

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



CİLT: XXIII SAYI: 3 – 4 ARALIK 2019

KAMU HUKUKU ♦KÖKÜSARI, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması ♦SAYDAM, Hükmen Hak Sahiplerine Teslim Edilen Taşınmaz Mallara Elkonulması Suçu (TCK.m.290/1) ♦ÇATAKLI, Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar.

ÖZEL HUKUK ♦AYDEMİR, 1581 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m.12'de Düzenlenen İlam Niteliğinde Belge ve Bu Belgeye İlişkin Olarak Uygulamadaki Hukuki Sorunlar ♦ÇOBAN, Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK.m.71'in Karşılaştırılması.

ERZİNCAN – 2019

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**ERZİNCAN BİNALİ
YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

CİLT: XXIII SAYI: 3-4 YIL: 2019

**ARALIK – 2019
ERZİNCAN**

IV

SAHİBİ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Cem BAYGIN

SORUMLU MÜDÜR

Yılmaz ÖZKER

DİZGİ VE MİZANPAJ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR

İLETİŞİM ADRESİ: ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DEKANLIĞI MİMAR SİNAN MAH. 24070 / ERZİNCAN	TLF : +90 446 225 17 41/42 225 17 43 FAKS : +90 446 225 17 45 E-MAIL : erchukuk@erzincan.edu.tr WEB : www.erzincan.edu.tr/hukuk
--	---

<p>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.</p> <p>Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Fakülteyi bağlamaz.</p> <p>Derginin eski ismi, “Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”dir.</p>

Basım Yeri: Doğu Cilttevi Dijital Baskı Merkezi, İnönü Mahallesi 14
Sokak No: 8 / ERZİNCAN

Basım Tarihi: Kasım - 2020

YAYIN İLKELERİ

1. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayınlanır. Yayınlanması istenen makalelerin Haziran sayısı için 30 Nisan; Aralık sayısı için 31 Ekim tarihine kadar dergi editörlüğüne ulaştırılması gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir.
3. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, Times New Roman karakterinde ana metin 1,5 satır aralığında ve 11 punto, dipnotların ise 9 punto olarak hazırlanması ve 35 sayfayı geçmemesi gerekmektedir. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 97 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergi editörlüğü'ne gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin Türkçe – İngilizce özetleri (50-150 kelime), anahtar kelimeleri ve kaynakçası bulunmalıdır. Makalenin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
4. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayınlanır. Hakemden “düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir” şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur.

Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
5. Dergide yayınlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.

DANIŐMA KURULU

Prof.Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Celal GÖLE

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Abuzer KENDİGELEN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. Fatih UŐAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İŞ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof.Dr. MelikŐah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KOMİSYONU

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
 Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER
 Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI
 Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR
 Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR
 Arş. Gör. Ogün USTA
 Arş. Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Cem BAYGIN
 (e-mail: cembaygin@yahoo.de)
 Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI

Prof.Dr. Cem BAYGIN, Prof.Dr. Sururi AKTAŞ, Prof.Dr. Ayhan DÖNER, Prof. Dr. M. Emin RUHİ, Dr. Öğr. Üyesi Alpaslan AKARTEPE, Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Sencer AKKOYUNLU, Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR, Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ, Dr. Öğr. Üyesi Burhan Caner HACIOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Şengül AL KILIÇ, Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI, Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR, Dr. Öğr. Üyesi Nagehan OKUMUŞ, Dr. Öğr. Üyesi Hatice Duygu ÖZER, Dr. Öğr. Üyesi Nurten ÖZTÜRK, Dr. Öğr. Üyesi Melih SÖNMEZ, Dr. Öğr. Üyesi Eda ŞAHİN ŞENGÜL, Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR, Öğr. Gör. Dr. Hasan ÇATAKLI, Öğr. Gör. Dr. Selçuk Abdullah EVLİYAOĞLU, Öğr. Gör. Dr. Semih YUMAK, Arş.Gör. Elif AĞCA, Arş.Gör. Fuat ALTUNTAŞ, Arş.Gör. M. Necat ARTUKOĞLU, Arş.Gör. Bedriye Tuğçe BALABAN, Arş.Gör. Fethiye Nur BAŞTÜRK, Arş.Gör. Meltem BULUT, Arş.Gör. Ayşe CEBECİOĞLU, Arş.Gör. Nazlı Kübra ÇELİK, Arş.Gör. Yeşim ÇELİK, Arş.Gör. Mustafa ÇİÇEK, Arş.Gör. Hasan ÇİFTÇİ, Arş.Gör. Ensar ERCAN, Arş.Gör. Elif Rumeysa GÜRBÜZ, Arş.Gör. Hasan İBA, Arş.Gör. Buğra KESİCİ, Arş.Gör. Erdoğan KESKİN, Arş.Gör. Elif KÖKÜSARI, Arş.Gör. Şerife AKSAN NAR, Arş.Gör. Ahmet Töresin ODLUYURT, Arş.Gör. Elif ÖZDEMİR, Arş.Gör. Mahmut POLAT, Arş.Gör. Zehra SEYİS, Arş.Gör. Vildan SEZİŞLİ, Arş.Gör. Nuray SÜMER, Arş.Gör. Münevver TEMİR, Arş.Gör. Sercan TOKDEMİR, Arş. Gör.Ogün USTA, Arş.Gör. Murat UYUMAZ, Arş.Gör. Gözde ÜLKER, Arş.Gör. Ömer ÜNLÜ, Arş.Gör. Elif Banu VARLI, Arş.Gör. Arzu YILMAZ.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARI

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması 181 – 243

Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet SAYDAM

Hükmen Hak Sahiplerine Teslim Edilen Taşınmaz Mallara Elkonulması Suçu (TCK.m.290/1) 245 – 277

Öğr. Gör. Dr. Hasan ÇATAKLI

Kişisel Haksızlık Öğretisini İkna Edici Kılan Suç Dogmatığı ve Norm Teorisine İlişkin Argümanlar 279 – 309

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR

1581 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu m.12’de Düzenlenen İlam Niteliğinde Belge ve Bu Belgeye İlişkin Olarak Uygulamadaki Hukuki Sorunlar 313 – 360

Arş. Gör. Nazlı ÇOBAN

Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK. m. 71’in Karşılaştırılması 361 – 398

CONTENTS

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Dr. İsmail KÖKÜSARI

The Pilot Judgment Procedure in the Case Law of the European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court 181 – 243

Asst. Prof. Dr. Mehmet SAYDAM

The Crime of Seizure of Real Estates Delivered By The Judgement to Rightful Ownerships (Turkish Penal Code, Article 290/1) 245 – 277

Lecturer Dr. Hasan ÇATAKLI

The Convincing Dogmatic and Normtheoretical Arguments on Personal Unjustice Theory 279 – 309

PRIVATE LAW

Asst. Prof. Dr. Fatih AYDEMİR

The Enforceable Documents under Article 12 of The Law No. 1581 and the Issues in Practice Related to Enforcement Proceedings of These Documents 313 – 360

Research Asst. Nazlı ÇOBAN

The Legal Responsibility of The Operator of Nuclear Power Plants Paris Convention and Code of Obligation Article 71 Comparison in Point of Whoever is Responsible For Compensation361 – 398

Kamu Hukuku

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA PİLOT KARAR UYGULAMASI

*Dr. Öğr. Üyesi İsmail KÖKÜSARİ**

ÖZET

Bu makalede öncelikle pilot karar, çeşitli açılardan bireysel karar ve toplu karar yöntemiyle kıyaslanmıştır. Sonrasında pilot kararın işlevleri, nitelikleri, unsurları ve türlerinin ne olduğu ortaya konulmuştur. Bu kapsamda yapısal sorun ve bu sorunun tespitinde başvuru sayısının rolü de çalışmada detaylı bir şekilde işlenmiştir. Pilot karar ile ilgili Türkiye ve AİHM uygulamasından örnekler verilerek, kararın icrası sürecinin nasıl olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca, Türk Anayasa Mahkemesinin pilot kararının yerine getirilmesindeki muhtemel zorluklar incelemeye tabi tutulmuştur. İhlalin kanundan kaynaklanması halinde nasıl hareket edileceğine de çeşitli ihtimaller üzerinden cevap aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Pilot karar, icra, bireysel başvuru, AİHM.

ABSTRACT

This paper explores the comparison of the pilot judgment procedure to the individual and the collective judgment procedure at first. Then, the properties, functions, elements and the types of the pilot judgments have been discussed. In this context, the systemic problem and the role of the number of applications in the determination of the structural/systemic problem are also elaborated in the paper. We have demonstrated the picture of how the execution process of the pilot judgments developed, by giving examples from the Turkish Constitutional Court (TCC) and the European Court of Human Rights (ECtHR). The possible challenges in the execution of the pilot judgments were also examined. The solutions

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0045-5868>
Makale Geliş Tarihi:19.11.2019 / Makale Kabul Tarihi:28.01.2020

were sought through various possibilities on how to act if the violation arose from the legislation.

Key Words: Pilot judgement, execution, individual application, ECtHR.

GİRİŞ

Pilot karar usulü, artan başvuruları hızlı bir şekilde gidermek için getirilmiş bir yöntemdir. Hukuk muhakemesinde yer alan topluluk davaları da benzer bir işlevi görmektedir. Bu yöntemlerle, hem mahkemelerin iş yükü azalmış olmakta hem de mağdurların ve hakkı zarar görenlerin uzun yargılama süreçlerinden geçmeden hızlı bir şekilde haklarını elde etmesi sağlanmaktadır.

AİHS sisteminde 2000’li yıllardan sonra dillendirilmeye başlanılan pilot karar usulü, öncelikle “fiili (de facto)” olarak uygulanmaya başlanmış, bundan yedi yıl sonra Mahkemenin İçtüzüğünde pozitif olarak yer bulmuştur. AİHM, pilot karar uygulamasını Bakanlar Komitesi vasıtasıyla ciddi ve titiz bir şekilde takip ettirerek çoğunlukla tatmin edici sonuçlar elde etmektedir.

Türk hukukunda ise 2012 yılında fiilen başlayan bireysel başvuru yolu, geldiği noktada Anayasa Mahkemesini iş yüküne boğmaya başlamıştır. Neyse ki, bizim hukukumuz açısından AYM İçtüzüğünde doğrudan pilot karara dair hükme yer verilmiştir. Bu hüküm AİHM İçtüzüğüne temel olarak benzemekle birlikte, çok genel hatlarıyla düzenlenmiş, ayrıntıya yer vermemiştir. Söz konusu hükmü ve Anayasa Mahkemesi Kanununun 50. maddesindeki “ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” ifadesini birlikte dayanak alan Mahkeme, 2019 yılında Y.T. başvurusu ile pilot karar yöntemini ilk defa kullanmıştır. Önceki kimi kararlarında, toplu olarak karara bağlama yöntemini kullanmış olmakla birlikte, Y.T. başvurusunda sınırdışı etme kararına yönelik binlerce başvurunun yığılması, Mahkemeyi pilot karar yöntemini uygulamaya itmiştir.

Bu çalışmada, öncelikle pilot kararın ortaya çıkış süreci, sebepleri ve bu yöntemin gördüğü fonksiyonlar ele alınmıştır. Daha sonra, pilot karar yönteminin türleri ile diğer kararlardan farkları incelenmiştir. Son olarak, AİHM ve Anayasa Mahkemesinin verdiği pilot karar örneklerine detaylı bir şekilde yer verilmiş, bu kararların icra sürecinden bahsedilmiştir. Özellikle Türk hukukunda ilk defa pilot karar yöntemine gidilmesi

nedeniyle bazı ihtimaller üzerinden yapısal sorun ve pilot kararın icrasındaki muhtemel zorluklar da ele alınmıştır.

I. PİLOT KARAR YÖNTEMİNİN ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ VE GÖRDÜĞÜ İŞLEVLER

AİHM yargılaması açısından 2004 yılına kadar olmayan pilot karar uygulamasının¹ arkasında bazı fiili ve hukuki sebepler yatmaktadır. Birinci grup sebepler, özellikle Mahkemenin iş yükü ile ilgilidir². Öncelikle, 1990'lı yıllarda doğu blokunun yıkılmasıyla ortaya çıkan yeni devletler, AİHM'ye başvuru sayısını artırmıştır. Geçen zaman içinde, önceki taraf devletler arasında AİHM'ye başvurunun daha popüler hale gelmesi de sayının artmasında etkili olmuştur. Dahası 1998 yılında Mahkemenin yapısıyla ilgili yapılan değişiklik ile birlikte, Komisyon tarafından görülen işler de Mahkemeye intikal etmiştir³. İkinci grup sebepler ise, Mahkemenin kurulma amacında ve ikincillik özelliğinde

¹ Bkz. **Dominik Haider**, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, s.6; **Robert Harmsen**, "The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-) Politics of Human Rights", in: *The European Court of Human Rights between Law and Politic* (Editors: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen), Oxford, 2011, s.137 vd. Aslında pilot kararın temellerinin 2001 ve 2003 yıllarındaki bazı rapor ve reform hazırlıklarında ortaya atıldığı ileri sürülmüştür (Bkz. **Ed Bates**, *The Evolution of the European Court on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s.490).

² **Haider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.3; **Ivanna Ilchenko**, *Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine*, Master Thesis (Supervisor: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2013, s.12-13; **Tolga Şirin**, *Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme*, On iki Levha, İstanbul, 2013, s.634-638.

³ **Haider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.3-4. Mahkeme de kimi kararında, pilot karara sebep olan yapısal sorunun giderilmemesi halinde Sözleşme sisteminin işlevsizleşeceğini belirterek, iş yükünü işaret etmiştir (**Greens and M.T. v. The United Kingdom**, 60041/08-60054/08, 23.11.2010, §111). Ayrıca Mahkeme, pilot karar almadan diğer bütün başvuruları tek tek incelemesinin iş yükü üzerindeki etkisi ve kendi kaynakları üzerine ekleyeceği yük karşısında, pilot kararın hem yararlı hem de adalete hizmet edeceğini vurgulamıştır (**Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §120).

gizlidir⁴. Bu doğrultuda, Mahkeme üye devletlerde ortaya çıkan bütün hak ihlallerini karara bağlamak için değil, hakların korunması ve sözleşmenin yorumlanması açısından önem arz eden başvuruları karara bağlamak için kurulmuştur⁵. Hakların etkili bir şekilde korunması da bunu gerektirmektedir. Aksi takdirde Mahkeme, benzer yapısal sorunlardan kaynaklı “mükerrer başvurular” ile meşgul olarak, hakların korunması açısından önem arz eden diğer başvurulara zaman ayıramayacaktır⁶. Mahkeme kararlarının icrasını denetleyen Bakanlar Komitesinin ve Mahkemenin bütün çabalarına rağmen, “geçmişte verilen ihlal kararlarının” kaynağı olan yapısal sorunlar taraf devletlerce “düzenleyici işlemler” yoluyla düzeltilmediği için benzer ihlaller var olmaya devam etmiştir⁷.

Yukarıda bahsedilen nedenlerle, iş yükünü azaltmaya çalışan Mahkeme, “açıkça dayanaktan yoksunluk” ve “dostane çözüm”⁸ gibi

4 Bkz. pilot kararların ikincillik ilkesine uygunluğu noktasında, **Dean Spielmann**, “Keynote Address”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015, s.29. Mahkeme de kimi kararlarında bunu şu şekilde belirtmiştir: “*Pilot karar yönteminin ...amacı, taraf devleti Sözleşme sisteminin altında yatan ikincillik ilkesine uygun bir şekilde, aynı yapısal sorundan kaynaklanan çok sayıda bireysel davaları iç hukukta çözmeye zorlamaktır*”, **Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §108.

5 **Haider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.4-5; **Eline Kindt**, The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Light of Procedural Efficiency and Access to Justice, Ghent University, PhD Thesis (Supervisors: Prof. Dr. Yves Haecck/Prof. Dr. Stefaan Voet), 2018, s.48 vd.

6 **Haider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.5; Bkz. **Ilchenko**, Pilot Judgement Procedure..., s.12-13.

7 **Haider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.4-5. Aslında pilot karar uygulamasında belirtilen genel tedbir mahiyetindeki hükümlerin ve pilot karar uygulamasının yanlış olduğunu savunan AİHM üyeleri de bulunmaktadır. Örneğin *Hutten-Czapska v. Poland* kararında kısmi karşı oy yazan Zarebelsky, pilot kararda ifade edilen genel tedbirleri belirleme işinin Mahkeme'nin yetkisinde değil, Bakanlar Komitesinin yetkisinde olduğunu savunmuştur (**Linos-Alexander Sicilianos**, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015, s.301-302).

8 **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2016, s.105, 113, 120.

yöntemlerin yanında “pilot karar” yöntemini de benimsemiştir. Böylece, benzer veya aynı yapısal sorundan kaynaklanan başvuruları tek bir karardaki önerileri ile çözmeye çalışmaktadır.

Pilot kararların işlevlerine geldiğimizde, bunların üç türlü işlevinin olduğunu söyleyebiliriz: Birincisi mağduriyetlerin ve ihlallerin daha hızlı giderilmesidir⁹. İkincisi, Mahkemenin önerileri kapsamında taraf devlet içindeki yapısal sorunun halledilmesi¹⁰ ve böylece başka ihlallerin önüne geçilmesidir¹¹. Son olarak, Strazburg Mahkemesinin önündeki çok sayıda benzer ve mükerrer başvurunun çözülmesi nedeniyle iş yükünün azalmasıdır¹².

Pilot karar yöntemi, yukarıdaki işlev ve önemine rağmen, bazı dikkat çekici eleştirilere de muhatap olmuştur. Sadurski, Mahkemenin önceden beri gerekçesinde ihlalin kaynağı olan iç hukuktaki yasal düzenlemeleri eleştirdiği halde kendi meşruiyetine eleştiri gelmemesi için “hüküm kısmında” bu kanunların değiştirilmesini emretmemiş olmasını “ikiyüzlülük” olarak adlandırmıştır. Yani Mahkemenin amacının baştan beri taraf devletlerin yasal düzenlemelerine yönelik inceleme yapmak olduğunu ama bunu gizlediğini iddia etmiştir. Yazar, Mahkeme tarafından gizlenen bu amacın pilot karar yöntemiyle gün yüzüne çıktığını ima etmiştir¹³. Bu görüşe katılmak çok mümkün

⁹ Bkz. benzer şekilde **Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §108; **Antoine Buyse**, “The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514441, erişim 29.10.2019, s.10.

¹⁰ **Buyse**, “Pilot Judgment Procedure...”, s.10.

¹¹ Taraf devlet ihlallerin önüne geçerek, ihlaller sonucunda tazminat ödemekten de kurtulmuş olacaktır (**Ramazan Gümüşay**, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Ayhan Döner), EBYU Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018, s.45).

¹² **E. Freiberg**, “Pilot Judgments from the Court’s Perspective in Council of Europe” in. *Towards Stronger Implementation of European Convention on Human Rights at National Level*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2008, s.87’den aktaran **Bernadette Rainey/Elizabeth Wicks/Clare Ovey**, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, s.47; Bkz. aynı yönde **Selman Karakul**, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Y. 2018, s.136.

