştır<sup>9</sup>.

Bugün, kıyı ötesi üretim, dünyadaki petrol ve doğal gaz talebinin ve tedarikinin ayrılmaz bir parçası, önemli bir bileşenidir. Günümüzde petrol ve gaz talebinin dörtte birinden fazlası, çoğunlukla Orta Doğu, Kuzey Denizi, Brezilya, Angola, Nijerya, Meksika Körfezi ve Hazar Denizi'nde kıyı ötesi olarak üretilmektedir. Kıyı ötesi petrol üretimi 2000 yılından bu yana nispeten istikrarlı olmakla birlikte, kıyı ötesi doğal gaz üretimi %50'den fazla artmıştır<sup>10</sup>.

Son zamanların en büyük petrol ve gaz bulguları derin sularda<sup>11</sup> olmuştur. Bulunan derin su kaynakları, son on yılda keşfedilen petrol ve gaz hacimlerinin yaklaşık %50'sini oluşturmuştur. Kıyı ötesi petrol ve gaz rezervleri, küresel petrol rezervlerinin %15'ini; gaz rezervlerinin ise %45'ini karşılamaktadır. Ayrıca kıyı ötesi petrol kaynakları dünyanın kalan bütün kaynaklarının yaklaşık %30'unu; kıyı ötesi gaz kaynakları ise yaklaşık %65'ini oluşturmaktadır<sup>12</sup>.

Çalışmamızda öncelikle kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinden ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulacaktır. Daha sonra kıyı

- 
- <sup>9</sup> Kumbur, H., Özer, Z., Özsoy, H. D., & Avcı, E. D. (tarih yok). *Türkiye'de Geleneksel ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Potansiyeli ve Çevresel Etkilerinin Karşılaştırılması*. Ekim 16, 2019 tarihinde <https://pdfs.semanticscholar.org/e9ba/1cbf560a0c7ff5d9f7cbdd15ffb45739c890.pdf> adresinden alındı, s. 1; Hunter, N. (2012). *Offshore Oil Drilling (Hot Topics)*. Capstone Global Library Limited, s. 30; Kum, H. (2009, Temmuz-Aralık). *Yenilenebilir Enerji Kaynakları: Dünya Piyasalarındaki Son Gelişmeler ve Politikalar*. Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (33), s. 209.
- <sup>10</sup> International Energy Agency. (2018). *Offshore Energy Outlook*. Fransa: World Energy Outlook Series. Ekim 25, 2019 tarihinde <https://www.iea.org/weo/offshore/> adresinden alındı., s. 9.
- <sup>11</sup> Uluslararası Enerji Ajansı (International Energy Agency-IEA), derin suyu 400 m'den daha derin su derinliği olarak tanımlamaktadır. *Offshore Energy Outlook*, s. 15.
- <sup>12</sup> *Offshore Energy Outlook*, s. 15-16.

ötesi petrol platformlarına ve bu platformların hukuki niteliğinin ne olduğuna değinilecektir. Son olarak, kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin deniz çevresine etkisinden bahsedilecektir. Bu bağlamda kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri esnasında meydana gelen kirlilik ve kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde kaza sonucu ortaya çıkan kirlilik konuları incelenecektir.

## I. KIYI ÖTESİ PETROL VE GAZ FAALİYETLERİ

Günümüzde, kavramsal olarak kıyı ötesi anlamına gelen “*offshore*” bölgesindeki petrol platformları, kıyı devletinin, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesi içerisinde kurulan petrol platformlarını tanımladığı gibi açık denizlerde diğer devletlerce inşa edilen platformları da anlatmaktadır<sup>13</sup>. 2013/30/EU sayılı Avrupa Birliği Direktifi’nde de kıyı ötesi deniz faaliyetlerinin, bir devletin karasularında, münhasır ekonomik bölgesinde ve kıta sahanlığında gerçekleştirilen faaliyetler olduğu belirtilmiştir<sup>14</sup>.

Çoğu kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyeti şu anda ulusal yargı yetkisi altındaki sularda gerçekleşmektedir<sup>15</sup>. Kıyı devleti; karasularında, münhasır ekonomik bölgesinde ve kıta sahanlığı üzerinde deniz yatağı ile toprak altının araştırılması ve canlı cansız doğal kaynakların işletilmesi konusunda münhasır haklara sahiptir. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde bulunabilmek için yetkili devletten gerekli izinlerin alınması gerekmektedir<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Kaya, İ. S. (2015). *Offshore Petrol Platformlarının Uluslararası Hukuktaki Yeri*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 118, s. 347.

<sup>14</sup> Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC. Temmuz 23, 2020 tarihinde <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN> adresinden alındı, Madde 2/2.

<sup>15</sup> Liu, N. (2015). *Protection of the Marine Environment from Offshore Oil and Gas Activities*. R. Rayfuse içinde, *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (s. 190-205). Edward Elgar Publishing Limited, s. 192.

<sup>16</sup> Radovich, V. *International Legal Regime of Offshore Structures- Environmental Concerns*. Nisan 11, 2019 tarihinde <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/Paper-of-Violeta-S.-Radovich.pdf> adresinden alındı, s. 2.



Kıyıları karşılıklı veya bitişik olan devletler arasındaki deniz sınırlarının yakınında gerçekleşen keşif sondajı veya kıyı ötesi petrol ve doğal gaz üretimi, iki taraflı tedbirlerle çözülebilecek bir sınır ötesi kirlilik kaynağıdır<sup>17</sup>.

İlgili kıyı devletleri, Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (International Maritime Organization - IMO)<sup>18</sup> gözetiminde bulunan özellikle hassas deniz alanları ve özel alanlar için kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin veya petrol taşımacılığının yapılmaması veya boşaltım için özel kısıtlamaların getirilmesi için başvuruda bulunabilirler<sup>19</sup>.

Karadaki petrol ve gaz rezervleri on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından bu yana araştırılmış ve geliştirilmiş iken; kıyı ötesi petrol ve gazın kullanımı, sığ su alanlarının kullanımı dışında esasen karasal faaliyetlerin devamı niteliği taşımaktadır. Başlangıçta, kıyı ötesi petrol endüstrisi deniz ortamında sadece kara tabanlı teknolojiyi uygulamıştır. İlk kıyı ötesi sondajı, 1896 yılında Summerland, Kaliforniya'daki tahta iskelelerden yapılmıştır. Daha sonra kıyı ötesi sondajı, 1947 yılında Louisiana sahilinden yaklaşık 6 metre derinlikteki suya demirlenmiş bir mavnadan başlamıştır<sup>20</sup>. 1960'larda esas olarak Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde derin su faaliyetleri başlarken<sup>21</sup>; 1970'lerde, petrol endüstrisinin organizasyonu ve yapısında meydana gelen değişikliklerle birlikte büyük petrol şirketleri tarafından kıyı ötesi petrol ve doğal gaz rezervi araştırmaları başlamıştır. Bugüne kadar, en önemli kıyı ötesi petrol ve gaz rezervleri keşfedilmiştir ve keşfedilen alanlardaki kıyı ötesi

<sup>17</sup> Lyons, Y. (2012). *Transboundary Pollution From Offshore Oil and Gas Activities in the Seas of Southeast Asia*. R. Warner, & S. Marsden (Ed.) içinde, *Transboundary Environmental Governance in Inland, Coastal and Marine Areas*, s. 4-5.

<sup>18</sup> Convention on the International Maritime Organization. (Kabul Edilme Tarihi: 6 Mart 1948; Yürürlük Tarihi: 17 Mart 1958). Nisan 09, 2019 tarihinde International Maritime Organization: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-the-International-Maritime-Organization.aspx> adresinden alındı.

<sup>19</sup> Radovich, s. 14.

<sup>20</sup> Caron, D. D. (1982). *Liability for Transnational Pollution Arising from offshore Oil Development: A Methodological Approach*. *Ecology L.Q.*, 10, s. 644.

<sup>21</sup> Nitekim şu anda da kıyı ötesi petrol ve gaz üretiminde en derin deniz petrol sahalarına sahip olan devlet ABD'dir Hunter, s. 10.

petrol ve gaz faaliyetlerinin önümüzdeki yıllarda önemli ölçüde artacağı öngörülmektedir<sup>22</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinden sadece petrol veya gazın çıkarılması anlaşılmalıdır. Petrol veya gazın keşfi ve üretimi ile ilgili proje ve planlar, su altı taramalarının yapılması (sismik araştırma faaliyetleri), sondaj, platform kurulumu, boru döşeme ve destek tesislerinin inşası veya kaldırılması gibi altyapı ile ilgili tüm faaliyetler bu kapsamda bulunmaktadır<sup>23</sup>.

Nitekim, Deniz yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi (DYUD)'ne göre hem araştırma hem de işletmeyi kapsayacak şekilde uluslararası deniz yatağındaki faaliyetler; sondaj, kazı, çökeltilerin, maden atıklarının veya diğer kirletici atıkların deniz çevresine atılması veya boşaltılmasının yanı sıra bu tür faaliyetlerle ilgili tesisatların, boru hatlarının ve diğer cihazların yapımı ve işletilmesi veya bakımını içermektedir<sup>24</sup>. Ancak madenlerin, maden işletmecisinin faaliyet gösterdiği alandan karadaki noktalara gemiler ile taşınması bu faaliyetler kapsamında değildir. Ayrıca madenlerin karada bulunan bir fabrikada işlenmesi de bu faaliyetlerin kapsamına girmemektedir<sup>25</sup>.

Kıyı ötesi üretim ve sondaj platformlarında gerçekleştirilen faaliyetler, karadaki petrol ve gaz faaliyetlerine benzerlik gösterse de kıyı ötesi faaliyetleri, kıyıda araştırma ve işletme faaliyetlerine nazaran oldukça karmaşık ve ileri teknoloji gerektiren<sup>26</sup>, tehlikeli ve pahalı işler-

<sup>22</sup> G.Speight, J. (2015). *Handbook of Offshore Oil and Gas Operations*. Elsevier Ltd, s. 4.

<sup>23</sup> Directive 2013/30/EU on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending, 2013: Madde 2/3; Kashubsky, November-December 2006, s. 2.

<sup>24</sup> Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, List of Cases No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011. (2011). Nisan 18, 2018 tarihinde International Seabed Authority: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_17/17\\_adv\\_op\\_010211\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf) adresinden alındı, Para.87

<sup>25</sup> Advisory Opinion, Para. 95-96.

<sup>26</sup> Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri son derece teknik süreçleri, işlemleri ve karmaşık aşamaları içeren; mobil ve mobil olmayan sondaj kuleleri ve üretim tesisleri, yüzer depolama ve boşaltma birimleri, kıyı ötesi boru hatları, inşaat ve destek gemileri, servis ve bakım üniteleri, petrol ve gaz tankerleri vb. birçok farklı sondaj, depolama ve destek ünitesini kapsamaktadır. Wetterstein, P. (2014). *Environmental Liability in*

dendir. Kıyı ötesi tesisler, ağır iklim koşullarına dayanıklı biçimde inşa edilirler. Bazıları 20 ilâ 200 kadar işçiye barınma imkânı sağlar. Tesislerde meteorolojik ölçümlerin yapılmasının yanı sıra dalgıçlar, helikopterler, kontrol ve haberleşme donanımı, vinçler, yangın söndürme ve önleme teçhizatı, insan atıklarının depolanması ve idaresi ile ilgili ekipmanlar bulundurulur<sup>27</sup>.

## II. KIYI ÖTESİ PETROL PLATFORMLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi<sup>28</sup> (BMDHS)'nde özel olarak sondaj platformlarının açık bir tanımı olmadığı bilinmekle birlikte BMDHS'nin "*Münhasır ekonomik bölgedeki yapay adalar, tesisler ve yapılar*" başlıklı 60. maddesinde<sup>29</sup> belirtilen "*tesis*" (*installation*) ve "*yapı*" (*structure*) ibarelerinin, BMDHS madde 147<sup>30</sup>, 194-3(c) (d)<sup>31</sup> ve 209<sup>32</sup> göz önünde bulundurulduğunda, sondaj platformlarını da kapsadığı anlaşılmaktadır<sup>33</sup>.

Kıyı ötesi petrol platformları "*sabit platformlar*" (*fixed platforms*) ve "*yüzer platformlar*" (*floating platforms*) olmak üzere iki türdür. Sabit platformlar, kıyıda (*onshore*) platformlara benzer olmakla birlikte, biraz daha ayrıntılı özelliklere sahiptir<sup>34</sup>. Sabit platformlar başlangıçta daha sığ deniz alanlarındaki petrol sondajı ve üretimi için kullanılmıştır. Ancak petrol araştırmalarının giderek daha derin sularda gerçekleştiril-

---

*the Offshore Sector with Special Focus on Conflict of Laws (Part 1)*. The Journal of International Maritime Law, 20, s.32.

<sup>27</sup> Radovich, s. 2.

<sup>28</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). (İmza Tarihi: 10 Aralık 1982; Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994). Ağustos 15, 2020 tarihinde [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) adresinden alındı.

<sup>29</sup> BMDHS madde 60: "*Münhasır ekonomik bölgedeki yapay adalar, tesisler ve yapılar.*"

<sup>30</sup> BMDHS madde 147: "*Bölge'de Yürütülen Faaliyetler ile Deniz Çevresinde Gerçekleştirilen Diğer Faaliyetlerin Başlaşması.*"

<sup>31</sup> BMDHS madde 194: "*Deniz Çevresinin Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınması İçin Gereken Önlemler.*"

<sup>32</sup> BMDHS madde 209: "*Bölge'de Yürütülen Faaliyetlerden Kaynaklanan Kirlilik.*"

<sup>33</sup> Yayıncı, C. (2019). *Sorular ve Cevaplar ile Münhasır Ekonomik Bölge (MEB) Kavramı* (5 b.). İstanbul: Deniz Basımevi Müdürlüğü, s. 29-30.

<sup>34</sup> Kaya, s. 348. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Radovich, ss. 3-10.

mesi, yüzer üretim platformlarını kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri bakımından ana çözüm haline getirmiştir. Dört tür yüzer üretim platformu bulunmaktadır:

- 1) Yüzer üretim, depolama ve boşaltma sistemi (*Floating production, storage and offloading system - FPSO / FSO*),
- 2) Gergin tabanlı platform/ Taban destekli platform (*Tension leg platform - TLP*),
- 3) Direkli platformlar (*Spar platforms*)
- 4) Yarı-su altında kalabilir tesisler (*Semi - submersible facilities*)<sup>35</sup>.

Uluslararası hukuk esas olarak devletlerin davranışlarını ve faaliyetlerini düzenlemektedir. Dolayısıyla, kıyı ötesi faaliyetler bakımından devlet yetkisini ve sorumluluğunu belirlemek için uluslararası hukukun kıyı ötesi tesislerini nasıl tanımladığını değerlendirmek faydalı olacaktır. Çoğu petrol sahası hem mobil hem de sabit özelliklere sahip olduğundan, kıyı ötesi tesisleri veya platformları sınıflandırmak kolay değildir. Ancak kıyı ötesi tesislerinin ada olarak nitelendirilemeyeceği açıktır, çünkü kıyı ötesi tesislerin doğal bir toprak parçası özelliği yoktur ve bu tesisler veya yapılar kalıcı nitelikte değildir. Bununla birlikte, kıyı ötesi tesislerini, kıyı devletlerinin yetkisi altına alınmasının aksine bayrak devletlerinin kontrolü altında olan gemiler olarak sınıflandırmak da sorunludur. Kıyı ötesi tesislerinin “gemi” tanımına dâhil edilip edilemeyeceği belirsizdir, çünkü uluslararası hukukta “gemi” nin tek tip bir tanımı yoktur<sup>36</sup>.

Kıyı ötesi petrol platformlarının bir “gemi” olarak nitelendirilmesinin veya bir başka kategoride değerlendirilmesinin uluslararası hukuk açısından farklı sonuçları olacaktır. Eğer bu platformlar gemi olarak kabul edilebilirse, bayrak taşıma yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Böylece bayrak devletinin yargı yetkisi de kabul edilmiş olacaktır. Bunun yanında, gemiler için geçerli olan ve kaza, kurtarma çalışmaları, deniz

<sup>35</sup> Kloff, S., & Wicks, C. (2004). *Environmental Management of Offshore Oil Development and Maritime Oil Transport*, s. 26.

<sup>36</sup> Brown, C. (1998). *International Environmental Law in the Regulation of Offshore Installations and Seabed Activities: The Case for a South Pacific Regional Protocol*. 17 Australian Mining & Petroleum L.J., 17, s. 113-114.

kirliliği ve el koyma yetkisi gibi konuların da bu platformlar için devreye sokulması söz konusu olabilecektir<sup>37</sup>.

IMO sözleşmelerine bakıldığında, gemi kavramının farklı yerlerde farklı biçimlerde tanımlandığı görülmektedir. Örneğin, "1992 Petrol Kirliliğinden Doğan Zarardan Hukuki Sorumluluğa İlişkin Uluslararası Sözleşme"nin gemi tanımına bakıldığında bir yapının petrol özelinde gemi kategorisine sokulabilmesi için, petrolü kargo amaçlı taşıması ve denizlerde yolculuk yapabilecek kapasiteye sahip olması gerekmektedir<sup>38</sup>.

Benzer şekilde, "1969 Petrol Kirliliği Zayıf Durumlarında Açık Denizlere Müdahale İle İlgili Uluslararası Sözleşme"nin<sup>39</sup> gemi tanımına bakıldığında gemi; deniz yatağı ve okyanus tabanı ile yer altı topraklarının kaynaklarının araştırılması ve kullanılmasıyla ilgili bir yapı veya cihaz hariç olmak üzere herhangi bir türde denizden giden yüzen tekne olarak ifade edilmiştir.

Bahsi geçen sözleşmelere bakıldığında sabit kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarının yüzer durumda olmadığından ve petrolün kargo amaçlı taşınmasının yapılmadığından bahisle gemi olarak kabul edilemeyeceği ve bu yönüyle bayrak devletinin değil de kıyı devletinin yargı yetkisine tabi olduğu söylenebilir. Yine aynı şekilde yüzer petrol platformlarının da petrol sondajı veya üretimi esnasında denize veya deniz yatağına sabit olduğu düşünüldüğünde aynı durumun yüzer petrol platformları için de geçerli olduğu kabul edilebilir.

Her ne kadar doktrinde petrolün kargo amaçlı taşınması ve denizlerde yolculuk yapabilecek kapasiteye sahip olması şartlarının gerekli olduğundan bahisle sabit petrol platformlarının gemi olarak kabul edi-

<sup>37</sup> Kaya, s. 348.

<sup>38</sup> Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources. (1977, May 1). Ağustos 11, 2020 tarihinde Ecolex: <https://www.ecolex.org/details/treaty/convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources-tre-000434/> adresinden alındı, Madde 1/1.

<sup>39</sup> International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties. (1969). Ağustos 11, 2020 tarihinde <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-Relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties.aspx> adresinden alındı.

lemeyeceği açıklanmış ise de “1973 tarihli *Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme-MARPOL*”nin<sup>40</sup> ve Sözleşme’yi tadil eden Protokol’ün (MARPOL-78 Protokolü) 2/4. maddesi, bu görüşe aykırı hüküm içererek açıkça sabit platformları da gemi kategorisine dâhil etmiştir. Hal böyle iken, tüm kıyı ötesi petrol platformlarının, 73/78 MARPOL Sözleşmesi’ne taraf olan devletler açısından gemi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda da gemilere ilişkin hukuki kuralların tüm kıyı ötesi petrol platformlarına da uygulanacağı bahsi geçen devletlerce kabul edilmelidir<sup>41</sup>.

Kanımızca kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarını gemi olarak kabul etmek mümkün değilken, MARPOL Sözleşmesi’nin açık düzenlemesi karşısında adı geçen sözleşmeye taraf devletlerin, gemilere ilişkin hukuk kurallarını kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarına da uygulaması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla bu konu hakkında yeknesak bir düzenlemenin yapılması yerinde olacaktır.

### III. KIYI ÖTESİ PETROL VE GAZ FAALİYETLERİNİN DENİZ ÇEVRESİNE ETKİSİ

“Çevre” (*environment*) ve “kirlilik” (*pollution*) kavramları, aynı anda birden çok anlama gelebilecek kadar karmaşık ve kapsamının belirlenmesi zor olan kavramlardır. Bu zorluklar nedeniyle ki söz konusu kavramların uluslararası çevre hukuku ile ilgili belgelerde genel bir tanımı yapılamamış ve bu kavramlar genelde ilgili her belgenin kendi uygulama alanı içerisinde tanımlanmıştır. Çevre ve kirlilik kavramları ile iç içe olan “deniz kirliliği” (*marine pollution*) de aynı zorlukları taşıya da uluslararası hukuk belgelerinde genel bir tanımı yapılmıştır<sup>42</sup>.

Uluslararası deniz hukukunda temel bir belge niteliği taşıyan BMDHS madde 1/4’te deniz kirliliğinin tanımı yapılmıştır. Buna göre; “Deniz çevresinin kirlenmesi, insanların doğrudan veya dolaylı olarak haliçler

<sup>40</sup> Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (MARPOL-73 Sözleşmesi), Sözleşmeyi tadil eden Protokol (MARPOL-78 Protokolü). (24 Haziran 1990 Sayı: 20558). Ağustos 11, 2020 tarihinde Resmî Gazete: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20558.pdf> adresinden alındı.

<sup>41</sup> Kaya, s. 348-349.

<sup>42</sup> Abdullayev, C. (2005). *Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 27.

*de dâhil olmak üzere, canlı kaynaklara, insan sağlığına, balıkçılık dâhil denizcilik faaliyetlerine engel olma, deniz suyunun kullanımında kalitenin bozulması ve görsel güzelliklerin azalması gibi zararlı etkilerle sonuçlanan veya bununla sonuçlanabilecek madde veya enerjinin deniz çevresine girmesi” anlamına gelir. Dolayısıyla kirlenme doğrudan veya dolaylı olarak insan faaliyetlerinden kaynaklanmakta ve istenmeyen zararlı etkilerle sonuçlanmaktadır.*

Tanımdan şu üç hususun daha çıkarılması mümkündür;

(1) Tanım, deniz kirliliğini içerebilecek mevcut ve yeni tüm kaynakları içermektedir.

(2) Tanım, “gerçekleşmesi yüksek” zararlı etkilere yol açan maddeleri veya enerjiyi kapsamaktadır. Bu durumda potansiyel zararlı etkilerin de düzenlenmesi söz konusu olabilecektir.

(3) Tanım, deniz çevresinin deniz canlılarını kapsadığını açıkça ortaya koymaktadır. Bu nedenle deniz çevresinin korunması aynı zamanda deniz türlerinin korunmasını da içermektedir<sup>43</sup>.

Tanımda yer alan “deniz çevresi”nin ne anlam ifade ettiği BMDHS’nde yer almamıştır. Ancak, Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı sırasında bazı devletler deniz çevresinden ne anlaşılması gerektiği ile ilgili Sözleşme metninde yer verilmese de bazı önerilerde bulunmuşlardır. Örneğin, Malta ve Kenya’nın birbirine oldukça benzer şu tanımlaması mevcuttur: “Deniz çevresi, deniz yüzeyi, üzerindeki hava, altındaki su kolonu, içindeki canlı ve cansız kaynaklar dâhil olmak üzere, denizin en çok yükseldiği hattın ötesindeki deniz yatağını kapsayan alandır”<sup>44</sup>.

BMDHS’nin 1/4. maddesinin deniz çevresinin kirlenmesinden; kirlenme ile ilgili XII. Kısım’ının “deniz çevresinin korunması ve muhafazası”ndan bahsetmesi, yalnızca deniz kirliliğinin değil; “deniz çevresinin kirliliği”ni öngörmüş, dolayısıyla kirlenme daha kapsamlı algılanmıştır<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Tanaka, Y. (2015). *The International Law of the Sea*. New York: Cambridge University Press, s. 269.

<sup>44</sup> Tütüncü, A. N. (2004). *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 6-7.

<sup>45</sup> Tütüncü, s. 7.

BMDHS madde 194/5'e göre; "İşbu Kısma uygun olarak alınan tedbirler, ender veya hassas olan ekosistemlerin korunması ve muhafazası için gerekli olanlar ile azalma halinde, tehdit altında veya yok olma yolunda olan deniz türlerinin ve diğer her çeşit deniz canlılarının doğal yaşamlarının korunmasını da kapsayacaktır" hükmü yer almaktadır. Yine bu maddede de hassas ekosistemlerin korunması ile deniz türlerinin ve diğer her çeşit deniz canlılarının doğal yaşamlarının korunmasına ilişkin yükümlülükler dikkate alındığında, deniz çevresinin, geniş bir açıdan ele alınmış olduğu görülebilir.

Petrol ve gaz faaliyetleri, yerel, bölgesel ve hatta küresel düzeyde çevresel etkiler oluşturan faaliyetlerdir. Bu etkiler faaliyet türüne (petrol araştırma ve işletme, gemi veya boru hatları ile nakliye, rafine etme, ham petrol ve gaz ürünlerinin işlenmesi ve enerji üretimi için petrol, doğal gaz, kömür gibi fosil yakıtların yanması), boyutuna, konumuna (karada veya denizde gerçekleşmesi) ve bulunduğu çevreye ve çevrenin hassasiyetine göre değişmektedir<sup>46</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin deniz çevresine etkisi, kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri esnasında olabileceği gibi petrol ve gaz platformlarında meydana gelen kazalar sebebiyle de gerçekleşebilmektedir. Kıyı ötesi petrol ve gaz üretimi, platformda veya petrolün platformdan kıyıya taşınması esnasında meydana gelebilecek petrol sızıntısı riskini taşımaktadır. Platformdaki sızıntılar, keşif ve üretim sondajı sırasında veya patlamalardan kaynaklanmaktadır. Kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarında üretilen petrol ve gazın çoğu boru hatları yoluyla kara-ya taşınmaktadır. Dolayısıyla petrol sızıntıları boru hattı yırtıklarından veya kronikleşmiş sızıntılardan da kaynaklanabilmektedir.

İstatistikler, tarihsel olarak petrol sızıntılarının petrol kirliliğinde çok küçük bir yüzdeden doğrudan sorumlu olduğunu gösterse de<sup>47</sup>, petrol sızıntılarının çevre, ekosistem ve kıyı halkı üzerindeki sosyo-

<sup>46</sup> Encyclopedia of Hydrocarbons. *Environmental Protection in the Petroleum Industry*. Temmuz 23, 2020 tarihinde [http://www.treccani.it/export/sites/default/Portale/sito/altre\\_aree/Tecnologia\\_e\\_Scienze\\_applicate/enciclopedia/inglese/inglese\\_vol\\_4/507-524\\_x10.3x\\_ing.pdf](http://www.treccani.it/export/sites/default/Portale/sito/altre_aree/Tecnologia_e_Scienze_applicate/enciclopedia/inglese/inglese_vol_4/507-524_x10.3x_ing.pdf) adresinden alındı, s. 40.

<sup>47</sup> Jurvetson, 2019.



ekonomik etkileri geniş çaplı olabilmektedir. Kıyı nüfusu, ticari balıkçılık, deniz ve kıyı turizmi, kıyı mangrovları<sup>48</sup>, göçmen türler ve biyolojik çeşitlilik bu sızıntılardan etkilenmektedir<sup>49</sup>.

Bu kirlilik türlerine ek olarak, deniz kirliliği, kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarına yapılan terör saldırıları, sabotaj veya kundaklama gibi yasadışı eylemlerden de kaynaklanabilir. Bu yasadışı faaliyetler, deniz çevresi için önemli bir kirlilik riski oluşturmaktadır<sup>50</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin dolaylı potansiyel etkisi veya riskleri de söz konusudur. Bu etki ve riskler; gürültü, ışıklar ve gemilerin fiziksel varlığıdır<sup>51</sup>. Petrolün çıkarılması ve işlenmesi ile ilgili birçok faaliyetin, ortam ses seviyelerinin oldukça üzerinde bir sualtı gürültü alanı oluşturduğu kabul edilmektedir. Ayrıca petrol ve gaz faaliyetlerinin çoğu, yüksek biyolojik verimlilik alanı olan kıta sahanlığında gerçekleşmektedir<sup>52</sup>. Dolayısıyla bu alanlarda gerçekleştirilen petrol ve gaz faaliyetlerinin deniz çevresine ve deniz canlılarına olan etkisi daha fazla olmaktadır.

Gürültü, kıyı ötesi petrol arama ve üretiminin tüm aşamalarıyla ilişkilidir. Sismik araştırmalar, platformların yerleştirilmesi veya kaldırılması, sondaj, hava ve gemi desteği, kara ve deniz tesislerinin işletimi gibi faaliyetler gürültüye sebebiyet vermektedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Mangrov, gelgit olaylarının sık yaşandığı okyanus kıyılarında yetişen, ağaç ve bitki topluluklarına verilen isimdir.

<sup>49</sup> Wetterstein, s. 32; F.Boesch, D., N.Butler, J., A.Cacchione, D., R.Geraci, J., M.Neff, J., P.Ray, J., & M.Teal, J. (1987). *An Assessment of the Long-Term Environmental Effects of U.S. Offshore Oil and Gas Development Activities: Future Research Needs*. N. N. Donald F. Boesch içinde, *Long-term Environmental Effects of Offshore Oil and Gas Development* (s. 1-54). London and New York: Elsevier Applied Science Publishers LTD, s. 22.

<sup>50</sup> Kashubsky, November-December 2006, s. 2.

<sup>51</sup> Jurvetson, 2019.

<sup>52</sup> McCarthy, E. (2004). *International Regulation of Underwater Sound Establishing Rules and Standards to Address Ocean Noise Pollution*. Boston: Kluwer Academic Publishers, s. 43; Firestone, J., & Jarvis, C. (2007). Response and Responsibility: Regulating Noise Pollution in the Marine Environment. *Journal of International Wildlife Law and Policy*, 10, s. 117.

<sup>53</sup> Firestone & Jarvis, s. 117.

Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri, özellikle karbondioksit ve metan gibi atmosferde küresel ısınmaya sebebiyet verdiği düşünülen sera gazı (*greenhouse gases*) salınımı ile sonuçlanmaktadır<sup>54</sup>. Bu durumu da kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin dolaylı potansiyel etkisi veya riskleri arasında sayabiliriz.

### **A. Kıyı Ötesi Petrol ve Gaz Faaliyetleri Esnasında Meydana Gelen Kirlilik**

Faaliyet esnasında meydana gelen kirlilik; sismik araştırmalardan, sondaj çamurlarından, sondaj sıvılarından ve sondaj kesiklerinden, üretim suyundan, sondajlarda kullanılan kimyasallardan, platformlardaki atık sıvı boşaltma (drenaj) sistemlerinden gelen atıklardan, kanalizasyonun, çöplerin ve diğer atıkların tesislerden atılmasından kaynaklanabilir<sup>55</sup>. Görüldüğü üzere, herhangi bir aksilik veya kaza yaşanmasa bile sadece petrol ve gaz bulmak veya çıkarmak başlı başına çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilmektedir.

#### **a. Sismik Araştırmalar**

Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri esnasında su altı gürültüsü oluşmaktadır. Bu gürültüye neden olan faaliyetlerden biri de maden yataklarını veya maden yataklarının jeolojik özelliklerini bulmak için yapılan sismik araştırmalardır. Sismik araştırmalar, kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin ilk aşamasıdır. Bu jeofizik araştırmalar, okyanusun jeolojik özelliklerini karakterize etmek için yüksek enerjili, düşük frekanslı ses aktarımından gelen yansımaları kullanır. Bu yansıtılan ses titreşimleri, orijinal kaynaklarından yüzlerce kilometre uzakta algılanabilir<sup>56</sup>.

Sismik araştırmalarda kullanılan ses dalgalarını oluşturmak için çeşitli teknolojiler kullanılmaktadır. En yaygın olanlardan bazıları hava tabancaları, manşon patlayıcılar ve gaz tabancalarıdır. Hava tabancaları, jeofizik yüzey araştırmaları için en sık kullanılan ses jeneratörleridir. Tipik olarak bir gemiden dağıtılırlar. Okyanusa yüksek basınçlı havayı boşaltarak çalıştıklarından her salınımla ses yaratarak genişleyen hava

<sup>54</sup> Jurvetson, 2019.

<sup>55</sup> Liu, s. 190-191.

<sup>56</sup> McCarthy, s. 41.

ile doldurulmuş bir boşluk üretir. Hava tabancalarının arkasına yansıyan sinyalleri deniz tabanının altından ölçmek için bir dizi su altı mikrofonları yerleştirilir. Tabancalar genellikle birkaç saniyede bir kez ateşlenir ve 259 desibele<sup>57</sup> kadar seviye oluşturur. Sadece Meksika Körfezi'nde her yıl 900'den fazla sismik araştırma gerçekleştirilmektedir. Yüksek enerjili sismik dalgalar üretmek için kullanılan hava tabancalarının ve diğer cihazların hayvanların hareketlerini ve davranışlarını 10 kilometreye kadar etkilediği rapor edilmiştir<sup>58</sup>.

Su altı gürültüsünün etkileri, gürültünün kaynağı, etkilenen belirli türler ve işitme duyarlılığı aralığı, gürültü kaynağından etkilenen türlere uzaklık, maruz kalma süresi, yaş, cinsiyet ve etkilenenlerin çevresel özellikleri gibi faktörlere bağlı olarak değişebilir. Bilimsel araştırmalar, özellikle düşük frekanslı işitme kabiliyetine sahip memeli deniz hayvanlarının sismik araştırma faaliyetinden kaçındığını, balinaların ve yunusların beslenmeyi ve sosyalleşmeyi bıraktıklarını, geçen gemileri takip ettiğini ve yıllarca yoğun olarak kullanılan gemi güzergahlarından geçtiğini ve sismik araştırma alanlarının yakınında dalış şekillerini değiştirdiğini göstermiştir<sup>59</sup>.

Gürültünün kuşlar üzerindeki etkileri ise, belirgin bir etkiden ölümcül irkilme reflekslerine kadar değişkenlik göstermektedir. Özellikle yumurtalar, kuluçka yavruları ve genç deniz memelileri meydana gelen gürültüden daha fazla etkilenmektedir. Bu durum yumurtaların veya gençlerin kaybolması, yuvanın bölgesinden dağılması veya hayati ebeveyn-yavru bağlarının bozulması gibi farklı etkilere neden olabilmektedir<sup>60</sup>.

Sismik araştırmaların balıklar üzerinde de olumsuz bir etkiye sahip olabileceği görülmüştür. Sismik araştırmaların yapıldığı bir alanda balık avları geçici olarak %40 oranında azalabilmektedir. Deniz bilimcileri, bu çalışmaların balıkların göç veya yumurtlama zamanında yapıl-

<sup>57</sup> Ses şiddetini gösteren birimin onda biri. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

<sup>58</sup> McCarthy, s. 41-42.

<sup>59</sup> Firestone & Jarvis, s. 120; Kloff & Wicks, s. 26.

<sup>60</sup> F.Boesch, ve diğerleri, s. 18-19.

duğunda etkilerinin daha derin ve uzun vadede olabileceğini savunmaktadır<sup>61</sup>.

Petrol endüstrisi ve bazı bilim adamları, sismik araştırmaların ürettiği ses dalgalarının, birçok doğal olarak oluşan ve diğer insan yapımı seslerle aynı olduğunu ileri sürerek yalnızca sınırlı ve geçici etkileri olduğunu savunmaktadırlar<sup>62</sup>. Sismik araştırmaların, deniz çevresine verdiği zararların göz ardı edilerek otomatik olarak zararsız teknikler olarak tanımlanması doğru değildir. Uluslararası mahkemeler ve tahkim heyetleri tarafından sismik araştırmaların da zarar verebileceğinin benimsenmesi, sismik araştırmaların çevresel zararları hakkında daha fazla bilimsel çalışmanın yapılması ve bu süreçler sonunda ortaya çıkan bulguların kamuoyu ile daha başarılı bir şekilde paylaşılması bu bağlamda büyük önem taşımaktadır<sup>63</sup>.

Deniz çevresine salınan ve kötü etkiler yaratan gürültünün bir kirlilik çeşidi olduğuna ve deniz çevresine çeşitli faktörlerle zarar verdiğine dair herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla sismik araştırmaların olumsuz etkilerinin azaltılmasına yönelik birtakım tedbirlerin, özellikle de ulusal düzeyde alınması söz konusudur. Genel olarak üç farklı aşamada bu tedbirler uygulanmaktadır. İlk olarak, ses seviyesinin düşükten başlatılarak yavaş yavaş artırılması (*soft starts*) gibi tatbiki önlemler alınmaktadır. İkinci olarak, deniz canlılarının gözlemlenmesi sonucu, etki alanına giren canlı tespit edilmesi halinde uygulamanın hızla durdurulması, herhangi bir canlı bulunmadığı takdirde sismik araştırmalara devam edilmesi gibi gözlem ve tespite dayalı tedbirler söz konusudur. Son olarak deniz canlılarının kötü etkilere maruz kalmasını önlemek amacıyla zamansal ve coğrafi olarak yapılacak sismik faaliyetlerin özenle planlanması gelmektedir<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Kloff & Wicks, s. 27.

<sup>62</sup> G. Speight, s. 267.

<sup>63</sup> Güneysu, G. (2020). *Sualtında İcra Edilen Sismik Araştırmalardan Kaynaklanan Kirlilik ve Uluslararası Hukuk*. Siyasal: Journal of Political Sciences, 29(1), doi:DOI: 10.26650/siyasal.2020.29.1.0076, s. 41.

<sup>64</sup> Bu aşamalar hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Güneysu, ss. 46-48.

## b. Sondaj Atıkları

Ham petrolün yer altından çıkarılmasında ilk aşama; sismik araştırmalar sonucu bulunan petrol veya gaz rezervine bir kuyu açmaktır. Sondaj, petrol ve gazın elde edilmesi aşamasında en önemli ve en zor<sup>65</sup> olan faaliyettir. Genellikle, çıkarma oranının ekonomik olarak uygulanabilir olmasını sağlamak için birçok kuyu (çok taraflı kuyu) aynı rezerv içine açılmaktadır. Ayrıca bazı kuyular (ikincil oyuklar), rezervin basıncını yükseltmek veya korumak için rezerv içine su, buhar, asit veya çeşitli gaz karışımlarını pompalamak için kullanılabilir<sup>66</sup>.

Kuyu sondajı sırasında ve kıyı ötesi petrol ve gaz üretimi sırasında, bazıları okyanusa boşaltılabilen çok çeşitli sıvı, katı ve gaz atıklar üretilmektedir<sup>67</sup>. Sondaj atıkları, boşaltma işlemlerine uyulması gereken çevre standartlarına bağlı olarak değişen sondaj çamurları, sondaj sıvıları, sondaj kesikleri ile üretim suyunu içerir. Sondaj kulesinin fiziksel olarak yerleştirilmesi de deniz tabanının yapısına bağlı olarak yerel hasara neden olabilmektedir ancak bu durumda etkilenen alan çok küçüktür<sup>68</sup>.

Atıkların platformlardan veya tesislerden boşaltılması, en kolay ve en ucuz yoldan elden çıkarma yöntemidir ve aynı zamanda çevresel olarak en zarar verici yöntemdir. Petrolle ilgili atıkların denize atılmasında genellikle ham petrolün oldukça hızlı bir şekilde bozulacağı ve toksik özelliğini yitireceği düşüncesi vardır ve bu durumun sınırlı ve kısa vadeli çevresel etkiye neden olacağına inanılmaktadır. Ancak du-

<sup>65</sup> Sondaj, petrol ve gazın elde edilmesinde her zaman zor, kirli ve tehlikeli bir iş olmuştur. Örneğin, Meksika Körfezi'nde, 2001'den bu yana, 90 büyük sondaj kulesi ve 3.500 üretim platformu üzerinde çalışan 35.000 kişi vardır. Bu platformlarda 1.550 yaralanma, 60 ölüm ve 948 yangın ve patlama meydana gelmiştir. Report to the President. (Ocak 2011). *Deep Water- The Guif Oil Disaster and the Future Offshore Drilling: National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling*, s. 3.

<sup>66</sup> G. Speight, s. 127-128.

<sup>67</sup> Boşaltılabilecek atık türleri Çevre Koruma Ajansı (*Environmental Protection Agency - EPA*) tarafından düzenlenmektedir. Okyanusa dökülmesine izin verilebilecek sıvı ve katı atıklar, makinelerden gelen soğutma suyunu, güverte drenajını, evsel atık suları, sondaj kesiklerini, sondaj sularını ve üretim sularını içerir. Boesch & Rabalais, s. 152.

<sup>68</sup> Jurvetson, 2019.

rum her zaman böyle değildir. Bu tür inançlar çoğu zaman yanlış çıkmaktadır ve herhangi bir kanıt veya bir bilimsel mantığa dayanmamaktadır<sup>69</sup>.

#### *aa. Sondaj Çamurları*

Sondaj çamurları; delmeye yardımcı olma, soğutma, yağlama, sondaj kalıntılarının yeryüzüne taşınması, kuyunun duvarlarının korunması ve fışkırmayı önleme gibi birçok işlevi gören depolandığı alandan sondaj kuyusuna gönderilip geri dönen hafif kıvamlı çamur şeklinde olan malzemedir. Kuyuda dolaşan bu malzeme sayesinde sondaj işlemi daha kolay yapılmaktadır. Su bazlı, yağ bazlı ve sentetik bazlı olmak üzere üç ana tip sondaj çamuru kullanılır. En az kirletici olan su bazlı sondaj çamurlarıdır. Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde kullanılan sondaj çamurlarının bileşiminde bulunan maddeler; emülgatörler, kayganlaştırıcılar, ıslatıcı maddeler, aşınma önleyiciler, deterjanlar, yakıcı sodalar, tuzlar ve organik polimerlerdir. Bu kimyasallara ek olarak, sondaj çamurları, ayrıca jelleşme ve bükülme önleyici maddeler (bentonit killeri), filtrasyon kontrol maddeleri, pH ve iyon kontrol maddeleri, baritler, biyositler, yağlayıcılar, köpük önleyici maddeler ve deniz çevresinde kalabilen ağır metallerden (arsenik, baryum, krom, kadmiyum, kurşun ve cıva gibi) oluşur<sup>70</sup>. Kullanılan sondaj çamuru, çalkalayıcılar ve çamur temizleyiciler vasıtasıyla, sondaj kesiklerinden temizlenir. Çamur sondaj için tekrar kullanılırken, sondaj sıvılarıyla kaplı atıklar su kolonuna boşaltılır ve deniz tabanına bırakılır<sup>71</sup>.

#### *bb. Sondaj Sıvıları*

Sondaj sıvıları, bir kıyı ötesi keşif kuyusu açıldığında, yeraltı yüzeyini dengelemek ve patlamaya sebebiyet verecek basınç düzeylerini dengelemek ve matkap ucu ile matkap borusunun ağırlığının bir kısmını soğutmak, yağlamak ve desteklemek için kullanılır. Sondaj sıvıları, su bazlı veya organik faz sıvıları olarak sınıflandırılır. Bu tür sıvılardaki ana bileşenler ilmenit, bentonit ve barit gibi ağır metallere dendir. İşlem

<sup>69</sup> G. Speight, s. 262.

<sup>70</sup> Neff, Rabalais & Boesch, ss. 153-156; G. Speight, ss. 269-270.

<sup>71</sup> Galil, B., & Herut, B. (IOLR Report H15/2011). Marine Environmental Issues of Deep-Sea Oil and Gas Exploration and Exploitation Activities off the Coast of Israel, s. 11.

sırasında, sondaj sıvısı sondaj borusundan sürekli olarak dolaşır ve sondaj çamuru ve diğer atıkları içeren teçhizat veya platforma geri döner<sup>72</sup>.

### *cc. Sondaj Kesikleri*

Sondaj kesikleri (matkap kesikleri), delme işlemlerinden kaynaklanmaktadır. Sondaj kesiklerinin boyutu deniz tabanının yapısına bağlı olarak, çapı mikron boyutundaki parçalardan iki santimetreye kadar değişebilmektedir. Sondaj kesikleri, birkaç santimetreden 3 metre yüksekliğe kadar yığın oluşturabilir ve çıkıştan 200 metreden daha fazla mesafeye kadar yayılabilirler. Sondaj kesikleri, kuyularda kullanılan sondaj sıvılarının ve çamurlarının izlerini içerebilir<sup>73</sup>.

Sondaj kesiklerinin dolaylı etkileri arasında, su sütunundaki asılı kesiklerin, deniz tabanına ulaşan ışık miktarını azaltması sonucu bitki büyümesini azaltarak besin zincirini etkileme durumu vardır. Bu etkiler, zehirli veya zararlı bileşenlerin seviyelerinin azaltılması ve/veya boşaltmadan önce filtrenmesi veya geri dönüştürülmesiyle en aza indirilebilir<sup>74</sup>.

### *dd. Üretim Suyu*

Petrol veya gaz üretimi sırasında, bir miktar bağlama suyu da pompalanabilir. Başka bir deyişle, üretim suyu, rezervlerde bulunan petrol ile birlikte verilen sudur ve kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde başlıca petrol kirliliği kaynaklarından biridir. Üretim suyu esasen çözülmüş ve dağılmış yağlar, yüksek tuz konsantrasyonları, oksijen içermeyen ve doğal olarak oluşan radyoaktif madde içeren petrol ve gaz rezervlerine göre nispeten daha ılık sudan oluşur ve bölgeye bağlı olarak değişken bir kimyaya sahiptir<sup>75</sup>.

Bir rezervde bulunan petrolün hacmi azaldıkça, üretilen suyun hacmi genellikle artar. Dolayısıyla eski kuyularda üretim, %95 su, %5 yağ ve gaz olabilir. Üretilen su genellikle denize boşaltılır ya da depolanır. Üretilen su ağır metaller, aromatik hidrokarbonlar, alkil fenoller ve

<sup>72</sup> Galil, B., & Herut, B., s. 11.

<sup>73</sup> Galil & Herut, s. 10; G. Speight, s. 271.

<sup>74</sup> Jurvetson, 2019.

<sup>75</sup> Kloff & Wicks, s. 27; Jurvetson, 2019.

radyoaktif maddeler gibi rezervlerde doğal olarak oluşan düşük konsantrasyonlarda tehlikeli maddeler içerir<sup>76</sup>.

## **B. Kıyı Ötesi Petrol ve Gaz Faaliyetlerinde Kaza Sonucu Ortaya Çıkan Kirlilik**

Kaza sonucu ortaya çıkan kirlilik; petrol veya gaz kuyularında meydana gelen patlamalardan, boru hattının kırılmasından, faaliyeti durdurulmuş bir kuyudan veya kullanım ömrünü tamamlamış petrol veya gaz platformlarının kaldırılmasından, platformlardan ham petrol veya gazın yüklenmesi veya boşaltılması esnasında meydana gelen kazalar ve sızıntılardan, deniz yatağından çıkarılan petrol veya doğal gazın kıyıya veya kıyı açığındaki tesislere taşınmasından<sup>77</sup> kaynaklanabilir<sup>78</sup>.

### **a. Kıyı ötesi Petrol veya Gaz Platformlarında veya Kuyularında Meydana Gelen Patlamalar**

Meydana geldiğinde deniz çevresini en çok etkileyen durumlardan birisi de kıyı ötesi petrol ve doğal gaz platformlarında veya kuyularında meydana gelen patlamalardır. Petrol platformlarında yaşanan patlamalarda meydana gelen yangınlarda deniz çevresi kadar, atmosferin de kirlenmesi söz konusu olmaktadır.

Son yıllarda, özellikle petrol platformlarında yaşanan patlamaların önüne geçilebilmesi amacıyla bir dizi teknoloji geliştirilmiştir. Patlama önleyici ve bilgisayar kontrollü kuyu verileri gibi gelişmiş sondaj teknolojileri, kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerini hem operatörler hem çevre için daha güvenli hale getirmiştir. Örneğin, sensörler, platform çalışanlarının denizaltı yağının sıcaklığını ve sıcaklığını izlemesine ve yönetmesine yardımcı olmaktadır veya deniz tabanındaki petrolün denize sızmasını önlemek için etkili bir kasırganın çıkması gibi beklenmedik olay-

<sup>76</sup> Neff, Rabalais, & Boesch, s. 159; Galil & Herut, s. 10; G.Speight, s. 272.

<sup>77</sup> Ancak şunu da belirtmek gerekir ki petrolün borular vasıtası ile değil de tankerler vasıtası ile taşınması durumunda meydana gelen kirlilik gemicilik faaliyetlerinden kaynaklı olacaktır. Kirlenme ise genellikle, denizin ve etraftaki canlı, cansız her şeyin petrolle sıvanması şeklinde olmaktadır. Tütüncü, s. 11-12.

<sup>78</sup> Liu, s. 191.



lar karşısında petrol boruları okyanus tabanında veya altında kapatılabilmektedir<sup>79</sup>.

Her ne kadar kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri sırasında meydana gelen kaza riskleri, petrol endüstrisi tarafından kullanılan son teknoloji sayesinde azaltılmış olsa da kazalar meydana geldiğinde, insan hayatının kaybı, yaralanma, deniz çevresinin kirlenmesi, pahalı ekipmanların kullanılamaz hale gelmesi gibi ciddi sonuçlara neden olabilmektedir<sup>80</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarından veya kuyularından büyük petrol sızıntılarına neden olan kazalar birçok farklı faktörden kaynaklanabilmektedir. Kuyuların veya boru hattı kopmalarının patlamaları en iyi bilinen örneklerdir. Bir sondaj kulesi aşırı jeolojik basınç altında bir deniz altı petrol veya gaz rezerviyle karşı karşıyaysa, personelden kaynaklı hatalar yapıldıysa veya teknik arızalardan kaynaklı bir durum söz konusuysa, bir patlama veya kuyunun kontrolünün kaybı meydana gelebilmektedir<sup>81</sup>.

Son yıllarda kıyı ötesi petrol ve gaz tesislerinde meydana gelen deniz kazaları sonucu yaşanan büyük çevre felaketleri, uluslararası toplumun dikkatini çekmeye başlamıştır. Kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu olaylar, geri dönüşü çok zor olan deniz kirliliğine yol açmış; temizleme ve eski hâle getirme masrafları ile maruz kalınan zararlar, büyük boyutlara ulaşmıştır. Patlamalar sonucu batan veya sürüklenen kıyı ötesi tesisler, deniz çevresiyle birlikte deniz ulaşımı bakımından da ciddi risk oluşturmaktadırlar<sup>82</sup>.

Kıyı ötesi petrol veya gaz platformlarında veya kuyularında meydana gelen patlamalar konusunda verilebilecek en önemli örneklerden birisi *Deepwater Horizon* felaketidir. 20 Nisan 2010 tarihinde Transocean Şirketi'ne ait olan British Petroleum (BP)'a kiralanmış Deepwater Horizon petrol kulesinin Macondo kuyusu patlamış ve platform Louisiana kıyı-

<sup>79</sup> Mooney, s. 13.

<sup>80</sup> Kashubsky, November-December 2006, s. 2.

<sup>81</sup> Kloff & Wicks, s. 31.

<sup>82</sup> Demir, İ. (2015). *Kıyı Ötesi (Offshore) Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenme Zararları Dolaşımıyla Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Meselesi Üzerine Değerlendirmeler*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), ss. 40-41.

larından 41 mil açığa Meksika Körfezi'ne batmıştır. Meydana gelen patlama, ABD kıyı şeridinde bugüne kadarki en büyük petrol sızıntısına neden olmuştur. Petrol, Louisiana, Alabama, Mississippi ve Florida Eyaletlerinin sularında ve kıyılarında büyük çapta çevresel ve ekonomik zarara ve insan sağlığı konusunda kaygıya yol açmıştır<sup>83</sup>.

Petrol sızıntısı, 15 Temmuz 2014 tarihinde kuyu kapanana kadar yaklaşık dört yıl devam etmiştir. Denize sızan tahmini petrol miktarı 5 milyon varile yaklaşmıştır. Kaza nedeniyle platformdaki 11 kişi ölmüş, 17 kişi yaralanmış ve 650 milden fazla Körfez kıyı yaşam alanı petrole kirlenmiştir<sup>84</sup>. Kirlilik ayrıca Körfez kıyılarının ekonomisi büyük ölçüde ticari balıkçılık, turizm ve enerji üretimine bağlı olduğundan, Körfez'deki ticari balıkçılığı ve kıyı şeridindeki turizm endüstrisini de etkilemiş ve yerel ekonomi üzerinde olumsuz etkilere neden olmuştur<sup>85</sup>.

Patlamadan hemen sonra 47.000'den fazla insan petrolün temizlenmesi çalışmalarına katılmıştır. Temizleme çalışmaları sırasında helikopterler, buldozerler, ordu kamyonları, arazi araçları, mavnalar, tekneler, Körfez Kıyısı'nın hassas ekosistemine toplanmıştır. Vahşi yaşam biyoloğu Drew Wheelan, "Son iki haftada tüm alan lastik izleri ile kaplandı. Bölgedeki bütün temizlik çalışmaları tamamen daha fazla rahatsızlık verici hale geldi" diyerek bazen temizlik çalışmalarının sızıntıdan da fazla zarar verebileceğini ifade etmiştir. Ancak ilginçtir ki okyanusun kendisi bile petrol dökülmelerini temizlemeye yardımcı olmaktadır. Doğal olarak oluşan bakteriler, çevrelerinde yiyecek olarak yağ kullanırlar. Bu bakteriler genellikle okyanus tabanından gelen doğal yağ sızıntılarını temizler. Sondaj işlemi sırasında yağ dökülürse, yakındaki yağ yiyen bakteriler bölgeye girerek yağı parçalara ayırır. Deepwater Horizon sızıntısından sonra da bilim adamları yağ yiyen bakterilerin dökülen yağı parçaladığını ve okyanusu hızlı bir şekilde temizlediğini bildirmiştir<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Starbird, K., Dailey, D., Walker, A. H., Leschine, T. M., Pavia, R., & Bostrom, A. (2015). *Social Media, Public Participation, and the 2010 BP Deepwater Horizon Oil Spill. Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal*, 21(3), s. 606.

<sup>84</sup> Report to the President, s. 191.

<sup>85</sup> Report to the President, s. 185.

<sup>86</sup> Mooney, 2011, s. 16.

Patlama sonrası ABD’de açılan davada 04.04.2016 tarihinde son karar açıklanmıştır. Yıllar süren dava sonucunda, New Orleans federal yargıcı, BP’yi 20,8 milyar dolar tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Tazminat bedeli, çevrenin tekrar doğal yapısına kavuşturulmasını ve sızıntısının olduğu bölgedeki beş ABD eyaletinin zararının karşılanmasını içermektedir. Mahkeme’nin Şirketin ödemesine hükmettiği tazminat, ABD’de tek bir kuruma verilen en yüksek ceza olma özelliği taşımaktadır. 20 milyar dolarlık tazminata, okyanusun temizlenmesinin tahmini maliyeti de eklenince toplam 53 milyar dolarlık bir maliyet ortaya çıkmaktadır. BP’nin tazminatı 16 yıl içinde ödemesi gerekmektedir<sup>87</sup>.

2010 Deepwater Horizon sızıntısı, kıyı ötesi sondaj faaliyetlerinin başarısız olması durumunda mümkün olan yıkımın sert bir hatırlatıcısı olarak anılmaktadır. Macondo kuyusunun patlamasının ardından kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerine olan güven de oldukça sarsılmış gözükmektedir. Bazıları için kıyı ötesi petrol ve gaz sondajı, potansiyel yararları haklı gösterilemeyecek kadar risklidir<sup>88</sup>.

#### **b. Kıyı Ötesi petrol ve Gaz Platformunun Hizmet Dışı Bırakılması/Kaldırılması**

Kıyı ötesi petrol ve gaz platformlarının kaldırılması konusunda uluslararası kaygının artması, IMO’nun 1989’da kıta sahanlığında ve münhasır ekonomik bölgedeki kıyı ötesi tesislerin ve yapıların kaldırılması için “*Kıta Sahanlığında ve Münhasır Ekonomik Bölgede Kıyı Ötesi Tesislerin ve Yapıların Kaldırılmasıyla İlgili Kurallar ve Standartlar*” kabul etmesini sağlamıştır<sup>89</sup>. Bu IMO Kılavuzları, terkedilmiş veya kullanılmayan tesislerin veya yapıların kaldırılmasında; ulaşım güvenliğini sağlamak, balıkçılık, deniz çevresinin korunması ve diğer devletlerin hak ve görev-

<sup>87</sup> NTV. (2016, Nisan 05). BP’nin Ödeyeceği Tazminat Kesinleşti. Ağustos 25, 2020 tarihinde <https://www.ntv.com.tr/dunya/bpnin-odeyecegi-tazminat-kesinlesti,h-04sVMutE2aY1H4WqY4Uw> adresinden alındı.

<sup>88</sup> Mooney, s. 18.

<sup>89</sup> Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continentalshelf and in the Exclusive Economic Zone, Resolution A.672(16). (1989, Ekim 19). International Maritime Organization: [http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.672\(16\).pdf](http://www.imo.org/en/KnowledgeCentre/IndexofIMOResolutions/Assembly/Documents/A.672(16).pdf) adresinden alındı.

lerini dikkate alması gerektiğini öngören BMDHS'nin 60/3 maddesini yansıtmaktadır<sup>90</sup>.

IMO Kılavuzları kaldırılmayan veya kısmen kaldırmanın kabul edilebileceği platformların koşullarını tanımlayarak; platformların veya tesislerin bazı şartları taşıyorsa (tüm kaldırma işlemi teknik olarak mümkün olmadıkça veya aşırı maliyet, personel ya da deniz çevresi için kabul edilemez bir risk gerektirmedikçe) kaldırılması zorunluluğu getirmiştir. Bununla birlikte, kural olarak, platformlar veya diğer tesisler 75 metre derinlikten daha az bir derinlikteyse veya 20 yıldan önce yerleştirilmişse ve 4.000 ton ağırlığının altında ise bu platformların veya diğer tesislerin kaldırılması gerekmektedir<sup>91</sup>. Uluslararası geçiş için kullanılan boğazlar veya güzergahlar arasında (bölgesel veya takımada suları dâhil) geçişe müdahale edebilecek tesisler veya yapılar da kaldırılmalıdır<sup>92</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve gaz platformları arasında 2.500 ila 3.000 civarı projenin şu anda veya 2040 yılına kadar işletme ömrünün sonuna ulaşması nedeniyle hizmet dışı bırakılması gerekmektedir. Bugüne kadarki faaliyetlerin çoğu sığ sularda çelik platformlar içermektedir, ancak gelecekte daha derin sularda daha karmaşık yapıların sökülmesi de gerekecektir. Kıyı ötesi altyapısının kaldırılması, genellikle çevresel ve güvenlik risklerini en aza indirmenin en iyi yoludur, ancak tam hizmet dışı bırakmanın alternatifi olarak, mevcut altyapının (platformlar, kablolar ve boru hatları gibi) kullanım ömrünün sonuna ulaştığında düşünülebilecek birkaç yeni kullanımı vardır. Bazı durumlarda yeniden kullanım veya yeni bir amaç için kullanım söz konusu olabilmektedir. Örneğin Meksika Körfezi'ndeki 500'den fazla

<sup>90</sup> BMDHS madde 60/3: "Sun'i adaların tesislerin ve yapılan inşaatı gereken şekilde duyurulmalı ve mevcudiyetlerini sürekli olarak belirtecek işaretler idame ettirilmelidir. Terkedilen veya kullanılmayan tesisler ve yapılar, seyir güvenliğini sağlamak amacıyla, bu konuda yetkili uluslararası kuruluş tarafından konulmuş ve genel kabul görmüş uluslararası kurallara göz önüne alınarak kaldırılacaktır. Bunların kaldırılmasında balıkçılık deniz çevresinin korunması ve diğer devletlerin hakları ve yükümlülükleri de gereken şekilde göz önüne alınacaktır. Tamamı kaldırılmayan bir tesis veya yapıdan geride kalan parçaların yeri, boyutları ve derinliği uygun şekilde ilan edilecektir."

<sup>91</sup> Resolution A. 672(16), Madde 3/1-2

<sup>92</sup> Resolution A. 672(16), Madde 3/7.

platform, kalıcı yapay resiflere dönüştürülmüştür<sup>93</sup>. İlgi çekici bir diğer alternatif de eğer mesafeler uygun olursa, bazı platformların kıyı ötesi rüzgâr tesisleri için işletme ve bakım faaliyetlerinin yürütülmesinde temel olarak kullanılabilmesi yönündedir<sup>94</sup>.

Kıyı ötesi petrol platformlarının kaldırılması dâhil olmak üzere rehabilitasyon, restorasyon, eski haline getirme, petrol araştırma ve işletme rezervlerinin ıslahı gibi durumlar, petrol endüstrisinin uzun vadede karşılaştığı en teknik ve ekonomik açıdan ciddi problemler arasında yer almaktadır. Petrol rezervleri üretkenlik ömürlerinin sonuna yaklaşırken, mevcut yapılarla ne yapılacağı sorusu gündeme gelmektedir. Platformların ve tesislerin kaldırılmasının kapsamında, kuyu operasyonlarının durdurulması, tesis ve ekipmanın çıkarılması, sabit veya yüzer yapıların tamamen veya kısmen çıkarılması, matkap uçlarının sökülmesi veya askıya alınması, boru hatlarının kullanımdan kaldırılması veya sökülmesi gibi deniz yüzeyindeki faaliyetlerin olduğu gibi deniz tabanının rehabilitasyonu (örneğin, atıkların geri dönüşümü veya dengelenmesi) da bu kapsamda yer almaktadır<sup>95</sup>.

Kullanılmayan bir platformun gelecek bir zamanda orijinal konumundan kayma riski de vardır. Binlerce ton ağırlığındaki sabit kıyı ötesi platformların kaldırılması çok zor ve neredeyse patlayıcı madde kullanılmadan imkânsızdır. Hiç kuşkusuz, çıkarma işlemi sırasında meydana gelen patlamaların deniz çevresi üzerinde olumsuz etkileri de olacaktır<sup>96</sup>.

Her ne kadar kıyı ötesi platform veya tesislerin hizmet dışı bırakılması, çevre için ciddi bir tehdit oluşturmasa da, terk edilmiş kıyı ötesi platform veya tesisler, denizlerin diğer kullanımları için (özellikle de ulaşım ve balıkçılık faaliyetleri) başta olmak üzere engeller yaratabilmektedir ve bunların tamamen kaldırılması çoğu durumda en iyi çözüm olarak görülmektedir<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Offshore Energy Outlook, ss. 10-11.

<sup>94</sup> Offshore Energy Outlook, s. 56.

<sup>95</sup> Encyclopedia of Hydrocarbons, s. 508.

<sup>96</sup> Kashubsky, November-December 2006, s. 2.

<sup>97</sup> Encyclopedia of Hydrocarbons, s. 508.

### c. Platformlardan Ham Petrol veya Gazın Yüklenmesi veya Boşaltılması Esnasında Meydana Gelen Kazalar ve Sızıntılar

Platformlardan ham petrol veya gazın yüklenmesi veya boşaltılması esnasında meydana gelen petrol sızıntıları kaza sonucu olabileceği gibi ham petrolün yüklenip boşaltıldığı rutin işlemler sırasında da ortaya çıkabilmektedir. Bu işlemler normalde limanlarda veya kıyı ötesi üretim platformlarında yapılmaktadır. Yükleme veya boşaltma işlemleri sırasında sızan petrol miktarının, petrol tankerleriyle yapılan kazalardan sonra sızan toplam petrol miktarından üç kat fazla olması, sorunun büyüklüğünün oldukça ciddi olduğunu göstermektedir. Büyük bir sızıntının sonuçları, deniz yaşamı için ölümcül seviyelere ulaşabilir ve özellikle petrol kıyılarına kadar varıp sığ kıyı bölgelerinin tortullarında biriktiğinde sonuç daha da kötü olmaktadır<sup>98</sup>.

### d. Petrol veya Doğal Gazın Borular Vasıtasıyla Kıyıda veya Kıyı Açığındaki Tesislere Taşınmasından Kaynaklı Deniz Kirliliği

Kıyı ötesi tesislerden çıkarılan ham petrol veya doğal gaz rafine edilmesi için kıyıda veya kıyı açığındaki rafineri tesislerine su altı boru hatları<sup>99</sup> veya deniz tankeri kullanarak gönderilir. Kıyı ötesi petrol ve gaz üretiminin çoğu, boru hatlarının kıyı ötesi bir tesisten bir kıyı merkezine döşenmesi ile kıyı tesislerine taşınır<sup>100</sup>.

Aşınmış sualtı boru hatlarından kaynaklanan kirlilik mevcut bir diğer kirlilik riskidir<sup>101</sup>. Bu kirlilik riskinin azaltılması için “*yüzey monitörleri*” (*surface monitors*) kullanılmaktadır. Daha uzun su altı boruları genellikle “*akıllı monitörler*” (*smart pigs*) ile izlenir. Bu monitörler aşınma

<sup>98</sup> G. Speight, s. 275.

<sup>99</sup> Örneğin, Meksika Körfezi'nin altında binlerce kilometre boru hattı vardır. Hunter, s. 226.

<sup>100</sup> G. Speight, ss. 193-194.

<sup>101</sup> Örneğin, 2006 yılında, BP tarafından işletilen aşınmış olan boru hatlarından 6.000 varil petrol sızıntısı olmuştur. Bu sızıntı, birçok petrol kuyusu ve tanker felaketine kıyasla küçük bir dökülme olmasına rağmen, petrol Alaska'nın hassas kıyı bölgelerine kadar yayılmıştır. Hunter, s. 26. Nijerya'daki sivil toplum kuruluşları ve bazı hükümet yetkilileri tarafından, resmi olarak bildirilmeyen petrol sızıntıları hakkında raporlar hazırlanmıştır. Pilotlar da denizde bildirilmeyen büyük petrol sızıntılarının üzerinden geçtiğini aktarmışlardır. Kloff & Wicks, s. 33.

oranlarını ölçmeye çalışan gelişmiş teknikleri içerirler. Ancak bu monitörler de boru yüzeyinin aşınması ile boru içi aşınması arasında bağlantı kurmaya çalışırken doğru bilgi aktarabileceği gibi yanlış bilgilendirme de yapabilmektedir. Boruların, keskin dönüşlere daha rahat yerleştirilebilmesi için daha esnek hale getirilmesi de bir diğer risk azaltma yöntemidir<sup>102</sup>.

Boru hatlarının doğal yollarla aşınmasının yanı sıra, boru hatları deprem gibi doğal afetler tarafından da kırılabilir, aşınabilir veya zarar görebilir. Dolayısıyla derin sularda bulunan boru hatlarının büyük basınlara dayanması gerekmektedir. Çok zayıf ve dayanıksız olan malzemeler ve bağlantılar, petrolün okyanusa sızmasına neden olabilir<sup>103</sup>.

### **Sonuç Yerine**

Petrol ve gaz, günümüz dünyasının en önemli enerji kaynaklarını oluşturmaktadır. Kıyı ötesi petrol ve gaz üretimi de günümüz petrol ve doğal gaz talebinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Hidrokarbon bağımlı dünya ekonomisi bu enerji kaynaklarını talep etmeye devam ettiği için mevcut petrol ve gaz rezervuarları hızla tükenmektedir. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin, mevcut veya oluşacak açığın kapatılmasında oynayacağı rol büyük olacaktır. Nitekim dünyanın kalan hidrokarbon kaynaklarının %40'ünün denizde bulunacağı tahmini<sup>104</sup> düşünülürse, bu faaliyetlere olan ilginin de artacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Uluslararası Enerji Ajansı'nın 2040 tahminleri de göz önünde bulundurulduğunda<sup>105</sup> kıyı ötesi enerji kaynaklarının uzunca bir süre daha dünyadaki petrol ve doğal gaz talebinin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaya devam edeceği de söylenebilir.

Ancak kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin deniz çevresi üzerinde olumsuz etkiler oluşturduğu ve deniz kirliliğine sebebiyet verdiği önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu faaliyetler esnasında herhangi bir aksilik veya kaza yaşanmasa bile sadece petrol bulmak veya çıkarmak başlı başına çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip

<sup>102</sup> G. Speight, s. 235.

<sup>103</sup> Hunter, s. 26.

<sup>104</sup> Brown, s. 111.

<sup>105</sup> Offshore Energy Outlook, ss. 20-43.

olabilmektedir. Kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin zararsız faaliyetler olduğunu ileri sürmek kanımızca oldukça yanlıştır. Bu faaliyetler, sismik araştırma aşamasından, sondaj, üretim veya platformların kaldırılması aşamalarına kadar her aşamada deniz çevresine farklı tür veya boyutta etki etmektedir.

Her ne kadar kıyı ötesi madenciliği ve petrol ve doğal gaz faaliyetlerinden kaynaklı kirlilik, deniz kirlenmesi içinde çok küçük bir yüzdeliği karşılarsa da özellikle Deepwater Horizon olayında olduğu gibi bir patlama meydana geldiğinde ortaya çıkan sonuçları bakımından oldukça zararlı ve geniş çaplı olabilmektedir. Ayrıca kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinin artması nedeniyle kirlenme riskinin artma ihtimali de vardır. Kıyı ötesi petrol ve gaz endüstrisi, bugüne kadar nispeten iyi bir kirlilik oranı ortaya koymuş olmasına rağmen, hâlâ deniz çevresine ciddi zarar verebilecek potansiyele sahip yüksek riskli bir endüstri olmaya devam etmektedir.



## KAYNAKLAR

- ABDULLAYEV, C. (2005). *Uluslararası Hukuk Açısından Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği (Yetki-Sorumluluk-Zararın Tazmini)*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- BROWN, C. (1998). *International Environmental Law in the Regulation of Offshore Installations and Seabed Activities: The Case for a South Pacific Regional Protocol*. 17 Australian Mining & Petroleum L.J., 17, ss. 109-137.
- CARON, D. D. (1982). *Liability for Transnational Pollution Arising from Offshore Oil Development: A Methodological Approach*. Ecology L.Q., 10, ss. 641-683.
- Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources. (1977, May 1). Ağustos 11, 2020 tarihinde Ecolex: <https://www.ecolex.org/details/treaty/convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources-tre-000434/> adresinden alındı.
- Convention on the International Maritime Organization. (Kabul Edilme Tarihi: 6 Mart 1948; Yürürlük Tarihi: 17 Mart 1958). Nisan 09, 2019 tarihinde International Maritime Organization: <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-the-International-Maritime-Organization.aspx> adresinden alındı.
- DEMİR, İ. (2015). *Kıyı Ötesi (Offshore) Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenme Zararları Dolayısıyla Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Meselesi Üzerine Değerlendirmeler*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 33-86.
- Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (MARPOL-73 Sözleşmesi), Sözleşmeyi tadil eden Protokol (MARPOL-78 Protokolü). (24 Haziran 1990 Sayı: 20558). Ağustos 11, 2020 tarihinde Resmî Gazete: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20558.pdf> adresinden alındı.

Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC. Temmuz 23, 2020 tarihinde <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN> adresinden alındı.

Encyclopedia of Hydrocarbons. Environmental Protection in the Petroleum Industry. Temmuz 23, 2020 tarihinde [http://www.treccani.it/export/sites/default/Portale/sito/altre\\_aree/Tecnologia\\_e\\_Sienze\\_applicate/enciclopedia/inglese/inglese\\_vol\\_4/507-524\\_x10.3x\\_ing.pdf](http://www.treccani.it/export/sites/default/Portale/sito/altre_aree/Tecnologia_e_Sienze_applicate/enciclopedia/inglese/inglese_vol_4/507-524_x10.3x_ing.pdf) adresinden alındı.

F.BOESCH, D., N.BUTLER, J., A.CACCHIONE, D., R.GERACI, J., M.NEFF, J., P.RAY, J., & M.TEAL, J. (1987). *An Assessment of the Long-Term Environmental Effects of U.S. Offshore Oil and Gas Development Activities: Future Research Needs*. N. N. Donald F. Boesch içinde, *Long-term Environmental Effects of Offshore Oil and Gas Development* (s. 1-54). London and New York: Elsevier Applied Science Publishers LTD.

FIRESTONE, J., & JARVIS, C. (2007). *Response and Responsibility: Regulating Noise Pollution in the Marine Environment*. *Journal of International Wildlife Law and Policy*, 10, ss. 109-152.

G. SPEIGHT, J. (2015). *Handbook of Offshore Oil and Gas Operations*. Elsevier Ltd.

GALİL, B., & HERUT, B. (IOLR Report H15/2011). *Marine Environmental Issues of Deep-Sea Oil and Gas Exploration and Exploitation Activities off the Coast of Israel*.

GÜNEYSU, G. (2020). *Sualtında İcra Edilen Sismik Araştırmalardan Kaynaklanan Kirlilik ve Uluslararası Hukuk*. *Siyasal: Journal of Political Sciences*, 29(1), 33-50. doi: 10.26650/siyasal.2020.29.1.0076

HUNTER, N. (2012). *Offshore Oil Drilling (Hot Topics)*. Capstone Global Library Limited.

International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties. (1969). Ağustos 11, 2020 tari-

hinde

<http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-Relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties.aspx> adresinden alındı.

International Energy Agency. (2018). *Offshore Energy Outlook*. Fransa: World Energy Outlook Series. Ekim 25, 2019 tarihinde <https://www.iea.org/weo/offshore/> adresinden alındı.

JURVETSON, S. *Exploration & Production in the Marine Environment*. 23 Temmuz, 2020 tarihinde World Petroleum Council: <http://www.world-petroleum.org/environ/204-exploration> adresinden alındı.

KASHUBSKY, M. (January-February 2007). *Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part II)*. Maritime Studies, ss. 1-15.

KASHUBSKY, M. (November-December 2006). *Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part I)*. Maritime Studies, ss. 1-11.

KAYA, İ. S. (2015). *Offshore Petrol Platformlarının Uluslararası Hukuktaki Yeri*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 118, ss. 345-360.

KLOFF, S., & WICKS, C. (2004). *Environmental Management of Offshore Oil Development and Maritime Oil Transport*.

KUM, H. (2009, Temmuz-Aralık). *Yenilenebilir Enerji Kaynakları: Dünya Piyasalarındaki Son Gelişmeler ve Politikalar*. Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (33), ss. 207-223.

KUMBUR, H., ÖZER, Z., ÖZSOY, H. D., & AVCI, E. D. *Türkiye’de Geleneksel ve Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Potansiyeli ve Çevresel Etkilerinin Karşılaştırılması*. Ekim 16, 2019 tarihinde <https://pdfs.semanticscholar.org/e9ba/1cbf560a0c7ff5d9f7cbdd15ffb45739c890.pdf> adresinden alındı.

LAWRENCE C. SMİTH, J., SMİTH, L. M., & ASHCROFT, P. A. (2011). *Analysis of Environmental and Economic Damages from British Petroleum’s Deepwater Horizon Oil Spill*. Albany Law Review, 74(1), ss. 563-585.

- LİU, N. (2015). *Protection of the Marine Environment from Offshore Oil and Gas Activities*. R. Rayfuse içinde, *Research Handbook on International Marine Environmental Law* (s. 190-205). Edward Elgar Publishing Limited.
- LYONS, Y. (2012). *Transboundary Pollution From Offshore Oil and Gas Activities in the Seas of Southeast Asia*. R. Warner, & S. Marsden (Ed.) içinde, *Transboundary Environmental Governance in Inland, Coastal and Marine Areas*, ss. 1-31.
- MCCARTHY, E. (2004). *International Regulation of Underwater Sound Establishing Rules and Standards to Address Ocean Noise Pollution*. Boston: Kluwer Academic Publishers.
- MOONEY, C. (2011). *Oil Spills and Offshore Drilling - Energy and the Environment*. United States: Reference Point Press.
- NEFF, J. M., RABALAİS, N. N., & BOESCH, D. F. (1987). *Offshore Oil and Gas Development Activities Potentially Causing*. D. F. BOESCH, & N. N. RABALAİS içinde, *Long Term Environmental Effects of Offshore Oil and Gas Development* (s. 149-174). Elsevier Applied Science Publishers LTD London and New York.
- NTV. (2016, Nisan 05). BP'nin Ödeyeceği Tazminat Kesinleşti. Ağustos 25, 2020 tarihinde <https://www.ntv.com.tr/dunya/bpnin-odeyecegi-tazminat-kesinlesti,h-04sVMutE2aY1H4WqY4Uw> adresinden alındı.
- RADOVİCH, V. *International Legal Regime of Offshore Structures- Environmental Concerns*. Nisan 11, 2019 tarihinde <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/Paper-of-Violeta-S.-Radovich.pdf> adresinden alındı.
- Renewables Statistics*. 23 Temmuz, 2020 tarihinde International Energy Agency: <https://www.iea.org/statistics/renewables/> adresinden alındı.
- Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, List of Cases No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011. (2011). Nisan 18, 2018 tarihinde International Seabed Authority:

[https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_17/17\\_adv\\_op\\_010211\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf) adresinden alındı.

STARBİRD, K., DAİLEY, D., WALKER, A. H., LESCHİNE, T. M., PAVİA, R., & BOSTROM, A. (2015). *Social Media, Public Participation, and the 2010 BP Deepwater Horizon Oil Spill*. *Human and Ecological Risk Assessment: An International Journal*, 21(3), 605-630.

TANAKA, Y. (2015). *The International Law of the Sea*. New York: Cambridge University Press.

*Türk Dil Kurumu Sözlükleri*. Ağustos 6, 2020 tarihinde Güncel Türkçe Sözlük: <https://sozluk.gov.tr/> adresinden alındı.

TÜTÜNCÜ, A. N. (2004). *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*. İstanbul: Beta Yayınları.

United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS). (İmza Tarihi: 10 Aralık 1982; Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994). Ağustos 15, 2020 tarihinde [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf) adresinden alındı.

WETTERSTEİN, P. (2014). *Environmental Liability in the Offshore Sector with Special Focus on Conflict of Laws (Part 1)*. *The Journal of International Maritime Law*, 20, ss. 30-49.

YAYCI, C. (2019). *Sorular ve Cevaplar ile Münhasır Ekonomik Bölge (MEB) Kavramı* (5 b.). İstanbul: Deniz Basımevi Müdürlüğü.





## ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ZORUNLU AŞIYA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ OBJEKTİF ETKİSİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gülseven ŞEKER\*

### Öz

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının icrası, kararların etkililiği ile temel hak ve özgürlüklerin korunması için önem arz etmektedir. Kararların sübjektif ve objektif olmak üzere iki türlü etkisi vardır. Bireysel başvuru kararlarının icrası hem sübjektif hem de objektif etkinin uygulanmasını gerektirmektedir. Bireysel başvuru kararının ihlal gerekçesinin kanunilik ilkesine aykırılık olması durumunda idare de muhataplardan biri olmaktadır. İdarenin zorunlu aşılama faaliyetini sürdürmesi için kanunilik ilkesi gereği kanuni bir dayanak gereklidir. Ancak yasamanın hareketsiz kalması durumunda idarenin yasama faaliyetine katılmak üzere hazırlayıcı nitelikte faaliyetlerde bulunması gereklidir. Bireysel başvuru kararlarının objektif etkisinin gerçekleştirilmesi için muhatap organlar tarafından yükümlülüklerin yerine getirilmesi; benzer ihlallerin olmaması, idarenin kanuniliği, hukuk düzeninde Anayasa'ya uygunluğun sağlanması ve Hukuk devletinin gerçekleştirilmesi açısından önem arz etmektedir.

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., Marmara University, Faculty of Political Sciences, Department of Legal Sciences, İstanbul, Turkey.

Makaleyi okuyarak değerli görüşlerini paylaşan Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi'ye, Dr. Asiye Selcen Ataç'a, Araştırma Görevlisi Gamze Nur Çelik'e ve Avukat Merve Durmuş'a teşekkür etmek isterim.

✉gulsevenseker@gmail.com • ORCID0000-0001-9906-7130

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: **ŞEKER** Gülseven, "Anayasa Mahkemesi'nin Zorunlu Aşıya İlişkin Bireysel Başvuru Kararlarının Objektif Etkisinin İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", SÜHFD., C. 29, S. 1, 2021, s. 659-693.

📄 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Bireysel Başvuru • Objektif Etki • Bireysel Başvuru Kararının Bağlayıcılığı • Bireysel Başvuru Kararının Muhatapları • Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası

# AN EVALUATION OF THE OBJECTIVE EFFECT OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S INDIVIDUAL APPLICATION DECISIONS ON THE MANDATORY VACCINATION IN TERMS OF ADMINISTRATIVE LAW

## Abstract

The execution of individual application decisions of the Constitutional Court is important for the effectiveness of the decisions and protection of fundamental rights and freedoms. Decisions have subjective and objective effects and the enforcement of individual application decisions requires both of them. A legal basis is required in accordance with the principle of legality in order for the administration to carry out mandatory vaccination. However, in the event that the legislature fails to act, the administration is obliged to make preparatory actions to participate in the legislative activity in order that the law is submitted to the parliamentary executive body. Fulfillment of the obligations by the addressee bodies in order to realize the objective effect of individual application decisions; the absence of similar violations, the legality of the administration is important in terms of ensuring compliance with the constitution in the legal order and realization of the rule of law.

## Key Words

Individual Application • Objective Effect • Binding Force of Individual Application Decision • Addressees of Individual Application Decision • Execution of Individual Application Decisions

## I. GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvurunun<sup>1</sup> nihai amacı, temel hak ve özgürlüklerin kamu gücü ihlallerine karşı korunması ve böylece hukuk düzeninin sağlanmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da düzenlenmesi, hukuk devletinin gerçekleştirilmesinin temel şartlarından bir tanesidir. Ancak temel hak ve özgürlüklere karşı gerçek-

<sup>1</sup> Anayasaki hükümde bireysel başvuru ifadesi kullanıldığı için biz de makalede bu ifadeyi tercih ettik. Ancak "anayasa şikâyeti" ifadesini kullanan yazarlara atıf verirken değişiklik yapmadık. Bu sebeple metin içerisinde hem "bireysel başvuru" hem de "anayasa şikâyeti" ifadesi yer almaktadır.



leşecek ihlallerin hukuka uygunluğunun sağlanması için yargısal denetim, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında en etkili yollardan biridir. Yargısal denetimin etkinliğini sağlayacak olan ise kararların icra edilebilmesidir. AYM'nin kararlarının uygulanmasını sağlayacak mekanizmalardan yoksun olması, kararların öncelikle muhatapları tarafından kabul görmesi ve uygulanmasına yönelik faaliyette bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin zorunlu aşı konusunda vermiş olduğu kararların icra edilmesine yönelik olarak muhataplarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira kararın etkililiği ve icra edilmesi, muhatapların belirlenmesi ve belirlenmiş olan muhatapların yükümlülüklerini yerine getirmesiyle mümkün olabilecektir.

AYM'nin zorunlu aşı konusunda verdiği kararlar, hak ihlalinin ortadan kaldırılması için yeniden yargılamaya hükmedilmesi yönündedir. AYM, zorunlu aşı uygulamasının, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığına ilişkin hakkını ihlal ettiği yönündeki kararının gerekçesinde, söz konusu faaliyetin kanuni dayanaktan yoksun olduğunu belirtmektedir. Bir kanuni dayanağın gerekliliği ise yasama kadar yürütme ve idareyi de ilgilendirmektedir. Yürütme ve idarenin bu kararın muhatabı olması, zorunlu aşılama faaliyetini yürütmekle görevli olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle AYM'nin kararı sonrasında yasamanın kanun çıkarmak üzere bir faaliyette bulunmaması, idarenin harekete geçmesini zorunlu kılmaktadır. İdarenin faaliyeti gerçekleştiren organ olarak yürütmeyi, yürütmenin de yasamayı harekete geçirmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda AYM'nin aşı kararının muhatapları, yasama organı ile birlikte yürütme ve idare olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasamanın kanun çıkarmak üzere faaliyette bulunmaması ve idarenin de yürütmeyi harekete geçirmemesi nedeniyle kararın icrasının gerçekleşmemesi, etkisiz kalması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü idarenin AYM kararına rağmen zorunlu olmasa da aşılama faaliyetine devam etmesi, AYM kararının objektif etkisinin gerçekleştirilmemesi nedeniyle Anayasa'ya aykırı bir durumu ortaya çıkarmaktadır.

AYM kararı sonrasında, idarenin kanuni dayanaktan yoksun kalan faaliyete yaklaşımının ve bu kararın icrası için yapılması gerekenlerin ortaya konulması gerekmektedir. Bu bağlamda AYM'nin zorunlu aşı

konusunda verdiği bireysel başvuru kararlarının sonuçları, muhatapları ve objektif etkisinin gerçekleştirilmesi için yürütme ve idare tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler incelenecektir. AYM kararı sonrasında yürütme ve idarenin yükümlülüğü, aşılama faaliyetinin hukuka uygun olarak devam edebilmesi için yasamanın kanun yapmak üzere faaliyette bulunmaması durumunda yasamayı harekete geçirmek üzere kanun taslağının hazırlanmasıdır. Kanuni düzenleme gerekliliği, aşının zorunlu olması veya olmamasından bağımsız olarak, aşılama faaliyetinin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale etmesi ve bu müdahalenin ise ancak ve ancak kanuni bir dayanak ile mümkün olmasından kaynaklanmaktadır.

## II. ANAYASA MAHKEMESİNİN ZORUNLU AŞIYA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ SONUÇLARI

AYM 11 Kasım 2015 tarihli Halime Sare Aysal Kararında<sup>2</sup>, zorunlu aşı uygulamasını Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığına ilişkin 17. maddesine bir müdahale olarak değerlendirmiş ve uygulamanın kanuni dayanağı olmadığından ihlal kararı vermiştir. Söz konusu bireysel başvurunun konusu velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşlarının uygulanması ebeveyni tarafından kabul edilmediği için hakkında mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesine ilişkindir. AYM zorunlu aşı uygulamasına ilişkin 29.6.2016 tarihli Muhammed Ali Bayram Kararında da<sup>3</sup> Aysal kararında yer alan aynı gerekçelerle zorunlu aşı uygulamasının Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Bu bağlamda Mahkeme, yapılan bu müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığına ilişkin incelemesinde idare tarafından gösterilen kanuni dayanaklardan 5395 sayılı Kanun'un<sup>4</sup> ilgili hükümlerinin ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığına; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun<sup>5</sup> 57. ve 72. maddelerinin de başvurucuya tatbik edi-

<sup>2</sup> AYM, Halime Sare Aysal, Başvuru No: 2013/1789 11.11.2015; Aynı yönde Esmâ Fatma Kızılsu ve Rukiye Erva Kızılsu, Başvuru No:2013/7246, 23/3/2016; Salih Gökalkp Sezer, Başvuru No:2014/5629, 21/11/2017.

<sup>3</sup> AYM, Muhammed Ali Bayram, Başvuru No: 2014/4077, 29.06.2016.

<sup>4</sup> Çocuk Koruma Kanunu, R.G., 15.7.2005, S.25876.

<sup>5</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, R.G., 6.5.1930, S.1489.

len aşılar bakımından söz konusu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu gerekçelerle AYM, başvuruya konu olan müdahalenin kanunilik şartını taşımamasından ötürü Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda sadece çiçek aşısının zorunlu bir aşı olarak düzenlenmesi ve bunun dışındaki aşı uygulamasının ise Bakanlığın Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapılması nedeniyle, söz konusu kanunun zorunlu aşı uygulamasına kanuni dayanak olamayacağını belirtmiştir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesindeki sağlık tedbirine ilişkin hükmün zorunlu aşıya dayanak olup olmadığını inceleyen AYM sağlık tedbirine<sup>6</sup> ilişkin olarak *"uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması"*nun olanaklı olmadığı gerekçesiyle söz konusu kanunun zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağı olması için gereken öngörülebilirlik niteliğini taşımadığını belirtmiştir. Mahkeme böylece, kanunda açıkça düzenlenmemiş, Bakanlık Genelgesi ve belirlenen program çerçevesinde yapılan aşıların zorunlu aşı olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle kanunda açıkça düzenlenmemiş olan aşının, ebeveyn tarafından reddedilmesi durumunda çocuğun 5395 sayılı Kanun'a göre korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilemeyeceğini, mahkeme kararıyla uygulanan sağlık tedbiriyle çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşımadığını ortaya koymuştur. Söz konusu kanundaki

<sup>6</sup> 5. Koruyucu ve destekleyici tedbirler:

(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

d. Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik tedbirdir."

sağlık tedbirine ilişkin hüküm genel bir hüküm olup, zorunlu aşılama ile ilişkin bir düzenleme değildir. 5395 sayılı Kanun'daki sağlık tedbirine ilişkin düzenleme, hangi aşuların zorunlu olduğu ve zorunlu aşı uygulamasıyla ilgili yetki ve usul kurallarına ilişkin hiçbir hükme de yer vermediğinden Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvenceleri sağlamamaktadır<sup>7</sup>. Ayrıca idarenin sağlık tedbiri kararıyla zorla aşı yapması, Anayasa ve İHAS'ın öngörmüş olduğu kanun gerekliliğini ihlal ederek, idari kararlar zorla tıbbi müdahalede bulunması anlamına gelmektedir<sup>8</sup>.

Mahkeme tıbbi müdahalenin kanunilik şartını taşıyıp taşımadığına ilişkin incelemesinde; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen varlığının yeterli olmadığını, kanunun maddi içeriğinin de kanunun niteliği bakımından önem kazandığını belirtmektedir. Mahkeme kanuni niteliği ise, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ilgili normun keyfililiğine karşı bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğinin ve icra edilme biçimlerinin yeterli nitelikte tanımlanması olarak ifade etmektedir:

*“Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarının hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde vücut bütünlüğüne yönelik olan ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini, yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörülebilirlikte bulunabilmeleri imkânı tanınmalıdır.”*

Söz konusu koşulların kavramsal karşılığı ise belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleridir. Belirlilik ilkesi<sup>9</sup> hukuki güvenlik, erkler ayrılığı ve yürütmenin yasayla bağlılığı ilkesiyle bağlantılıdır<sup>10</sup>. Bireylerin kendile-

<sup>7</sup> TURHAN KASAPOĞLU Mine, “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 9(1), 2019, s.30.

<sup>8</sup> HAKERİ Hakan, “Ülkemizde Zorla Aşı Yapılabilir mi?” <https://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-ulkemizde-zorla-asi-yapilabilir-mi-72-64-3571.html> (E.T., 8.05.2019).

<sup>9</sup> Belirlilik ilkesi konusunda detaylı açıklama için bakınız. CAN Osman, “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, AÜEHFD, C.IX, 2005, S.1-2, s.89-125.

<sup>10</sup> CAN, s.93.

rine bir ödev yükleyen iktidar işleminin hukuka uygunluğunu değerlendirip somut biçimde eleştirebilmesi ancak belirlilik ilkesine uygun bir yasa ile mümkün olabilecektir<sup>11</sup>. Dolayısıyla belirlilik ilkesinin gereklerini karşılamayan bir yasa, bireyin özgürlüklerine Anayasal meşrulluktan yoksun bir müdahale anlamına gelecektir<sup>12</sup>. AYM bu kararında, belirlilik ile kanunilik ilkesi arasındaki zorunlu ilişki üzerinden, idari faaliyetin kanuni dayanaktan yoksun olduğu şeklindeki değerlendirmesine istinaden ihlal kararı vermiştir. Uygulanan zorunlu aşılama faaliyetinin Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiş olan kişinin bütünlüğü, maddi ve manevi varlığına ilişkin bir müdahale olduğunu tespit eden AYM, söz konusu maddedeki "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz*" şeklindeki açık hüküm karşısında, uygulamaya dayanak olarak gösterilen kanunları belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun bulmamıştır. AYM, kararında kanunun şeklen varlığını yeterli bulmamakta; kanunun maddi yönden belirli ve öngörülebilir olması gerektiğini belirtmekte ve kanunilik değerlendirmesinde hem şekli yönden incelemede bulunmakta hem de kanunu maddi nitelikleri yönünden bir denetime tabi tutmaktadır. Bu yönüyle AYM kendine has bir sistematik oluşturmuştur denilebilir<sup>13</sup>.

Mahkemenin bu yaklaşımını eleştiren Oder, aşı kararında ebeveynin çocuğa ilişkin hakları ve çocuğun sağlık hakkı üzerinden hak çatışmasına odaklanması ve devletin sağlık alanındaki pozitif yükümlülüklerine ilişkin takdir yetkisini keyfi kullanıp kullanmadığının sınanması gerektiği şeklinde bir görüş ileri sürmektedir. Yazar, hukuksal öngörülebilirliğin doğrudan anayasal dayanaklarla sağlanmış açık hukuksallık üzerinden saptanması gerektiğini belirtmektedir<sup>14</sup>. Diğer bir ifadeyle bir kanuni dayanak olmaksızın doğrudan anayasa hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtilmekteyse de, idarenin anayasa kurallarından yetki alması ve anayasa kurallarını uygulaması değil, yasalardan yetki

<sup>11</sup> CAN, s.94.

<sup>12</sup> CAN, s.95.

<sup>13</sup> ÖZPOLAT Haşim, "Anayasa Mahkemesi'nin Maddi Kanun Anlayışı", TAAD, 2018, Y:9, S.33, s.611.

<sup>14</sup> ODER Emrah Bertil, "Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları", Güncel Hukuk, Ekim 2016, S.10, s.15.

olarak anayasaya uygun faaliyette bulunması söz konusudur<sup>15</sup>. Bu durum kanuni idare ilkesi gereğidir. *“Kişilere anayasa ile tanınan hakların araya yasa girmeden kullanılması, idarenin doğrudan doğruya anayasayı uygulaması değil, anayasaya bağlı olma ve uyma yükümlülüğü gereği hakkın kullanımına engel olmamasıdır”*<sup>16</sup>. Ancak idarenin temel hakları birtakım müdahalelerle sınırlaması söz konusu olursa, bu sınırlama ancak kanunla yapılabileceğinden, idarenin kanuna dayanması sınırlama açısından bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

### A. Zorunlu Aşı Kavramı Üzerine

Türkiye’de aşılama faaliyeti, Sağlık Bakanlığının Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi’ndeki esaslar kapsamında gerçekleştirilmektedir. Aşı uygulamasına dayanak olarak gösterilen hukuki metinlerde, zorunlu aşılama kavramına ilişkin bir tanım olmadığı görülmektedir. Ancak idarenin aşılama faaliyetini bir tercih sunmadan zorunlu olarak yerine getirmesi nedeniyle zorunlu aşılama ifadesi kullanılmaktadır. Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin 4.maddesinde aşılar, immünolojik ürünler içerisinde geçmektedir<sup>17</sup>. Ancak söz konusu yönetmelikte immünolojik ürünün ne olduğuna ilişkin bir tanımlama yer almamaktadır.

<sup>15</sup> KARAHANOGULLARI Onur, Güncelleştirilmiş 3. Bası, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.111; Aynı yöndeki görüş: *“Anayasalar ancak yasama organının çıkaracağı kanun ve kararlarla hayata geçse de, istisnai olarak doğrudan uygulanacak kuralları içerebilir. Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanması üç biçimde ortaya çıkmaktadır a) Yargıç yasayı ve diğer hukuk kaynaklarını sürekli biçimde göz önünde tutmak zorunluluğunun (Anayasa m.138) bir parçası olarak, hukuk kuralını anayasa ışığında yorumlar. Buna anayasaya uygun yorum denir. b) Kanunda bir boşluk bulunması halinde anayasa hükümleri doğrudan uygulanabilir. Ancak bu durumda anayasada somut ve uygulanabilir bir kural olması gerekir. c) Anayasa mahkemesi, kanun hükmünü ihmal ederek, anayasa hükmünü doğrudan uygulayabilir”* YAŞAR Hasan Nuri, İdare Hukuku, 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2016, s.149.

<sup>16</sup> KARAHANOGULLARI, s.111.

<sup>17</sup> f) İmmünolojik Ürün: Kolera, BCG, polio ve çiçek aşıları gibi aktif bağışıklık sağlayan ajanlar; tüberkülin ve tüberkülin PPD, brusella, Schick ve Dick testleri dahil bağışıklık durumunu teşhis etmek için kullanılan ajanlar ve difteri antitoksini, anti-çiçek globulini, antilenfotikglobulin gibi pasif bağışıklık sağlamak için kullanılan ajanları içeren tüm aşılar, toksinler ve serumlar ile allerjen bir ajana karşı kazanılan spesifik immünolojik cevabı değiştirmek veya tanımlamak niyeti ile kullanılan allerjen ürünlerden oluşan beşeri tıbbi ürünleri.

Zorunlu aşılama ile ilişkin yapılmış olan tanımlamalar çerçevesinde yapılacak genel bir tanıma göre, zorunlu bebeklik ve çocukluk bağışıklama programları, popülasyon düzeyinde aşı ile önlenilebilir bir hastalığın ya da hastalıkların kontrol edilmesi için bireysel seviyede uygulanan bağışıklama gereklilikleri olarak ifade edilmekle birlikte Dünya Sağlık Örgütü'nün zorunlu aşılama ile ilişkin bir tanımı bulunmamaktadır<sup>18</sup>. Vaccine European New Integrated Collaboration Effort (VENICE) tarafından yayınlanan raporda zorunlu aşı, aşılamaı reddetme konusunda yasal ve ekonomik bir yaptırımın varlığından bağımsız olarak, her çocuğun ebeveyninin aşılamaı tercih konusunda serbest olmaksızın, yasal olarak alınması gereken bir aşı olarak tanımlanmaktadır. Finanse edilip edilmemesinden bağımsız olarak ulusal aşılama programı içinde yer alan aşılama ise tavsiye edilen aşılama olarak tanımlanmıştır<sup>19</sup>.

Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, 25.2.2008 tarihli 2008/4 sayılı Genelge<sup>20</sup> uyarınca yürütmekte olduğu zorunlu aşılama faaliyetinin kanuni dayanağı olarak 24.4.1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 1,2 ve 3. maddeleriyle Bakanlığa verilmiş olan yetkileri, 57. maddede belirtilen<sup>21</sup> hastalıkların zuhur etmesi halinde

<sup>18</sup> MACDONALD Noni E./HARMON Shawn/DUBE Eve/STEENBEEK Audrey/CROWCROFT Natasha/DOUGLAS Opel/FAOUR David/LEAS Julie/BUTLER Robb, "Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps", Vaccine, 36 (2018) 5812, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0264410X1831171X>, (Erişim Tarihi: 20.12.2019).

<sup>19</sup> HAVERKATE M./D'ANCONA F./GIAMBI C./JOHANSEN K./LOPALCO PL./COZZAV/APPELGREN E., "Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes", Eurosurveillance, Vol.17, Issue 22, 2012, s.2. <http://www.eurosurveillance.org/ViewArticle.aspx?ArticleId=20183> (Erişim Tarihi: 9.12.2019).

<sup>20</sup> Sağlık Bakanlığı, Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi, 2008/14, 25.02.2008, <https://dosyasb.saglik.gov.tr/Eklenti/1117,gbp Genelge2008.pdf.pdf?0>.

<sup>21</sup> "Kolera, veba (Bubon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - butün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayaidimağiişevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummainifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıflı (İltihabı nuhaikuddamiisincabiihadditifi), kızamık, cüz zam (Miskin), hummairacia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya

aynı Kanununun 72. maddesi<sup>22</sup> uyarınca hastalara ve hastalığa maruz klanlara serum ve aşı uygulanacağı, 64. maddesinde ise 57. maddede belirtilenlerin dışındaki başka hastalıkların baş göstermesi durumunda ise Bakanlığın Kanunda belirtilen tedbirleri almaya yetkili olduğu şeklindeki hükümleri göstermiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Bu madde uyarınca kişinin rızası dışında vücut bütünlüğüne müdahale edilmesinde hukuka uygunluk halleri, tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı hallerdir. AYM Aysal kararında, tıbbi zorunluluk kavramının ise genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğması ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olduğu durumları ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmektedir. AYM tıbbi müdahaleyi '*hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetler*' olarak tanımlayıp; birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik maddenin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir<sup>23</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin<sup>24</sup> 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, "*kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kurulu-*

---

bunların birinden şüphelenir veya bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphelenirse aşağıdaki maddelerde zikredilen kişiler vakayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

<sup>22</sup> "57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

2-Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki."

<sup>23</sup> AYM, Halime Sare Aysal, parag.52.

<sup>24</sup> 5013 Sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, 3.12.2003, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>.



*şun izni ile müdahalede bulunulabilir.”* Bizim de taraf olduğumuz bu Sözleşme gereğince kanun ile bu hakların sınırlanması durumunda, 2004 yılında yapılan değişiklikle Anayasa'nın 90. maddesine eklenen *“Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır”* hükmü ile kanun karşısında uluslararası sözleşmenin önceliği teminat altına alınmış olmaktadır<sup>25</sup>. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasa'nın 17. maddesinin birlikte değerlendirilmesi ile ortaya çıkan sonuç, tıbbi müdahale olduğu kabul edilen aşının da yapılabilmesi için aydınlatma ve rıza şartının gerekli olduğudur.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda yer alan aşılarda yapılabilecek olan aşılara ilişkin olarak kanuni bir düzenleme yapılması zorunludur. Aşılama faaliyetinin Genişletilmiş Aşı Programı Genelgesi ile düzenlenmesi, kanun ile düzenlenmesi gereken bir alanın idarenin bir işlemi ile düzenlenmesi nedeniyle fonksiyon gaspı ile sakatlanmış bir işlemdir. Dolayısıyla aşılama faaliyetinin hukuka uygun yürütülmesi için hangi koşullarda hangi tedbirlerin nasıl alınacağı, bunların uygulanma şekilleri ve ebeveynlerin rızasına ilişkin düzenlemelerin açıkça yer alması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bu faaliyete ilişkin kanuni düzenleme, bir temel hak ve özgürlüğün sınırlanması zorunluluğuna ilişkin gerekçeyi ve sınırlamanın hangi şart ve koşullarda gerekli olduğunu içermelidir. Kanunilik ilkesi sadece kolluğun yetkilerini belirlemeyi ve sınırlamayı değil, ayrıca kanun yoluyla kuralların bilinirliğini sağlamayı da amaçlamaktadır<sup>26</sup>. Bu nedenle aşının zorunlu veya tavsiye niteliğinde olmasına göre, kişinin aşığı reddetmesi durumunda uygulanacak olan okula kaydının yapılmaması ya da salgın sırasında okuldan uzaklaştırılması gibi yaptırımlara ilişkin usuller açıkça belirtilmelidir.

Aşılama politikalarına ilişkin olarak ülkelerin uygulamalarında farklılıklar söz konusudur: Bazı ülkeler aşılamanın faydası konusunda halkın eğitilmesine odaklanarak tercihi bireylere bırakmakta iken, bazıları özendirici bir politika ile aşılamaı sağlamak için mali yardımlar

<sup>25</sup> KATOĞLU Tuğrul, “Türk Hukuku'nun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, AÜHFCD, C.55.S.1, Y. 2016, s.166.

<sup>26</sup> YAŞAR, s.309.

sunmakta, geri kalan ülkeler ise yüksek kapsama oranlarının sağlanması için aşılama zorunlu kılmaktadır<sup>27</sup>. Avrupa Birliği ülkeleri ile İzlanda ve Norveç'i kapsamına alan, ülkeler arasındaki aşılama programındaki farklılıklara ilişkin bir araştırma çerçevesinde, tavsiye edilen ve zorunlu aşılar ile ilgili güncellenmiş, genel bir değerlendirme sunulan raporda, katılımcı ülkeler arasında bağışıklama stratejileri bakımından, tavsiye edilen aşılarından zorunlu aşılama programına uzanan çeşitli farklılıklar olduğu belirtilmektedir. Anket kapsamında yer alan toplam 27 ülkeden 15'inde (Avusturya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, İrlanda, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık) hiçbir aşı zorunlu değilken; geri kalan 12 ülkeden az birinde zorunlu aşı uygulaması vardır<sup>28</sup>. Avrupa Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi'nin yayın organı Eurosurveillance dergisinde yayınlanan araştırmaya göre İtalya ve Fransa'daki kızamık salgınlarından sonra zorunlu aşılama ile ilgili kanunlarda değişiklik yapılarak zorunlu aşılar artırılmıştır<sup>29</sup>. İtalya'da 2017 yılında yapılan kanuni düzenleme ile 10 adet aşı zorunlu hale getirilmiştir. Fransa'da ise 3 adet zorunlu aşı uygulanmakta iken 1 Ocak 2018'den itibaren uygulanmak üzere zorunlu aşı sayısı 10'a çıkarılmıştır<sup>30</sup>. Kanundaki düzenleme uyarınca çocukları aşılatmak velilerin sorumluluğunda olup, aşılanmayan çocuklar herhangi bir okul, günlük kreş, yaz kampı veya diğer çocuk topluluklarına kabul edilmez ya da devam edemez. Aşılama politikalarının eyaletlere göre değişiklik gösterdiği Kanada'da ise sadece üç eyalette (Ontario, New Brunswick ve Manitoba) çocukların okula kayıt olabilmeleri için aşı olmaları kanunla zorunlu tutulmuştur<sup>31</sup>.

Bebeklik ve çocukluk dönemi aşı alım oranlarının, aşı ile önlenebilir hastalıkların yeterli kontrolü için olması gereken yerde olmadığına

<sup>27</sup> WALKINSHAW Erin, "Mandatory vaccinations: The international landscape", Canadian Medical Association Journal (CMAJ), November 8, 2011, 183(16) E1167.

<sup>28</sup> HAVERKATE/D'ANCONA /GIAMBI vd., s.2.

<sup>29</sup> <https://www.nature.com/articles/d41586-019-02193-4> (Erişim Tarihi: 9.12.2019).

<sup>30</sup> BLIN Aurore, "Les vaccins obligatoires en France", Actualité Pharmaceutiques, V.58., Issue 582, January 2019, s.55, <https://www.sciencedirect.com/science/journal/05153700>, (Erişim Tarihi: 11.12.2019).

<sup>31</sup> WALKINSHAW, E1165.

dair artan bir küresel bir kabulün<sup>32</sup> varlığı da ülkelerde var olan değişik uygulamaların bir nedeni olarak görülebilir. Aşılama konusunda alınan önlemlerin çeşitliliği evrensel olarak uygulanabilecek bir stratejinin olmadığı göstermektedir<sup>33</sup>. Polonya gibi zorunlu aşılama olan ülkelerde yüksek aşı oranları olmasına karşılık Finlandiya gibi ülkelerde zorunluluk olmadan benzer sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Önemle belirtilmelidir ki zorunlu aşılama programlarının oluşturulması için tek tip bir yöntem olmadığı gibi, ne bu programlar için ortak bir kapsam ne de bu programların kapsamında yer alacak herhangi bir tek model vardır<sup>34</sup>. Ayrıca zorunlu bebeklik ve çocukluk bağışıklama programlarının etkinliği hakkında kapsamlı ve sistematik olarak oluşturulmuş veriler mevcut olmasa da, sadece belirli aşuları öneren ülkeler ile bunları zorunlu kılan ülkelerin aşılama oranları arasında önemli bir fark olmadığını gösteren kanıtlar olduğu ileri sürülmektedir<sup>35</sup>.

### **B. Anayasa Mahkemesinin Zorunlu Aşı Kararlarının Objektif Etkisi**

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre AYM kararları; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. AYM'nin norm denetiminde verdiği kararlar gibi bireysel başvuru usulünde esas hakkındaki inceleme sonrasında verdiği ihlal kararları da bağlayıcıdır. Bu durum bağlayıcılık kararlarının gerekçeleri bakımından da geçerlidir. Buna göre AYM'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlar, kesin hükümden etkilenenlerle birlikte egemenlik yetkileri kullanan tüm devlet organlarını bağlar. Bu bağlayıcı etkinin benzer olaylar için geçerli kılınmasının nedeni, genel bir usul hükmü olan Anayasa'nın 153. maddesidir<sup>36</sup>. Anayasa'nın yorumcusu ve koruyucusu olarak anayasal konularda son karar mercii olma görevini yerine getiren AYM'nin sadece hüküm fıkrasındaki kararı bağlayıcı değildir.

<sup>32</sup> MACDONALD/HARMON/DUBE vd., s.5812.

<sup>33</sup> <https://www.vaccinestoday.eu/stories/mandatory-vaccination-work-europe/comment-page-1>,(Erişim tarihi: 20.11.2019).

<sup>34</sup> MACDONALD/HARMON/DUBE vd, s. 5814.

<sup>35</sup> MACDONALD/HARMON/DUBE vd, s. 5814.

<sup>36</sup> KANADOĞLU, Korkut, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s.258.

Kararın gerekçesinde ifade ettiği anayasa hukukuna dair görüşleri de mahkemeler dâhil tüm devlet organları için ve özdeş olan gelecekteki tüm kararlar için bağlayıcıdır<sup>37</sup>. Bağlayıcı etkinin hukuki sonucu, AYM tarafından tespit edilen Anayasaya aykırı durumun gecikilmeksizin Anayasaya uygun duruma dönüştürülmesi yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kararların infaz edilmesi, hukukun üstünlüğünün son güvencesi ve kararlarını infaz etmek zorunda olan yargı erkinin temel bir parçasıdır<sup>38</sup>. Diğer bir ifade ile kararların hukuki etkisi muhatap olan organlar tarafından yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle ortaya çıkacaktır. Bireysel başvuru usulünde verilen kararlar devlete; bir ihlalin sonlandırılması, ihlalin sona erdiği durumda ihlalden önceki duruma dönülmesi ve benzer nitelikli ihlalleri önleme şeklinde üç farklı yükümlülük getirmektedir<sup>39</sup>. Bu yükümlülükler; yasama organı açısından mevzuat değişikliği, yürütme organı açısından işlem ve eylemlerinde değişikliğe gitme, yargı organları bakımından ise içtihat değişikliğine gidilmesi anlamına gelmektedir.

AYM' ne bireysel başvuru usulünün, kişiselleşmiş korumaya dayanan öznel işlev ve genel olarak temel hak ihlalden kaynaklanan Anayasa'ya aykırılık durumunun ortadan kaldırılmasını hedefleyen nesnel işlev olmak üzere iki ana işlevi vardır: <sup>40</sup>. Hakları korumaya dayalı bu işlevler, sübjektif hakları koruma ile objektif hukuku koruma ve geliştirme biçiminde ikili işlev olarak da ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Kararların sübjektif yönü başvuruçunun kendisine yönelik bireysel düzeyde somut bir önlem alınmasını ya da işlem yapılmasını gerekli kılar. AYM bu nedenle hak ihlallerinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik kararlar vermektedir. Kararın objektif yönü ise gelecekte benzer nitelikli

<sup>37</sup> KANADOĞLU, s.259.

<sup>38</sup> ALMENDRAL Ruiz Violeta, "Bireysel Başvurulara İlişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", Anayasa Yargısı, S.33, 2016, s.59.

<sup>39</sup> KARAN, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul 2017, s.12.

<sup>40</sup> KANADOĞLU, s.12.

<sup>41</sup> ŞİRİN, Tolga, 1. Baskı, Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.67.

ihlallerin önlenmesi için yasama, yargı ve yürütme organları tarafından genel nitelikli önlemler alınmasını gerektirir<sup>42</sup>.

AYM, anayasa şikâyeti<sup>43</sup> vesilesiyle bir yandan somut olayda başvurucu kişinin temel hak ve özgürlüklerini korurken, diğer taraftan da objektif hukuka göre hareket eden kamu organlarını, bu hak bünyesindeki tutumları bağlamında eğitir<sup>44</sup>. Kararların varlık sebebinin bireysel bir ihlal iddiası olması, kararların hukuk sistemi içinde objektif bir etki doğuramayacağı biçiminde anlaşılabilir. Anayasa şikâyeti temel hak korumasıyla sınırlı bir yargılama değildir, bundan daha fazlasını ifade eder<sup>45</sup>. Uyuşmazlık konusunun nesnel ve genel geçer bir nitelik taşımasının bir sonucu olarak AYM kararının tüm devlet organlarını bağlaması, aslında kararın fiilen herkesi bağlaması anlamına gelmektedir<sup>46</sup>. Anayasa şikâyeti sonucunda verilen kararlar ile anayasa şikâyetinin doğası gereği bu kararların gerekçeleri; yasama, yürütme, yargı ve Türkiye örneğinde gerçek kişiler için bağlayıcıdır. Bu bağlayıcılık somut olay temelinde yapılan incelemenin genel hukuk düzeni açısından etki göstermesine neden olmaktadır<sup>47</sup>. Bireysel başvuru yalnızca kişilerin devlete karşı kullanabileceği spesifik bir hukuki çare olmayıp, aynı zamanda hukukun tüm alanları için objektif bir değerler düzeni oluşturan temel hak ve

<sup>42</sup> KARAN, s.12.

<sup>43</sup> Atıf yapılan yazarların kavramı kullanımına sadık kalınmıştır. "Anayasa'nın seçtiği 'bireysel başvuru' terimi, anayasa şikâyeti kavramıyla özdeş değildir. Bireysel başvuru, Anayasa'da öngörülen başvuru yolunu doğru yansıtmayan, kapsam olarak ona göre daha geniş bir terimdir. Her anayasa şikâyeti doğası gereği bir bireysel başvurudur. Ama her bireysel başvuru anayasa şikâyeti anlamına gelmez". SAĞLAM, Fazıl, "Anayasa Şikâyeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler, Hazırlayanlar Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul 2012, s.420.

<sup>44</sup> ŞİRİN, s.70.

<sup>45</sup> KLEIN, Eckert, "Subsidiarität der Verfassungsgerichtbarkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz", Die Öffentliche Verwaltung, S.11, 1982, s.589'den aktaran ŞİRİN, s.69, dipnot 22.

<sup>46</sup> Sachs M., Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen, Verlag Vahlen München 1977, s.81'den aktaran KANADOĞLU, s.258.

<sup>47</sup> ŞİRİN, s.70.

özgürlüklerin içeriğinin açıklanması ve her türlü kamu düzeninin denetimi amacına yöneliktir<sup>48</sup>.

AYM'nin zorunlu aşı uygulamasına ilişkin kararlarında bu iki etkinin var olduğu görülmektedir. Mahkemenin yeniden yargılamaya ilişkin kararı sübjektif etki olarak ortaya çıkarken, kararın gerekçesinde yer alan kanuni dayanaktan yoksunluk sonucunda yasamanın bir kanun yapma zorunluluğu ise objektif etki olarak nitelendirilmektedir. Bu kararlar sonucunda AYM tarafından yeniden yargılamaya hükmedilmiş olması ile kararların icrasının tamamlandığını kabul etmek mümkün değildir. Objektif etki kapsamında benzer nitelikli ihlallerin önlenmesine ilişkin olarak, kanuni dayanak olmaksızın zorunlu aşı uygulamasına devam edilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

AYM tarafından verilen kararın ihlal gerekçesinin temel hak ve özgürlüğün sınırlanmasında kanunilik şartının yerine getirilmemesi olduğu durumlarda, karar hükmünde yer alması ve meclise doğrudan gönderilmese de yasama organının harekete geçme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Zorunlu aşya ilişkin kararlardaki ihlallere konu edilen uygulamaların kanuni dayanaktan yoksun olması da yasamanın kanun çıkarmasını zorunlu kılmaktadır. Aslında AYM kararında Meclis'in kanun yapmasına ilişkin bir hüküm yer almamış olsa da kararın gerekçesinden bu sonuca varılmaktadır.

Kamu yararını tespit etme yetkisi yasama organındadır<sup>49</sup>. Kamu yararının tespiti ve takdiri hem hukuki dayanakları hem de kullanımı bakımından hiyerarşiye tabidir. Asli yetki anayasa ve kanun koyucu sıfatlarıyla yasama organındadır; idare kamu yararını ancak kanuna bağlı olarak somutlaştırabilir<sup>50</sup>. İdarenin amacı kanunlarla kendisine verilen görevleri yerine getirmek suretiyle kamu yararını sağlamaktır<sup>51</sup>. AYM kararlarının mantıksal ve zorunlu sonucu olarak bir mevzuat değişikliğinin gerektiği durumlarda, yasama organının bu yükümlüğünü ya hiç yerine getirmemesi ya da yeterince hızlı biçimde sorunu çöz-

<sup>48</sup> GÖREN Zafer, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)", Anayasa Yargısı, C.11, 1996, s. 102.

<sup>49</sup> YAŞAR, s.52.

<sup>50</sup> YAŞAR, s.53.

<sup>51</sup> AYAYDIN, Cem, İdare Hukuku'na Giriş I, İstanbul 2008, Yenilik Basımevi, s.55.

memesi, AYM kararlarının etkisinin ve bireysel başvurunun işlevinin zayıflamasına neden olacaktır<sup>52</sup>. Hak arama özgürlüğü ve yargı yolunun açık tutulması ilkesi yargının etkililiği ile desteklenmediği sürece yeterli olmaktan uzak kalır<sup>53</sup>.

AYM'nin kanunilik şartı gerçekleşmediği gerekçesiyle verdiği ihlal kararlarında, kanuni düzenleme gerekliliğinin vurgulanması ve kararın bu kurumlara bu vurguyla iletilmesi, olası ihlalleri engelleyici bir nitelik taşıyacaktır<sup>54</sup>. Halime Aysal kararının hüküm kısmında kararın Adalet Bakanlığına gönderilmesine ilişkin bir hüküm yer almazken, diğer kararlarda kararın bir nüshasının Adalet Bakanlığı'na gönderilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanaatimce AYM'nin kararına konu olan zorunlu aşılama faaliyetini yürütmekte olan Sağlık Bakanlığına da kararın bir nüshasının gönderilmesi, kararın gereklerinin icra edilmesi açısından önem taşımaktadır. Çünkü faaliyetin idare tarafından genel sağlık amacıyla bir kolluk faaliyeti şeklinde yerine getirilmesi sebebiyle faaliyetten tamamen vazgeçilmesi söz konusu olamayacağından bu faaliyete devam edilmesi için kanuni dayanak şarttır. Ayrıca aşılama faaliyetinin uygulanmasına ilişkin zorunluluğun kaldırılması durumunda dahi kanuni dayanaktan yoksun bir şekilde faaliyetin yürütülmesi mümkün olmaz. AYM kararı idarenin aşılama faaliyetinin hukuka uygun olarak devam edebilmesinin kanuni düzenlemeyi gerektirdiğini ortaya koymaktadır. Özellikle belirtmek gerekirse bu gereklilik, aşının zorunlu olması veya olmamasından bağımsız olarak, aşılama faaliyetinin bir temel hak ve özgürlüğe müdahale etmesi ve bu müdahalenin ise ancak ve ancak kanuni bir dayanak ile mümkün olmasından kaynaklanmaktadır. Hâlihazırdaki durumda faaliyetin kanuni dayanaktan yoksun olarak yürütüldüğü görülmektedir ki bu da kararın objektif anlamda etkisiz hale gelmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda kararın objektif etkisinin idare ve yürütmenin kararın muhatapları olması yönüyle değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>52</sup> ÇELEBİ, Ece Göztepe, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, S.33,2016, s.103.

<sup>53</sup> AKGÜNER, Tayfun/AZRAK Ülkü/BİLGİN Pertev/ÖZAY İl Han, *Hukuk Devleti, İdare Hukuku ve Danıştay*, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1993, s.3.

<sup>54</sup> ÇELEBİ, s.112.

### III. ANAYASA MAHKEMESİNİN ZORUNLU AŞIYA İLİŞKİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARININ OBJEKTİF ETKİSİNİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa yargısının temeli hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ilkesine dayanmaktadır. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin pratikte bir anlam ifade edebilmesi, üstünlüğü sağlayacak mekanizmaların etkinliği ile mümkün olacaktır<sup>55</sup>. Bu üstünlüğü sağlayacak mekanizmalardan biri de AYM'ye bireysel başvuru usulüdür. Anayasa şikâyetinin işlevi bireysel özgürlüklerin korunmasıyla da sınırlı değildir. Bu yolla AYM, anayasa normlarının uygulamadaki devamlılığını gözetirken bu normların yorumuna ve gelişmesine de katkıda bulunur<sup>56</sup>. AYM tarafından verilen kararlar hukukun farklı alanlarına ilişkindir. Kararların uygulanması ise her alanın kendine özgü kurallarına göre farklılık göstermektedir. AYM'nin zorunlu aşuya ilişkin vermiş olduğu kararlar da idarenin bu faaliyetleri yerine getirmek üzere bir kanuna ihtiyaç olması bakımından idare hukukunu da ilgilendirmektedir.

İdare Hukuku'nun amacı kamu yararı ve kamu görevleri ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurmak ve bu dengeyi korumaktır<sup>57</sup>. Temel hak ve özgürlüklerin idare ile olan ilişkisini konu alan idare hukuku, kamu yararını amaçlaması dolayısıyla tek yanlı, objektif davranış ve güven gereksinimi dolayısıyla da normatif bir hukuk dalıdır<sup>58</sup>. Bu nedenle idare, idari faaliyetleri gerçekleştirmek üzere harekete geçmek için bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyar. Temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmesine ilişkin kolluk faaliyetlerinde kanuni düzenleme, idarenin müdahale sınırlarını çizerek temel hak ve özgürlüklerin anayasadaki sınırlama hükümlerine uygun bir usulde gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Kanuni idare ilkesi olarak ifade edilen bu ilke hukuk devletinin gerçekleştirilme şartlarından bir tanesidir.

<sup>55</sup> TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2011, s.464.

<sup>56</sup> KANADOĞLU, s.10.

<sup>57</sup> AYAYDIN, 2008, s.56.

<sup>58</sup> UYANIK, Halit, "İdare Hukuku'nun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerçekleştirilmesi Sorunu", İÜHFİM, C.LXIX, S.1-2, 2011, s.1153.



## A. Hukuk Devleti-Kanuni İdare İlkesi

Hukuk devleti ilkesinin varlık nedeni, devletin bütün faaliyetlerinde objektif, genel, belirli ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarına dayanan bir devlet düzeni oluşturma amacıdır<sup>59</sup>. Bu düzeni sağlayacak hukuk sistemi; kamu gücünün kullanılmasında keyfilik önleyecek, hukuka tabi kişilere devlet gücü tarafından yapılacak uygulamaları önceden görme imkânı sunan, hukuk kurallarının sürekli, istikrarlı ve ahenk içinde uygulanacağı konusunda güvence veren bir sistemdir<sup>60</sup>. Bu sistemin işlevi olarak ifade edilen hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşebilmesi ise, devletin tüm kurum ve kuruluşlarıyla hukuka bağlı olması ve bireylerin hukuka uygun davranma sorumluluğunu yerine getirmesiyle mümkündür<sup>61</sup>.

Hukuk, idari davranışlarda objektiflik, istikrar, güven ve adaleti sağlamaya hizmet eder. Bu sebeple idarenin hukuka bağlılığı hukuk devleti anlayışının başlıca gereklerinden biridir<sup>62</sup>. Hukuk güvenliği ise, idarenin yasallığı ilkesini gerektirir<sup>63</sup>. Kanuni idare ilkesi olarak da ifade edilen bu ilke hukuk devletinde, devletin tüm kararları ve güç kullanımının bunu çerçeveleyen ve sınırlayan bir hukuk kuralına dayanması şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>64</sup>. Anayasa'nın 123. maddesine göre idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Bir diğer deyişle idarenin kuruluşunda ve faaliyetlerinde yasaya dayanması bir anayasa kuralıdır. Hukukun uygulayıcısı olarak idare açısından hukuk ile hukuk devleti arasındaki ilişki, idarenin faaliyetinin önceden bilinebilmesi olarak ortaya çıkar.

Devletin üç erki içinde vatandaşların özgürlüklerine karşı en doğrudan tehlikeyi oluşturan tutum ve davranışlar yürütme organından

<sup>59</sup> ÇAĞLAR, Selda, "Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi", Kamu Hukukçuları Platformu, Hukuk Güvenliği, 8-9 Kasım 2013, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, s.27.

<sup>60</sup> ÇAĞLAR, s.29.

<sup>61</sup> ÇAĞLAR, s.29.

<sup>62</sup> BALTA, Tahsin Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1970, s.125.

<sup>63</sup> KARAHANOĞULLARI, s.59.

<sup>64</sup> KARAHANOĞULLARI, s.50.

kaynaklanmaktadır<sup>65</sup>.Çünkü idare, idari işlevin yerine getirilmesinin gereği olarak kamu düzeni amacıyla kişilerin Anayasa ve yasalarla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Bu sınırlamaların Anayasal ve yasal teminatlara aykırı olarak gerçekleştirilmesi, hukuka aykırılığın derecesine göre temel hak ve özgürlüğün tamamen ortadan kaldırılması olarak ortaya çıkabilir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması hukuk devletinin koşullarından biridir. Temel hak ve hürriyetlerin en temel güvencesi ise kanundur. Diğer bir deyişle temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamanın kanuna dayanmasıdır. Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." şeklindeki düzenlemeden, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlanmasının söz konusu olacağı, idarenin açıkça yasadan yetki almadan temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin işlemler yapamayacağı anlaşılmaktadır<sup>66</sup>. Yürütme organının temel hak ve hürriyetlere ilişkin müdahalelerinin kanunla öngörülmesi, Anayasal bir zorunluluktur<sup>67</sup>.Kanunla sınırlama ölçütü; sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmektedir. Böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatını sağlamaktadır<sup>68</sup>.

Kanunilik ilkesinin işlevi; idari faaliyetin öngörülebilirliği yoluyla hukuk güvenliğini, hukuki olan ile hukuk dışı olan arasında ayırım yapması yoluyla idari işlevin meşruiyetini, idarenin müdahalelerine karşı temel hak ve özgürlüklerin korunmasını, idari işlevin demokratik meşruiyetini sağlamaktır<sup>69</sup>. İdari işlevin ulaşmak istediği amaç yasama ve yürütme organı tarafından belirlenir<sup>70</sup>.Yasa kavramı sadece hukuki

<sup>65</sup> STRAUSS, Peter L., "Amerikan İdari devletinde Hukukun Üstünlüğü", II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1993, s.70.

<sup>66</sup> KARAHANOĞULLARI, s.61.

<sup>67</sup> ALTINDAĞ, Halil, İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Blokunun Genişlemesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.28.

<sup>68</sup> AYM, Halime Sare Aysal, paragraf 62.

<sup>69</sup> YAŞAR, s.180.

<sup>70</sup> TAN, Turgut, İdare Hukuku, Güncellenmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.18.

güvenlik ilkesinin temeli değil, aynı zamanda bireysel özgürlüğün geliştirilmesinin kurumsal çerçevesini oluşturan bir araçtır<sup>71</sup>. Yasallık ilkesi, şekli bakımından yasa ile sınırlı olma değil; fakat kamusal makamın işlemlerinin hukuka uygun olması için gereken şartların tümü olarak anlaşılmalıdır<sup>72</sup>. Kanunun karakteristik nitelikleri; genellik, soyutluk, süreklilik ve güvence teşkil etme olarak belirtilmektedir<sup>73</sup>. Bu özelliklerin güvence teşkil etmesi, kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun olması ile doğrudan ilişkilidir.

Hukuk devletinin unsurlarından biri olarak hukuki belirlilik ilkesi; kamu gücü gereğince yapılacak uygulamaları önceden görme imkanı sunacak düzeyde açık, anlaşılır, erişilebilir, sürekli, tutarlı ve geleceğe yönelik yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğu bir hukuk sisteminde, kamusal gücün kullanımını hukuk kurallarına bağlayarak öngörülebilirliği sağlama olarak tanımlanabilir<sup>74</sup>. Hukuki belirlilik ilkesi erişilebilirlik ve kesinlik unsurlarından oluşmaktadır<sup>75</sup>: Erişilebilirlik, hukukun aleniliği bağlamında yasal düzenlemelerden haberdar olmayı sağlamak üzere söz konusu düzenlemelerin ilan veya başka yollarla duyurulmasıdır. Kesinlik ise kişinin yasadaki düzenleme gereğince hangi somut eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığı ve bu yetkilendirmenin idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilebilmesini sağlayan bir unsurdur. Belirlilik ilkesinin unsurları bakımından taşınması gereken nitelikler, kanunların içeriğinin hukuki güvenlik ilkesine hizmet etmesi sonucunu doğurmaktadır. Belirlilik ilkesine uygun bir yasayla, bireylerin davranışlarını hukuka uyarlaması, kendilerine bir ödev yükleyen iktidar işleminin hukuka uygunluğunu en azından genel olarak değerlendirip somut bir biçimde eleştirebilmesi olanağı sağlanmış olur<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> ÇAĞLAR, s.51.

<sup>72</sup> TEKİNSOY OKAY, Özge, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.201.

<sup>73</sup> ALTINDAĞ, s.20-30.

<sup>74</sup> ÇAĞLAR, s.53-54.

<sup>75</sup> ÇAĞLAR, s.59.

<sup>76</sup> CAN, s.94; ÇAĞLA, s.52: "Hukuk normlarının genellik ve öngörülebilirlik ilkelerinin gereklerini tam olarak karşılayabilmesinde yasa/kural koyucular ile uygulayıcıların yetkinliği, hukuk devletini sağlama ve güçlendirme iradesi ile bu konudaki samimiyeti önem kazanmaktadır".

Yasallık ilkesinin idare hukuku boyutu; idarenin yetki ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi, bu yetkilerin kullanılmasına ilişkin usullerin ve sınırların kanunda açıkça gösterilmesi neticesinde idari işlem ve eylemlerin yasaya uygun şekilde gerçekleştirilmesi olarak ortaya çıkmaktadır. İdarenin kanuna dayanma yükümlülüğünün ihlali, kanunla hiç düzenlenmemiş bir alanın ilk elden düzenlenmesi veya kanunla düzenlenmiş bir alanda kanunda öngörülmemiş faaliyetlerde bulunulması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi herhangi bir kanuni dayanağı olmayan bir birel işlem tesisi veya idari eylemde bulunulması şeklinde de olabilir<sup>77</sup>. İdarenin giriştiği faaliyet herhangi bir kanun tarafından yasaklanmamış olabilir. Ancak kanuna dayanma zorunluluğu nedeniyle idare bu gibi durumlarda hukuk dışı görünüm almaktadır<sup>78</sup>. İdarenin aşılama faaliyetinin bir kanuna dayanmadığı AYM kararıyla tespit edilmiştir. İdarenin bu faaliyet alanında hukuka uygunluğu, aşılama faaliyetini belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlemiş olan bir kanuna dayanmasını zorunlu kılmaktadır.

AYM'ne bireysel başvuru hakkı, kanunilik ilkesinin temel hak ve özgürlükler alanındaki etkilerini ortaya koyabilecek bir derinleşme fırsatı sunmaktadır. Anayasa şikâyeti, kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı yurttaşlara temel hak ve özgürlüklerini yargı yoluyla koruma olanağı tanıdığından, hukuk devletinin ve yurttaşların anayasayı korumalarının gelişmiş bir aracı olarak görülmektedir<sup>79</sup>. Yargı organı tarafından verilen bir kararın gereklerinin yerine getirilmesi ise hem hukuk devleti ilkesinin gereği hem de devletin diğer organları bakımından pozitif bir yükümlülüktür<sup>80</sup>. AYM'nin kararlarının toplumda etkili olabilmesi için yasamanın devreye girmesi, kararların gereklerini karşılayacak bir yasama faaliyetinde bulunması gerekir<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> KARAHANOĞULLARI, s.62'den aktaran ALTINDAĞ, s.36.

<sup>78</sup> ALTINDAĞ, s.36.

<sup>79</sup> GÖZTEPE, Ece, "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, S.95, 2011, s.17.

<sup>80</sup> KARAN, Ulaş, Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.141.

<sup>81</sup> GÖZTEPE, Ece, "Anayasa Yargısının Meşruluğu", içinde Demokratik Anayasa (Haz. Göztepe E./Çelebi A.), Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s.408.

Zorunlu aşı kararının etkilerini bu yönüyle incelediğimizde, kararda başvuru sahibinin ihlal iddiasına yönelik yapılan inceleme neticesinde AYM yeniden yargılama yapılması yönünde bir karar vermiş olmakla birlikte, aşı uygulamasının kanuni dayanaktan yoksun olduğu şeklindeki gerekçe yasamayı yeni düzenleme yapmaya zorlayan bir gerekçedir. İdare tarafından yerine getirilen aşılama faaliyeti bir kolluk faaliyeti niteliği taşıdığından ve süreklilik gösteren bir faaliyet olması nedeniyle, bunun bir kanuni dayanağının olması gereklidir.

AYM kararı sonrasında idare zorunlu aşılama uygulamasından vazgeçse de aşılama faaliyetine devam etmesi kanuni bir dayanağı zorunlu kılmaktadır. İdarenin vücut bütünlüğünü, kişi dokunulmazlığını veya can güvenliğini korumak amacıyla faaliyette bulunmak zorunluluğu bulunan hallerde, fakat yasal yetkiyle donatılmadığı durumlardaki müdahalesi, idarenin faaliyetlerini düzenleyen kuralların ihlali olacaktır<sup>82</sup>. Çünkü bir önlemin iyi, yararlı ve yerinde olması yasal dayanak zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi<sup>83</sup>, zorunluluk halleri idare için yetki yaratmaz<sup>84</sup>. Aşı konusunda zorunluluktan vazgeçerek aşı faaliyetine devam etmekte olan idare, her ne kadar aşı faaliyetinin yapılmasını kabul edenlerin zımni bir rızasının olduğunu kabul etse de bu faaliyet de kanuni bir dayanak ile yürütmek zorundadır. Bireysel başvuru kararlarının hukuk düzeninde gerçekleştirilmesi istenen nihai amaca hizmet etmesi, AYM kararı sonrasında gerekli düzenlemelerin yapılmasına bağlıdır. Bu durum ise aynı zamanda kamu gücünün Anayasa'ya bağlılığına dair inancı ortaya koymaktadır. Bu bağlamda devlet organlarının bu gereklilikleri sağlayacak şekilde yasa yapması bir zorunluluk olarak gündeme gelmektedir<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> KARAHANOĞULLARI, s.11.