¹³ **Wojciech Sadurski**, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European

görünmemektedir. Zira hem iddiaların ispatı mümkün değildir hem de “çok sayıda mükerrer başvuruya yol açan” yasal düzenlemelerin pilot karar dışında bir yöntemle kısa bir sürede çözülmesi mümkün olmayabilir. Gerçekten de Wildhaber’in belirttiği üzere, sadece bireysel ihlal kararları vererek ihlalin kaynağı yasanın değişimini sağlamak, Marckx/Belçika kararında olduğu gibi uzun zaman alabilmektedir¹⁴. Buna karşılık, pilot kararlar içerisinde kanun değişikliği gibi genel tedbirler alınmasına yönelik hükümler, taraf devletlerin egemenliğini zayıflattığı noktada Mahkemenin meşruiyetine yönelik eleştirilere de sebep olmuştur¹⁵. Oysa, eskiden beri, pilot karar usulü kullanılmadan önceki bireysel kararlarda bile, “müdahalenin kanuniliği/hukukiliği” incelemesinin yanında “müdahalenin meşru amaca dayanması ve ölçülülüğü” adı altında ayrıca bir inceleme yapılması, kanundan doğan uygulamanın mı yoksa kanunun mu incelendiği sorusuna yol açmaktadır¹⁶. Bu son eleştiri de hatalıdır, zira müdahaleye izin verici hükümlerin bolluğu nazara alındığında, Türkiye gibi birçok ülke açısından “müdahalenin kanuniliğini sağlamak” çok zor değildir. Buna bağlı olarak, daha ileri düzeyde bir inceleme yapmadan, müdahalenin kanuna dayanması nedeniyle “ihlal tespiti” yapmamak, Sözleşme sistemini anlamsız kılardı. Pilot karar yönteminde verilen “kanun

States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 3, Y. 2009, s.412-414.

- 14 **Luzius Wildhaber**, “Rethinking the European Court of Human Rights”, in. *The European Court of Human Rights between Law and Politics* (Editors: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen), Oxford, 2011, s.219-221.
- 15 **Almut Wittling-Vogel**, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015, s.61. Bu kapsamda Mahkemenin aşırı aktivist bir tutum sergilememesi gerektiği de ileri sürülmüştür, **Markus Fyrnys**, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, *German Law Review*, Vol. 12, No. 05, Y. 2011, s.1251.
- 16 **Sadurski**, “...The Idea of Pilot Judgments”, s.412. Aslında AİHM çoğu kararında kendisinin soyut bir Sözleşmeye uygunluk denetimi yapmadığını, bireysel başvurunun da bir “actio popularis” olmadığını belirtmiş olsa da, pilot kararda istenen “kanun değişikliği talebi” eleştirileri artırmıştır. Önceden bu eleştiriler biraz daha azdı, çünkü kanun değişikliği talebi açık pilot kararlardan farklı olarak, sadece gerekçede yer alıyordu. Bu da taraf devletlerin fazla dikkatini çekmiyordu (Bkz. benzer yönde *Aynı eser*, s.412-413).

değişikliği yapılması” gibi tedbirlere yönelik diğer bir eleştiri, pilot karar yönteminin uygulamaya sokulmasıyla, Mahkemenin bireysel sözleşme adaletinden anayasal adalete doğru yönelerek, kanunların anayasallığını/sözleşmeye uygunluğu denetleyen Anayasa Mahkemesi-benzeri bir organa dönüştüğüdür¹⁷.

Pilot kararlara dair diğer bir eleştiri de, AİHM'nin iş yükünü azaltmak için pilot karar yöntemine gitmesinin benzer davalardaki ihlali gidermede gecikmelere neden olacağı noktasındadır¹⁸. Buna göre, taraf devletin aldığı tedbirler yetersiz kalırsa¹⁹ veya taraf devlet kararın icrası yönünde tedbir almaya hiç yanaşmazsa, bu durumda beklettiği davaları tekrar görmeye devam etmek AİHM'nin takdirinde olduğu için benzer başvurular açısından dezavantaj doğmaktadır²⁰. Kanaatimizce, pilot karar yönteminin yukarıdaki belirttiğimiz işlevleri karşısında, böyle tahmini riskler üzerinden bu yöntemi dışlamak yerinde değildir. Buna ek olarak, Mahkeme pilot karar yönteminde doğrudan bir kanunun sözleşmeye uygunluğunu denetleyip iptal etmemekte, sadece taraf devletteki yapısal sorunun giderilmesi için kanun değişikliğinin gerekli olduğunu bildirmektedir.

II. PİLOT KARAR TÜRLERİ

Pilot kararlar öğretilerde çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Bu ayrımların neredeyse tamamı pratikteki durumu tespit etmeye yöneliktir. Sicilianos, pilot karar ve yarı-pilot karar (semi-pilot judgment) ayrımı yapmıştır. Fakat ikisinin farkını tam olarak ortaya koymamıştır. Üç tane benzerlik bir tane fark saymıştır. Fark olarak pilot kararlarda, yarı-pilot kararlardan ayrı olarak “taraf devletin pilot karar verilirken, bu konuda

¹⁷ **Steven Greer/Luzius Wildhaber**, “Revisiting the Debate about Constitutionalising the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, Issue 4, Y. 2013, s.669-670.

¹⁸ **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1258.

¹⁹ Bkz. **Burdov v. Russia** kararında çıkarılan kanun ve bu kanunun geçmişe yürür şekilde uygulanmasının bile yapısal sorunu çözüp çözemeyeceğinin tartışmalı olduğu ifade edilmiştir (**Ezgi Yıldız**, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure a Decade after Its Inception”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 8, Issue 1, Y. 2014-2015, s.96).

²⁰ **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1258. Bkz. aynı yönde **Yıldız**, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure...”, s.86, 101; **Şirin**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti..., s.638-639.

ne düşündüğünün sorulduğu” belirtilmiştir²¹. Kanaatimizce böyle bir ayrımın pratik yararı olmadığı gibi teorik dayanağı da ikna edici görünmemektedir. Ayrıca yarı-pilot olarak adlandırılan kararlarda, hatta bireysel kararlarda bile taraf devlet tedbirler konusunda görüş bildirmekte, fakat AİHM’nin bunu nazara alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun yanında, tam-pilot, yarı-pilot ve yapısal sorunlara işaret eden diğer kararlar şeklinde üçlü bir ayrım da yapılmıştır²². Tam pilot kararın şartları olarak “Mahkemenin pilot karar yönteminden açıkça bahsetmesi”, “yapısal sorunları tespit etmesi” ve “yapısal sorunların çözümünü kararın hüküm kısmında” göstermesi sayılmıştır.²³ Gerçekten de, açıkça pilot karar yönteminden bahsedilmeyen, karar gerekçesinde kanun değişikliğinin gerekliliğinden bahsedilen kararlara (yarı pilot da denilmektedir) göre, en önemli fark, Mahkemenin pilot karar yöntemine gittiğini belirtmesi ve hüküm kısmında bu ihlali giderici çözümleri göstermesidir. Örneğin Sadurski, Scordino v. Italy kararını bu sebeple yarı-pilot olarak değerlendirmiştir²⁴. Mahkemenin kimi kararlarında “açık bir pilot karar yöntemini” benimsememesinin nedeni olarak, emredici bir hüküm kısmıyla taraf devlete hitap etmek yerine daha yumuşak davranmaya çalışmak gösterilmiştir. Mesela Rusya’ya yönelik bu şekilde hareket ettiği, tabiri caizse çok ürkütmemeye çalıştığı ifade edilmiştir²⁵.

21 **Sicilianos**, “The Role of the European Court of Human Rights...”, s.289-290.

22 **Kindt**, The Pilot Judgment Procedure ..., s.22 vd; **Dilek Kurban**, “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations”, *Human Rights Law Review*, No. 16, Y. 2016, s.739.

23 **Philip Leach/Helen Hardman/Svetlana Stephenson**, “Can the European Court’s Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, Issue 2, Y. 2010, s.351; **Lize R. Glas**, “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 34, Issue 1, Y. 2016, s.44; **Ilchenko**, Pilot Judgement Procedure..., s.39 vd.

24 **Sadurski**, “...the Idea of Pilot Judgments”, s.427. **Kurban**, 2004 yılında verilen Doğan and Others v. Turkey kararını bu anlamda pilot karar olarak görmüştür, en azından yarı-pilot olduğunu belirtmiştir (**Kurban**, “Forsaking Individual Justice...”, s.740-741).

25 **Sadurski**, “...the Idea of Pilot Judgments”, s.427-429.

Teknik olarak pilot karar isminden bahsedilerek bu yönde kararlar verilmeye 2004 yılında Broniowski kararı ile²⁶ başlanmış olmakla birlikte, AİHM daha önceki kimi kararlarının gerekçesinde bir ülkedeki yaygın hak ihlallerinin sebeplerinden, bu ihlallerin değişimi için kanun değişikliği dahil geniş reformlara ihtiyaç bulunduğundan bahsetmiştir²⁷. Bu tip kararları da yapısal sorundan kaynaklanan pilot karar benzeri kararlar olarak gören yazarlar olmuştur²⁸. Örneğin AİHM, Broniowski kararından sonra vermiş olmakla birlikte, Xenides-Arestis/Türkiye kararında pilot karar yönteminden hiç bahsetmeden gerekçede yapısal sorunu tespit etmiş ve hüküm kısmında taraf devletin mevcut başvuruya benzer başvurulardaki ihlalleri de ortadan kaldıracak bireysel veya genel tedbirleri almasını emretmiştir²⁹. AİHM'nin veya Anayasa Mahkemesinin bir bireysel kararda “ihlalin giderilmesi için yasa değişikliği yapılmasına hükmetmesi”, pilot karar yönteminden farklı bir

²⁶ **Broniowski v. Poland**, 31443/96 (Friendly settlement), 28.09.2005.

²⁷ Bkz. **Sürmeli v. Germany**, 75529/01, 08.06.2006, §135 vd. Bkz. Kurban, 2004 yılında verilen Doğan and Others v. Turkey kararını bu anlamda pilot karar olarak görmüş, en azından yarı-pilot olduğunu belirtmiştir (**Kurban**, “Forsaking Individual Justice...”, s.740-741).

²⁸ **K. Oellers-Frahm**, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007, s.80. Söz konusu kararda, Mahkeme İtalya hakkında makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili daha önce vermiş olduğu kararlara da vurgu yaparak ‘benzer konuda bulunan ihlallerin çokluğundan, ülke içinde geniş çaplı reformlarla ihlallerin giderilmesini sağlayacak tedbirlerin alınmadığından’ bahsetmiştir (**Bottazzi v. Italy**, 34884/97, 28.07.1999 §21-23). Bkz. “pilot karar benzeri” karar ifadesi için **Buyse**, “Pilot Judgment Procedure...”, s.8.

²⁹ **Xenides-Arestis v. Turkey**, 46347/99, 22.12.2005, §38-40. Bu tip kararlar pilot karar olarak isimlendirilmese de, pilot karar benzeri kararlar olarak adlandırılabilir. AİHM'nin İtalya hakkında “makul sürede yargılanma hakkının” ihlal edildiğine yönelik verdiği kararda, teknik olarak pilot karar olarak adlandırmaya da, ihlallerin adalet sistemine yönelik köklü reformlar ve değişiklikler yapılmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Çok sayıda karardan sonra İtalya meclisi kanun çıkararak, uzun süreli yargılamalarda tazminat verilmesini öngörmüştür. Fakat, yine de AİHM'ye başvurular bitmemiştir. Çünkü belirlenen tazminat oranları yetersiz kalmıştır (**P. Mahoney**, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007, s.84 vd. Bkz. kararın ilgili kısmı için **Bottazzi v. Italy**, 34884/97, 28.07.1999, §22).

sonuç doğurmakta mıdır? Uygulamada AİHM bireysel işlem mahiyetinde karar verdiği gibi³⁰ kararın pilot karar olduğu açıkça belirtilmemesine rağmen “ihlalin giderilmesi için yasa değişikliği” yapılması gerektiğine hüküm kısmında veya gerekçede³¹ yer vermiştir³². Bu gibi durumlarda, benzer yapısal sorundan kaynaklanacak muhtemel ihlaller önlenmiş oluyorsa, söz konusu kararları da nitelik itibarıyla pilot karar olarak görebilir miyiz?

Kanaatimizce, ilk defa pilot karar yöntemini kullandığı Broniowski kararından sonra, gerekçesinde yapısal sorunları tespit ettiği ve hüküm kısmında taraf devletin benzer ihlalleri çözmesi için genel veya bireysel tedbirlere hükmettiği kararları “pilot karardır”. Bu anlamda, pilot karar teriminin geçtiği kararlara “açık” pilot karar, geçmediklerine “örtülü pilot karar” denebilir. Fakat, ister Broniowski kararından önce olsun isterse sonra, eğer Mahkeme, yapısal sorunlardan bahsetmemişse veya gerekçesinde yapısal sorunlardan ve kanun değişikliğinin gerekliliğinden bahsetmiş olmasına rağmen hüküm kısmında ilgili devletin benzer ihlalleri çözmesine yönelik bir tedbir yoksa, bu karar bireysel karardır, pilot karar değildir. Son olarak, gerekçesinde yapısal reform gerekliliğinden bahsedilen kararlar pilot karar olmasa da, gerekçesi itibarıyla “pilot karar benzeri” kararlardandır diyebiliriz. Fakat bunlar pilot karar gibi etki doğurmaz.

Örneğin, Anayasa Mahkemesinin *Süleyman Başmeydan* başvurusundaki³³ kararına değinmek istiyoruz. Mahkeme bu kararın

³⁰ Bkz. *Orlović and Others v. Bosnia and Herzegovina*, 16332/18, 1.11.2019, §71. Bu kararda, Mahkeme, başvurunun arazisine yapılan kilisenin mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca hüküm kısmında, diğer bütün tedbirler yanında, kilisenin, en geç kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, araziden kaldırılmasına karar verilmiştir.

³¹ AİHM bir kararında, verilen disiplin cezaları karşısında mahkuma etkin bir savunma hakkının sunulmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali neticesine varmıştır. Bu kararda, Türkiye'nin benzer ihlallerin önüne geçmesi için gerekli kanuni düzenlemeleri yapması gerektiğini kararın hüküm kısmında değil, “gerekçesinde” belirtmiştir. Hüküm kısmında başvuru için tazminata hükmetmiştir (*Gülmez v. Turkey*, 16330/02 20.05.2008, §63).

³² *Sicilianos*, “The Role of the European Court of Human Rights...”, s.290-291. Buysse'ye göre, pilot kararlarda da Mahkeme, somut alınacak tedbirleri gerekçe yerine “hüküm kısmında” belirtirse, bunların otoritesini artırmış olacaktır (*Buysse*, “Pilot Judgment Procedure...”, s.8).

³³ Başvuru No 2015/6164, Karar Tarihi 20.6.2019, §69-93.

“gerekçesinde” karardaki ihlalin “kanundan kaynaklandığını” ve bu konuda takdir yetkisi Yasama’ya ait olduğu için kararın bir örneğinin “Meclis’e gönderilmesi gerektiğini” ifade etmiştir. Fakat, gerekçede yapısal sorundan bahsetmediği gibi hüküm kısmında da “Yasamanın kanun değişikliği yapması” istenmemiştir. Kanaatimizce bu karar bir pilot karar değildir. Sadece pilot karar benzeri bir karardır. Öğretide bir görüşe göre pilot kararlara benzeyen bu tip kararları “yol gösterici karar” olarak adlandırmak mümkündür³⁴.

III. “PİLOT KARAR” YÖNTEMİNİN “BİREYSEL KARAR” VE “TOPLU KARAR” YÖNTEMİNDEN FARKLARI

A. KARARIN UNSURLARI VE VERİLME ŞARTLARI AÇISINDAN

Bilindiği gibi AİHM ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun doğasında bireysellik ilkesi hakimdir³⁵. Daha açık deyişle, hak sahibi bireyler iç hukuktaki olağan hukuki çareleri kullanarak elde edememiş oldukları haklarını Mahkemeye bireysel başvuru yaparak ararlar. Mahkemenin kararları, genellikle sadece başvuran kişinin hak ihlalinin giderici mahiyettedir³⁶. AİHM de öncelikle bireysel ihlale sebep olan somut ve bireysel mahkeme kararları ile “uygulamaya odaklandığını”, mümkün olduğu kadar kanun gibi genel düzenleyici işlemleri inceleme konusu yapmadığını ifade etmiştir³⁷. Mahkemenin yargılama yetkisine daha sonradan girmiş olan pilot karar ise, aynı yapısal sorundan

³⁴ **Tolga Şirin**, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, AYM Yayını, Ankara, 2018, s.272-273. Mahkeme kararlarının gerekçelerinin bağlayıcı olmadığını savunan görüşe göre, yol gösterici kararlar pilot kararlara göre daha az etkili olabilir. Zira, yol gösterici kararlardaki “çözüm önerileri” kararın gerekçesinde yer alırken, pilot karar veya diğer bireysel kararlarda hüküm kısmında yer almaktadır.

³⁵ Bkz. benzer yönde **Oellers-Frahm**, “Discussion...”, s.80.

³⁶ Bkz. hüküm kısmında ihlalin arkasında yatan somut bireysel olay ve işlemleri tespit ederek ihlal kararı verdiği noktasında **Wildhaber**, “Rethinking the European Court of Human Rights”, s.220.

³⁷ **Heider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.129. Ancak, ihlal kanunun uygulanmasından değil de doğrudan kanundan kaynaklanıyorsa, kanunu da incelemeye tabi tutmuş ve gerektiğinde değiştirilmesini istemiştir (*Aynı eser*, s.129).

kaynaklanan çok sayıda başvuruyu³⁸ tek tek görüşerek “ihlal kararı” vermek yerine, başvurulardan bir tanesini “öncü” (pilot) olarak seçmek ve bu öncü başvuru üzerinden “yapısal sorunları” tespit ederek “muhtemel ihlalleri” çözmektir.

Wildhaber, Broniowski/Polanya kararı üzerinden pilot kararın unsurlarını özetle şu şekilde oluşturmuştur: 1. İlgili devletin iç hukukundaki benzer ihlallere yol açan sorunu tespit etmek, 2. Tespit edilen yapısal sorunun benzer bir çok başvuruya yol açması veya açma ihtimalinin ortaya konulması, 3. Alınacak genel tedbirlerin ne olduğunun gösterilmesi, 4. Tedbirlerin geçmişe yürüyeceğini belirtmek, 5. Eldeki benzer başvuruların görülmesini durdurmak, 6. Kararın gücünü artırmak için, hangi tedbirlerin alınacağını “hüküm kısmında” belirtmek, 7. Sözleşmenin 41. maddesini saklı tutma (tazminat hükmetme), 8. Bakanlar Komitesine ve bazı kurumlara bilgi verme³⁹. Kanaatimizce, ilk üç madde dışındaki unsurlar pilot kararın zorunlu unsurları değildir. Bize göre hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi açısından pilot kararın unsurları “yapısal sorun”, “bu yapısal sorunun çok sayıda mevcut veya muhtemel ihlale yol açması” ve “yapısal sorunun çözümünü gösteren karar”⁴⁰ şeklinde oluşturulmuştur. Öğretide *Buyse* ise, pilot kararların iki

³⁸ Klon başvurular olarak da adlandırılmıştır (**Şirin**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti..., s.635). Hatta kopya davalar olarak da adlandırmak mümkündür (**Kerem Altıparmak**, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, iç. 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s.60 vd).

³⁹ **Luzius Wildhaber**, “Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level”, in. *The European Court of Human Possible Solutions Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007, s.71; **Antoine Buyse**, “Flying or Landing? The Pilot Judgment Procedure in the Changing European Human Rights Architecture”, in. *Shifting Centers of Gravity in Human Rights Protection Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders* (Editors: Oddný Mjöll Arnardóttir and Antoine Buyse), Routledge, 2016, s.105.

⁴⁰ Bkz. benzer yönde **Lech Garlicki**, “Broniowski and After: On the Dual Nature of Pilot Judgments” in. *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights-Strasbourg Views* (Editors: Cafilisch et al), 2007, s.177’den aktaran **Kurban**, “Forsaking Individual Justice...”, s.738. Bkz. pilot kararda “yapısal sorunun tespiti” ve “bunun çözümüne dair hüküm” şeklinde ikili bir aşama olduğu noktasında **Déborah Forst**, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights Limits and Ways Ahead*, Master Thesis (Supervisor: Paul Lemmens), Katholieke Universiteit

unsuru olduğunu ve bu unsurların “yapısal sorunun tespiti” ile “mahkemenin bu yapısal sorunu gidermeye yönelik tedbirler önermesi” olduğunu ifade etmiştir⁴¹. Bu kapsamda, yapısal sorunu tespit ettikten sonra, başvurular arasında benzerlik kurmak ve bunları tek bir pilot karar altında toplamak kolay olmayabilir⁴². Zira pilot karar için benzer başvuruların varlığı şart olduğu gibi aynı zamanda “öncü karar” ile ilgili alınan tedbirin de nitelik ve yapı itibarıyla bu benzer başvurulara uygun olması gerekir. Yine, ihlali iddia edilen “hakkın” da nitelik olarak pilot karar vermeye uygun olması önemlidir⁴³.

Anayasa Mahkemesi açısından diğer bir karar yöntemi toplu karardır. Toplu karar ise, yapısal veya benzer sorundan kaynaklanan çok sayıda başvuruyu “tek tek görüşerek karara bağlamak yerine”, hepsini tek bir dosyada karara bağlamaktır. Toplu kararda, başvuru sahiplerinin hepsinin durumunu, kabul edilebilirlik ve esas açısından değerlendirmek gerekir. Mahkemenin kararında, başvuru sahiplerinin hepsinin adının ve soyadının da bulunması gerekir. AYM İçtüzüğünde⁴⁴, pilot kararda verilen genel tedbirler vasıtasıyla yapısal sorunun çözülmemesi halinde, Mahkemenin benzer başvuruları tek bir dosyada “toplu olarak karara bağlayabileceği” belirtilmiştir. Fakat AYM, uygulamada pilot karar yöntemine gitmeden de “toplu karar” yöntemini kullanmıştır⁴⁵. Pilot karar ile toplu kararın farkı, öncekinde yapısal sorunun çözülmesiyle muhtemel benzer ihlallerin de çözüme kavuşturulmasıdır. Yani pilot kararda yer almayan ve bahsedilmeyen başvuruları da etkileyici bir sonuç vardır. Toplu kararda ise, benzer bütün mevcut başvuruların incelenerek karar verilmesi söz konusudur. Toplu kararda, bütün

Leuven, 2011-2012, s.41; Bkz. ayrıca **Şirin**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti..., s.640-642.

41 **Buyse**, “Pilot Judgment Procedure...”, s.8.

42 **Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.88.

43 **Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.88.

44 Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, m.75.

45 Bkz. Hava Sipahioğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No 2016/4317; Ülkü Tunca ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No 2012/928). AİHM de *Bottazzi v. İtalya* kararının sonrasındaki uzun süreli yargılamaya dayalı benzer başvuruları “gruplar halinde ve dava az detaylı inceleme” yaparak karara bağlamıştır (**D.J. Harris/M. O’Boyle/E. P. Bates/C.M. Buckley**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çev: Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Şen Matbaa, Ankara, 2009, 287. Kanaatimizce bu tip kararları da toplu karar yöntemine benzetebiliriz.

başvurucuların ismi yer alırken, pilot kararda benzer başvurucuların veya muhtemel başvurucuların isimleri yer almaz, hatta belli bile değildir.

Son olarak pilot karar ile *actio popularis*'in farkına değinmekte yarar vardır. Roma hukuku kaynaklı olan “*actio popularis* (halk davası)” yönteminde, bireysel başvurudan farklı olarak, “başvuranın, hakkı ihlal edilmiş bir mağdur” olmasına gerek yoktur⁴⁶. Bu yönüyle aynı farkın pilot kararlar için de geçerli olduğunu düşünüyoruz. Fakat, hem pilot karar hem de *actio popularis*, mağdur dışındaki kimselerin de hakkının korunmasını sağlaması bakımından benzeşmektedir.

B. KARARIN SAHİP OLDUĞU NİTELİKLER AÇISINDAN

Anayasa Mahkemesi kararlarının, bireysel başvuruyu, norm denetimini, siyasi parti ve yüce divan yargılamasını da kapsayacak şekilde “ortak nitelikleri” olduğu gibi birbirinden farklılaşan nitelikleri de vardır. Anayasa’nın 153. maddesindeki ifadelere yakından bakıldığında, kararların “kesinlik ve bağlayıcılık” niteliğinin bütün kararlarını kapsayacak şekilde ifade edildiğini anlıyoruz. Bu sebeple, Anayasa’nın diğer maddelerindeki özel hükümler hariç, Mahkemenin kararlarına karşı gidilecek olağan bir yol olmadığı için kararları kesindir. Bireysel başvuruda verilen kararlar açısından da bireysel karar, toplu karar veya pilot karar ayrımı yapmaksızın hepsinin kesin olduğunu söyleyebiliriz. Bireysel kararda, maddi anlamda kesin hükmün objektif sınırı diğer bir deyişle kararın “*ratione materiae*” etkisi, o karardaki başvuru ve ileri sürdüğü hak açısından “ihlalin varlığına ve yokluğuna ilişkin tespit”tir. Pilot kararda seçilen öncü karar da, tıpkı az önce belirttiğimiz bireysel karardaki nitelikleri taşır. Bununla birlikte pilot kararda, kesin hükmün objektif sınırı, yani “*ratione materiae*” etkisi, kanaatimizce, mahkemelerin tespit ettiği yapısal sorunlar ve bunların ihlale sebep olduğu tespittir.

Son olarak Mahkemenin bireysel kararları ile pilot kararları arasında bağlayıcılık açısından bir fark bulunmamaktadır. Bunlara da herkes

⁴⁶ Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikayeti..., s.43. AİHM de *Klass and Other v. Germany* gibi kimi kararlarında Sözleşmenin bireyler için bir *actio popularis* oluşturmadığını ve dolayısıyla bireylere, bir yasadın bireysel olarak zarar görmediği müddetçe, bu yasanın iptalini isteme yetkisini vermediğini ifade etmiştir (Heider, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.129); Bkz. aynı yönde AYM kararları ve değerlendirilmesi için Murat Erdoğan, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion, Ankara, 2019, s.151-158).

uymak zorundadır. AİHM'nin ihlal ve ihlalin giderilmesi için "adil tazmine" hükmetmenin yanında "kanun değişikliği yapma gibi genel nitelikli" tedbirlere hükmetmeye başlaması, kararların bağlayıcılığı açısından tartışmalar doğurmaktadır. Öğretide, AİHM'nin verdiği pilot kararlardaki "genel nitelikli tedbirlerin" bağlayıcılığının olmadığını, aksine tavsiye niteliğinde olduklarını ileri süren yazarlar vardır⁴⁷. Taraf devletler, kendi yasamasına veya yürütmesine yönelik düzenleyici işlem yapma veya değiştirme yönündeki bu kararlardan, egemenlik yetkilerini etkilediği için pek hoşlanmayabilir. Buna karşılık kanaatimizce AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesinin "pilot kararları" da diğer kararları gibi bağlayıcıdır. Hatta AİHM "pilot karar" olarak adlandırmadığı bireysel kararlarda da "yasal değişiklik yapma gibi genel nitelikli" tedbirlere hükmetmektedir. Bu durumda, söz konusu kararların bağlayıcı olmadığını ileri sürmek, Sözleşmenin koruma sisteminin etkililiği ve Mahkeme kararlarının sağladığı hukuki güvenlik işlevi açısından doğru değildir. Hatta Heider'in belirttiği gibi, pilot kararların bağlayıcı olmadığı kabul edilse bile, uzun vadede, AİHM benzer yapısal sorundan kaynaklanan bireysel başvuruları görmeye devam edecek ve taraf devlet de bu ihlalleri gidermeye çalışacaktır. Böylece, uzun vadede yine yapısal sorunu düzeltmek zorunda kalacaktır⁴⁸.

Yukarıdaki ortak özelliklere karşın, "geçmişe yürümezlik", "kanun koyucu gibi hareketle karar verememe"⁴⁹ ve "herkes için etki doğurma" ise sadece "norm denetimi yoluna" has özelliklerdendir⁵⁰. Zira, yüce divanda verilen mahkûmiyet kararı ile bireysel başvuruda verilen ihlal kararı her halükârda geçmişteki bir olaya ilişkindir ve doğal olarak geçmişe etkili sonuç doğurur⁵¹. Bu kapsamda zaman bakımından etkiye

47 Fribergh, Frowein, Cremer gibi kimi yazalar, pilot kararların veya diğer bireysel kararların hüküm kısmında ifade edilen "yasa değiştirme gibi" genel nitelikteki tedbirlerin "tavsiye" edici olduğunu, bağlayıcı olmadığını ileri sürmüşlerdir. (Heider, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.136-137, 128).

48 Haider, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.136.

49 AYM'nin pilot kararında yapısal sorunun bir kanundan kaynaklandığını belirterek yasa değişikliği talep etmesi bireysel başvuru yolu açısından "kanun koyucu gibi hareket etmeme" özelliğini tartışmaya açabilir.

50 Bkz. iptal kararlarının zaman bakımından etkisi için Özen Ülgen, *Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri*, On iki Levha, İstanbul, 2016, s.8 vd.

51 Kanaatimizce pilot kararların gerekçesi, diğer kararlarda olduğu gibi bağlayıcılık niteliğini haiz değildir (İsmail Köküarı, "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru

değinmek gerekirse, pilot karar sadece geçmişe değil “ileriye” de etkili bir sonuç doğurabilmektedir. Bireysel karar, ihlalin doğduğu ana kadar geriye etkili iken⁵², pilot karar hem geriye hem de benzer ihlalleri gidermesi açısından ileriye etkili olabilir. Zira karar, yapısal sorunun düzeltilmesi halinde bekleyen başvuruları etkileyebileceği gibi bundan sonra benzer bir olayla karşılaşan kimselerin ihlal yaşamamasını da sağlar.

Bireysel başvurunun kişi bakımından etkisine bakılırsa, tek kişiye dair ihlal kararı ile pilot kararın doğurduğu etki birbirinden farklılık arz etmektedir. Bir şahsın yapmış olduğu ihlal başvurusu sonucunda verilen ihlal kararı, sadece o kişi ve başvurunun diğer tarafı açısından etkili sonuç doğurmaktayken⁵³; pilot karar usulünde yapısal sorunun düzeltilmesine dair kısım, muhtemel bütün benzer başvuruçuları etkileyebilir. Kısacası, pilot karar, bireysel karardan farklı olarak benzer başvuruçuları da etkileyecek şekilde sonuç doğurur⁵⁴. Polakiewicz’e göre, pilot kararda verilen hükmün diğer benzer başvuruları etkilediği nazara alındığında, “kesin hükmün sadece taraflar için etkili” olduğuna dair klasik iddianın geçerliliği sorgulanmalıdır⁵⁵. Şunu da önemle belirtelim ki, Mahkemenin pilot kararı, davanın ve sözleşmenin tarafı devlet içindeki benzer başvuruları etkileyici şekilde sonuç doğurmaktadır, yoksa diğer devletler için doğrudan etkisi söz konusu değildir.

Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, *Erzincan BYÜHFD*, C. XXII, Sayı 1-2, Y. 2018, s.15).

52 **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1235.

53 **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1234-1235.

54 **Köküsarı**, “...İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, s.42-43. Kesin hükmün sübjektif etkisi (Res Judicata’nın sonucu) açısından bireysel kararlar, sadece taraflar için etki (inter partes) doğururken, pilot kararlar benzer bütün davalar için etki doğurmaktadır. Fakat bunu erga omnes etki olarak adlandıramayız. Çünkü herkesi etkilememektedir. (Bkz. Mahkemenin pilot kararlarının benzer başvurulara etki etmesini “erga omnes etki” olarak adlandıran ve böyle bir etkiyi kabul etmeyen görüş için **Yıldız**, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure...”, s.83, 91).

55 **J. Polakiewicz**, “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007, s.77.

Pilot karar yöntemi, medeni usul hukukunda ve Amerika gibi bazı ülkelerde uygulaması olan topluluk davası (class action) yöntemine benzemektedir. Topluluk davası, “tek davada karara bağlanmak üzere, aynı davalıya karşı birden fazla kişinin iddialarının tümünün veya bir kısmının dava edilmesine imkan veren hukuki araç” olarak tanımlanmıştır⁵⁶. HMK madde 113⁵⁷, topluluk davasını sadece dernekler ve diğer tüzel kişilerle sınırlı olarak ele alarak, bu davaların kapsamını Amerika gibi ülkelere göre daha dar tutmuştur⁵⁸. Almanya’da birlik davası olarak adlandırılan yöntem de bizdeki topluluk davasına benzer bir durum arz etmektedir⁵⁹. Anayasa Mahkemesinin uyguladığı diğer bir karar türü olan “toplulu karara bağlama” yöntemi ise “topluluk davalarından” farklıdır. Çünkü, toplulu karara bağlanan başvuruda, bütün başvurucular başvurunun tarafıdır. Oysa topluluk davasında, sadece davacı temsilci davanın tarafıdır⁶⁰. Örneğin, Anayasa Mahkemesi Ülkü Tunca ve diğerleri başvurusunda toplulu olarak karara bağlama yöntemini kullanmıştır⁶¹. Bu karar tipi de kişi bakımından karardaki listelenen kişilerin hepsine etkili sonuç doğurmaktadır⁶². Yani toplulu kararlar da bireysel kararlardaki gibi taraflar için etki doğurmaktadır.

56 **İbrahim Özbay**, Grup Davaları, Yetkin, Ankara, 2009, s.34. Amerikan uygulamasına bakıldığında, bu tür davalarda verilen kesin hükümlerin davanın tarafı olmayan diğer topluluk üyelerine etkili sonuç doğurduğu görülmektedir. Bu tür davalarda temsilci davacı, diğer topluluk üyelerini temsilen davanın tarafı olmaktadır ve davaya taraf olmayan üyeler de kararla bağlı hale gelmektedir (**Özbay**, Grup Davaları, s.34-35).

57 Bkz. madde şu şekildedir: “Dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir”.

58 **Özbay**, Grup Davaları, s.57-58.

59 **Özbay**, Grup Davaları, s.57-58.

60 Son cümle için bkz. **Özbay**, Grup Davaları, s.34.

61 Başvuru No 2012/928, Karar Tarihi 11 Aralık 2014. Anayasa Mahkemesi, toplulu karar olarak adlandırmamış olmakla birlikte, aynı sebepten kaynaklanan başvuruları tek bir karar olarak hükme bağlamıştır. Bu kararda, toplam 136 başvuru, başvuru numaraları farklı da olsa ‘Ülkü Tunca ve diğerleri’ başvurusu altında toplanmış ve başvuru numaraları ile isimleri ile tazminat miktarları kararın alt kısmında listelenmiştir.

62 **Köküsarı**, “...İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, s.43.

C. KARARIN İCRASI AÇISINDAN

Kural olarak pilot kararlar ilgili yerel mahkemeler ve idareler tarafından uygulanması zorunlu, bağlayıcı kararlardandır. Diğer bir deyişle, ilgili idare ve mahkemeler pilot karardaki başvurular ve benzer kişiler (aynı sebepten kaynaklanan ihlal mağdurları) açısından ihlali giderici kararlar almak zorundadır. Eğer, ihlalin kaynağı olan idare, Mahkemenin pilot kararına uymayıp önceki kararını uygulamaya devam ederse, Anayasa Mahkemesi'nin ertelemiş olduğu başvuruları “toplu olarak” karara bağlaması mümkündür.

Toplu olarak karara bağlama yönteminde, Mahkeme, bütün başvuruları isim isim zikrederek ve varsa somut olaya yönelik kabul edilebilirlik şartlarını ve esasa dair değerlendirmelerini yaparak karar verir. Toplu karar verilmesi halinde tazminat miktarları farklı olabilir. Çünkü her başvurucunun farklı oranda maddi veya manevi zararı söz konusu olabilir. Toplu kararda adı geçen başvurular yargılayan bütün ilgili yerel mahkemelere, kararın gereğinin yerine getirilmesi ve ihlalin giderilmesi için kararın örneği gönderilebilir.

Pilot karar yönteminde, pilot karara dönüştürülen mevcut “öncü” başvuru dışındaki benzer başvurular veya muhtemel başvurular hakkında tazminat veya ihlal kararı vermek mümkün değildir. Bu yönüyle bireysel ve toplu kararlardan ayrılmaktadır. Yine öncü başvuru dışındaki diğer benzer başvuruları “ilgili mahkemeye ihlali düzeltmek üzere” yeniden yargılama amacıyla göndermek de mümkün değildir. Oysa bireysel karar ile toplu kararda bunları yapmak, ihlalin giderilmesinin bir gereğidir.

Pilot karar yönteminde, kararın icrasını kimin gerçekleştireceği ve icranın gerçekten yapıp yapılmadığını takip etmek önem arz etmektedir. AİHM bakımından kararların icrasını Bakanlar Komitesi takip etmektedir⁶³. Pilot kararların icrası açısından gerektiğinde daha detaylı kararları Bakanlar Komitesi almakta ve taraf devlet içinde bu kararların yerine getirilip getirilmediğini denetlemektedir. Hatta belirli aralıklarla, hangi oranda icra edildiğine dair raporlar hazırlamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi açısından ise, genel sekreterliğin bu konuda yetkili olduğu belirtilmiştir (AYM Kanunu m.23/d). Fakat, genel

⁶³ Bkz. Fyrrys, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1250; Janneke Gerards, “The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924806, erişim 8.10.2019, s.6-7, 14.

sekreterliğin mevcut iş yükü altında, kararların icrasının takibini etkili bir şekilde yapıp yapmadığı kuşkuludur. Elbette kararların icrasını takip görevi, pilot kararlar açısından biraz daha zorluk arz edebilir. Örneğin yapısal sorun yasadan kaynaklanıyor ise, sekreterliğin yasama organı ile yazışma yapması ve kanunun değiştirilip değiştirilmediğini sorması dışında yapabileceği bir şey görünmemektedir. AYM genel sekreterliğinin pilot kararların icrası süreci ile ilgili bilgileri ve ilerlemeleri sitesinde ilan etmesi etkiyi artırabilir. Oysa Bakanlar Komitesi'nin kararları aşağıda da görüleceği üzere daha etkin bir şekilde yerine getirilmektedir.