<sup>83</sup> KARAHANOĞULLARI, s.57.

<sup>84</sup> KARAHANOĞULLARI, s.11.

<sup>85</sup> ÇAĞLAR, s.29.

## B. İdari Kolluk Etkinliği Olarak Zorunlu Aşılama Faaliyeti ve Kolluk Yetkisinin Sınırları

İdare hukukunda kolluk teriminin anlamı, idarenin kolluk faaliyetleriyle kamu düzenini korumasıdır<sup>86</sup>. Kamu düzeni, toplumun barış, güven ve gelişme içinde yaşamını sürdürmesi halidir<sup>87</sup>. Kamu düzeninin klasik unsurları güvenlik, dirlik ve esenlik, genel sağlık olarak ifade edilmektedir. Genel sağlık, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesi için bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulmasını ifade eder<sup>88</sup>. Aşılama, içme suyunun ve yiyeceklerin denetlenmesi, ana-çocuk sağlığı, hastalık tarama programları, atıkların denetimi, hayvan hastalıklarının denetimi, hava ve su kirliliği gibi hastalık riski taşıyan çevre şartlarının kontrolü gibi koruyucu sağlık hizmetleri niteliğinde faaliyetler kapsamındadır<sup>89</sup>. Dolayısıyla bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla yapılan zorunlu aşı da genel sağlık faaliyeti kapsamında yerine getirilen bir faaliyettir. Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için uygun ortamı hazırlamak da yer almaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinde ise sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca genel sağlık Anayasa'da yer alan bazı temel hak ve özgürlükler bakımından genel sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ışığında sağlığın iki farklı boyutu olduğu ortaya çıkmaktadır: Birincisi bireyin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi hakkı diğeri ise sağlık kamu düzenidir<sup>90</sup>. Dolayısıyla maddi ve manevi varlığın gelişimine ilişkin hakkın kamu düzenini sağlamak amacıyla genel sağlık nedeniyle sınırlandırılmasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından genel sağlık

<sup>86</sup> GÖZLER, Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 21. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2019, s.524; ULUSOY, Ali D., Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, 518.

<sup>87</sup> DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 249.

<sup>88</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 7. Genişletilmiş ve Güncellenmiş Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.587.

<sup>89</sup> TEKİNSOY, s.86.

<sup>90</sup> TEKİNSOY, s.85.

unsurunu da içeren kamu düzeni kavramının kanuni dayanaklarının oluşturularak somutlaştırılması önem arz etmektedir<sup>91</sup>.

Aşı uygulamasında birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış, eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahale oluşturmaktadır<sup>92</sup>. Vücut bütünlüğü Anayasa'nın 17. maddesinde bir temel hak olarak düzenlenmiştir. Bu hükümde vücut bütünlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri, tıbbi müdahale ve kanunda düzenlenen haller olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte vücut bütünlüğünün kişilik hakkı içerisinde yer alan kişisel değerlerden biri olarak yaşam hakkı içinde değerlendirilmesi<sup>93</sup>, devlete yaşam hakkının gerçekleştirilmesine yönelik birtakım yükümlülükler getirmektedir.

İdarenin yaşam hakkını gerçekleştirilmesine yönelik kolluk faaliyeti kapsamında yerine getirdiği faaliyetler ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmesi durumunda kamu düzeni ile kişisel yarar arasında bir çatışma söz konusu olmaktadır. Demokratik toplumlarda kişilerin özgürlükleri ilke olduğu için, bunlara getirilebilecek sınırlamaların ölçüsü önemli bir sınırlama nedeni olarak ortaya çıkmakta; özgürlüklerle kamu düzeni arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır<sup>94</sup>. İdare, kamu düzenini bireylere ve birey topluluklarına yönelik birtakım emir ve yasaklarla korumakta ve sağlamaktadır<sup>95</sup>. İdari kolluk, bir idari makama tanınan, kamu düzeninin sağlanması amacıyla icrai kararlar alma ve bunların uygulanması için maddi işlemleri yapma ayrıcalığı olarak tanımlanmaktadır<sup>96</sup>. İdari kolluk faaliyetlerinin amacı kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve kamu düzeni bozulduğunda da geri getirmektir. Kamu düzeni, alışık olduğumuz için olağan sayılabilirse de gerçekte bireyler üzerinde olumsuz etkiler yaratan bir düzenleme ve

<sup>91</sup> TURHAN, s.19.

<sup>92</sup> AYM, Halime Sare Aysal, parag. 52.

<sup>93</sup> DİNÇ, Mutlu, "Vücut Bütünlüğü İhlali Kavramı'nın Tıbbi Uygulama Hatalarında Tazminat Çerçevesinde Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.119, s.234.

<sup>94</sup> TAN, s. 402.

<sup>95</sup> GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi Ankara 2015, s.289.

<sup>96</sup> CASTAGNE, Jean, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, LGDJ, Paris 1964'den aktaran TAN, s.402.

yaptırım gücü ile gerçekleştirilir<sup>97</sup>. Bu sebeple kolluk işlemleri emredici niteliktedir ve emir verilen kişi ya da topluluk, verilen süre içerisinde emrin gereğini yerine getirmezse çeşitli yaptırımlarla karşılaşır<sup>98</sup>. Kolluk yetkileri her ne kadar sebebe bağlı olsa da kolluk, temel hak ve özgürlüklere müdahalenin en yoğun görüldüğü bir alan olduğundan sadece sebebe bağlılık yetmez; ayrıca bu müdahalelerin belirli bazı ölçütlere göre yapılması gerekir<sup>99</sup>. Dolayısıyla kolluk yetkisinin sınırını oluşturmak bakımından 'kolluk eylemlerinde amaç unsuru'<sup>100</sup> olarak kamu düzeninin korunması ve geliştirilmesi amacı; kolluk makamının yetkisini usul, konu, sebep ve amaç unsurları yönünden sınırlamaktadır. Böylece, kolluk makamına özel bir biçimde yetki veren ve bireylerin söz konusu yetkinin kullanılmasına ilişkin olarak başvurabileceği yolları düzenleyen yasal bir düzenlemenin varlığını, kolluk fonksiyonunun harekete geçmesi için gerekli kılmaktadır<sup>101</sup>. Aksi durumda rejim, liberal ve demokratik bir hukuk devleti olmaktan çıkacaktır<sup>102</sup>.

Aşılama faaliyeti ile genel sağlığın korunması amacıyla bulaşıcı hastalıklara karşı tedbir alınmasına karşılık, bireyin aşığı reddetmesi durumunda idarenin kolluk yetkisi kapsamındaki yetkilerinin sınırının ne olduğu, idarenin kişinin rızası hilafına bu uygulamayı yapıp yapmayacağı ve uygulamanın reddedilmesinden dolayı bir yaptırım uygulayıp uygulayamayacağı cevaplanması gereken sorulardır. Bu konulara ilişkin düzenleme yapma yetkisi, yani aşılamanın kamu yararına uygun olduğuna ilişkin karar, idare tarafından verilmez<sup>103</sup>. İdare yasama organı tarafından belirlenmiş olan kamu yararını, idari görev ve yetkileri kapsamında somutlaştırarak uygulamakla yükümlüdür<sup>104</sup>. Dolayısıyla zo-

<sup>97</sup> DURAN, s.249.

<sup>98</sup> BUCAKTEPE, Adil, Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2008, s.261.

<sup>99</sup> YAŞAR, s.306.

<sup>100</sup> ÖZAY, İl Han, "İdari Kolluk Eylemlerinde 'Amaç'", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.45, S.1-4, 1980, s.316.

<sup>101</sup> TEKİNSOY, s.201.

<sup>102</sup> PICARD, s.545'den atfen TEKİNSOY, s.202.

<sup>103</sup> TURHAN, s.22.

<sup>104</sup> KAYA, Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.24.



runlu aşılama faaliyetinin kamu yararı amacının yasa ile belirlenmesinden sonra, idarenin bu faaliyetin ne zaman, nerede ve ne şekilde yürütülmesi gerektiğine ilişkin olarak düzenlemeler ile uygulamayı yapması söz konusu olur.

Kolluk işlemlerinin konusunun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin olması, kolluk makamlarının ancak yasayla yetkilendirildiği takdirde ve yasada gösterilen sınırlar içinde faaliyette bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13.maddesindeki düzenleme, sınırlamanın öze dokunma yasağı ve kanunilik ilkesine uygun olarak ilgili maddelerdeki sebeplere bağlı olarak yapılabileceğine ilişkindir. Ayrıca ölçülülük ilkesine uygun olarak sınırlama araçları ile kolluk faaliyetinin amacı arasında bir orantı olmalıdır. Kolluk yetkilerinin hukuki sınırlarının denetiminde; kolluk faaliyetleri ile bunlara kaynaklık eden idari işlemlerin hukuka uygun olması, genel düzenleyici işlemin normlar hiyerarşisine uygun olarak bir üst norma ve nihayet kanuna uygun olması zorunludur. Bununla birlikte kamu özgürlüklerini sınırlayan kanunların Anayasal ilkelere uygunluğu ve ayrıca bu sınırlamaların iç hukuka dahil edilmiş uluslararası normlara aykırı olmaması gerekir<sup>105</sup>. Dolayısıyla genel sağlık amacıyla yapılacak aşılama faaliyetine ilişkin yürütülecek faaliyetin hukuka uygunluğunu sağlayacak koşul, kanunla belirli ve öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesidir. Kanunla yetkilendirilmediği halde kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi fonksiyon gaspı teşkil eder<sup>106</sup>.

### **C. Bireysel Başvuru Kararının Muhatabı Olarak Yürütme ve İdarenin Yükümlülükleri**

AYM kararının objektif etkisi üzerinden muhataplarını belirleme sonrasındaki mesele, muhatapların kararın icrasını sağlamak üzere yerine getirmesi gereken yükümlülüklerinin neler olduğuna ilişkindir. İdari işlevin denetimi niteliğindeki bireysel başvuru kararı, idarenin bu kararın icra edilmesine ilişkin yükümlülüğünün de sebebidir. İdari faaliyetleri kanunların uygulanması suretiyle yerine getiren idare, kanuni da-

<sup>105</sup> YAŞAR, s.309.

<sup>106</sup> YAŞAR, s.309.

yanacağı olmadığına mahkeme kararıyla ortaya çıkması üzerine AYM kararının icrası için kanun taslağına ilişkin hazırlıkları yapmakla mükellef olacaktır.

İdare ile yasama organı arasında dolaylı bir ilişki vardır. İdare hem yürüttüğü hizmetin gerekleri hem de genellikle ülke sorunları hakkında siyasi organları aydınlatmak ve bunlara uygun kararları almaya yöneltmek kısaca siyasi organlara yardımcı olmak ödevi bakımından yasama ile dolaylı bir ilişki içerisindedir<sup>107</sup>. Yasama çıkardığı yasalarla ve ülkenin önemli sorunları ile ilgili aldığı kararlarla idareyi etkiler. İdarenin görevi yasamanın aldığı siyasi kararları gerçekleştirmek ve yasaların uygulanması için gerekeni yapmaktır. Buna karşılık idarenin çeşitli yollarla, yasamayı etkileme olanağı vardır. Bir başka ifadeyle idareyi kanun yapma faaliyetine ortak kılan etken, kanuni idare ilkesidir. Anayasa'nın 123. maddesi gereğince idarenin faaliyetleri ancak kanunla düzenlenebilir. Yasallık ilkesi, temel hakların korunmasına ilişkin Anayasa kuralında, yasa ile sınırlama biçiminde düzenlenmiştir. Yasa ile sınırlama ilkesi, idarenin yasadan açıkça yetki almadan temel haklara ilişkin sınırlayıcı işlemler yapamayacağı anlamına gelir<sup>108</sup>. Bilindiği üzere yasamanın çıkaracağı kanun için hazırlık çalışmaları idare tarafından yapılır ve idari kuruluşlar, bu gibi çalışmaları yaparken, yasaların ve siyasal kararların oluşmasına katkıda bulunarak yasamayı büyük ölçüde etkilerler<sup>109</sup>. Siyasi partiler<sup>110</sup>, dernekler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ise bu konuda yaptıkları çalışmalar ile gerek idareyi gerekse meclisi harekete geçirmeleri söz konusu olabilir. Türk Tabipler Birliği de Halime Sare Aysal kararı sonrasında aşuya ilişkin görüşlerini açıklayarak bir kanun düzenlemesine ilişkin zarureti gündeme getirmiştir<sup>111</sup>. Aslında

<sup>107</sup> BALTA, s.78.

<sup>108</sup> KARAHANOĞULLARI, s.61.

<sup>109</sup> TAN, s.19.

<sup>110</sup> [http://www.ttb.org.tr/haber\\_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509).

<sup>111</sup> [http://www.ttb.org.tr/haber\\_goster.php?Guid=67a39db8-9232-11e7-b66d-1540034f819c](http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=67a39db8-9232-11e7-b66d-1540034f819c); "1) Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca anne babalar, idari kurumlar ve mahkemeler dâhil ilgili bütün kurum ve kişilerin hukuken yapmaya yetkili olduğu eylem ve işlemlerinde "çocuğun üstün yararını" korumakla yükümlü olduğu, esası "yükümlülük" olan yetki kullanımının da hukuki denetime tabi olacağı, 2)

bu harekete geçirme işleminin, idarenin bu kurumlardan görüşlerini istemesi şeklinde gerçekleştirilmesi, kanunun düzenlenmesinde demokratik katılımın bir unsuru olarak ortaya çıkmasını sağlayacaktır.

AYM kararında idare tarafından yürütülen aşılama faaliyetinin kanuni dayanaktan yoksun olduğunun ortaya konulması sonrasında, idarenin öncelikle bu kararın sonuçlarının zorunlu aşılama faaliyetlerine etkisi hakkında halkı bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda idare, kanun çıkana kadar uygulamanın nasıl olacağına dair muhataplara detaylı olarak bilgi vermelidir. AYM kararından sonra Sağlık Bakanlığı, zorunlu aşı uygulamasıyla ilgili olarak mevzuat çalışması başlatıldığını açıklamıştır<sup>112</sup>. Ancak daha sonra, çalışmaların hangi aşamada olduğu, devam edip etmediğine ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Üzerinden yaklaşık dört sene geçmesine rağmen AYM kararları sonrasındaki aşılama faaliyetine ilişkin olarak kamuoyuna bilgi verilmemiştir. İdarenin kanuni dayanak olmaksızın faaliyetine devam etmesi, eylemlerinin haksız fiil olması sonucunu doğurmakta ve fiili yol<sup>113</sup> niteliğindedir. Bu eylemlere karşı açılacak davalar, adli yargıda görülmekte ve kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmaktadır<sup>114</sup>. Çünkü aşılama yapacak kamu görevlilerinin kanunla yet-

---

Çocukluk dönemi aşlarının yapılmasının, yalnızca çocuklarımızın tek tek üstün yararının korunması için değil, bütün çocukların ve giderek toplumun sağlığının korunması için zorunlu bir uygulama olduğu, 3) Sağlık alanında çocuğun ihtiyacı olan sağlık hizmetlerinin özerk, objektif, liyakate göre oluşturulmuş bilimsel kurumların kararlarına ve nesnel bilimsel bilgilere göre belirlenip yürütülmesinin toplumdaki güven duygusunu pekiştireceği, 4) Çocuklarımızın sağlıklarının korunması ve geliştirilmesi için ihtiyaç duydukları ve duyacakları sağlık hizmetlerinin kanunlarda "saymakla" tüketilemeyeceği, dikkate alınarak, çocukluk çağı aşılı da dâhil olmak üzere çocuklarımızın gereksinim duydukları sağlık hizmetlerine ulaşabilmeleri için Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Koruma Kanunu ve Umumi Hıfzıssıhha Kanunu hükümlerinin birlikte düşünülerek gerekli düzenlemelerin yapılması yönündeki düşüncelerimizi başta Sağlık Bakanlığı olmak üzere ilgililerin ve halkımızın bilgisine sunarız".

<sup>112</sup> <https://www.haberturk.com/saglik/haber/1174446-saglik-bakanligindan-zorunlu-asi-aciklamasi#>.

<sup>113</sup> Fiili yol teorisi konusunda detaylı bilgi için bakınız ŞEKER Gülseven, *Fiili Yol Teorisi ve Türk Hukukunda Kamulaştırmasız El Atma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

<sup>114</sup> YILDIZ, Hayrettin, *İdarenin Re'sen İcra Yetkisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.245-257.

kilendirilmiş olmaları gerekmektedir<sup>115</sup>. Sadece isteyenlere aşı yapılması, kanun yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Aşılama faaliyeti ile Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınmış olan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması hakkına bir müdahalede bulunan idarenin, bu faaliyeti gerçekleştirebilmek için yasal bir dayanağa ihtiyacı vardır. Vatandaşların buna rıza göstermeleri veya bir önlemin yararlı olması, yasal dayanak zorunluluğunu ortadan kaldırmaz<sup>116</sup>. Karar sonrasında, aşığı reddedenlere müdahale edilmeden aşı faaliyetlerine devam edildiği görülmekte ise de bu kişilerin takip edildiğine dair beyanlar bulunmaktadır<sup>117</sup>. Bu durum, yürütmenin zorunlu aşından yana bir politika izlediğini ortaya koymakla birlikte, bu takibin yapılabilmesi için de bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. İdare kanunla düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunamaz. Bir diğer ifadeyle idarenin faaliyette bulunması belli bir konuda kanunun ona yetki vermesi durumunda mümkün olabilecektir<sup>118</sup>.

AYM kararından sonra aşılama faaliyetine ilişkin olarak kişileri zorlamayan idare, benzer ihlalleri önleme yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Ancak kararın gerekçesiyle ortaya çıkan objektif etkiyi gerçekleştirmek üzere faaliyeti sürdürmek için bir kanuni dayanak ile ilgili gerekli hazırlıkların yapılması zorunludur. Yasama organının AYM tarafından yasal düzenleme yapmak için zorlanamaması, söz konusu faaliyetin yürütücüsü olan idare açısından kanuni dayanaktan yoksun kalması sonucunu doğurmaktadır. İdare bu faaliyeti kanuni dayanaktan yoksun olarak yürütemeyeceği için, yasamanın kanun çıkarılmasına yönelik bir girişiminin söz konusu olmadığı durumlarda, kanun çıkarılması için gerekli çalışmaları yapıp yürütme organı vasıtasıyla kanun taslağını meclise sunmakla yükümlü hale gelmektedir. Diğer bir ifade ile idarenin meclisi harekete geçirme yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Faaliyeti yürüten organın yürütme ve idare olması ise kararın muhatabı olarak tespit edilmeleri yönünden önem taşımaktadır. Bu nedenle faali-

---

<sup>115</sup> TURHAN, s.24.

<sup>116</sup> KARAHANOĞULLARI, s.57.

<sup>117</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/asiyi-reddeden-10-bin-aileye-takip-40694685>.

<sup>118</sup> AKBULUT, Emre, Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.14.

yetin düzenlenmesine ilişkin teknik bilgilere sahip olan idarenin kanuna ilişkin gerekli hazırlıkları yapıp yasamayı harekete geçirmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Karar sonrasında aşığı reddetme oranlarındaki yükseliş üzerine, bir meslek kuruluşu olan TTB'nin aşının zorunlu olmasına ilişkin görüş açıklaması<sup>119</sup> ve muhalefet partisi milletvekillerinden bu yönde kanun teklifleri sunulması da dikkate alındığında<sup>120</sup>, kanun tasarisına ilişkin olarak konu ile ilgili meslek kuruluşlarını, vatandaşları ve diğer kuruluşları içine alacak geniş kapsamlı bir çalışma yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

## SONUÇ

AYM tarafından bireysel başvuru sonucunda verilen ihlal kararlarının icra edilmesi; temel hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalenin ortadan kaldırılması ve sonrasında oluşacak hak ihlallerin engellenmesi şeklinde gerçekleşmektedir. AYM'nin kararlarını icra edecek organlardan yoksun olması, kararların öncelikle muhatapları tarafından kabul görmesi ve bu kararların icrasına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmesi

<sup>119</sup> [http://www.ttb.org.tr/haber\\_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509](http://www.ttb.org.tr/haber_goster.php?Guid=15ecd2f0-449d-11e8-b46f-14b550714509); "Türk Tabipleri Birliği'nin (TTB) giderek artan aşı reddine karşı sağlık çalışanlarına ve halka çocukluk dönemi aşlarının önemini hatırlatmak ve zorunlu aşı yasasının bir an önce çıkarılması için Sağlık Bakanlığı'nu harekete geçirmek amacıyla 5 Nisan'da başlattığı "Aşı Candır" kampanyası kapsamında hazırladığı yasa değişikliği önerisi TBMM'ye sunuldu. Prof. Dr. Raşit Tükel, toplumda giderek artan aşı karşıtlığı ve bu konuda yürütülen tartışmalar karşısında Sağlık Bakanlığının suskunluğunu sürdürmesinin ve aşılama konusunda halen gerekli düzenlemeyi yapmamasının dikkat çekici olduğunu söyledi. Aşılama konusunda mevzuattaki belirsizliklerin sona erdirilmesi için, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda değişiklik yapılmasına yönelik yasa taslağı önerilerimizi bir kez daha kamuoyu ile paylaşıyor; bu konudaki yasal düzenlemelerin ivedilikle yapılması için Sağlık Bakanlığını göreve davet ediyoruz" diye konuştu.

<sup>120</sup> [https://www.ntv.com.tr/turkiye/chpden-asi-zorunlulugu-teklifi,O117tv8guU2\\_sB1mK-4XXQ](https://www.ntv.com.tr/turkiye/chpden-asi-zorunlulugu-teklifi,O117tv8guU2_sB1mK-4XXQ); "Aşının zorunlu olmasına ilişkin kanun teklifinde, genişletilmiş bağışıklık programına yapılması gereken aşların, velinin iznine tabi olmaksızın yapılması gerektiğine dönüktür. Yani, Sağlık Bakanlığı aşılama programına bir aşığı aldıysa, o konuda yeterli bilimsel çalışma yapılmışsa, çocuklarımıza o aşı yapılmalıdır. Bu, anne babanın inisiyatifine terk edilmemelidir." diye konuştu. Anayasa gereğince, çocuğun ve kamunun yüksek yararının, yasal vasilerin tasarrufundan daha önemli olduğuna değinerek, şarbon vakalarını da anımsatan Emir, ilgili bakanlıkların üstüne düşen görevleri yapması, denetim mekanizmalarını çalıştırması ve vakalarının görüldüğü yerlerin karantinaya alınması gerektiğini vurguladı.

kararların hukuk âleminde sonuç doğurması için gereklidir. Kararın muhataplarından biri olarak idarenin, AYM'nin bireysel başvuru kararlarının hukuk düzeni üzerindeki etkisini gerçekleştirmek üzere yapması gerekenler, hukuk uygulamasının kendisini düzenleyen kurallara uygun olmasına hizmet edecektir. Bunu sağlayacak olan ilke ise kanunilik ilkesidir.

Hukuk devleti öncelikle idare hukuku ile ilgilidir. Hukuk devletine ilişkin biçimsel koşulların Anayasa'da düzenlenmiş olması hukuk devletinin var olduğu anlamına gelmez. Devletin yürütme erki içerisinde yer alan ve kanunları uygulamakla görevli olan idare, faaliyetleri sırasında hukuk devletinin ilkelerine uyarak bu ilkenin hayata geçirilmesini sağlamaktadır. Hukuk devletinin gereklerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması ise idarenin kanuniliği ilkesini gerektirir. İdarenin kanundan açıkça yetki almaksızın temel haklar konusunda sınırlama yapamamasının sonucu olarak, bir önlemin iyi ve yararlı olması halinde bile yasal dayanak zorunluluğu ortadan kalkmaz<sup>121</sup>. Diğer bir ifadeyle idarenin kanunla yetkilendirilmesi aslında yetkisiz olduğu ve ayrıca olan yetkisinin de sınırlı olduğu anlamına gelmektedir.

İdarenin faaliyetine kanunilik ilkesine aykırı olarak yasal dayanak olmadan devam etmesi hem kararın icrasını etkisiz hale getirmekte hem de Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. İdare, hukukun uygulayıcısı olarak yürüttüğü faaliyeti, kamu yararına hizmet ettiği gerekçesiyle anayasal hükümden ve anayasa yargısından da üstün bir konuma koymaktadır. Hâlbuki idarenin varlığı ve üstünlüğü ancak normlar hiyerarşisinde bir üst norm tarafından yetkilendirilmesine dayanmaktadır<sup>122</sup>. Bu bağlamda zorunlu aşılama faaliyetine dayanak olacak kanuni düzenleme için gerekli hazırlıkların yapılarak Hükümet vasıtası ile Meclise sunulması AYM kararının objektif etkisinin gerçekleştirilmesinde idare ve yürütmenin yükümlülüğüdür.

---

<sup>121</sup> KARAHANOĞULLARI, s.61.

<sup>122</sup> UYANIK, s.1155.

## KAYNAKLAR

- AKBULUT, Emre (2013) Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- ALMENDRAL, Ruiz Violeta (2016) "Bireysel Başvurulara İlişkin Kararların İnfazı: İspanya Tecrübesi", Anayasa Yargısı, S.33, 2016, s.59-79.
- ALTINDAĞ, Halil (2016) İdarenin Yargısal Denetiminde Kanunilik Bloğunun Genişlemesi, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- BALTA, Tahsin Bekir (1970) İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara.
- BLIN, Aurore (2019) "Les vaccines obligatoires en France", Actualité Pharmaceutiques, V.58., Issue 582, s.55-56. <https://www.sciencedirect.com/science/journal/05153700>.
- BUCAKTEPE, Adil (2008) Genel İdari Kolluk ve Kolluk İşlemleri, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 2008.
- CAN, Osman (2005) "Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış", AÜEHFD, C.IX, S.1-2, s. 89-125.
- ÇAĞLAR, Selda (2013) "Hukuki Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuki Güvenliği İlişkisi", Hukuki Güvenlik, Kamu Hukukçuları Platformu, Hazırlayan Ece Göztepe, 8-9 Kasım 2013, Ankara, s.25-139.
- ÇELEBİ, Ece Göztepe (2016) "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", Anayasa Yargısı, S.33, s.93-118.
- GÖREN, Zafer (1994) "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", Anayasa Yargısı, C.11, AYM Yayını, s.97-134.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel (2019) İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Güncellenmiş 21. Baskı, Bursa.
- GÖZTEPE, Ece (2011) "Türkiye'de Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı'nın (Anayasa Şikayeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi", TBB Dergisi, S.95, s. 14-40.
- GÜNDAY, Metin (2015) İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara.
- HAKERİ, Hakan (2012) Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

- HAVERKATE, M./D'ANCONA, F./GIAMBI, C./JOHANSEN K./LOPALCO, PL./COZZA, V/APPELGREN, E. (2012) "Mandatory and recommended vaccination in the EU, Iceland and Norway: results of the VENICE 2010 survey on the ways of implementing national vaccination programmes", *Eurosurveillance*, Vol.17, Issue 22, s.1-6, <http://www.eurosurveillance.org/ViewArticle.aspx?ArticleId=20183>.
- KANADOĞLU, Korkut (2015) *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- KARAHANOGULLARI, Onur (2015) *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- KARAN, Ulaş (2017) *Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Eski Alışkanlıklar, Yeni Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulünün İlk Dört Yılına Dair Bir Değerlendirme, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının İzlenmesi Yoluyla Bireysel Başvuru Usulünün Güçlendirilmesi"* başlıklı proje kapsamında hazırlanan Rapor, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, İstanbul.
- KARAN, Ulaş (2018) *Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- KATOĞLU, Tuğrul (2016) "Türk Hukuku'nun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *AÜHFD*, C.55.S.1, s.157-193.
- KAYA, Cemil (2011) *Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- ODER, Emrah Bertil (2016, Ekim) "Bireysel Başvuruda Kanunilik Ölçütü Tutarlılık ve Stratejik Kullanım Sorunları", *Günce Hukuk*, S.10, s.12-17.
- ÖZAY, İl Han (1980) "İdari Kolluk Eylemlerinde 'Amaç'", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.45, S.1-4, s.316-319.
- ÖZAY, İl Han (1985) *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.



- ÖZPOLAT, Haşim (2018) "Anayasa Mahkemesi'nin Maddi Kanun Anlayışı", TAAD, Y:9, S.33, s.611-621.
- SAĞLAM, Fazıl (2012) "Anayasa Şikayeti Anlamı, Kapsamı ve Türkiye Uygulamasında Olası Sorunlar", Demokratik Anayasa, Görüşler ve Öneriler, Hazırlayanlar Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, Metis Yayınları, İstanbul.
- ŞEKER, Gülseven (2012) İdare Hukukunda Fiili Yol Teorisi ve Kamulaştırmasız El Atma, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- ŞİRİN, Tolga (2013) Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- TAN, Turgut (2018) İdare Hukuku, güncelleştirilmiş 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2011) 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, İstanbul.
- TEKİNSOY, Özge Okay (2011) İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- TURHAN KASAPOĞLU, Mine (2019) "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 9 (1), 2019, s.1-40.
- ULUSOY, Ali D. (2019) Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- UYANIK, Halit (2011) "İdare Hukuku'nun Eksen Kayması: İdarenin Üstünlüğünün Gerekçelenirilmesi Sorunu", İÜHFİM C.LXIX, S.1-2, s.1149-1162.
- ÜLGEN, Özen (2016) Anayasa Yargısında İptal Kararının Etkileri, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- WALKINSHAW, Erin (2011) "Mandatory vaccinations: The international landscape", Canadian Medical Association Journal (CMAJ), November 8, 183(16) E1167.
- YAŞAR, Hasan Nuri (2016) İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul.
- YILDIZ, Hayrettin (2019) İdarenin Re'sen İcra Yetkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara.



## YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KURUMUNDA UYGULANMAKLA ETKİSİ TÜKENECEK İŞLEM SORUNSALI

Arş. Gör. Ahmet BAĞRIAÇIK \*

### Öz

2577 sayılı İYUK'un 27'nci maddesine, 6352 sayılı Kanunun 52'nci maddesiyle dâhil edilen, "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının idari işlem teorisi kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Zira Danıştay içtihatlarında zaman zaman karşılaşmakla beraber, mevzuata ilk kez girmiş bir kavram söz konusudur. Yine 27'nci maddede 6526 sayılı Kanunun 17'nci maddesiyle başka bir değişiklik daha yapılmış ve kamu görevlileri hakkında tesis edilen bazı idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlem kategorisinden çıkarılmıştır. Kategori dışına çıkarılan işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının anlamı daha da karmaşık bir hal almaktadır.

Bu çalışmada, idari işlem teorisi ve özellikle idari işlem türleri açısından "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramının yeri tespit edilmeye çalışılmıştır. 6526 sayılı Kanun'la, ilgili kategorinin dışına çıkarılan işlemlerden özellikle geçici ve sürekli görevlendirme işleminin hukuki niteliği söz konusu kavram kapsamında ele alınmıştır. Ayrıca değişikliğin mahkemeye erişim hakkına olan etkisi değerlendirilmiştir. Çalışmaya ışık tutması amacıyla doktrin ve içtihattan faydalanılmıştır.

\* Arş. Gör., Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD, Osmaniye, Türkiye | Asst., Osmaniye Korkut Ata University, Faculty of Economics And Administrative Sciences, Political Science and Public Management Department, Department of Law, Osmaniye, Turkey.

✉ ahmetbagriacik@osmaniye.edu.tr • ORCID 0000-0001-9288-2343

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: BAĞRIAÇIK Ahmet, "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem Sorunsalı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 695-723.

🔍 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## Anahtar Kelimeler

Yürütmenin Durdurulması • Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem • Geçici ve Sürekli Görevlendirme • Hukuk Devleti • İdarenin Yargısal Denetimi

## ADMINISTRATIVE ACTIONS THAT END OF EFFECT BY IMPLEMENTING ON SUSPENSION OF EXECUTION

### Abstract

The concept of "administrative action that end of effect by implementation", which is included in the 27th article of the administrative procedure act numbered 2577, article 52 of the Law numbered 6352, should be examined within the scope of the administrative action theory. Again another amendment was made Article 17 of Law No. 6526 and some administrative actions was removed from the category.

In this study aims to determine the place of the concept of "administrative action that end of effect by implementing" in terms of administrative action theory and especially the types of administrative actions. In addition, with the Law No. 6526, the actions that are taken out of the relevant category and especially the legal nature of temporary and permanent assignments from them are considered within the scope of this concept and the effect of this change on the right of access to the court is evaluated.

### Key Words

Suspension of Execution • Administrative Actions That End of Effect by Implementing • Temporary and Permanent Assignments • The Rule of Law • The Judicial Review of The Administration

### 1. Giriş

Yürütmenin durdurulması idari yargılama usulüne özgü, iptal davalarına sıkı sıkıya bağlı bir kurumdur. Yürütmenin durdurulması, bir yandan iptal davalarında ilgililer için vazgeçilmez bir güvence oluştururken, diğer yandan idarenin yargısal denetiminde etkinlik sağlar<sup>1</sup>. Başka bir deyişle, kurum marifetiyle bir taraftan dava sonuçlanana kadar işlemin muhatabı işlem den etkilenme ihtimalini ötetelerken, diğer taraftan idarenin hukuka uygun davranma yükümlülüğü, şartların oluşması halinde, en kısa sürede denetlenmiş olur. Bu haliyle yürütmenin durdurulması, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda

<sup>1</sup> YENİCE, Kazım – ESİN, Yüksel; İdari Yargılama Usulü, 1983, s. 575.

somutlaştığı en kilit kurumlardandır<sup>2</sup>. Öyle ki Anayasanın 125'inci maddesinin 5'inci ve 6'nci fıkralarında yürütmenin durdurulması kurumuna özellikle yer verilmiştir<sup>3</sup>.

Bilindiği üzere yürütmenin durdurulması sadece iptal davasında talep edilebilir<sup>4</sup>. Kural olarak, idari işleme karşı iptal davası açılmış olması o işlemin yürütmesini durdurmaz<sup>5</sup>. İdarenin kamu gücüyle donatılmış olması nedeniyle, yapmış olduğu idari işlemlerin icrai nitelikte olması ve aynı zamanda hukuka uygunluk karinesinden faydalanan olması, davanın açılmasının işlemin yürütmesini durdurmamasına gerekçe olarak gösterilmektedir<sup>6</sup>. Dolayısıyla açılan bir iptal davasında dava konusu işlemin yürütülmemesi için yürütmenin durdurulması mahkemeden talep edilmelidir.

Çalışmanın çizilen çerçevesini aşmamak amacıyla, burada yürütmenin durdurulmasına ilişkin genel bilgilere (bu kapsamda yürütmenin durdurulması başvurusunun şartlarının tamamına, karar verilebilmesi için gerekli olan şartlara, verilen karara ilişkin itiraz sürecine vb.) yer verilmeyecektir. Ancak yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının gerekip gerekmediği sorununa, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı ve bazı idari işlemlerin bu kavramın kapsamından çıkarılması hususunun varlık nedenini teşkil ettiği için değinmek zaruridir.

<sup>2</sup> ULUSOY, Ali D.; İdari Yargılama Usulü, 2020, s. 196-197.

<sup>3</sup> Buna göre "(5) İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir. (6) Kanun, olağanüstü hallerde, (...) seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir."

<sup>4</sup> Tam yargı davasında da zarar doğuran idari kaynağın varlığını sürdürüyor olması ihtimali nedeniyle, yürütmenin durdurulması kurumuna yer verilmesinin gerektiği yönünde görüş için bkz. KARAHANOGULLARI, Onur; İdari Yargı, Ankara 2019, s. 531-532.

<sup>5</sup> İYUK'un 27'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan vergi uyumsuzluklarına ilişkin açılan davalarda, davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.

<sup>6</sup> KABOĞLU, İbrahim Özden; "Yürütmenin Durdurulması", Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 4, s. 639-641.

## 2. Kavramın Ortaya Çıkış Sebebi Olarak: İdarenin Savunmasının Alınması

2012 yılında<sup>7</sup> İYUK'un 27'nci maddesi değiştirilmeden evvel, yürütmenin durdurulması talebi sonucu Danıştay; talebin davalının birinci savunması alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere kabulüne, talebin davalının savunması alındıktan sonra incelenmesine veya talebin reddine karar verebilmekteydi<sup>8</sup>. Bu kararlardan, davalının birinci savunması alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere yürütmenin durdurulması kararı, İstanbul İdare Mahkemeleri<sup>9</sup> ve Danıştay<sup>10</sup> tarafından verilmiş, bu kararlar aracılığıyla ilgililerin zaman kaybetmeksizin idari işlemlerin telafisi güç ve imkânsız zararlarından korunması mümkün hale gelmiştir<sup>11</sup>. Mevzuatta açıkça düzenlenmeyen savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere yürütmenin durdurulması kararına karşı yapılan itirazlarda itiraz mercilerinin, kararı veren yargı yerince yeniden bir karar

<sup>7</sup> 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanununun 52'nci maddesi.

<sup>8</sup> Mevzuatta yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için idarenin savunmasının alınması zorunluluğu daha önce 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128'inci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş fakat Anayasa Mahkemesi ilgili hükmü iptal etmiştir. AYM, E. 2006/20, K. 2006/25, T. 22.02.2006, RG. T. 10.1.2007 S. 26399. İlgili hükmün içeriği ve AYM'nin iptal kararının detayına ilerde değinilecektir.

<sup>9</sup> "(...) davalı idarenin birinci savunması alınıp yürütmenin durdurulması istemi hakkında yeniden bir karar verilmeye ya da cevap verme süresi geçirilmeye kadar KABULÜNE, davalı idarenin savunma yapabilmesi için 30 gün süre verilmesine, savunma verilmemesi halinde dosyada mevcut bilgi ve belgelere göre karar verileceği hususunun davalı idareye duyurulmasına (...)" karar verilmiştir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2006/1671, T. 8.5.2006, Aktaran: KANDİL, Hamit Ali; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 62. "(...) katkı payının yatırmayan öğrencinin üniversite ile ilişkisinin kesilmesi işlemine karşı açılan davada işlemin uygulanmasının davacının giderilmesi güç zararlarına neden olabileceği sonucuna varıldığından savunmaya kadar kabul kararı (...)" verilmiştir. İstanbul 4. İdare Mahkemesi, E. 2006/1917, T. 20.6.2006, Aktaran: KANDİL, s. 62.

<sup>10</sup> "(...) kamu kurumlarında görev yapan doktorlara (...) tarihinden itibaren özel muayenehane açma yasağı getirilmesine ilişkin dava konusu işlemin, davalı idarenin savunması gelinceye kadar yürütülmesinin durdurulmasına; davalı idarenin savunma süresinin 15 günle sınırlandırılmasına; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 4. fıkrası uyarınca tebligatın memur eliyle yapılmasına, (...) oyçokluğuyla karar verildi." D. 5. D. E. 2010/4406, T. 21.7.2010 (Kazancı). Benzer yönde bkz. D. 10. D. E. 2009/2419, T. 3.7.2009 (Kazancı).

<sup>11</sup> GÖK, Hasan; "İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun ile Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, Y. 2012, s. 117.

verilecek olması nedeniyle itirazı reddetme eğiliminde olduğu gözlenmiştir<sup>12</sup>. Aslan'a göre, 2012 yılında yapılan düzenleme, savunma olgusunun mevzuatta olmayışı kaygısını gidermekten ziyade yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırma amaçlıdır<sup>13</sup>.

Yapılan kanun değişikliği ile İYUK'un 27'nci maddesinin 2'nci fıkrasının ilk cümlesi, "*Danıştay veya idari mahkemeler, (...) davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir*" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla artık mahkemeler eğer işlem uygulanmakla etkisi tükenmeyecek türde ise, idarenin savunmasını almadan yürütmenin durdurulması talebine ilişkin herhangi bir karar veremeyecekleri söylenebilir. Ancak uygulanmakla etkisi tükenmeyecek türde bir işlem için yürütmenin durdurulması talep edildiğinde, kanunda hâkimi idarenin savunmasını aldıktan sonra yeniden bir karar verilmek üzere savunma alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararı verme adına sınırlayıcı bir hüküm mevcut değildir. Söz konusu hükmün hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı niteliği de göz önünde bulundurulduğunda mevcut hükmü geniş yorumlayarak bu sonuca varmak mümkündür. Çünkü hüküm sonuç itibarıyla, uygulanmakla etkisi tükenecek türdeki işlemler adına idare aleyhine bir sınırlandırma içermektedir. Dolayısıyla uygulanmakla etkisi tükenmeyecek bir işlem için savunma alınmaksızın verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı sırf savunma alınmadığı için mevcut düzenlemeye aykırı olmayacaktır.

Bu değişiklikte birlikte hâlihazırdaki düzenlemeler sebebiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesi çok zor iken<sup>14</sup> yeni bir kısıtlama hükmü daha yürürlüğe konulmuştur. Aynı değişiklik kapsamında, savunma alınma zorunluluğu düzenlemesine bir istisna getirilerek, uygulanmakla etkisi tükenecek türde bir işlem için yürütmenin durdurulması

<sup>12</sup> TEKİNSOY, Ayhan; İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013, s. 180-181.

<sup>13</sup> ASLAN, Zehrettin; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 86.

<sup>14</sup> ASLAN, s. 71-85.

talebinin mevcut olması halinde, idarenin savunması alınmaksızın bu talebin karara bağlanabileceği öngörülmüştür<sup>15</sup>. Maddenin değişiklik gerekçesinde savunma alınmasının kural olduğunun belirtilmesi dışında bir açıklamaya yer verilmemiş olup, “yürütmenin durdurulması müessesesi kısmen revize edil(diği)” ifade edilmiştir<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> “Dava konusu işlemlere bakıldığında, bu işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler kategorisinde olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, davaya konu işlemlerin doğal sonucu olarak her yıl yenilenen protokolün feshedilerek yeni protokolün imzalanmaması sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumunun sağlık güvencesi kapsamında bulunan ve davacı Üniversite hastanesinde yatarak ya da ayakta tedavi gören hastaların, 5510 Sayılı Kanun’un sağladığı tedavi yardımından faydalanma imkanı ortadan kaldırıldığı için ya doktor ve hastanelerini değiştirmeleri ya da burada tedavilerine devam etmeleri halinde masraflarını kendileri ödemek zorunda kalacağı, bu durumun da maddi imkanı elverişli olmayan kronik veya ağır hastalar için geri dönülemez sonuçlara yol açma ihtimali taşıdığı açıktır.” D. 15. D. E. 2016/1583, T. 18.3.2016 (Kazancı); “(...) Komutanlığı’na bağlı (...) Komutanlığı’nda görevli olan davacı tarafından, 06 Kasım 2019 tarihinde tebliğ edilen (...) 15 gün içerisinde lojmandan tahliyesine ilişkin 31.10.2019 tarih ve (...) sayılı işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istenilmektedir. Dava konusu (...) işlemin, lojman tahliyeye ilişkin olması ve uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte bulunması nedeniyle, olayın niteliği ve davanın durumuna göre davalının birinci savunması (...) alındıktan (...) sonra yeniden incelenmesine kadar 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yürütmesinin durdurulmasına (...) karar verildi.” Ankara 6. İdare Mahkemesi, E. 2019/2129, T. 14.11.2019 (Yayınlanmamıştır). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.03.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021.

<sup>16</sup> <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0565.pdf>, s. 35, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Değişikliğin muhalefet şerhinde, “yapılan değişiklikle, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için bu maddede (İYUK 27) aranan iki koşula, bir üçüncü koşul daha getiril(ildiği)”, bu yeni şartın “Anayasanın 125’inci maddesinin beşinci fıkrasında, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için aranan koşullar arasında mevcut” olmadığı ve bu nedenle, Anayasanın anılan düzenlemesine aykırı olduğu, “idarenin savunmasının alınmasına gerek duyulmaksızın verilen yürütmenin durdurulması kararlarının sayısı(nın) ender denilebilecek kadar az” olduğu eleştirileri dile getirilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 137-138, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Yine muhalefet şerhinde değişikliğe ilişkin bir çelişkiye de vurgu yapılmıştır. Şöyle ki, yapılan değişikliğe göre, “dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir” hükmünü ihtiva etmektedir. Yani dava dosyasına ilk bakışta yürütmenin durdurulmasının gerekli olmadığı kanaatine varılırsa savunma istenmeksizin talep reddedilebilecekken, tam tersi durumda yani ilk bakışta telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu anlaşılırsa dahi, idarenin savunmasının istenememesi için işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek bir işlem kategorisinde olması gerekmektedir. Muhalefet şerhinde bu husus, “dava dilekçesi ve eklerinden, yürütmenin durdurulması isteminin kabulünün yerinde



Anayasanın 125'inci maddesinde yürütmenin durdurulması kurumu, kararın verilebilmesi için gereken şartları içerecek bir biçimde düzenlenmiştir<sup>17</sup>. Normlar hiyerarşisinin bir gereği ve sonucu olarak, İYUK'un 27'nci maddesinde düzenlenen yürütmenin durdurulması kararı verebilme şartlarına, anayasada yer almayan bir şart eklenebilir mi? Anayasa mahkemesi daha önce vermiş olduğu bir kararda bunun mümkün olmadığına karar vermiştir<sup>18</sup>. Dolayısıyla mahkemeye göre,

*olacağı anlaşılan davalarda, idarenin savunma verebilmesi için gerekli zaman dilimi araya konularak, yürütmesi derhal durdurulması gereken idari işlemin bir süre daha uygulanmasına olanak sağlamak olduğu anlaşılmaktadır*" şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 137, Erişim Tarihi: 27.10.2020. Buna karşın değişiklik, "getirilen düzenlemeyle uygulamada mahkemelerin ellerini güçlendirecek yasal bir zemin oluşturulması amaçlandığı bu bağlamda getirilen düzenlemenin uygulama ile paralellik sağlanması açısından bir revize hüküm niteliğinde olduğu" gerekçesiyle savunulmuştur. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 78, Erişim Tarihi: 27.10.2020.

<sup>17</sup> Buna göre yürütmenin durdurulması, "uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması" ve "idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması" şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek verilebilen bir mahkeme kararıdır.

<sup>18</sup> 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan, "Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Fonun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir" hükmünün "Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini tümüyle ortadan kaldırmadığı, ancak davanın açıldığı tarihten itibaren somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmasını engellediği, ayrıca davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasının geciktirildiği gibi davalı idarenin savunma süresinin de kısaltıldığı, böylece davacının hak arama, davalının ise savunma haklarının kısıtlandığı" gerekçeleriyle anayasaya aykırı olduğu iddiasını ciddi gören Danıştay'ın 13. Dairesi, ilgili hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu incelemede Anayasa'nın 125'inci maddesine de atıfta bulunarak, "Anayasa'da yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak başka bir koşul bulunmamaktadır. Buna karşılık itiraz konusu kurala göre "idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararın doğması" durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telifisi imkânsız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir

anayasada belirtilen iki şartın birlikteliği dışında başkaca bir şartın öngörülmesi, hak arama özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

İYUK'un 27'nci maddesinin, 6352 sayılı Kanununun 52'nci maddesiyle değiştirilen 2'nci fıkrasına karşı açılan iptal davasında, Anayasa Mahkemesi'nin benzer yönde bir iptal kararı vermesi beklenirken, ret kararı vermiştir<sup>19</sup>. Mahkemeye göre işlemin uygulanması halinde etkisinin tükenip tükenmemesi üzerinden bir ayırım yapılarak savunma mekanizması öngörülmesi Anayasa'nın 125'inci maddesinde belirtilen şartlara yeni bir sınırlama şartı ekleme anlamına gelmemektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadından neden ayrıldığı ile ilgili doyurucu bir değerlendirme yapması gerekmektedir<sup>20</sup>.

---

*durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen "idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararın doğması" koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır (...)" sonucuna varmış ve ilgili hükmün iptaline karar vermiştir. AYM, E. 2006/20, K. 2006/25, T. 22.02.2006, RG. T. 10.1.2007 S. 26399.*

<sup>19</sup> Mahkemeye göre, "Kurallarda "uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler" yönünden idarenin savunmasının alınmasının öngörülmesi ise Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme olmayıp idareye yöneltilen iddia karşısında kendisini savunabilme imkânı sağlamaktadır. Bu yönüyle kuralların Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. (...) Kurallarda, sadece uygulandığı anda telifisi güç veya imkânsız zararlar doğurması ihtimali bulunmayan ancak belli bir süre uygulanmakla telifisi güç veya imkânsız zararlar doğurma ihtimali olan 'uygulanmakla etkisi tükenmeyecek idari işlemler' yönünden idarenin savunmasının alınması şartının getirildiği, fakat bu tür idari işlemlerin niteliği sebebiyle bunlar yönünden idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelecek gecikmenin, kişilerin telifisi güç veya imkânsız zararlarla karşılaşması sonucunu doğurmayacağı, dolayısıyla bu yönden de kuralların hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir yönünün bulunmadığı görülmektedir (...)" ve ilgili hüküm anayasaya aykırı değildir. AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 4.7.2013, RG. T. 02.08.2013, S.28726.

<sup>20</sup> Nitekim ilgili kararın karşı oylarında bu duruma ve Mahkeme'nin eski içtihadına vurgu yapılmıştır. Detay için bkz. AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, T. 4.7.2013, s. 77 vd. Örneğin İYUK'un 27'nci maddesine, 5.4.1990 günlü ve 3622 sayılı Kanun'un 10'uncu maddesiyle "Bu iki şartın (idari işlemin uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartları) birlikte gerçekleşmediği durumlarda yürütmenin durdurulması karar verilemez. Yürütmenin durdurulması kararının gerekçesinde bu iki şartın ne suretle gerçekleşmiş olduğunun da açıkça gösterilmesi gerekir" cümleleri eklenmiştir. İlgili düzenlemeye karşı açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, "Getirilen yeni hükümlerle Anayasa ile belirlenen yürütmenin durdurulması koşullarında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Diğer bir anlatımla,

Ayrıca kararda, savunma alınmasına ilişkin getirilen sınırlama hükmünün neden yeni bir şart teşkil etmediğinin gerekçesi de mevcut değildir. Nihayet getirilen düzenlemenin, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 125'inci maddesinin 6'ncı fıkrası çerçevesinde tartışması gerekmektedir.

Daha önce de ifade edildiği üzere, 6352 sayılı Kanununun 52'nci maddesiyle getirilen yeni düzenleme sadece savunma alınmasına ilişkin değildir. Aynı düzenleme kapsamında idari işlemler açısından yeni bir ayırım yasa koyucu tarafından "icat edilmiştir". Buna göre, eğer idari işlem uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikte ise idarenin savunma alınmadan yürütmenin durdurulması talebi hakkında karar verilebilecek ve bu karar idarenin savunması geldikten sonra tekrar incelenecektir. Dolayısıyla idari işlem teorisi bağlamında ilgili ayırma değinmek zaruridir.

### 3. İdari İşlem Teorisi Bağlamında: Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İşlem

Hukuki işlemlerin bir kısmını, kamu hukuku alanındaki işlemlerin ise büyük bir bölümünü oluşturan idari işlem<sup>21</sup>, idari işlevin yerine getirilmesi için yapılan işlemlerdir<sup>22</sup>. Bu kapsamda idari işlemi, kamu gücü kullanılarak yapılan, kişi veya nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, tek yanlı irade açıklaması olarak tanımlamak mümkündür<sup>23</sup>. İdari işlemler, tek yanlı ve icrai olma, hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ve yargısal denetime tabi olma gibi özelliklere sahiptir. Yine idari işlemler, çeşitli açılardan türlerine ayrılarak incelenmektedir. Klasik olarak idari işlemler, maddi açıdan düzenleyici – birel işlem (şart işlem/sübjektif işlem), iradenin açıklanması bakımından tek – çok iradeli işlem ve açık – zımni işlem, hukuki etkisine göre ise emredici/yapıcı –

---

*Anayasa'nın 125. maddesinin GETİRDİĞİ sınırlama dışında yeni bir sınırlama getirilmemiş ve Anayasa'da ve yasada yer alan hükümlere yeni bir anlatım biçimi ile yaklaşmıştır (...)" görüşüyle düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını ifade ederken 125'inci maddedeki sınırlama sebeplerinin aşılmış aşılmadığını kararında tartışmıştır. Karar için bkz. AYM, E. 1990/20, K. 1991/17, T. 21.06.1991, RG. T. 30.09.1992, S. 21361.*

<sup>21</sup> ERKUT, Celal; İdari İşlemin Kimliği, Ankara 2015, s. 9.

<sup>22</sup> GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2011, s. 121.

<sup>23</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara 2015, s. 379.

yararlandırıcı/yükümlendirici – etkisi devam eden/geçici işlem alt ayrımları kapsamında ele alınmaktadır.

6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde örnek olarak yıkım ve sınır dışı etme kararları belirtilmişse de, idare hukukunda gerek pozitif hukuk metinlerinde gerek yargı içtihatlarında gerek doktrinde ve idare hukuku kitaplarında böyle bir ayrı idari işlem kategorisine teknik olarak yer verilmemektedir<sup>24</sup>. Ancak idare hukuku literatürüne “kazandırılan” uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türünün idari işlem teorisi kapsamında anlamlandırılabilir olması gerekmektedir. Danıştay'ın uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemi tanımladığı kararları mevcuttur<sup>25</sup>. İlgili tanıma yeri geldiğinde değinilecek olmakla birlikte, öncelikle işlem teorisi açısından uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türünün yerinin tespit edilmesi gerekmektedir.

### 3.1. İcrai – Etkili İşlem

Bilindiği üzere idari işlemlerin en önemli ve karakteristik özelliklerinden birisi icrailiktir. İdari işlemler, ilgilinin rızasına gerek duymaksızın hukuki durumları üzerinde bir takım değişiklikler yaratma özelliğine sahiptir ve bu durum idari işlemin icrai olmasından kaynaklanmaktadır<sup>26</sup>. İdarenin tek yanlı hukuki sonuç doğuran işlemlerine icrai işlem yerine, “etkili işlem”, “idare edilenlerin hukukunu etkileyen işlem”, “kesin ve yürütülmesi gereken işlem” gibi ifadeler de kullanılmaktadır<sup>27</sup>.

Esasında icrailik ile ifade edilmek istenen, işlemin hukuki etkisidir<sup>28</sup>. Diğer bir deyişle, idari işlemler icrailik özelliklerini oluştukları anda

<sup>24</sup> ULUSOY, s. 198.

<sup>25</sup> Danıştay uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemi, “(...) uygulanmakla tamamlanan, uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken işlemler (...)” olarak tanımlamaktadır. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2016/1583 T. 18.3.2016 (Kazancı)

<sup>26</sup> GÜNDAY, s. 124. Erkut'a göre, “Kamu gücü ve kudretinin, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler (...)” icrai niteliktedir. ERKUT, s. 144.

<sup>27</sup> SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000, s. 44.

<sup>28</sup> AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 387.

bünyelerinde barındırırlar<sup>29</sup>. İdari işlemlerin bu tek yanlı hukuki etki özelliği icrailik/etkililik olarak adlandırılır<sup>30</sup>. İdari işlemin yürürlüğe girişi, kesinliği, ilgilinin menfaatini etkilemesi hususları, icrailik özelliğinden ziyade iptal davasının konusunu oluşturma bakımından anlam ifade etmektedirler<sup>31</sup>. 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, iptal davası açılan bir davada istenebilecek yürütmenin durdurulması talebine ilişkin olduğu için evleviyetle icrai özelliğini bünyesinde barındıran idari işlemlere ilişkindir<sup>32</sup>. Çünkü yürütülmesi gereken işlemle icrai işlem kast edilmektedir. Dolayısıyla bahse konu olan uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemlerin icrailik unsuru yönünde tartışılacak herhangi bir yönü bulunmamaktadır.

Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında uygulanmakla etkisi tükenen işlem türü işlemin etki ögesine vurgu yaptığı için, işlemin etkisi yönünden yapılan ayırım ve dolayısıyla bizi etkili/etkisiz işlem ayırımına yönlendirmektedir<sup>33</sup>. Ancak bu yönlendirme de yanıltıcıdır. Çünkü etkisiz bir işlemin iptal davasına konu edilebilmesi ve dolayısıyla yürütmesinin

<sup>29</sup> ERKUT, s. 143.

<sup>30</sup> KARAHANOGULLARI, Onur; İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara 2018, s. 279. (KARAHANOGULLARI, Yasallık)

<sup>31</sup> AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 387.

<sup>32</sup> Zira İYUK'un 14'üncü maddesi uyarınca idari davaya konu olacak idari işlem, kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmak zorundadır.

<sup>33</sup> Doktrinde işlem türleri kapsamında etkili ifadesine "Etkisi Devam Eden / Geçici İdari İşlem" ayırımı şeklinde (AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA; s. 408), "Hukuki Etkisini Yitirmiş İşlemler" şeklinde (ERKUT, s. 183) veya "Etkili-Etkisiz İdari İşlemler" şeklinde (YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KARAN, Nur – ÖZDEMİR, H. Eyüp – ÜSTÜN, Gül – OKAY TEKİNSOY, Özge; İdare Hukuku, İstanbul 2015, s. 406 (YILDIRIM vd.)) yer verilmektedir. Nitekim her iki ayırımın da hukuki nitelik itibariyle konumuzla ilgisi yoktur. Örneğin YILDIRIM vd.'na göre etkisiz işlem, "(...) ilgililer hakkında hukuki sonuç doğurmazlar, hazırlık, görüş, öneri, tavsiye niteliğindeki işlemler bireyler veya nesnelere üzerinde hukuki etkide bulunma"yan türdeki işlemlerdir. "Hatta bu işlemler idari işlem olarak dahi kabul edilmemektedirler." YILDIRIM vd., s. 406. Benzer yönde bkz. KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 279. Karahanoğulları'na göre işlemin 3 tür etkisi mevcuttur. Yönetmel, hukuki ve maddi etki. Sadece yönetmel etkiye sahip olan "Hukuksal ve fiili durumun saptanması, açıklanması, belirginleştirilmesi, yorumlanması, idari örgüte veya bireylere bir kez daha duyurulması vb. gibi amaçlarla açıklanan iradeler" hukuki ve maddi etkisi olmayan ve dolayısıyla hukuk öznelerinin statülerinde veya kurallar düzenindeki sonucuna tesir etmeyen işlemlerdir. Ki bu tür işlemler için etkisiz idari işlemler terimi yerine, etkisiz işlemler terimini kullanmak daha uygun olacaktır. KARAHANOGULLARI, Yasallık, s. 278.

durdurulmasının talep edilmesi mümkün değildir. İdarenin irade açıklaması, hukuki sonuç doğurduğu zaman etkilidir ve bu etkisi nedeniyle idari işlem sayılır<sup>34</sup>. Dolayısıyla bahse konu işlem türü etkili bir idari işlemdir<sup>35</sup>.

Bu türdeki işlemlerin etkili olduğu tereddütsüz ise işleme karakterini veren husus etkinin tükenip tükenmediği midir? Doktrinde işlemin etkisinin tükenip tükenmediği olgusu genellikle düzenleyici işlem – birel işlem ayrımında kullanılan bir argümandır<sup>36</sup>. Örneğin AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA’ya göre idari işlem, “(...) *ya geneli soyut, sürekli ve kişilik dışı ya da özel, somut bir kere uygulanmakla tükenen, kişisel bir düzenlemedir*”<sup>37</sup>. YILDIRIM vd.’ne göre, “*Kural işlemler, bir kez uygulanmakla tükenmezler, kişisel değildir, kapsamına giren kişi ya da kişileri hedef alır bir defa tesis edilmekle hüküm ve sonuçlarını doğurur*”<sup>38</sup>. GÖZLER’e göre ise, “*Bireysel idari*

<sup>34</sup> KARAHANOĞULLARI, Yasallık, s. 278.

<sup>35</sup> Ayrıca 6526 sayılı Kanun’la İYUK’un 27’nci maddesine eklenen ve uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem olarak ifade edilen “*kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler*”in etkili işlemler olduğu tartışmasızdır.

<sup>36</sup> Buna karşın Danıştay sadece birel işlemi değil düzenleyici işlemi de uygulanmakla etkisi tükenecek işlem niteliğinde kabul etmektedir. Bir kararında bu hususu, “(...) *uygulanmaları durumunda geri döndürülemez sonuçlara yol açma olasılığının bulunması bakımından, düzenleyici ve bireysel işlemler arasında bir fark bulunmamaktadır. Zira, önemli olan, geri döndürülemez sonuçlara yol açma olasılığının bulunması olduğuna göre, tespiti gereken husus işlemin niteliği değil, uygulandığı zaman doğuracağı sonuçtur*” şeklinde ifade etmiştir. D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.03.2015 (Kazancı). Örneğin, Adli Kolluk Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin bazı maddelerinin iptali talebiyle açılan davada yürütmenin durdurulmasına idarenin savunmasını almaksızın karar vermiştir. Kararın ilgili kısmına göre, “*Yetki yönünden açıkça hukuka aykırı bulunan dava konusu yönetmelik hükümlerinin; anılan düzenlemenin uygulanmasıyla adli makamların görev ve yetki alanının olumsuz etkileeneceği, telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği sonucuna varılması nedeniyle 2577 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca yürütülmesinin durdurulması gerekmektedir. (...) davalı idarelerin savunmaları alındıktan veya yasal cevap verme süresi geçtikten sonra bu konuda yeniden bir karar verilinceye kadar yürütülmesinin durdurulmasına, (...) karar verildi.*” D. 10. D. E. 2013/8108, T. 27.12.2013 (Kazancı). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021; D. 15. D. E. 2015/5712, T. 07.07.2015, [http://www.mergumder.org.tr/\\_yuklenenDosyalar/\\_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20Iptali%20YD%20Karar\\_pdf%2020150720.pdf](http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20Iptali%20YD%20Karar_pdf%2020150720.pdf), Erişim Tarihi: 13.02.2021.

<sup>37</sup> AKYILMAZ – SEZGİNER – KAYA, s. 395.

<sup>38</sup> YILDIRIM, Ramazan; İdare Hukuku Dersleri II, Konya 2010, s. 45.

*işlemler devamlı değildir; bir kez uygulanmakla kendiliğinden sona ererler, oysa düzenleyici idari işlemler devamlıdır; bir kez uygulanmakla sona ermezler, yürürlükten kalkıncaya kadar uygulanmaya devam ederler*<sup>39</sup>. İşlemin uygulanmakla tükenen olan etkisinden kasıt hukuki etki olamaz. Çünkü bir idari işlemin hukuki etkisinin uygulanmakla tükenmesi, ilgili işleme karşı dava açılmasına da engel teşkil edecektir<sup>40</sup>. Burada ifade edilmek istenen Ceza Hukukundaki ifadeyle “temadi” edip etmemek ise, yani etkisi “temadi” eden/etmeyen idari işlemler ayrımı yapılıyorsa, aslında verilen tipik örneklerde de (yıkım ve sınır dışı etme işlemleri) işlemin ilgililer üzerindeki etkisi devam etmektedir. Yani aslında hiçbir işlemin etkisi uygulanır uygulanmaz tamamen sona ermez; her işlemin ilgililer üzerindeki maddi, manevi, hukuksal ve psikolojik etkisi devam edebilir. Sonuç itibarıyla bu ifade aslında net bir ayırt edici niteliğe sahip değildir<sup>41</sup>. Şayet uygulanmakla tükenen olan etki, örneğin kamu görevlisinin geçici süreli görevlendirme işlemi gibi, idare tarafından hemen uygulama veya niteliği itibarıyla etkisini hemen göstermesi ve tükenmesi gibi maddi dünyada gerçekleşen etki ise, bu durum değişikliğin, işlemin telafisi güç veya imkânsız zarar doğurması niteliğine ilişkin olduğunu göstermektedir<sup>42</sup>. Aynı zamanda işlemin, idare tarafından yapılması ile etkisinin hemen gerçekleşip tükenmesi niteliği, uygulanmakla etkisi tükenen idari işlem türünün uygulaması kendi içinde saklı işlem kavramı ile ilişkisini gündeme getirmektedir.

### 3.2. Yürütülmesi Kendi İçinde Saklı İşlem

İlk olarak Fransa’da Hauriou tarafından savunulan ve “*araya başkaca bir işlem girmeksizin, kişilerin hukuki durumlarında değişiklikler doğurabilme yeteneğini haiz ve re’sen icra edilebilir nitelikteki işlemler*”<sup>43</sup> olarak

<sup>39</sup> GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C. I., Bursa 2009, s. 668.

<sup>40</sup> TEKİNSOY, s. 182.

<sup>41</sup> ULUSOY, s. 198.

<sup>42</sup> TEKİNSOY, s. 183. Ulusoy eserinde değişikliği terminolojik olarak da eleştirmiş ve uygulanmakla etkisi tükenen işlem ibaresi yerine “işlemin çok acil biçimde ve ağır zarar doğuracağı öngörülen hallerde” ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olacağını ifade etmiştir. ULUSOY, s. 199. Kanımızca tavsiye edilen ibare, İYUK’un 27’nci maddesinde yer alan “uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması” şartından ayrıksı bir nitelik taşımamaktadır.

<sup>43</sup> ERKUT, s. 160.

tanımlanan yürütülmesi kendi içinde saklı olan işlem kavramı, icrailik özelliğini barındıran idari işlemleri, “hukuksal durumlarda değişiklik yaratma”<sup>44</sup> anlamında ikiye ayırmaktadır. Bir başka görüşe göre yürütülmesi kendi içinde saklı işlem, işlemin hukuki etkisinin maddi âleme aktarılması için idarenin başkaca faaliyetlere girişmesi gerekmeyen, bir başka deyişle işlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda gerçekleştiği işlem anlamına gelmektedir<sup>45</sup>. Buna göre icrai bir işlemin hukuki etkisi ile maddi dünyada gerçekleştirdiği etki aynı anda ortaya çıkmaktadır<sup>46</sup>. Tam yargı davasının açılabilmesi için gereken, zararın ortaya çıkması şartıyla ilgili açıklama yaparken Sarıca, “(...) Umumiyetle bir karar ancak icra olunmakla idare edilenler hakkında fiilî birtakım neticeler husule getirebilir (...) Lâkin umumiyetle böyle olmakla beraber; her zaman muhakkak böyle olacağı iddia olunamaz. (...) bazı haller vardır ki bir kararın “ittihazi” ile “icrası” arasında umumiyetle gözetilen fark ortadan kalkar. Yani bir kararın “ittihazi” ve “icrası” olmak üzere iki safhası mevcut olmaz(...)”<sup>47</sup> ifadelerine yer vermiş ve yürütülmesi kendi içinde saklı işlemleri bu şekilde tanımlamıştır.