Bireysel kararlar ile toplu kararların icrasında muhatap, tazminat söz konusu olduğunda Maliye'dir. İhlal mahkeme kararından kaynaklanıyorsa, ilgili yerel ya da üst mahkemedir. Pilot kararlar açısından ise, herhangi bir tazminat söz konusu olmadığı için Maliye muhatap değildir. Ancak pilot karardaki “öncü” başvuruyu yapan başvurucuya tazminat verilebilir. İhlal, bir idari düzenleyici işlemde veya yasadan kaynaklanıyorsa, bu durumda muhatap ilgili idare veya yasama organıdır. Bu kurumlar, bağlayıcı Mahkeme kararını icra etmekle yükümlüdür. Pilot kararlar açısından ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklanması çok mümkün görünmemektedir. Fakat, çok sayıda benzer başvuru bir yüksek mahkemenin “açık bir yanlış yorumundan” veya “açıkça kanunu uygulamamasından” kaynaklanıyorsa, bunun bir yapısal sorun addedilmesi halinde icranın muhatabı söz konusu mahkeme olabilir. Pilot karardan sonra ilgili devlet benzer ihlallere yönelik bir tazminat komisyonu kurarsa, bu durumda ihlalleri gidermek için tazminat ödeme de söz konusu olabilir.

IV. UYGULAMA VE MEVZUAT AÇISINDAN PİLOT KARAR

A. AİHM MEVZUATI VE UYGULAMASINDA

1. AİHM İçtüzüğündeki Hükümler

Pilot karar yöntemi AİHS'de herhangi bir değişiklik yapılmaksızın⁶⁴, Bakanlar Komitesinin kararı⁶⁵, AİHM uygulaması⁶⁶ ve İçtüzük

⁶⁴ Bkz. **Buyse**, “Pilot Judgment Procedure...”, s.11.

⁶⁵ **Committee of Ministers**, karar no Res(2004)3, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190, erişim 30.10.2019.

değişikliği ile sözleşme sisteminde yerini bulmuştur⁶⁷. Önceden Bakanlar Komitesi ve AİHM, çeşitli kararlarında benzer başvuru sayısının arttığından ve bu konuda reformlar yapılması gerektiğinden bahsetmiştir. Fakat Bakanlar Komitesi, 2004 yılında almış olduğu kararıyla Mahkemeyi benzer ihlallerin kaynağı yapısal sorunu tespit etmeye davet etmiştir⁶⁸. Bunun akabinde Mahkeme aynı yıl içinde gördüğü Broniowski kararında, Polonya’da 2. Dünya Savaşı nedeniyle yerinden edilen kişilere yönelik yapısal sorunu tespit etmiş ve bu yapısal sorunun giderilmesi için kanun değişikliği de dahil tedbirlerin alınması

⁶⁶ Uygulamada bazı yargıçların karşıoylarında, pilot kararın yasal temelden yoksun olduğu itirazları da yükselmiştir. Örneğin *Hutten-Czapska v. Poland* başvurusunda (35014/97, 19.06.2006), Yargıç *Zagrebelsky*, kısmi karşıoy oluşturarak, pilot karar yönteminin hukuki temelinin zayıflığından bahsetmişse de aynı karşıoyda, Mahkemenin kararlarının, aleyhine ihlal verilen taraf devletteki diğer kişiler ve sözleşmeye taraf diğer devletler açısından *erga omnes* etkili olduğunu eklemesi, kanaatimizce bir çelişki yaratmıştır.

⁶⁷ Bkz. **Costas Paraskeva**, “Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The ‘Pilot Judgment Procedure’ Developed by the European Court of Human Rights”, *Human Right Law Commentary*, No 3, Y. 2007, <http://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/publications/hrlcommentary2007/pilotjudgmentprocedure.pdf>, erişim 01.02.2017; **Sicilianos**, “The Role of the European Court of Human Rights...”, s.288; **Harmen**, “The Reform of the Convention System...”, s.137. Bkz. özellikle pilot kararın ortaya çıkış tarihi ve ilk yılları açısından **Ebru Karaman**, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, On iki Levha, İstanbul, 2013 s.321 vd; **Özcan Özbey**, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012, s.60; **Yeşim Çelik**, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet, Ankara, 2016, s.221 vd.

⁶⁸ **Committee of Ministers**, karar no Res(2004)3, [https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx? ObjectId=09000016805dd190](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190), erişim 30.10.2019. Kararda Komite Mahkemeye “Sözleşmenin ihlalini tespit ettiği kararlarında, özellikle benzer çok sayıda başvuru ortaya çıkacaksa doğru çözümü bulmak için devletleri yönlendirmek amacıyla ve kararın icrası sürecinde Bakanlar Komitesine rehberlik etmek için ‘yapısal sorunun ne olduğunu ve bu sorunun kaynağını mümkün olduğunca ortaya koymasını” önermiştir. Bkz. benzer şekilde **Hans-Joachim Cremer**, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond res judicanda?”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015, s.56; **Sicilianos**, “The Role of the European Court of Human Rights...”, s.288; **Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.65.

gerektiğini hüküm kısmında emretmiştir⁶⁹. Her ne kadar kararın ilk halinin içerisinde “pilot karar” ifadesi geçmese de, 2005 yılı içinde bu karar kapsamında oluşturduğu “dostane çözüm” kararında “pilot karar” teriminden ve pilot karar vermeyi gerektiren yapısal sorunlardan açıkça bahsetmiştir⁷⁰. Mahkeme kararlarında bu yöntemi kullanmaya devam etse de, pilot karar usulünün Mahkemenin İçtüzüğünde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ancak İnterlaken Deklerasyonundan sonra, 2011 yılında yapılan içtüzük değişikliği ile olmuştur⁷¹. Aslında bu tarih öncesinde, 2010 yılında Sözleşme kapsamında yapılan 14. Protokol ile pilot karar yönteminin getirilmeye çalışıldığı ama başarısız olduğu da belirtilmektedir⁷².

AİHM İçtüzüğü'nün 61. maddesinde hangi hallerde Mahkemenin pilot karar yöntemine başvurabileceği düzenlenmiştir. Buna göre özetle, benzer ihlallerin ortaya çıkmasına sebep olabilecek yapısal sorunların varlığı⁷³ halinde Mahkemenin böyle bir yöntemle başvurabileceği belirtilmiştir (61/1). Mahkemenin böyle bir yöntemle başvurmadan, ihlalin gerçekten bir yapısal sorundan kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit noktasında, tarafları dinlemesi gerekmektedir (61/2/a). Başka bir önemli husus, Mahkemenin böyle bir yöntemi uygulamaya karar vermesi halinde, söz konusu başvurudaki yapısal sorunun ne olduğunu ve bunu gidermek için uygun olan sözleşmecî devlet tarafından alınacak tedbirleri ve hukukî çözümleri göstermesidir (61/3). Mahkeme alınacak tedbirlerin doğasına ve çözülebilmek süresine göre, ulusal otoritelere belirli bir süre tanıyabilir (61/4). Eğer gerekli görürse, Mahkeme hem ‘adilane tazmin’ meselesini hem de ‘benzer başvuruların görülmesini’ ilgili devlet

⁶⁹ **Wildhaber**, “Pilot Judgments...”, s.70; **Kurban**, “Forsaking Individual Justice...”, s.735-736; Bkz. **Gerards**, “The Pilot Judgment Procedure...”, s.6-7; **Yıldız**, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure...”, s.84 vd.

⁷⁰ **Wildhaber**, “Pilot Judgments...”, s.70.

⁷¹ Bkz. https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf, erişim 28.12.2019. Bkz. İnterlaken Deklarasyonunda “*bekletilen dosyaların akabeti, takip edilecek usul ve başvuruların seçimi ile ilgili olarak pilot karar usulü için açık ve öngörülebilir kurallar geliştirmesi istenmiştir*” (**Michael O’Boyle**, “The Future of the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 10, Y. 2011, s.1873).

⁷² **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1234, 1240; **Kurban**, “Forsaking Individual Justice...”, s.736; **Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.62-63.

⁷³ Bazı kararlarda yapısal ifadesinin yanında sistemsel ibaresi de kullanılmıştır.

tarafından pilot kararda belirtilen bireysel veya genel tedbirlerin alınmasına kadar bekletebilir (61/5/6)⁷⁴. Fakat, adaletin gecikmemesi için zorunlu gördüğünde Mahkeme, bekleyen başvuruları karara bağlayabilir. (61/6/c). Tarafların ‘dostane çözümde’⁷⁵ anlaşması durumunda, taraf devletin, pilot kararda belirtilen tedbirleri yerine getireceğine ve konuyla ilgili mevcut ve muhtemel ihlalleri gidereceğine dair beyannamenin bu anlaşmaya dahil edilmesi gerekmektedir (61/7). Taraf devletin, pilot kararda belirtilen tedbirleri ve ihlali giderici somut çözümleri yerine getirmekte ihmal göstermesi halinde, Mahkeme bekleyen başvuruları görmeye devam edebilir (61/8)⁷⁶.

Bir alt başlıkta verdiğimiz örneklerde AİHM, pilot karara dair İtüzük hükümlerinin birçoğunu uygulamıştır.

2. Bazı Emsal Pilot Kararlardan Örnekler

Bu başlık altında, biri Türkiye’ye dair olmak üzere iki kapsayıcı pilot karar örneği üzerinden pilot karar verme ve yapısal sorunu tespit ile bu kararın icrası sürecini göstermeye çalışacağız.

⁷⁴ Bkz. Heider, The Pilot-Judgment Procedure..., s.257 vd; Fyrnys, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1257.

⁷⁵ Başvurudaki tarafların aralarında anlaşarak ulaştığı ‘dostane çözüm (*friendly settlement*) yönteminin’ ne olduğu, Mahkemenin İtüzüğü’nün 62. maddesinde ayrıntılı bir şekilde ifade edilmiştir.

⁷⁶ Bkz. Mahkemenin İtüzüğündeki pilot kararlar ile ilgili diğer bazı usuli düzenlemeler şunlardır: Hakkında pilot karar yönteminin uygulanması kararı verilen başvuruların öncelikli olarak görüşülmesi de diğer bir fıkra ile öngörülmüştür (61/2/c). Pilot karar yönteminin kullanılması talebi, taraflardan gelebileceği gibi, Mahkeme re’sen de böyle bir metoda başvurabilir (61/2/b).

a. Ališić ve Diğerleri/Bosna Hersek başvurusu⁷⁷

i. Başvurunun gelişimi ve ihlal kararı

Ališić ve diğer bazı başvuruçuların eski Yugoslavya'nın haleflerinden Bosna Hersek, Sırbistan, Hırvatistan, Slovenya ve Makedonya aleyhine yaptığı başvuruda Mahkeme pilot karar yöntemine başvurmuştur⁷⁸. Başvuruda özetle, Bosna Hersek vatandaşı olan başvuruçuların bir kısmı eski Yugoslavya döneminde Slovenya merkezli Ljubljanska Ljubljana Bankası'nın Saraybosna şubesinde ve Sırbistan Merkezli Investbanka Bankası'nın Tuzla şubesindeki hesaplarında bulunan yabancı para biriminden paralarını, Yugoslavya'nın dağılmasından sonra, geri çekemediklerini iddia etmişlerdir. Başvuruçuların diğer kısmı ise, yine Ljubljanska Ljubljana Bankasının Üsküp (Makedonya) ve Zagreb (Hırvatistan) şubelerindeki yabancı para biriminden paralarını geri alamadıklarını iddia etmişlerdir⁷⁹. Mahkeme, yaptığı inceleme neticesinde Bosna Hersek, Hırvatistan ve Makedonya hükümetlerini, Slovenya ve Sırbistan merkezli bankaların borçlarını ödemekle mükellef görmemiş ve bu nedenle kararın sonuç kısmında, Slovenya ve Sırbistan devletlerinin aleyhine ihlal (etkili başvuru hakkı)

⁷⁷ Bkz. **Greens and M.T. v. The United Kingdom** da bir pilot karardır (60041/08-60054/08, 23.11.2010). Bu kararda, cezaevlerindeki mahkumların oy hakkına ilişkin pilot tedbirler alınmıştır. Aslında bu başvurudan önce Mahkeme, 2005 yılında **Hirst v. The United Kingdom** başvurusunda bireysel ihlal kararı vermiştir. Fakat Birleşik Krallık 1983 tarihli kanunu değiştirmedeği için 2010 yılındaki **Greens and M.T.** kararında pilot karar vererek aynı durumdaki birçok mahpusun hak ihlalini gidermeye çalışmıştır. Doğal olarak bu kararda, 1983 yılındaki Halkın Temsili Kanununun değiştirilmesini istemiştir. Bkz. **Xenides-Arestis v. Turkey, Scordino v. Italy, Lukenda v. Slovenia, Broniowski v. Poland** gibi bazı önde gelen pilot kararlarının değerlendirmesi için, **Wildhaber**, "Pilot Judgments...", s.72-73; **Paraskeva**, "...Pilot Judgment Procedure...", <https://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/publications/hrlcommentary2007/pilotjudgmentprocedure.pdf>, erişim 31.10.2019. Örneğin **Xenides-Arestis v. Turkey** kararında, ki bu kararlar post-Loizidou (Loizidou sonrası) kararları olarak adlandırılmaktadır, başvuruçuya benzer başvuruçularla ilgili ihlallerin de giderilmesine karar vermiştir (**Xenides-Arestis v. Turkey**, 46347/99, 22.12.2015).

⁷⁸ **Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina**, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia, 60642/08, 16.07.2014. Bkz. benzer pilot karar örnekleri için **Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine** (40450/04, 15.01.2010); **Michelioudakis v. Greece** (54447/10, 03.07.2012); **Glykantzi v. Greece**, (40150/09, 30.01.2013).

⁷⁹ **Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina...**, §10-14.

tespiti yapmış ve ihlallerin giderilmesi yönünde pilot karar oluşturmuştur⁸⁰. Mahkeme, sadece başvuru sahiplerinin manevi zararlarına ilişkin tazminat ödenmesine hükmetmiş, bankanın iade etmediği maddi zarar niteliğindeki kayıplar ile ilgili olarak adilane tazmine hükmetmemiş, sorunu pilot karar ile muhatap devletlere çözdürme yoluna gitmiştir.

ii. Başvuru kapsamında verilen pilot karar

Buna göre, Mahkeme öncelikle pilot karar vermeyi gerektiren bir husus olup olmadığını incelemiş ve Slovenya ile Sırbistan hükümetlerinin söz konusu bankalardaki yabancı para biriminden hesabı olanlara yaptığı ödeme planına başvuru sahipleri dahil etmemesini, bir yapısal problem olarak görmüştür. Mahkeme, İçtüzüğüne uygun olarak bu yapısal sorunu tespit ettikten sonra, muhatap devletlerin bunları nasıl çözeceğine dair ayrıntılı bir karar vermek yerine, Sırbistan'ın ve Slovenya'nın yasa çıkarma da dahil gerekli bütün tedbirleri almasını emretmiştir. Aynı şekilde kararda, İçtüzükte de belirtildiği gibi ihlalin kaynağı iki devlete gerekli tedbirleri almak için 1 yıllık süre vermiş ve Bakanlar Komitesinin süreci ve devletlerin tedbirlerini denetlemesini emretmiştir⁸¹.

80 **Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina...**, s.49-50.

81 **Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina...**, s.50. Bkz. Mahkemenin böyle bir süre vermesinin sorunlu olduğu noktasındaki tartışmalar için **Daria Pistriak**, Non-Enforcement of Domestic Judgments as a Human Rights Violation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Tackling Systemic Problems in Moldova, Russia and Ukraine, Master Thesis (Supervisor: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2016, s.63. vd. Ayrıca süreye uymayan devlete verilecek bir yaptırım da söz konusu olmadığı için sadece devlet iş birliği yaptığı müddetçe işlevseldir. (**Jan Schneider**, Reparation and Enforcement of Judgments A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems, University of Mainz, PhD Thesis (Supevisor: Prof. Dr. U. F.), 2015, s.97). Süre vermenin dezavantajı ise, daha sonra süre yetersiz kaldığında uzatılmasıdır. Bu durumda Mahkemenin kesin kararının otoritesini sarsmamak için, süre vermenin ve uzatmanın Bakanlar Komitesi tarafından yapılması daha yerinde olabilir (**Glas**, “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure...”, s.68).

iii. Söz konusu pilot kararın icra süreci

Bakanlar Komitesi, AİHM'nin kararı doğrultusunda Sırbistan'a yönelik olarak bir eylem planı oluşturmuştur⁸². Bu eylem planına bakıldığında, öncelikle AİHM'nin konuyla ilgili kararını özetlemiş, maddi zararlarla ilgili hüküm vermediğinden bahsetmiş ve Mahkemece hükmedilen manevi zararın süresi içinde ilgili hükümet tarafından ödendiğini de belirtmiştir⁸³. Ayrıca Bakanlar Komitesi, kararda Sırbistan Maliye Bakanlığı'nın AİHM'nin belirttiği şekilde bankalar tarafından ödenmeyen yabancı para birimlerinden borçları ödeme planına dair bir kanun tasarısı hazırladığını belirtmiştir⁸⁴. Bakanlar Komitesi kararında ödemeye ilişkin daha birçok ayrıntıya yer verilmiştir⁸⁵. Bakanlar Komitesi kararındaki 'geri ödeme şartları' başlığı altında, bankalardaki belirtilen meblağların hak sahibi kimselere ve yetkili mirasçılara 2018 yılından başlayan ödeme planı dahilinde, her yıl iki defa olmak üzere on eşit taksitle ödeneceği belirtilmiştir. Daha önce ödemelerini tamamen almış olanlara ödeme yapılmayacağı, kısmen almış olanlara ise geri kalan meblağın iade edileceği de bu kararda belirtilmiştir. Yine 'geri ödeme yöntemi' başlığı altında, ödemelerin Avro cinsinden hükümet tahvilleri ile ödeneceğine de yer verilmiştir. Kararda 'ödeme şartları' altında ödenecek faiz miktarına da yer verilmiştir. 'Geri ödeme yöntemi'

82 **Committee of Ministers**, "AİHM'nin 60642/08 Başvuru No'lu Karara Dair Gözden Geçirilmiş Eylem Planı", Karar no. DH-DD(2017)40, Tarih 11.01.2017, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806d8b1c>, erişim 29.10.2019. Bakanlar Komitesi 31 Mart 2017 tarihinde bir gözden geçirilmiş eylem planı (Revised Action Plan) daha hazırlamıştır (No. DH-DD(2017)382, <https://rm.coe.int/native/0900001680703ef2>, erişim 29.10.2019. Bu karardan anlaşıldığı kadarıyla, Bakanlar Komitesi, uygulamada ödemelerin veya yazışmaların gecikmesi gibi sorunları tespit etmesi halinde, muhatap devleti bunları düzeltmeye çağırıyor, hatta nasıl yapacağını da detaylı bir şekilde gösteriyor.

83 **Committee of Ministers**, Karar no. DH-DD(2017)40, s.2-3, §1-10.

84 Karara göre, hem Yugoslavya'ya halef devlet vatandaşlarının, Sırbistan bankalarının Sırbistan'da veya diğer halef devletlerde bulunan şubelerindeki 'yabancı para biriminden mevduatlarının' geri ödenmesi hem de Sırbistan vatandaşlarının, merkezi Yugoslavya'ya halef devletlerde bulunan bankaların Sırbistan şubelerindeki yabancı para birimlerinden mevduatlarının geri ödenmesini düzenleyen bu kanun tasarısı, Aralık 2016'da Sırbistan Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanı'nca onaylanarak yürürlüğe girmiştir. (**Committee of Ministers**, Karar no. DH-DD(2017)40, s.3-4, §12).

85 **Committee of Ministers**, Karar no. DH-DD(2017)40, s.4-6.

adlı başlıkta ise, hak sahiplerinin, ilerde yapılacak duyuru tarihinden itibaren bir yıl içinde Kamu Borçları İdaresine başvuracakları hükme bağlanmıştır. Bu İdarenin yüz yirmi gün içinde talepleri karara bağlaması gerektiği ve konuyla ilgili uyuşmazlıkların idari uyuşmazlık olarak mahkemelerde ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Son olarak, eylem planında, Bakanlar Komitesinin söz konusu ödeme planının AIHM'nin kararı ile uyumlu olduğu konusunda hemfikir olduğuna da yer verilmiştir⁸⁶. Kararda diğer taraf devlet olan Slovenya'nın pilot kararın gereklerini yerine getirmesi ile ilgili olarak ise, Bakanlar Komitesi ile yazışmalardan anlaşıldığı kadarıyla, bu ülke, Bosna Hersek'teki banka şubesindeki hesaplarla ilgili kayıtları elde edemediği için ödemeleri yapamadığını bildirmiştir⁸⁷. Sonraki bir yazışmada ise, Slovenya'nın pilot kararı icrası ile ilgili güncel gelişmeler aktarılmıştır. Bu kapsamda Slovenya'nın iyi niyetli bir şekilde kararın icrasına ve ödemelere devam ettiği belirtilmiştir⁸⁸.

Yukarıdaki kararda görüldüğü gibi, AIHM'nin aynı sorundan kaynaklı birçok başvuruyu incelemektense, sorunu kaynağında çözmek amacıyla pilot karar yöntemine başvurduğu görülmektedir. Bunu yaparken, İçtüzük doğrultusunda öncelikle bir yapısal sorun olup olmadığını tespit etmekte ve böyle bir yapısal sorunun giderilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına hükmetmektedir.

⁸⁶ **Committee of Ministers**, Karar no. DH-DD(2017)40, s.4-6

⁸⁷ **Permanent Representation of Republic of Slovenia to the Council of Europe**, Karar no. 135/2016-HH, tarih 19 Aralık 2016, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ce9a>, erişim 19.01.2017. Bosna Hersek'teki bir dernek Bakanlar Komitesine "Sırbistan' devletinin ödemelere ilişkin başvurularda hesap cüzdanını da eklenmesini istemesinin" hatalı olduğunu, zira Boşnak hesap sahiplerinin büyük çoğunluğunun hesap cüzdanlarının savaş sırasında ellerinden alındığını ifade etmiştir (Bakanlar Komitesi, DH-DD(2018)185, 26/02/2018, Bkz. <https://rm.coe.int/1310th-meeting-march-2018-dh-rules-9-2-and-9-5-communication-from-a-ng/168078b6b4>, erişim 20.10.2019).

⁸⁸ **Permanent Representation of Republic of Slovenia to the Council of Europe**, 34/2017-HH sayılı karar. Ayrıca, Bosna Hersek devleti tarafından yapılan bazı eleştirilerin de yersiz olduğunu belirterek, süreçle ilişkin Bakanlar Komitesini bilgilendirmiştir, <https://rm.coe.int/16806f96eb>, erişim 19.10.2019.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Bakanlar Komitesi bu pilot karar ile ilgili “kararın icra sürecinin tamamlandığını gösteren” nihai kararı⁸⁹ (final resolution) vermemiştir. Ekim 2019 itibarıyla halen icra sürecinin devam etmekte olduğunu Bakanlar Komitesinin yeni eylem planından anlıyoruz⁹⁰.

b. Ümmühan Kaplan/Türkiye başvurusu

i. Başvurunun gelişimi ve ihlal kararı

Söz konusu başvuruda, Türk vatandaşı Ümmühan Kaplan babası tarafından 1970 yılında açılan davayı 2007 yılından itibaren kendisi sürdürmüştür. Başvuru yapıldığında, Antalya Kadastro Mahkemesinde görülen dava halen derdesttir. Olayda, davacı, kadastro yetkilileri tarafından orman vasfında görülen yerlerin kendisine ait olduğunu iddia etmektedir. Konuyla ilgili birçok defa bilirkişi incelemesi yapılmıştır⁹¹.

Makul sürede yargılanma hakkı bağlamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanan başvuruda, Mahkeme öncelikle iç hukukta yargılama sürelerinin kısaltılmasına dair bazı düzenlemelerin yapıldığına yer vermiştir⁹². Mahkeme, daha önce Türkiye ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlara da atıf yaparak Türkiye’de uzun süreli yargılama nedeniyle doğan zararları telafi edecek etkili bir mekanizma bulunmadığı sonucuna varmıştır. Söz konusu başvuru açısından makul sürede yargılanma ve etkili başvuru hakkı açısından ihlal kararı vermiştir. Bu başvuru kapsamında Türkiye’de var olan yapısal sorunlardan bahsederek, makul sürede yargılanma hakkına dair yüksek sayıda başvurunun ve muhtemel başvuruların aşağıda belirtilen sorunlardan kaynaklandığı kanaatine varmış ve pilot karar yöntemine gitmiştir.

⁸⁹ Bkz. icra sürecinin bitiminde böyle bir karar verildiği noktasında **Kemal Gözler**, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin, Bursa, 2017, s.545.

⁹⁰ Bkz. bu eylem planında ödemeler ile ilgili yeni tedbirler öngörülmüştür, **Committee of Minister**, Karar no DH-DD(2019)1117, Karar tarihi 08.10.2019, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809816fa, erişim 30.10.2019.

⁹¹ **Ümmühan Kaplan/Türkiye**, 24240/2007, 20.03.2012, §6-17.

⁹² **Ümmühan Kaplan/Türkiye**, §23-27.

ii. Başvuru kapsamında verilen pilot karar

Yukarıda da görüldüğü gibi, AİHM yargılamasında pilot karar yöntemine gidilmesi için öncelikle yapısal bir sorun olması ve yapısal sorunun çok sayıda benzer başvuruya sebep olması gerekir. Ümmühan Kaplan başvurusunda, Mahkeme birçok ülkenin bir türlü giderilemeyen yapısal sorunu haline gelmiş olan “uzun süreli yargılama ve bunun nedenlerini” sıralamıştır⁹³.

Uzun süreli yargılamaya dair yapısal sorunu ve bu konudaki mağduriyeti gidermeye yönelik olarak Türkiye’de etkili, adil ve erişilebilir bir tazminat yolunun öngörülmemiş olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca, Mahkeme sorunun özellikle bireysel başvuru yolunun yürürlüğe gireceği yıl olan 2012 yılından önceki dönemdeki ihlallere odaklanılarak, yapısal değişiklikler ve çözümler ile çözülebileceğine vurgu yapmıştır⁹⁴.

Sonuç olarak Mahkeme hem mevcut başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ve zararın tazminine karar vermiş hem de bu başvuru kapsamında ortaya çıkan yapısal sorunların çözümüne dair pilot kararında şu öneride bulunmuştur:

“Türkiye’nin, 2012 yılından önceki davalardan kaynaklı makul süreyi aşan (uzun süreli) yargılamaların çözümü için 1 yıl içinde yeterli ve uygun bir tazmin öngören etkili bir iç hukuk yolunu kurması”.

iii. Söz konusu pilot kararın icra süreci

Mahkemenin pilot kararından sonra Türkiye’de konuyla ilgili olarak hem Kanun çıkarılmış hem de bu kanun kapsamında tazmin komisyonu oluşturulmuştur⁹⁵. Zamanla, tazmin komisyonunun yetkileri Bakanlar Kurulu kararı ile genişletilmiştir⁹⁶.

93 Ümmühan Kaplan/Türkiye, §63 vd. Bkz. benzer yönde pilot karar uygulaması için **Burdov v. Russia** (No. 2), 33509/04, 15.01.2009, §126-130.

94 Ümmühan Kaplan/Türkiye, §72-75.

95 Bkz. detaylı inceleme için **Zeki Yıldırım**, “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”, *Gazi ÜHFD*, Cilt XVII, Sayı 1-2, Y. 2013, s.1727-1728.

96 Son olarak 2019 yılında Cumhurbaşkanı kararıyla da bu komisyonun görev alanı genişletilmiştir (Karar no 809, Resmî Gazete, 08.03.2019/30708). Bu karar ile,

2013 yılında çıkarılan 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun ile yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiaları ile mahkeme kararlarının hiç ya da gereği gibi icra edilmediği durumları kapsayan bir tazminat komisyonu kurulmuştur. Kanun tasarısının genel gerekçesinde⁹⁷, hem AİHM'nin Türkiye ile ilgili verdiği ihlal kararlarından hem de Ümmühan Kaplan kararından bahsedilerek, bu kararlardaki yapısal sorunların giderilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bu kanundaki düzenlemeler, Ümmühan Kaplan başvurusunda belirtilen yapısal sorunla daha yakından ilgili iken, 2014⁹⁸ ve 2016⁹⁹ yılında Bakanlar Kurulu tarafından eklenen konular¹⁰⁰ yapısal sorunun dışında kalmaktadır. AİHM de kurulan bu komisyonu, tüketilmesi gereken başvuru mercii olarak görmüş ve birçok başvuruda bu nedenle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Hatta Anayasa Mahkemesinin iş yükünün azaltılması amacıyla 6384 sayılı kanuna eklenen bir madde ile uzun süreli yargılama, mahkeme kararların geç icrası veya hiç icra edilmemesinden kaynaklı Mahkemedeki mevcut başvuruların da bu komisyon tarafından görüşülmesi öngörülmüştür¹⁰¹.

kanunun kapsamı, AİHM'nin 1. Protokolü'nün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı kapsamında verilmiş ihlallerle ilgili "tazminatları da" kapsamıştır.

97 Kanun tasarısı genel gerekçesi, s.4, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0625.pdf>, erişim 26.10.2019.

98 2014/5917 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmî Gazete, 16 Mart 2014/28943.

99 2016/8509 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmî Gazete, 09 Mart 2016/29648.

100 Bu kanunda verilen yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından kanunun kapsamı 2014 yılında ceza infaz kurumlarında kullanılan dil, talep edilen yayınlar ve verilen disiplin cezalarına da teşmil ettirilirken, 2016 yılında daha da genişletilerek, taşınmazın kamu hizmetine tahsis edilmesi, taşınmazın orman alanına veya kıyı kenar çizgisine dahil olduğu iddialarından kaynaklı mülkiyet hakkı ihlalleri ile cezaevlerinde kalanların özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlalleri de komisyonun yetki alanına dahil edilmiştir.

101 Bkz. bu konuda http://inhak.adalet.gov.tr/duyurular/faaliyet_duyurular/2019/mart/duyuru2/karar.html, erişim 30.10.2019.

Kararın icrası süreci Ormancı ve diğerleri başvurusu adı altında listelenen birçok kararla birlikte Bakanlar Komitesi tarafından takip edilmiş ve 2014 yılında verilen nihai karar ile sona ermiştir¹⁰².

3. AİHM'nin Verdiği Pilot Kararların İcrası

AİHM tarafından verilen pilot kararların icrasında, uluslararası bir yol olması sebebiyle, ilk muhatap Sözleşmenin tarafı olan devlettir. Bu devlet hem Sözleşme ile hem de AİHM kararları ile bağlı olduğu için, iç hukukta ihlallere sebep olmama, ihlalleri giderme ve bu kapsamda verilen kararların icrası için gerekli tedbirleri alma gibi yükümlülüklerle sahiptir. Taraf devlet içerisindeki muhatap ise, pilot karara göre değişebilmektedir. Bazı durumlarda yasama organı iken bazı durumlarda yargı veya yürütme olabilmektedir.

AİHM bir kararında pilot kararların icrası bahsinde şu tip belirlemelerde bulunmuştur: Mahkeme iç hukukta ihlallere sebep olan bireysel başvuruları çözüme bağlamak yanında, Sözleşmenin amacına matuf olarak tekrar eden ihlalleri çözmek için de çeşitli tedbirler alabilir. Bu kapsamda, yapısal soruna göre değişmekle birlikte, dostane çözüm¹⁰³, tek taraflı tedbirler veya genel düzenleyici tedbirler söz konusu olabilir. Ayrıca Mahkeme, pilot karara rağmen taraf devlet kararı icra etmezse, eldeki bütün başvuruları görmekten başka çaresinin olmadığını da eklemiştir¹⁰⁴. Mahkemenin pilot veya bireysel kararlarının icrasını takip eden en önemli organ Bakanlar Komitesidir. Gerektiğinde pilot kararların nasıl yerine getirileceği konusunda taraf devlet ile iş birliği içerisinde yeni kararlar alabilmektedir. Buna rağmen taraf devlet

¹⁰² Bkz. **Committee of Minister**, Karar no CM/ResDH(2014)298, Karar tarihi, 17.12.2014, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805b13d2, erişim 31.10.2019.

¹⁰³ Mahkeme pilot karar verdiği kimi dosyalarda, taraf devlet buna yanaştığı oranda benzer başvurulardaki ihlallerin “dostane çözüm” yöntemiyle giderilmesine de karar vermiştir (**Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.54 vd.) Bkz. örneğin şu kararda dostane çözüm yoluna gidilmiştir. **Broniowski v. Poland**, 31443/96, 29.09.2005, §34 vd; Bkz. bu konuda ayrıntılı bilgi için **Heider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.238 vd.

¹⁰⁴ **Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §108-109. Söz konusu başvuruda, İngiltere’de 70.000 tane mahkum olduğundan, bu mahkumlar şimdilik mahkemeye başvuramamış olsa da benzer başvuru sayısının 2500 civarı olduğunu belirtmiştir (§111). Bkz. aynı yönde **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1257.

kararları yerine getirmezse, başka yaptırımların yanında, Mahkeme eldeki başvuruları görmeye devam edebilecektir.

AİHM, yapısal sorun teşkil eden durumlarda pilot karar usulünü takip ederek, öncelikle sorunların kaynağını ortaya koymakta, sonrasında bu yapısal sorunun giderilmesi için gereken tedbirleri kararın sonuç kısmında göstermektedir. Örneğin uzun süreli yargılamadan kaynaklı ihlaller söz konusu olduğunda, devletin kanun değişikliği de dahil yargı sisteminde reform yaparak, süreyi kısaltıcı tedbirler almasını, bu yeterli olmadığında uzun süreli yargılamadan kaynaklanan ihlalleri gidermek için etkili bir tazmin mekanizması kurmasını istemiştir¹⁰⁵. Bir başka kararda, ceza evindeki mahkumların oy kullanma hakkını sınırlandıran kanunun yapısal sorun olduğunu belirtmiş ve sadece kanunun değiştirilmesiyle bu ihlaller ortadan kalkacağı için ek tedbire gerek görmemiştir¹⁰⁶. Söz konusu pilot kararı icra etme zorunluluğu olan taraf devlet ve taraf devlet içerisindeki kurumlar, öncelikle kanun değişikliğini yaparak kararı yerine getirmeye çalışır¹⁰⁷. Eğer kanun değişikliği tek başına yeterli değilse, bunun ötesinde etkili bir iç hukuk yolu oluşturarak benzer ihlalleri giderme yolunu seçmelidir. Bu kapsamda tazminat komisyonu kurmak ihlalleri gidermede ve kararı yerine getirmede hayati derecede önemlidir. Fakat, ihlallerin kaynağı var olmaya devam ettiği, yani kanun değişikliği gibi köklü reformlar yapılmadığı sürece, taraf devlet içerisinde yapısal sorun var olmaya devam edecektir. Özetle muhatap devletin iyi niyetli ve uyumlu tutumu, bireysel kararların icrasında olduğu gibi pilot kararların icrasında da en önemli etkidir.

B. ANAYASA MAHKEMESİ MEVZUATI VE UYGULAMASINDA

1. AYM İçtüzüğü ve Diğer Mevzuattaki Hükümler

“Pilot karar” verme yetkisi, Anayasa Mahkemesi Kanunu’nda ve Anayasa’da “açıkça bahsedilmediği halde”, AYM İçtüzüğü ile düzenlenmiştir. Mahkeme, AYM Kanununun 50. maddesinde yer alan “ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan

¹⁰⁵ Ümmühan Kaplan/Türkiye, 24240/2007, 20.03.2012.

¹⁰⁶ Bkz. **Greens and M.T. v. The United Kingdom** kararı.

¹⁰⁷ Bkz. **Schneider**, *Reparation and Enforcement of Judgments...*, 150 vd.

kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir” ifadesinin, pilot karar için bir yasal dayanak olacağını düşünmüştür¹⁰⁸. Her yetkinin bir kanuni dayanağının olması zorunluluğu, bu yetkinin kanunda açıkça ifade edilmesini gerektirmez. Kanundaki genel bir ifadenin bu yetkiye dolaylı bir şekilde kaynaklık etmesi mümkündür. Ancak dolaylı bir kanuni dayanağı olmayan yetkinin “içtüzük gibi alt düzenleyici işlemle” ihdas edilmesi kanaatimizce mümkün olmaz. Aksi halde, bütün idari ve yargısal organlar kendi koyduğu kurullarla kendisine yetkiler üretir. Ayrıca, kamu hukukunda yetkisizlik asıl, yetki istisnadır. Pilot karar açısından, pilot kararın dolaylı olarak kanuna doğrudan AYM İçtüzüğüne dayanması, söz konusu istisnai yetkinin yorum yoluyla üretilmediğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 75. maddesine göre¹⁰⁹, sayıca artan ihlallerin yapısal bir sorundan kaynaklandığını sezen Mahkeme, pilot karar vererek, sorunun nasıl çözüleceğini ihlalin kaynağı olan makamlara gösterir¹¹⁰. Söz konusu organlar bu karar doğrultusunda hareket etmediği takdirde, Mahkemenin başvurular hakkında topluca karar verebileceği, yine aynı maddeyle ifade edilmiştir. Her ne kadar İçtüzükte, toplu olarak karara bağlamanın ön şartı “pilot karar” yöntemine başvurmuş olmak gibi ifade edilse de, Mahkeme’nin pilot karara başvurmadan da “toplular karar” vermesi mümkündür. Eğer pilot karar usulünde belirtilen yapısal sorunlar ilgili organlarca çözülmemişse,

¹⁰⁸ Y.T. Başvurusu, §69.

¹⁰⁹ AYM İçtüzüğü, madde 75, fıkra 1: “Bölümler, bir başvurunun yapısal bir sorundan kaynaklandığını ve bu sorunun başka başvurulara da yol açtığını tespit etmeleri ya da bu durumun yeni başvurulara yol açacağını öngörmeleri hâlinde, pilot karar usulünü uygulayabilirler. Bu usulde, konuya ilişkin Bölüm tarafından pilot bir karar verilir. Benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce bu ilkeler çerçevesinde çözümlenir; çözümlenmediği takdirde Mahkeme tarafından topluca görülerek karara bağlanır”.