Ruhsat, izin, yetkili kılma gibi işlemler bu kategori için verilen en tipik örneklerdir<sup>48</sup>. Bina yıkımı, sınır dışı etme ve işyeri kapatma işlemleri de yine yürütülmesi kendi içinde saklı işlemler kategorisinde değerlendirilen diğer işlem türlerindenidir<sup>49</sup>. Verilen örneklerinden de anlaşılacağı üzere, yürütülmesi kendi içinde saklı işlem kategorisi kendi içerisinde de ikiye ayrılmaktadır. İşlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda

<sup>44</sup> ERKUT, s. 160.

<sup>45</sup> GÜNDAY, s. 126; YILDIRIM, Ramazan; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. Maddesinin Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, İdari Yargı Uygulaması – Karşılaşılan Sorunlar, Konya 2012, s. 29-30.

<sup>46</sup> Aslında YILDIRIM’ın “hukuki etki” ve “maddi etki” ayrımının karşılığı, ERKUT’ta “hukuksal statü” ve “hukuk düzeni”ne denk gelmektedir. Çünkü ERKUT’a göre, “Yürütülmesi içinde saklı işlemler, çeşitli yeni hak ve yükümlülükler getiren ve böylelikle de hukuk düzeninde değişiklikler yaratan işlemler olup; hukuksal statüler hakkında çeşitli hukuki sonuçlar doğurmakla birlikte, hukuk düzenine herhangi bir katkıda bulunmayan diğer idari icrai işlemlere oranla daha üstün bir hukuki güç ile donatılmışlardır ve üçüncü kişiler üzerindeki etkilerini daha somut bir biçimde göstermektedirler.” ERKUT, s. 161.

<sup>47</sup> SARICA, Ragıp; İdari Kaza, C. I., s. 345.

<sup>48</sup> GÜNDAY, s. 126; ERKUT, s. 161; ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, 2004, s. 407.

<sup>49</sup> AYANOĞLU, Taner; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul 2004, s. 86.



gerçekleştiği buna mukabil kişiler üzerinde zorlayıcı etkisi olmadığı iddia edilen<sup>50</sup> ruhsat, izin, yetkili kılma gibi işlemler ve işlemin hukuki etkisi ile maddi etkisinin aynı anda ortaya çıkmamakla beraber işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zarara sebebiyet verecek veya uygulanmakla etkisinin tükeneyeceği, bu özelliği dolayısıyla da kişiler üzerinde zorlayıcı etkisi olan yıkım veya sınır dışı etme gibi işlemler<sup>51</sup>. Aslında bu ayırımın yürütülmesi kendi içinde saklı idari işlemlerin alt ayırımları olmaktan ziyade kavramın ne anlatmak istediğinin muğlak olması nedeniyle, öğretilerdeki farklı görüşlerin sonucu olduğu da savunulmaktadır<sup>52</sup>.

Uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerin, yürütülmesi kendi içinde saklı işlem türünün bu ikinci alt ayırımına denk geldiğini düşünüyoruz. Çünkü yıkım kararı ya da sınır dışı etme kararı<sup>53</sup> alınmasıyla beraber ilgilinin taşınmazının yıkımı eylemi veya yine ilgilinin ülke sınırları dışına çıkarılması eylemi hemen uygulanabilir niteliktedir. Aynı zamanda bu tür işlemler ilgili üzerinde uygulanması halinde geri

<sup>50</sup> ERKUT, s. 161.

<sup>51</sup> İYUK'un 27'nci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre, vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Maddede bahsedilen işlemler de nitelikleri itibarıyla uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerle benzerlik gösterse de bu işlemlere ilişkin açılan davanın kendisi işlemin uygulamasını durdurmaktadır. Başka bir deyişle, bu tür işlemlere karşı yürütmenin durdurulmasını talep etmek gerekmemektedir. Bu yönüyle çalışma konusunun öznesini oluşturan işlemlerden ayrılmaktadırlar.

<sup>52</sup> YILMAZ, Dilşat; İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Ankara 2014, s. 93.

<sup>53</sup> Sınır dışı etme işlemi 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden biri olarak belirtilmiş olmasına karşın, hâlihazırda 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararı veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesinidir. Yabancı'nın rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez." Dolayısıyla artık yabancı için verilen sınır dışı etme kararına karşı açılan bir dava, işlemin yürütmesini kendiliğinden dava sonuna ertelemektedir. Ancak 6352 sayılı Kanun, 6458 sayılı Kanun'dan önce yürürlüğe girdiği için, sınır dışı etme işleminin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden kabul edilmesi ve savunma alınıncaya kadar yürütmesinin durdurulabileceğinin kabulü garipsenmemelidir.

dönülemez nitelikte zorlayıcı birtakım sonuçları içinde barındırmaktadır<sup>54</sup>. Bu nitelikleri sebebiyle idari işlem teorisi kapsamında, yasa koyucunun uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler ayırımı ile yaratmak istediği alanı ifade edebilecek, idari işlem türleri ve ayrımları içerisinde en yakın kategori olarak uygulaması kendi içinde saklı işlemlerin bu alt türü gözükmektedir<sup>55</sup>. 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinde de uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemler türüne zorlayıcı etkiye sahip olan yıkım ve sınır dışı etme işlemlerine örnek olarak yer verilmiştir<sup>56</sup>.

Yürütülmesi kendi içinde saklı işlemlere karşı açılan bir iptal davasında işlemin yürütmesinin durdurulmasını sağlamak, bu tür işlemlerin ilgililer üzerindeki zorlayıcı yönü nedeniyle, diğer icrai işlemlere kıyasen çok daha mühim olduğu ifade edilmektedir<sup>57</sup>. Ayrıca yürütülmesi kendi içinde saklı işlem kategorisinin Fransız öğretisinde tamamen terminolojik sorunlardan yola çıkarak ortaya konan bir kategori olduğu ve ilgili kategorinin kapsamının belirsiz olması ve çeşitli tehlikeleri bünyesinde barındırmasından dolayı hukuk düzeninden çıkarılmasının gerektiği savunulmaktadır<sup>58</sup>. Çünkü *“Günümüzdeki hali ile iptal davasına konu oluşturma bakımından icrai işlemlerden hiçbir farkı bulunmayan söz konusu kategori, sadece yürütmenin durdurulması kurumunun işlerliği bakımından önemli ve yeni engeller getirebilecek bir konumdadır ve bu niteliği de böyle bir kategoriyi kabule el vermemektedir.”*<sup>59</sup> Nitekim 6526 sayılı Kanun ile bir takım idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler ve dolayısıyla yürütülmesi kendi

<sup>54</sup> Danıştay da uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerin, *“(…) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken”* niteliğine vurgu yapmaktadır. D. 15. D. E. 2015/665 T. 20.3.2015 (Kazancı); D. 15. D. E. 2016/1583 T. 18.3.2016 (Kazancı)

<sup>55</sup> EVSEN, Fuat; *Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 72.

<sup>56</sup> Buna göre, *“Yıkım ve sınır dışı etme gibi uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikteki idari işlemler bakımından ise savunma alındıktan sonra yeniden bir karar verilinceye kadar geçici olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilebilecektir.”* <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss278.pdf>, s. 15, Erişim Tarihi; 18.11.2020.

<sup>57</sup> ERKUT, s. 161; KAĞITCIOĞLU, Mutlu; *“İdari İşlemin İcrailiği”*, TBB Dergisi, 2012 (103), s. 271.

<sup>58</sup> ERKUT, s. 162.

<sup>59</sup> ERKUT, s. 162.

inde saklı işlemler kategorisinden çıkarılmıştır. Tamamen kanun koyucunun inisiyatifiyle bazı idari işlemler artık uygulanırsa dahi etkisi tükenmeyecek idari işlemlerdendir.

Sonuç itibariyle uygulanmakla etkisi tükenen idari işlem türü, Erkut'un yukarıda yürütülmesi kendi içinde saklı işlemler kategorisi için yaptığı eleştiriye paralel biçimde, idari işlem teorisi anlamında içeriği net olarak belirlenemeyen muğlak bir kavramdır. 6352 sayılı Kanun'un gerekçesinden anlaşıldığı üzere hangi idari işlemin uygulanmakla etkisi tükenen işlem kategorisi içerisinde yer aldığı hususunda mahkemelerin takdir yetkisi olduğu anlaşılmaktadır<sup>60</sup>. Bu belirsizlik sebebiyle yasa koyucu, yürütmesinin durdurulmasını en azından bir süre geciktirmek istediği işlemleri pekâlâ bu kategori içerisine sokabilir. Nitekim aşağıda ifade edildiği üzere yasa koyucu gerekçesiz bir biçimde bazı idari işlemleri bu kategorinin dışına çıkarmıştır. Ayrıca 6352 sayılı Kanun'la uygulanmakla etkisi tükenen idari işlemler için savunma şartı aranmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verildiği (2.7.2012) ancak 6526 sayılı Kanun'la bazı idari işlemlerin henüz kategori dışına çıkarılmadığı (21.2.2014) dönemde, mahkemelerin, uygulanmakla etkisi tükenen işlem türü konusunda gerekçede belirtilen sınırlı sayıdaki işlem (yıkım ve sınır dışı etme) dışındaki işlemler için de bu kategoriye girdiği iddiasıyla idarenin savunmasını almadan yürütmenin durdurulması yoluna başvurabileceği<sup>61</sup> ve

<sup>60</sup> GÖK, s. 118.

<sup>61</sup> Nitekim 13.12.2013 tarihinde Trabzon İdare Mahkemesi, hakkında idari soruşturma açılan ve idari ceza verilen okul müdürünün, il için görev yeri değişikliği işlemine karşı açılan davada 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinde geçen *"Uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir"* ibaresine atıf yapmış ve, *"(...) soruşturmaya konu söz konusu fiilin disiplin cezası yönüyle değerlendirilebilecek nitelikte olduğu, farklı bir okula atanmayı gerektiren bir fiil kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla tesis olunan dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Öte yandan; söz konusu atama işleminin uygulanması halinde davacının görev yerinin değişmesinden kaynaklanan telafisi güç zararların meydana geleceği de açıktır. Açıklanan nedenlerle (...) yürütülmesinin durdurulmasına (...)"* karar vermiştir. Trabzon İdare Mahkemesi, E. 2013/1056, T. 13.12.2013, <http://www.birlikegitimsen.org.tr/wpcontent/uploads/2014/01/Y%C3%BCr%C3%BCtmenin-Durdurulmas%C4%B1-karar%C4%B1.pdf>, Erişim Tarihi: 05.12.2020. Benzer yönde kararlar için bkz. EROĞLU DURKAL, Müzeyyen; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında

bu sebeple yasa koyucunun yeni bir takım sınırlayıcı nitelikte değişiklikler yapmak zorunda kalabileceği ifade edilmiş<sup>62</sup> ve 6526 sayılı Kanun'la ifade edilen türden sınırlama yönünde değişiklik yapılmıştır.

Bu kısma son vermeden önce, hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilir verilemeyeceği dahi tartışmalı olan<sup>63</sup> olumsuz işlemler ya da başka bir görüşe göre<sup>64</sup> ret işlemlerine değinmek gerekmektedir. Olumsuz işlem, idarece mevcut hukuk düzeninde bir değişiklik yapılmasına izin verilmemesini veya böyle bir değişikliğin ifa olunmamasını içeren idari tasarruflardır<sup>65</sup>. Ruhsat talebinin reddi, pasaport talebinin reddi gibi işlemler olumsuz işlemlere örnek olarak verilebilir. Olumsuz işlem ya idarenin açık ret iradesiyle ya da süresinde cevap vermemek suretiyle zımni ret olarak ortaya çıkabilir. Konumuz açısından olumsuz işlemler özellik göstermez ve her somut uyuşmazlıkta işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği değişkenlik gösterir. Örneğin yurtdışında katılacağı bilimsel bir toplantı için yapılacak pasaport başvurusunun reddi işlemi uygulanmakla etkisi tükenecek niteliktedir ve yürütmenin durdurulması kararı savunma alınmaksızın verilebilir.

---

Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65 (2) 2016, s. 305.

<sup>62</sup> TEKİNSOY, s. 184.

<sup>63</sup> Kural olarak, olumsuz (bir isteği reddeden) kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, ancak olumsuz karar, ilgilinin eskiden var olan fiili veya hukuki durumunda değişiklik yapıyorsa ve «icrai» bir nitelik taşıyorsa, bu tür olumsuz kararlara karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği, aksi halde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, yargının, yönetimin yerine geçmesi, onun adına karar alması sonucunu doğuracağı yönünde bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetmelik Yargı, 35. Bası, Eylül 2016, s. 459. Buna karşın, sadece işlemin doğuracağı hukuki sonuç olan "konu unsuru" yönünden İdarenin çeşitli seçenekler arasından birini tercih hususunda takdir yetkisi bulunur ise, bu seçime ilişkin işlem aleyhine iptal davası açılmış bile olsa yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği, bunun dışındaki olumsuz işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği yönünde görüş için bkz. ÖZAY, İl Han; Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Korunma, Ekim 2010, s. 267-270. Tekinsoy'a göre ise, özellikle İYUK 11 başvuruları olmak üzere birçok durumda olumsuz işlemlere karşı yürütmenin durdurulması kararı verilebilir. Her somut uyuşmazlık özelinde değerlendirme yapılmalı ve yargı yerinin iptal kararı verebileceği her uyuşmazlıkta yürütmenin durdurulması kararı da verebilmelidir. TEKİNSOY, s. 177.

<sup>64</sup> TEKİNSOY, s. 177.

<sup>65</sup> ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. III., 1966, s. 1795.

#### 4. 6526 sayılı Kanun- Uygulanmakla Etkisi Tükenemeyecek İşlemler: Atama, Naklen Atama, Görev ve Unvan Değişikliği, Geçici veya Sürekli Görevlendirme

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 17'nci maddesiyle, İYUK'un 27'nci madde 2'nci fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere şu cümle eklenmiştir: *"Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz."*<sup>66</sup> Yapılan düzenlemeye yönelik olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla artık yukarıda sayma yöntemiyle belirlenen idari işlemlere karşı açılacak iptal davasında yürütmenin durdurulması talep edilecek olursa, işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız bir zararın ortaya çıkacak olması ve işlemin açıkça hukuka aykırı olması, idareden savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verebilmek için yeterli değildir. Bu işlemler için yürütmenin durdurulması kararı ancak idarenin savunması alındıktan sonra verilebilir. Ancak bu usul, sadece yürütmenin durdurulması yönünde verilecek karar için geçerlidir. Aksi durumda, yani yürütmenin durdurulması talebinin reddedilebilmesi için idarenin savunmasına ihtiyaç yoktur<sup>67</sup>.

İncelemenin bu kısmında öncelikle genel olarak yapılan kanun değişikliği ele alınacak olup daha sonra somut olarak sayma yoluyla belirtilen idari işlemlerin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmediği üzerinde durulacaktır. Başka bir deyişle, 6526 sayılı Kanun'la kategori dışına

<sup>66</sup> İlgili değişikliğin medyada *"paralel yapı"* olarak adlandırılan ve sonradan FETÖ terör örgütü mensubu emniyet görevlilerini tasfiye etme amacıyla getirildiği gerek Kanun'un meclis görüşmelerinde gerekse doktrinde ifade edilmiş olmakla beraber, bu durum incelememizin esasına ilişkin olmaması hasebiyle çalışmaya dâhil edilmemiştir. Yine de tartışmaya ilişkin bilgi için bkz. YILDIRIM, Turan vd., İdare Hukuku, 2015, s. 817; <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, s. 42, Erişim Tarihi: 05.12.2020.

<sup>67</sup> Çünkü İYUK'un 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, *"Dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir."*

çıkarılan idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen işlemler değil midir?<sup>68</sup>

Kanun yapma tekniği açısından her ne kadar içeriği ve niteliği muğlak olduğu için eleştirilse de, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kategorisi içerisinde yer almayacak idari işlemler sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenmiştir. Bu tespit üzerine akıllara gelen belki de ilk soru: belirtilen idari işlemler dışında yer alan tüm idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek türden midir? Çünkü somut değişiklikte kanun koyucu hükmün kapsamını sayarak belirlemiştir. Bu saymanın anlamı ya sayılmayan şeylerin dışlanması anlamına gelir ki bu durumda kanun sayılmayanlara uygulanmaz ya da sayılmayanların dışlandığı anlamına gelmez ve bu durumda değişiklik sayılmayanlara da uygulanır<sup>69</sup>. Birinci duruma “sınırlandırarak sayma” ya da “*numerus clausus sayma*” adı verilir ve bu usul aynı zamanda “*expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerlerini hariç bırakmaktır)” ilkesinin uygulama örneğidir<sup>70</sup>. Ancak kanun koyucunun kanun maddesinde bir şeyin zikredildiği her durumda *expressio unius* ilkesinin uygulanabileceği söylenemez; çünkü kanun koyucu, “gibi”, “ve benzeri” ve “ve diğer hallerde”, “benzer durumlarda” ifadelerini kullanarak “örneklendirici sayma” yapabilir. Böyle bir durumda ise haliyle *expressio unius* ilkesi geçerli değildir<sup>71</sup>. 6526 sayılı Kanun’la yapılan değişikliğin metni incelendiğinde yukarıda yer alan ibareler mevcut değildir<sup>72</sup>. Dolayısıyla bahsi geçen işlemler dışındaki idari işlemlerin en azından teorik olarak uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler olduğunun kabulü bir zorunluluktur. Elbette ileride kanun koyucunun başka bir takım idari işlem ya da işlemleri uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlemler kategorisine dâhil etmeyeceğinin garantisi yoktur. Sırf bu endişe dahi,

<sup>68</sup> Yılmaz’ın ifadesiyle, “(...) söz konusu işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararının daha geç verilmiş olması, geri dönülemez nitelikte sonuç doğurmayacak” mıdır? YILMAZ, s. 38.

<sup>69</sup> GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa 2011, s. 281. (GÖZLER, Anayasa)

<sup>70</sup> GÖZLER, Anayasa, s. 281.

<sup>71</sup> GÖZLER, Anayasa, s. 282.

<sup>72</sup> “Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz.”

yapılan değişikliğinin hak arama özgürlüğüne ve hukuki güvenlik ilkesine ne denli aykırı olduğunun göstergesidir.

Danıştay'ın ifadesiyle, "(...) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken (...)”<sup>73</sup> işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek idari işlemlerdir. Başka bir deyişle, uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler, derhal yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde, işlemin bütün sonuçlarının ortaya çıkmış olacağı, davacının daha sonra verilecek bir yürütmenin durdurulması kararı ile hatta iptal kararı ile talep ettiği yargısal korunmaya kavuşamayacağı açık olan işlemlerdir<sup>74</sup>. Dolayısıyla 6526 sayılı Kanun ile kategori dışına çıkarılan idari işlemleri bu çerçevede değerlendirmek gerekmektedir.

Atama işlemiyle bir kişi ilk defa bir kamu görevi yapma yetkisine dâhil edilmesi, naklen atama ile memurun bir yerden başka bir yere nakledilmesi söz konusudur. Bu işlemde tükenmeyecek olan etki nedir? Öncelikle hiçbir işlemin etkisi uygulanır uygulanmaz tamamen sona ermez; her işlemin kişiler üzerindeki maddi, manevi, hukuksal ve psikolojik etkisi devam edebilir<sup>75</sup>. Ayrıca söz konusu etki işlemle yaratılan yeni statü ile mi alakalıdır yoksa işlemin kendisi ile mi sınırlıdır? Başka bir deyişle, işlemle yaratılan hukuki etkiler bu işlem sonucu ortaya çıkan etki mi yoksa yeni oluşacak statü ve durumun sonucu ortaya çıkan etki midir?<sup>76</sup> İşlemin kendisinin etkisinin tükenmesi söz konusu ise, artık bu işleme karşı dava açmak da mümkün olmamak gerekir<sup>77</sup>. Oluşan yeni statünün sonucu ortaya çıkan etki söz konusu ise bu durumda da oluşan yeni hukuki statünün etkisinin tükenmesi pratik olarak mümkün değildir. Örneğin yeni görev yerine atanan bir memurun atanma işleminden kaynaklanan ve menfaati etkilendiği için süresi içerisinde dava açma ve

<sup>73</sup> D. 15. D. E. 2015/665, T. 20.3.2015 (Kazanca). Benzer yönde bkz. D. 15. D. E. 2014/9839, T. 18.12.2014, <http://www.venturagumruk.com/mevzuat/mevzuatlar/29486.pdf>, Erişim Tarihi: 13.02.2021; D. 15. D. E. 2015/5712, T. 07.07.2015, [http://www.mergumder.org.tr/\\_yuklenenDosyalar/\\_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20İptali%20YD%20Karar\\_pdf%2020150720.pdf](http://www.mergumder.org.tr/_yuklenenDosyalar/_dernekDuyurulari/Yonetmelik%20İptali%20YD%20Karar_pdf%2020150720.pdf), Erişim Tarihi: 13.02.2021.

<sup>74</sup> GÖK, s. 118.

<sup>75</sup> ULUSOY, s. 198.

<sup>76</sup> CANDAN, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017, s. 689.

<sup>77</sup> TEKİNSOY, s. 182.

yürütmenin durdurulmasını talep edebileceği birçok etki mevcuttur. Ancak söz konusu etkiden kasıt, geri dönülemez sonuçlara yol açacak türden ve dolayısıyla uygulanmakla telafisi güç veya imkânsız nitelikte zarar doğurucu etki ise atama işlemi bu tür bir işlem kabul edilmeyebilir. Ulusoy'a göre de, bir memurun görevine son verilmesi işlemi telafisi güç veya imkânsız zarar doğurabilecekken, memurun aynı il sınırları içinde bir görevden başka bir göreve atanması halinde ise aynı şeyi söylemek kolay değildir<sup>78</sup>. Sonuç itibariyle atama işlemi uygulanmakla etkisi tükenecek işlem türü içinde kabul etmek teorik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla idarenin savunmasının beklenmesi en azından ilk bakışta hak arama özgürlüğünü zedeleyici bir nitelik arz etmemektedir. Ancak bu sonuç kanun koyucunun haklılığını ortaya koymaz. Çünkü atama veya naklen atama işlemi gibi örneğin idari para cezası kesme ya da öğrencilik kaydının yapılması gibi işlemler de pek tabii uygulanmakla etkisinin tükenmeyeceği türden işlemler olarak kabul edilebilir. Kanun koyucu uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlemleri sayma yoluyla sınırlı olarak belirttiğine göre, bahsi geçen işlemler hakkında talep edilecek olan yürütmenin durdurulması talebi her durumda kabul mü edilecektir? Bu soruya olumlu yanıt verilemeyeceği aşikârdır. Aynı görüşleri görev ve unvan değişikliği işlemleri içinde savunmak mümkündür. Nitekim aynı kurum içerisinde veya kurumlar arasında, sınavla veya sınavsız olarak görev yapan kamu görevlilerinin yaptıkları görevin veya buldukları kadroyu etkileyen görev veya unvanın değiştirilmesi işlemleri, mevzuat gereğince idarenin takdir yetkisi kapsamında olmakla birlikte bu yetkinin kullanımı, kamu yararı ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmıştır.<sup>79</sup> Fakat teorik olarak görev veya unvanın değiştirilmesi işlemleri, geri dönülemez sonuçlara yol açacak ve dolayısıyla uygulanmakla telafisi güç veya imkânsız nitelikte zarar doğurucu bir etkiye sahip değildir. Ancak aynı şeyi görevlendirme işlemi ve özellikle geçici görevlendirme için söylemek mümkün değildir.

Özel bir takım şartlar altında uygulanabilecek bir işlem olan görevlendirme ve özellikle geçici süreli görevlendirme, memurların kendi

<sup>78</sup> ULUSOY, s. 202.

<sup>79</sup> D. 5. D. E. 2016/464, T. 15.2.2016 (Kazancı); D. 2. D. E. 2016/7911, K. 2020/248, T. 9.1.2020 (Kazancı); D. 2. D. 2016/13970, K. 2020/249, T. 09.01.2020 (Kazancı).



kurumları bünyesinde veya başka kurumlarda, kural olarak sahip oldukları kadroları ile bağlantıları devam etmek suretiyle geçici süreli olarak görevlendirilmeleri mümkün olabilmektedir<sup>80</sup>.

Kamu görevlisinin geçici görevlendirilmesi, 2017/1250 esas numarasına kayıtlı BİM ve 1987/2378 esas numarasına kayıtlı Danıştay kararlarından da anlaşılacağı üzere, sürekli olarak görev yeri değiştirme ve dolayısıyla sindirme/bezdirme yöntemi (bir çeşit mobbing aracı) olarak kullanılmıştır ve kullanılmaya da devam edilebilecek potansiyeli bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, geçici olarak 10 gün – 20 gün başka bir birime ya da kuruma görevlendirilen kamu görevlisinin işlem karşı açtığı iptal davasında talep ettiği yürütmenin durdurulabilmesi için, dosyanın

<sup>80</sup> ÇINARLI, Serkan – ÇELİKTAŞ, Özge; Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararları Işığında Devlet Memurlarının Geçici Görevlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, Temmuz 2018, s. 31. Örneğin, 3201 Sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 96'ncı maddesine göre, "Emniyet Umum Müdürlüğü, merkez ve vilayetler teşkilatında maaş veya ücretle istihdam etmekte olduğu herhangi bir memur veya müstahdemi, ifası Emniyet Umum Müdürlüğüne ait bir iş için orada emniyet teşkilatı ve münhal vazife bulunup bulunmaması ile mukayyet olmaksızın, kadroda gösterilen tahsisat ile dilediği yerde kullanılabilir." Aynı şekilde 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/b-4'üncü maddesine rektör, "Gerekli gördüğü hallerde üniversiteyi oluşturan kuruluş ve birimlerde görevli öğretim elemanlarının ve diğer personelin görev yerlerini değiştirmek veya bunlara yeni görevler vermek" yetkisine sahiptir. Ancak Danıştay'a göre, kamu hizmetinin yürütülmesinde, memurun bir başka yerde geçici görevle görevlendirilmesi, olağan bir yöntem olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından zorunluluk bulunması halinde istisnai olarak başvurulabilecek bir müessesedir. D. 2. D. E. 2018/192, K. 2018/3090, T. 8.5.2018 (Kazancı); D. 11. D. E. 2010/2424, K. 2013/9429, T. 5.11.2013 (Kazancı). İzmir Bölge İdare Mahkemesi, "(...)memurların görevlendirilmeleri konusunda idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu, takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerektiğinin İdare Hukukunun bilinen ilkelerinden olduğu, kurum içi geçici görevlendirmelerin belirli bir hizmetin yürütülmesini sağlamak üzere zorunlu nedenlerin ortaya çıkması durumunda belirli sürelerle sınırlı olmak üzere hizmet gereği olarak başvuru bir yöntem olup; tüm idari işlemler gibi geçici görevlendirme işlemlerinin de kamu yararı ve hizmet gerekleri esas alınarak tesis edilmesinin gerektiği, bakılan davada, geçici görevlendirmeye duyulan ihtiyacın nedenlerinin somut ve objektif bir biçimde gösterilmediğinden(...)" ilk derece mahkemesinin iptal ettiği işleme karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir. İzmir BAM 1. İdari Dava Dairesi Başkanlığı, E. 2017/1250, K. 2017/1238, T. 21.11.2017, Aktaran: ÇINARLI – ÇELİKTAŞ, s. 38. Yine Danıştay'a göre 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 13/ b-4'üncü maddesi, "(...) belirtilen amaçlarla ve hizmetin gerektirdiği süre ile sınırlı(dır), bu nedenle de sürekli olarak görev yerini değiştirme veya yeni görevler verme şeklinde kullanıla(maz)". D. 5. D. E. 1987/2378, K. 1989/2045, T. 27.11.1989 (Kazancı)

görüşülmesi, idarenin savunması için karar yazılması, idarenin savunma süresi içerisinde savunmasını mahkemeye sunması ve mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi ihtimalinde süreler toplandığında, kamu görevlisi uzun zaman önce eski görev yerine dönmüş, belki de yeni bir idari işlemle başka bir birime ya da kuruma geçici olarak görevlendirilmiş olacaktır. Bu haliyle geçici süreli görevlendirme işleminin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olduğu, izahtan varestedir<sup>81</sup>. Dolayısıyla yapılan değişiklik ile geçici görevlendirme işlemine muhatap olan bir kamu görevlisi için mahkemeye erişim hakkı ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmış, hatta bu hak etkisiz hale getirilmiştir<sup>82</sup>. Hak arama hürriyetinin temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güveneli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir<sup>83</sup>. Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre ise, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca kanunla yapılacak sınırlama hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne

<sup>81</sup> Çünkü Danıştay'ın ifadesiyle, "(...) uygulandıkları takdirde geri döndürülemez sonuçlara yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan, bu özellikleri itibarıyla da haklarında acil olarak karar verilmesi gereken (...)" idari işlemler uygulanmakla etkisi tükenecek niteliktedir. D. 15. D. E. 2016/1583, T. 18.3.2016 (Kazancı)

<sup>82</sup> Örneğin, (...) İl Müdürlüğünde sözleşmeli memur olarak görev yapan davacının, geçici görevlendirme süresinin 2 ay süreyle uzatılmasına ilişkin 30.3.2012 gün ve (...) sayılı işlemin iptali istemiyle açılan davada derece mahkemesi 30.11.2012 tarihinde işlemin iptaline karar vermiş ve Danıştay 12.11.2015 tarihinde kararı bozup dosyayı ilk derece mahkemesine göndermiş ancak hâlihazırda davacının görevlendirilmesi 9.5.2012 tarihli işlemle sona erdirilerek görevine iade edilmiştir. İlgili karar için bkz. D. 5. D. E. 2013/3162, T. 12.11.2015 (Kazancı)

<sup>83</sup> AYM, E. 2018/62, K. 2018/117, T. 27.12.2018, RG. T. 08.03.2019, S. 30708.

dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşınamaması gerekir<sup>84</sup>. 6526 sayılı Kanun'la görevlendirme işleminin uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem kategorisine alınmasıyla birlikte artık görevlendirme işlemine muhatap olan ilgilinin dava açarak talep edeceği yürütmenin durdurulması kurumunun pratikte bir sonucu olmayacaktır. İdarenin savunmasının zorunlu hale gelmesiyle birlikte yürütmenin durdurulması hakkında karar verilmeye dek ilgilinin görevlendirme süresi sona erecek ve verilen kararın bir önemi kalmayacaktır. Bu yönüyle yapılan düzenleme Anayasa'nın 36'nci maddesinde yer alan hak arama hürriyetinin özüne dokunmakta ve ilgili hakkı işlevsiz hale getirmektedir.

## 5. Sonuç

6352 sayılı Kanun ile yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için ek şartlar getirmiş ve bu haliyle yürütmenin durdurulması kararı vermek zorlaştırılmıştır. Mahkemelerin gecikmesinde sakınca bulunan idari işlemler için geliştirdikleri savunma alınıncaya kadar yürütmenin durdurulması içtihadı, bir yandan yasal altyapıya kavuşmuş diğer yandan dar bir alana hapsedilmek istenmiştir. Ortaya konulan "uygulanmakla etkisi tükenecek işlem" kavramı gerek idari işlem teorisi açısından gerek yargısal içtihat bakımından hatalıdır. Nitekim çalışmada da ifade ettiğimiz üzere, uygulanmakla etkisi tükenecek işlem kavramı idari işlem teorisi açısından ayrı bir kategori yaratmayan etkili ve icrai işlemi karşılamaktadır. Yürütmenin durdurulması kurumu açısından ise, uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğmasına yol açabilecek işlemde başka bir şey değildir<sup>85</sup>. Yapılan değişiklik sonrası kavram

<sup>84</sup> AYM, E. 2019/50, K. 2019/96, T. 25.12.2019, RG. T. 24.03.2020, S. 31078.

<sup>85</sup> Nitekim mahkemeler, idarenin savunması alınıncaya kadar verdikleri yürütmenin durdurma kararlarında kavram seti olarak hala sadece "uygulanması halinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğması" ibaresine yer vermektedirler. "(...) Komutanlığı bünyesinde (...) olarak görev yapan ve (...) Lojmanlarında ikamet eden davacının oturduğu lojmanı Türk Silahlı Kuvvetleri Konut Yönergesi'nin 4. Bölümünü 1. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tahliye etmesine ilişkin (...) 06.11.2019 tarih ve (...) sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması"(nın) istenildiği uyuşmazlıkta mahkeme, "Dava konusu işlemin lojman tahliyesine ilişkin olması nedeniyle uygulanması halinde telifisi güç zararlar doğabileceğinden, davalı idarenin savunması alınıncaya ve ara karar cevabı gelinceye ya da savunma ve ara karar süresi geçtikten sonra yeniden bir karar verilmeye kadar yürütmenin

eleştiriyeye açık dahi olsa, hangi idari işlemin uygulanmakla etkisi tükenecek işlem olduğunun tespiti, gerekçede belirtilen yıkım ve sınır dışı etme işlemler de göz önünde bulundurularak, yargı organlarının takdir yetkisi içerisinde olması gerekirken, 2014 yılında 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik kavramı daha karmaşık bir hale getirmiştir.

6526 sayılı Kanun'la bazı idari işlemler kategorik olarak uygulanmakla etkisi tükenmeyecek işlem kabul edilmiştir. İlgili idari idari işlemlerin sayma yoluyla sınırlı olarak belirlenmesi akıllara sayılmayan tüm idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenen işlem midir sorusunu getirmektedir. Sorunun yanıtı pekâlâ olumsuz olacaktır ancak burada amaç kanun yapma tekniğinin zaafına işaret etmektir. Sayma yoluyla belirlenen idari işlemlerden özellikle geçici görevlendirme işlemi, tam olarak uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte bir işlem iken, Kanun'la kategori dışına çıkarılmış, böylece mahkemeye erişim hakkının ve dolayısıyla hak arama hürriyetinin özünü ortadan kaldırılmıştır. Çünkü geçici süreli görevlendirilen bir kamu görevlisinin iptal davası açması ve dava sonuna kadar işlemin etkisinden kurtulmak üzere yürütmenin durdurulmasını talep etmesi pratik olarak etkisizleştirilmiştir.

Bu kapsamda, çözüm önerisi olarak kanun metninden öncelikle uygulanmakla etkisi tükenmeyeceği kabul edilen işlemler çıkarılmalı ve

---

*durdurulmasına (...)*" karar vermiştir. Ankara 9. İdare Mahkemesi, E. 2019/2140, T. 14.11.2019 (Yayınlanmamıştır). Aynı yönde, "(...) Komutanlığı bünyesinde (...) Komutanlığı emrinde görev yapmakta olan davacı tarafından, hakkında (...) kamu davası açılması akabinde görevinden uzaklaştırıldığı, bunun üzerine (...) kendisine tahsis edilen kamu konutundan çıkarılmasına ilişkin 24.10.2019 tarih ve (...) sayılı işlemin iptali ile yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istenilmektedir. (...) Dava konusu işlemin lojman tahliyesine ilişkin olması ve uygulanması halinde tafisi güç zarar doğurabilecek nitelikte bulunması nedeniyle, davalı idarenin savunması (...) alınıp (...) yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi." Balıkesir 2. İdare Mahkemesi, E. 2019/997, T. 08.11.2019 (Yayınlanmamıştır). "(...) Komutanlığı emrinde görev yapmaktayken, Türk Silahlı Kuvvetleri Konut Yönergesi uyarınca hakkında (...) kamu davası açıldığından bahisle (...) davacıya tahsis edilen kamu konutunun 15 gün içerisinde tahliye edilmesine ilişkin işlemin iptali ile öncelikle yürütmenin durdurulması istenilmektedir. Davaya konu kamu konutunun tahliyesi işleminin, uygulanmakla etkisi tükenen nitelikte olması ve uygulanması halinde giderilmesi güç zararlar doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle; davalı idarenin birinci savunması alındıktan sonra yeni bir karar verilinceye kadar dava konusu işlemin teminat aranmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına karar verildi." Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, E. 2019/868, T. 22.08.2019 (Yayınlanmamıştır)

hangi uyumsuzlukta işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği yargı yerinin takdirine bırakılmalıdır. Ayrıca uygulanmakla etkisi tükenen işlem kavramı da muğlak olması ve yeni bir kategori yaratmaması sebebiyle kanun metninden çıkarılmalıdır. Çünkü mevcut düzenlemedeki işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartı, işlemin uygulanmakla etkisinin tükenip tükenmeyeceği hususunda hâkimin başvurabileceği yeterli bir ölçüttür. Ayrıca yapılan değişiklikler anayasanın 125'inci maddesinde yer alan şartlara yenilerini eklemesi bakımından da hukuka aykırıdır.

## KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat – KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, Ankara 2015
- ASLAN, Zehrettin; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, 3. Baskı, Ankara 2017
- AYANOĞLU, Taner; Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması, İstanbul 2004
- CANDAN, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2017
- ÇINARLI, Serkan – ÇELİKTAŞ, Özge; Bölge İdare Mahkemesi (İstinaf) Kararları Işığında Devlet Memurlarının Geçici Görevlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 143, Temmuz 2018
- ERKUT, Celal; İdari İşlemin Kimliği, Ankara 2015
- EROĞLU DURKAL, Müzeyyen; İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. Maddesi Kapsamında Yürütmenin Durdurulması Kararlarında Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, 65 (2) 2016
- EVSEN, Fuat; Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Uygulanmakla Etkisi Tükenecek İdari İşlemler, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019
- GÖK, Hasan; İdari Yargıda 6352 Sayılı Kanun İle Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, Y. 2012
- GÖZLER, Kemal; Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C. I, Bursa 2011
- GÖZLER, Kemal; İdare Hukuku, C. I., Bursa 2009
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref; Yönetmelik Yargısı, 35. Bası, Eylül 2016
- GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, Ankara 2011
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; Yürütmenin Durdurulması, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1976, S. 4
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu; İdari İşlemin İcra İlişkisi, TBB Dergisi, 2012 (103)
- KANDİL, Hamit Ali; İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007

KARAHANOGULLARI, Onur; İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Ankara 2018 (KARAHANOGULLARI, Yasallık)

KARAHANOGULLARI, Onur; İdari Yargı, Ankara 2019

ÖZAY, İl Han; Günışığında Yönetim, İstanbul 2004

ÖZAY, İl Han; Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Korunma, Ekim 2010

SEZGİNER, Murat, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Ankara 2000

TEKİNSOY, Ayhan; İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Ankara 2013

ULUSOY, Ali D.; İdari Yargılama Usulü, 2020

YENİCE, Kazım – ESİN, Yüksel; İdari Yargılama Usulü, 1983

YILDIRIM, Ramazan; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. Maddesinin Tam Yargı Davaları Açısından Değerlendirilmesi, İdari Yargı Uygulaması – Karşılaşılan Sorunlar, Konya 2012

YILDIRIM, Ramazan; İdare Hukuku Dersleri II, Konya 2010

YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KARAN, Nur – ÖZDEMİR, H. Eyüp – ÜSTÜN, Gül – OKAY TEKİNSOY, Özge; İdare Hukuku, İstanbul 2015

YILMAZ, Dilşat; İdari işlemin İcrailik Özelliği, Ankara 2014







## MAHKEMEDEN İZİN ALINMAKSIZIN GERÇEKLEŞEN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Yasemin YÜCESOY YILMAZ\*

### Öz

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 40 hükmünde, “cinsiyet değişikliğinde” başlığı altında Türk Hukuku’nda cinsiyet değişikliğinin esasları düzenlenmiştir. Bu hükme göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemesi gerekmektedir. İzin verilmesi, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunmasına, evli olmamasına, ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesine bağlıdır. Verilen izne bağlı amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiği resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanırsa, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilmektedir. Anılan hükme göre bir kişinin cinsiyet değiştirebilmesi, bu hususta mahkemece izin verilmesine bağlıdır. Yasal düzenleme böyle olmasına rağmen gerçek hayatta mahkemeden izin almaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişiler olacaktır. Eldeki çalışmada, mahkemeden izin alınmaksızın gerçekleşen cinsiyet değişikliği Türk Hukuku açısından değerlendirilecektir.

### Anahtar Kelimeler

Cinsiyet Değiştirme • Transseksüel • Ruh Sağlığı • Resmi Sağlık Kurulu Raporu • Nüfus Sicili

\* Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi, Ankara, Türkiye | The Investigating Judge of Eleventh Legal Chamber of the Court of Appeal, Ankara, Turkey.

✉ yaseyuce30@gmail.com • ORCID 0000-0002-5479-9378

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: YÜCESOY YILMAZ Yasemin, “Mahkemeden İzin Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğinin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 725-758.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## THE EVALUATION OF REALIZED GENDER CHANGE WITHOUT PERMISSION FROM THE COURT IN TERMS OF TURKISH LAW

### Abstract

In Turkish Civil Code (Numbered 4721) article 40, under the heading “in gender change”, the principles of sex change are regulated in Turkish Law. According to this provision, the person who wishes to change his/her gender should apply by requesting the court to allow the gender change. The granting of the permit depends on the fact that the claimant has reached the age of eighteen, is not married, and is also transsexual and certifies in a formal health committee report from a training and research hospital that sex change is essential for mental health. If it is confirmed by the official health committee report that a sex change operation is performed in accordance with the purpose and medical methods given for permission, the court decides to make the necessary correction in the population registry. According to the provision, the ability of a person to change sex depends on the permission of the court. While this is the legal arrangement, there will be people who have undergone a gender reassignment operation in real life without permission from the court. In the study, gender change without permission from the court will be evaluated in terms of Turkish Law.

### Key Words

Gender Change • Transsexual • Mental Health • Formal Health Committee Report • Population Registry

## I. GİRİŞ

Erkek ve kadın arasındaki cinselliğe dayalı biyolojik farklılığı ifade etmek için cinsiyet, bir kadının erkeğe, erkeğin ise kadına dönüşmesine imkân tanıyan tıbbî müdahaleleri<sup>1</sup> ifade etmek için ise cinsiyet değiştirme kavramları kullanılmaktadır<sup>2</sup>. Tarihte ilk cinsiyet değiştirme ameliyatını 1950 yılında Danimarkalı bir doktor olan Christian Hamburger gerçekleştirmiştir. Bu ameliyat ile erkek olan George Jargensen, Christine Jangensen isimli bir kadına dönüşmüştür<sup>3</sup>. Cinsiyet değiştirme, tıbbî,

<sup>1</sup> Bu tür tıbbî müdahaleler aynı zamanda, cinsiyet geçiş ameliyatları olarak da ifade edilmektedir (Bkz. YILMAZ, Zehra; “Bedenin “Normalleştirilmesi” Söylemi Üzerine Bir Analiz: Cinsiyet Geçiş Ameliyatları”, *Alternatif Politika*, 2019, 11 (1), s. 290).

<sup>2</sup> SERT, Selin; “Türk Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, *TBB Dergisi*, 2015 (118), s. 256.

<sup>3</sup> SERT, s. 256.

hukukî ve dini<sup>4</sup> boyutları olan bir kavram olup, anılan bu üç disiplin tarafından bu konuda birbirini tamamlayan söylemler üretilmiştir<sup>5</sup>. Öte yandan toplumsal kimlik, rol ve cinsiyet konuları, medya çalışmalarında da önemli bir yer tutmuştur<sup>6</sup>.

Cinsiyet değiştirme kavramı ile yakın ilişki içinde olması sebebiyle üzerinde durulması gereken bir diğer kavram ise cinsel kimliktir<sup>7</sup>. Cinsel kimlik, birbirini tamamlayan çeşitli unsurlardan oluşmaktadır. Bu unsurlardan birincisi, biyolojik cinsiyettir. Biyolojik cinsiyet, bir kişinin doğarken kadın veya erkek olarak dünyaya gelmesidir<sup>8</sup>. İkincisi, cinsellik. Cinsellik, cinsiyetten farklı bir kavram olup kişinin cinsiyetine bağlı olarak geliştirdiği, sosyal ve hukukî boyutları olan, aktif davranışlarla gerçekleştirilen eylemlerdir<sup>9</sup>. Cinsel kimliği oluşturan üçüncü unsur ise, kişinin cinsel yönelmesi, başka bir deyişle cinsel tercihidir. Kişi cinsel tercihine bağlı olarak olağan ve alışılmış eğilimler gösterebileceği gibi olağan dışı eğilimler de gösterebilmektedir<sup>10</sup>. Kişinin biyolojik cinsiyeti ile cinsel eylemleri ve tercihlerinin uyumlu olması hâlinde ahlakî ve sosyal yönden herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır<sup>11</sup>. Aksi durumda, yani kişinin biyolojik cinsiyeti ile cinsel eylemleri ve tercihlerinin uyumlu olmaması hâlinde birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> Cinsiyet değiştirmenin İslâm Hukuku'nda ne şekilde değerlendirildiği konusunda bkz. ÖZAY, Hilal; "İslâm Hukuku Açısından Cinsiyet Değiştirme", GÜİFD, C. 4, S. 1, Y. 2016, s. 1-36.

<sup>5</sup> YILMAZ, Cinsiyet Geçiş Ameliyatları, s. 290.

<sup>6</sup> YAĞLI, Soner; "Bir Anlatı Mecrası Olarak Yeni Medyanın Söyleminde Trans Bireyler", UÜSBD, C. 8, S. 1, Y. 2015, s. 280.

<sup>7</sup> Biyolojik etmenler ile kültürel özellik ve değerlerin karşılıklı etkileşimi ile cinsel kimlik duygusu oluşmaktadır (Bkz. KORKMAZ ÇETİN, Saniye/ YEKTAŞ, Çiğdem/ BİLDİK, Tezan/ DALKILIÇ, Meryem/ TAMAR, Müge; "Ergenlerde Cinsel Kimlik Ve Yönelim Sorunlarında Değerlendirme ve İzlem: Dört Kız Olgu", Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi, 21 (1) 2014, s. 51).

<sup>8</sup> GÜVEN, Kudret; "Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik Ve İnterseksüellik", BÜHFD, C. I, S. 1, Y. 2015, s. 134.

<sup>9</sup> GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 135.

<sup>10</sup> GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 135.

<sup>11</sup> GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 136.

<sup>12</sup> GÜVEN, Kudret; "Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", GÜHFD, C. 1, S. 1, Y. 1997, s. 48-49; GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 136.

Ahlakî, dini ve sosyal boyutları olması sebebiyle cinsiyet, uzun yıllar değiştirilemez bir özellik olarak kabul edilmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi kişinin biyolojik cinsiyeti ile cinsel eylemleri ve tercihlerinin uyumlu olmaması sebebiyle çeşitli sorunların ortaya çıkması ve tıp alanındaki gelişmeler, cinsiyetin sonradan değiştirilmesine imkân tanımıştır<sup>13</sup>. Hukukumuzda da bu gelişmelere paralel olarak birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden ilki, Türk Kanunu Medenî'si'nin 29. maddesine 12.05.1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun ile eklenen hükümdür<sup>14</sup>. Bu hüküm, *“Doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır. Bu konuda açılacak davalarda cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise, eşe de husumet yöneltir ve aynı mahkeme, varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini de tâyin eder, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur.”*, düzenlemesini içermektedir. İkincisi ise yürürlükte bulunan TMK m. 40 hükmüdür. Anılan hüküm ise *“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır. Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir.”*, düzenlemesini içermektedir. TMK m. 40 hükmünün ilk hâlinde üreme yeteneğinden sürekli

<sup>13</sup> GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 134; *“...Cinsiyet; bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak “kadın” veya “erkek” olarak yapılan tanımlamadır. Kişinin doğuştan sahip olduğu cinsiyeti değişmez olmamakla birlikte cinsiyetin değiştirilmesi ancak kanun koyucu tarafından öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde mümkündür...”* AYM, T. 29.11.2017, 2017/130 E.-2017/165 K. sayılı karar (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/>), (Erişim tarihi ve saati: 13.04.2020, 12:08).

<sup>14</sup> WILL, Michael R./ ÖZTAN, Bilge; *“Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukukî Durumu-”*, AHFD, C. 43, S. 1-4, s. 237; TURAN BAŞARA, Gamze; *“Türk Medenî Kanununun 40'inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”*, TBB Dergisi 2012 (103), s. 247.

biçimde yoksun bulunmak da cinsiyet değişikliğine izin verilmesinin bir şartı olarak öngörülmüştü. Ancak 20.03.2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi (AYM)’nin 29.11.2017 tarihli ve 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararı ile maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresi iptal edilmiştir<sup>15</sup>.

Yukarıya metni alınan ve yürürlükte olan TMK m. 40 hükmüne göre bir kişinin cinsiyet değiştirebilmesi, başka bir deyişle cinsiyet değiştirme operasyonu geçirebilmesi için öncelikle mahkemeden bir izin kararı alması gerekmektedir. Böyle bir karar alınmadan kişinin cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmesi mümkün değildir. Cinsiyet değişikliğinin geri dönüşü olmayan birtakım sonuçlar doğurduğunun<sup>16</sup> bilincinde olan kanun koyucu, bu şekilde cinsiyet değiştirme operasyonlarının denetim altına alınmasını, bu tür operasyonların gelişigüzel ve denetimsiz olarak yapılmasını önlemek istemiştir<sup>17</sup>. Türk Hukuku’nda belirli şartlar gerçekleştirilmeden yalnızca kişinin isteğine bağlı cinsiyet değişikliğine izin verilmemektedir<sup>18</sup>. Ancak anılan düzenlemede öngörülmemekle birlikte bir kişinin mahkemeden izin kararı almadan fiilen cin-

<sup>15</sup> “...Davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin cinsiyet değişikliğine izin verilmesini ve nüfus kaydındaki cinsiyetinin ve isminin değiştirilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiş, mahkemece, dava konusu hakkında kesin hüküm varlığından bahisle davanın reddine karar verilmiştir... Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden, Bodrum 2. Asliye Hukuk Mahkemesince görülen ...sayılı ve 28.4.2016 kesinleşme tarihli dava ile eldeki davanın tarafları, konusu ve sebebinin aynı olduğu anlaşıldığına göre, karar tarihi itibarıyla mahkemenin davayı red gerekçesi yerindedir. Ne var ki, Bodrum 2. Asliye Hukuk Mahkemesince görülen ... sayılı davanın reddine esas teşkil eden TMK’nin 40. maddesinde bulunan “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma şartı” Anayasa Mahkemesi’nin 2017/130-2017/165 sayılı ve 29.11.2017 tarihli kararı ile kaldırılmış olduğundan, oluşan yeni durum incelenmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir...”Yarg. 8. HD., T. 01.04.2019, 2017/8953 E.-2019/3458 K. sayılı karar (UYAP).

<sup>16</sup> Cinsiyet değiştirme operasyonu, ağır sonuçlar doğuran, geri dönüşü imkânsız, bireyin birtakım organlarından kalıcı olarak mahrum kalması ile sonuçlanan, zor bir tıbbi müdahaledir (Bkz. BAFRA, Jale; “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, C. 1, Y. 2004, s. 47).

<sup>17</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016, s. 470.

<sup>18</sup> RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal; Nüfus Davaları-Nüfus Kayıtlarına İlişkin Düzeltilme Davaları-, Ankara 2017, s. 688-689.

siyet değiştirme operasyonu geçirmesi mümkündür<sup>19</sup> ve bu durumun hukukî akibetinin ne olacağının irdelenmesi gerekmektedir. Zira dinamik olan hukuk biliminin böyle bir olaya çözüm üretmemesi, sosyal hayatta birtakım sorunların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Bu gerçeklikten hareketle eldeki çalışmada mahkemeden izin alınmaksızın gerçekleşen cinsiyet değişikliği, Türk Hukuku açısından inceleme konusu yapılmıştır.

## II. TÜRK HUKUKU'NDA CİNSİYET DEęİŐİRTMENİN ESASLARI

### A. İzin Kararı İçin Aranacak Şartlar

Doğumdan sonra cinsiyet değiştirme isteklerinin gün geçtikçe artması sebebiyle toplumsal taleplere duyarsız kalmayan kanun koyucu, bu konuyu TMK'da yeniden düzenlemiştir<sup>20</sup>. Her ne kadar anılan konu, kişisel durum sicili ile ilgili görülerek TMK'nın "IV. Düzeltme" kenar başlıklı 40. maddesinde düzenlenmiş<sup>21</sup> ise de cinsiyet değiştirmenin sadece kişisel durum sicilinin dzelenmesi ile ilgili olmadığı, daha geniş kap-

<sup>19</sup> ARPACI, Abdülkadir; "Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları", MHFED, S. 1, Y. 2007, s. 310.

<sup>20</sup> AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya; Türk Medenî Kanunu Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018, s. 493; OğUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, zer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014, s. 146; SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm/ Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 489; kanun koyucu TMK m. 40'ın gerekçesinde cinsiyet değişikliği konusunda neden yeni bir düzenlemeye gerek duyulduğunu şu ifadelerle açıklamıştır; "Yürürlükteki 29. maddenin ikinci fıkrası gereğince cinsiyet değişikliği dolayısıyla nüfus sicilinde gerekli değişikliğin yapılabilmesi için kişinin önceden cinsiyetini değiştirmesi, bu değişikliğin resmi sağlık kurulu raporuna dayandığının belgelendirilmesi yeterli görülmüştür. Madde bu şekli ile mahkemeye, kişinin cinsiyetinin değiştirilmesi sonucu nüfus sicilinde değişiklik yapma konusunda bir takdir yetkisi vermemekte, mahkemeyi adeta onay makamı haline getirmektedir. Bu durum, gelişgzel cinsiyet değişiklikleri sonucu mahkemelerimizi, adeta emrivaki ile karşı karşıya bırakmaktadır. Bu amaçla yeni düzenlemede cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin bu değişikliğe gitmeden önce bizzat mahkemeye başvurması zorunlu kalmış; mahkemenin böyle bir izni verebilmesi bazı koşullara bağlanmak suretiyle yürürlükteki 29 uncu maddenin ikinci fıkrasında olduğu gibi gelişgzel cinsiyet değişiklerinin önüne geçilmek istenmiştir." (Bkz. DURAL, Mustafa/ GZ, Tufan; Türk zel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014, s. 125).

<sup>21</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493; DURAL/ ÖGÜZ, s. 122.

samlı bir kavram olan kişilikle<sup>22</sup> ilgili olduğu, bu sebeple şartlarının ayrıntılı bir şekilde özel bir kanunda düzenlenmesinin daha doğru olacağı doktrinde savunulmaktadır<sup>23</sup>. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacak olmakla birlikte, kanaatimizce de multidisipliner bir kavram olan cinsiyet değiştirmenin, bütün yönleri ile özel bir kanunda düzenlenmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Türk Medeni Kanunu m. 40'ta, Türk Hukuku'nda cinsiyet değiştirmeye izinde aranacak şartlar düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini istemesi gerekmektedir. İznin verilmesi, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunmasına, evli olmamasına, ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelenmesine bağlıdır. Yargıtay aynı zamanda başvuruda bulunan kişinin aranılan şahıslardan olup olmadığının da mahkemece araştırılmasını istemektedir<sup>24</sup>. Bu şartlar gerçekleştirilmeden mahkemeden cinsiyet değişikliği için izin kararı alınması ve cinsiyet değiştirilmesi söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce başvuran kişinin hükümde aranan diğer koşulları sağlaması hâlinde aranılan şahıslardan olması izin kararı verilmesine engel değildir. Ancak izin kararı verecek mahkemenin bu hususta ilgili birime/birimlere bilgi vermesi yerinde olacaktır. Aksi yorum,

<sup>22</sup> Hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetini ifade etmek için kişilik kavramı kullanılmaktadır. Daha doğrusu dar anlamda kişilik kavramı bu şekilde tanımlanmaktadır (Bkz. ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar, Ankara 1987, s. 9; TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1992, s. 202); Geniş anlamda kişilik kavramı ise kişinin, hak ve fiil ehliyeti gibi hukukî nitelikleri yanında manevi, ahlâkî, fikri ve bedeni niteliklerini de ifade etmektedir (Bkz. DURAL, Mustafa; Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977, s. 7; ÖZTAN, s. 10; TEKİNAY, s. 248; DURAL/ÖĞÜZ, s. 9).

<sup>23</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 122; kanun koyucunun konuyu kişisel durum sicili bölümünde düzenlemesinin yerinde olduğu yönündeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s. 470; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493.

<sup>24</sup> GENÇCAN, Ömer Uğur; 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Medeni Hukuk Davaları, Ankara 2013, s. 397; SEROZAN, s. 489.

kanunda düzenlenmemiş bir koşul sebebiyle kişinin cinsiyet değiştirme hakkından yoksun bırakılmasına sebep olacaktır<sup>25</sup>.

Anılan hükümde cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyeceği düzenlenmiştir. Hükümde kullanılan “*şahsen*” ifadesinden, izin için başvurunun kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple başvuru, bizzat cinsiyet değiştirmek isteyen kişi tarafından yapılmalıdır<sup>26</sup>.

Cinsiyet değiştirmeye izin için başvuracak kişi, on sekiz yaşını doldurmuş olmalıdır<sup>27</sup>. Bu sebeple on sekiz yaşını doldurmadan TMK m. 11 uyarınca evlenme yoluyla ya da m. 12 uyarınca yargısal yolla erginlik kazananlar, izin için başvuramayacaklardır<sup>28</sup>. Bu kişilerin izin için başvuruda bulunması hâlinde, istemin reddi gerekmektedir. Ergenlik döneminin cinsel eğilimlerin oturduğu dönem olması karşısında Türk Kanunu Medenîsi’nde yer almayan bu şartın, TMK’da yer alması oldukça isabetli olmuştur. Bununla birlikte cinsiyet değişikliği için on sekiz yaşın doldurulmasının beklenmesi telafisi imkânsız sonuçlar doğuracaksa, istisnai hâllerde uzman görüşü alınarak on sekiz yaşını doldurmamış kişilere de, diğer şartların gerçekleşmesi hâlinde mahkemece izin verilebilmesi gerekmektedir<sup>29</sup>.

Madde hükmünde on sekiz yaşın doldurulmasından bahsedilmesi ve fakat ayırt etme gücünden söz edilmemesi, bunun aranmayacağı an-

<sup>25</sup> ATAMER, M. Yeşim/ TAŞKIN, Z. Damla; “Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri”, YD, C. 42, S. 4, Y. 2016, s. 744.

<sup>26</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 125; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493; RUHİ/ RUHİ, s. 692; KILIÇOĞLU, s. 470.

<sup>27</sup> Cinsiyet değişikliği için on sekiz yaşın doldurulmuş olmasının aranmasının isabetli olmadığı, böyle bir yaş sınırı konulmaması gerektiği, hangi yaşta olunursa olunsun cinsiyet değişikliğinin gerekip gerekmediğini hâkimin takdir etmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s. 470-471.

<sup>28</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493; RUHİ/ RUHİ, s. 689.

<sup>29</sup> TURAN BAŞARA, s. 251; benzer yönde görüş için bkz. CUMALIOĞLU, Emre; “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı Midir?”, İKÜHFD,15 (2) 2016, s. 460-461.



lamına gelmemektedir<sup>30</sup>. Her irade açıklamasında olduğu gibi cinsiyet değişikliği için başvuruda da ayırt etme gücünün varlığı aranacaktır. Ancak burada özellikle tartışılması gereken husus, sınırlı ehliyetsizlerin durumudur. On sekiz yaşını doldurmamış sınırlı ehliyetsizler bakımından konu açıktır. Zira bunlar madde hükmünde aranan on sekiz yaşını doldurmuş olma şartını gerçekleştirmediklerinden başvuruda bulunamayacaklardır. Yine on sekiz yaşını doldurmuş ve fakat evli olan bir sınırlı ehliyetsiz de madde hükmünde aranan bir diğer şart olan evli olmama şartını taşımadığından başvuruda bulunamayacaktır. Anılan bu kişilerin başvuruda bulunmaları hâlinde istem reddedilecektir<sup>31</sup>. Ayırt etme gücüne sahip, evli olmayan ergin kısıtlılar bakımından ise izin için başvurunun bizzat bu kişiler tarafından yapılması aranmalıdır<sup>32</sup>. Zira kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olan izin başvurusunun, TMK m. 16/f. I, c. 2 gereğince yasal temsile gerek olmaksızın sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabileceği kabul edilmelidir<sup>33</sup>.

İzin için başvuracak kişinin evli olmaması gerekmektedir<sup>34</sup>. Mülga Türk Kanunu Medenîsi'nde böyle bir şart öngörülmemiş, hatta mahkemece verilecek cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleşmesi ile evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmişti. Yine o dönemde açılacak davalarda diğer eşe husumet yöneltilmesi gerekmektedir<sup>35</sup>. Ancak kanun koyucu, aile kurumunu korumak, psikolojik ve ahlâki tersliklerin önüne geçmek amacıyla<sup>36</sup> TMK m. 40 hükmünde evli olma-

<sup>30</sup> SAĞLAM, İpek; "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, s. 460; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 125; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493.

<sup>31</sup> AYAN, Serkan; Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 149.

<sup>32</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 125-126.

<sup>33</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 93; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 325; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 96; DURAL, s. 105; ÖZTAN, s. 99.

<sup>34</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 126; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493-494; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 147.

<sup>35</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 493-494.

<sup>36</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 126; cinsiyet değişikliği için evli olmama şartının aranmasının isabetli olmadığı, esasen sağlıklı bir aile yapısının ancak cinsiyet sorunu olmayan eşlerle mümkün olacağı, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı için zorunlu olduğu bir durumda, sırf evli olduğu için kişiyi bu imkândan mahrum bırakmanın doğru olmadığı yönündeki görüş için bkz. KILIÇOĞLU, s. 471; BAFRA ise evli olup cinsiyete-

mayı, cinsiyet değişikliğine izinde aranılacak bir şart olarak düzenlemiştir<sup>37</sup>.

İzin için başvuracak kişinin ayrıca transseksüel yapıda olması gerekmektedir<sup>38</sup>. Transseksüellik, kişinin biyolojik cinsiyetinden kaynaklanan özelliklerinden aşırı derecede rahatsızlık duyması, bu özellikleri reddetmesi, gizlemesi ve buna bağlı olarak karşı cinsin özelliklerine ilgi duyması ve sahip olmak istemesidir. Karşı cins gibi giyinme, karşı cinsle ait oyuncaklarla oynama, kendi vücudundan hoşlanmama hâlinde du-

---

tini değiştirmek isteyen kişilere önce evliliğini sona erdirmeye, sonrasında cinsiyetini değiştirme seçeneğinin sunulmasının yerinde olmadığını savunmaktadır. Aynı yaza göre, bu prosedür gereksizdir ve her zaman olumlu sonuç vermemektedir. Zira bu kişilerin, gerçekte transseksüel olmaması söz konusu olabileceği gibi operasyon geçirmelerine de gerek olmayabilir. Bu sebeple evli olanlara da dava açma hakkı tanınmalı, cinsiyet değişikliğinin fiilen gerçekleştirilebildiği hâllerde, nüfus kaydının düzeltilmesi sırasında evliliğinin de iptaline karar verilmelidir (Bkz. BAF-RA, s. 52); Evli olmama şartının yerinde olduğu, zira evli kişinin cinsiyet değiştirmesinin aile hukuku bakımından önemli sorunlar doğuracağı, eşlerden birinin transseksüel yapıda olmasının evlilik birliğinin temelden sarsılmasına yol açması hâlinde, bu durumun bir boşanma nedeni olacağı yönündeki görüş için bkz. CUMALIOĞLU, s. 461.

<sup>37</sup> "... Cinsiyet değişikliğine izinde isteminde bulunacak kimsede bulunması gereken nitelikler Türk Medeni Kanununun 40. maddesinde gösterilmiştir. Kişinin halen evli olmaması koşuluyla önceden evliliğinin bulunması; yine yasadaki belirlenen nitelikte rapor alınmak suretiyle üreme yeteneğini sürekli olarak yitirdiğinin belgelenmesi koşuluyla önceden çocuk sahibi olması; yasadaki diğer koşulların da gerçekleşmesi durumunda cinsiyet değişikliğine izin davasının görülmesine engel değildir..."Yarg. 2. HD., T. 11.05.2010, 2009/2171 E.-2010/9487 K. sayılı karar (UYAP).

<sup>38</sup> "...Davacılar, ... doğumlu olan ve kayden kızları görünen ...'un doğum sırasında kız olduğundan bahisle düzenlenen doğum kağıdına istinaden kız olarak yazıldığını, ancak erkek olduğunun anlaşıldığını belirterek kız olan cinsiyetinin erkek olarak, ... olan adının ise ...olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi koşulları gerçekleşmediği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesi cinsiyet değiştirmek isteyenler için düzenleme öngörmüştür. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle Adli Tıp Kurumunun 28.10.2011 tarihli raporu ile diğer raporların incelenmesinden ...'un kromozom yapısının ve iç genital organlarının erkek cinsiyetinde, dış genital organlarının ise intersex olduğu, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararının alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Mahkemece gerekli düzeltme operasyonları için davacı tarafa süre verilmesi, çocuğun cinsiyetinin bu suretle tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken somut olaya uygulanması imkân bulunmayan yasa maddesi gerekçe gösterilerek davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir..."Yarg. 18. HD., T. 11.12.2012, 2012/11442 E.-2012/14371 K. sayılı karar (UYAP).

rum böyledir<sup>39</sup>. Transseksüel kişi, yanlış cinsiyette olduğunu hissetmekte, biyolojik cinsiyetinden rahatsızlık duymaktadır<sup>40</sup>. Başka bir deyişle transseksüel kişilerde, bedenlerinin belirlediği cinsiyet ile ruhsal hayatlarının belirlediği cinsiyet arasında bir çatışma durumu ortaya çıkmaktadır<sup>41</sup>. Transseksüellik, cinsiyet değiştirme duygusu olarak da ifade edilmektedir<sup>42</sup>. Transseksüel kişiler, kendi cinslerine (homoseksüel) karşı cinsel yönelim gösterebilecekleri gibi karşı cinse (heteroseksüel) ya da her iki cinse (biseksüel) karşı da cinsel yönelim gösterebilmektedirler. Hiçbir cinse (aseksüel) karşı cinsel yönelim göstermemeleri de mümkündür<sup>43</sup>. Transseksüellik, Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından hazırlanan Mental Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı (DSM)'nda "*mental bozukluk*" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü tarafından oluşturulan Hastalık Tanı Kataloğu (ICD 10)'nda da transseksüellik, bir tür hastalık olarak ifade edilmiştir. Ancak 2017 yılında sivil toplum örgütlerinin ve LGBTİ'lerle ilgili çalışmalar yapan hekimlerin çabalarıyla yayımlanan ICD 11'de transseksüellik, mental bir bozukluk olarak değil, "*toplumsal cinsiyet uyumsuzluğu*" olarak kabul edilmiştir<sup>44</sup>. İster mental bozukluk ister toplumsal cinsiyet uyumsuzluğu olarak kabul edilsin, sosyal damgalanmaya ve birtakım ruhsal sorunlara sebep olan transeksüalitenin tedavi edilmesi gerekmektedir<sup>45</sup>. Bu tür yetişkin bireylerde arzu edilen rolde gerçek yaşam deneyimleri, hormon

<sup>39</sup> KESKİN, Necla/YAPÇA, Gamze/ TAMAM, Lut; "Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular", Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 2015; 7(4), s. 440; Kişinin cinsel uyarılma ve doyuma ulaşmak amacıyla karşı cinsin kıyafetlerini giyinmesi olarak tanımlanan transvestizm ile transseksüellik karıştırılmamalıdır. Zira transvestizmde kişi bedeninden mutlu olduğu gibi cinsiyet değiştirme gibi bir talebi de yoktur (Bkz. KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 442).