¹¹⁰ İçtüzükte, benzer ihlalleri çözüme yetkisinin “idari makamlara” verilmiş olması kuvvetler ayrılığı açısından eleştirilmiştir (Korkut Kanadoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On iki Levha, İstanbul, 2015, s.236-237). Kanaatimizce pilot karardan sonra, yapısal sorunun tek muhatabı yasama veya yargı değildir. Bazı hallerde sadece idarenin yapısal sorunu çözmesi mümkün olabilir: Bir yönetmelik değişikliği veya Cumhurbaşkanlığı karnamesi değişikliği bunu sağlıyorsa, idarenin çözmesi gerekir. Bu nedenle, tek muhatabın idare gibi gösterilmesi hatalı olmuştur, fakat diğerlerinin yanında idarenin de muhatap olduğunda kuşku yoktur.

yine “toplu karar” yöntemine başvurabilir. Nitekim Mahkeme de pratikte, Ülkü Tunca ve diğçerleri başvurusunda böyle yapmıştır¹¹¹.

2. Sınır Dışı Edilmeye Dair Y.T. Başvurusu ve Pilot Kararı

a. Arka Planı

Anayasa Mahkemesi, her ne kadar İçtüzüğünde pilot karar verme yetkisine sahip olduğı belirtilse de, bu yetkiyi Mayıs 2019’a kadar kullanmamıştır. İlk defa, idarenin sınır dışı etme kararlarına karşı etkili başvuru yolunun bulunmadığının iddia edildiğı Y.T. başvurusunda¹¹² ‘pilot karar’ verilmiştir¹¹³.

Kararın arka planına bakıldığında, Mahkemenin sınır dışı edilme nedeniyle yıllardır vermiş olduğı “geçici tedbir kararları”¹¹⁴ ve bu kapsamda verilen “ihlal kararları” görölmektedir. Bu süreçte, Mahkeme, öncelikle Kanundan¹¹⁵ ve İçtüzükten¹¹⁶ kaynaklanan “geçici tedbir” kararı verme yetkisini kullanmıştır. Türkiye’de haklarında sınır dışı edilme kararı verilenler tarafından yapılan başvurularda, Mahkeme, geçici tedbir kararlarını sıklıkla kullanmıştır¹¹⁷.

Geçici tedbir kararlarına rağmen devam eden başvurularda, Mahkeme, başvuruların ve ihlallerin kaynağı olan yapısal sorunun

111 Bu kararda Mahkeme 136 tane başvuruyu birlikte karara bağlamıştır, Başvuru No 2012/928, Karar Tarihi 11 Aralık 2014.

112 **Y.T. Başvurusu**, AYM, Başvuru No 2016/22418, Karar Tarihi 30.05.2019.

113 Mahkeme, şimdiye kadar sadece bir tane pilot karar vermiş olsa da bunun dışında farazi örnekler geliştirebiliriz: Örneğın, yirmi bin kişinin mülkiyet hakkının, büyük bir proje kapsamında alınan bir kamulaştırma kararı ve bunun akabindeki idari kararlarla ihlal edildiğini varsayalım. İdari ve hukuki yolların tüketilmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi, ihlallerin aynı yapısal veya kurumsal sorundan kaynaklandığı kanaatiyle, “ihlalin hangi yöntemle giderileceğini” idareye açıkça göstererek pilot karar oluşturabilir. Aynı şekilde böyle bir örneğı, GSM şirketlerinin kolektif ihlalleri için de kurgulamak mümkündür.

114 Bkz. geçici tedbir kararların daha detaylı değerlendirilmesi için **Ece Göztepe**, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanya ve Türkiye Örnekleri, On iki Levha, İstanbul, 2017, 238 vd.

115 **AYM Kanunu**, m.49/5.

116 **AYM İçtüzüğü**, m.73.

117 **Göztepe**, s.244 vd.

kaldırılmadığı ve buna bağlı olarak aynı yönde başvuruların devam edeceği kanaatine varmıştır. “Y.T. Başvurusu” ile Mahkeme ilk defa 2019 yılının ortalarında “pilot karar” yöntemini uygulamıştır¹¹⁸.

Söz konusu karara bakıldığında, olayların gelişimi şu şekildedir: Başvuruda sınırdışı edilmesi halinde kötü muameleye maruz kalacağını ileri süren başvuru Y.T., Türk makamları tarafından verilen “sınır dışı” kararına karşı gidilebilecek “etkili başvuru yollarının” olmadığını ve bu nedenle “etkili başvuru hakkının” ihlal edildiğini iddia etmiştir¹¹⁹. Sonrasında, İçtüzüğü’nün 73. maddesi kapsamında, sınırdışı edilme kararı hakkında “geçici tedbir” kararı verilmiş ve böylece başvuru bu süreç içerisinde “sınır dışı edilme” tehlikesinden geçici olarak kurtulmuştur. Konuyla ilgili “pilot karar” yöntemine başvurulması gerektiği kanaatine varan Bölüm, konuyu Genel Kurula taşımıştır¹²⁰.

b. Başvurudaki Olaylar ve Gelişimi

Rusya Federasyonu Kabardey-Balkar Özer Cumhuriyeti vatandaşı olan başvuru Y.T., Türk vatandaşı AT ile evli ve bu evlilikten olma dört çocuk sahibidir. Yalova’da ikamet eden YT hakkında yurda giriş yasağı olduğu için, 2016 yılında Yalova Valiliği (İl Göç İdaresi) tarafından sınır dışı edilme kararı verilmiştir¹²¹. Fakat bu karar, 6458 sayılı Kanununun 53. maddesindeki¹²² dava açma süresi ve dava açılması halinde yargılama boyunca “sınır dışı etme” kararlarının icrasının duracağına dair hüküm nedeniyle icra edilmemiştir. Bunun akabinde 2016 yılında ilan edilen olağanüstü hal kapsamında çıkarılan 676 sayılı KHK ile 6458 sayılı Kanunda değişiklik yapılarak “kararın icrasının duracağına ilişkin” maddeler terör, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi istisnai hallerde ‘kararın icrasının dava süresinde ve dava açılması durumunda bile durmayacağı’ şeklinde değiştirilmiştir¹²³.

118 **Y.T. Başvurusu**, AYM, Başvuru No 2016/22418, Karar Tarihi 30 Mayıs 2019.

119 **Y.T. Başvurusu**, §1.

120 **Y.T. Başvurusu**, §2-9.

121 **Y.T. Başvurusu**, §10-13.

122 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Resmi Gazete, 11.4.2013/28615.

123 **Y.T. Başvurusu**, §13-15. Söz konusu Kanun maddesi Anayasa Mahkemesinin bu pilot kararının yerine getirilmesi, ihlalin giderilmesi ve muhtemel ihlallerin

Değişiklik sonrasında, başvuru da belirtilen istisnai duruma dahil olduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmiştir. Başvuru Bursa İdare Mahkemesinden “yürütmenin durdurulması” isteminde bulunmuşsa da, bu talep reddedildiği gibi asıl dava da “süre aşımı” nedeniyle reddedilmiştir¹²⁴.

c. Başvuruda Verilen “İhlal Kararı” ve “Gerekçeleri”

Mahkeme öncelikle mevcut başvuruda herhangi bir hakkın ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Her ne kadar başvuru “etkili başvuru hakkının” ihlal edildiğini iddia etse de, Mahkeme doğal olarak “kötü muamele yasağı” kapsamında “etkili başvuru” hakkına dair bir esas incelemesi yapmıştır¹²⁵.

Öncelikle konuyla ilgili mevzuata, uluslararası sözleşmelere ve AİHM’nin kararlarındaki ilkelere değinmiştir. “Etkili başvuru hakkına dair” kabul edilebilirlik ve esas incelemesini birlikte yapan Mahkeme, Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad ile A.A. ve A.A. başvurusundaki¹²⁶ belirlemiş olduğu temel ilkelere atıf yapmıştır: Bu ilkelere özetle, Anayasa’nın 17. maddesindeki hükmün kötü muamele yasağını kapsadığı, bu hakkın devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülük yüklediği ifade edilmiştir. Negatif yükümlülük devletin kötü muamelede bulunmaması, pozitif yükümlülük ise, kötü muamelede bulunulan veya bulunulma tehlikesi olan kimseyi, ister vatandaş ister yabancı olsun, korumaktır. Söz konusu pozitif yükümlülüğün somut olaydaki hak bakımından görünümü, devletin kötü muamele iddialarının araştırılmasını ve adil bir yargılama sürecine tabi tutulmasını

önlenmesi amacıyla 7196 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Bu konunun ayrıntısı aşağıda pilot kararın icrası ile ilgili başlıkta ele alınmıştır.

124 **Y.T. Başvurusu**, §17, 20.

125 **Y.T. Başvurusu**, §22-37. Mahkeme “başvurunun pilot dava olarak seçilmesi nedeniyle etkili başvuru hakkı bakımından yapılacak incelemenin sonucuna göre bu aşamada kötü muamele yasağı bakımından ayrıca bir inceleme yapılmayacağı”nı belirtmiştir (§43).

126 **A.A. ve A.A. Başvurusu**, Başvuru No 2015/3941, Karar Tarihi 1 Mart 2017; **Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu**, Başvuru No 2016/5604, Karar Tarihi 24 Mayıs 2018.

sağlamasıdır¹²⁷. Bu korumanın gerçek anlamda etkili usullerle sağlanması gerektiği, hatta söz konusu incelemenin ve yargısal denetimin “gönderilen ülkede gerçekten kötü muameleyle tabi olup olmayacağının” ayrıntılı şekilde araştırılmasını da kapsadığı belirtilmiştir¹²⁸. Bunun için başvuruçunun, soyut iddialarda bulunmasının yeterli olmadığı, makul ve inanılır bazı somut deliller göstermesinin gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, gönderilecek ülkenin ve başvuruçunun kişisel koşulları (uzun süredir devam eden istikrarsızlık ve belirli gruplara yönelik sistematik kötü muamele vb.) ile ulusal ve uluslararası kuruluşların bu ülke ile ilgili raporlarının da göz önüne alınabileceğine de yer verilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme öncelikle, başvuruçunun kötü muamele iddialarının denetlenmesi açısından “usulî güvencelerin olup olmadığını” denetleyeceğini, ondan sonrasında kötü muamelenin “maddi yönünü” inceleyeceğini belirtmiştir¹²⁹.

Mevcut başvuruda, yukarıdaki ilkelere ek olarak, Mahkeme, kötü muamele ihtimalinin bulunduğu dair iddiaların bağımsız bir yargı organı tarafından denetiminin yanında, “yargısal süreç esnasında veya dava süresince” sınırdışı kararının yürütmesinin “kendiliğinden” durmasına özellikle vurgu yapmıştır¹³⁰. Ayrıca, idari ve yargısal makamların bu yöndeki kararlarının yürürlüğünün kendiliğinden durmaması halinde, sınırdışı kararlarına yönelik erişilebilir bir “yargısal denetimin” bulunmasının tek başına “etkili başvuru hakkını” sağlamayacağı da belirtilmiştir. Çünkü kişi bu esnada her an sınır dışı edilmiş olabilir veya yürütmeyi durdurma yetkisi sadece mahkemenin takdirine bırakılırsa, mahkeme takdir yetkisini farklı yönde kullanabilir¹³¹. Bu nedenle, sınırdışı etme kararlarının yürürlüğünün yargı süreci başlar başlamaz kendiliğinden durması önemlidir.

Yukarıdaki ilkeleri olaya uygulayan Mahkeme, 6458 sayılı Kanunun 2016 yılında değiştirilmeden önceki halinin uygulandığı dönemde, bir

¹²⁷ **A.A. ve A.A. Başvurusu**, §54-72. Bu konudaki ilke kararı A.A. ve A.A. başvurusudur diyebiliriz. Zira Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad başvurusunda da Mahkeme büyük oranda bu karara atıf yapmıştır, §51-58).

¹²⁸ **A.A. ve A.A. Başvurusu**, §60-62; Bkz. aynı yönde **Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad Başvurusu**, §51-63.

¹²⁹ **A.A. ve A.A. Başvurusu**, §63-72.

¹³⁰ **Y.T. Başvurusu**, §48-49.

¹³¹ **Y.T. Başvurusu**, §50-51.

çok başvuruda, başvurucuların yargı yollarını tüketmemesi ve yurtdışı edilme tehlikesi olmaması nedeniyle tedbir talebinin reddedildiği kararlarının bulunduğu; yukarıdaki değişiklik ile sınır dışı edilme yasağına “terör suçları, kamu güvenliği ve düzeni ile kamu sağlığı” gibi bazı istisnalar getirildiğini ve bu gibi istisnaların varlığının tespiti idarenin takdirine bırakıldığı gibi kişinin kendi hakkını aramaya mahal kalmadan sınır dışı edilme ihtimalinin de doğduğunu belirtmiştir¹³².

Somut olayda, Mahkemeye göre başvurucunun bu istisnalara girdiğini düşünen Valilik, sınır dışı kararı vermiş ve bu sınır dışı kararına karşı idare mahkemesine başvurulması, kararın icrasını durdurmamıştır. Tüm bunların yanında, Bursa İdare Mahkemesi, iddiaların ciddiliğini ve esasını araştırmadan “süre aşımı” nedeniyle esas davanın reddine karar vermiştir¹³³. Mahkeme, somut olayın şartlarında, başvurucu Y.T.’nin ileri sürdüğü “idare mahkemesine başvuru yolunun etkisiz” olduğu yönündeki iddianın doğru olduğunu, çünkü yukarıdaki ilkeler ve olayın şartları kapsamında mahkemeye başvurmanın başvurucu açısından sonucu değiştirmeyeceğini belirtmiştir¹³⁴. Çünkü yerel mahkeme ne yürütmeyi durdurmuş ne de gönderildiği devlette kötü muameleye tabi tutulup tutulmayacağını denetlemiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun sınır dışı edilme ihtimalini ortadan kaldıran “etkili bir yola sahip olmaması” nedeniyle kötü muamele kapsamında “etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine” ve bu ihlalin yukarıda bahsedilen mevzuat değişikliğinden kaynaklandığına kanaat getirmiştir¹³⁵.

d. Pilot Karar Vermeyi Gerektiren Durumların Tespiti

İhlalin mevzuat değişikliğinden kaynaklandığı kanaatine varan Mahkeme, bu defa, konuyla ilgili önceki tedbir kararlarını da göz önünde bulundurarak, 6458 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra, hakkında sınır dışı edilme kararı verilen bütün başvurucular açısından “etkili başvuru yolunun” ortadan kalktığını ve bu nedenle de hepsinde

132 **Y.T. Başvurusu**, §52-57.

133 **Y.T. Başvurusu**, §58-59.

134 **Y.T. Başvurusu**, §59-60.

135 **Y.T. Başvurusu**, §60.

muhtemel bir ihlalin ortaya çıkacağını düşünerek, olayı “pilot karar” sorununa dönüştürmüştür¹³⁶.

Mahkeme, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına karar verdikten sonra, öncelikle ihlalin hangi tür bir işlemde kaynaklandığının tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Eğer ihlal “doğrudan açık bir kanun hükmünden” kaynaklanıyorsa, bu durumda, kanunun yorumunun ihlale yol açması şeklindeki “kanunun uygulamasından kaynaklanan”¹³⁷ ihlallerden farklı olarak, ihlalin “ancak kanun değişikliği” ile giderileceğini belirtmiştir¹³⁸.

Bu tespitlerden sonra Mahkeme, ancak AYM İçtüzüğü’nün 75. maddesinde düzenlenen “pilot karar” usulünün izlenilmesi halinde, “kanundan kaynaklanan” bu yapısal sorunun çözülebileceğini ve muhtemel ihlallerin önlenilebileceğini öngörmüştür. Sonuç olarak, pilot karar yönteminin, ancak muhtemel temel hak ihlallerini de önleyebilecek “gerçek korumayı” sağlayabileceğini belirterek, yapısal sorunun tespitine ve çözüm yollarına geçmiştir¹³⁹.

e. Somut Olaydaki Yapısal Sorun ve Mahkemece Öngörülen Çözümler

Mahkeme somut olayda bahsedilen kanun değişikliğinin yapılmasından sonra, Nisan 2019 itibariyle benzer başvuru sayısının 1.545 tane olduğunu ve bu sayının hızla arttığını tespit etmiştir. Söz konusu ihlal başvurularının yukarıda bahsedilen 676 sayılı KHK ile 6458 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten kaynaklandığını vurgulamıştır¹⁴⁰.

¹³⁶ Y.T. Başvurusu, §68.

¹³⁷ Mahkeme böyle bir ayırım yaparak, kanunun idare veya yargı tarafından hakkı koruyacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekirken, bunun aksinin yapılmasını “kanunun uygulamasından kaynaklanan” bir ihlal olduğunu ve bu ihlalin “uygulamanın değiştirilmesi yoluyla” idare veya ilgili mahkemece değiştirilebileceğini ima etmiştir. Oysa, doğrudan kanundan kaynaklanan ihlallerde artık “idarenin veya hâkimin yorum yapmasını imkânsız kılacak derecede bir açıklık” vardır. Dolayısıyla, burada kanaatimizce kanunu ihmal etmesi mümkün değildir. Belki, kanunun çatıştığı bir uluslararası sözleşmeyi tercih ederek sorunu çözmesi mümkün olabilir.

¹³⁸ Y.T. Başvurusu, §68.

¹³⁹ Y.T. Başvurusu, §69-70.

¹⁴⁰ Y.T. Başvurusu, §73.

Bu sorunun yapısal sorun olup olmadığının tespitinde, özellikle değişiklikten kaynaklanan “çok sayıda başvurunun bulunması” ile “bu sayının artması ihtimalinin” göz önünde tutulduğunu görüyoruz. Son olarak, Mahkeme, Y.T. başvurusunun konuyla ilgili “ilk başvuru” olması nedeniyle, bu karar üzerinden “pilot karar” usulüne gitmeyi tercih ettiğini de belirtmiştir¹⁴¹.

Mahkemeye göre, başvurudaki “kötü muamele bağlamında etkili başvuru hakkının ihlalinin” kaynağı, yani yapısal sorun “kanun değişikliğidir”. Kanun değişikliği nedeniyle, benzer vakıaların hepsinde “etkili başvuru hakkının” ihlalinin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Sonraki benzer başvurularda da ihlal kararı verilse bile, mevcut düzenleme yürürlükte olduğu sürece idare mahkemelerinin “ihlali ortadan kaldırmaması” mümkün olmayacaktır. Zira, yerel mahkeme kanunu uygulamak durumunda kalacaktır¹⁴². Dahası, idare mahkemesine başvuran bir kimse aynı gün Anayasa Mahkemesine başvurup tedbir kararı almamışsa, ki bu durum çok kolay değildir, sınırdışı edilmiş olacaktır. Kişinin sınırdışı edilmesinden sonra, kötü muamelenin önlenmesi ihtimali çok daha zayıf veya mümkün değildir¹⁴³.

Mahkeme yapısal sorunu ve kaynağını tespit ettikten sonra şu tedbirleri önermiştir:

Birinci tedbir kanunun değiştirilmesidir: Bu çözüm uzun vadeli ve daha köklü çözümdür. Benzer ihlallerin ortaya çıkmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Yukarıdaki bilgiler bağlamında, yasamanın söz konusu kanunda değişiklik yaparak “sınır dışı edilme” kararının icrasının dava süresinde veya dava açılması halinde kendiliğinden durmasını sağlamasıdır. Bunun için kararın bir örneği Meclis’e gönderilmiştir¹⁴⁴.

İkinci tedbir idari işlemlerin değiştirilmesidir: Bu çözüm geçici bir çözümdür. Anayasa Mahkemesinin önünde, mevcut benzer başvuruların ihlal kararı verilmeden çözülebilmesini sağlayan idari tedbirlerdir. Daha açık bir deyişle, sınır dışı etme kararı veren valiliklerin, önceki

141 Y.T. Başvurusu, §73.

142 Y.T. Başvurusu, §74-75.

143 Y.T. Başvurusu, §74-75.

144 Y.T. Başvurusu, §76.

kararlarını geri alması veya yeniden değerlendirmesini de kapsayan idari işlemlerdir¹⁴⁵.

Üçüncü tedbir konuya dair mevcut başvuruların görülmesinin ertelenmesidir: Aynı yapısal sorundan kaynaklanan mevcut başvuruların incelenmesinin yapısal sorun çözülene kadar askıya alınmasıdır¹⁴⁶.

f. Y.T. Başvurusuna Dair Verilen “İhlal Kararı” ve Sonuçları

Mevcut Y.T. başvurusunda Anayasanın kötü muamele yasağı ile bağlantılı olarak “etkili başvuru hakkının” ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ayrıca, ihlal kararının ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın Bursa İdare Mahkemesine gönderilmesi de hüküm altına alınmıştır¹⁴⁷.

Geri gönderme kapsamında, yerel mahkeme, kötü muamele ihtimalinin olup olmadığına dair “esas incelemesi” yaparken, mevcut düzenlemeler nedeniyle icra kendiliğinden durmadığı için kişinin sınır dışı edilme ihtimali vardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin kendisi başvuruçunun bu süreçte “sınır dışı edilmemesine” de karar vermiştir.

Ayrıca, bir miktar manevi tazminata da hükmetmiştir. Maddi tazminat talebinin ise reddine karar vermiştir.

3. Y.T. Pilot Kararına Dair Değerlendirmelerimiz ve Pilot Kararların İcrası Sorunu

Anayasa Mahkemesi, Y.T. başvurusu kapsamında, öncelikle Y.T.’nin etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat, diğer başvuruları görüşmeyerek onlara dair ihlalin “pilot karar” yönetimi ile çözümlenmesini istemiştir. Mahkeme, AİHM uygulamasından farklı olarak Yasamaya belirli bir süre vermemiş, sadece yasanın değişikliğini

¹⁴⁵ Y.T. Başvurusu, §77.

¹⁴⁶ Y.T. Başvurusu, §78. Eğer konuya dair yeni başvurular gerekli kılıyorsa, başvuruçular hakkında “geçici tedbir” kararı verme yetkisini kullanabileceğini gerekçede belirtmiştir, §79. Bkz. benzer şekilde AİHM de eldeki başvuruların görülmemesine veya bekletilmesine karar verebilmektedir, **Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §121-122; Ayrıntılı bir inceleme için bkz. **Heider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.257 vd.

¹⁴⁷ Y.T. Başvurusu, hüküm kısmı.

istemmiştir. Oysa AİHM bazı durumlarda, ilgili devlete yasa değişikliğini belirli bir süre içinde (ör: 3 ay) tamamlamasını talep etmektedir¹⁴⁸.

Burada *birinci sorumuz*, niçin daha önceki kimi başvurularda, ihlaller “kanundan kaynaklandığı halde” pilot karar yöntemine gitmemiştir? Eğer önceki başvurulardaki ihlaller, “doğrudan kanunun açık hükmünden” değil de “kanunun uygulanmasından doğan dolaylı” ihlalse, bu durumu mevcut pilot kararında veya önceki ihlal kararlarında niçin açıklığa kavuşturmamıştır? Tahmin yürütürsek, Mahkemenin önceki başvurulardaki ihlalin kaynağı olan kanunun değiştirilmesini istememesinin sebebi, muhtemelen benzer başvuru sayısının artmamış olmasıdır. Mahkemenin bazı kararlarında ihlalin doğrudan kanundan kaynaklandığını veya ihlalin giderilmesi için kanun değişikliğinin zorunlu olduğunu biliyoruz¹⁴⁹. Acaba Mahkeme bunları doğrudan kanundan değil de “kanunun uygulamasından” kaynaklı ihlaller olarak mı görmüştür? Bunun cevabını bilemiyoruz.

İkinci soru, Meclis, kanunu değiştirmezse ve mevcut düzenleme yürürlükte kalmaya devam ederse, Anayasa Mahkemesi ne kadar süre bekleyecek, bu süre sonunda ne tür bir karar verecektir? Hemen belirtelim ki TBMM, Y.T. kararında verilen pilot kararı ve ihlal kararını icra etmek amacıyla 6.12.2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanunla, ihlalin

148 **Wittling-Vogel**, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments...”, s.68-70. Fakat bu gibi kanun değişikliği talebi veya bu talebin yerine getirilmesi için süre tanınması egemenlik ve meşruiyet açısından eleştirilere sebep olmuştur (Aynı eser, s.61 vd.). Fakat taraf ülkelere müdahale gibi görünse de bağlayıcılığı olan bir kararın yasama tarafından yerine getirilmesi gerekir. Sürenin amacı, ihlallerin artmasını önlemek ve mevcut ihlallerin giderilmesini hızlandırmaktır. AİHM de bir pilot kararında “yasa değişikliğinin içeriğinin ne olacağını belirlemesinin uygun olmayacağını”, fakat o ana kadar yasal düzenlemenin çıkması geciktirildiği için, yasamaya süre vermesinin uygun olacağını belirtmiştir (**Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §115).

149 Örneğin Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusunda, partiler devlet yardımın ödenmesinin %3 oy şartına bağlanmış olmasının ölçülü olmadığını iddia etmişlerdir. Eğer Mahkeme bu kararda ihlal tespiti yapsaydı, söz konusu ihlal nasıl giderilecekti diye sorsak, tazminat dışındaki tek alternatif “kanunun değiştirilmesi”dir (Bkz. aynı yönde **Erdoğan**, ...Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, s.192-193). Bkz. benzer yönde ihlalin kaynağının kanun olduğu başvurular: **Fahrettin Çakıroğlu ve Saime Çakıroğlu Başvurusu**, AYM, Başvuru No 2016/12574 Karar Tarihi 25 Eylül 2019; Örneğin şu kararda ihlal, kanunda hâkime takdir yetkisi bırakmayacak şekilde %10 ceza vermesini öngören hükmünden kaynaklanmaktadır (**Yıldız Eker Başvurusu**, Başvuru No 2015/18872, Karar Tarihi 22 Kasım 2018).

kaynağı yapısal sorunu oluşturan 6458 sayılı Kanunun 53. maddesinde değişiklik yapmıştır ve bu değişikliğin gerekçesi olarak da Y.T. kararı gösterilmiştir¹⁵⁰. Bu değişiklik ile artık 6458 sayılı Kanunun 64. maddesindeki bazı suçlardan hakkında sınır dışı kararı verilecek olanlar, 7 günlük (değişiklikten önce 15 gündü) dava açma süresi içinde “hakkındaki kararın icrası” duracağı için hemen sınır dışı edilme tehlikesinden kurtulmuştur. Fakat, Kanunun ilgili maddesine ilişkin Komisyon muhalefet şerhinde de haklı olarak belirtildiği üzere, “*ilgili Kanun teklifinde halihazırda aynı durumda olan 1.545 başvurunun nasıl çözümleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunların geriye yürümezlik ilkesi çerçevesinde bu durumda olan başvuruçular açısından da sorunun çözümü için geçici bir düzenleme yapılması*” yerinde olurdu¹⁵¹. Bu konuda AYM’nin pilot karar oluşturduğu mevcut 1.545 başvurudaki ihlal giderilmiş oldu mu? Mevcut değişiklik sadece bundan sonra ihlalin yaşanmamasını sağlayabilecek niteliktedir. Bu durumda, söz konusu ihlaller idari bir yöntemle de giderilmezse, AYM toplu olarak karara bağlama yöntemini kullanabilir.

Meclisin kanunu değiştirmemesi halinde Mahkemenin değiştirmeye zorlayıcı bir şey yapması mümkün görünmemektedir. Hatta, Meclis kanunu değiştirmede diye, ilgili kanunu Mahkemenin iptal etmesi de mümkün değildir. Bu, ancak itiraz yoluyla kanunun Mahkemeye

¹⁵⁰ Kanun değişikliğine yönelik 75. maddenin gerekçesinde “*Madde ile, Anayasa Mahkemesinin 30/5/2019 tarihli ve 2016/22418 sayılı Kararı doğrultusunda sınır dışı etme işleminin iptali için dava açılması halinde sınır dışı işleminin dava sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden durması amaçlanmaktadır. Bu sayede yabancıların adalete erişim haklarını etkili bir şekilde kullanmaları sağlanmış olacaktır. 15 günlük dava açma süresinin tamamlanmasını beklemek yabancıların geri gönderme merkezlerinde en az 15 gün kalmasını gerektirmektedir. Bu durum ise yabancıların özgürlüğünü kısıtlamakta ve barınma giderlerini arttırmaktadır. Madde ile ayrıca bu durumun önüne geçebilmek amacıyla 15 günlük dava açma süresi 7 gün olarak düzenlenmektedir*” (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss144.pdf>). Madde gerekçesinde belirtildiği gibi, 15 günlük sürenin de 7 güne düşürülmesi yerinde gibi görünmektedir. Fakat, bu sürenin hak arama hürriyetini kısıtlayacak ve AYM’ye tedbir kararı verilmesi için gerekli olan “makul süreden” az olmaması gerekir. Zira, yabancılar bu sürede hem avukat bulacak hem de dil bilmediği halde tercüman vasıtasıyla meramını anlatacaktır.

¹⁵¹ İçişleri Komisyonu Raporuna Muhalefet Şerhi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss144.pdf>.

gelmesine bağlıdır. Eğer bağlayıcı olduğu halde, Meclis Mahkemesinin kararını icra etmezse, Anayasaya aykırı davranmış olur¹⁵².

Eğer Meclis veya başka bir kurum pilot kararı yerine getirmezse, Mahkeme daha fazla beklemeden, mevcut başvuruları toplu olarak karara bağlayabilir. Bu yöntem, pilot karar usulünün “bir sonuç vermemesi” halinde gidilen bir yöntem gibi görünse de, Mahkeme uygulamasında “pilot karar usulüne başvurulmadan da” kullanıldığını görmekteyiz¹⁵³. AİHM de, pilot kararda belirtilen tedbirlere uyulmadığında başvuruları görmekten başka çaresinin olmadığını belirtmiştir. Nitekim uygulamada da bazı pilot kararları taraf devletler uyumlu bir şekilde icra ederken, bazılarında gönülsüz davranabilmektedir¹⁵⁴. Bu durumun Türk Anayasa Mahkemesinin verdiği pilot kararlardaki yasa değişikliği veya düzenleyici işlem değişikliği gibi tedbirlerde de yaşanması muhtemeldir. Oysa pilot karar

152 Bkz. AİHS sisteminde de taraf devletlerin ilgili kanunu değiştirmesi gerektiği noktasında **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1235. Fakat Fyrnys, bu durumun “res judicata’nın (kesin hükmün) bağlayıcı etkisini” diğer benzer başvurulara teşmil ettirmeyeceğini, yine taraflar için bağlayıcı olmaya devam edeceğini ileri sürmüştür (**Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1235-1236).

153 **Ülkü Tunca ve diğerleri başvurusu**.

154 **Buyse**, “Pilot Judgment Procedure...”, s.13. Yazar Polonya’nın Hutten-Czapska kararında Broniowski kararına göre gönülsüz davrandığını, iş birliği yapmaya yanaşmadığını belirtmiştir (Aynı eser, s.13; Bkz. ayrıca **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1254; Bkz. Hutten-Czapska kararının detaylı bir analizi için **Sadurski**, “...the Idea of Pilot Judgments”, s.414 vd.). Aynı şekilde Burdov, v. Russia ve İnaov v. Ukrain kararlarında da işbirliği yapmaya çok yanaşmadığı belirtilmiştir (**Yıldız**, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure...”, s.95). Çernobil patlamasına müdahale esnasında maruz kaldığı radyasyondan zarar gören Burdov, AİHM’ye başvurmuştur. Mahkeme pilot karar kurarak, benzer durumdaki kişilerin zararının da iç hukukta etkili bir yöntemle giderilmesini istemiştir. Bununla birlikte, Rusya, herkesçe malum yapısal sorunun varlığını bile kabul etmemiştir. Rusya, bunu kabul ederse, söz konusu yapısal sorun ile ilgili kamusal farkındalığın artacağından çekinmiştir. Bu nedenle söz konusu pilot kararın icrası hem çok uzun sürmüş hem de zor olmuştur (**Leach/Hardman/Stephenson**, “Can the European Court’s Pilot Judgment Procedure Help...”, s.350-356; bkz ayrıca **Ichenko**, Pilot Judgement Procedure..., s.38 vd.).

yönteminin başarılı olabilmesinin en önemli şartı, taraf devletin ve iç hukukta yasama yürütme gibi organların iş birliği yapmasıdır¹⁵⁵.

Şunu da belirtelim ki, Meclis’in kanunu değiştirmesi veya diğer idari muhatapların başka yapısal sorunları gidermesi, Mahkemenin pilot kararda önerdiği çözümlerin imkânsız, karmaşık ve belirsiz olmamasına da bağlıdır. Eğer, Mahkeme yapısal sorunu gidermeye yönelik tedbirleri iyi tespit etmez ve genel bir şekilde “ihlali giderici her türlü tedbirin alınması” gibi hükümler kurarsa, sorunun çözümü uzayabilir veya mümkün olmayabilir¹⁵⁶.

C. YAPISAL SORUN NEDİR?

1. Genel Olarak

Yapısal sorunu (systemic problem), idari, yargısal veya yasal düzeydeki bir sorun olarak adlandırabiliriz. Fakat bu sorun alelade bir sorun olamaz. Yapısal sorun, belirli bir önem derecesindeki sorunları ifade eder. Sadece ihlal ve/ya tazminat kararı ile giderilebilecek bir sorun “yapısal” olamaz. Yapısal sorun, kendisinden benzer birçok başvuru ve ihlal iddiasının doğduğu “köklü bir” sorundur ve Heider’in deyişiyle, bireysel bir ihlal iddiasının sınırları dışına taşan “insan hakları sorunu”na işaret eder¹⁵⁷. Gerek AİHM uygulamasında gerekse AYM uygulamasında pilot karar verebilmenin ön şartı “yapısal sorun” olarak belirtildiğine göre, bireysel bir ihlale sebep olan “sorundan” çok daha

¹⁵⁵ Yıldız, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure...”, s.94; Kindt, Pilot Judgment Procedure..., s.56 vd. AİHM açısından, Kindt yazmış olduğu doktora tezinde 2004 ile 2007 yılları arasında açılan ve devam eden pilot kararlar açısından “devletlerin iş birliği düzeyini” ortaya çıkarmaya çalışmıştır (Aynı eser, s.216 vd).

¹⁵⁶ Bkz. benzer yönde Oellers-Frahm, “Discussion...”, s.80. Bkz. bir somut başvurudaki mesele ile benzer diğer başvuruları da kapsayacak genel tedbir almanın, bütün başvuruları birbirine eşit gibi görerek bunların kendine has özelliklerini dışlamayı da doğuracağı için risk barındırdığı noktasında Buysel, “Pilot Judgment Procedure...”, s.13; Fyrnys, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1257. AİHS’nin 46. maddesinin 3. fıkrasına göre, bir taraf devletin, ihlal kararına uyması ve onu icra etmesi Mahkeme kararının yorumuna dair bir sorun nedeniyle mümkün olmazsa ve bu durum Bakanlar Komitesi tarafından tespit edilirse, yorum için Mahkemeye başvurulabilir.

¹⁵⁷ Heider, The Pilot-Judgment Procedure..., s.37.

önemli bir sorun olmalıdır¹⁵⁸. Bu anlamda hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi, yapısal sorunu tespit etme ve pilot karar yöntemini seçmede, gerekçelendirmek kaydıyla, takdir yetkisine sahiptir¹⁵⁹.

Yapısal sorunun sebepleri ile yapısal sorun çeşitleri farklı şeylerdir. Yapısal sorunun sebepleri ülkeye göre değişkenlik ve çeşitlilik arz etmektedir: *Altıparmak*, kamulaştırma davaları, köy boşaltma, makul sürede yargılanma hakkı ve Güneydoğu’da güvenlik güçlerinin muameleleri ile ilgili Türkiye’ye dair sorunların “yapısal ve sistemsel” soruna yol açtığını ve pilot karar vermeye uygun olduğunu belirtmiştir¹⁶⁰. Aslında, pilot karardaki benzer başvuruların kaynağı olan yapısal sorunlar ülkelere göre değişmekle birlikte, özellikle o ülkenin içerisindeki kronik problemlerden sadır olmaktadır. Örneğin hukuk devletine aykırı yaygın uygulamaların ve hukuk ihlallerinin varlığı, adil yargılama bağlamında yargının etkililiği ve işlevselliği, Doğu Avrupa gibi ülkelerdeki savaş ve geçiş dönemi problemleri, ülke içindeki terörle mücadele vb. meseleler, yapısal soruna ve pilot karara sebep olabilmektedir¹⁶¹. Yine, kira hukuku, uzun süreli yargılama ve insanlık dışı cezaevi koşullarının da yapısal soruna sebep olduğu ileri sürülmüştür¹⁶².

Yapısal sorun çeşitlerine gelirsek, sınırlayıcı olmamak şartıyla şunları bir yapısal sorun olarak görebiliriz: Kanuni değişiklik veya düzenleme yapmayı da kapsayacak şekilde geniş bir “idari ve yargısal reform” ihtiyacı; kanun değişikliğine gerek olmamakla birlikte “idari

158 AİHM’ye göre yapısal sorun düşüncesi, benzer çok sayıda ihlallerin artmasını önleyerek, Mahkemenin başka önemli ihlallere dair başvuruları görmesini sağlar. Böylece, hakları koruma görevi olan Mahkemenin bizzat kendisi hak ihlallerine sebep olmamış olur. “Sistemsel veya yapısal problem sadece bireysel bir başvurudaki müstakil ve münferit olay veya olaylar zincirinden doğmaz, aynı zamanda kötü bir yasadandan da doğabilir”. Bu durumda uygulayıcıların “işlem veya ihmalleri yasaya dayanmaktadır veya yasa doğrudan ‘birbirinin benzeri’ başvurulara yol açmaktadır” (**Igranov and Others v. Russia**, 42399/13, 28.03.2018, §46). Bkz. aynı yönde kararlar için **Heider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.37, dn.8.