<sup>40</sup> BAFRA, s. 48.

<sup>41</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?, İstanbul, 1986, s. 16.

<sup>42</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 46.

<sup>43</sup> KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 441; GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 48.

<sup>44</sup> YILMAZ, Cinsiyet Geçiş Ameliyatları, s. 297.

<sup>45</sup> KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 442.

tedavileri<sup>46</sup> ve cerrahi müdahaleler, tedavi yöntemi olarak kullanılmaktadır<sup>47</sup>. TMK m. 40 hükmünde öngörülen cinsiyet değiştirme de tedaviye yönelik bir düzenlemedir. Bu şekilde transseksüel kişilerin fiziksel-duygusal dengesinin yeniden kurulması sağlanabilir<sup>48</sup>. Zira bu kişilerin bir kısmı cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmeden cinsel kimlik ve rolleriyle uyum sağlamalarına rağmen, birçoğunda operasyon son tedavi basamağı olarak tıbbî yönden zorunluluk arz etmektedir. Geri dönüşü olmayan cinsiyet değişikliği operasyonu öncesi kişinin 12 ay süreyle hormon tedavisi alması, ayrıca yine bu süre zarfında cinsel kimliğiyle uyumlu cinsel rolde yaşamış olması da önerilmektedir<sup>49</sup>. Ayrıca diğer operasyonlarda olduğu gibi bu tür operasyonlarda da transseksüel kişi aydınlatılarak rızasının alınması gerekmektedir<sup>50</sup>.

Mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için aranılan şartlardan birisi de kişinin transseksüel yapıda olduğunu ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğunu gösteren bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmış resmi sağlık kurulu raporunun bulunmasıdır. TMK m. 40/f. I, c. 2 hükmüne göre anılan bu raporda, başvuran kişinin transseksüel yapıda olduğu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu saptanmış olmalıdır. Bu saptamaları içermeyen, bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınmamış ve sağlık kurulu raporu niteliği taşımayan raporlara dayalı olarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesi söz konusu değildir<sup>51</sup>. Zira cinsiyet değiştirme

<sup>46</sup> Hormon tedavileri, cinsiyet değiştirme sürecinin önemli bir bileşeni olup bu süreçteki transseksüel kişilerin ruh sağlıkları üzerinde olumlu etkiler yaratmaktadır (Bkz. TURAN, Şenol/ AKSOY POYRAZ, Cana/ İNCE, Ezgi/ SAKALLI KANİ, Ayşe/EMÜL, Hacı Murat/ DURAN, Alaattin; "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri", Türk Psikiyatri Dergisi, Y. 2015, 26(3), s. 158).

<sup>47</sup> KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 443.

<sup>48</sup> YILMAZ, Battal; Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s. 67.

<sup>49</sup> KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 444.

<sup>50</sup> YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 67; KESKİN/ YAPÇA/ TAMAM, s. 444.

<sup>51</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 126; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 494; "... Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden davacı ...'ün ... doğumlu, kadın cinsiyetinde ve bekar olduğu, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nin değişik anabilim dallarınca verilen bazı raporlara dayanılarak davanın reddedildiği görülmektedir. Mahkemece yukarıda yazılı yaşamın emredici hükmü dikkate alınarak tam teşekküllü bir hastaneden veya adli tıp kurumundan

talebinin bir hastalık olup olmadığı, hastalık ise tedavisinin mümkün bulunup bulunmadığı, gelinen aşama itibariyle cinsiyet değiştirme operasyonunun nihaî bir çözüm ve tedavi yöntemi olup olmadığı, tıp biliminin verileri ile değerlendirilebilecek bir olgudur<sup>52</sup>.

### B. Nüfus Sicilinde Gerekli Düzeltmenin Yapılması

Türk Medeni Kanunu m. 40 hükmünde öngörülen izin için aranan şartların tamamının varlığı hâlinde başvuran kişinin cinsiyet değiştirmesine izin verilecektir. Bu izin doğrultusunda amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değişikliği operasyonunun gerçekleştirildiği resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanırsa, mahkemece nüfus sicilindeki maddi gerçeklikle uyuşmayan şekli kaydın düzeltilmesine karar verilir. Ancak mahkemece karar verilebilmesi için cinsiyet değişikliği operasyonundan sonra ayrıca kayıt düzeltme davasının açılmış olması gerekmektedir<sup>53</sup>. Görüldüğü üzere TMK m. 40 hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde cinsiyet değişikliğinde hukukî sürecin üç aşamada gerçekleştiği görülmektedir. Birinci aşama cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşama mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme operasyonunun geçirilmesi, üçüncü aşama ise nüfus kaydının düzeltilmesidir<sup>54</sup>. Ancak Yargıtay kararlarında bu sürecin iki aşamadan oluştuğu kabul edilmektedir<sup>55</sup>.

---

*davacının 'transseksüel yapıda olup ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olup olmadığı ile üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunup bulunmadığına ilişkin' hususları bir arada inceleyip değerlendirmede bulunan bir heyet tarafından verilecek resmi sağlık kurulu raporu alınmasından sonra oluşacak sonuç doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, heyet raporu niteliğinde olmayan anabilim dalı raporu esas alınarak eksik incelemeyle hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir..."Yarg. 18. HD., T. 27.03.2014, 2013/19541 E.-2014/5550 K. sayılı karar (UYAP). "... Dosyada bulunan Marmara Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nce düzenlenen ... tarih ve ... numaralı raporun, davacı...'ın transseksüel yapıda ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunup bulunmadığına ilişkin bir tespit içermemesine rağmen hükme esas alınması, ... Doğru görülmemiştir..."Yarg. 8. HD., T. 28.09.2017, 2017/7555 E.-2017/11810 K. sayılı karar (UYAP).*

<sup>52</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 46.

<sup>53</sup> AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 494-495.

<sup>54</sup> "...Kanun'un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde "cinsiyet değişikliği"nin üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kay-

### III. MAHKEMEDEN İZİN ALINMAKSIZIN GERÇEKLEŞEN CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ

#### A. Hukukî Sorun

Mahkemeden herhangi bir izin alınmaksızın gerçekleşen cinsiyet değişikliğinin hukukî akıbetinin ne olacağı TMK m. 40'ta düzenlenme-

*dındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımının sağlanması oluşturmaktadır...*" AYM, T. 29.11.2017, 2017/130 E.-2017/165 K. sayılı ve 2015/79 E.-2017/164 sayılı kararlar (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/>), (Erişim tarihi ve saati: 13.04.2020, 12:08).

55 " ... Cinsiyet değiştirme kanundaki düzenlemeye göre, iki aşamadan oluşmaktadır. Buna göre; 40. maddenin birinci fıkrasında tahdidi olarak sayılan şartların varlığı halinde mahkemece cinsiyet değişikliği için izin kararı verilecek, maddenin ikinci fıkrasında ise; birinci fıkra gereği verilen ve kesinleşen cinsiyet değişikliğine izin kararına bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Yani cinsiyet değişikliği için; ilk önce cinsiyet değişikliğine dair mahkemece izin kararı verilmeli ve bu izin kararına istinaden gerekli cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmalıdır. Daha sonra açılacak davada ise mahkemece, cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Özetle; TMK 40. maddede; iki ayrı dava mevcut olup, birinci fıkrada cinsiyet değişikliğine izin verilmesi, ikinci fıkrada ise cinsiyet yönünden nüfus kütüğünde düzeltme davası düzenlenmiştir. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece TMK 40/1.madde gereği şartları mevcut ise cinsiyet değişikliğine izin kararı verilmesi gerekirken, cinsiyet değişikliğine izin kararı ve verilecek izin kararı doğrultusunda cinsiyet değişikliğine dair gerekli ameliyatın yapıldığının resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanmadan nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesinde değişikliğe karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bu sebeple mahkemece yapılacak iş; ilk önce cinsiyet yönünden nüfus kütüğünde düzeltme davasının eldeki dosyadan tefrik edilip ayrı bir esasa kaydı yapılarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesi davası ve izin verilecekse tıbbî yöntemlere uygun "Resmi Sağlık Kurulu Raporu" sunması için imkan tanınıp, bunun sonucuna göre karar verilmesi; cinsiyet değişikliğine izin verilmesi davası yönünden ise, dosyada bulunan sağlık kurulu raporu kadın doğum değerlendirmesi kısmında, "üreme fonksiyonundan yoksun olmadığı kararına varılmıştır" denildikten sonra raporun karar kısmında ise bu defa mevcut haliyle üreme yeteneğinden yoksundur" denilerek çelişki oluşturulduğu anlaşıldığından, bu çelişkinin giderilmesi açısından davacının mevcut hali itibari ile üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olup olmadığı hususunda önceki raporun alındığı İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine sevkî ile yeniden rapor alınması ve oluşacak sonuç doğrultusunda karar vermekten ibarettir..."Yarg. 8. HD., T. 02.11.2017, 2017/7553 E.-2017/14419 K. sayılı karar, benzer yönde Yarg. 8. HD., T. 15.02.2018, 2017/7453 E.-2018/2260 K. sayılı karar (UYAP).

miştir<sup>56</sup>. Cinsiyet değişikliği operasyonunu, bu izni almadan geçirenler uygulamada mutlaka görüleceğinden, anılan hükmün bu konuda eksik olduğu söylenebilecektir<sup>57</sup>. Bu durum, bir hukuk boşluğu<sup>58</sup> ya da kanun boşluğu<sup>59</sup> olarak değerlendirilemez<sup>60</sup>. Zira kanun koyucu bu konuda bir düzenleme yapmıştır, ancak yapılan düzenleme mevcut durumu ile tatmin edici değildir. Bu sebeple “*kanunun eksikliği*” hâli söz konusu olup bu eksiklik, TMK m. 1/f.II uyarınca hukuk boşluğu doldurma imkânı vermemektedir<sup>61</sup>.

Hukukumuzda göre cinsiyet değiştirilebilmesi için TMK m. 40 hükmünde öngörülen şartların gerçekleştirilmesi ve mahkemeden bir izin kararı alınması gerekmektedir. Mahkemeden izin kararı almadan cinsiyetini değiştiren bir kişinin hukukî akıbeti ne olacaktır? Fiili durumda operasyonla kadın olan ve ancak nüfus kaydında erkek olarak görünen kişi, mahkemeden izin kararı almadığından dolayı, erkeklerin tabi olduğu hukukî rejime mi tabi olacaktır? Ortaya çıkan bu de facto durum nasıl aşılacaktır? Esasen böyle bir hâlde izin kararı alınmadı diye cinsiyet değişikliğini kabul etmemek, kamu düzenine aykırı sonuçlar da doğurabilecektir<sup>62</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2017 tarihli ve 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararına göre; Anayasa m. 17/f. I'de herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, f. II'de ise

<sup>56</sup> DEMİRBOĞA, Dursun Ali; “Kişiliğin Korunması Hükümleri Bakımından Türk Medeni Kanunu’na Göre Cinsiyet Değişikliği”, ÇÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2018, s. 54; ARPACI, s. 310.

<sup>57</sup> OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 147, dn. 502; ARPACI, s. 310.

<sup>58</sup> Bir konu hakkında kanunda ya da örf ve âdet hukukunda düzenleme bulunmaması hâli “hukuk boşluğu” kavramı ile ifade edilmektedir. Hukuktaki boşluk, hâkim tarafından yaratılacak hukuk ile doldurulmaktadır (Bkz. EDİS, Seyfullah; Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 123).

<sup>59</sup> Kanun boşluğu, gerekli ve zorunlu olan bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamasıdır (Bkz. EDİS, s. 121).

<sup>60</sup> EDİS, s. 123.

<sup>61</sup> EDİS, s. 128.

<sup>62</sup> DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015, s. 74; DURAL/ ÖĞÜZ, s. 127.

tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip olduklarını göstermekte, devlete, tüm bireylerin yaşam ve maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını kamusal makamların ve diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Anayasa m. 13'e ise göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermektedir. Ancak kanunla getirilen sınırlamanın bir hakkın özüne dokunmadığının kabulü için, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını önemli ölçüde güçleştirerek amacına ulaşmasını engellememesi gerekmektedir. AYM'nin bu kararında yapılan tespitler dikkate alındığında yukarıda anılan de facto duruma bir çözüm bulunmaması, Anayasa'nın zikredilen düzenlemelerine de aykırı olacaktır. Ayrıca konuyla ilgili bir kişi, "... hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolla cinsel tatmine ulaşırsa ulaşsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklik meydana gelirse gelsin özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez..."<sup>63</sup> şeklinde eski yargı kararlarında ortaya çıkan görüşün de tıbbî verilerle ve gelişmelerle çelişki içinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>64</sup>.

Bir kişinin fiili durumda erkek ya da kadın olup nüfus sicilinde fiili durumdan farklı cinsiyette görünmesi, kişiler hukuku ve aile hukuku bakımından da sorunlar ortaya çıkaracaktır. Türk Hukuku'na göre mahkemeden herhangi bir izin almadan yurt dışında geçirdiği bir operasyonla erkekten kadına dönüşen bir kişinin, cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmemesi sebebiyle askerliğe alınması ya da evli bir

<sup>63</sup> Yarg. 2. HD., T. 27.03.1986, 1986/651 E.-1986/3256 K. sayılı karar (Bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 123).

<sup>64</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 50.



kişinin kadından erkeğe dönüşmesi sebebiyle aile ilişkilerinde sorunların ortaya çıkması hâlinde durum böyledir<sup>65</sup>.

## B. Yargı Kararları Işığında Mevcut Durum

Türk Medeni Kanunu m. 40 hükmünün yürürlükte olduğu dönemin değerlendirilmesine geçilmeden 3444 sayılı Kanun ile Türk Kanunu Medenîsi'nde değişiklik yapılmadan önceki ve değişiklik yapılmasından sonraki durumun<sup>66</sup> incelenmesi konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. 3444 sayılı Kanun ile Türk Kanunu Medenîsi'nde değişiklik yapılmadan önceki dönemlerde Yargıtay tarafından verilen kararlarda<sup>67</sup>, bir şekilde cinsiyet değişikliği operasyonu geçiren kişinin nüfus sicilinde

<sup>65</sup> Evlilik birliğinin kurulmasından sonra eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi hâlinde, evlilik birliğinin akibetinin ne olacağı hususunda doktrinde ileri sürülen görüşler için bkz. AYAN, s. 150-154.

<sup>66</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 122.

<sup>67</sup> "... yürürlükte bulunan hukuk kuralları iradi şekilde cinsiyet değişikliğine cevaz vermemektedir. Her şeyden önce böyle bir eylem kişilik hakkı üzerinde eylem niteliğini taşımaktadır ki, Medeni Kanununun 23. maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden bütünlüğü (ki buna cinsiyet ve bunun idamesi de dâhildir) tasarruf etme hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse, iş kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz, kanuna karşı hile kapıları da aralanmış olur. Söz gelişi, eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olmayacağı kuralına dayanarak evlilik bağına çözme imkânını elde edecektir. Yine bir kimse erkekler için askerlik millî görevinden (askerlik yükümlülüğünden) kurtulmaya ya da kadınlar için tanınan erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Bu örneklerle kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. Her ne kadar yanlış devamına hukuk ilgisiz kalamaz ise de hukukun öngördüğü husus çift organlı olarak doğmuş olan, yani hünsa durumunda bulunan ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre durumu açıklığa kavuşanları işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır. Dosyadaki raporlar olayın gelişimi ve yürürlükteki hukuk karşısında davacı, hangi cinsel duygular içinde bulunursa bulunsun, ne yolla cinsel tatmine ulaşırsa ulaşırsın, psikolojik yapısında ne gibi değişiklikler meydana gelirse gelsin özgür iradesi ile yok ettiği cinsiyetine dayanarak karşı cinsten olduğunun tespitini, yani cinsiyetinin değiştirilmesini isteyemez. Davacının, serbest iradesi ile vaki ameliyatı yüzünden cinsiyetinin (erkekliğinin) gerektirdiği imkânları yeniden elde edemeyecek duruma gelmiş olması da varmak istediği amaca ulaşmasını haklı kılmaz. Yani kanun, kişilik hakkına bizzat saldıran kimsenin meydana getirdiği sonuca hukukta yeri olmayan bir çare bulmaya mecbur değildir. Herkes yanlış eylemlerinin sonucuna katlanmak zorundadır. İç duygusal zeminde çözüm aramak doğru olmaz. Çünkü hukuk, hak karşısında ne kadar şefkatli ise, hata söz konusu olduğu hallerde de o derece müsamahasızdır. Erkekliğini yitirmiş fakat kadın da olmamış bir kimsenin çaresizliğine birlikte acınır. Ama kanun bir yana itilerek imkân hazırlanamaz..."Yarg. 2. HD., T. 27.03.1986, 1986/651 E.-1986/3256 K. sayılı karar (Bkz. DURAL/ ÖĞÜZ, s. 122-123).

farklı görünen cinsiyetinin değiştirilmesi kabul edilmemiş, herhangi bir ayırım gözetilmeksizin çift cinsiyetli (hermafrodit) olanlar dışında diğer kişilerin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemiştir<sup>68</sup>. Ancak tedavi amaçlı cinsiyet değişikliği operasyonları ile diğer amaçlarla gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği operasyonlarının birbirinden ayırt edilmesi gereği, Yargıtay'ın o dönemdeki görüşlerinin haklı olmadığını göstermektedir<sup>69</sup>.

Yargıtay'ın yukarıda anıldığı şekilde kararlar verdiği bir dönemde, Türk Kanunu Medenîsi'nin 29. maddesine 12.05.1988 tarihinde 3444 sayılı Kanun ile eklenen bir madde ile cinsiyet değişikliği Türk Hukuku'na girmiştir. Bu düzenleme ile doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgarî sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi hâlinde, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılacağı, cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise bu hususta açılacak davalarda eşe de husumetin yöneltileceği, davanın açıldığı mahkemenin varsa ortak çocukların velayetinin kime verileceğini belirleyeceği, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik ilişkisinin de kendiliğinden sona ereceği kabul edilmiştir. Her ne kadar bu şekilde cinsiyet değişikliği konusuna çözüm getirilmeye çalışılmış ise de, yapılan düzenleme ile fiili durumun tespitinden ve tespit edilen bu durumun hukukî sonuçlarının ne olacağının belirlenmesinden öteye gidilememiştir<sup>70</sup>. Düzenleme yapılmadan önce hekimlerin görüşünün alınmaması, cinsiyet değişikliğinin objektif şartlarının belirlenmemesi, asıl amacın kişilerin cinsel kimliklerini seçmelerine kurallara uygun olarak çözüm getirme isteğinin olmaması, böyle bir sonucun ortaya çıkmasına sebep olmuştur<sup>71</sup>. Anılan madde hükmü, cinsiyet değişikliğini yalnızca bir olay olarak kabul etmiş, cinsiyet değişikliğinin hangi şartlarda ve hangi amaçlarla yapılacağını düzenlememiştir<sup>72</sup>. Cin-

<sup>68</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 122-123; GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 55.

<sup>69</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 123.

<sup>70</sup> Madde hükmü ile transseksüel kişilerin nüfus kayıtlarının değiştirilebilmesine olanak tanınmıştır. Ancak cinsiyet değiştirme operasyonlarının temel şartı olan tıbbi zorunluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesine, operasyon öncesi ve sonrasına ait koşullara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır (Bkz. AŞÇIOĞLU, Çetin; Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Hukuki Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 59).

<sup>71</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 123.

<sup>72</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 60; Doktrinde bu düzenleme ile cinsiyet değiştirmenin, nerede ise saç biçimi değiştirme gibi mütalâa edildiği ifade edilmektedir

siyet değişikliğinin hiçbir ön şarta bağlanmaması, tedavi amacı dışında kişinin keyfine göre yaptıracağı cinsiyet değişikliklerine de izin verilmesi, bu hususta mahkemeleri onay makamı hâline getirmiştir<sup>73</sup>. Oysa o dönemde Türk Kanun koyucusuna örnek olabilecek Alman Hukuku'nda 1981 tarihinde yürürlüğe giren Transseksüeller Yasası ile İsveç Hukuku'ndaki 1972 tarihli özel yasada, cinsiyet değişikliği için aranan koşullar tek tek sayılmış, tıp biliminin bu konudaki yetki sınırları ve uyması gereken etik kurallar belirlenmiştir<sup>74</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay, konu ile ilgili karar vermiştir. İzin kararı almadan cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren ve nüfus kaydındaki cinsiyetini ve adını değiştirmek isteyen kişi tarafından açılan davada yerel mahkemece verilen kararın temyiz incelemesini yapan Yargıtay, talebin esasen TMK m. 40/f. I hükmü gereğince cinsiyet değişikliğine izin istemini de içerdiğini belirterek, davacının transseksüel yapıda olup olmadığını, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunup bulunmadığının bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak raporla saptanmasından sonra izin isteği konusunda bir karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir<sup>75</sup>. Bu

---

(Bkz. HATEMİ, Hüseyin/ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul 2013, s. 76).

<sup>73</sup> DURAL/ ÖĞÜZ, s. 125.

<sup>74</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 60.

<sup>75</sup> "...Davacı ruh sağlığı ve görünüm itibariyle transseksüel yapıda olduğunu, geçirdiği operasyon sonucu kadın olduğunu, bu durumun nüfus kayıtları ile uyumlu olmadığını, nüfus kaydında cinsiyetinin kadın, adının ise ... olarak düzeltilmesini istemiştir. Getirilen belgelerden davacının özel bir hastanede operasyon geçirdiği anlaşılmaktadır. Esasen anılan operasyondan önce İzmir Askeri Hastanesi'nin ...tarihli raporunda davacının, ileri derecede psikoseksüel bozukluk (homoseksüalite, transseksüalizm, transvestizm) tanısıyla askerliğe elverişli olmadığı belirtilmektedir. Davacının dava dilekçesindeki isteği Türk Medeni Kanununun md. 40/1 uyarınca cinsiyet değişikliğine izin verilmesi isteğini de kapsamaktadır (HUMK. md. 76). Mahkemece ameliyata ilişkin evraklar da eklenmek suretiyle davacının bir eğitim ve araştırma hastanesine sevki ile transseksüel yapıda olup olmadığı, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunup bulunmadığının ve üreme yeteneğine sahip olup olmadığının araştırılması ve sonucu uyarınca izin isteği konusunda bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."Yarg. 2. HD., T. 08.06.2009, 2009/8179 E.-2009/11096 K. sayılı karar (UYAP). "... Davacı ruh sağlığı ve görünüm itibariyle transseksüel yapıda olup, geçirdiği operasyon sonucu erkek olduğunu, bu durumun nüfus kayıtları ile uyumlu olmadığını beyanla, nüfus kaydındaki cinsiyetinin erkek, adının da ... olarak düzeltilmesini istemiştir. Davacının sunduğu belgelerden Al-

durumda cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişinin transseksüel yapıda olduğunun ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğunun saptanması hâlinde, mahkemece verilecek izin kararı nasıl bir hukukî sonuç doğuracaktır? Zira operasyon geçirmeden önce alınan izin kararına dayalı olarak kişi, cinsiyet değiştirme operasyonu geirebilecektir. Zaten operasyon geçirildiğinden, sonradan alınan izin kararının hiçbir anlamı olmayacaktır. Esasen böyle bir hâlde davacının transseksüel yapıda olduğu ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu saptandığında, doğrudan nüfus kaydındaki cinsiyetinin ve adının değiştirilmesine karar verilmesi daha isabetli olacaktır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre de, izin almaksızın operasyon geçiren kişilerin başvuruları üzerine TMK m. 40/f. I hükmünde aranılan şartların varlığı saptandığında, nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilmesi gerekmektedir<sup>76</sup>. Ancak TMK m. 40/f. II’de, “Verilen izne bağlı amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geerleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir” denildiğinden, mahkemece doğrudan nüfus kaydının düzeltilmesine karar verilmesi anılan hükme aykırı olacaktır. Zira ortada mahkemece verilmiş bir izin kararı bulunmamaktadır. Kanaatimizce Yargıtay da, cinsiyet değiştirme operasyonu geçirildikten sonra dâhi olsa bir izin kararı alınmasını, TMK m. 40/f. II hükmünde düzenlenen kayıt düzeltme davasının bir ön şartı olarak değerlendirmektedir. Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre ise, izin almaksızın operasyon geçiren kişi-

---

*manya’da özel bir hastanede operasyon geçirdiği, yargılama sırasında sevk edildiği Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalınca düzenlenen ... tarihli raporda da kişide “cinsel kimlik bozukluğu, cinsel yönden kadınlara ilgi duyan” tanısı konulduğu, bu haliyle Türk Medeni Kanununun 40. maddesi uyarınca transseksüel yapıda olduğu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğu, tıbben uygun bir cinsiyet değiştirme operasyonu geerleştiğine karar verildiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Olayları açıklamak taraflara hukuki nitelendirme hakime aittir (HUMK. md. 76, 4.06.1958 gün ve 15/6 sayılı İBK.). Davacının dava dilekçesindeki isteği Türk Medeni Kanununun 40/1. maddesinde düzenlenen cinsiyet değişikliğine izin istemini de içermektedir. Yukarıda açıklanan hususlar ve toplanan deliller çerçevesinde davacının cinsiyet değişikliğine izin istemi hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle ret hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir...” Yarg. 2. HD., T. 13.12.2010, 2009/19039 E.-2010/20942 K. sayılı karar (UYAP).*

<sup>76</sup> KILIÇOğLU, s. 472.

lerin başvuruları üzerine mahkeme, izin için gereken şartların bulunup bulunmadığını incelemeksizin karar veremeyecektir. Davacıdan, izin için gereken şartların bulunup bulunmadığını bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporu ile ispatlaması istenerek, cinsiyet değiştirme için uygun operasyonun yapıldığının anlaşılması hâlinde hem izin hem de nüfus sicilinin düzeltilmesi yönünde karar verilecektir<sup>77</sup>. Peki cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişinin transseksüel yapıda olmadığını ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunmadığının saptanması hâlinde durum ne olacaktır? Ya da cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişinin transseksüel yapıda olduğunun ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğunun saptanmasına rağmen bu kişinin evli olması hâlinde ne yapılacaktır? Yukarıda anılan Yargıtay kararları, bu konulara temas etmemektedir.

Bununla birlikte Yargıtay bir kararında<sup>78</sup>, kendi ülkesinde geçirdiği operasyonla cinsiyet değiştiren ve bu değişikliğe ilişkin karar alan yabancı ülke vatandaşı bir kişinin tanıma talebinin kabul edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Kararda özellikle TMK m. 40 hükmünde öngörülen süreç işletilmemiş olsa bile, yabancı ülke vatandaşı kişinin kendi ülke hukukuna uygun bir cinsiyet değişikliği kararı alması hâlinde bu kararın tanınması gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>79</sup>.

Türk Medeni Kanunu m. 40/f. I hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “...ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...” ibaresini iptal eden AYM'nin 29.11.2017 tarihli ve 2017/130 E., 2017/165 K. sayılı kararında, mahkemededen izin almaksızın cinsiyet değiştirme ope-

<sup>77</sup> GÜVEN, Cinsel Kimlik, s. 166.

<sup>78</sup> “...Davacının erkek iken gerçekleştirilen ameliyat sonucu kadın cinsiyetine geçtiği tarihte, davacı Türk Vatandaşı olmayıp Alman vatandaşıdır. İsim ve cinsiyet değişikliği, vatandaşı olduğu devletin hukukuna göre karara bağlanmıştır. Buna ilişkin yabancı ilamın tanınmasını istemekte davacının hukuki yararı da mevcuttur. Cinsiyet değişikliğinin Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde gösterilen prosedür izlenmeden yapılmış bulunması ve kararın dayandığı doktor raporunun, bu maddede sayılan hususları ihtiva etmiyor olması tek başına kamu düzenine aykırılık oluşturmaz. O halde koşulları olduğundan her iki kararın tanınmasına (5718 s. MÖHUK. md. 58) karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır...”Yarg. 2. HD., T. 21.12.2009, 2009/9678 E.-2009/22090 K. sayılı karar (Bkz. RUHİ/ RUHİ, s. 690).

<sup>79</sup> RUHİ/ RUHİ, s. 690.

rasyonu geçiren kişilerin, nüfus kayıtlarının fiili duruma göre değiştirilip değiştirilmeyeceği konusunda bir tespit yapılmamıştır<sup>80</sup>.

Anayasa Mahkemesi, 20.03.2018 tarihli ve 30366 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 29.11.2017 tarihli ve 2015/79 E., 2017/164 K. sayılı kararı ile TMK m. 40/f. II hükmünün iptali amacıyla açılan davayı reddetmiştir<sup>81</sup>. Anılan bu kararda da yine mahkemeden izin almaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişilerin, nüfus kayıtlarının fiili duruma göre değiştirilip değiştirilmeyeceği konusunda bir tespit yapılmamıştır<sup>82</sup>. Ancak mahkemeden izin kararı alınması gerektiğine ilişkin şu değerlendirmelerde bulunulmuştur; “...25. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması, sağlık açısından riskler taşıması bu tür ameliyatların koşullarının kanun koyucu tarafından belirlenmesini ve bu sürecin Devletin denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir... 27. İtiraz konusu kuralla nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin bu konuda mahkemece verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşuluna bağlanmasının sebebini, nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması oluşturmaktadır. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlama ile cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmeden nüfus sicilinde değişiklik yapılması suretiyle nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır...”

Bu aşamada yargı kararlarının konuya açık bir çözüm getirmediği, mahkemeden herhangi bir izin almaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişilerin hukukî akıbetlerinin ne olacağının belirsiz kaldığı anlaşılmaktadır. Anayasa m. 90/f. V<sup>83</sup> hükmü gereğince bu konuda Av-

<sup>80</sup> DEMİRBOĞA, s. 62.

<sup>81</sup> Bu ret kararı, T.C. Anayasası m. 152/f. IV uyarınca işin esasına girilerek verilmiş olduğundan Resmi Gazete’de yayımlandığı 20.03.2018 tarihinden itibaren 10 yıl geçmeden yeniden TMK m. 40/f. II hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla AYM’ye başvurulamayacaktır (Bkz. ALÇIK, Merve; “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., Y. 2019, s. 1900).

<sup>82</sup> DEMİRBOĞA, s. 63.

<sup>83</sup> “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaş-

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararları Türk Hukuku açısından belirleyici olacaktır<sup>84</sup>.

17.10.1986 tarihinde AİHM tarafından verilen karara konu Rees/ Birleşik Krallık davasında cinsiyet değiştiren başvuru, kendisine hukuk düzeni tarafından bir statü verilmediğini iddia ederek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmeler neticesinde cinsiyet değişikliği sebebiyle kişisel hal sicillerinde yapılacak değişikliğin, nüfus kayıt sisteminde oldukça önemli değişiklikler gerektirdiği, böyle bir durumun toplumun diğer kesimi için çok önemli idari ve mali sonuçlar doğurabileceği, sözleşmenin 8. maddesinin ihlâl edilmediği gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Başvuru reddedilmiş olmasına rağmen kararda, transseksüellerin sorunlarının ciddi ve önemli olduğu belirtilmiştir<sup>85</sup>.

11.07.2002 tarihinde AİHM tarafından verilen karara konu Christine Goodwin/ the United Kingdom [GC] - 28957/95 davasında başvuru, cinsiyet değişikliğinin hukuk düzeni tarafından tanınmadığını, bu sebeple iş, sosyal güvenlik, evlenme ve emeklilik haklarının ihlal edildiğini iddia ederek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmeler neticesinde, cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmiş bir kişinin nüfus kayıtlarının yeni duruma göre düzeltilmesinin bir insan hakkı olduğu, operasyon sonrası aşamada bir transseksüelin sosyal konumu ile hukukî konumu arasındaki farklılığın giderilmesi gerektiği, farklılığın kişide meydana getirdiği stres ve yabancılaşmanın önemli olduğu, AİHS'nin özü itibariyle transseksüellerin kişisel gelişim ve haklarına saygı gösterilmesi gerektiği gerekçesiyle cinsiyet değiştirme operasyonu sonrasında nüfus kayıtlarını yeni duruma göre düzeltmeyen İngiltere'nin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>86</sup>.

11.09.2007 tarihinde AİHM tarafından verilen karara konu L./ Litvanya (no. 27527/03) davası, bir transseksüelin cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmesi ve cinsiyetini gösterir kimliğinin resmi belgelerde

---

*malarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."*

<sup>84</sup> DEMİRBOĞA, s. 57.

<sup>85</sup> DEMİRBOĞA, s. 57-58; CUMALIOĞLU, s. 442.

<sup>86</sup> DEMİRBOĞA, s. 58.

değiştirilmesi için uygulanabilir bir düzenlemenin olmaması ile ilgilidir. Bu davada mahkeme, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanmasına ilişkin Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlâl edilmediğine karar vermesine rağmen, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. İhlâl kararına gerekçe olarak Litvanya hukukunun transseksüellere yalnızca cinsiyetlerini değil, ayrıca hukukî statülerini de değiştirme hakkı tanıdığı, ancak tam cinsiyet değiştirme operasyonunu düzenleyen bir düzenleme bulunmaması sebebiyle kanun boşluğu olduğu, bu kanun boşluğunun özel hayatı ve gerçek kimliğinin tanınması konusunda başvurunu belirsizliğe sürüklediği ifade edilmiştir<sup>87</sup>.

06.09.2011 tarihinde AİHM tarafından verilen karara konu P./Portekiz (no. 56027/09) davasında başvuru, doğumunda kayıtlara erkek olarak geçirildiğini, yetişkinlik döneminde cinsiyet değişikliği tedavisi gördüğünü ve operasyon geçirdiğini, fiili durumunun hukukî olarak tanınmadığını ve konu ile ilgili düzenleme bulunmadığını iddia ederek başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın Portekiz mahkemelerine hukukî olarak tanınma talebiyle yaptığı başvurunun başarıyla sonuçlandığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 37. maddesi uyarınca davayı kayıttan düşürmüştür<sup>88</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararları konumuz açısından oldukça önemli tespitler içermektedir. AİHM'nin yukarıya alınan kararları ve diğer kararları incelendiğinde, cinsiyet değişikliğinin tanınması konusunda verilen ilk kararlarda ihlal olmadığının belirtildiği, sonraki kararlarda ise ihlal olduğu kabul edilerek tazminata hükmedildiği anlaşılmaktadır. Bu durum, mahkemenin kişilik hakkına ve özel hayata yönelik farklılaşan yaklaşımını açıkça ortaya koymaktadır<sup>89</sup>.

#### IV. ÇÖZÜM ÖNERİSİ VE SONUÇ

Özellikle ülkemizde ahlâki değer yargıları ile reddedilen transseksüelliğin, tıbbî açıdan cinsel kimlik bozukluklarının bir türü olduğu ve

<sup>87</sup> ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf)), (Erişim tarihi ve saati: 16.08.2019, 11:03).

<sup>88</sup> ([https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf)), (Erişim tarihi ve saati: 16.08.2019, 11:03).

<sup>89</sup> CUMALIOĞLU, s. 443.



genellikle cinsiyet değiştirme operasyonu dışında diğer tedavi yöntemlerine cevap vermediği anlaşılmaktadır<sup>90</sup>. Transseksüel bir kişiyi, inandığı gerçek cinsel kimliğine dönüştürme amacını güden ve tedavi etme niteliği taşıyan cinsiyet değiştirme operasyonlarının gerçekleştirilmesi için, TMK m. 40 hükmünde öngörüldüğü şekilde mahkemeden alınacak bir izin kararı aranması yerinde bir yaklaşımdır. Elbette hukukun bu tür operasyonlara seyirci kalması ve bu konuda hekimleri vicdanları ile baş başa bırakması beklenemez<sup>91</sup>. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi gerçek hayatta mutlaka mahkemeden herhangi bir izin almaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişiler olacaktır. Bu kişilerin hukukî akıbeti ne olacaktır, nüfus kayıtları fiili durumlarına göre düzeltililecek midir? Yukarıda açıklandığı üzere bu husus Türk Hukuku'nda belirsiz kalmıştır.

- Mahkemeden herhangi bir izin almaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişilerin hukukî akıbetinin ne olacağı hususu da dâhil olmak üzere Türk Hukuku'nda cinsiyet değişikliği konusunun, İsveç, Almanya ve İtalya hukuklarında olduğu gibi özel bir kanunla düzenlenmesi gerektiği görüşünde olduğumuz özellikle ifade edilmelidir. Doktrinde de bu görüş savunulmaktadır<sup>92</sup>. Ancak özel bir kanunla düzenleme yapıldığında, konuya ilişkin kavramlar açıkça tanımlanabilecek, cinsiyet değişikliğinin şartları, hukukî sonuçları ve süreç ayrıntılı bir şekilde belirlenebilecektir.

-Yürürlükte olan TMK m. 40 hükmü konuyu genel hatlarıyla düzenlemiştir. Anılan bu düzenleme bazı konularda yetersiz kaldığı gibi farklı uygulamalara da sebebiyet verebilmektedir. Örneğin hükümde cinsiyet değişikliğine izin kararı verilebilmesi için kişinin transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kuru-

<sup>90</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 79.

<sup>91</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 80; Cinsiyet değişikliği operasyonlarında mahkemeden izin alınmasının şart kılınması, bu tür operasyonların kişinin isteğine bağlı olarak gelişigüzel ve denetimsiz olarak yapılmasını engelleyecektir (Bkz. BAFRA, s. 52).

<sup>92</sup> GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği, s. 80; Cinsiyet değişikliğinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun benzeri özel bir kanunda düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. BAFRA, s. 54.

lu raporu ile belgelendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak raporu verecek kurulun kaç hekimden oluşacağı ve bu hekimlerin uzmanlık alanlarının ne olması gerektiği düzenlenmemiştir. Bu şekilde alınan kurul raporunu değerlendirmek konusunda hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır<sup>93</sup>. Hâkime tanınan bu takdir hakkı, hakkaniyete aykırı farklı uygulamaların ortaya çıkmasına, yetersiz raporlarla karar verilmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 23.10.2013 tarihli yazısı ile psikiyatri, endokrinoloji, üroloji, jinekoloji ve rekonsrütif cerrahi alanlarının kurulda temsil edilmesi, ayrıca tıbbi genetik uzmanı görüşünün de verilecek rapor ekinde sunulması gerektiği belirtilmiştir<sup>94</sup>. Ancak anılan bu yazı yasal bir metin olmadığından çıkarılacak özel bir kanunla transseksüelliğin teşhis ve tedavisinde özel kriterlerin oluşturulması, tıp biliminin cinsiyet değişikliğine ilişkin yetki sınırlarının çizilmesi, alınacak rapora ilişkin asgari şartların belirlenmesi, etik değerler konulması, düzenlemelere aykırı uygulamaların yaptırımı bağlanması isabetli olacaktır. Mevcut bir maddelik hüküm, bu konularda herhangi bir düzenleme içermemektedir.

- Çıkarılacak özel kanunda, mahkemeden herhangi bir izin alınmaksızın gerçekleşen cinsiyet değişikliğinin hukukî akibetine ilişkin düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Bu düzenlemeler içinde mutlaka mahkemeden izin alınmaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu gerçekleştirilmesini engelleyen, idari ve cezai yaptırımlar öngören özel hükümler yer almalıdır. İzin kararı olmaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişi nüfus kayıtlarının fiili duruma göre değiştirilmesini talep ettiğinde, mahkemece nasıl bir yol izleneceği, TMK m. 40/f. I hükmünde öngörülen izin için gerekli şartların aranıp aranmayacağı, bu aşamada eğitim ve araştırma hastanelerinden alınacak kurul raporunun hangi hususları içermesi gerektiği de çıkarılacak özel kanunda düzenlenmeli, düzenleme yapılırken eğitim ve araştırma hastanelerinin cinsel kimlik konseylerinde görev alan hekimlerin görüşlerine başvurulmalıdır. Zira TMK m. 40 hükmü karşısında, mahkemeden izin kararı almak-

<sup>93</sup> HAKERİ, Hakan; "Cinsiyet Değişirme Hukuku", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, (<http://www.sdplatform.com/Dergi/756/Cinsiyet-degistirme-hukuku.aspx>, Erişim tarihi ve saati: 15.08.2019, 12:04).

<sup>94</sup> ATAMER/ TAŞKIN, s. 729.

sızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren kişilerin nüfus kayıtlarının fiili duruma göre düzeltilmesi taleplerinin karşılanması caiz değildir. Zira anılan hükmün amacı ve içeriği emredici nitelikte olup kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Bu durum, konu ile ilgili düzenleme yapılması gereğini açıkça ortaya koymaktadır<sup>95</sup>.

-Bu yönde düzenleme yapılırken, mahkemeden izin kararı alınmış olsa bile yalnızca transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğunu ve bu sebeple anılan operasyonu geçirdiğini resmi sağlık kurulu raporu ile belgelendiren kişilerin nüfus kayıtlarının fiili duruma göre düzeltilmesi taleplerinin kabul edilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Zira sadece transseksüel yapıda olanlar ruh dünyalarıyla uyumlu bir cinsiyete kavuşamadıkları takdirde büyük sıkıntı yaşamaktadırlar. Transseksüellik dışında diğer cinsel tercih ve eğilimlerle mahkemeden izin alınmaksızın cinsiyet değiştirme operasyonu geçirenlerin taleplerinin kabulüne karar verilmemelidir<sup>96</sup>.

-Yukarıdaki paragrafta açıklanan durumda olanların nüfus kayıtlarının düzeltilebileceği yönünde düzenleme yapılması da tek başına yeterli değildir. Bu kişilerin evliliklerinin ve çocuklarının akıbetlerinin ne olacağının da ayrıca hüküm altına alınması gerekmektedir. Zira nüfus kaydının fiili duruma göre düzeltilmesine karar verilmekle aynı cinsten iki kişinin evli olması gibi bir durum ortaya çıkacaktır<sup>97</sup>. Böyle bir hâlde evlilik ilişkisi kendiliğinden sona erecek midir? Yoksa evlilik ilişkisinin sona ermesi için mahkemece bir karar verilmesi gerekecek midir? TMK'da bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira TMK m. 40/f. I hükmüne göre evli bireylerin cinsiyet değiştirmesi mümkün değildir. Kanaatimizce yukarıda paragrafta açıklanan durumda olanların nüfus kayıtlarının düzeltilmesine karar veren mahkemenin, bu kişi-

<sup>95</sup> ARPACI, s. 310-311.

<sup>96</sup> ARPACI, s. 309; Örneğin homoseksüel kişiler için cinsiyet değiştirme, tıbbi bir zorunluluk değildir (Bkz. BAFRA, s. 51).

<sup>97</sup> ARPACI, s. 311.

lerin evliliklerinin<sup>98</sup> ve çocuklarının akıbeti hakkında da bir karar vereceği yönünde düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

---

<sup>98</sup> Farklı bir duruma ilişkin olmakla birlikte benzer yönde görüş için bkz. BAFRA, s. 52; ATAMER/ TAŞKIN, farklı cinsiyetten iki kişinin gönüllü olarak evlendiği, çocuk sahibi olduğu, daha sonra eşlerden birinin cinsiyet değiştirdiği bir hâlde, esasen eşler arasındaki evlilik boşanma ile sonuçlanmadığı sürece nüfus kaydında değişiklik yapılmamasının taraflarınca desteklenmediğini, ancak hukukî olarak tek tutarlı yolun bu olduğunu ifade etmektedir (Bkz. ATAMER/ TAŞKIN, s. 768-769).

**KISALTMALAR CETVELİ**

AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz./bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
c.	: Cümle
C.	: Cilt
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜİFD	: Gaziosmanpaşa Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
LGBTİ	: Lezbiyen, gey, biseksüel, transgender, intersex
m.	: Madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No.	: Number
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
T.	: Tarih
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
UÜSBD	: Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Projesi

Y. : Yıl

Yarg. : Yargıtay

YD : Yargıtay Dergisi

**KAYNAKLAR**

- AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya: Türk Medenî Kanunu Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018.
- ALÇIK, Merve: "Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel S., Y. 2019, (s. 1875-1906).
- ARPACI, Abdülkadir: "Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları", MÜHFD, S. 1, Y. 2007, (s. 309-312).
- AŞÇIOĞLU, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Hukuki Sorumluluklar, Ankara 1993.
- ATAMER, M. Yeşim/ TAŞKIN, Z. Damla: "Transseksüellere İlişkin Hukusal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri", YD, C. 42, S. 4, Y. 2016, (s. 719-782).
- AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.
- BAFRA, Jale: "Türkiye'de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar", Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi, C. 1, Y. 2004, (s. 47-54).
- CUMALIOĞLU, Emre: "Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Anayasa'ya Aykırı Mıdır?", İKÜHFD, 15 (2) 2016, (s. 439-464).
- DEMİRBOĞA, Dursun Ali: "Kişiliğin Korunması Hükümleri Bakımından Türk Medeni Kanununa Göre Cinsiyet Değişikliği", ÇÜHFD, C. 3, S. 2, Y. 2018, (s. 43-69).
- DURAL, Mustafa: Türk Medenî Hukukunda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2015.

- EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Medeni Hukuk Davaları, Ankara 2013.
- GÜVEN, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, C. 1, S. 1, Y. 1997, (s. 45-80), (Kısaltılmışı: GÜVEN, Cinsiyet Değişikliği).
- GÜVEN, Kudret: “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik Ve İnterseksüellik”, BÜHFD, C.I, S.1,Y. 2015, (s. 133-176), (Kısaltılmışı: GÜVEN, Cinsel Kimlik).
- HAKERİ, Hakan: “Cinsiyet Değiştirme Hukuku”, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, (<http://www.sdplatform.com/Dergi/756/Cinsiyet-degistirme-hukuku.aspx>, Erişim tarihi ve saati: 15.08.2019, 12:04).
- HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), İstanbul 2013.
- KESKİN, Necla/YAPÇA, Gamze/TAMAM, Lut: “Transseksüalizm: Klinik Özellikleri ve Yasal Konular”, Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 2015; 7(4), (s. 436-447).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltmesi İçin Dava Açabilir Mi?, İstanbul, 1986.
- KORKMAZ ÇETİN, Saniye/ YEKTAŞ, Çiğdem/ BİLDİK, Tezan/ DALKILIÇ, Meryem / TAMAR, Müge: “Ergenlerde Cinsel Kimlik Ve Yönelim Sorunlarında Değerlendirme Ve İzlem: Dört Kız Olgu”, Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi, 21 (1) 2014, (s. 51-64).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014.



- ÖZAY, Hilal: “İslâm Hukuku Açısından Cinsiyet Değişirme”, GÜİFD, C. 4, S. 1, Y. 2016, (s. 1-36).
- ÖZTAN, Bilge: Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar, Ankara 1987.
- RUHÎ, Canan/ RUHÎ, Ahmet Cemal: Nüfus Davaları-Nüfus Kayıtlarına İlişkin Düzeltme Davaları-, Ankara 2017.
- SAĞLAM, İpek: “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. VIII, S. 3-4, Y. 2004, (s. 455-489).
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013.
- SERT, Selin: “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değişirme”, TBB Dergisi 2015 (118), (s. 255-270).
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1992.
- TURAN BAŞARA, Gamze: “Türk Medenî Kanununun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, TBB Dergisi 2012 (103), (s. 245-266).
- TURAN, Şenol/ AKSOY POYRAZ, Cana/ İNCE, Ezgi/ SAKALLI KANİ, Ayşe/ EMÜL, Hacı Murat/ DURAN, Alaattin: “Cinsiyet Değişirme Ameliyatı İçin Psikiyatri Kliniğine Başvuran Transseksüel Bireylerin Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri”, Türk Psikiyatri Dergisi, Y. 2015, 26(3), (s. 153-160).
- WILL, Michael R./ ÖZTAN, Bilge: “Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukukî Durumu-, AHFD, C. 43, S. 1-4, (s. 227-268).
- YAĞLI, Soner: “Bir Anlatı Mecrası Olarak Yeni Medyanın Söyleminde Trans Bireyler”, UÜSBD, C. 8, S. 1, Y. 2015, (s. 267-284).
- YILMAZ, Battal; Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, (Kısaltılmışı: YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu).
- YILMAZ, Zehra: “Bedenin “Normalleştirilmesi” Söylemi Üzerine Bir Analiz: Cinsiyet Geçiş Ameliyatları”, Alternatif Politika, 2019, 11 (1), (s. 290-318), (Kısaltılmışı: YILMAZ, Cinsiyet Geçiş Ameliyatları).

### **Yararlanılan İnternet Siteleri**

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/>, Erişim tarihi ve saati: 13.04.2020, 12:08.

[https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Gender\\_identity\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_TUR.pdf), Erişim tarihi ve saati: 16.08.2019, 11:03.

<http://www.sdplatform.com/Dergi/756/Cinsiyet-degistirme-hukuku.aspx>, Erişim tarihi ve saati: 15.08.2019, 12:04.

**Karar İncelemeleri**  
**Reviews of Judgment**





## ULUSLARARASI ADALET DİVANININ BİRLEŞMİŞ MİLLETLERİN YAPTIĞI HARCAMALARIN ÜYE DEVLETLERCE KARŞILANMASI HAKKINDAKİ DANIŞMA GÖRÜŞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM\*

### Öz

Uluslararası arenada toplumsal barışın sağlanabilmesi için gerek ülkeler arasında çıkan krizlerin gerekse ülke içindeki farklı gruplar arasında ortaya çıkan çatışmaların barışçıl yollarla çözümlenebilmesi supranasyonel kurumların gerekliliğini gündeme getirmektedir.

Ulusların bu çerçevede devrettiği yetkilerin hukuki dayanaklarının neler olduğu öncelikle ortaya konulmaya çalışılacaktır. Temelde her bir çatışma yahut anlaşmazlık için ad hoc olarak kurulan barış güçlerinin hangi yetkilerle donatıldığı da bunları oluşturan uluslararası hukuki metinler kapsamında detaylandırılacaktır.

Bu bağlamda makalede söz konusu barış güçlerinin hangi esaslara göre şekillendiği ve gönüllük esasına göre faaliyet göstermeleri konuları da açıklanmıştır. Ayrıca barış gücüne ihtiyaç duyan devletlerin genellikle Balkanlar, Orta Doğu, Akdeniz ve Asya'da yoğunlaşmasının arka planı ve bu operasyonlarda uyulması gereken hukuki, insani, siyasi ve mali ilkeler bahse konu barış gücünün bağlı bulunduğu uluslararası belgeler ışığında irdelenmiştir.

BM tarafından yürütülen uluslararası toplumsal barışın sağlanmasına yönelik tedbirlerin, BM zorlaması değil ihtiyaç duyan ülkenin rızası dâhilinde yapılma-

\* Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Karabük, Türkiye | Asst. Prof., Karabük University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Department of Law, Karabük, Turkey.

✉ azim\_2006@hotmail.com • ORCID 0000-0002-7617-2429

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: İBRAHİM Abdülazim, "Uluslararası Adalet Divanının Birleşmiş Milletlerin Yaptığı Harcamaların Üye Devletlerce Karşılanması Hakkındaki Danışma Görüşünün Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 761-811.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

sı, bu tedbirlere ilişkin faaliyetlerin de bölgesel hegemonya ve terör faaliyetlerinin önüne geçme amacı taşıması örnek olaylarla birlikte anlatılacaktır.

### **Anahtar Kelimeler**

BM • Barış Gücü • Uluslararası Hukuk • BM Harcamaları • Kuvvet kullanımı

## **EVALUATION OF THE CONSULTATIVE OPINION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ON THE COVERAGE OF THE EXPENSES OF THE UNITED NATIONS BY THE MEMBER STATES**

### **Abstract**

Today, in order to ensure social peace in the international arena, and the need to find peaceful ways to sort out the crises between countries or to solve the conflicts that arise between different groups in the country raises the necessity of supranational institutions.

In this context, Countries share some of their powers with international institutions. This article will try to reveal the legal basis of the powers that nations share with these organizations within this framework. Basically, as an established ad hoc for each conflict or dispute depending on which powers the peacekeepers are equipped with, will be detailed within the framework of the legal texts.

In this context the subject of the article is to explain that on what basis the peacekeeping forces are shaped and to open up about their voluntary based operations. Balkans, the Middle East, the Mediterranean as the regions who need the peacekeeping forces, Background of concentration in Asia and the legal, humanitarian, political and financial principles related to these forces that must be followed in these operations, will be explained in the light of international concepts.

The measures taken by the United Nations to ensure international peace, are not UN compulsions but are carried out within the consent of the state in need and the aim of activities related to these measures are to protect the regional hegemony and prevent terrorist activities. Will be explained with case studies.

Who will meet the financial burden of these operations, stated in the general context of the United Nations, and the legal status of the expenses of the UN peacekeeping forces will be studied in the light of case studies and international legal texts?

### **Key Words**

UN • Peace Force • International law • UN Spending • Use of force

## GİRİŞ

Uluslararası Adalet Divanı hükümleri, istişare mütalaaları ve düzenlemeleri özeti Birleşmiş Milletlerin Antlaşması'nın belirlenmiş harcamaları (Madde 17, Paragraf 2) 20 Temmuz 1962 tarihli istişare mütalaaları ele alınarak incelenecektir. Bu çalışmada Uluslararası Adalet Divanından çıkan kararı ve Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın maddelerine göre genel olarak barış gücü operasyonu, özel olarak harcamaları Mahkeme Kararı ele alınarak incelenmektedir.

Birleşmiş Milletlerin belirlenmiş harcamaları sorusu (Tüzük, Madde 17, Paragraf 2) Birleşmiş Milletlerin 20 Aralık 1961 tarihli Genel Kurulunda alınan Karar ile istişare mütalaası için Mahkemeye götürülmüştür. Uluslararası Adalet Divanı Mahkemesi beşe karşı dokuz oy ile Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarına uygun olarak talepte benzer şekilde sıralanan Birleşmiş Milletlerin Kongo ve Orta Doğu'daki operasyonları ile ilgili olarak mütalaa için talep edilen sıralamada Genel Kurul Kararı'nda geçen yetkili harcamaların, Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2 paragrafının anlamı içerisinde "Örgüt Harcamaları" olduğunu açıklanmıştır.

Mahkeme başkanı Yasa'nın 66. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, Birleşmiş Milletlere üye ülkelerin Mahkemenin yazılı beyan alabileceğini, belirlediği sabitlenen 20 Şubat 1962 tarihine kadar soru hakkında bilgi sağlayabileceklerini dikkate almıştır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler üyesi kimi devletler görüşleri hakkında beyanlarını, notlarını veya yazılarını sunmuşlardır. Bunlar; Avustralya, Bulgaristan, Beyaz Rusya Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti, Kanada, Çekoslovakya, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Japonya, Hollanda, Portekiz, Romanya, Güney Afrika, İspanya, Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Amerika Birleşik Devletleri, Yukarı Volta. 14-21 Mayıs tarihleri arasında yapılan duruşmalarda Mahkeme Kanada, Hollanda, İtalya, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Norveç, Avustralya, İrlanda, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri temsilcilerinin sözlü beyanlarını dinlemiştir.

Uluslararası Adalet Divanının mütalaasında ilk olarak Mahkeme bir görüş bildirmeyi reddederek sorunun kendisini politik bir yapıya getireceğini ve antlaşma hükmünün yorumlanmasının aslında tüzel bir görev olarak alınmasına davet eden bir talebe politik bir özellik verilemeyeceğini beyan etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme Doğu Karelya'nın durumu ile ilgili istişare mütalaasında Daimî Uluslararası Adalet Divanında önceden belirtilen prensipleri ve mevcut Mahkeme tarafından Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile barış anlaşmalarının yorumu ile ilgili istişare mütalaalarında (ilk evre) ve UNESCO'ya karşı yapılan şikâyetler üzerine ILO'nun İdari Mahkeme Kararı'nı geri almış ve neden Genel Kurulun ondan talep ettiği istişare mütalaasını vermediği konusunda herhangi bir "mücbir sebep" görmemiştir.

## I. BARIŞI KORUMA OPERASYONLARININ ORTAYA ÇIKIŞI VE HUKUKİ DAYANAĞI

### 1. Barışı Koruma Operasyonlarının Ortaya Çıkışı ve Özellikleri

#### 1.1. Genel Olarak

Askerî ve sivil personelin katıldığı, büyük ölçüde üye devletlerden sağlanan katılımlar ile barışı koruma operasyonları yapılır. Bu operasyonlar barış güçleri ve gözlemci heyetler tarafından yürütülür. Bu barış güçleri ve oluşturulan heyetler her bir operasyon için *ad hoc* olarak kurulur. Barış güçleri savunmaya yönelik silahlarla donatılırken gözlemci heyetler çoğunlukla silahsızdır. Zamanla bunlar arasında ayırım yapmak zorlaşmış ve gözlemci heyetler de taraflar arasında ihlallerin çözümlenmesine katkıda bulunmaya başlamıştır.<sup>1</sup>

Uygulamada barışı koruma operasyonları çoğunlukla Güvenlik Konseyi tarafından yürütülmekle birlikte, Genel Kurulun da ilgili konu-

<sup>1</sup> Gözlemci gruplar, az sayıda kişiden oluşup görevi, sorun olan yerlere giderek Genel Sekreter'e ve Güvenlik Konseyine rapor vermektir. Kural olarak bunlar, kişi bazında görev yapar ve askerî kuvvet olmadıkları için silah taşımaz. Askerî kuvvet içeren gruplar ise, daha büyük sayıda ordulardan oluşup yetkileri daha geniştir. Bunlar, silahlı çatışma olan bir yere, daha fazla çatışma olmasını engellemek, ateşkesi gözlemek, askerden arındırılmış bir bölgeyi tutmak ve dış müdahaleyi önlemek gibi farklı amaçlarla yerleştirilebilir. Bk., KÜTÜKÇÜ, M. Akif, "Uluslararası Hukukta BM Barışı Koruma Kuvvetlerinin Değişen Rolü", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı: 3-4, 2003, s.139.



da üstünlük kullandığı görülmektedir.<sup>2</sup> Barış gücünün süresi, uzatılıp uzatılmayacağı, operasyonun niteliği ve etkinliği ile ilgili her türlü sorun barış gücünü kuran organ tarafından incelenir ve karara bağlanır. Barış gücünde yer alan askerî personel, Genel Sekreter'in yönetimi altındadır. Genel Sekreter'in rolü çok önemlidir, çünkü barış gücünün kuruluşu aşamasında gerekli planları hazırlar ve taraflara danışarak bir tavsiyede bulunur.<sup>3</sup> İlgili tavsiye, gücü kuracak organda ve oluşturulacak gücünün finansmanı<sup>4</sup> için Genel Kurulda oylanır.<sup>5</sup> Ardından Genel Sekreter, barış gücünü kuran organa sürekli rapor verir ve öngörülmeven durumlarda gücü kuran organdan yol göstermesini ister.<sup>6</sup>

Barışı koruma operasyonunda görev alan askerler, üye devletlerden gönüllülük esasına göre sağlanır ve üye devletler askerlerini istedikleri zaman geri çekebilir. Her devletin askeri kendi üniformasını giymekte olup bu askerlerin barışı koruma kuvveti olduğu başlarına giydikleri mavi berelerden ya da taşıdıkları BM rozetlerinden anlaşılmaktadır.<sup>7</sup> Kural olarak personele ilişkin aylık, terfi, emeklilik, üniforma gibi

<sup>2</sup> BM'nin barışı koruma operasyonları yaratabileceği konusunda bir tartışma olmakla birlikte, hangi organın barış gücü tesis etmeye yetkili olduğu konusunda belirsizlik vardır. Uygulamada Güvenlik Konseyi, Genel Kurul ve Genel Sekreter'in ilgili konuda yetkilerini kullandığı ve barış güçlerinin söz konusu organların kararları ile tesis edildikleri görülmektedir. Bk., ARIBOĞAN, Deniz. Ü. "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunları", *Avrasya Dosyası, BM Özel Sayısı, Cilt: 8, . Sayı:1, 2002, s. 135.*

<sup>3</sup> Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s. 812.

<sup>4</sup> "Örgüt Harcamaları" şeklinde ele almadığı argümanına cevaben, Mahkeme bu yoruma uygun olmadığını belirtmiştir. UNEF finansmanı ile ilgili kararların analiz edilmesinde mahkeme özel bir hesabın tesis edilmesinin Genel Kurul tarafından paylaştırıldığı gibi üyelerin katkılarından sağlanamayacağı anlamını getirmez. Bu konudaki karar, ki bu üçte ikilik çoğunluk gerekliliği ile uyarlanmıştır, UNEF harcamalarının "başka şekilde genel Kurul Birleşmiş Milletlerce üstlenilmesi veya üyeler tarafından paylaştırılması kararı alamayacağından "Örgüt Harcamaları" sonucunda durulması konusunu belirlemiştir. Bu nedenle Mahkeme UNEF harcamalarının yıldan yıla Madde 17 Paragraf 2 anlamı içerisinde Örgüt harcamaları olarak Genel Kurulca ele alınmasını belirlemiştir. Bk., Uluslararası Adalet Divanının 20 Temmuz 1962 Yılındaki BM, Üyeleri tarafından Harcamalar kararı.

<sup>5</sup> KESKİN, Funda, "Yeni Barış Güçleri", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C:54, S:4, 1999, s.70.

<sup>6</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)* IGH, *Armed Activities*, IçJ Rep. 2005, Rn.130vd.

<sup>7</sup> KÜTÜKÇÜ, s. 139.

konular tabi oldukları ulusal mevzuata göre belirlenir ve karşılanır.<sup>8</sup> Barışı koruma operasyonuna katılım, doğal olarak kuvvet gönderen ülkenin kendi anayasasındaki veya kanunlarındaki esas ve usullere, yetki ve sınırlamalara uygun biçimde yapılmaktadır. Söz konusu katılım, askerî birlik, gözlemci, ulaştırma aracı ya da mali destek şeklinde olabilir.<sup>9</sup>

Günümüzde, 16 barışı koruma operasyonu faaliyeti icra edilmektedir. Operasyonların coğrafi olarak Balkanlar, Orta Doğu, Akdeniz ve Asya'da yoğunlaştığı görülmektedir.<sup>23</sup> Operasyonlar, BM Genel Sekreteri'nin başkanlığındaki BM Barış Koruma Operasyonlar Dairesi tarafından yürütülmektedir.<sup>10</sup>

## 1.2. Temel İlkeler

BM Antlaşması'nda açıkça öngörülmemiş olması nedeniyle barışı koruma operasyonlarının hangi ilkelere sahip olacağı konusunda, Örgüt bünyesinde çeşitli çalışmalar yapılmış olmakla birlikte, günümüzde bağlayıcılığı olan herhangi bir metin bulunmamaktadır. Belirtilen nedenle barışı koruma operasyonlarının, uygulamada ortaya çıkan ve gerek Örgütün gerek üye devletlerin farklı şekillerde kabul ettikleri ilkeler çerçevesinde yürütüldüğü söylenebilir.<sup>11</sup> Uygulamada ortaya çıkan ilkelerin temeli, Süveyş Krizi sonrasında Mısır ve İsrail arasında çıkan anlaşmazlık sonucunda doğmuştur. Sorun nedeniyle tesis edilen UNEF-I<sup>12</sup> ile ilgili olarak dönemin Genel Sekreteri Dag Hammarskjöld tarafından Genel

<sup>8</sup> ÇAYCI, Sadi, "Barış Gücü Harekâtının Hukuksal Esasları", Silahlı Kuvvetler Dergisi, C:112, S:335, 1993, s.106.

<sup>9</sup> SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 176, Ayrıca BM Genel Sekreteri'nin barışı koruma operasyonlarındaki rolü ve Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilmesi ile ilgili ayrıntılı olarak bk. SAROOSHI, Danesh, "The Role of the Secretary-General in United Nations Peace-Keeping Operations", Aust. YBIL, Vol.20, 1999, ss. 279-297

<sup>10</sup> ALANGOYA için Armağan, s.820.

<sup>11</sup> Karar için bk.<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/211/00/IMG/NR021100.pdf?OpenElement>. (Erişim Tarihi: 13.01.2017)

<sup>12</sup> UNITED NATIONS EMERGENCY FORCE

Kurula 6 Kasım 1956 tarihinde sunulan Raporda açıklanmıştır.<sup>13</sup> Belirlenen temel ilkeler:

(1) Barış gücünün, Güvenlik Konseyi veya Genel Kurulun yetkisi ya da kontrolü altında olacağı,

(2) Örgütün operasyon üzerindeki kontrolünün Genel Sekreter tarafından sağlanacağı,

(3) Barış gücünün Antlaşma'nın VII. Bölümü'nde öngörülen türden bir güç olmaması nedeniyle ev sahibi ülkenin rızasına dayalı olarak kurulup faaliyet göstereceği ve bunun sonucu meşru müdafaaanin ötesinde kuvvet kullanamayacağı,

(4) Gücün üstlendiği fonksiyonlar çerçevesinde ev sahibi ülkede hareket serbestisi olacağı,

(5) Barış gücü komutanının Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından atanacağı ve ilgili organlara karşı sorumlu olacağı,

(6) Görev alacak personelin daimî üyeler dışındaki üye devlet ülkelerinden gönüllülük esasına dayalı olarak sağlanacağı,

(7) Gücün tarafsızlık içinde hareket edeceği, ev sahibi ülkenin kanun ve düzenlemelerine saygı göstereceği ve iç işlerine karışmayacağı,

(8) Barış gücünün geçici nitelikte olduğu ve üstlendiği fonksiyonların gerekliliğine göre görev süresinin uzatılabileceğidir.

Söz konusu ilkeler, daha sonraki uygulamalara esas olmuş ve Genel Kurulun 1001(1956) sayılı Kararı ile onaylanmıştır.<sup>14</sup> Ardından Genel Kurul, 18 Şubat 1965 tarihinde aldığı Kararı'nda Antlaşmanın 22. maddesinde tali organlar kurma konusunda kendisine tanınan yetkiye dayanarak barışı koruma operasyonlarını bütün yönleri ile ele alması için "BM Barışı Koruma Operasyonları Özel Komitesi"ni tesis etmiştir.<sup>28</sup>

9 Aralık 1994'te Genel Kurulun kabul ettiği BM personeli ile bağlı diğer personelin güvenliğine ilişkin Sözleşme ile barışı koruma operas-

<sup>13</sup> United Nations Enforcement Force-I; 1956 Ekim ayının sonunda İsrail, Fransa ve İngiltere Mısır'a saldırmış fakat beş gün içinde devletler ateşkes ilan etmiş, ardından BM Genel Kurulu 5 Kasım 1956'da UNEF-I'i tesis etmiştir. Bk. MALANCZUK, Peter, Akerhurst's Modern Introduction to International Law, Routledge, USA, 1997, s. 417.

<sup>14</sup> ALANGOYA için Armağan, s.826.

yonları ilk defa uluslararası bir sözleşmeye konu olmuştur. Sözleşme 'de barış güçleri personeli de dâhil olmak üzere BM personeli ve bağlı diğer personele yönelik saldırıların cezalandırılmasını amaçlayan hükümlerin yanı sıra barışı koruma operasyonlarının dayandığı bazı ilkeler de yer almıştır.<sup>15</sup>

Barışı koruma operasyonlarını, BM Antlaşması'nda yer alan zorlama tedbirlerinden ayıran özelliklerin başında rızaya dayalı olması gelir. Barış güçleri iki devlet arasına yerleştirilecek ise, her iki devletin de rızası aranır. Taraflardan birinin rızası yoksa barış gücü sadece rızası olan tarafa yerleştirilir. Ancak zamanla söz konusu ilkedeki sapmalar olduğu görülmüştür. Örneğin Kıbrıs'ta Rum ve Türk toplumları arasında yaşanan 1964-74 yılları arasındaki çatışmaya ilişkin tesis edilen UNFICYP<sup>16</sup> için Kıbrıslı Rumların rızası alınırken Türklerin rızası alınmamıştır. Eğer iç savaşın yaşandığı ülkede çok sayıda çatışan taraf bulunuyorsa taraflardan hangilerinin rızasının alınacağı sorun olmaktadır. Somali'deki gibi mevcut bir hükümet de yoksa sorun daha da büyümektedir. Soğuk Savaş döneminde neredeyse bütün operasyonlar rızaya dayanırken Soğuk Savaş sonrasında gerçekleştirilen operasyonlarda rıza unsurunun açıkça ihlal edildiği görülmüştür. Nitekim Güvenlik Konseyinin 781 sayılı Kararı ile Bosna-Hersek hava sahası üzerinde askerî uçuşları yasaklaması ve yasağı izleme görevini UNPROFOR'a<sup>17</sup> vermesi tarafların rızasına dayanmamıştır.<sup>18</sup>

Boutros Ghali'nin barış gündeminde şimdiye kadar operasyonların tüm tarafların rızası ile teşkil ettiği açıklamasına yer vermesi, çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. Söz konusu durum, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin endişeye kapılmasına neden olmuş, rızaya dayanmayan barışı koruma operasyonlarının yeni bir müdahale biçimi yaratabileceği düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bosna'dan sonra Somali'de de rızanın olmayışı endişeleri doğrulamıştır. Konsey, Somali'de UNOSOM-

<sup>15</sup> ÖNCÜ, Mehmet, "Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonlarının Hukuki Temelleri" Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 2, Sayı. 6, 2006, s.33.

<sup>16</sup> UNITED NATIONS PEACE- KEEPING FORCES IN CYPRUS, BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, ULUSLARARASI KUVVETLERİ, KIBRIS

<sup>17</sup> Unprofor: united nations protection force

<sup>18</sup> ÖNCÜ, s.33.

I<sup>19</sup>'in yerine geçen UNOSOM-II'ye, 794 sayılı Kararı ile insani yardım faaliyetleri için güvenli bir ortam oluşturulması amacıyla üye devletlere kuvvet kullanma yetkisi tanımıştır.<sup>20</sup> UNOSOM'ın kuruluşu sırasında BM Antlaşması'nın VII. Bölümü'ne dayanan Konsey, tarafların rızasını almamış ve fonksiyonları kendisi belirlemiştir. UNPROFOR<sup>21</sup> ve UNOSOM-II VII. Bölüm'e dayanılarak kurulmuş olmalarına rağmen söz konusu operasyonların hangi maddeye dayandıkları belirtilmemiştir. Belirtilen operasyonlar, insani durumun hafifletilmesine yardımcı olmadığı gibi, Antlaşma'nın VII. Bölümü'nde yer alan zorlama önlemleri arasındaki ayrımın bulanıklaşmasına neden olmuştur.<sup>22</sup>

Zamanla soruna yakın ilgisi olan tarafların barış güçlerine katılmaması, başka bir ifade ile tarafsızlık ilkesi de göz ardı edilmeye başlanmıştır. Söz gelimi, UNICYP için asker temin eden İngiltere'nin Kıbrıs sorununa ilgisi olmadığını söylemek zordur. Barış güçlerine Konseyin daimî üyelerinin, komşu devletlerin ve soruna yakın ilgisi ile çıkarı olan devletlerin dâhil edilmemeye çalışılmasının temel gerekçesi, barış gücünün kurulmasına yol açan uyuşmazlığı veya durumu, bölgesel hegemonyadan korumaktır. Ancak özellikle son dönemlerde askerî güçlerin çoğunlukla daimî üyelerden özellikle ABD'den sağlandığı düşünüldüğünde, söz konusu ilkedeki sapıldığı söylenebilir.<sup>23</sup>

### 1.3. BM Barışı Koruma Operasyonlarının Hukuki Dayanağı

BM barışı koruma operasyonları önce de ifade edildiği gibi, BM Antlaşması'nda açıkça düzenlenmiş bir mekanizma değildir. Örgüt tarafından geliştirilmiş olmakla birlikte, Örgütün kurucuları tarafından öngörülmemiştir.<sup>24</sup> Güvenlik Konseyi kararlarında çoğunlukla bu operasyonların dayanağı konusunda herhangi bir bölüme ya da maddeye atıf

<sup>19</sup> UNITED NATIONS OPERATION SOMALIA

<sup>20</sup> Bk. MCCOUBREY; WHITE, op.cit., s. 72; Ayrıca karar için bk. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/772/II/PDF/N9277211.pdf?OpenElement>. (11.01.2017).

<sup>21</sup> UNITED NATIONS PROTECTION FORCE

<sup>22</sup> GÖNLÜBOL, Mehmet, "Birleşmiş Milletler Kuvveti: Süveyş ve Kongo olayları" Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı:1, Mart 1961, s.161.

<sup>23</sup> ALANGOYA İçin Armağan, s.834.

<sup>24</sup> United Nations Iraq-Kuwait Observation Mission, bk., Kararın detayını, <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unikom/12.01.2018>.

yapılmamakla birlikte, bazı kararlarında tersi bir tutum sergilediği de görülmüştür. Söz gelimi, Irak-Kuveyt sınırını ve bu sınırdaki oluşturulan askersizleştirilmiş alanı izlemekle görevlendirdiği UNIKOM<sup>25</sup>'un tesisine ilişkin 689 sayılı Karar'ında Konsey, VII. Bölüm çerçevesinde hareket edildiğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra Bosna-Hersek ve Somali'de de Antlaşma'nın VII. Bölümü'ne dayanılmış, hatta meşru müdafaa'nın ötesinde kuvvet kullanma yetkisi tanınmıştır.<sup>26</sup>

Açık bir düzenlemenin yokluğu, ilgili konuda çeşitli görüşleri de beraberinde getirmiştir. Bir görüş, Antlaşma 'da hukuki dayanağı olmayan operasyonların acil ihtiyaçtan doğan *ad hoc* bir cevap olduğunu ileri sürmüş, böyle bir mekanizmanın yetki aşımı (*ultra vires*) anlamına gelip gelmediği üzerinde durulmamıştır. Başka bir görüşe göre, BM'nin görev ve yetkileri Antlaşma'nın yanı sıra Örgütün karar ve uygulamalarından da kaynaklanır.<sup>27</sup> Bir başka ifade ile ilgili konuda bir örf âdet hukuku oluşmuştur. Dayanak olarak da 21 Mart 1986 tarihli "Viyanalı Devletler ve Uluslararası Örgütler veya Uluslararası Örgütler Arasındaki Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi"nin 2. maddesi gösterilmektedir.<sup>28</sup>

Buna göre, uluslararası örgütlerin kuralları, kurucu metinleri ile bu metinlere uygun olarak kabul edilmiş karar ve uygulamalardan oluşur.<sup>29</sup> BM Antlaşması'nda ilgili konuda bir düzenlemenin yokluğu nedeniyle Örgüt uygulamalarının, belirtilen Sözleşme ile barışı koruma operasyonlarına dayanak oluşturabileceği söylenebilir.<sup>30</sup>

Operasyonların hukuki dayanağını açıklamaya çalışan görüşlerin büyük bir bölümü, Antlaşma'nın çeşitli maddelerini esas almaktadır. Bir görüşe göre, operasyonlar Antlaşma'nın 29. maddesine dayanmaktadır.

<sup>25</sup> Karar için bk. <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/596/25/IMG/NR059625.pdf?OpenElement> (06.01.2018)

<sup>26</sup> ATEŞ, s.315

<sup>27</sup> GÜN, Ö. Rengin, "Birleşmiş Milletler Örgütünün Örgütlenme İlkeleri ve Örgüt Yönetimi Açısından İncelenmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt: 2, 2000, s.2.

<sup>28</sup> ÇELİK Edip F, Milletlerarası Hukuku Birinci Kitap, Filiz Kitap Evi İstanbul, 1987, s.323.

<sup>29</sup> BOZKURT Enver,- KÜTÜKÇÜ M, Akif,- POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku Mevzuatı, 1.Baskı, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004, s. 242.

<sup>30</sup> DOĞAN İlyas, Devletler Hukuku, 1.Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.143.

İlgili maddeye göre, Konsey görevlerini yerine getirirken gerekli tali organları kurabilecektir. Bununla birlikte, tali organlar oluşturulması usule ilişkin konulardan olduğu için Antlaşma'nın 27/2. maddesine göre ilgili organlar kurulabilmekte, karar alınabilmesi için Konseyin herhangi 9 olumlu oyunun varlığı yeterli kabul edilmektedir. Ancak barışı koruma operasyonları için beş daimî üyenin olumlu oyu gerekmekte olup bu da 29. madde dayanağını zorlaştırmaktadır ki 1956 Süveyş Krizi örneği söz konusu durumu doğrulamaktadır. İngiltere ve Fransa'nın vetoları nedeniyle Konsey karar alamayınca UNEF-I'in tesisi Genel Kurul tarafından gerçekleştirilmiştir.<sup>31</sup>

Başka bir görüşe göre ise, operasyonlar VII. Bölüm'e dayandırılmaktadır. VII. Bölümü'n başlangıç noktası 39. madde olup öncelikle Güvenlik Konseyinin "barışın tehdit edildiği, bozulduğu veya saldırı fiilinin gerçekleştiği" saptamasını yapması gerekir. Ardından somut duruma göre, 41 ve 42. maddelerde yer alan<sup>32</sup> silahlı kuvvet içermeyen ya da içeren önlemlerin alınmasına karar verir.<sup>33</sup> Çoğunlukla ve özellikle son dönemlerde, operasyonları kuran kararlarda VII. Bölüm'e atıf yapılması ve bazı barış güçlerine meşru müdafaa'nın ötesinde kuvvet kullanma yetkisi tanınması nedeniyle operasyonların hukuki dayanağının silahlı kuvvet kullanılmasını gerektiren tedbirleri içeren 42. maddeye dayandırma eğilimi ortaya çıkmıştır. Ancak 42. maddenin uygulanması, 43. maddede öngörülen anlaşmaların yapılmasına bağlandığı ve bu anlaşmalar da yapılamadığı için operasyonların 42. maddeye dayandırıl-

<sup>31</sup> ATAK M. Sadık, Harp Sonrası Dünya, 1945- 1966: Post War World, Ankara: Ankara Basım ve Cilt evi, 1966, s.123.

<sup>32</sup> Madde 42- Güvenlik Konseyi, 41. maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla gerekli sayıda her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir; 43. madde, 1. Birleşmiş Milletlerin tüm üyeleri, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına katkıda bulunmak üzere Güvenlik Konseyinin çağrısı ile özel anlaşma ya da anlaşmalar uyarınca, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli silahlı kuvvetleri ve geçit hakkında içine almak üzere her türlü yardım ve kolaylığı Konseyin hizmetine sunmayı yüklenirler.

<sup>32</sup> HALATÇI, Ülkü. BM Ortak Güvenlik Sistemi ve Sistemin İşleyişindeki Sorunlar (Y. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, SBE, 2004), s.44.

ması mümkün görünmemektedir. Ayrıca gönüllülük esası dikkate alındığında operasyonları 43. maddeye dayandırmak zorlaşmaktadır. 42. madde temelde bir zorlama tedbiri olup devletlerin rızası aranmamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı,<sup>36</sup> 1962 tarihli BM'nin Bazı Harcamalarına İlişkin Verdiği Danışma Görüş'ünde Kongo'da görev yapmak için tesis edilen ONUC'un BM Antlaşması'nın VII. Bölümü'ne<sup>34</sup> dayanan bir zorlama tedbiri olmadığını ifade ederek 42. maddenin dayanak olamayacağı görüşünü desteklemiştir.<sup>35</sup>

Sonuç olarak, barış operasyonlarını Antlaşma metninde bir yere yerleştirmek gerekirse en uygun yerin VI ve VII. Bölümler arası olduğu söylenebilir. Askerî niteliği gereği VI. Bölüme, bu askerî niteliğe istisnalar dışında zor kullanma yetkisinin tanınmaması nedeniyle VII. Bölüme dayanmamaktadır.<sup>36</sup> Hukuki dayanağının tespiti çok karmaşık ve zor olan barışı koruma operasyonları gerek uluslararası hukuk gerek BM Antlaşması çerçevesinde farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. UAD da BM'nin Bazı Harcamalarına İlişkin Verdiği Danışma Görüş'ünde, BM'nin barış güçleri oluşturmasının yetki aşımı anlamına gelmediğini başka bir ifade ile *intra vires* olduğunu belirterek söz konusu durumu desteklemiştir.

#### 1.4. BM'nin Genel Olarak Finansmanı

Birleşmiş Milletlerin barışı koruma operasyonları ile ilgili en büyük sorunlardan biri, operasyonların finansmanıdır. BM Antlaşması'nda, Örgütün bütçesinin Genel Kurul tarafından incelenip onaylanacağı öngörülmüştür.<sup>37</sup> Örgütün harcamaları ise, Genel Kurulun yaptığı taksime göre, üye devletlerden karşılanacaktır.<sup>38</sup> Önceleri barış güçleri ile ilgili bir sorun yaşanmazken zamanla bir finansman sorunu ortaya

<sup>34</sup> Uluslararası Adalet Divanı Kararı, Birleşmiş Milletlerin Harcama ile İlgili VII Bölüm.

<sup>35</sup> Kararın bir özeti için ORAKHELASHVILI, op.cit, s. 498; bk. Uluslararası Adalet Divanının 20 Temmuz 1962 tarihli "Certain Expenses of The United Nations" kararının tam metni için: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=4a&case=49&code=ceun&p3=9>. (02.12.2017)

<sup>36</sup> ATEŞ, op.cit., s. 324/325, Ayrıca bk. MC COUBREY; WHITE, op.cit, s. 50.

<sup>37</sup> BM Antlaşması'nın, 17.maddesinin, 1. fıkrası

<sup>38</sup> BM Antlaşması'nın, 17. maddesinin 2. fıkrası



çıkıştır. Bazı devletlerin payına düşen kısmı ödememesi ya da geç ödemesi nedeniyle UNEF-I ve ONU'nda mali kriz meydana gelmiştir.<sup>39</sup>

Çıkan kriz üzerine Genel Kurul, UAD'dan barış gücü harcamalarının Antlaşma'nın 17/2. maddesi kapsamındaki örgüt harcamaları grubuna girip girmediği konusunda görüş istemiştir.<sup>40</sup> UAD, BM'nin Bazı Harcamalarına İlişkin Verdiği Danışma Görüşünde barışı koruma operasyonlarının Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul tarafından oluşturulabileceği ve yapılacak harcamaların belirtilen maddenin kapsamına girdiği değerlendirmesini yapmıştır.<sup>41</sup> Daha sonra ilgili danışma görüşü Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir. Genel Kurul, bir başka önlem olarak 20 Aralık 1961 tarihinde aldığı bir kararla BM bonolarının satışa çıkarılması yoluna gitmiş ve 200 milyon dolar, %2 faizli ve 25 yıl vadeli bonolar, Örgütü mali açıdan biraz rahatlamıştır.<sup>42</sup>

Yapılan çalışmalara rağmen özellikle, eski SSCB<sup>43</sup> ve Fransa ile bazı devletler paylarına düşen ödemeleri yapmamış; bunun üzerine ABD, ödemelerin yapılmaması hâlinde BM Antlaşması'nın 19. maddesinde yer alan Genel Kurulda oylamalara katılmama yaptırımının uygulanmasını talep etmiştir. Eski SSCB<sup>44</sup> ise, 19. maddenin uygulanması

<sup>39</sup> Eski SSCB, UNEF'in harcamalarının İsrail, Fransa ve İngiltere tarafından ödenmesini, ONU' harcamalarının da yine soruna yakın çıkan olan Batılı devletler tarafından karşılanmasını istemiştir. Eski SSCB'nin amacı, operasyonların finansmanı sorununu çıkmaza sokmak ve böylece kendi nüfuz bölgesi olarak gördüğü alanlara müdahale edilmesini önlemek idi. ABD ise, tam tersi bir tutum sergileyerek üye devletlerin tespit edilen miktarları ödeme yükümlülükleri olduğunu ileri sürmüştür, çünkü operasyonlar çoğunlukla ABD'nin çıkarlarına hizmet edecek şekilde ortaya çıkmaktadır. Bk. STOESSINGER, John, G., "Who Pays", LARUS, Joel (Ed.), From Collective Security to Preventive Diplomacy", John Wiley and Sons Inc., New York, 1965, ss. 493

<sup>40</sup> GÖNLÜBOL, s. 167.

<sup>41</sup> ALANGOYA İÇİN s. 420.

<sup>42</sup> Uluslararası Adalet Divanı Hükümleri, Danışma görüşleri, BM, Belirenmiş Harcamaları, (Tüzük, Madde 17, Paragraf, 2) 20 Aralık 1961 tarihinde Genel Kurulda alınan karar ile istişare mütalaası için Mahkemeye götürülmüştür.

<sup>43</sup> SOVYET SOSYALİST CUMHURİYETLER BİRLİĞİ

<sup>44</sup> SSCB: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'dir. 1917'de ilk temelleri atılan ve Lenin liderliğindeki Bolşeviklerin Menşevikleri yenmesiyle 1922'de ilan edilen ve 1991 yılında Gorbaçov döneminde tarihe karışan, ortalama bir insan ömrü kadar hüküm sürmüş bir 20. yy. imparatorluğudur. Bu devlet 20. yy.da komünizmin dikta rejimine dönüşümünün en büyük örneğini teşkil etmiştir.

hâlinde Antlaşma'dan çekileceğini belirtmiştir, UNEF'in tesisinde de çeşitli yöntemler belirlenmiş olmakla birlikte etkin bir sonuca ulaşmak mümkün olmamıştır.<sup>45</sup>

Soğuk Savaş döneminde yıllık 300 milyon dolar civarında olan barış gücü harcamaları, Soğuk Savaş sonrası dönemde özellikle son yıllarda ciddi bir artış göstermiş ve 1948'den bu yana yaklaşık 31,54 milyar dolara ulaşmıştır. Bu dönemde barış güçlerinin türü de değişmiş, iç savaş ile bağlantılı operasyonlar tesis edilmeye başlanmış, ancak maliyeti çok yüksek olan söz konusu operasyonlar mali krizi körüklemiştir.<sup>46</sup> Gerek Konseyin gerek daimî üyeleri gerek diğer devletler ödemelerini geçmişte olduğu gibi günümüzde de zamanında yapmamakta söz konusu durum, BM barış güçleri personelinin maaşları ile diğer borçların ödenmesine engel olmaktadır.<sup>47</sup>

Barış Gündem'inden üzerinde durulan konulardan biri de finansmandır ki bu sorun aşılmadıkça diğer önerilerin gerçekleştirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Örgüte yüklenen görevler ile sağlanan mali olanaklar arasında ciddi bir uçurum bulunmaktadır. Bunun için yeni fonlar kurulması, geciken ödemelerin faizlendirilmesi, barışı koruma faaliyetleri için tek bir fon oluşturulması, bazı kalemlerde kesinti yapılması gibi öneriler sunulmuştur.<sup>48</sup> Ayrıca borcunu ödemeyen devletlere, Antlaşma'nın 19. maddesindeki yaptırım uygulanarak Genel Kurulda oy kullanma haklarının ellerinden alınabileceği belirtilmiştir. Bütün bunların sağlanması için üye devletlerin ilgili konuda istekli ve duyarlı

<sup>45</sup> 19. maddeye göre, örgüt giderlerine göre iştirak hissesinin ödenmesinde geciken bir BM üyesi gecikmiş ödemelerinin tutarı, geçen tam iki senelik hissesine eşit veya bundan fazla ise Genel Kurulda oya iştirak edemez.

<sup>46</sup> ATEŞ, op.cit., s. 494; Belirtilen operasyonlar, önceki dönemlere göre daha geniş bir yelpazeye dayanan görevler üstlenmişlerdir. Klasik fonksiyonlarının yanı sıra seçim sürecine nezaret etmek veya bizzat kendi kontrolünde seçimler yapmak, güvenli bölgeleri korumak, insani yardım malzemelerinin dağıtımını sağlamak ve kolaylaştırmak, çeşitli idari fonksiyonlar ve çatışan tarafların terhisine yardımcı olmak gibi görevler de üstlenmişlerdir. Barış güçlerinin sayısı ve fonksiyonlarının artışı kaçınılmaz olarak finansal bir krizi de beraberinde getirmiştir.

<sup>47</sup> ALANGOYA için Armağan, s.843.

<sup>48</sup> Bk. <http://www.un.org/Docs/SG/.agpeace.html>. (Erişim Tarihi: 11.01.2017)

olması gerekmektedir, aksi hâlde operasyonların geleceği tehlikeye girecektir.<sup>49</sup>

### 1.5. Birleşmiş Milletler Harcamalarının Karşılama Yöntemleri

BM'nin yıllık bütçesi 1,9 milyar dolar olarak belirlenmiştir. Barış gücü operasyonları hariç, BM etkinlikleri, personel ve altyapı giderlerini kapsayan bütçe, Antlaşma uyarınca üye ülkeler tarafından karşılanmaktadır. Her üye ülkenin bütçeye katkısı, o ülkenin dünya ekonomisinden aldığı paya göre hesaplanır. Bir bütün olarak BM sisteminin yıllık harcaması ise 15 milyar dolar dolayındadır. Bu tutarın yaklaşık üçte ikisi üye ülkelerin gönüllü katkılarından sağlanırken kalan bölüm üye ülkelerin zorunlu katkı paylarından karşılanır. BM bütçesi, büyümek bir yana son yıllarda reel olarak küçülmektedir: 2006-2007 bütçesi 3,79 milyar ABD dolarıdır. Bir karşılaştırma yapmak gerekirse:<sup>50</sup>

- 25 üyeli Avrupa Birliği'nin 2004 bütçesi 7,3 milyar ABD doları olmuştur.
- Tokyo Büyükşehir Belediyesi İtfaiyesinin bütçesi 2,2 milyar dolardır.
- Medya devi Time Warner 2004 yılında 3,3 milyar ABD dolarını sadece reklamları için harcamıştır.
- Dünya Sağlık Örgütü'nün bütçesi, lüks bir transatlantik fiyatı veya Washington kentindeki bir futbol stadyumu inşası bütçesi kadardır.

Üye ülkelerin katkı payları, onların ödeme gücü ile orantılıdır. Ödeme gücünün belirlenmesi için üye ülkenin gayrisafi millî hasılası (GSMH) esas alınır ve katkı payı bütçenin yüzdesi olarak belirlenir. 2005 yılında 47 üyeden alınan paylar ülke başına en düşük 14,360 ABD doları olarak tahakkuk etmiş, en yüksek katkı payı da ABD için 362.852.996

<sup>49</sup> TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, 4. Baskı, Ankara: Beta Yayınları, 2019, s.40.

<sup>50</sup> STOESSINGER, John, G., "Who Pays", LARUS, Joel (Ed.), From Collective Security to Preventive Diplomacy", John Wiley and Sons Inc., New York, 1965, s. 493

ABD doları olarak belirlenmiştir. 2005 yılı bütçesinde üye ülkeler arasında en yüksek 10 katkı payı şöyle olmuştur:<sup>51</sup>

ABD	22.00	362.7
Japonya	19.47	279.6
Almanya	8.66	124.4
İngiltere	6.13	88.0
Fransa	6.03	86.6
İtalya	4.89	70.02
Kanada	2.81	40.4
İspanya	2.52	36.2
Çin	2.05	29.5
Meksika	1.88	27.0

Zengin ülkelerin daha çok, yoksul ülkelerin daha az ödemesine olanak sağladığı için bu yöntem adildir. Ayrıca katkı paylarının adil ve gerçekçi olmasını sağlamak için katkı payları her üç yılda bir en yeni veriler ışığında gözden geçirilmektedir.<sup>52</sup> Öte yandan BM'nin yıllardır içinde bulunduğu mali bunalım, üye ülkelerin Genel Kurulda kendi oylarıyla kabul edilen programların maliyetinde kendilerine düşen payı ödememelerinden kaynaklanmaktadır. Kimi ülkeler bütçe paylarını kendi ulusal bütçe teknikleri ya da yoksulluk nedeniyle zamanında ödeyememektedirler. Kimi ülkeler ise BM'ye baskı yapmak amacıyla ya da siyasal nedenlerle ödeme yapmamaktadırlar.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> Uluslararası Adalet Divanı Kararı, BM, Harcama İle İlgili Danışma Görüşü, 20 Temmuz 1962

<sup>52</sup> STOESSINGER, s.494

<sup>53</sup> <http://www.unicankara.org.tr/index.php?LNG=1&ID=102>. Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi, Ankara, BM Harcamaları ile ilgili, (Erişim Tarihi: 13.01.2017)

## 1.6 Birleşmiş Milletler Barış Gücü Operasyonlarının Giderlerini Karşılama Yöntemleri

Barış Gücü operasyonlarının finansmanında uygulanan yöntem, BM Antlaşması uyarınca maliyetin tüm üye ülkeler tarafından paylaşılmasıdır. Uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında taşıdıkları özel sorumluluk nedeniyle Güvenlik Konseyi daimî üyeleri daha yüksek bir pay öderken kalan üye ülkeler Genel Kurulun belirlediği oranlara göre ödeme yaparlar.

Genel Sekreter'in çağrısı üzerine bir barış gücü operasyonuna personel, donanım, malzeme ya da başka tür destek sağlamak isteyen üye ülkelere bu katkıları karşılığında barış gücü bütçesinden ödemede bulunulur. Bugüne kadar birçok ülke de kendilerine tahakkuk eden payın yanı sıra gönüllü ve ücretsiz olarak mali kaynak, personel, malzeme, taşımacılık hizmetleri gibi ek destek sağlamıştır.<sup>54</sup>

1998'de beş daimî üye, barış gücü operasyonlarının maliyetinin %49'unu karşılamıştır. Öteki sanayileşmiş ülkelere BM bütçe katkı payları kadar bir pay tahakkuk ettirilmiş ve dolayısıyla gelişmekte olan ülkelerin paylarında önemli bir düşüş sağlanmıştır. 1995'te eski Yugoslavya'daki operasyon sırasında Barış Gücü maliyeti 3,5 milyar dolarla en üst noktasına ulaşmış, 1996'da 1,4 milyar, 1977'de 1,3 milyar, 1998'de yaklaşık 1 milyar dolara düşmüştür. 1998 değeri, aynı yılın dünya askerî harcamalar toplamının binde 2'si kadar ve New York kenti Polis Teşkilatının bütçesinin altındadır.<sup>55</sup>

Kongo Cumhuriyeti'nde, Temmuz 1960'ta başlayıp Haziran 1964'te biten operasyonda 19.828 kişi uluslararası ve mahallî memurların desteği ile görev yapmıştır. 245 asker, 5 uluslararası sivil memur toplam 250 kişi hayatını kaybetmiştir. Operasyonun maliyeti 400,1 milyon ABD dolarıdır.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Marrack Gouling, *The Evolution of United Nations Peacekeeping*, International Affairs, Vol.69,1993, s.21.

<sup>55</sup> STOESSINGER, s.494.

<sup>56</sup> Kongo harcaması ile ilgili 20 Temmuz 1962 Uluslararası Adalet Divanı Kararı, BM harcamaları ve Kongo'nun Mahkeme (örgüt harcamalarına) tarafından belirlenmiştir.

## II. ULUSLARARASI ADALET DİVANİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE KONGO MESELESİNİN HUKUKİ BOYUTLARI

### 1. Uluslararası Adalet Divanı Kararı ile İlgili Kongo Meselesi

#### 1.1 Kongo Meselesi

Belçika Kongo'su bağımsızlığını 30 Haziran 1960 tarihinde kazanmıştır. Ancak bunun üzerinden bir hafta bile geçmeden Leopoldville<sup>57</sup> civarında bulunan Kongo Güvenlik Kuvvetleri (*Force Publique*), başarılarında Belçikalı subay istemediklerini ileri sürerek ayaklanmışlar ve bu ayaklanma, kısa zamanda Avrupa'dan gelen kimselerin hayatını tehdit eden bir hareket olarak bütün Kongo'ya yayılmıştır.<sup>58</sup> Bunun üzerine Belçika Hükûmeti, Kongo'da üslenmiş bulunan birliklerini Belçika'dan gönderdiği yeni birliklerle takviye ederek Avrupa'dan gelen kimselerin hayatını korumak için askerî tedbirler almıştır. Diğer yandan aynı günlerde Belçika'ya bağlılığı ile tanınan bir eyalet valisi olan Çombe de Kongo'nun en zengin bölgesi Katanga'nın bağımsızlığını ilan etmiştir<sup>59</sup>. Bütün bu olaylar bir araya gelince Kongo Hükûmeti Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne 12 Temmuz 1960'ta bir telgraf çekerek Belçika'nın Kongo ile imzaladığı 29 Haziran 1960 tarihli Dostluk Anlaşması'nı ihlal ederek Kongo'ya kuvvet yolladığını ve Katanga'yı Kongo'dan ayrılmaya teşvik ettiğini bildirmiş ve Belçika'nın bu davranışı karşısında Birleşmiş Milletlerden askerî yardım istemiştir. Bir gün sonra yolladığı ikinci bir telgrafta Kongo Hükûmeti'nce bu yardımın; Kongo'nun iç düzeninin yeniden kurulması için değil Belçika'dan gönderilen kuvvetler tarafından tehdit edilen toprak bütünlüğünün korunması için istendiğini, yolanacak askerî yardımın bazı radyoların yayınladığı gibi Amerika Birleşik Devletleri'nin değil yalnız tarafsız devletlerin birliklerinden kurul-

<sup>57</sup> Léopoldville veya eski ismi ile Kinşasa, Afrika kıtasında bulunan Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nin başkenti ve en büyük kentidir. Kinşasa aynı zamanda ülkenin on bir bölgesinden biri konumunda olup Başkent Bölgesi statüsüne sahiptir.

<sup>58</sup> ODMAN M. Tevfik, Uluslararası Uyuşmazlıkların Yargı Dışı Barışçıl Yöntemlerle Çözülmesi ve Barışçı Destekleme Operasyonları, 1. Baskı, Adana: Çağ Üniversitesi Yayınları, 2002, s.282.

<sup>59</sup> U. N. Doc., S:4382. Kongo olayı ve Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetinin kurulması ile ilgili bütün önemli vesikalar için: **Chronique de politique Ertangere ((La congolaise : 1 Janvier 1959- 15 Aout 1960))** Vol. XIII, No. 2-3 ( Juillet- Novembre)

ması gerektiğini, eğer bu yardım en kısa zamanda yollanmazsa Kongo Hükûmeti'nin Bandung Paktı devletlerinden yardım istemek zorunda kalacağı belirtilmektedir.<sup>60</sup>

Kongo'daki BM Güçleri (*ONUC- Organisation des Nations Unies au Congo*), Temmuz 1960'ta yeni Kongo Hükûmeti'nce talep edilmiştir.<sup>61</sup> Genel Sekreter'in tavsiyesi üzerine Güvenlik Konseyi, Kongo için ülke güvenlik güçleri görevlerini yerine getirebilir hâle gelinceye kadar yardım edilmesi yetkisini vermiştir. Bunun üzerine Sekreter, üyelerce temin edilen birliklerden oluşan bir BM gücü oluşturmuştur. Bu güç, 29 ülke tarafından desteklenmiştir. Ayrıca teknik yardım alanındaki çeşitli programlarda çok sayıda sivil de hizmet görmüştür. Ortak bir önlem olarak söz konusu gücün hukuki dayanağı şüpheyle karşılanmıştır. Bunu tatmin edici bir şekilde açıklayan görüş de yoktur. Bizzat Genel Sekreter, bu kuvvetin ülke hükûmetinin davetiyle orada bulunduğunu ve harekâtın Anlaşma'nın 41, 42 ve 43. maddelerine göre yürütülmediğini belirtmiştir. Bu güç, BM'nin tali bir organıdır ve personeli Şart'ın 100. maddesine tâbi olmuştur.<sup>62</sup>

## 1. 2 Kuvvetin Kuruluşu

Kongo Hükûmeti'nin bu talebi üzerine Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Antlaşma'nın 99'uncu maddesi gereğince Güvenlik Konseyini toplantıya çağırmıştır. 13 Temmuz gecesi toplanan Güvenlik Konseyinde yaptığı konuşmada Kongo'da ulaşılması gereken esas amacın Kongo Güvenlik Kuvvetlerinin yeniden düzenlenmesi olduğunu, bunun için bir teknik yardım kurulunun kurulduğunu,<sup>63</sup> ancak bu düzenin sağlan-

<sup>60</sup> GÖNLÜBOL, s. 167.

<sup>61</sup> G. I. A. D. Draper, *"The Legal Limitations upon the Employment of Weapons by the United Nations Force in the Congo"*, 12 *International and Comperative Law Quarterly (ICLQ)* 887 (1963).

<sup>62</sup> Uluslararası Adalet Divanının, Birleşmiş Milletlerin Kongo operasyonu için Kararı'nın özeti.

<sup>63</sup> Gerçekten, Kongo Hükûmeti, Birleşmiş Milletlerden askerî yardım istemeden önce çıkan ayaklanma sonunda Belçikalı subayların iş başından uzaklaştırılması üzerine idarecisz kalan Kongo Güvenlik Kuvvetlerinin yeniden düzenlenmesi için Birleşmiş Milletlerin Kongo'ya askerî uzmanlar göndermesini istemiş, bunun üzerine Genel Sekreter derhâl Leopoldville'de devamlı bir temsilcinin başkanlığı altında bir Teknik Yardım Bürosu kurmuştur. Bu büronun görevi, Kongo Güvenlik Kuvvetlerini yeniden düzenlemek olduğu kadar bu ülkede idari kadroları elinde bulundu-

masının emniyet zaman gerektireceğini ve bu arada Kongo Hükûmeti'nin iç güvenliğini korumakta güçlük çekebileceğini söyleyerek Güvenlik Konseyinden, Kongo Hükûmeti'nin isteğine uygun olarak Birleşmiş Milletler teknik yardımı ve bu hükûmetin gayretleriyle millî güvenlik kuvvetlerinin iç düzeni yeniden kuracakları güne kadar Kongo'ya askerî yardım yapılabilmesi için kendisine yetki verilmesini talep etmiştir. Diğer yandan Kongo'da Belçika Birlikleri bulunmasının dünya barışını tehdit ettiğini işaret eden Genel Sekreter, bu yardım yapıldıktan sonra Belçika Hükûmeti'nin birliklerini geri çekeceği ümidini de izhar etmiştir<sup>64</sup>.

13 Temmuz tarihli Güvenlik Konseyi toplantısında üyelerin hiçbiri Kongo'ya bir Birleşmiş Milletler kuvveti yollanmasına karşı cephe almamış ve Genel Sekreter'e Kongo'ya askerî yardım yapılması için gerekli tedbirleri alması hususunda yetki verilmesini isteyen Tunus Karar Sureti sekiz müspet oyla kabul edilmiştir<sup>65</sup>. Bu kararda;

(1) Belçika Hükûmeti Kongo'daki askerlerini geri çekmeye davet edilmekte,

(2) Kongo Millî Güvenlik Kuvvetlerinin iç düzeni yeniden kuracak hâle gelecekleri güne kadar Kongo Hükûmeti'ne danışarak bu devlete askerî yardım yapmak için Genel Sekreter'e gerekli göreceği tedbirleri almak yetkisi verilmektedir.

Bu karar suretinin oylanmasında çekimser kalan İngiltere, Fransa ve Çin Kongo'ya Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin yollanmasını istemedikleri için değil karar suretinde Belçika kuvvetlerinin geri çekilmesini isteyen bir hüküm bulunduğu için çekimser kaldıklarını bildirmişlerdir.<sup>66</sup> Gerçekten bu devletlerin temsilcilerinin yaptıkları konuşmalara bakılırsa Belçika kuvvetlerinin geri çekilmesi ancak Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Kongo'ya ulaştıktan sonra düşünülebilir. Diğer yandan aynı toplantıda Tunus Teklifi'ne karşı Güvenlik Konseyinin Belçika'nın Kon-

---

ran Belçikalıların da Kongo'dan ayrılmaya başlamaları üzerine beliren diğer idari güçlüklerin çözülmesine de yardım etmekte. Bk. Keesings Contemporary Archives, Vol. XII (1959- 1960), sh. 17641.

<sup>64</sup> GÖNLÜBOL, s. 149.

<sup>65</sup> TÛTÛNCÛ, s. 231.

<sup>66</sup> Uluslararası Adalet Divanının Hükümleri, Danışma Görüşü, 20 Temmuz 1962.



go Cumhuriyeti'ne karşı yaptığı silahlı tecavüzü takbih eden bir hüküm konulması ve Kongo'ya gönderilecek kuvvetin yalnız Birleşmiş Milletlerin üyesi olan Afrika devletlerinden toplanması hususunun belirtilmesi yolundaki Sovyet teklifi de reddedilmiştir.<sup>67</sup>

### 1.3 Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Hukuki Dayanağı

Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin hukuki dayanağı meselesini inceleyen iki hususun göz önünde tutulması gerekmektedir. Birincisi, Birleşmiş Milletler Şartı'nın bir Birleşmiş Milletler kuvvetinin kurulması ile ilgili hükümleri; ikincisi de incelemekte olduğumuz Süveyş ve Kongo olaylarında kurulan kuvvetin hukuki dayanaklarıdır. Giriş kısmında da belirtildiği gibi bu çalışmada daha çok ikinci nokta üzerinde durularak birincisine yalnız ikinci nokta ile ilgili olduğu ölçüde temas edilecektir.<sup>68</sup>

Yukarıda belirttiğimiz gibi Süveyş olayında Güvenlik Konseyi 31 Ekim 1956'da, Genel Kurulun 3 Kasım 1950 tarihli Barış İçin Birleşme Kararı gereğince, gerekli tavsiyelerde bulunmak üzere Kurulun olağanüstü bir toplantıya çağrılmasını öngören bir karar almıştır. Güvenlik Konseyinin bu kararı, ilgili Karar'ın A/A bendi gereğince aldığı düşünülmektedir. Gerçekten bu bent gereğince barışa karşı bir tehdit mevcut olabilecek her hâlde, barışın bozulmasında veya bir tecavüz fiilinde ve daimî üyeler arasında oy birliği sağlanamamış olmasından dolayı Güvenlik Konseyinin milletlerarası barış ve güvenliği sağlamak hususundaki esas görevini yerine getirmemesi hâlinde, barışın bozulması veya bir tecavüz fiili bahis konusu ise lüzumunda silahlı kuvvet kullanılması da dâhil olmak üzere milletlerarası barış ve güvenliği korumak veya yeniden kurmak için alınacak müşterek ve uygun tedbirleri üyelere tavsiye etmesi için Genel Kurul meseleyi derhâl tetkik edecektir.<sup>69</sup> Eğer o anda Genel Kurul toplantıda değilse bu yolda sunulacak talebi takip edecek yirmi dört saat içinde olağanüstü olarak toplanabilecektir. Genel Kurul acele vuku bulacak bu nevi olağanüstü toplantıya Güvenlik Kon-

<sup>67</sup> ODMAN, s.283.

<sup>68</sup> ÇAYCI, s. 106.

<sup>69</sup> John Gerard Ruggie, The UN, Peace and Force, ed. Michael PUGH, **The UN and the Collective Use of Force: Whither or Whether**, Frank Cass&Co.Ltd., London, 1997, s.7.

seyinin herhangi yedi üyesinin müspet oyu ile ya da Birleşmiş Milletler üyelerinin çoğunluğunun kararı ile davet edilecektir.<sup>70</sup>

Barış İçin Birleşme Kararı'nın Antlaşma hükümleri gereğince alınmış bir karar olup olmadığı hususunun tartışılması, konumuzun dışında kalmaktadır. Şununla yetinelim ki genel kural, bu karar gereğince olağanüstü bir toplantı yaparak veto sebebiyle görevini yerine getiremeyen Güvenlik Konseyinde görüşülen bir meseleyi ele almak yetkisine haiz bulunmaktadır. Diğer taraftan, Genel Kurul tarafından Süveys meselesinde kullanılan yetkilerin asıl kaynağını bu kararda değil Antlaşma'nın metninde aramak lazımdır. Antlaşma'nın 24'üncü maddesinde milletlerarası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumlu organın Güvenlik Konseyi olduğu belirtildiği hâlde, bu ifadenin muhtelif mefhumundan Güvenlik Konseyinin *yegâne* sorumlu organ olmadığı manası çıkmaktadır. Diğer taraftan, Antlaşma'nın 10'uncu maddesine göre Genel Kurul, Antlaşma çerçevesi içine giren her türlü meseleyi görüşebilmekte, üye devletlere ve/veya Güvenlik Konseyine tavsiyelerde bulunabilmektedir. Bundan başka 1'inci maddenin ikinci fıkrası Genel Kurulun milletlerarası barış ve güvenliğin korunması ile ilgili yetkileri hakkında daha sarıh hükümler ihtiva etmektedir. Gerçekten bu fıkra gereğince, Genel Kurul kendisine sunulan ve milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazasını ilgilendiren her türlü meseleyi görüşebilmekte ve gerekli tavsiyelerde bulunabilmektedir. Ancak şu noktayı işaret etmek gerekir:<sup>71</sup>

Güvenlik Konseyi, Antlaşma'nın VII'nci Bölümü'ne giren konularda, yani barışın tehdidi, bozulması ve saldırma fiili hâlinde, Antlaşma'nın 25'inci maddesinde<sup>72</sup> de öngörüldüğü gibi, bütün üye devletler için bağlayıcı kararlar alabilmektedir. Buna karşılık Genel Kurulun ka-

<sup>70</sup> Regulations for the UNEF, 20 Şubat 1957, ST/SGB/UNSF/1, Paragraf 6 ve Mısır Hükümeti'yle Birleşmiş Milletler arasında teati edilen mektuplar (U. N. Doc., A/3526).

<sup>71</sup> GÖNLÜBOL, s.172.

<sup>72</sup> BM, Antlaşma'nın 25. maddesi, Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyinin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.

rarları, 10'uncu ve 11 (2)'nci maddelerde de belirtildiği gibi tavsiyeden öteye gidememektedir.<sup>73</sup>

UNEF<sup>74</sup> Genel Kurulun tali bir organı olarak kurulmuştur.<sup>75</sup> Antlaşma'nın 22'nci maddesine göre<sup>76</sup>; Genel Kurul görevlerinin yapılması için gerekli gördüğü tali uzuvları vücuda getirmek yetkisine haizdir. Ancak bu madde hükümleri gereğince UNEF gibi bir kuvvetin kurulmasının mümkün olup olmadığı tartışma konusu olabilir. Bu madde hükümlerinin Genel Kurula görevlerini yerine getirebilmesi için daha çok komite veya komisyonlar kurma yetkisi verdiği düşünülebilir. Diğer taraftan, Genel Kurul mesela bir mütarekenin gözetimi veya buna benzer diğer kararlarının icrası için arabulucu tayin ya da komisyonlar teşkil edebilir. Bu şekilde kurulan tali organların görevlerini yerine getirebilmeleri için bazen ilave personele ihtiyaç duyulmakta, bu çeşit ilave personelin büyüklüğü de duruma göre değişmektedir. Ayrıca bu personelin korunması için muhafız kullanmak da gerekebilir. Görülüyor ki bazı hâllerde, 22'nci madde gereğince teşkil edilecek tali organı hudutsuz şekilde genişletmek durumu hâsıl olmaktadır. Bu sebeple, UNEF'in Genel Kurulun tali bir organı olarak kurulmasının Antlaşma'nın 22'nci maddesine uygun düştüğü söylenmiştir<sup>77</sup>.

Diğer taraftan Kongo meselesinde Birleşmiş Milletler Kuvvetleri, Genel Kurul tarafından değil Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuştur. Güvenlik Konseyinin bu kuvveti, Antlaşma'nın hangi hükümleri gereğince kurduğu konusunda herhangi bir açıklamaya tesadüf edilmemiştir. Şunu belirtmek gerekir ki, Antlaşma'nın 29'uncu maddesi gereğince, Genel Kurul gibi Güvenlik Konseyi de görevlerini yapabilmek için gerekli gördüğü tali uzuvları vücuda getirebilmektedir. Bu bakımdan, Gü-

<sup>73</sup> BOZKURT- KÜTÜKÇÜ- POYRAZ, s.243.

<sup>74</sup> UNEF deyimi, yalnız Süveyş'e gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvvetleri için kullanılmaktadır. Kongo'ya gönderilenler için de Birleşmiş Milletler Kongo Kuvveti deyimini kullanacağız.

<sup>75</sup> Regulations for the UNEF, 20 Şubat 1957, ST/SGB/UNSF/1, Paragraf 6 ve Mısır Hükûmeti'yle Birleşmiş Milletler arasında teati edilen mektuplar (U. N. Doc., A/3526).

<sup>76</sup> BM, Antlaşma'nın Madde 22. Genel Kurul, görevlerini yerine getirmek için gerekli gördüğü yardımcı organları oluşturabilir.

<sup>77</sup> Bakınız: Louis B. Sonn, op. cit., si. 234

venlik Konseyinin Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetini kurarken bu madde hükümleri gereğince hareket ettiği söylenebilir<sup>78</sup>.

Bu bakımdan Genel Kurulun Süveyş olayında kurduğu UNEF'i, Mısır'ın tasvibi olamadan bu devletin ülkesi içine sokma yetkisi olamazdı. Böyle bir tasvibi alması hem Antlaşma hükümlerine hem de devletler hukukunun diğer kurallarına göre zaruridir. Gerçekten bu husus Genel Sekreter tarafından Genel Kurula sunulan raporlarda da belirtilmiştir<sup>79</sup>. UNEF'in Mısır'daki varlığı ve faaliyetleri hakkında bilgi ihtiva etmesi bakımından önem arz etmektedir.<sup>80</sup> Mısır Hükûmeti kuvvetin gönderilmesini tasvip etmeden önce bazı hususlarda Birleşmiş Milletlerle mutabakata varılmasını ısrarla istemiştir. Böyle bir anlaşmaya varılması Birleşmiş Milletler Teşkilatı bakımından da ayrı bir önem taşımaktadır. Birleşmiş Milletlerin kuvveti kabul edecek devletçe alınacak tek taraflı tedbirle dolayısıyla hem idari bakımdan hem de kuvvet katkısında bulunan devletler nezdinde müşkül duruma düşmemek için böyle bir anlaşmaya varılmasını istemesi tabiidir. Mısır Hükûmeti egemenlik haklarını kullanırken kuvvetin mevcudiyeti bakımından iyi niyetle hareket edeceğini ilan etmiş, buna mukabil Birleşmiş Milletler de aynı şekilde hareket etmeyi kabul etmiştir.<sup>81</sup> Bu duruma göre, taraflardan biri kuvvetin geri çekilmesini ister ya da böyle bir teşebbüse girişirse ve diğer tarafta bunun iyi niyet ile yapılmadığı kanaatinde olursa tarafların görüşlerini telif etmeleri gerekecektir.<sup>82</sup>

Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kongo'ya gönderilmesi Süveyş'te olduğundan farklı bir şekilde cereyan etmiştir. Süveyş olayında kuvvet gönderilmesi Birleşmiş Milletler tarafından teklif edildiği hâlde Kongo olayında böyle bir kuvvetin gönderilmesi isteği bu kuvveti kabul eden devletten, yani Kongo Hükûmeti'nden gelmiştir. Bu bakımdan Kongo'ya kuvvet gönderilmesi kararının Genel Kurul veya Güvenlik Konse-

<sup>78</sup> Sohn, Güvenlik Meclisinin Antlaşma'nın VII'nci Bölümü hükümleri

<sup>79</sup> U. N. Doc, A/3302, 8 Kasım 1956, Paragraf 9 ve A/3943, 9 EMm 1958, Paragraf 15.

<sup>80</sup> UNEF'in Mısır'daki varlığı ve çalışmaları konusundaki bu aide- memire için bakınız: U. N. Doc, A/3375, 20 Kasım 1956, Annes.

<sup>81</sup> ü. N. Doc.A/3943, 9 Ekim 1958, Paragraf 156 ve 157.

<sup>82</sup> Leland M. Goodrich and Gabriella E. Rosner, "The United Nations Emergency Foree", Iniemationai Organisation, Yol. XI (1957), şñi. 418.

yi tarafından alınmış olmasının özel bir önemi yoktur. Başka bir deyişle, Süveyş olayında Genel Kurulun yalnız tavsiye yetkisine sahip olmasının doğurduğu meseleler Kongo olayında ortaya çıkmamıştır. Çünkü Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin ülkesine gönderilmesini isteyen Kongo, böyle bir talepte bulunmuş olmakla bu kuvvetleri kabul edeceğine dair *tasvibini* de önceden vermiş olmaktadır. Diğer taraftan Birleşmiş Milletler ile Kongo arasında yukarıda sözü geçen UNEF ile ilgili *Aide-memoire'in* benzeri hükümleri ihtiva eden bir anlaşma yapılmış ve bu anlaşmada da Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kongo'daki varlığı ve faaliyetlerinde tarafların iyi niyetle hareket edecekleri öngörülmüştür.<sup>83</sup>

#### 1.4. BM Kuvvetlerinin Görevleri ve Tetkiki

Genel Sekreter, UNSF hakkında Genel Kurula sunduğu ikinci raporda, Genel Kurul kararları muvacehesinde kuvvetin görev ve yetkilerinin ne olabileceği hakkında izahat vermektedir. Genel Sekreter bu raporunda, kuvvetin çatışmanın durdurulması ve yabancı kuvvetlerin çekilmesini temin maksadıyla teşkili ile yabancı kuvvetleri çekilmeye zorlamak maksadıyla teşkili arasında bariz fark olduğunu belirtmektedir. Kuvvet askerî mahiyette olmakla beraber, askerî gayeler gütmemektedir. Aynı şekilde kuvvet, bir gözetleme heyetinden fazlası da değildir.<sup>84</sup> Böylece daha başından UNEF'in, Kuzey Kore kuvvetlerinin<sup>85</sup> tecavüzünü önlemek maksadıyla Güvenlik Konseyinin 25, 27 Haziran ve 7 Temmuz 1950 tarihli Kararlarıyla teşkil edilen Birleşmiş Milletler Kuvvetinden farklı bir kuvvet olarak düşünüldüğü görülmektedir. UNEF görevleri bakımından daha çok, Filistin Mütareke Anlaşması'nın uygulanması maksadıyla Güvenlik Konseyi tarafından teşkil edilen Mütarekeyi Gözetleme Teşkilatına benzemektedir.

Diğer taraftan Kongo'ya gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvvetinin görevi, Güvenlik Konseyinin 13 Temmuz 1960 tarihli Kararı'nda da belirtildiği gibi, Kongo Millî Güvenlik Kuvvetlerinin iç düzeni kuracak hâle gelecekleri güne kadar bu düzenin temini için Kongo Hükûmeti'ne yardım etmektir. Genel Sekreter Güvenlik Konseyine sunduğu 18 Tem-

<sup>83</sup> GÖNLÜBOL, s.151.

<sup>84</sup> SUR, s. 176.

<sup>85</sup> DOĞAN, s.143.

muz 1980 tarihli Rapor'da, Güvenlik Konseyinin bu kararına dayanarak Kongo'daki kuvvetin görevini düzenin kurulması ve insan hayatının korunması olarak kabul ettiğini belirtmektedir<sup>86</sup>. Görülüyor ki Kongo için kurulan Birleşmiş Milletler Kuvvetinin görevi, Kore Harekâtı için kurulan Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinininkinden çok UNEF'in görevlerine benzemektedir.<sup>87</sup> Bilindiği gibi Kore meselesinde Birleşmiş Milletler Kuvvetinin görevi mütecevize karşı *zorlama tedbirleri* almak idi. Hâlbuki Süveyş ve Kongo olaylarında kuralları Birleşmiş Milletler Kuvvetlerine daha çok *düzenleyici ve ödeyici* bir görev verilmiştir.<sup>88</sup>

Süveyş meselesinde, Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Mısır'a getirilince bir taraftan Mısır ile İngiliz-Fransız, diğer taraftan Mısır ile İsrail kuvvetleri<sup>89</sup> arasında tampon bölgelere yerleştirilmişlerdir. İşgal kuvvetleri geri çekildikçe UNEF önce boşalan bölgeleri işgal etmiş, sonra bu bölgeleri Mısır makamlarına devretmiştir. UNEF geri çekilmeleri çabuklaştırmak için kullanılmamıştır, sadece geri çekilen kuvvetleri takip ederek boşalan bölgeleri işgal etmiştir. Kongo meselesine gelince; 13 Temmuz tarihli Güvenlik Konseyi Kararı'nda Kongo'ya yalnız bir Birleşmiş Milletler Kuvveti yollanması değil aynı zamanda Belçika Birlikleri'nin geri çekilmesi de öngörülüyordu. Nitekim Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Kongo'ya ulaştıkça Belçika Birlikleri yerlerini bunlara bırakarak üslerine dönmüşlerdir. Fakat Süveyş'teki durumdan farklı olarak Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Belçikalılardan teslim aldıkları bölgeleri Kongo makamlarına devretmemişler, Güvenlik Konseyinin Kararı'na uygun olarak düzen ve güvenliği sağlamak için ellerinde tutmuşlardır. Bu durum, olaylar geliştikçe Kongo'daki Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin bazı güçlüklerle karşılaşmasına yol açmıştır.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> GÖNLÜBOL, s.175.

<sup>87</sup> Eadson Louis Millard Burns (LTG) ve George G. Harrap, "Between Arab and Israeli", **Middle East Journal** Vol.17, No. 1/2, Winter-Spring, London, 1963, s. 187.

<sup>88</sup> Enver BOZKURT, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, 3. baskı, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007, s: 78, BOZKURT, KÜTÜKÇÜ, POYRAZ, s.245.

<sup>89</sup> TAŞDEMİR Fatma, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, 1. Baskı, Ankara: Uşak Yayınları, Ankara, 2006, s.128.

<sup>90</sup> BOZKURT Enver. Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı, 1.Baskı, Ankara: Nobel Yayın Dağıtımları, 2004, s.123.

Süveyş olayında İngiliz ve Fransız kuvvetlerinin Mısır'dan çekilmesi kısa zamanda son bulmakla beraber İsrail kuvvetleri çok daha ağır bir tempoyla çekilmişlerdir. İsrail, kuvvetlerini geri çektikten sonra Mısır'ın kendisine karşı düşmanca hareketlerde bulamayacağı ve Tiran Boğazı ile Akabe Körfezi'nde seyrüsefere mâni olmayacağı hususunda teminat istemiştir. İsrail Hükûmeti taraflar arasında bu hususta bir anlaşmaya varıncaya kadar bu teminatın UNEF tarafından sağlanmasını istemekteydi<sup>91</sup>. İsrail'in bu talebi Genel Sekreter tarafından kabul edilmemiştir. Genel Sekreter, Genel Kurula sunduğu bir raporda Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin devletler hukuku gereğince hareket etmesi gerektiğini, Antlaşma hükümleri hilâfına girilen askerî tedbirler sonunda vuku bulacak değişiklikleri Birleşmiş Milletlerin affedemeyeceğini, Antlaşma'nın VII'nci Bölüm'ü hükümleri dışında Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin bir ülkede kullanılabilmesi için ülke devletinin tasvibinin gerektiği, bu şekilde kullanılan kuvvetlerin tarafsız hareket etmesi, yani tarafların kendi arzuları hilâfına ve diğer tarafın lehine herhangi bir çözüme mecbur etmemesi gerektiği belirtilmektedir.<sup>92</sup> Genel Kurul 2 Şubat 1957'de kabul ettiği iki Karar'da İsrail'in ordusunu gecikmeden geri çekmesini ve tarafların Mütareke Anlaşması hükümlerini iyi niyetle yerine getirmesini öngörmektedir.<sup>93</sup> Genel Kurulun 1125(XI) sayılı Kararında ayrıca İsrail kuvvetlerinin Şaram, el-Şeyh ve Gazza bölgelerinden tamamen çekilmesi ve Mütareke Anlaşması hükümlerinin titizlikle yerine getirilebilmesi için Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Mısır-İsrail Mütareke Hattına yerleştirilmesi gerektiği de belirtilmektedir.

Ancak İsrail Hükûmeti tamamen çekilmek için gerekli teminatın bulunmadığı ve Mütareke Anlaşması'nın yürürlükte sayılamayacağı üzerinde ısrar ederek Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Mütareke Hattı'nın kendi tarafındaki kısmına girmesine müsaade etmemiştir. Bununla beraber sonunda, özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin baskısı üzerine İsrail Hükûmeti kuvvetlerinin geri çekilmesi hususundaki görüşünü

<sup>91</sup> Leland i/L Goordich and Gauriella E. Rosner, op. eli, sh. 420-421. 52 Am. J. Int'l L. 169 (1958) Periodical Literature of International Law, <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection>, 13.01.2018

<sup>92</sup> GÖNLÜBOL, s.155.

<sup>93</sup> ODMAN, s.284.

değiştirmek mecburiyetinde kalmıştır. İsrail kuvvetleri 7 ve 8 Mart tarihlerinde Gazza ve Şaram el-Şeyh bölgelerinden tamamen çekilmiştir. İsrail kuvvetleri çekildikten sonra UNEF, Gazza bölgesine girerek burada nizamın tesisi ve Mütareke Hattı'nın ihlal edilmesini önlemek görevini üstlenmiştir. Bu bölgede faaliyette bulunan Birleşmiş Milletler Barışı Gözetleme Teşkilatı da UNEF'in kontrolüne bırakılmıştır.<sup>94</sup>

Mısır meselesinde UNEF'in başarısının bir dereceye kadar durumun arz ettiği özellikten ileri geldiği söylenebilir. Bu meselede UNEF, tarafsız üçüncü bir kuvvet olarak muhasım iki kuvvetin arasına girmiştir. Kongo meselesinde çözüm, bu kadar basit olmamıştır. Çünkü Kongo'ya gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvveti, Belçikalıların üslerine dönmesinden ve güvenliğin sağlanmasından sonra, iki önemli iç mesele karşısında kalmıştır. Bunların birincisi bu kuvvetin Kongo ile ayrıldığı ilan eden Katanga eyaletine de girip giremeyeceği, ikincisi de Başbakan Lumumba'nın Cumhurbaşkanı Kasavubu<sup>95</sup> tarafından iş başından uzaklaştırılması üzerine eylül ayında çıkan iktidar çekişmesidir.<sup>96</sup>

Katanga kendi topraklarında bulunan Belçika kuvvetlerinin üslerine çekilmesini istemediği gibi Kongo'ya ulaşan Birleşmiş Milletler Kuvvetlerini de sınırdan içeri sokmayacağı bildirmiştir. Buna karşılık Genel Sekreter, Kongo Devleti'nin Birleşmiş Milletlere kabulü için müracaat ettiği sırada olduğu şekliyle bir bütün olarak kabul edilmesini gerektiğini ileri sürmüştür, Katanga'nın bu devlet ülkesinin bir parçası olarak kabul edilerek Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin, Katanga da dâhil, bütün Kongo ülkesine girmesi için gerekli tedbirleri almıştır.<sup>97</sup> Genel Sekreter'in bu çalışmaları Güvenlik Konseyinin 22 Temmuz tarihli Karar'ı ile tasvip edilmiştir.<sup>98</sup> Ancak kendini Kongo'dan ayrı bir devlet sayan Katanga Hükûmeti, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerini bu eyalet toprakları

<sup>94</sup> Leland M. Goodrich and Gabriella E. Bosner, op. cit. s. 422.

<sup>95</sup> Joseph Kasa-Vubu ya da alternatif olarak Joseph Kasavubu, Kongolu öğretim görevlisi ve siyasetçi Kasavubu, Afrika kıtasında yer alan Kongo-Leopoldville'de ülkenin ilk devlet başkanı olarak 1960 ile 1965 yılları arasında devlet başkanlığı makamında bulunmuştur.

<sup>96</sup> GÖNLÜBOL, s.173.

<sup>97</sup> ODMAN, s.174.

<sup>98</sup> GÖNLÜBOL, s.161.



içine sokmamakta ısrar etmiş ve Genel Sekreter'e yolladığı bir mektupla Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Katanga'ya girerse genel bir ayaklanma çıkacağını, bundan doğacak sorumluluğun Teşkilata ait olacağını bildirmiştir.<sup>99</sup> Genel Sekreter Katanga makamlarına yolladığı cevap mektubunda, Güvenlik Konseyinin 22 Temmuz tarihli Karar'ından bahsettikten sonra Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 25 ve 49'uncu maddelerinin Teşkilat üyelerini Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etmek ve uygulamakla görevlendirdiğini, bu hükümlerin yalnız hükûmetleri değil hükûmet vasfına haiz olmayan makamlarını öncelikle bağlayacağını belirtmiş ve Güvenlik Konseyi kararlarına karşı gelmenin müeyyideye bağlanmış olduğunu hatırlatmıştır.<sup>100</sup> Genel Sekreter bu davranışından Güvenlik Konseyini haberdar etmiş ve Kurul, 9 Ağustos'ta iki çekimser (Fransa ve İtalya) ve 9 müspet oyla aldığı Karar'la, Belçika Hükûmeti'ni Katanga'daki askerlerini de geri çekmeye davet ettiği gibi, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Katanga'ya girmesini Güvenlik Konseyi kararlarının gerçekleştirilmesi için gerekli olduğunu bildirerek Genel Sekreter'e bu yoldaki çalışmalarına devam yetkisi vermiştir.<sup>101</sup> Genel Sekreter ile Katanga makamları arasında yapılan görüşmeler sonunda ilk Birleşmiş Milletler Kuvvetleri 12 Ağustos'ta Katanga'ya girmiştir.

Birleşmiş Milletler Kuvvetleri Katanga'ya girdikten sonra Kongo ile ilgili bazı iç meseleler, yani Kongo-Katanga ayrılığı meselesi ile karşı karşıya kalmıştır. Kongo Hükûmeti, 18 Temmuz tarihli Güvenlik Konseyi Kararı'nın, Genel Sekreteri Kongo Hükûmeti'ne askerî yardım yapmakla görevlendirdiğini ve bu yardımın Kongo Hükûmeti'ne danışarak yapılacağını tasrih ettiğini belirterek Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kongo Hükûmeti'nin hizmetinde olduğunu ileri sürmüş ve asi Katanga liderlerinin Birleşmiş Milletler Kuvvetleri tarafından tevkifini istemiştir.<sup>102</sup> Buna karşılık Genel Sekreter, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kongo Hükûmeti'nin hizmetinde olmakla beraber, emrinde bulunmadığını, bu kuvvetleri kendi şahsında Güvenlik Konseyinin emri

<sup>99</sup> SUR, s.180.

<sup>100</sup> GÖNLÜBOL, s.163.

<sup>101</sup> ALANGOYA İçin Armağan, s. 243.

<sup>102</sup> KESKİN, s. 70.

altında oluşunu bildirerek Kongo Başbakanının isteğini kabul etmemiştir.

Genel Sekreter'e göre Kongo Hükûmeti ile Katanga liderleri arasındaki anlaşmazlık bir iç meseledir ve Güvenlik Konseyinin 8 Ağustos tarihli Karar'ında belirtildiği gibi Birleşmiş Milletler Kuvvetleri iç meselelere karışmayacaktır.<sup>103</sup>

Antlaşma'nın 2'nci maddesinin 7'nci fıkrası, Süveyş ve Kongo olaylarında Birleşmiş Milletler tarafından kurulan kuvvetlerin devletin özü itibarıyla millî yetkisine giren meselelere müdahale için kullanılmasına mânidir. Aynı fıkraya göre, Birleşmiş Milletler yalnız barışın tehdidi, bozulması ve saldırma fiili hâlinde, (VII'nci Bölüm) üyelerin iç işlerine karışabilmektedir.<sup>104</sup> Oysa incelenmekte olan bahse konu olaylarda VII'nci Bölüm hükümleri uygulanmamıştır. Gerçekten, daha önce de belirttiğimiz gibi gerek Süveyş gerek Kongo olayında Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin kurulması ve kullanılması, Antlaşma'nın bu bölümü hükümleri gereğince olmamıştır. Bu bakımdan Kongo olayında Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin devletin iç işlerine karışması ilk bakışta Antlaşma'nın sarıh hükümlerine aykırı görülebilir.<sup>105</sup> Ancak Kongo Devleti'ni Birleşmiş Milletlerde temsil eden Hükûmetin sarıh talebi üzerine, *iç düzeni sağlamak* amacıyla Kongo'da bulunan Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin bu devletin iç işlerine karışmasına mâni herhangi bir hususun bulunup bulunmadığı, uzun hukuki ve siyasi yorumlara yol açabilir. Bu mesele bir taraftan Antlaşma'nın yorumu, diğer taraftan da Kongo'daki siyasi durumu ve bu durum karşısında Birleşmiş Milletler Teşkilatının takip edeceği politika ile ilgilidir. Birleşmiş Milletlerin Kongo'nun iç işlerine karışmasına hukuki bakımdan bir engel bulunmadığı düşünülmektedir.<sup>106</sup> Çünkü kuvvetler Kongo'ya zaten iç düzenin sağlanması için Kongo Hükûmeti'ne yardım etmek üzere gönderilmişti. Diğer taraftan

<sup>103</sup> GÖNLÜBOL, s.158.

<sup>104</sup> KÜTÜKÇÜ, s.139.

<sup>105</sup> ÇİFÇİ, Selda. "Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler-V*, Muharrem Balcı (İstanbul: Hukuk Vakfı Yayınları, Aralık 2016), s.494.

<sup>106</sup> MAOGOTO, Jackson, 'from Congo to Esat Timor in Fourty Years: The UN Finally Crossing the Rubicon Between Peace- Keeping and Peace Making' Newcastle L. Rev. Vol:4, 1999- 2000, s:45

böyle bir müdahalenin siyasi bakımdan yerinde olup olmayacağı meselesinin tartışılması ise, nazari olmaktan ileri gidemez. Bu mesele, bu konuda karar verecek Birleşmiş Milletler organındaki devletlerin tutumuna bağlıdır.<sup>107</sup>

Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin görev ve yetkileri ile ilgili son bir noktaya daha temas edilmesi yerinde olur. Kuvvetler yalnız meşru müdafaa hâlinde zora başvurabilirler. Gerçekten Genel Sekreter gerek Süveyş gerek Kongo olaylarında Birleşmiş Milletler organlarına sunduğu raporlarda bu hususu açıkça belirtmiştir. Genel Sekreter, meşru müdafanın tarifini verirken Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin faaliyetleri sırasında silah kullanılmasına kendileri tarafından başlanılmayacağını, ancak işgal ettikleri mevkiilerden uzaklaştırılmak için vaki olacak saldırılar da dâhil olmak üzere her türlü silahlı saldırıya karşı koymak yetkisine haiz olacaklarını belirtmektedir. Bu hareketin daima kuvveti kuran Birleşmiş Milletler organı tarafından alınan kararlar gereğince hareket eden kumandanın emirlerine uygun olması lazımdır.<sup>108</sup>

### 1.5 Kuvvetlerin Teşkilatı ve Yapısı

Süveyş olayında Genel Kurul Sekreter'den bir kuvvet teşkil etmesini istediği zaman, Milletler Cemiyeti devrindeki Saar örneği dışında, Genel Sekreter'in önünde tek bir yakın emsal bulunuyordu: Kore. Bilindiği gibi, Milletler Cemiyeti 1935 yılında Saar bölgesinde yapılan plebisitte kullanılmak üzere bir kuvvet kurmuştu. Kuvvet kurulması Cemiyet Meclisi tarafından mahallî polisin bu plebisit sırasında düzen ve güvenliği korumaya yetmeyeceği düşünülerek kararlaştırılmıştı. Meclisin teklifi Fransa ve Almanya tarafından da kabul edilmişti. Kurulan 3300 kişilik kuvvet 1500 İngiliz, 300 İtalyan, 250 Hollandalı ve 250 iş vericilerden

<sup>107</sup> Bu çalışmanın tamamlandığı sırada Kongo ile ilgili meseleler Birleşmiş Milletlerde henüz kesin bir hâl çaresine bağlanmış değildi, Asya-Afrika devletlerinin büyük bir çoğunluğu ile Sovyet Bloku Kongo'daki Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Birleşmiş Milletlerden yardım isteyen Lumumba Hükûmeti'ne yardım etmesi gerektiğini ileri sürerken Batılı devletler de bu iç karışıklık karşısında tarafsız kalan Genel Sekreter'in tutumunu savunuyorlardı. Bu mesele, Lumumba'nın öldürülmesi üzerine şimdi daha da karmaşık bir duruma girmiştir.

<sup>108</sup> MARTİN, Lan, *İnernational Intervention in Esat Timor*, in *Humanitarian Intervention and İnernational Relations*, Edt. By WELSH, Jennifer M. Oxford, 2004, s.144-163.

meydana gelmiş, piyade ve nakliye birlikleri ile yardımcı birlikler hâlinde teşkilatlandırılmış ve zırhlı arabalarla teçhiz edilmişti. Plebisit nizam içinde cereyan etmiş ve Almanya lehine alınan sonuç 6 hafta sonra yürürlüğe konulmuştur. Ancak gerek kuvvetin yapısı ve görevleri gerek yollandığı ülkenin hukuki statüsü bakımından Milletler Cemiyetinin bu denemesi Süveyş ve Kongo denemelerinden çok değişik özellikler taşımaktadır. Kore olayına gelince, bu olağan özelliklerini yukarıda belirtmiştik.<sup>109</sup> Gerek Saar gerek Kore olaylarının özellikleri bunlarda elde edilen tecrübelerin Süveyş ve Kongo olaylarına tatbikine imkân vermemiştir. Buna karşılık Birleşmiş Milletler, Kongo Kuvveti kurulurken UNEF'ten edinilen tecrübelerden geniş ölçüde faydalanılmıştır.

Kore olayında<sup>110</sup> Birleşik Kumandanlık doğrudan doğruya Amerika Birleşik Devletleri tarafından teşkil edilmiş ve bu devletin emrine tabi olmuştur. Süveyş ve Kongo olaylarında ise kuvvetler muhtelif devletlerin katkıları ile kurulmuş ve Birleşmiş Milletlerin emrine verilmiştir. Aynı şekilde, kuvvetin sevk ve idaresinden sorumlu şahıs da doğrudan doğruya Birleşmiş Milletler tarafından tayin edilmiş ve ona karşı sorumlu tutulmuştur. Bu şahsın yetkileri de Birleşmiş Milletler tarafından tayin ve tespit edilmiş ve kendisine, hiçbir devlete tabi olmadan bu yetkiler çerçevesinde hareket serbestisi verilmiştir. Gerek UNEF gerek Birleşmiş Milletler Kongo Kuvveti kurulurken Güvenlik Konseyinin daimî üyesi olan devletlerle coğrafi veya diğer sebeplerle olayda özel menfaatleri olan devletlerden personel alınmaması esası benimsenmiştir.

Kuvvetin büyüklüğü ihtiyaçlara göre tespit edilmiştir. Faydalı olabilmeleri için katkıda bulunacak devletlerin kendi kendine yeter büyüklükte birlikler göndermeleri gerekmiştir. Birlikler arasında büyüklük bulunduğundan denge kurulması da göz önünde tutulan önemli bir husustur. Bunun için birliklerin yardımcı elemanları da ihtiva etmesine ve hacimlerinin arasındaki farkın ve yükün büyük bir kısmını, yalnız bir devletin üzerine yüklenecek kadar olmamasına da dikkat edilmiştir.

Süveyş olayında, Genel Kurulun bu olayla ilgili ilk kararını takip eden iki ay içinde otuz üye devlet, askerî birlik katkısında bulunmayı

<sup>109</sup> BOZKURT, POYRAZ, KÜTÜKÇÜ, s.236.

<sup>110</sup> DOĞAN, s.143.

teklif etmiştir. Tekliflerin çoğunu piyade birlikleri teşkil ediyordu. Kuvvet büyüklük bakımından azami haddine ulaştığı zaman 6000 subay ve eri kapsıyordu.<sup>111</sup> Kısa bir denemeden sonra birliklerin, bilhassa yardımcı birliklerin ve malzemenin çeşitli kaynaklardan temininin mahzurlu olduğu ortaya çıkmıştır. Değişik silah ve malzemeye sahip olan, değişik gıdaya alışık ve farklı lisanlar konuşan küçük birlikleri koordine ve kontrol etmenin güçlükleri de katkıda bulunan devletlerin sayısının sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Katkıda bulunan devletleri tespit ederken Genel Sekreter, yardımcı birlikler de dâhil olmak üzere bütün birlikler arasında bir denge kurmak, siyasi sebepler dolayısıyla siyasi temsili sağlamak, doğrudan doğruya ilgili tarafların, özellikle kuvvetin faaliyette bulunacağı Mısır'ın isteklerini göz önünde tutmak gibi birçok hususları dikkate almıştır. Kuvvet katkısında bulunacak bazı devletler için Mısır'a veto hakkının verilmesi teklif edilmiş ise de Genel Sekreter Genel Kurulun 5 Kasım tarihli Kararı muvacehesinde böyle bir yetkinin verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür. Genel Kurulun bu kararı gereğince, kuvvetin kurulması ve bünyesinin tespiti, kuvvetlerin kumandanı ile istişareden sonra Genel Sekreter tarafından yapılacaktır.<sup>112</sup>

UNEF kurulurken ileri sürülen düşünceler Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetleri teşkil edilirken de Genel Sekreter tarafından aynen göz önünde tutulmuştur. Yani kuvvete girecek birlikleri seçme yetkisi Birleşmiş Milletlerde kalmakla beraber Genel Sekreter, bu seçimi yaparken kuvveti kabul edecek devletin görüşlerini önemli bir unsur olarak göz önünde tutmuştur. Genel Sekreter'e göre, eğer kuvveti kabul edecek devlet şu ya da bu devletin birliklerinin kuvvete katılmasına itiraz ederse Teşkilat bu itirazı dikkate alacaktır. Ancak Teşkilat itirazın yerinde olmadığına inanırsa kendi istediği gibi davranmakta serbest olacak ve

<sup>111</sup> Bu kuvvet başlangıçta şu devletlerin gönderdiği askerî birliklerden teşekkül ediyordu: Brezilya, Kanada, Kolombiya, Danimarka, Finlandiya, Hindistan, Endonezya, Norveç, İsveç ve Yugoslavya. Finlandiya ve Endonezya tarafından gönderilen birlikler daha sonra geri çekildikleri için Eylül 1958'de kuvvet geri kalan diğer sekiz devletin gönderdiği birliklerden ibaret kalmıştır (Paragraf 22. Bk., SUR, s.178).

<sup>112</sup> KONİ, Hasan, "Amerikan Ulusal Güvenlik Stratejik Analiz", Stratejik Analiz Dergisi IV, Cilt: 4, Sayı: 38, 2003, s.81.

bundan doğacak bütün anlaşmazlıkların hukuki olmaktan çok siyasi planda halli gerekecektir.<sup>113</sup>

Kuvvetlerin teşekkülü meselesi, Kongo olayında Teşkilatı büyük güçlüklerle karşı karşıya bırakmıştır. Bunun sebebi, kuvvetin kuruluşu üzerinde çıkan hukuki bir anlaşmazlık değil Kongo liderleri arasında beliren iktidar mücadelesidir. Gerçekten Kongo'ya gönderilecek Birleşmiş Milletler Kuvvetini kurarken Genel Sekreter, ilk iş olarak UNEF'e mensup bir İsveç birliğini Kongo'ya nakletmek için tedbirler aldığı gibi önce Kongo'nun kuzeyindeki Birleşmiş Milletler üyesi Afrika devletlerinden, sonra da üç Avrupa, bir Asya ve bir Latin Amerika devletinden birlik yardımı istemiştir. Genel Sekreter'e göre, bu kuvvetin daha çok Afrika devletlerinden toplanması bir bölge dayanışmasının tabii sonucudur. Ancak bu yanlış, Birleşmiş Milletler tarafından girilen her hareketin evrensel olması gerektiğinden Afrika devletlerinden toplanacak birlikler, Birleşmiş Milletler Kuvvetine katılmak için gerekli vasıflara haiz olmalı, diğer devletlerin birlikleri ile de genişletilmelidir.<sup>114</sup>

Nitekim Kongo'ya gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvveti geniş ölçüde Afrika devletlerinin birliklerinden kurulmuş ve buna iki Avrupa devletinin birlikleri de katılmıştır.<sup>115</sup> Fakat Kongo'da iç olaylar geliştikçe Birleşmiş Milletler Kuvvetinin bu yapısı büyük güçlükler çıkarmıştır. Çünkü Kongo'daki düzensizlik bir Belçika-Kongo anlaşmazlığı olmaktan çıkıp devlet başkanı ile başbakan arasında iktidar çekmesi hâlini alınca<sup>116</sup> Kongo'ya birlik yollayan Afrika devletleri çekişme karşısında siyasi birer durum almaya başlamış ve büyük bir çoğunluğu Başbakanın tarafını tutmuştur. Böyle olunca da Başbakan Lumumba'nın tevkifinden sonra idareyi ele alan yeni liderler, açıkça Lumumba'nın tarafını tutan ve Birleşmiş Milletlerdeki Kongo görüşmeleri sırasında bu kuvvetlerin eski başbakanın tekrar iş başına getirilmesi için uzlaşılmasını isteyen Afrika

<sup>113</sup> GÖNLÜBOL, s.160.

<sup>114</sup> GÖNLÜBOL. S.173.

<sup>115</sup> Kongo'daki Birleşmiş Milletler Kuvvetine birlik katkısında bulunan devletler şunlardır: Habeşistan, Gana, Gine, Liberya, Mali, Fas, Sudan, Tunus, Birleşik Arap Cumhuriyeti, Endonezya, İrlanda ve İsveç. Bakınız: U. II. Doc, S/4417, 6 Ağustos 1960, Add. 10.

<sup>116</sup> Bu çekişme konusunda bilgi için bakınız: **Eeesing's Contempozaay Arhiv-es, Yol, XII (1959 - 1980). sh. 17783- 17785.**

devletlerinin birliklerinin Birleşmiş Milletler Kuvvetleri içinden çıkarılmasını istemeye başlamışlardır. Diğer yandan Lumumba'yı destekleyen Afrika devletleri de eğer Birleşmiş Milletler Kuvvetleri eski başbakan tekrar iş başına getirilmezse birliklerini geri çekeceklerini bildirmişlerdir. Hatta bunların içinde kuvvetlerini eski başbakanın emrine vereceklerini söyleyenler bile vardır. Çalışmanın kaleme alındığı sırada, bu konuda kesin olarak belirmiş bir tatbikat yoktur. Ancak yorumcular eğer bu Afrika devletleri askerlerini geri çekerse Birleşmiş Milletler Kongo denemesinin başarısızlıkla sonuçlanacağı üzerinde mutabıktırlar.<sup>117</sup>

Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin geri çekilmesi konusunu inceleyen iki nokta üzerinde durmak gerekiyor:

- 1) Kabul eden devletin kuvvetin geri çekilmesini istemesi
- 2) Kuvvete katkıda bulunan devletin birliklerini geri çekmek istemesi.

Süveyş olayında kuvvetin ne zaman geri çekileceği hakkında sarahat getiren herhangi bir belgeye rastlanmamıştır. Yalnız yukarıda sözü geçen *Aide-memorie'da* kuvvetlerin Mısır ülkesinde görevi tamamlanuncaya kadar kalacağı belirtilmektedir. Ancak bu görevin ne zaman tamamlanmış sayılacağı tasrih edilmiş değildir. Diğer yandan Mısır Dışişleri Bakanı 27 Kasım 1958'de Genel Kurulda yaptığı bir konuşmada UNEF'in Mısır tarafından talep edildiği zaman ülkeyi terk etmesi gerektiğini söylemiştir. Mısır Hükûmeti ile Birleşmiş Milletler arasında UNEF ile ilgili olarak yapılan antlaşmalarda bu konuda sarahat bulunduğuna göre Mısır Hükûmeti'nin tek taraflı bir tasarruf ile kuvvetlerin geri çekilmesini istemeyeceği ileri sürülmüştür, biz bu konuda değiliz. UNEF'in görevini ne zaman tamamlamış sayılacağı hususunda Birleşmiş Milletlerle Mısır arasında hukuki bir anlaşmazlık çıktığı takdirde bunun ne şekilde halledileceği hakkında, iki taraf arasında yapılan Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması'nda sarahat bulunmaktadır. Bu konuda çıkan hukuki anlaşmazlık sözü geçen anlaşmanın hükümleri gereğince halledilecektir. Bu meseleye Kuvvetlerin Hukuki Statüsü konusunu ele aldığımız zaman temas edeceğimiz. Diğer yandan, Mısır Hükûmeti'nin arzusu hilâfına

<sup>117</sup> GÖNLÜBOL, s.168.

UNEF'in Mısır ülkesinde kalmasının siyasi bakımdan da güç, hatta imkânsız olacağı açıktır. Aksi takdirde, bir uyuşmazlığın çözülmesi için kurulmuş ve gönderilmiş bir kuvvet olan UNEF çözümü aynı derecede güç yeni uyuşmazlıklara yol açacaktır.<sup>118</sup>

Kongo olayında ise bu mesele halledilmiş görülmektedir. Gerçekten Güvenlik Konseyinin 13 Temmuz tarihli Kararı'nda, Kongo'ya gönderilecek Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kongo Millî Güvenlik Kuvvetlerinin iç düzeni yeniden kuracak hâle gelecekleri güne kadar bu ülkede kalacakları belirtilmektedir. Gene aynı karara göre, bu hususta karar verecek makam da bizzat Kongo Hükûmeti'dir. Bu bakımdan Kongo'da bu konuda herhangi bir güçlkle karşılaşılacağını sanmıyoruz. Yalnız Kongo'da iç sebepler dolayısıyla Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin geri çekilmesini talep edecek meşru hükûmetin tayini güçlükler çıkarabilir.

Kuvvet katkısında bulunan devletlerin birliklerini geri çekmek istemesi meselesine gelince, Süveyş olayında Birleşmiş Milletlere kuvvet katkısında bulunan devletler arasında, kuvvetin mevcudiyetini gerektiren durumun ortadan kalkması hâlleri dışında, katkıda bulunan devletlerin kuvvetlerini makul bir süre önce haber vermeden geri çekemeyecekleri hususunda mutabakata varılmıştır. Bu olayda katkıda bulunan devletlerden hiçbiri kuvvetlerini geri çekmek teşebbüsüne girişmemişlerdir. Buna karşılık Kongo olayında, kuvvet katkısında bulunan bazı devletler siyasi sebeplerle kuvvetlerini geri çekeceklerini bildirmişlerse de çalışmanın kaleme alındığı güne kadar herhangi bir devletin kuvvetlerini geriye çekmiş olduğu konusunda bir bilgiye rastlanmamıştır.<sup>119</sup>

### 1. 6. Kuvvetlerin Hukuki Statüsü

Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetlerinin hukuki statüsü hakkında herhangi bir bilgi elde edilememiştir. Bu konuda bilgi ihtiva edecek Birleşmiş Milletler vesikaları henüz elimize ulaşmış değildir. Bu bakımdan bu bölümde vereceğimiz bütün bilgi yalnız UNEF ile ilgili olacaktır.

<sup>118</sup> Kongo'daki Birleşmiş Milletler Kuvvetine birlik katkısında bulunan devletler şunlardır: Habeşistan, Gana, Gine, Liberya, Mali, Fas, Sudan, Tunus, Birleşik Arap Cumhuriyeti, Endonezya, İrlanda ve İsveç. Bakınız: U. II. Doc, S/4417, 6 Ağustos 1960, Add. 10.

<sup>119</sup> GÖNLÜBOL, s.170.



Bununla beraber bir taraftan Birleşmiş Milletlerle kuvveti kabul eden devlet, diğer taraftan Birleşmiş Milletlerle kuvvet katkısında bulunan devletler arasında yapılan kuvvetlerin hukuki statüsü ile ilgili anlaşmaların her olayda benzer mahiyette olacağı tahmin edilmektedir.<sup>120</sup>

Milletlerarası bir organ tarafından daha önce UNEF'e benzer bir milletlerarası kuvvet kurulmadığı için UNEF'in karşılaşılabileceği hukuki meseleler konusunda bir emsal bulunmamaktadır. UNEF'in hukuki statüsünü tespit için bir taraftan Birleşmiş Milletler adına Genel Sekreter, diğer taraftan da ilgili devletler arasında mektup teatisi suretiyle birçok iki taraflı anlaşma yapılmıştır. Bu anlaşmalar tasdik edilmemekle beraber bağlayıcı addedilmiştir.<sup>121</sup>

Mısır'da faaliyet gösterecek olan UNEF'in bu faaliyetleri sırasındaki hukuki statüsünü tespit etmek üzere 8 Şubat 1957'de Genel Sekreter ile Mısır Hükûmeti arasında mektup teatisi suretiyle bir Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması yapılmıştır. İlk UNEF birlikleri Mısır'a gelir gelmez yürürlüğe girmiş olan bu anlaşma birlikler Mısır'ı terk edinceye kadar yürürlükte kalacaktır. Genel Kurul, Genel Sekreter'in bu anlaşmayı da ihtiva eden Raporunu 22 Şubat 1957'de onaylamıştır. Anlaşma'nın 28'inci maddesine göre UNEF'in, Genel Kurulun tali bir organı olarak kurulduğu öngörülmektedir. Genel Kurulun tali bir organı olarak UNEF Birleşmiş Milletler İmtiyaz ve Muafiyetleri Sözleşmesi'nin hükümlerinden faydalanmaktadır. Mısır bu Sözleşme'ye 17 Eylül 1948'de katılmıştı. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 105'inci maddesinde; Teşkilat memurlarının Teşkilat ile ilgili görevlerini tam bağımsızlık içinde yapabilmek için gerekli imtiyaz ve masuniyetlerden faydalanacakları belirtilmekle beraber UNEF personelinin görevlerini serbestçe yapabilmeleri için birtakım özel imtiyaz ve muafiyetlere de ihtiyaç duyulmuştur.<sup>122</sup>

UNEF'in Statüsü Anlaşması'na göre kuvvet mensupları tarafından Mısır da işlenecek cezai kaza yetkisi içine giren her türlü suç, birlik gönderen devletin münhasır yetkisi alanına bırakılmıştır (Paragraf 11). Bu

<sup>120</sup> ODMAN, s.177.

<sup>121</sup> Ghali,Boutros B.(1996),“Peacemaking andPeacemaking fortheNew Century”,Olara A.Otonnu, ve Michael W. Doyle (ed.),Peacemaking And Peacekeping ForThe New Century, (Lanham: Rowman and Littlefield Publishers):21-26.

<sup>122</sup> GÖNLÜBOL, s.174.

hüküm kuvveti gönderen devlete, NATO Kuvvetler Statüsü Anlaşmalarının VII'nci maddesi hükümlerine nazaran daha geniş yetkiler tanımaktadır. Hukuki kaza yetkisi bakımından ise, UNEF mensupları, resmî görevleri ile ilgili her türlü meselede Mısır mahkemelerinin yetkisi dışında bırakılmışlardır. Resmî görevi ile ilgili bir meseleden dolayı kuvvet mensuplarından biri ile bir Mısır vatandaşı ya da Mısır Hükûmeti arasında çıkan ihtilaflar da bu maksatla kurulmuş özel bir komisyon tarafından karara bağlanacaktır (Paragraf 12). Bu özel komisyon şu şekilde kurulacaktır:

Bir üye Genel Sekreter tarafından, bir üye Mısır Hükûmeti tarafından, başkan ise Genel Sekreter ile Mısır Hükûmeti tarafından beraberce tayin edilecektir.<sup>123</sup> Genel Sekreter ile Mısır Hükûmeti arasında böyle bir anlaşmaya varılamazsa taraflardan biri, Milletlerarası Adalet Divanı başkanından bu tayini yapması talebinde bulunabilecektir (Paragraf 88 b).<sup>124</sup>

Mahiyeti yukarıda belirtilen (Paragraf 88 b) anlaşmazlıklar dışında, Birleşmiş Milletlerle Mısır arasında Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması'nın tefsiri ve tatbiki ile ilgili çıkacak bütün anlaşmazlıklar, müzakere ya da diğer bir çözüm yolu ile halledilemediği takdirde, üç kişilik bir Hakem Mahkemesine havale edilecektir. Bu mahkeme yukarıda sözü geçen komisyonun kurulmasında takip edilen usul ile teşkil edilecek ve başkanla diğer bir üyenin tayini üzerine kurulmuş sayılacaktır. Mahkeme nisabı iki üyedir, kararların alınabilmesi için de iki üyenin müspet oyu kâfi gelecektir (Paragraf 40).<sup>125</sup>

Kuvvetlerin Statüsü Anlaşması'na göre, UNEF'in görevlerini yapabilmesi için karargâh ve kamp yeri olarak kullanacağı mahaller kumandan ile Mısır Hükûmeti arasında birlikte kararlaştırılacaktır. Bu mahaller Mısır ülkesinin bir parçası olarak kalmakla beraber, dokunulmazlığı haiz olacak ve kumandanın münhasır yetkisi altında bulunacaktır (Paragraf 19). Anlaşmaya kuvvetin hareket serbestisini temin için de hükümler konulmuştur. Bu arada yolların ve su yollarının, liman ve

<sup>123</sup> ODMAN, s.178.

<sup>124</sup> ÖNCÜ, s.35.

<sup>125</sup> ÖNCÜ, s.37.

havaalanı imkânlarının kuvvet için yapılan özel hizmetler dışında, resim ödemeden kullanılması öngörülmüştür (Paragraf 82 ve 38).<sup>126</sup>

Diğer taraftan, Birleşmiş Milletlerle birlik gönderen devletler arasında da bu birliklerin statüsünü tespit maksadıyla mektup teatisi suretiyle benzer hükümler ihtiva eden birer anlaşma akdedilmiştir. Millî birlikler UNEF'teki görevlerine başlamak üzere memleketlerini terk ettikleri anda yürürlüğe giren bu anlaşmalarda kuvvetlerin milletlerarası statüye haiz oldukları hususunda açıklamalar bulunmaktadır. Gerçekten UNEF ile ilgili İç Nizamname'de de belirtildiği gibi, UNEF'te görevli oldukları süre içinde kumandan ile ona bağlı personel milletlerarası memur statüsüne haiz olmaktadır. (Paragraf 6, 29, 81, 82). Birlik gönderen bir devletle Birleşmiş Milletler arasında bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlık, Birleşmiş Milletlerle Mısır arasında kurulacağını söylediğimiz mahiyet ve yapıda bir Hakemlik Mahkemesi tarafından çözülecektir.<sup>127</sup>

Nihayet, UNEF'in hukuki statüsü ile ilgili hükümler ihtiva eden diğer bir belge de UNEF İç Nizamnamesi'dir. Bu iç Nizamname'de, kuvvetlerin hukuki statüsü hakkında, kuvvetin teşkili ile ilgili Genel Kurul kararlarıyla UNEF ile ilgili diğer anlaşmaların hükümlerine benzer hükümler bulunmaktadır.

### 1.7. BM Kuvvetleriyle İlgili Mali Hususlar

Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetlerinin hukuki statüsü hakkında olduğu gibi mali hususları hakkında da herhangi bir bilgi ihtiva eden vesikalara henüz ulaşılammıştır. Bu sebeple, burada bahse konu olanlar yalnız UNEF ile ilgilidir.

<sup>126</sup> Bu anlaşmada, ayrıca kuvvet mensuplarının mahallî kanunlara uymakla mükellef oldukları (Paragraf 6), Birleşmiş Milletler askerî polisinin görev ve yetkileri- (Paragraf 14-18), Birleşmiş Milletler bayrağının kullanılacağı yerler (Paragraf 20), kuvvet mensuplarının üniformalarını nasıl ve nerede taşıyacakları (Paragraf 21), silah taşımaları (Paragraf 22), Birleşmiş Milletlerle birlikte kuvvet gönderen devletler arasında vergi, gümrük ve diğer mali konulara dair uygulanacak esaslar (Paragraf 26-28), posta hizmetleri (Paragraf 29-31), belediye hizmetlerinden faydalanma (Paragraf 34), kambiyo ile ilgili hususlar (Paragraf 35 -38), kuvvette görev alacak yerli memurların durumu (Paragraf 37) hakkında da hükümler vardır.

<sup>127</sup> ÖNCÜ, s.37.

UNEF gibi geniş masrafları gerektiren bir kuvvet ile ilgili mali hususlar, önemli olduğu kadar devamlı meseleler ortaya çıkarmıştır. Her birliğe mensup askerin maaşları ve teçizatı kendi devletleri tarafından ödenmiş ve temin edilmiştir. Diğer taraftan nakliye, yakıt ve iâşe gibi bazı hususlar UNEF tarafından deruhte edilmiştir. UNEF mensuplarına günde bir dolar denizaşırı harcırahı da gene Birleşmiş Milletler tarafından ödenmiştir.<sup>128</sup>

UNEF masraflarının Birleşmiş Milletlerin müsait bütçesinden karşılanması imkânsız görülmüştür. Onun için masrafların *ad hoc* esaslara göre karşılanması kararlaştırılmıştır. Genel Kurul, 26 Kasım 1956 tarihli Karar'ında, Genel Sekreter'e UNEF'in gelir ve giderlerini tespit etmek üzere hususi bir hesap açması için direktif vermiştir.

Başlangıçta UNEF'in masraflarını tespit etmek güç olduğu için Genel Kurul, 26 Kasım 1956 tarihli Karar'ında 10 milyon dolar tahsis etmiştir. Daha sonra bu tahsisat kademe kademe artırılmış, 31 Aralık 1957'de biten dönem için 16,5 milyon dolara, bir müddet sonra da aynı dönem için 30 milyon dolara çıkarılmıştır.<sup>129</sup> Genel Kurul bu son kararında UNEF'in faaliyetleri 81 Aralık 1957'den sonra devam ettiği takdirde Genel Sekreter'e 25 milyon dolara kadar harcama yetkisi vermiştir. Bütçe tahminleri Genel Sekreter tarafından 1958 yılı içinde sunulacaktı. Genel Kurul 31 Aralık 1957 sonuna kadar 30 milyon dolarlık bir tahsisat ayırırken bu masraflara her üye devletin Birleşmiş Milletlerin 1957 ve 1958 mutad bütçesine yapacakları katkılar nispetinde iştirak etmesini de kararlaştırmıştır.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Uluslararası Adalet Divanının Danışma Görüş'ünde: "Örgüt harcamaları" şeklinde ele almadığı argümanına cevaben, Mahkeme bu yoruma uygun olmadığını belirtmiştir. UNEF finansmanı ile ilgili kararların analiz edilmesinde Mahkeme özel bir hesabin tesis edilmesinin Genel Kurul tarafından paylaştırıldığı gibi üyelerin katkılarında sağlanamayacağı anlamına gelmez. Bu konudaki karar, ki bu üçte ikilik çoğunluk gerekliliği ile uyarlanmıştır, UNEF harcamalarının başka şekilde Genel Kurul Birleşmiş Milletlerce üstlenilmesi veya üyeler tarafından paylaştırılması kararı alamayacağından "Örgüt Harcamaları" konusunda sonuç belirlenmemiştir. Bu nedenle Mahkeme UNEF harcamalarının yıldan yıla Madde 17, Paragraf 2 anlamı içerisinde Örgüt harcamaları olarak Genel Kurulca ele alınmasını belirlemiştir.

<sup>129</sup> GÖNLÜBOL, s.172.

<sup>130</sup> ATAK, s.125.

Sovyet Bloku, Şili ve Ekvator Genel Kurulun 28 Kasım 1957 tarihli Karar'ının aleyhinde oy kullanmışlardır. Sovyet Blokuna dâhil devletler UNEF masraflarının Teşkilatın bütün üyeleri tarafından ödenmesini kabul etmemişler, bu meselede Antlaşma'nın 17'nci maddesinin tatbik edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Bu devletlerin iddialarına göre bütün masrafların hadiseye sebep olan devletler tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu bakmadan bu devletler, UNEF'in masrafları ile ilgili Genel Kurul kararlarının kendilerini bağlamayacağını ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda Sovyetler Birliği'nin bu iddiasının yerinde olmadığı düşünülmektedir. Çünkü Genel Kurulun, Birleşmiş Milletlerle ilgili mali konularda bütün devletleri bağlayan kararlar almaya yetkili olduğu söylenebilir. Gerçekten Antlaşma'nın 17'nci maddesinde Teşkilatın giderlerini, Genel Kurulun yaptığı taksim gereğince üyeler üzerine denilmekle bu hususta gayet açık bir hüküm konulmuştur.<sup>131</sup> Sovyetler Birliği'nin bu tutumu karşısında Amerika Birleşik Devletleri kendi payına düşenden başka 3,5 milyon dolarlık bir bağışta bulunmuştur.<sup>132</sup>

### **1.8. Uluslararası Adalet Divanının Danışma Görüşü ve Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün 17. Maddesinin 1. ve 2. Fıkrası Çerçevesinde Birleşmiş Milletlerin Harcamalarının Hukuki Statüsü**

Birleşmiş Milletlerin belirlenmiş harcamaları sorunu (Tüzük, Madde 17, Paragraf 2) Birleşmiş Milletlerin 20 Aralık 1961 tarihli Genel Kurulunda alınan karar ile istişare mütalaası için Mahkemeye götürülmüştür.<sup>133</sup> Mahkeme beşe karşı dokuz oy ile Güvenlik Konseyi ve Genel Kurul kararlarına uygun olarak talepte benzer şekilde sıralanan Birleşmiş Milletlerin Kongo ve Orta Doğu'daki operasyonları ile ilgili olarak mütalaa için talep edilen sıralamada Genel Kurul kararında geçen yetkili harcamaların, Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün 17. maddesi, 2 paragrafı anlamı içerisinde "Örgüt harcamaları" olduğunu açıklanmıştır.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> Bk. 17. maddenin 1 ve 2 fıkrasını, harcama ile ilgili, Uluslararası Adalet Divanının Kararı, BM Harcamaları,

<sup>132</sup> PAZARCI Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, 9. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001, s.247.

<sup>133</sup> GÖNLÜBOL, s.173.

<sup>134</sup> ÖNCÜ, s.38.

Mahkeme başkanı Yasa'nın 66. maddesinin 2 fıkrasına uygun olarak, Birleşmiş Milletlere üye ülkelerin, Mahkemenin yazılı beyan alabileceğini belirlediği sabitlenen 20 Şubat 1962 tarihine kadar soru hakkında bilgi sağlayabileceklerini dikkate almıştır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletlerin üyesi kimi devletler görüşleri hakkında beyanlarını, notlarını veya yazılarını sunmuşlardır: Bunlar; Avustralya, Bulgaristan, Beyaz Rusya Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti, Kanada, Çekoslovakya, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Japonya, Hollanda, Portekiz, Romanya, Güney Afrika, İspanya, Ukrayna Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Amerika Birleşik Devletleri, Yukarı Volta. 14-21 Mayıs tarihleri arasında yapılan duruşmalarda Mahkeme Kanada, Hollanda, İtalya, Büyük Britanya Birleşik Krallığı ve Kuzey İrlanda, Norveç, Avustralya, İrlanda, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri temsilcilerinin sözlü beyanlarını dinlemiştir.<sup>135</sup>

Mütalaasında Mahkeme ilk olarak; Mahkemenin bir görüş bildirmesini reddetmesi, sorunun kendisini politik bir yapıya getireceğini ve Pakt hükmünün yorumlanmasının aslında tüzel bir görev olarak alınmasına davet eden bir talebe, politik bir özellik verilemeyeceğini beyan etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme Doğu Karelya'nın durumu ile ilgili istişare mütalaasında Daimî Uluslararası Adalet Divanında önceden belirtilen prensipleri ve mevcut Mahkeme tarafından Bulgaristan, Macaristan ve Romanya ile barış anlaşmalarının yorumu ile ilgili istişare mütalaalarında (ilk evre) ve UNESCO'ya karşı yapılan şikâyetler üzerine ILO'nun İdari Mahkeme Kararını geri almış ve neden Genel Kurulun ondan talep ettiği istişare mütalaasını vermemesi gerektiği konusunda herhangi bir "mücbir sebep" göstermemiştir.<sup>136</sup>

Bu noktada Mahkeme Fransız Hükûmetinin değişiklik talebinin reddinin, Mahkemenin belirli harcamaların Tüzüğüne hükümlerine uygun olarak karara bağlanıp bağlanmadığı sorusunun, eğer mahkeme bu konunun dikkate alınmasını uygun görür ise göz önünde bulundurması gereken konulardan hariç tutmaması için bir direktif oluşturmadığını

<sup>135</sup> P. WECKEL, 'Droit de la paix et de la sécurité internationales', in D. ALLAND (dir.), *Droit international public*, (Paris: PUF, 2000), s. 552;

<sup>136</sup> GÖNLÜBOL, s.174.

mütalaa etmiştir. Mahkeme, Genel Kurulun Mahkemeyi Paktın bütün içeriğinde bulunan Tüzüğün diğer maddeleri ışığında 17. maddeyi yorumlamasına engel olup olmayacağı konusunda Fransız değişikliğinin reddinin soruya ilişkin herhangi bir bağlantısının olup olmadığını da kabul etmemiştir. Tekrar yöneltilen soruya dönüldüğünde Mahkeme Tüzüğün 17. maddesi 2. paragrafının yorumlanması içerisinde bulunduğu ve ilk sorunun “örgütün harcamalarının” ne olduğunun tespiti olduğunu belirtmiştir.<sup>137</sup>

Tüzüğün tasarısı ve genel yapıda bulunduğu yerin duruş noktasından Madde 17'nin dikkate alınmasına geçildiğinde, Mahkeme bu maddenin genel amacının Örgütün finansmanı üzerinde kontrol sağlanması ve Örgütün paylaştırılan miktarının toplanması olduğunu tespit etmiştir. Uluslararası barış ve güvenliğin sürdürülmesi için yapılan tabikatlardan doğan harcamaların Tüzüğün Madde 17 Paragraf 2 anlamı içerisinde “Örgüt harcamaları” olmadığı yönündeki argümana cevaben, mademki Güvenlik Konseyi tarafından ele alınması gerekenler altında ve daha çok Tüzük Madde 43 doğrultusunda müzakere edilen anlaşmalar ile ilgili, Mahkeme konuda Güvenlik Konseyinin Madde 24 altındaki sorumluluklarının “birincil” olduğunu ve münhasır olmadığını belirlemiştir. Tüzük, Genel Kurulun uluslararası barış ve güvenlik ile ilgili olduğunu iyice açıklamaktadır. Madde 17 Paragraf 2 altında Genel Kurula, onlara paylaştırılan harcamaların kısmını karşılamaları gereken sorumluluk getiren harcamaların, üyeler arasında paylaştırılmasına yetki verilmiştir. Eğer bu harcamalar başka şekilde sağlanmayacak olan barış ve güvenliğin sağlanmasını için harcamalar içerisine dâhil edilmiş ise, son bahsedilen meblağın üyeler arasında paylaştırılması yetkisi Genel Kurulundur. Güvenlik Konseyi ve Genel Kurulun ilgili fonksiyonlarını ve yetkilerini belirleyen hükümlerden hiçbirisi bu dağılımın Genel Kurulun barış ve güvenliğin sürdürülmesi için belirlenen önlemlerin finansmanını sağlama yetkisinden hariç tutması görüşünü desteklemektedir.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> Birleşmiş Milletler (2011), Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, (Ankara: Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi), s:321

<sup>138</sup> J.W. HALDERMAN, 'Legal Basis For United Nations Armed Forces', A.J.I.L., 1962, s. 972

İstişare mütalaası talebinde belirtilen karara uygulanan görüş Mahkemenin görüşü için bir temel olarak yüzey olabilir. Ancak Mahkeme Orta Doğu'da Birleşmiş Milletler Olağanüstü Durum Kuvvetleri (UNEF) ve Birleşmiş Milletlerin Kongo'daki (ONUC) operasyonları ile ilgili harcamalarını ayrıca inceleme yoluna gitmiştir.<sup>139</sup>

Mahkeme UNEF ile ilgili olarak, icra önlemlerini oluşturan atılan ilgili uluslar ile düzenlenmesi gerektiğinden feshetmiştir. Diğer yandan UNEF operasyonları Birleşmiş Milletlerin öncelikli amacını yerine getirmek üzere yapılmıştır ki bu durumun barışçı olarak sürdürülmesini teşvik etmektedir. Bu nedenle Genel Sekreter yetkililerden ona meydana gelen mali yükümlülükleri, bu yükümlülük için sağlanan harcamaların "Örgüt harcamaları" olarak dikkate alınması konusunda hareket etmiştir. Genel Kurulun hiçbir zaman UNEF harcamalarını direkt veya dolaylı olarak Madde 17 Paragraf 2 anlamında "Örgüt harcamaları" şeklinde ele almadığı argümanına cevaben, mahkeme bu yoruma uygun olmadığını belirtmiştir. UNEF finansmanı ile ilgili kararların analiz edilmesinde mahkeme özel bir hesabın tesis edilmesinin Genel Kurul tarafından paylaştırıldığı gibi üyelerin katkılarından sağlanamayacağı anlamını getirmez. Bu konudaki karar ki bu üçte ikilik çoğunluk gerekliliği ile uyarlanmıştır, UNEF harcamalarının başka şekilde Genel Kurul Birleşmiş Milletlerce üstlenilmesi veya üyeler tarafından paylaşılması kararı alamayacağından "Örgüt harcamaları" sonucunda durulması konusunu belirlemiştir. Bu nedenle Mahkeme UNEF harcamalarının yıldan yıla Madde 17, Paragraf 2 anlamı içerisinde Örgüt harcamaları olarak Genel Kurulca ele alınmasını belirlemiştir.<sup>140</sup>

Kongo'daki operasyonlara döndüğünde ise, Mahkeme başlangıçta 14 Temmuz 1960 tarihli Güvenlik Konseyi Karar'ında yetki verildiğini, bunun muhalif oy olmadan uyarlandığını anımsamıştır. Kongo Hükümeti'nin müracaatı, Güvenlik Konseyi ve Güvenlik Konseyindeki müzakereler ışığındaki karar açıkça uluslararası barış ve güvenlik görüşü ile uyarlanmıştır. Güvenlik Konseyinin bu tür operasyonları ile ilgili karar ve raporlarının incelenmesinde Mahkeme, Güvenlik Konseyinin

<sup>139</sup> ODMAN, s.177.

<sup>140</sup> T.O. WEISS, 'UN Military Operations after the Cold War: Some Conceptual Problems', R.C.D, September 1993, s. 5.



eylemleri konusunda Güvenlik Konseyinin ve Güvenlik Konseyinin mükerrer görüş, teyit, onay ve tasdikleri ışığında Kongo'daki operasyonların Güvenlik Konseyi Tüzüğü ile verilen yetkilere uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Bu operasyonlar Tüzük VII altında herhangi bir devlete karşı "önleyici veya icra tedbirlerine" dâhil değildir, bu nedenle Madde 11'de ele alınan "eylem" tanımı altında dikkate alamaz. Genel Sekreterlik için doğan mali yükümlülükler hem Güvenlik Konseyi hem de Genel Kurula verilen yetki ile Genel Kurulun Tüzük Madde 17 Paragraf 2 altında hüküm kurmaya yetkili olduğu Örgüt yükümlülüğüdür.<sup>141</sup>

Kongo'daki operasyonların finansmanı ile ilgili olarak Mahkeme, Genel Kurula Madde 17, Paragraf 2 altında verilen güç doğrultusunda bununla birlikte verilen "düzenli bütçe" altında "olağandışı" ve "esasen farklı" bazı harcamalarda dahi iki kez karar verdiğinden çıkarılana göre düzenli bütçe tespiti doğrultusunda harcamalara kararını anımsamıştır.<sup>142</sup>

Bunlara işaret edilerek Tüzük Madde 17 Paragraf 2 metninin örgüt harcamalarının, örgüt amacı dışında yürütülen masrafların ödenmesini ve diğer yandan istişare mütalaası için talepte işaret edilen harcamalara yetkilendirme kararının incelenmesinde ihtilafli harcamaların Birleşmiş Milletler Tüzüğü'nün 17. maddesi 2. paragrafı anlamı içerisinde Örgüt harcamaları olarak ele alınması sonucuna karşı olan argümanları temelsiz bulmuş, Mahkeme sonuç olarak Genel Kurul tarafından sunulan sorunun olumlu olarak cevaplanması sonucuna varmıştır.<sup>143</sup>

## SONUÇ

Kongo operasyonunda yapılan harcamaların, Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından yapılan harcama olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle karşılanması gerektiği Mahkeme tarafından bildirilmiştir. Şimdiye kadar bu çalışmada ifade edilenler göz önünde tutulunca, Birleşmiş Milletlerin genel olarak barış operasyonunun gelişimi ve Uluslararası Adalet Divanından çıkan kararlar sonuca vardığı olaylardan bazılarını ele alarak

<sup>141</sup> J.W. HALDERMAN, s. 973.

<sup>142</sup> ÖNCÜ, s.53,

<sup>143</sup> GÖNLÜBOL, s.175.

bu çalışmanın sonucunu vermiştir. Süveyş ve Kongo denemelerinden şu genel sonuçlara varılabilir: Kongo teşebbüsleri Birleşmiş Milletler tarafından bir mütecavize karşı alınmış zorlama tedbirleri değil belirli amaçlara ulaşmak için alınmış düzenleyici tedbirlerdir. Kongo olayı teşebbüsünden sonra, durum gerektirdikçe bu çeşit bir kuvvet kullanılması Birleşmiş Milletlerin devamlı bir siyaseti hâline gelmiş görünmektedir.

Kongo olayında Güvenlik Meclisi tarafından kurulmuştur. Kongo olayında Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetlerinin Güvenlik Meclisinin tali bir organı olarak kurulduğu hakkında hiçbir açıklamaya rastlanılmamıştır. Bununla beraber, Birleşmiş Milletler Kongo Kuvvetlerini de Meclisin tali bir organı olarak kabul etmek yanlış olmaz kanısındayız. Antlaşmanın VII'nci Bölümü hükümleri dışında, bir devletin ülkesine Birleşmiş Milletler tarafından kuvvet gönderilmeden önce devletler hukuku ve Birleşmiş Milletler Antlaşması gereğince bu devletin *tasvibini* almak gerekmektedir. Bir ülkeye bu şekilde gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvvetleri o ülke devletinin emrine verilmemekte, Birleşmiş Milletlerin emrinde kalmakta ve yalnız yetkili Birleşmiş Milletler organlarının kararlarını gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

Bu şekilde kurulan Birleşmiş Milletler Kuvvetleri faaliyette buldukları ülke devletinin iç işlerine karışma yetkisine haiz değillerdir. Bu kuvvetler yalnız (meşru müdafaa) hâlinde silah kullanabilirler. Kuvvetin büyüklüğü, yapısı ve katkıda bulunacak devletlerin seçimi her meselelerin gösterdiği özelliklere göre tespit edilmektedir. İncelediğimiz iki olayda Güvenlik Meclisinin devamlı üyelerinden hiçbir kuvvet alınmaması esası benimsenmiştir.

Bir ülkeye gönderilen Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin, normal olarak, görevlerini tamamladıkları zaman ülkeyi terk etmeleri gerekir. Ancak sarahat bulunmadığı takdirde görevin ne zaman tamamlanmış olacağını tespit etmek güçleşebilir. Eğer bu konuda kuvveti kabul eden devlet ile Birleşmiş Milletler arasında bir anlaşmazlık çıkarsa bu anlaşmazlığının hukuki yollarla çözülmesi sağlanamadığı takdirde, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin ülke devletinin rızası hilâfına o ülkede kalması siyasi bakımdan güç, hatta imkânsız olabilir.

Kuvvet katkısında bulunan devletin de aynı şekilde, kuvvetlerini istediği zaman geri çekebileceğini kabul etmek gerekir. Ancak kuvvetlerini çekmeden bir süre önce, bu kararından Birleşmiş Milletleri haberdar etmesi gerektiği de tabiidir. Birleşmiş Milletler Kuvvetleri, Genel Kurul veya Güvenlik Konseyinin tali birer organı olduklarına göre, kabul eden devletin ülkesinde buldukları sürece Birleşmiş Milletler İmtiyaz ve Muafiyetleri Sözleşmesi hükümlerinden faydalanmaktadır. Ancak Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin durumu bazı özel imtiyaz ve muafiyetleri de gerektirmiştir. Bunlar, Birleşmiş Milletlerle kabul eden devlet arasında akdedilen anlaşmalarla öngörülmüştür.

Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin masrafları, Birleşmiş Milletlerin mutata bütçesinden karşılanamayacak kadar büyük olmuştur, bu masrafları karşılamak için özel bir hesap açmak gerekmiş ve masraflar, her üye devletin bu özel hesaba mutata bütçeye yaptıkları ödemeler oranındaki katkıları ve bazı devletlerin bağışlarından karşılanmıştır.

## KAYNAKLAR

### KİTAPLAR

- ATAK, M. Sadık. Harp Sonrası Dünya, 1945- 1966: Post War World, Ankara: Ankara Basım ve Cilt Evi, 1966.
- BOZKURT, Enver- KÜTÜKÇÜ, M, Akif - POYRAZ, Yasin. Devletler Hukuku Mevzuatı, 1.Baskı, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2004.
- BOZKURT, Enver. Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı, 1.Baskı, Ankara: Nobel Yayın Dağıtımları, 2004.
- BOZKURT, Enver. Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı, 3. baskı, Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- ÇELİK, Edip F. Milletlerarası Hukuku Birinci Kitap, İstanbul: Filiz Kitap Evi, 1987.
- ÇİFÇİ, Selda. “Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı”, *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler-V*, Muharrem Balcı (İstanbul: Hukuk Vakfı Yayınları, Aralık 2016)
- ÇİFÇİ, Selda. “Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Yasağı”. *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları Birikimler-V*. Muharrem Balcı. s. 491 İstanbul: Hukuk Vakfı Yayınları, Aralık 2016.
- DOĞAN, İlyas. Devletler Hukuku, 1 Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Ghali,Boutros B.(1996),“Peacemaking andPeacemaking fortheNew Century”,Olara A.Otonnu, ve Michael W. Doyle (ed.),Peacemaking And Peacekeping ForThe New Century, (Lanham: Rowman and Littlefield Publishers):
- HALATÇI, Ülkü. BM Ortak Güvenlik Sistemi ve Sistemin İşleyişindeki Sorunlar (Y. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, SBE), 2004.
- J.W. HALDERMAN, ‘Legal Basis For United Nations Armed Forces’, A.J.I.L., 1962.
- KONİ, Hasan, “Amerikan Ulusal Güvenlik Stratejik Analiz”, Stratejik Analiz Dergisi IV, Cilt: 4, 2003.

- MAOGOTO, Jackson, 'from Congo to Esat Timor in Fourty Years: The UN Finally Crossing the Rubicon Between Peace- Keeping and Peace Making' Newcastle L. Rev. Vol:4, 1999- 2000.
- MARTİN, Lan, İternational İntervention in Esat Timor, in Humanitarian İntervention and İnternational Relations, Edt. By WELSH, Jennifer M. Oxford, 2004.
- ODMAN, M. Tevfik. Uluslararası Uyuşmazlıkların Yargı Dışı Barışçıl Yöntemlerle Çözümlemesi ve Barışçı Destekleme Operasyonları, 1. Baskı, Adana: Çağ Üniversitesi Yayınları No:6, Hukuk Fakültesi Yayınları, No, 2, 2002.
- P. WECKEL, 'Droit de la paix et dela sécurité internationales', in D. ALLAND (dir.), Droit international public, (Paris: PUF, 2000).
- PAZARCI, Hüseyin. Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, 9. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2001.
- SUR, Melda. Uluslararası hukukun Esasları, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2000.
- TAŞDEMİR, Fatma. Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi, 1. Baskı. Ankara: Uşak Yayınları, 2006.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur. İnsancıl Hukuka Giriş, 4. baskı. Ankara: Beta Yayınları, 2019.
- YAVUZ ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Marrack Goulding, The Evolution of United Nations Peacekeeping, International Affairs, Vol.69,1993.
- Eadson Louis Millard Burns (LTG) ve George G. Harrap, "Between Arab and Israeli", Middle East Journal Vol. 17, No. 1/2, Winter-Spring, London, 1963.
- John Gerard Ruggie, The UN, Peace and Force, ed. Michael PUGH, The UN and the Collective Use of Force: Whither or Whether, , Frank Cass&Co.Ltd., London, 1997.

## MAKALE VE DERGİLER

- ARIBOĞAN, Deniz Ü. "Uluslararası Barış ve Güvenliğin Sağlanmasında Bir Araç Olarak Birleşmiş Milletler ve Temel Sorunları", *Avrasya Dosyası* BM Özel Sayısı, cilt: 8, sayı: 1, (2002), s.128-148.
- ÇAYCI, Sadi, "Barış Gücü Harekâtının Hukuksal Esasları", *Silahlı Kuvvetler Dergisi*, c: 112, s: 335 (1993), s. SAYFA ARALIĞI YOK
- G. I. A. D. Draper, "The Legal Limitations upon the Employment of Weapons by the United Nations Force in the Congo", *12 International and Comperative Law Quarterly (ICLQ)* 887 (1963).
- GÖNLÜBOL, Mehmet. "Birleşmiş milletler kuvveti: Süveyş ve Kongo olayları" *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, cilt: 16, sayı: 1, (Mart 1961), SAYFA ARALIĞI YOK
- GÜN, Ö. Rengin, "Birleşmiş Milletler Örgütünün Örgütlenme İlkeleri ve Örgüt Yönetimi Açısından İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, cilt: 2, (2000), s.2. s. SAYFA ARALIĞI YOK
- KESKİN, Funda, "Yeni Barış Güçleri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, c: 54, s: 4, (1999), s.67-81.
- KONİ, Hasan, "Amerikan Ulusal Güvenlik Stratejik Analiz", *Stratejik Analiz Dergisi* IV, cilt: 4, sayı: 38, (2003), s.81-83.
- KÜTÜKÇÜ, M. Akif. "Uluslararası Hukukta BM Barışı Koruma Kuvvetlerinin Değişen Rolü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c: 11, sayı: 3-4 (2003), s. 137-152.
- ÖNCÜ, Mehmet. "Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Operasyonlarının Hukuki Temelleri" *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, cilt: 2, sayı: 6, (2006), s. 31-57.

## WEB

- <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/211/00/IMG/NR021100.pdf?OpenElement> BM Temel İlkeler, Operasyonları.(Erişim Tarihi: 13.01.2017)
- <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N92/772/II/PDF/N9277211.pdf?OpenElement>. (Erişim Tarihi: 11.01.2018).

<http://www.un.org/Docs/SG/.agpeace.html>. (Erişim Tarihi: 11.01.2017)

<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unikom/12.01.2017>

<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection>, (Erişim Tarihi: 13.01.2018)

<http://www.unicankara.org.tr/index.php?LNG=1&ID=102>. Birleşmiş Milletler Enformasyon Merkezi Ankara, BM Harcamaları ile ilgili, (Erişim Tarihi: 13.01.2017)

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/596/25/IMG/NR059625.pdf?OpenElement> (06.01.2017)

<http://www.unicankara.org.tr/index.php?LNG=1&ID=102>. (03.08.2018)

### KISALTMALAR

<b>BM</b>	: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER
<b>UNEF</b>	: UNITED NATIONS EMERGENCY FORCE
<b>UNFICYP</b>	: UNITED NATIONS PEACE- KEEPING FORCES IN CYPRUS, BİRLEŞMİŞ MİLLETLER, ULUSLARARASI KUVVETLERİ, KIBRIS
<b>UNOSOM</b>	: UNITED NATIONS OPERATION SOMALIA
<b>UNPROFOR</b>	: UNITED NATIONS PROTECTION FORCE
<b>UNIKOM</b>	: UNITED NATIONS IRAQ- KUWAIT, OBSERVATION MISSION
<b>SSCB</b>	: SOVYET SOSYALİST CUMHURİYETİ BİRLİĞİ
<b>UNSF</b>	: UNITED NATIONS ECURITY FORCE
<b>IGH</b>	: INTERNATIONALER GERICHTSHOF







## YARGITAY HGK'NIN E: 2018/929, K: 2019/515 SAYILI TAŞINMAZ MAL SATIŞINA İLİŞKİN KARARININ AYIPLI İFA - EKSİK İFA ÖZELİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Ahmet Fevzi KİBAR\*

### Öz

Taşınmaz mal satış sözleşmesi kurulurken veya bu sözleşmenin kurulmasından sonra yargı kararına konu olan birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlardan biri de sözleşmeden yahut reklam vb. vasıtalarla vaat edilmesi sebebiyle doğan borcun gereği gibi ifa edilmemesidir (kötü ifa). Borcun gereği gibi ifa edilmemesi hâlleri çeşitlilik göstermektedir. Bu hâllerden ikisi ayıplı ifa ile eksik ifa halidir. Ayıplı ifa, özel olarak hem 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda hem de gerek 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da gerekse 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Eski tarihli Yargıtay kararlarının bir kısmında, eksik ifa halleri ayıplı ifa hâli olarak değerlendirilmiş ve yanlış kararlar tesis edilmiştir. Eksik ifanın ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi tüketici aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Bu durum Tüketicinin Korunması Kanunu'nun ruhuna da aykırıdır. Ancak Yargıtay, yakın tarihli kararlarında bu yanlıştan dönmüştür.

### Anahtar Kelimeler

Yargıtay • Ayıplı İfa • Ayıptan Sorumluluk • Eksik İfa • Zamanaşımı

\* Arş. Gör., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Yalova, Türkiye | Ress. Asst., Yalova University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Yalova, Turkey.

✉ ahmetfevzikibar@gmail.com • ORCID 0000-0003-1300-6500

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: KİBAR Ahmet Fevzi, "Yargıtay HGK'nun E: 2018/929, K: 2019/515 Sayılı Taşınmaz Mal Satışına İlişkin Kararının Ayıplı İfa - Eksik İfa Özelinde Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 1, 2021, s. 813-842.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

## SPECIAL EVALUATION OF SUPREME COURT HGK'S DECISION ON SALES OF IMMOVABLE PROPERTY BY DEFICIENT PERFORMANCE - INCOMPLETE PERFORMANCE

### Abstract

Many problems arise when establishing the contract for the sale of immovable property or after the establishment of this contract. One of these problems is that the promised debt arising by contract or advertisement etc. is not properly performed (bad performance). The cases where the debt is not properly executed vary. Two of these cases are deficient performance and incomplete performance. The defective performance is specifically regulated in the Turkish Law of Obligations No. 6098 and in the Consumer Protection Law No. 4077 and in the Consumer Protection Law No. 6502. In some of the previous Supreme Court's decisions, incomplete performance cases were evaluated as deficient performance cases and wrong decisions were established. Evaluation of incomplete performance as deficient performance has consequences against the consumer. This situation is also against the spirit of the Consumer Law. However, the Supreme Court turned this wrong in its recent decisions.

### Key Words

Supreme Court • Deficient Performance • Liability of Deficiency • Incomplete Performance • Prescription

### GİRİŞ

İnceleme konumuz Yargıtay HGK'nın 2019/515 sayılı Kararı,<sup>1</sup> satış (satım) sözleşmesine konu olmuş bir taşınmaz üzerinedir. Söz konusu karar içerisinde, Yargıtay HGK'nın 2018/1969 sayılı Kararı'na<sup>2</sup> atıf yapılmıştır. Atıf yapılan karara göre eksik ifa hali oluşturan durumların ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi tüketici aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Zira bu durumda tüketici eksik ifa hali için genel hükümlerde söz konusu olmayan ancak TKHK kapsamında düzenlenen ihbar yükümü ve kısa zamanaşımına tabi olacaktır. Bu nedenle eksik ifa hali ile ayıplı ifa hali teşkil eden durumların doğru tespit edilmeli ve eksik ifa halleri,

<sup>1</sup> Yargıtay HGK, E: 2018/929, K: 2019/515, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, s.e.t. 25.03.2020 (Kısaca: HGK 2019/515).

<sup>2</sup> Yargıtay HGK, E: 2017/768, K: 2018/1969, <https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2017-768-k-2018-1969-t-20-12-2018/3556002/%22AYIP%22>, s.e.t. 25.03.2020 (Kısaca HGK 2018/1969).

ayıplı ifa olarak görülmemelidir. Somut olay açısından ise gerek sözleşmede gerekse tanıtıcı materyallerde taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmemesi bir eksik ifa halidir.

Yargıtay HGK, E: 2017/768, K: 2018/1969 sayılı Kararı'nda ise Yargıtay HGK, 2011/230 sayılı Kararı'na<sup>3</sup> atıf yapılmıştır. Ancak bu kez atıf yapılan 2011 tarihli kararın kendisi değil karşı oy mütalaası benimsenmektedir. Zira atıf yapılan 2011 tarihli kararın kendisinde, karara konu olayda eksik ifa hali teşkil eden sözleşme ve tanıtıcı materyallerde taahhüt edilen edimlerin yerine getirilmemesi durumu bir ayıplı ifa olarak değerlendirilmiştir. Böylece, davacı tüketicinin söz konusu ayıplı ifalar açısından 4077 sayılı TKHK'da düzenlenen ihbar yükümünü yerine getirmediği sebebiyle davanın ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak ilgili kararın karşı oy mütalaasında ise söz konusu durumların bir ayıplı ifa olmayıp eksik ifa teşkil ettiği bu sebeple tüketici lehine olan bu değerlendirmenin benimsenmesi gerektiği itirazında bulunulmuştur. Nitekim, 2011 tarihli kararın karşı oy mütalaasındaki görüş 2018 tarihli kararda benimsenen çözüm yöntemine ilham alınmıştır. Böylece HGK, 2018 tarihli kararında görüş değiştirmiştir. 2019 tarihli kararda ise 2018 tarihli kararda benimsenen görüş devam ettirilmiştir. Böylece 2011 tarihli kararın karşı oy mütalaası, her iki kararda benimsenen görüşün ilham kaynağı olmuş ve Yargıtay eski kararlarında benimsediği yanlış görüşünü düzeltmiştir.

### **I. KARARA KONU OLAY ve TARAFLARIN TALEBİ**

Dava, satış öncesinde sunulan proje ve tanıtımlarda taahhüt edilen fakat fiili durumda, bunlara uygun olmayan veya eksik yapılan işler nedeni ile davacının satın aldığı villada oluşan değer kaybının ödetilmesi talebine ilişkindir.<sup>4</sup>

Davacı, "...” adıyla bilinen projeden Nisan 2005 tarihli sözleşme ile bir daire satın almış ve bu daire Eylül 2006'da kendisine teslim edilmiştir. Davacı'nın bu daireyi satın almasında etkili olan faktörler, davalılar-

<sup>3</sup> Yargıtay HGK, E: 2011/13-4, K: 2011/230, [https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2011-13-4-k-2011-230-t-27-04-2011-alicinin-mali-gozen-gecirme-ve-ayibi-saticiya-bildirme-zo/83393\\_9/%22AYIP%22](https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2011-13-4-k-2011-230-t-27-04-2011-alicinin-mali-gozen-gecirme-ve-ayibi-saticiya-bildirme-zo/83393_9/%22AYIP%22), s.e.t. 25.03.2020 (Kısaca: HGK 2011/230).

<sup>4</sup> HGK 2019/515.

dan (SOYAK İnşaat ve Ticaret A.Ş.)'nin markasına, yerleşik bilinirliğine, güvenilirliği ve diğer davalı TOKİ'nin kamu kurumu olmasına duyduğu itimattır. Davacı, satın aldığı bağımsız bölümü (daireyi) kullanmaya başladıktan sonra fiili durumun satıcıların taahhüt ettiği hususlara uymadığını anlamıştır.<sup>5</sup> Bu hususlardan birisi, 518 nolu adada bulunan spor ve yaşam kompleksinin site sakinlerine özel olacağıdır. Ancak fiili durumda bu kompleks, TOKİ'ye ait ve kamunun kullanımına açık haldedir. Söz konusu durum, taşınmazın değerini ve taşınmazdan beklenen faydayı azaltmaktadır. Bu nedenle, davacı, oluşan zarardan davalıların birlikte sorumlu olduğunu ileri sürerek fazlaya dair haklarını saklı tutarak tazminat talebinde bulunmuştur.<sup>6</sup>

Davacının taleplerine karşılık davalılardan Soyak İnşaat ve Ticaret A.Ş., davalı TOKİ'ye vekâleten satış yaptığı, hukuken taraf olmadığını bu nedenle davanın husumetten reddi gerektiği ve satılan taşınmazda ayıp bulunmadığı savunmasında bulunmuş ve davanın reddini talep etmiştir.

<sup>5</sup> Davacı ayrıca, "davalıların satış sırasında reklamını yaptıkları projede müşterilerine satın alacakları daire/villa ile birlikte 1 milyon m2 arazi üzerinde, 450 bin m2 yeşil alan içerisinde 50.000 ağaçla çevrili, yüzme havuzları, yürüyüş, koşu ve bisiklet parkurları, buz pateni ve buz hokeyi pistleri, kayak/dağ bisikleti ve rollerblade pistleri, beachvoleley sahaları, tırmanma duvarı, basketbol ve tenis kortları, İlköğretim okulu, ticaret merkezi, sosyal tesisler vb. beklentilerin üzerinde sosyal ve sportif imkanlar sunarak, kaliteli, sağlıklı, güvenli ve huzurlu bir yaşam alanı inşa ve teslim edileceğinin ilan edildiğini, ancak sitenin genel çevre duvarının ve demir parmaklıklarının dahi büyük ölçüde tamam olmadığını ve vaat edilen "24 saat özel güvenlik" sisteminin işlemediğini, site çevresinin 50.000 ağacın varlığı bir yana neredeyse çıplak bir görüntüye sahip olduğunu, projede gösterilen ve standardı vaat edilen havuzların belirli bir büyüklük ve inşa standardının bulunmadığını, temizlik ve suyun kimyasal ilaçlanmasına müsait olmadığını, taşınmazın önünden ve arkasından kamuya ait son derece işlek yolların geçtiğini, toz ve gürültüye maruz kaldığını, site içinde site sakinlerine ait olacağı vurgulanan özel yaşam ve spor kompleksi vaat edilmesine rağmen 518 nolu adada site sakinlerine özel bir kompleks olmadığını, hatta bu alanın Toki'nin mal olduğunu, diğer ortak yaşam alanları, parkurlar ve peyzajlı yeşil alanların fiili durumu itibarıyla çevre duvarı ve güvenliğinin olmaması sebebiyle kamuya açık hale dönüştüğünü, kompleks içinde Soyak Olimpiakent isimli bir okul yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen projeden bağımsız bir okul yapıldığını, makette ve projede gösterilmemesine rağmen sitede cami inşaatına başlandığını, site içinde kaçak yapılanmaların mevcut olduğunu" dava dosyasında belirtmiştir (HGK 2019/515).

<sup>6</sup> HGK 2019/515.

Davalı Toki ise inşaatın onaylı projeye uygun yapıldığı, tanıtım ve broşürlere aynen uyulduğu, sosyal donatı alanları, okul, yeşil alan, spor ve ticaret tesisleri ile imar yollarının özel mülkiyete konu olamayacağı ve bu yönde bir taahhüdün olmadığı, 518 nolu adadaki spor kompleksinin proje kapsamında bulunmadığı, okulun bir mahalleye tahsisinin mümkün olmadığı, her sitenin yüzme havuzları, sosyal tesisleri, demir parmaklıklı duvarı bulunduğu bu sebeple dışarıdan birinin kontrolsüz girişinin mümkün olmadığı ayrıca süresinde ayıp ihbarında bulunulmadığı savunmasında bulunmuş ve davanın reddini talep etmiştir.

## II. KARARDA ELE ALINAN HUKUKİ İHTİLAF

Kararda ele alınan temel hukuki ihtilaf, dava konusu olayda bir “ayıplı ifa”nın mı yoksa bir “eksik ifa”nın mı söz konusu olduğudur.<sup>7</sup> Bu temel ihtilafın belirlenmesi birçok sonuca etki edecektir. Bunun en önemli etkisi, “zamanaşımı” noktasında olur. Zira, her ki durum için de kanunda öngörülen zamanaşımı süresi farklıdır. Bu tespit, zaman zaman davanın reddi ile kabulü arasındaki ince çizgiyi belirleyebilmektedir.

Eğer “ayıplı ifa” söz konusu ise satıcının sorumluluğu bir ayıptan sorumluluktur (TBK 246, 219/I). Bu durumda bu ayıptan gidilebilmesi için kanunda öngörülen maddi ve şekli koşulların yerine getirilmesi şarttır. Örneğin, ihbar (bildirim) külfetinin kanunda belirtilen süre içerisinde yerine getirilmemesi durumunda ayıptan sorumluluğa müracaat

<sup>7</sup> “Bazı durumlarda eksiklik ile ayıbı birbirinden ayırmak güçtür. Mesela anasörün bazı parçalarının takılmamış olması durumunda somut olayda eksiklik mi, yoksa ayıp mı bulunmaktadır. Bu sorunun cevabı kuşkusuz eserin incelenmesiyle verilebilir. Ancak asansörün motorunun takılmamış olması, ayıp değil eksiklik olarak nitelendirilmeli, buna karşılık motorun içindeki bir parçanın takılmamış olması nedeniyle asansörün çalışmaması ayıp olarak nitelendirilmelidir. (Dr.Serkan AYAN-İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü, Seçkin Yayınları, 2008 ) Yazara göre, GAUCH’un ayırımı için önerdiği ölçüt kabul edilmelidir. Gauch’un önerisi; eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkünse eksiklikten, fakat eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi ve onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir. Örneğin, bir duvarın boyanmamış olması, eksik ifa, aynı duvarın önce astar boya ile boyanması gerektiği halde, bu boya yapılmadan normal boya ile boyanmışsa artık ayıptan söz edilmelidir. Bu durumda ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekir denilmektedir” (HGK 2019/515).

edilemeyecektir.<sup>8</sup> Yine bu tespit de davanın reddi ile kabulü için önem arz etmektedir.

Söz konusu tespitlerin doğru yapılabilmesi için, öncelikle “ayıplı ifa” ile “eksik ifa”nın doğru tanımlanıp aralarındaki fark belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken farklı ihtimaller göz ardı edilmemelidir.

### III. MAHKEMELERİN OLAYA YAKLAŞIMI

#### A. İLK DERECE MAHKEMESİ

İlk derece mahkemesi, davacının, davaya konu iddialarının tamamının açık ayıp niteliğinde olduğu kanısındadır. Bu nedenle, davacının, konutu teslim almasından sonra açık ayıp iddiaları için 30 gün içerisinde yapması gereken ayıp ihbarını ispatlayamaması ve dava konusu dairenin bedeline olumsuz yönde etki edebilecek bir gizli veya eksik ifanın bulunmadığı gerekçesiyle mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir. Bunun üzerine, hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

#### B. YARGITAY ÖZEL DAİRE

Yargıtay özel dairesi, davacının temyiz talebini tek bir noktada kabul edip diğer hususlar açısından reddetmiştir. Bir diğer deyişle, Yargıtay ilgili dairesi, ilk derece mahkemesi kararının tek bir husus noktasında bozulmasına karar vermiştir. Şöyle ki:

İlk derece mahkemesi, söz konusu sosyal tesislerin TOKİ’ye ait taşınmaz üzerine inşa edilmiş olmasını açık ayıp kabul ederek davanın reddine karar vermişse de burada “eksik ifa” söz konusudur. 4077 sayılı TKHK m. 30’a göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere müracaat edilecektir. Bu nedenle sözleşmeden doğan borcun ifasındaki eksiklik nedeniyle davacının on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna başvurabileceğinin kabulü gerekir. Buna göre, dava konusu spor kompleksi açısından, taraflar arasındaki satış bedelinden indirim yapılması gerekir. İlk derece mahkemesinin yanlış değerlendirme yaparak bu şekilde hüküm tesis etmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma sebebidir.

<sup>8</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen ihbar (bildirim) kulfeti, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’ un yürürlüğe girmesi ile ortadan kalkmış ve yeni bir düzen öngörülmüştür. Aşağıda yeri geldikçe bu hususa değinilecektir.

Özel dairenin bu kararı incelendiğinde, (kısaca) sosyal tesislerin TOKİ'ye ait taşınmaz üzerine inşa edilmiş olması hâlini bir eksik ifa olarak değerlendirdiği ve davacının diğer iddiaları açısından, ilk derece mahkemesinin “açık ayıp” değerlendirmesine zımnen katıldığı görülmektedir. Zira, özel daire, ilk derece mahkemesinin kararını tek bir noktada bozmuştur.

Özel dairenin bozma kararına karşılık ilk derece mahkemesi önceki kararında direnmiştir. Direnme kararı, davacı vekilince süresinde temyiz edilmiştir.

### C. HUKUK GENEL KURULU

Hukuk Genel Kuruluna göre, somut olay değerlendirildiğinde çözümlenmesi gereken ilk nokta, olayda bir ayıplı ifanın mı yoksa eksik ifanın mı söz konusu olduğudur. Her ikisi de genel anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi olgusuna dayanan “eksik ifa” ve “ayıp” kavramlarının iyi tahlil edilmesi gerekir.

Gerek dava tarihi açısından yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerekse 4077 sayılı TKHK'da eksik ifa kavramı tanımlanmamış olup bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği hususunda öğreti ve uygulamada çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

*Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin yalnızca bir daire satışına ilişkin olmayıp, konut tesliminin yanında taşınmazın bulunduğu alanın bütünlük arz eden bir toplu yapı olmasının getirdiği ve gerektirdiği yan edimleri de içeren vasıflı bir satım sözleşmesi mahiyeti taşıyor olması nedeniyle uyumsuzluk noktası anlamında eksik ifa kavramı ile ilgili doktrin ve uygulamadaki görüşlere daha çok inşaat hukukuna ilişkin kaynaklardan ulaşılmaktadır.”<sup>9</sup>*

Bu açıklamalardan sonra kararda ilgili kanun maddelerine ve öğretideki görüşlere yer verilerek eksik ifa (iş) ile ayıplı ifa ve bu iki kavram arasındaki farkın tespit edilmeye çalışılmıştır.

*“Her ne kadar 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinin birinci bendinde ayıplı mal tanımı yapılırken “maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar” tabiri kullanılmış ise de, bu anlatımın kanun koyucunun tüketici işleri*

<sup>9</sup> HGK 2019/515 (Bu paragraf, atif yapılan HGK 2018/1969 kararından doğrudan alınmıştır).

*yönünden eksik ifayı ayıp kavramı içerisinde eritmesi şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği, eksik ifanın söz konusu olduğu düşüncesiyle hak arama gayretine düşen tüketiciyi, sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlerin yüklediği ihbar yüküne ve daha kısa zamanaşımına tabi kılmak sonucu doğuracaktır ki bu durum, Kanunun konuluş amacı ve ruhuna uygun düşmez.”<sup>10</sup>*

Bu değerlendirme üzerine kararda, Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda da belirttiğimiz HGK 2018/1969 Kararı' na atıf yapılmıştır. Yukarıda tırnak içerisinde belirttiğimiz paragraflar, atıf yapılan karardan aynen alıntılanmıştır. Böylece şu kaniya varmaktayız, inceleme konumuz olan kararda, eksik ifa ile ayıplı ifa arasındaki fark belirlenirken atıf yapılan HGK 2018/1969 kararında genel çerçevesi çizilen çözüm yolu esas alınmıştır. HGK 2018/1969 kararında, kısaca şu sonuçlara varılmıştır:

I) Davacının, satın aldığı taşınmazın üzerinde bulunduğu projede vaat edilen pek çok sosyal donatı alanı ve tesisin ya hiç yapılmadığı ya da site sakinlerinin hak sahibi olmadığı taşınmazlar üzerinde yapıldığı noktadaki iddiaların, yerel mahkemece “*eksik ifa*” olarak değerlendirilmesi yerinde olup Özel Dairenin, bu hususu ayıplı ifa olarak değerlendirmesi yerinde değildir. Bu nedenle, söz konusu iddia, muayene ve ihbar külfeti olmaksızın 4077 sayılı TKHK m. 30<sup>11</sup> hükmü gereği BK m. 125' de düzenlenen genel on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dile getirilmiştir.

II) Davacının, kapalı otopark kotunda açık havuzun alt kısmında sosyal tesis inşa edilmesi ve buradayalıtım sorunlarının yaşanması iddiası, bir “*açık ayıp*” niteliğindedir. Bu noktada Özel Dairenin ihbar (bildirim) külfetinin yerine getirilmemesi sebebiyle bu noktadan davanın reddine karar verilmesi gerektiği hususundaki bozma kararı yerindedir.

III) Davacının, satın aldığı taşınmazın bulunduğu site içerisinde bazı blokların bodrum katlarında kanalizasyon ve su basması sorunları sebep olacak şekilde atık su tesisinin sorunlu çalışması, izolasyon eksikliğini gösteren ortak duvarlardaki kabarmalar, su geçirmez pis su boru-

<sup>10</sup> HGK 2019/515 (Söz konusu paragraf, atıf yapılan HGK 2018/1969 kararından doğrudan alınmıştır).

<sup>11</sup> “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır*”.



su kullanılmaması, interkom sisteminin kötü montajı şeklindeki iddiaların, yerel mahkemece “gizli ayıp” olarak nitelendirilmesi yerindedir. Ancak bu ayıpların, süresinde bildirilmediği yönündeki davalı iddiası gereği ihbar külfetinin (yükümünün) süresinde yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerekir. Bu nedenle, Özel Dairenin bozma kararı yerindedir.<sup>12</sup>

Sonuç itibarıyla, ilgili HGK Kararı atfından sonra inceleme konumuz olan HGK 2019/515 Kararı'nda, HGK, Özel Dairenin bozma kararının yerinde olduğu ve ilk derece mahkemesinin söz konusu karara direnmesinin usul ve yasaya aykırı olduğu hükmüne varmıştır.

#### IV. AYIPLI İFA – EKSİK İFA

Ayıplı ifanın tanımlanması eksik ifaya oranla daha kolaydır. Zira, ayıplı ifa ve bunun sonucunda ortaya çıkan ayıptan sorumluluk durumu tanımlamak hususunda müracaat edilebilecek kanun maddeleri mevcuttur. Bu maddeler, öncelikle TBK m. 219 (ayıptan sorumluluk), gerek 4077 sayılı TKHK m. 4 (ayıplı mal) gerekse 6502 sayılı TKHK m. 8 (ayıplı mal) ile m. 9 (ayıplı maldan sorumluluk)' tur. Eksik ifa hususunda kanunda herhangi bir tanımlama mevcut değildir. Bu nedenle, eksik ifanın tanımlanması noktasında öğretilerdeki görüşler etkili olacaktır. Ayıplı ifa ve eksik ifa kavramlarını tanımlamak için öncelikle “ifa” kavramının tanımlanması gerekir.

##### A. İFA

Borçlar Hukukunun temelini oluşturan borç ilişkisinin ya da borcun doğal ve esas amacı ve başlıca hükmü “ifa”dır. O kadar ki, borç ilişkisi sırf ifa edilsin diye kurulur. İfa denince akla borç, borç denince akla ifa gelir. Nitekim, ifası istenemeyen borç “eksik borç” sayılır.<sup>13</sup> Borcun gayesi ifadır (solutio).<sup>14</sup> İfa, borcu gayesine ulaştırır ve borçluyu borcun-

<sup>12</sup> HGK 2018/1969.

<sup>13</sup> SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Üçüncü Cilt) İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 6.

<sup>14</sup> ZİMMERMANN Reinhard, The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition), Second Edition, Cape Town, Juta & Co Ltd, 1992, s. 748 vd. “İfanın, hukuki zincirin (iuris vinculum'un) çözülmesi anlamına gelen Roma hukuku dilindeki Latince karşılığı “solutio” kavramı”dır (Serozan, s. 7). “İfa (solutio) ke-

dan kurtarmak suretiyle alacaklı ile borçlu arasındaki hukukî ilişkiyi çözer.<sup>15</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nda ifa kavramı tanımlanmış değildir.<sup>16</sup> Kı-saca, "ifa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir"<sup>17</sup> şeklinde bir tanım yapılabilir. Bu tanımın içine her çeşit edimin yerine getirilmesi girer.<sup>18</sup> İfa, borçlanılan edimin niteliğine göre farklı anlaşılabilir. Buna göre, ba-zen "edim fiilinin yerine getirilmesi" bazen de "edim sonucunun yerine getirilmesi" şeklinde anlaşılmalıdır. Örneğin, hizmet sözleşmesinde ifa, edim fiilinin yerine getirilmesine yönelik iken satış ve eser sözleşmele-rinde, edim sonucunun yerine getirilmesine yöneliktir. Satış sözleşme-sinde, satıcı, malı göndermesi (edim fiili) ile değil gönderilen malın alı-cının zilyetlik ve mülkiyetine geçmesi sonucunda borcunu ifa etmiş olur.<sup>19</sup> Kimi borçlarda da borçlunun ifa yükümlülüğü açısından, salt özenli bir edim etkinliğinde bulunması yeterlidir. Borçlu, bu gibi borç-larda, edimin sonucunun alacaklının beklediği gibi gerçekleşmemesin-den sorumlu tutulamaz. Örneğin, bir doktor ile yapılan ameliyat etme (vekâlet) sözleşmesinde, doktorun ameliyatı özenle yapması borcun ifası açısından yeterli olup ameliyatın iyileştirmesi şart değildir. Bir avukat ile yapılan vekâlet sözleşmesinde, avukatın davayı özenle takip etmesi yeterli olup davanın kazanılması sonucu aranmaz.<sup>20</sup>

Geniş anlamda borç ilişkisinde birden fazla dar anlamda borç iliş-kisi doğabileceği gibi her iki tarafa yüklenmiş birden fazla (dar anlam-

---

lime olarak bir bağı, düğümü çözme anlamına gelen *solvere'*den gelmektedir" (GÜ-VEL Akansel Övünç, "Roma Hukukunda İfa ve İfa İkamelere" (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE, 2018, s. 18).

<sup>15</sup> ZİMMERMANN, s. 748; VON TUHR Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, (Çeviren: EDEGE Cevat), Ankara, Oğaç Matbaası, 1983, s. 457.

<sup>16</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 932; OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hüküm-ler (Cilt I), 15. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017, s. 251, p. 782.

<sup>17</sup> Kural olarak, borçlanılan edimin ifa edilmesi bizzat borçludan beklenilmemektedir. Üçüncü bir kişi de bu borçlanılan edimi ifa edebilir (TBK m. 83).

<sup>18</sup> VON TUHR, s. 458; OĞUZMAN, ÖZ, s. 251, p. 783.

<sup>19</sup> VON TUHR, s. 464; EREN, genel, s. 932.

<sup>20</sup> SEROZAN, s. 11-12.

da) borç doğabilir.<sup>21</sup> Bu nedenle, ifa, kural olarak borç ilişkisini değil, bu ilişkiden doğan belirli bir borcu yani dar anlamda bir borç ilişkisini sona erdirir.<sup>22</sup>

## B. AYIPLI İFA

### 1. Genel Olarak

Edim, sözleşmeyle kararlaştırılan nitelik ve özelliğe uygun bir biçimde ifa edilmediği takdirde, borçlunun edimini kötü ifa etmesi (gereği gibi ifa etmeme) söz konusu olur. Başka bir deyişle, edimin borç ilişkisinde öngörülen niteliğe uygun biçimde tam ve doğru olarak yerine getirilmemesi şeklindeki ifa ihlaline, “*kötü ifa*” denir.<sup>23</sup> Alacaklının kötü ifayı kabul etmiş olması, borçlunun sorumluluğuna müracaattan feragat ettiği anlamına gelmez.<sup>24</sup> Nitekim bazı hallerde, ifanın kötülüğü ve alacaklıya zarar verdiği ifadan sonra ortaya çıkabilir. İşte bu hallerde hangi kötü ifanın borçlunun ne tür bir sorumluluğunu doğuracağını tespit etme sorunu ortaya çıkar.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Birinci Cilt) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 6; ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 57-58; EREN, Genel, s. 933.

<sup>22</sup> GÜVEL, s. 19; ANTALYA, Cilt: V/1,1, s. 59; “İfa, dar anlamda borç ilişkisi (münferit bir borç) için kullanılan bir kavramdır. Geniş anlamda borç ilişkisi kural olarak, bundan doğan bütün dar anlamda borçların ifası ile sona erer. Kanunumuzda “ifa” veya “ödeme” (tediye) hakkındaki hükümler de dar anlamda borç ilişkisi gözönünde tutularak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, öğretilerde ve uygulamada sıklıkla kullanılan “sözleşmenin ifası” şeklindeki ifadeler pek isabetli değildir. Doğrusu, “sözleşmeden doğan borcun (veya borçların) ifası” şeklindeki ifadedir” (OĞUZMAN, ÖZ, s. 251, dipnot 3).

<sup>23</sup> ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,3, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 455, p. 2310; EREN, Genel, s. 1072.

<sup>24</sup> “Özellikle, ayıplı ifada bulunan borçlu alacaklının edimi kabul etmesinin ayıptan dolayı tazminat istemeyeceğini gösterdiğine inanmakta güven teorisi uyarınca haklı sayılmadıkça, edimi kabul etmek ayıba razı olmak anlamına gelmez. Ancak, ayıba karşı tekeffüle ilişkin bazı özel hükümler (TBK m. 222, 223, 474, 475, 477; TTK m. 23/c, TKHK m. 8) alacaklının ayıptan doğan taleplerine sınırlar getirmiştir. Özellikle, bu hükümlerdeki muayene ve ihbar yükümünü süresinde yerine getirmemek, hak kaybına yol açacaktır” (OĞUZMAN, ÖZ, s. 473, dipnot 466).

<sup>25</sup> OĞUZMAN, ÖZ, s. 473, p. 1540; ERDOĞAN Kemal, AKKURT Sinan Sami, TOKAT Hüseyin, Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 295.

Türk Borçlar Kanunu'nda satış, eser, kira ve diğer tipik sözleşmelerde, kötü ifanın tipik bir görünüm şekli olan “ayıplı ifa” özel olarak düzenlenmiştir. TBK m. 227/II'de yapılan atıf sebebiyle, TBK m. 112 ve devamında öngörülen genel tazminat sorumluluğu ile satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin m. 227'de öngörülen seçimlik hakları birbirlerinin alternatifi olarak uygulanabilecektir (sebeplerin yarışması).<sup>26</sup> TBK m. 112' de öngörülen genel hükmün alternatif olarak uygulanması sadece ayıplı ifa için söz konusu olup yanlış ifa (aliud)<sup>27</sup> ile ifada imkânsızlık hallerinde sadece m. 112 uygulama alanı bulacaktır.<sup>28</sup>

Bir kötü ifa türü olan ayıplı ifanın söz konusu olduğu durumlarda, satıcının ayıptan sorumluluğu söz konusu olacaktır (TBK m. 219, TKHK

<sup>26</sup> “Buna karşılık öğretilerde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin özel hüküm olması nedeniyle öncelikle uygulanması gerektiği bu nedenle de bu gibi hâllerde alıcının kötü ifa hükümlerine başvuramaması gerektiğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır. Fakat bu yazarlar dahi TBK m. 227/II'deki “alıcının genel hükümlere tazminat isteme hakkı saklıdır” ve TBK m. 475/III'deki “işsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” hükümleri uyarınca satış ve eser sözleşmesinde ayıplı ifa hâlinde kötü ifaya ilişkin hükümlere de (TBK m. 112 vd. başvurulabileceğini kabul etmektedirler” (Erdoğan, Akkurt, Tokat, s. 295-296).

<sup>27</sup> “Benzinli araç üzerinde anlaşılmasına rağmen teslim edilen aracın mazotlu olması ya da arabanın kararlaştırılan yıl değil de bir önceki senenin modeli olması halinde Yargıtay bunların yanlış ifa teşkil ettiğini hükme bağlamıştır. Ayrıca yanlış ifaya şarjlı pil yerine tek kullanımlık pilin; altın küpe yerine gümüş kolye ya da göz makyaj temizleyicisi yerine yüz makyaj temizleyicisinin ifa edilmesi örnek verilebilir” (ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 136).

<sup>28</sup> ANTALYA, Cilt: V/1,3, s. 456, p. 2317, 2318, 2321; ZEVKLİLER Aydın, ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 148; Erdoğan, Akkurt, Tokat, s. 295; Özel, s. 136-137; AYDOĞDU Murat, KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 132-133. “Hâkim fikre göre alıcı, seçimlik olarak her iki hükme (TBK m. 112 vd. vd m. 228 vd.) dayanabilir. Ancak böyle bir yarışma için alıcının gözden geçirme bildirim külfetlerini (TBK m. 223) yerine getirmesi ve TBK m. 231'de öngörülen zamanaşımı süresi içinde dava açması gerekir. Buna karşılık, üstün tutulması gereken diğer bir fikre göre alıcı, ayıplı ifa halinde, ayıp bildiriminde bulunmadan (TBK m. 223) ve TBK m. 231'de öngörülen kısa zamanaşımı süresi geçtikten sonra dahi TBK m. 112 hükmüne (kötü ifaya) dayanarak dava açabilir” (ARAL Fahrettin, AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 165-166).

m. 9). Taşınır satışlarına ilişkin ayıptan sorumluluk hükümleri, m. 246 gereği, kıyas yoluyla taşınmaz satışlarına da uygulanır.<sup>29</sup>

## 2. Ayıp

TBK m. 219' da öngörülen ayıptan sorumluluğun doğması için ayıplı bir ifanın dolayısıyla bir ayıbın söz konusu olması gerekir.<sup>30</sup> TBK m. 219'dan yola çıkarak "ayıp, satıcının, alıcıya herhangi bir şekilde bildirdiği (varlığını vaad ettiği) veya alıcının dürüstlük kuralına göre beklediği vasfın satılarda bulunmamasıdır. Buna göre ayıp, satılanın mevcut vasıflarının, onun taşınması gereken vasıflardan farklı olmasını ifade eder".<sup>31</sup> Bir başka deyişle, "ayıp teriminden, satılan malda ortaya çıkan ve alıcının o maldan tümüyle ya da gerektiği gibi yararlanmasını engelleyen eksiklikler ve aksaklıklar anlaşılır".<sup>32</sup> Kısaca ayıp, "bir şeydeki nitelik eksikliğidir".<sup>33</sup>

<sup>29</sup> EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 188; ARAL, AYRANCI, s. 190.

<sup>30</sup> "TBK'da ayıp, yalnızca satış sözleşmesi kapsamında tanımlanmış olup, diğer sözleşmeler bakımından ise bu tanımdan kıyasen yararlanılması mümkündür" (TEMUR Fatih, ATA-SEVEN Binnur, "Defect Liability and Latent Defect within the Scope of Turkish Law of Obligations", GSI Articleletter, 15, 2016, s. 220).

<sup>31</sup> ARAL, AYRANCI, s. 117; Yine TANDOĞAN'a göre, "Ayıp, satılan şeyde satıcının bildirdiği bir nitelikle dürüstlük kuralına göre satılarda bulunması gereken bir niteliğin mevcut olmamasıdır" (TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, C. I/1, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2008, s. 163). Satıcının, satım konusu eşyaya ilişkin bildirdiği nitelikler tüketicinin bu sözleşmeyi yapmasında etkilidir. Dolayısıyla bu vaatler önem arz etmektedir. Satıcının niteliğe ilişkin vaatleri, bir niteliğin var olduğuna ilişkin olabileceği gibi, olumsuz bir özelliğin bulunmadığına ilişkin de olabileceği dikkate alınmalıdır (TANDOĞAN, s. 165; ÇABRİ Sezer, 6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016 s. 174; ARAL, AYRANCI, s. 119; ÖZSOY Rabia, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları" (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, SBE, 2019, s. 72).

<sup>32</sup> AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 130; TANDOĞAN, s. 164.

<sup>33</sup> EREN, Özel, s. 102. Ayıp, borcun konusu şeyde bulunması gereken niteliklerin veya niteliği etkileyen niceliklerin mevcut olmamasına göre üç türe ayrılmaktadır. Bunlar; maddi, ekonomik ve hukukî ayıptır. Bu üç tür açısından detaylı bilgi ve örnek incelemesi için bkz: TANDOĞAN, s. 165 vd.; EREN, Özel, s. 104 vd.; ARAL, AYRANCI, s. 118 vd. Ayrıca hukuki ayıp ile zapt ve ifanın imkansızlığı kavramlarını birbirinden ayırmak da önem arz eder. Bu konuda detaylı bilgi için bkz: TANDOĞAN, s. 158-162, 171-172.

İnceleme konumuz karara konu olay, konut olarak kullanılacak bir taşınmazın satışı üzerinedir. Konut olarak kullanılacak taşınmaz, TKHK kapsamında bir maldır<sup>34</sup> ve bu işlem, bir tüketici işlemidir.<sup>35</sup> Dolayısıyla, TKHK'nun uygulama sahası içerisindedir.<sup>36</sup> Ayıp kavramı, TBK dışında TKHK'da da tanımlanmıştır. TKHK m. 8/1'e göre, "Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır". TKHK m. 8/I ile TBK m. 219/I karşılaştırıldığında, iki kanunun da ayıp kavramına yaklaşımı, özü itibariyle birdir.<sup>37</sup> İki düzenleme arasındaki önem arz eden fark, TKHK açısından malın niteliklerinin doğrudan satıcı tarafından bildirilmesi şart değildir (m. 8/II). TKHK m. 9/II uyarınca, satıcı, başkası tarafından yapılan reklamlarda vaad edilen niteliklerden de sorumlu tutulabilir.<sup>38</sup>

TKHK m. 8/2'de, nelerin ayıplı mal teşkil edeceği örnek kabilinden sayılmıştır.<sup>39</sup> TKHK m. 8/2'ye göre, *Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan*

<sup>34</sup> TKHK, taşınmaz malları genel itibariyle tüketici işleminin konusu dışında bırakmıştır. Sadece konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar, mal kavramı kapsamına alınmıştır (TKHK m. 3/h). Bir başka ifadeyle, yalnızca konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar tüketici işlemine konu olabilmektedir (KALKAN Arif, *Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 94).

<sup>35</sup> 6502 sayılı Kanun m. 3/k: "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder".

<sup>36</sup> "TKHK'ya göre ayıptan sorumluluğun şartları ve sonuçları bakımından ise ayıplı taşınmazın hangi tür sözleşme ilişkisine konu olduğunun bir önemi bulunmamaktadır. Zira Kanun, sadece ayıplı mal ve ayıplı hizmet ayrımı yapmıştır. Bu nedenle, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler kadar, örneğin taşınmazlara ilişkin iş görme sözleşmeleri de (eser sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi) ayıptan sorumluluğun şartları ve sonuçlarını düzenleyen TKHK 9-12 hükümlerine tâbidir. Öte yandan uygulamada, taşınmazın ayıplı olmasından kaynaklanan ve TKHK'ya tâbi uyumsuzlukların büyük ölçüde taşınmaz satış sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıktığı da bir gerçektir" (ÖZÇELİK Ş. Barış, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk", AÜHFD, 64 (4), 2015, s. 1165-1166).

<sup>37</sup> ZEVKLİLER, ÖZEL, S. 148; ÖZEL, S. 112; ÖZÇELİK, s. 1166.

<sup>38</sup> ÖZÇELİK, s. 1167.

<sup>39</sup> ÖZEL, s. 112; ÇABRİ, s. 169.

özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir".<sup>40</sup> 4077 sayılı mülga TKHK m. 4'te ayıplı mal TKHK m. 8/2' de olduğu gibi örnek kabilinden sayma suretiyle tanımlanmıştır. Yeni TKHK'na, (mülga) TKHK'dan farklı olarak montaj ve onarıma ilişkin yeni bir hüküm eklenmiştir.<sup>41</sup>

### 3. Taşınmazda Ayıp

Taşınmaz satışının düzenlendiği TBK m. 243-246 maddelerinde, taşınmazda ayıp kavramı özel olarak tanımlanmamıştır. TBK m. 246'da yapılan yollama sebebiyle taşınmazda ayıp kavramının tanımlanması taşınır satışında öngörülen genel hükümler çerçevesinde yapılmalıdır (TBK m. 219 vd.). Ancak TBK m. 244/1-2'de, taşınır mal satışından farklı olarak taşınmaz mal satışında yüz ölçümü eksiklikleri ayıp sayılmış ve bu ayıptan kaynaklanan tazminat sorumluluğu öngörülmüştür. Bu farkın nedeni, taşınmaz mal satışının konusu, sözleşmede belirtilen yüz ölçümü değil ferden tayin edilmiş bir parsel olmasıdır. Burada kural olarak, alıcı, eksik olan bu miktar için çeşit satışındaki gibi aynen ifayı talep edemez.<sup>42</sup> Taşınmazın yüzölçümü tutarı haricindeki inşaat alanının yüzölçümü ve miktarındaki eksiklik ve ayıplar için yine TBK m. 219 vd. hükümleri uygulanır.<sup>43</sup>

TKHK'da da taşınmazda ayıp ile ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, tüketici işlemine konu olan taşınmazlarda ayıp tespit edilirken TKHK m. 8 esas alınacaktır. İlgili maddeye göre, tüketici

<sup>40</sup> "Maddi ayıba, ...bir evin tesisatının su sızdırmasını, yağmurlu havalarda duvarlardan içeri su girmesini, kombinin bozuk olmasını... örnek verebiliriz. Hukukî ayıplara, ...satın alınan konutun yapı kullanma izninin olmamasını, konutun imar mevzuatına aykırı inşa edilmesini, konuta bağlı garaj gibi yerlerin kaçak olmasını, yapı yaklaşma mesafesine uyulmamasını, imar mevzuatının izin verdiği kat adedinin aşılmasını örnek verebiliriz. Ekonomik ayıplara satılan şeyin verimi, getirdiği kâr veya kira geliri gibi iktisadi vasıflarının eksik olmasını," (ÇABRİ, s. 185-187) bir evin elektrik tesisatındaki ayıp dolayısıyla çok elektrik harcamasını örnek verebiliriz.

<sup>41</sup> ZEVKLİLER, ÖZEL, S. 150; ÖZEL, S. 113; ÇABRİ, s. 169.

<sup>42</sup> ARAL, AYRANCI, S. 190-191.

<sup>43</sup> EREN, Özel, s. 189.

işlemine konu bir taşınmazın ayıplı sayılabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan veya satıcı yahut bir başkası tarafından reklam, ilan vb. yer alan ya da tüketicinin beklemeye hakkı olduğu niteliklerin o taşınmazda bulunmuyor olması durumunda taşınmaz ayıplıdır. Söz konusu niteliklerin sözleşme metninde yer alması şart olmayıp satıcı veya bir başkası tarafından reklam vb. vasıtalarla vaat edilen ya da tüketicinin objektif olarak var olmasını umduğu niteliklerin bulunmaması halleri de ayıp kavramına dâhildir. Bu haller, inceleme konumuz taşınmaz satışında özel bir öneme sahiptir. Çünkü uygulamada reklâm vb. araçlarla taşınmaza ait birçok nitelik vaat edilmekte fakat bu nitelikler taşınmaz satışına ilişkin resmî senette yer almamaktadır. Daha sonradan ortaya çıkan uyumsuzluklarda, satıcılar, resmî senette yer almayan nitelik eksikliklerinin ayıp sayılamayacağı iddiasında bulunmaktadır.<sup>44</sup>

Yargı kararlarından yola çıkarak uygulamada sık karşılaşılan taşınmazda ayıp örnekleri şunlardır:

-Taşınmazın sözleşmede öngörülen yüzölçümünden küçük olması,

-Bağımsız bölümün inşasında kullanılan malzeme veya tesisatın eksik, bozuk veya sözleşmede öngörülen kaliteden düşük kalitede olması,

-Binanın asansörlü olacağına vaat edilmesine rağmen asansörsüz inşa edilmesi,

-Projede vaat edilenin aksine, önüne bina yapılmak suretiyle bağımsız bölümün manzarasının kapanması,

-Sitenin çevresinde vaat edilen miktarda ağaç bulunmaması, çevre duvarları ve demir parmaklıklarının olmaması, güvenlik sisteminin çalışmaması, peyzaj işlerinin modern tekniklere aykırı yapılmış olması veya site havuzunun taahhüt edilen standartta olmaması,

-Sosyal kompleksler, yeşil alanlar vb. ortak kullanım alanlarının hiç yapılmaması veya gerekenden küçük yapılması yahut bu alanların

<sup>44</sup> ÖZÇELİK, s. 1168.



kamuya veya başka üçüncü kişilerin mülkiyetindeki parseller üzerinde bulunması.<sup>45</sup>

#### 4. Ayıptan Sorumluluk

Ayıptan sorumluluğun tanımı TBK m. 219'da yapılmıştır.<sup>46</sup> Ayıptan sorumluluğa gidebilmek için gereken şartlar öğretide maddi ve şekli şartlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi şartlar; satılan şeyin ayıplı olması, alıcının bu ayıbı bilmemesi ve kabul etmemiş olması ve ayıbın hasarın alıcıya geçme anından önce var olmasıdır. Şekli şartlar; gözden geçirme (muayene) külfeti ile ihbar (bildirme) külfetidir.<sup>47</sup> Satıcının ayıptan sorumluluğunun doğabilmesi için yerine getirilmesi gereken şekli şartlar TBK m. 223'te belirtilmiştir. TBK m. 223'e göre, alıcı, satılan işleminin normal akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmeli ve satıcının sorumlu olmasını gerektiren bir ayıp görürse uygun bir süre içerisinde bunu satıcıya bildirmelidir.

TBK'da "ayıptan sorumluluk" başlığıyla ele alınan sorumluluk, 6502 sayılı TKHK m. 9'da<sup>48</sup> "ayıplı maldan sorumluluk" başlığıyla ele alınmıştır.<sup>49</sup> İlgili maddeye göre, satıcının sorumluluğunun dayanağını,

<sup>45</sup> Söz konusu kararlar için bakınız: ÖZÇELİK, s. 1168-1169.

<sup>46</sup> TBK m. 219: "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur".

<sup>47</sup> EREN, Özel, s. 102 vd. ; ARAL, AYRANCI, s. 117 VD. ; TEMUR, ATASEVEN, s. 223 vd. ; ÖZSOY, s. 69 vd. ; ÖNDER DİNGİL Gamze Gökçe, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu" (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE, 2017, s. 98 vd. ; YÜNLÜ Semih, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019, s. 331-332.

<sup>48</sup> TKHK m. 9: "(1) Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür. (2) Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden bekenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz".

<sup>49</sup> "4077 Sayılı Kanun'da tek maddede (m. 4) düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk 6502 sayılı Kanun'da beş maddede (m. 8-12) düzenlenmiştir. Eski düzenleme ile yeni düzenleme arasında büyük farklılıkların olmadığı, ayıptan sorumluluğun daha sistematik ve açık bir se-

satış sözleşmesinin konusu mal ve onun teslim şekli olacaktır. Satıcı kural olarak reklam yoluyla yapılan açıklamalardan sorumlu olacaktır.<sup>50</sup> Bu açıklamalardan doğacak sorumluluktan kurtulmak için satıcıya bazı ispat imkânları sunulmuştur. Örneğin, satıcı, reklam yoluyla yapılan vaat bildirimlerinden haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini ispat ederek ilgili sorumluluktan kurtulabilir.<sup>51</sup>

Ayıp sebebiyle satıcının sorumluluğuna gidebilmek için TBK'da ve 4077 sayılı (mülga) TKHK'da öngörülen ihbar külfeti,<sup>52</sup> 6502 sayılı TKHK açısından bağlayıcı değildir (ortadan kaldırılmıştır).<sup>53</sup> Zira TKHK m. 10' da "ayıp karinesi" öngörülmüştür.<sup>54</sup> Oysa 4077 sayılı TKHK m. 4/2'de alıcı, ayıbı ihbar külfeti altındaydı. İlgili hükme göre, "tüketici,

---

*kilde kaleme alındığı görülmektedir. Diğer maddelerde olduğu gibi ayıptan sorumlulukta da Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlanmaya çalışıldığı, düzenlemenin ortaya çıkmasında Avrupa Birliği'nden etkilendiği görülmektedir. Bu durum hükmün gerekçesinde de belirtilmiş, TKHK m. 8/1'deki tanımın, 99/44/AT Yönerge'nin 2. Maddesinin 2. Fıkrasındaki tanım da göz önünde bulundurularak yapıldığı ifade edilmiştir" (ÇABRİ, s. 168-169).*

<sup>50</sup> "Örneğin, konutun ormana çok yakın olduğu, yüzme havuzunun bulunduğu, çevresinin sakin, gürültüsüz olduğunun beyan edilmesine rağmen bu özelliklerin olmaması ayıptan sorumluluğa yol açar" (ÇABRİ, s. 176).

<sup>51</sup> ÖZEL, S. 123; ÇABRİ, s. 203.

<sup>52</sup> "4077 S. TKHK'nda bildirimde bulunma yükümlülüğüne yer verilmişse de, gözden geçirme yükümlülüğüne işaret eden herhangi bir ifadeye ilgili hükümlerde rastlanmamaktadır. ...Yargıtay ise gözden geçirme külfetinin yerine getirilip getirilmemesini, herhangi bir uyuşmazlığın çözüm noktası olarak görmemiş, esas olarak bildirim külfetinin zamanında yerine getirilip getirilmemesi yönünden uyuşmazlıkları irdelemiştir" (HELVACI Serap, ALTINER YOLCU Fatma Zeynep, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, 804-822, s. 810).

<sup>53</sup> ZEVKLİLER, ÖZEL, S. 168; ÖZEL, S. 124-125; ÇABRİ, S. 197; KALKAN, S. 186; ÖNDER DİNGİL, s. 55. "Bilindiği üzere, genel satım hukukunda ayıbın varlığını ispat yükü alıcı üzerindedir. Ancak 6502 sayılı TKHK, kendisinden önceki 4077 sayılı TKHK'dan farklı olarak, malın tesliminden itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıplar bakımından bir "ayıp karinesi" öngörmüştür" (ÖZÇELİK, s. 1170).

<sup>54</sup> TKHK m. 10: "Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir. Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir. Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz".

*malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıbı satıcıya bildirmekle yükümlüdür”<sup>55</sup>*

TKHK'nın ayıptan sorumluluk hükümleri, TBK'daki gibi kapsamlı değildir. Bu yüzden TKHK'da hüküm bulunmayan hâllerde, TBK'nın genel hükümleri uygulanma imkânı bulacaktır.<sup>56</sup>

### C. EKSİK İFA (İŞ)

*“Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmenin yalnızca bir daire satışına ilişkin olmayıp, konut tesliminin yanında taşınmazın bulunduğu alanın bütünlük arz eden bir toplu yapı olmasının getirdiği ve gerektirdiği yan edimleri de içeren vasıflı bir satım sözleşmesi mahiyeti taşıyor olması nedeniyle uyumsuzluk noktası anlamında eksik ifa kavramı ile ilgili doktrin ve uygulamadaki görüşlere daha çok inşaat hukukuna ilişkin kaynaklardan ulaşılmaktadır”<sup>57</sup>*

Öğretide, eksik ifa (iş) hususunda yapılan bazı tanımlar şunlardır: Öncelikle eksik ifa, bir malın hacim, ağırlık, yüzölçümü ve çap bakımından eksik olmasıdır.<sup>58</sup> Taşınmazlar açısından ise eksik ifa, sözleşmede kararlaştırılan yahut ortalama bir inşaatta bulunması gereken bazı kalemelerin yapılmaması bir diğer ifadeyle inşaatta bulunmaması durumudur.<sup>59</sup> Eksik iş, yüklenicinin yapıda sözleşmeye göre yapması gereken işlerin bir kısmını veya tamamını yapmaması hâlidir.<sup>60</sup> Kısaca, eksik iş, inşaatta bir kısmı yapılmamış olan iştir.<sup>61</sup> Bu bağlamda, eksik ifa (iş),

<sup>55</sup> İlgili hükümde “belirtilen otuz günlük bildirim süresi, 4822 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önce 15 gün idi” (ÖNDER DİNGİL, S. 55).

<sup>56</sup> KALKAN, S. 104.

<sup>57</sup> HGK 2019/515.

<sup>58</sup> ÖZSOY, S. 53.

<sup>59</sup> AKSOY DURSUN Sanem, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadeler Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011, s. 1846; ESİRCİ Nur Banu, “İnşaat Sözleşmelerinde Ayıbın Giderilmesini İsteme ve Tazminat Talep Etme Hakkı” (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE, 2019, s. 24; GÜR Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 81-82; DUMAN İlker Hasan, İnşaat Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 745.

<sup>60</sup> YÜNLÜ Semih, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp” (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE, 2014, s. 69-70.

<sup>61</sup> AYDEMİR Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 333. Eksik iş iki türlü olabilir: “Bunlardan birisi sözleşmede öngörülen imatlardan bir kısmının hiç yapılmamış veya kısmen yapılmış olması, diğeri de inşaatın

taşınmazın tamamlanma oranı ile ilişkili olup yüzde yüz tamamlanmamış taşınmazda eksik iş bulunmaktadır.<sup>62</sup>

Eksik ifa ayıplı ifadan farklı bir kavramdır. Bu nedenle, tabii olduğu hükümler de ayıptan sorumluluk hükümlerinden farklıdır. Eksik ifa halinde müracaat edilecek sorumluluk hükümleri ayıptan sorumluluk değil borçlunun temerrüdü (TBK m. 117) yahut borcun kötü ifasına ilişkin genel hükümlerdir (TBK m. 112).<sup>63</sup> Eksik ifa halinde borçlunun temerrüdüne gidilebilmesi için ifanın mümkün olması gerekir. İfanın mümkün olmaması (borcun hiç ifa edilmemesi) halinde müracaat edilecek kurum kusurlu sonraki ifa imkânsızlığıdır (TBK m. 112).

#### D. AYIPLI İFA ile EKSİK İFA ARASINDAKİ FARK

Eksik ifa kural olarak ayıplı ifa sayılmaz. İki kavram arasındaki ortak nokta, her iki ifa halinde de sözleşmede öngörülen borcun yerine getirilmemesi söz konusudur. Ancak ayıplı ifa, borçlanılan şeydeki nitelik eksikliği iken eksik ifa, yapılmayan iştir.<sup>64</sup> Ancak bazı durumlarda eksik ifa, ayıplı ifa sayılır.

Miktar eksikliği, genellikle ayıp olarak görülmez. Çeşit satışlarında miktar eksikliği, eksik ifa veya TBK m. 84 anlamında kısmî ifa sayılır. Örneğin, 10 kilo buğday yerine 8 kilo buğday teslim edilmesi, kısmi ifa sayılır. Fakat karşılaştırılan sayı ve(ya) miktar, satılan şeyin niteliğini belirliyorsa ve alıcının kullanma gayesi bakımından önem arz ediyorsa, bu durumda miktar eksikliği, nitelik eksikliği olarak kabul edilir. Örne-

---

*bazı kısımlarının sözleşmede karşılaştırılmış şekilde oluşturulmamasıdır” (Aydemir, s. 334). “Uygulamada alan noksanlığı halinde farklı kararlara rastlanmakla birlikte, bu farklılığın satım ve yapım sözleşmesiyle ilgili düzenlemenin yorumundan ileri geldiği söylenebilir. Örneğin bununla ilgili bir davada, taahhüt edilen alanın daha küçük olması ayıp hali olarak nitelendirilmiştir. Özünde bu karar doğrudur. Çünkü anılan davaya konu noksanlık, tüketiciye yapılmış olan bir satışla ilgilidir. Türk Borçlar Yasasında, taşınır mal satışına ilişkin kuralların taşınmaz mal satışlarında da uygulanacağı ifade edilmiş ve ayıp halinde, hak ve yükümlülüklerin işletilmesine ilişkin süreç de ayrıntılarıyla açıklanmıştır (TBK-219 vd. ile 246). Aynı yasanın taşınmaz mal satışı ile ilgili maddesinde de, aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmazın, satış sözleşmesinde yazılı yüzcümünü tutarını kapsamadığı takdirde, satıcının, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olacağı belirtilmiştir (TBK-244)” Aydemir, s. 336.*

<sup>62</sup> GÜR, S. 83.

<sup>63</sup> GÜR, S. 118; EREN, Özel, s. 103; DUMAN, S. 746 VD.

<sup>64</sup> GÜR, S. 82; AKSOY DURSUN, S. 1847; ESİRCİ, S. 24; DUMAN, S. 746.

ğın, bir evin genişliği, bir dondurucunun hacmi, bir aletin çapı, paketlenmiş malın ağırlığının az olması durumu, TBK m. 219 kapsamında ayıplı olarak kabul edilecektir.<sup>65</sup>

Ayıplı yapılan inşaatın niteliğindeki eksiklik, teknik olarak kullanımında hiçbir olumsuz etki doğurmasa bile taşınmaz ayıplı sayılır. Örneğin, evin fayanslarının biçimsiz yapılmış olması, ısı yalıtımının yetersiz olması, sözleşmeye göre kaliteli marka takılacak muslukların kalitesiz marka takılmış olması, kalorifer kazanının bozuk olması gibi durumlar, ayıplı ifadır. Eksik ifa halinde ise yapılması vaat edilen iş, taşınmazın teslimi anında eksik yapılmış veya hiç yapılmamıştır. Örneğin, asansör aksamının takılmadan bırakılması, yapılması gereken dolapların yapılmaması ya da bağımsız bölümlere takılması gereken şofbenin takılması gibi durumlar, eksik ifadır.<sup>66</sup>

Bazı hallerde taşınmazda bir eksikliğin mi yoksa ayıbın mı söz konusu olduğunun tespiti güçtür. Gauch'a göre, bu ayrımı yapabilmek için bir kıstas belirlenmelidir. Bu kıstas şudur: inşaatın geri kalan kısmına zarar vermeden eksikliğin giderilmesi mümkünse eksik iş; inşaatın geri kalan kısmına zarar vermek suretiyle eksiklik giderilebiliyorsa ayıplı iş söz konusudur. Örneğin, çatıda eksik izolasyon malzemesi kullanılması yahut astar çekilmeden duvarın boyanması durumunda ayıplı işten bahsedilir. Zira bu eksikliklerin giderilebilmesi için önceden yapılan kısma müdahale etmek gerekir. Ancak, evin bütün duvarlarının boyanıp birinin boyanmaması yahut taş döşenmesi gereken zeminin bir kısmına döşenmemesi durumunda eksik işten bahsedilir. Zira bu eksikliklerin düzeltilebilmesi için diğer kısımlara müdahale gerekmez.<sup>67</sup>

Ayıplı ifa hallerinde müracaat edilecek hükümler, ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler (TBK m. 219, TKHK m. 9) iken eksik ifa durumunda müracaat edilecek hükümler yerine göre borçlunun temer-

<sup>65</sup> ARAL, AYRANCI, S. 118; EREN, Özel, s. 103; ÖZSOY, S. 53-54; ZEVLİLİLER, ÖZEL, S. 154.

<sup>66</sup> AKSOY DURSUN, S. 1846-1847; ESİRCİ, S. 24; DUMAN, s. 746.

<sup>67</sup> (Naklen), AKSOY DURSUN, S. 1847; GÜR, S. 83-84; DUMAN, s. 747.

rüdü (m. 117 vd.) yahut borcun gereği gibi yerine getirilmemesine (kötü ifası) ilişkin genel hükümlerdir (m.112 vd.).<sup>68</sup>

4077 sayılı TKHK döneminde, ayıplı ifa halinde tüketici için öngörülen bildirim külfeti, 6502 sayılı TKHK ile ortadan kaldırılarak ayıp karinesi getirilmiştir. Bu nedenle, eski kanun dönemindeki uyuşmazlıklar için tüketiciler, ayıptan sorumluluktan doğan haklarını talep edebilmek için bildirim külfetini yerine getirmiş olmalıdır. Eksik ifa hali için tüketici herhangi bir bildirim külfetine tabi olmaksızın kanundan doğan haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir.

Ayıplı ifa ile eksik ifa halleri açısından bir diğer fark bu haller için müracaat edilebilecek sorumluluklar için öngörülen zamanaşımı süresidir. Ayıptan sorumluluk için TBK m. 231'de ve TKHK m. 12/1'de<sup>69</sup> *iki yıllık genel zamanaşımı süresi öngörülmüştür*. Yine TKHK m. 12/1'de *"bu süre konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıldır"* denilmek suretiyle özel hüküm düzenlenmiştir. TKHK m. 12/2'de, tüketicinin sözleşme kurulurken ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının beklendiği haller hariç tutularak ikinci el konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda sürenin *üç yıldan az olamayacağı* öngörülmüştür. TKHK m. 12/3'te, ayıbın, hile veya ağır kusur ile gizlenmesi durumunda zamanaşımının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Öğretide de belirtildiği üzere,<sup>70</sup> burada kastedilen birinci ve ikinci fıkrada öngörülen kısa zamanaşımı süreleridir. Yoksa TBK m. 146'da öngörülen genel zamanaşımı süresi (*on yıl*) aksi kanunda öngörülmedikçe her

<sup>68</sup> "Eksik işler bakımından ise ayıba karşı tekeffülden doğan hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Çünkü henüz tamamlanmamış, eksik bir işin mevcut olmayan kısımlarının ayıplı olup olmadığından söz edilemez. Bunun için de eksik işler bakımından teslimde muayeneye ve derhal ihbara ihtiyaç yoktur. Bu nedenle eksik iş ile ayıplı iş aynı hukuki niteliği taşımaz. Önceki Yargıtay kararlarında eksik iş ve ayıplı iş ayrımı yapılmaksızın, iş sahibi tarafından teslim edilen veya teslim edilmek istenen inşaatın, BK m. 359 hükmü uyarınca muayenesi ve varsa eksik ve ayıplı işlerin ihbarının gerektiği, aksi takdirde eksik işten dolayı müteahhidin sorumlu tutulamayacağı yönündeki görüşünden, Yargıtay artık vazgeçmiştir" (AKSOY DURSUN, s. 1852). "Teslimi gerçekleşmemiş bir işin muayenesi de mümkün değildir. Bu nedenle eksik iş ile ayıplı işin aynı hukuki niteliği taşıdığı söylenemez" (HGK 2018/1969).

<sup>69</sup> Zamanaşımı hükümleri noktasında 4077 sayılı TKHK m. 4'te öngörülen düzenleme ile 6502 sayılı TKHK m. 12'de öngörülen hükümler aynıdır.

<sup>70</sup> ARAL, AYRANCI, S. 157-158; EREN, Özel, s. 127; ÇABRİ, S. 282.

alacak için geçerlidir. Ancak konut ve tatil amaçlı taşınmazların ayıplı olarak devredilmesinde satıcının ağır kusurlu olduğu hallerde uygulanacak zamanaşımı süresi TBK m. 244/III gereğince *yirmi yıldır*.<sup>71</sup>

## V. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konumuz kararda, Hukuk Genel Kurulu tarafından, davacının ileri sürdüğü iddiaların biri hariç diğerleri<sup>72</sup> ayıplı ifa kapsamında değerlendirilmiştir. Zira bu iddialarda, örneğin, projede belirtilen ve standart şekilde yapılması taahhüt edilen havuzların belirlenen standartların dışında inşa edilmesi durumunda yapılmış bir (ifa) iş mevcut olup, söz konusu ifanın niteliğinde maddi açıdan ayıp söz konusudur (4077 sayılı Kanun m. 4/2; 6502 sayılı Kanun m. 8/2).<sup>73</sup> Bu durumda müracaat edilecek sorumluluk türü ayıptan sorumluluk olup ayıptan sorumluluğa gidilebilmesi için kanunda öngörülen şekli şartlara uyulmalıdır (TBK m. 223 anlamında muayene külfeti ve 4077 sayılı Kanun m. 4 açısından öngörülen 30 günlük bildirim külfeti/6502 sayılı Kanun açısından ise bu süre kaldırılmıştır, dolayısıyla genel hükümler kapsamında uygun bir sürede bildirim külfeti mevcuttur (TBK m. 223/1)). Ayrıca, ayıptan doğan taleplerin kanunda öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu süre TKHK m. 4/IV'e göre ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren iki yıl iken konut ve tatil amaçlı taşınmaz söz konusu olduğu için ise beş yıldır. 6502 sayılı Kanun açısından da aynı zamanaşımı süreleri caridir.

Kararda eksik ifa olarak değerlendirilen iddia, *“tanıtım ve broşürlerde vaat edilen 518 nolu adada bulunan spor ve yaşam kompleksinin site sakinlerine özel olacağı”* hususudur. Burada vaat edilen bir ifanın (işin) hiç teslim edilmemesi (yapılmaması) söz konusudur.<sup>74</sup> Davalı Toki de sosyal

<sup>71</sup> ÇABRİ, S. 283.

<sup>72</sup> Bunlar için bakınız: dipnot 5.

<sup>73</sup> Gauch'un kıstasına göre, bu ayıpların düzeltilmesi taşınmazın diğer kısımlarına zarar verici bir tekrardan inşa sürecini gerektirmektedir ((Naklen), AKSOY DURSUN, S. 1847; GÜR, S. 83-84; DUMAN, s. 747).

<sup>74</sup> Gauch'un kıstasına göre, söz konusu eksikliğin düzeltilmesi taşınmazın geri kalanına zarar verici bir işlemi gerektirmemektedir ((Naklen), AKSOY DURSUN, S. 1847; GÜR, S. 83-84; DUMAN, s. 747). Aksine, spor ve yaşam kompleksi inşa edil-

donatı alanları, okul, yeşil alan, spor ve ticaret tesisleri ile imar yollarının özel mülkiyete konu olamayacağı ve bu yönde bir taahhüdün olmadığı savunmasında bulunarak eksik işin varlığını zımnen kabul etmiştir (ifa imkânsızlığı). Eksik ifa halinde, davacı genel hükümler çerçevesinde (TBK m.112 vd.) satıcının sorumluluğuna gidebilir. Bu durumda ihbar ve bildirim külfetine tabi olmaksızın on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talepte bulunulabilir (TBK m. 146).

Kararda atıf yapılan HGK 2018/1969 kararına baktığımızda, bu kararda da projede vaat edilen pek çok sosyal tesisin hiç yapılmaması ya da yapılan tesislerin site sakinlerine ait olmayan taşınmaz olmaları durumu, “eksik ifa” olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu kararda diğer hususlar ayıplı ifa olarak değerlendirilmiştir.

HGK 2018/1969 kararında ise HGK 2011/230 kararına atıf yapılmıştır. Bu kararda HGK, “Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir” demek suretiyle eksik işi doğru tanımlamış ancak “Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 sayılı Kanun’un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır” ifadeleriyle yanlış bir değerlendirmede bulunmuştur. Yanlış değerlendirme sonucunda konuları ve sonuçları farklı olan iki kavram birbirine karıştırılmıştır. Böylece, kanunda öngörülmediği halde eksik ifa(iş)lar hususunda tüketiciye bildirim külfeti yüklenmiş ve tüketicinin talebi kısa zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Halbuki, kanun koyucu abesle işgal etmez ilkesi gereği, kanun koyucu, eksik ifanın ayıp içerisinde değerlendirilmesini isteseydi bunu açıkça öngörürdü. Nitekim, tüketicinin korunmasını amaç edinen bir kanun maddesinden yola çıkarak tüketicinin korunması amacına zıt böyle bir yorumlama yapılması yanlıştır.

HGK 2011/230 kararında yapılan bu yanlış değerlendirme, kararın karşı oy mütalaasında şu şekilde eleştirilmiştir: İnşaatın tamamlanmadan teslim edilmesinin mümkün olduğu kabul edildiğinde, inşaatın tamamlanmaması sebebiyle ortaya çıkan eksikliklerin hangi hukukî kuralara tabi olacağı hususunda iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüş, bu

---

miş, ancak kamuya tahsis edilmiştir. Tapuda kamu mülkiyeti gözükken bu kısım için ifa imkânsızlığı söz konusudur.



durumda ayıplı ifa hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken ikinci görüş, eksikliklerin genel hükümlere göre talep edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu konudaki Yargıtay uygulaması hakkaniyetli olup yüklenicinin taahhüt ettiği işlerin bir kısmını yapmaması, ayıp olarak değerlendirilmemektedir. Mesela bir bağımsız bölümdeki mutfak dolabının takılmamış olması durumunda bunun açık bir ayıp olarak kabul edilerek doğrudan ayıp hükümlerinin uygulanması kabul edilemez. Bununla birlikte, ayıptan sorumluluğun sıkı koşullara bağlı tutulması bile eleştirilirken zorlama bir yorumla eksikliklerin de ayıplı ifa kavramı içerisinde değerlendirilerek ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi tutulması doğru değildir. Ayrıca, bu yorumun aksinin kabulü tüketici lehine düzenlemeler öngören TKHK' nın amacına da ters düşmektedir. Zira, tüketici olmayan bir kişinin taşınmaz satın alması durumunda, taşınmazdaki eksiklikler sebebiyle Borçlar Kanunu'nda öngörülen genel zamanaşımı (on yıl) süresi içerisinde bu eksikliklerin giderilmesi veya tazmini genel hükümler çerçevesinde mümkün iken bu kişinin tüketici olması halinde taşınmazın teslimi anından itibaren 30 gün içerisinde ihbar külfetini yerine getirmemişse taşınmazdaki eksik inşa bedelini talep edemeyecektir.

Karşı oy mütalaasında yapılan bu eleştirilere katılmakla beraber biz de bu karara bazı eleştiriler sunacağız. Birincisi, kararda eksik ifanın ayıplı ifa kavramı içerisinde mütalaa olunması üzerinedir. Ayıplı ifanın söz konusu olması için öncelikle sözleşme konusu edimlerin ifa edilmesi gerekmektedir.<sup>75</sup> Zira, ayıptan sorumluluğun doğabilmesi için yerine getirilmesi gereken muayene (gözden geçirme) ve ihbar (bildirme) külfetleri ancak sözleşme konusu edimin teslimi ile yerine getirilebilir. Henüz ifa edilmemiş bir edimin (eksik iş) gözden geçirilmesi ve bundaki

<sup>75</sup> Taşınmaz mal satışı sözleşmesinde birden fazla edimin ifası söz konusudur. Örneğin, bir apartman içerisinde dairenin satışa konu olması durumunda, bağımsız bölüm, ortak alanlar, asansör, garaj, merkezi ısıtma sistemi, depo, ardiye gibi birçok edimin teslimi söz konusudur. Bağımsız bölüm ise, kendi içerisinde mutfak, banyo, yatak odası, salon, balkon gibi birçok kısma ayrılmakta ve her bir kısım bu sözleşme altında ifa edilmesi gereken edimlerdir. Her bir kısım ise kendi içerisinde farklı edimler (mutfak dolabı, fayans, ocak, ankastre, elektrik tesisatı gibi) içermektedir. Hatta sözleşme konusu daire veya villanın bir site içerisinde satın alınması söz konusu ise bu bağımsız bölümün yanında yeşil alan, çevre duvarı, peyzaj, havuz vb. edimler de söz konusu olabilmektedir.

ayıbın bildirilmesi mümkün değildir. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmesinde taşınmazın havuzunun olacağı taahhüt edilmiş olsun. Taşınmazın havuzsuz olarak teslim edilmesi durumunda, havuzun yapılmaması hususu bir ayıp olarak değerlendirilebilir mi? Burada yanılıya düşülmesine sebep olan husus, sözleşmede yahut reklam vb. araçlarla vaat edilen edimlerin bağımsız bölüm edimi altında bir bütün değerlendirilmesidir. Hâlbuki, bağımsız bölüm ile fiziki bağlantı içerisindeki kısımlarda yerine getirilmesi gereken edimlerin eksik bırakılması (örneğin, mutfak dolabının takılmaması) bile eksik ifanın doğmasını netice verirken bağımsız bölümden fiziken ayrı edimlerin (Örneğin, havuz, otopark, yeşil alan gibi) yerine getirilmemesi evleviyetle ayıplı ifa konusu teşkil etmez. İkincisi, sosyal kompleks, okul vb. taahhütlerin kamu arazisi üzerinde inşa edilmesi durumunda bu durum nasıl ayıplı ifa olarak kabul edilecektir. Zira, taşınmazlar tapu kütüğüne kaydedilmektedir. Tapu kütüğüne bakıldığında kamu arazisi yahut başka bir üçüncü kişiye ait olduğu gözükken bir yapının teslim edilmesi mümkün değildir. Teslim edilmemiş edimin ayıplı ifasından bahsedilemez. Üçüncüsü, davada korunması gereken taraf TKHK gereğince tüketicidir. Halbuki, eksik ifanın ayıplı ifa içerisinde değerlendirilmesi tüketicinin hak kaybına uğraması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum hem TKHK'nın ruhuna hem de menfaat hukukçuluğuna<sup>76</sup> aykırıdır.

HGK 2011/230 kararının karşı oy mütalaasında işaret edilen noktalar HGK 2018/1969 ile HGK 2019/515 kararlarında da şu paragraf ile özetlenmiştir: “Her ne kadar 4077 sayılı TKHK'nın 4. maddesinin birinci

<sup>76</sup> “Philip Heck (1858-1943) 20. Yüzyılda hukuk biliminde önemli bir yer tutan Menfaatler Hukukçuluğu öğretisine damgasını vuran bir hukukçudur. Heck, Menfaatler İçtihadı ifadesini ilk kez 1905 yılında “Menfaatler Hukukçuluğu ve Yasaya Sadakat” (Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue) başlıklı 15 Aralık 1905’de “Deutsche Juristen Zeitung”da yayınlanan bir makalede kullandı... Heck’in temel tezi, hukukun toplumda kendini kabul ettirmeye çalışan ve birbirleriyle yarışan menfaatlerin ürünü olması, yorumun normların lafzına veya yasayı kaleme alanın sübjektif düşüncelerine takılıp kalmaması, bunun yerine yorumda yasadaki rol oynayan nedenselliği olan menfaatlerin dikkate alınmasıdır” (ALPER Altan, “Yasaya Sadakatin Farklı Bir Okuması: Philipp Heck”, İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı:1, s. 333-334). “Menfaat hukukçuluğu yönteminde en yaygın yorum, teleolojik yani amaca (telos’a) uygun yorumdur. Bu yorumda kuralın tarihsel gerekçesinden önce, bugün geçerli sayılabilecek ve izlendiği kabul edilebilecek amacı (ratio legis) dikkate alınır” (SEROZAN Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku), 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 140, p. 22).

*bendinde ayıplı mal tanımı yapılırken “maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar” tabiri kullanılmış ise de, bu anlatımın kanun koyucunun tüketici işleri yönünden eksik ifayı ayıp kavramı içerisinde eritmesi şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Aksi hâlde sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği, eksik ifanın söz konusu olduğu düşüncesiyle hak arama gayretine düşen tüketiciyi, sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlerin yüklediği ihbar yüküne ve daha kısa zamanaşımına tabi kılmak sonucu doğuracaktır ki bu durum, Kanununun konuluş amacı ve ruhuna uygun düşmez.”*

## SONUÇ

Yargıtay HGK 2011/230 kararında, davacı tüketici açısından eksik ifayı 4077 sayılı Kanun m. 4 kapsamında bir ayıplı ifa olarak değerlendirerek yanlış bir hükme imza atmıştır. Aynı kararın karşı oy mütalaasında bu durum eleştirilerek eksik ifa ile ayıplı ifa arasındaki fark ifade edilmiş ve bu iki kavramın birbirine karıştırılmasının tüketici aleyhine olan sonuçları eleştirilmiştir.

Karşı oy mütalaasında yapılan eleştiriler HGK 2018/1969 Kararı'nu doğrudan etkilemiştir. Böylece HGK 2018/1969 kararında eksik ifa ile ayıplı ifa arasındaki fark açıkça ortaya konulmuş ve her iki hâl açısından doğacak hukukî sonuçlar belirtilmiştir. Bu karar ile Yargıtay, HGK 2011/230 Kararı'ndaki yanlış görüşünden dönmüştür.

HGK 2018/1969 Kararı'nda izlenen çözüm yolu HGK 2019/515 Kararı'nın da iskeletini oluşturmuştur. Böylece birbirini teyit eden birden fazla Hukuk Genel Kurul Kararı ortaya çıkmıştır. Biz de Yargıtay'ın 2011 tarihli kararındaki yanlış görüşünden dönerek söz konusu diğer kararlarında doğru bir görüş benimsediği kanaatindeyiz.

## KAYNAKLAR

- AKSOY DURSUN Sanem, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İfadan Farkları", Legal Hukuk Dergisi, Y. 9, S. 101, Mayıs 2011,1841-1860.
- ALPER Altan, "Yasaya Sadakatın Farklı Bir Okuması: Philipp Heck", İÜHFİM, Cilt: LXXII, Sayı:1, 333-348.
- ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,3, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARAL Fahrettin, AYRANCI Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- AYDEMİR Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- AYDOĞDU Murat, KAHVECİ Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- ÇABRİ Sezer, 6502 sayılı Kanun'a göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- ERDOĞAN Kemal, AKKURT Sinan Sami, TOKAT Hüseyin, Borçlar Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- EREN Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.
- ESİRCİ Nur Banu, "İnşaat Sözleşmelerinde Ayıbın Giderilmesini İsteme ve Tazminat Talep Etme Hakkı" (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE, 2019.
- GÜR Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- GÜVEL Akansel Övünç, "Roma Hukukunda İfa ve İfa İkameleri" (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE, 2018.
- HELVACI Serap, ALTINER YOLCU Fatma Zeynep, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un İspat Yüküne İlişkin Getirdiği Düzenleme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 2, Aralık 2018, 804-822.

KALKAN Arif, Tüketici Hukukunda Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Birinci Cilt) Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

SEROZAN Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Üçüncü Cilt) İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

SEROZAN Rona, Medeni Hukuk (Genel Bölüm / Kişiler Hukuku), 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Cilt I), 15. Bası, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2017.

ÖNDER DİNGİL Gamze Gökçe, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Satıcının Ayıplı Mal ve Hizmetten Doğan Sorumluluğu" (Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi, SBE, 2017.

ÖZÇELİK Ş. Barış, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk", AÜHFHD, 64 (4), 2015, 1161-1188.

ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

ÖZSOY Rabia, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Ayıplı İfa ve Sonuçları" (Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi, SBE, 2019.

TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı Tıpkı Basım, C. I/1, İstanbul, Vedat kitapçılık, 2008.

TEMUR Fatih, ATASEVEN Binnur, "Defect Liability and Latent Defect within the Scope of Turkish Law of Obligations", GSI Articletter, 15, 2016, p. 219-232.

VON TUHR Andreas, Borçlar Hukuku 1-2, (çev. Avukat Cevat Edege), Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.

YÜNLÜ Semih, "Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, Haziran 2019, 329-359.

YÜNLÜ Semih, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ayıp" (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, SBE, 2014.

ZEVKLİLER Aydın, ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.

ZIMMERMANN Reinhard, The Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition), Second Edition, Cape Town, Juta & Co Ltd, 1992.