159 Bkz. aynı yönde **Heider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.133.

160 Bkz. bu konuların ayrıntılı incelemesi için **Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.89-105.

161 Bkz. aynı yönde **Buyse**, “The Pilot Judgment Procedure...”, s.11; **Buyse**, “Flying or Landing...”, s.109 vd.

162 **Kanadoğlu**, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, s.236.

veya yargısal uygulamadan kaynaklanan” ihlaller. Birincisine örnek olarak AYM’nin yukarıda incelediğimiz sınırdışı etmeye dair pilot karardaki yapısal sorunun ve çok sayıda başvurunun “kanuni değişiklik yapma ihtiyacından kaynaklanmasını” gösterebiliriz. İkincisine örnek olarak uzun süreli yargılamaları göstermek mümkündür. Bu ikinci durumda, yasal düzenlemeler yerinde olduğu halde, yargılamaların yine de uzun sürmesini kastediyoruz. Ayrıca bir yeni hukuki yol veya kurum kurma ihtiyacı da yapısal sorun türü olarak görülebilir. Ülke içinde belirli bir kurum kurma ihtiyacı veya kurulmuş olanın etkin bir şekilde çalışmaması benzer ihlallere yol açıyorsa, bunu yapısal soruna yol açan “kurumsal eksiklikler” olarak adlandırabiliriz¹⁶³. Örneğin Ümmühan Kaplan/Türkiye kararında¹⁶⁴ yapısal sorunlardan birisi tazminat komisyonu kurma ihtiyacı, yani bir kurumsal eksikliktir.

Son olarak, Mahkeme yapısal sorunu ve sorunun çözüm yollarını tespit ederken dikkatli davranmalıdır. Bu kapsamda, niçin benzer başvuruları birleştirdiğini, söz konusu kararda niçin pilot karar yöntemine başvurduğunu, yapısal sorunun ne olduğunu, yapısal sorunun niçin ihlale yol açtığını ve Sözleşmeyle çelişen yanlarının ne olduğunu, zaman sınırı koymuşsa bunu niçin koyduğunu, yapısal sorunun çözümüne yönelik tedbirleri ve taraf devlet ilgili tedbirleri almadığında nasıl hareket edeceğini belirgin bir şekilde ortaya koymalıdır¹⁶⁵. Aynı önerileri AYM için de belirtmek mümkündür.

2. Kanuni Düzenleme Gerekliğinin Bir Yapısal Sorun Teşkil Edip Etmediği

Bazı durumlarda yapısal sorun sadece kanun değişikliği ile çözülebilecek bir mesele olmakla birlikte, kanun değişikliğini gerektiren her başvuru “pilot karar verilmesini gerektiren bir yapısal sorun” olmayabilir¹⁶⁶. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁶⁷,

¹⁶³ Mahkemenin kanun değişikliği yanında, tekrar edici ihlallere yol açan idari uygulamalar ile kurumsal eksiklik ve bozuklukları da yapısal soruna dahil ettiğini söylemek mümkündür (Heider, The Pilot-Judgment Procedure..., s.130).

¹⁶⁴ Ümmühan Kaplan/Türkiye, 24240/2007, 20.03.2012.

¹⁶⁵ Glas, “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure...”, s.69-70.

¹⁶⁶ İhlaller, bir kanundan veya bir idari düzenleyici işlemten kaynaklanmasa da, Mahkeme pilot karar verebilir mi? Diğer bir deyişle, “yapısal sorun” ifadesi sadece “genel düzenleyici işleme” mi sınırlıdır? Kanaatimizce, diğer yapısal sorunların

başvurucuların malik oldukları taşınmaz üzerindeki “şerhi” terkin etmek için açtıkları davayı yerel mahkemenin “hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle reddetmesini” ihlal olarak görmüştür. Somut olayda, dava açma süresinin geçtiğinde ve bu sürenin Kadastro Kanunundan kaynaklandığında bir kuşku bulunmamaktadır. Olayda kanundan kaynaklanan ihlalin yapısal sorun olup olmadığını değerlendirirsek, kanaatimizce yapısal bir sorun bulunmamaktadır. Her ne kadar ihlal bir kanun hükmünden kaynaklanmış olsa da, Mahkemenin bu durumu yapısal sorun olarak görmemesi gerekir. Zira, olaydaki yapısal sorunun çözülmesi, yani kanunun değiştirilmesi akla ve hukuka uygun değildir. Aksi takdirde hukuktaki bütün hak düşürücü süreleri kaldırmamız gerekir. Somut olayda ihlalin kaynağı kanun olmakla birlikte, kanunu değiştirmek yerine onun münferit olaylarda katı bir şekilde uygulanmasını değiştirmek gerekmektedir¹⁶⁸. Şunu da belirtelim ki,

varlığı da mümkündür. Örneğin, yargılama süresini kısaltıcı yönde hukuki düzenlemelerin varlığına rağmen, uzun süreli yargılamadan kaynaklı ‘adil yargılanma hakkının ihlali iddiaları’ büyük bir yekûn oluşturmaktadır. Bu durumda, bir tazminat komisyonu kurmak ve ihlalleri böylece telafi ettirmek mümkündür.

¹⁶⁷ **Fahrettin Çakıroğlu ve Saime Çakıroğlu Başvurusu**, AYM, Başvuru No 2016/12574 Karar Tarihi 25 Eylül 2019. Olayda, başvurucuların ihale ile almış oldukları taşınmazın beyanlar hanesinde “1.419 m2 fazlalık hakkında 12/12/1947 tarih ve 1071 sayılı tezkere ile defterdarlık ve İskan Müdürlüğüne bildirilmiştir” şerhi bulunmaktadır. Başvurucular bu taşınmazın (4 sayılı parsel) çevresinde bulunan 1, 2 ve 3 sayılı parselleri de satın alarak toplam dört parseli tevhit ederek (birleştirerek) 5 sayılı parsel olarak tapuya kaydettirmişlerdir. Böylece beyanlar hanesindeki şerh de bu 5 sayılı parsel aktarılmıştır. Başvurucular, bu şerhin terkinini için dava açmışsa da ret kararı verilmiş ve bu karar bütün yargılama aşamalarından geçerek kesinleşmiştir. Ret gerekçesinde “... taşınmaza ilişkin kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıllık hak düşürücü sürenin geçmesinden dolayı miktar fazlasının başvurucular adına tescili imkânının ortadan kalktığı ve başvurucuların Hazineye ait fazlalığın bedeli karşılığında satılmasına yönelik bir başvurusunun bulunmadığı belirtilmiştir” (§9-15).

¹⁶⁸ Bkz. benzer yönde, İcra İflas Kanununda yer alan ihalenin feshini talep eden borçlunun bu talebinin reddedilmesi halinde, ihale bedelinin % 10’u oranında para cezasına da hükmedileceği şeklindeki maddenin ihlalini götüren Mahkeme, Anayasa’nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlali neticesine varmıştır. Bu olayda, ihlalin nasıl giderileceğini Mahkeme kendisi göstererek, yerel mahkemenin vergi dairesinin gönderdiği tahsil müzekkeresinin iptali ile ihlalin giderileceğini belirtmiştir. Fakat olaydaki ihlal, kanunda hâkime takdir yetkisi bırakmayacak şekilde %10 ceza vermesini öngören hükümden kaynaklanmaktadır (**Yıldız Eker Başvurusu**, Başvuru No 2015/18872, Karar Tarihi 22 Kasım 2018; **Erdoğan**, ...Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, s.192-194). Yerel mahkeme kanun hükmünü uygulayarak hukuka uygun, fakat hakka aykırı davranmıştır. Bu

seçilen öncü/pilot başvurudaki yapısal sorunun kaynağı “kanun değilse” Mahkemenin kanunu incelemesi ve bu kapsamda pilot karar yöntemiyle “yasal değişiklik istemesi” söz konusu olamaz¹⁶⁹. Yani kanun değişikliği isteyebilmek için, seçilen “öncü-pilot” başvuruda, başvurucağının mağduriyetinin kaynağının bir kanun olması icap eder¹⁷⁰. Bu anlamda ihlalin kaynağının “doğrudan kanunun kendisi” mi yoksa “kanunun uygulaması” mı olduğunu belirlemek de önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında bu ayrıma vurgu yaparak “*ihlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları veya kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkmışsa bu ihlal[in] kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklan*”dığını ifade etmiştir¹⁷¹. Şu halde ihlal doğrudan kanundan değil de uygulamadan kaynaklanıyorsa, kanun değişikliği istemek yerine yeniden yargılama veya tazmin gibi yöntemlerle ihlali gidermek yerinde olacaktır.

İhlal kanundan kaynaklandığında Mahkemenin önünde dört ihtimal vardır: ihlal kararı vererek dosyayı ihlali gidermek üzere yerel

olayda Mahkeme pilot karar vererek, kanun değişimini isteyebilir miydi? Kanaatimizce kanunun ilgili maddesinden çok sayıda başvuru geleceğini tahmin edebiliyorsa, bunu yapabilir.

¹⁶⁹ Bkz. ihlalin doğrudan veya dolaylı kaynağının kanun hükümleri olduğu durumlarda, bunun bir yapısal sorun teşkil ettiği ve bu konuda pilot karar yöntemi uygulanabileceği hakkında **Kerem Altıparmak**, “Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Oteli Kararı”, *TESEV Demokratikleşme Programı*, http://tese.v.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Van_Depreminin_Hukuk_taki_Artcilari_Anayasa_Mahkemesinin_Bayram_Oteli_Karari.pdf, erişim 29.01.2017, s.10; **Tolga Şirin**, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015 http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf, erişim 30.01.2017, s.132-133; Bkz. AİHM açısından **Wittling-Vogel**, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments...”, s.60. İhlalin dolaylı kaynağı bir kanun hükmü ise, doğrudan kanuna karşı başvuru yapılamayacağı hükmü karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin bir ihlal tespit etmesi durumunda, ihlalin dolaylı kaynağı olan kanun hükmü hakkında da ihlal kararı verebileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır (**Ayhan Kılıç**, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, C. 3, Y. 2013, s.51-52).

¹⁷⁰ **Heider**, *The Pilot-Judgment Procedure...*, s.133.

¹⁷¹ **Süleyman Başmeydan Başvurusu**, §70.

mahkemeye göndermek; ihlalin kaynağı kanunu doğrudan iptal etmek; yasamadan ihlalin kaynağı kanunun değiştirilmesini istemek; ihlalin kaynağı kanun hakkında itiraz yoluyla başvuru yapılmasını beklemek.

Birinci halde, yerel mahkeme daha önceki yorum ve uygulama tarzını değiştirerek, gerektiğinde Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasını da nazara alarak ihlali giderici bir karar verir. Bu halde, AİHS'ye kanun karşısında öncelik tanınması gerekmektedir.

İkinci durum tartışmalıdır. Öğretide kimi yazarlar bu görüşü savunarak¹⁷², AYM'nin ihlalin kaynağı kanunu doğrudan kendisinin iptal edebileceğini savunmuştur. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir¹⁷³. Öncelikle pozitif dayanağı yoktur. Hatta aksi yönde hüküm

¹⁷² Konuyla ilgili öğretilerde **Altıparmak**, Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru incelemesinde bir dava mahkemesi olduğunu ve davayı gören mahkeme sıfatıyla öncelikle ihlalin kaynağı kanun hükmünü iptal edebileceğini ve böylece ihlalin kaynağını ortadan kaldırarak daha köklü bir çözüm üretmiş olacağını ileri sürmektedir (**Altıparmak**, "...Anayasa Mahkemesi'nin Bayram Oteli Kararı", s.9-10; aynı yönde bkz. İnceoğlu, Bölüm'ün itiraz yoluyla ihlalin kaynağı kanunu Genel Kurul'a gönderebileceğini belirtmiştir, **Sibel İnceoğlu**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye ve Latin Modelleri, On iki Levha, İstanbul, 2017, s.199). Öğretilerde **Şirin** ise hem bu görüşü benimsemiş hem de bu görüşü biraz revize ederek başka bir görüş de sunmuştur. Yazar, ihlalin kaynağı olan kanun hükmünün (olayda 4483 sayılı Kanun'un 4. maddesinin son fıkrasıdır), doğrudan davada uygulanan kanun hükmü olmadığını, bu başvuruda uygulanmakta olan kanun hükmünün, '*Anayasa Mahkemesinin ihlalin kaynağı kanun hükmünü iptal etmesini engelleyen Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 45. maddesinin üçüncü fıkrası*' olduğunu ifade ederek, Mahkemenin öncelikle bu hükmü iptal ederek, ihlalin kaynağı kanun hükümlerinin denetiminin önünü açması gerektiğini ifade etmiştir (**Şirin**, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço...", s.49). Biz bu görüşü de, '*Anayasa Mahkemesinin bireysel hak ihlal incelemesi yaparken davayı gören mahkeme*' olmadığı ve '*bireysel başvurunun bir dava*' olmadığı gerekçeleriyle hatalı buluyoruz. Aksi takdirde, bireysel başvurunun ikincil olmasını ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak üzere dosyayı ilgili mahkemesine göndermesini açıklayamayız. Oysa siyasi parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesi davayı gören bir yargılama makamı konumundadır. Ayrıca *başka bir yazar*, Mahkeme'nin Parlamento'ya 'bir kanun hükmünü ilga etmesi veya değiştirmesi' noktasında *tavsiye kararı* (**Şirin** ise, bu durumu *çağrı kararı* olarak ifade etmiş ve önermiştir, **Şirin**, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço...", s.50) verebileceğini, itiraz yolunda on yıllık tekrar inceleme yasağını incelerken savunmuştur (**Emir Kaya**, "Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi: On Yıl Yasağı ve Kadının Soyadı Örneği", <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/contents/files/Emir%20Kaya%20AYM%20kitap%20bölümü%20On%20yıl%20yasagi.pdf>, erişim 29.01.2017).

¹⁷³ Bkz. aynı yönde **Ahmet İyimaya**, "Bireysel Başvuru İncelemesinde Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli", *TBB Dergisi*,

vardır: “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılıma”z (AYM Kanunu m.45/3)¹⁷⁴. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarındaki görüşü de bu yöndedir¹⁷⁵. Tarihsel yorum yöntemi takip edilirse, AYM Kanununun tasarısında yer alan “Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar”¹⁷⁶ hükmünün kanun metninden çıkarılması, Yasamanın iradesinin aksi yönde olduğunu gösterir¹⁷⁷. Kamu hukukunda yetkisizlik asıldır, yetki istisnadır. İstisnai bir durumun yorum yoluyla genişletilmesi de söz konusu olamamaktadır. Ayrıca söz konusu görüşe “bireysel başvurunun dava olmadığı”¹⁷⁸; Anayasa Mahkemesi’nin “davayı gören mahkeme” sıfatını¹⁷⁹ haiz olmadığı ve “ihlalin kaynağı kanunun Mahkemenin önündeki başvuruda uygulanan kural olmadığı”¹⁸⁰ gerekçeleriyle de katılmak mümkün değildir¹⁸¹. Çünkü

Sayı 116, Y. 2016, s.427. İyimaya’nın haklı olarak belirttiği üzere, bireysel başvuru yolu ikincil bir yoldur, bu yolun doğasında ihlalleri tespit etme ve giderme vardır (Aynı eser, s.427).

¹⁷⁴ Bkz. aynı yönde **İyimaya**, s.430.

¹⁷⁵ **Umut Oran Başvurusu**, Başvuru No 2014/18926, Karar Tarihi 22 Ocak 2015, §13. Bkz. konuyla ilgili olarak **Ebru Gündüz/Alkım Aktaş**, “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, *Yıldırım Beyazıt HFD*, Sayı 3, Y. 2017, s.61 vd.

¹⁷⁶ Kanun tasarısı m.49/6, s.98, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss696.pdf>, erişim 26.10.2019. Bkz. bu konudaki tartışmalar için **Erdoğan**, ...Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, s.188. İyimaya, Kanun tasarısındaki bu ifade kanunlaşmış olsaydı bile Mahkemenin somut norm denetimi yapamayacağını belirtmiştir. Buna gerekçe olarak, bu halde ilgili Kanunun Anayasayla verilmeyen bir yetkiyi tanıdığı için Anayasaya aykırı olacağını ileri sürmüştür (**İyimaya**, s.428). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira, Anayasa’da somut norm denetimi yetkisi açıkça verilmiştir. Eğer yasa da AYM’yi bireysel başvuruda dava mahkemesi olarak görseydi, somut norm denetimi mümkün olabilirdi.

¹⁷⁷ Bkz. bu yorum türü ile ilgili olarak **Bertil Emrah Oder**, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri, Beta, İstanbul, 2010, s.86 vd.

¹⁷⁸ Bkz. aynı yönde **İyimaya**, s.435.

¹⁷⁹ Bkz. aynı yönde **İyimaya**, s.435-436.

¹⁸⁰ Kanun sadece ihlalin kaynağıdır, olayı çözmek için uygulanan kural değildir (Bkz. aynı yönde **İyimaya**, s.437).

¹⁸¹ Bkz. aksi yönde **İnceoğlu**, s.196-199. *Eren* ise, Saadet ve Büyük Birlik Partisi başvurusundan hareketle, ek bir idari işleme gerek olmadan doğrudan kanunun

burada Mahkemenin aldığı sıfat, siyasi parti kapatma davasında ve Yüce Divan yargılamasındaki aldığı ‘dava mahkemesi’ sıfatından farklı olduğu gibi, uyguladığı yöntem de ‘medeni ve ceza yargılamasındaki usul ve sürelerden tamamıyla ayrılmaktadır¹⁸². Son olarak, bireysel başvurunun ikincil bir yol olduğunu ve yorum yoluyla ihlalin kaynağı kanunu iptal etme yetkisi vermenin “aktivist” bir tutum olacağını da unutmamak gerekir¹⁸³.

Üçüncü durum pilot karar verilmesini gerektiren yapısal bir sorunun varlığını göstermektedir. Söz konusu yapısal sorunun varlığını tespit eden Mahkeme, Yasamadan kanun değişikliği yapılmasını ister¹⁸⁴.

Son ihtimal ise, AYM’nin belirli konularda ihlal kararı verdiğini gören dava mahkemelerinin “ihlalin kaynağı kanun maddesi hakkında itiraz yoluna başvurusu” sonucunda, Mahkemenin kanunu iptal etmesidir.

Şunu da belirtelim ki, AİHM açısından konuya bakıldığında, Mahkemenin önünde sadece birinci ve üçüncü alternatif söz konusudur.

uygulanmasından doğan ihlal durumunda denetimin bir norm denetimine dönüştüğünü kabul etmiş fakat iptal söz konusu olamayacağı için “kanunun ihmali” durumunun ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Bu ifadelerden Eren’in ihlalin kaynağı kanunun doğrudan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğini savunmadığını çıkarabiliriz (**Abdurrahman Eren**, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016, s.250). Bkz. doğrudan uygulanan ve bireylere etki eden kanunlara karşı bireysel başvuruda bulunulması gerektiği noktasında **Yavuz Sabuncu/Selin Esen Arnwine**, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 21, Y. 2004, s.229 vd.

182 **Pekcanitez**, bu yolun kendine has bir hukuki çare olduğunu belirtmiştir (**Hakan Pekcanitez**, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 12, Y. 1995, s.261).

183 **İyimaya**, s.427-429.

184 AİHM bir pilot kararında “yasa değişikliğinin içeriğinin ne olacağını belirlemesinin uygun olmayacağını”, fakat bazı hallerde yasamaya “yasa değişikliği yapmak için” süre vermesinin uygun olduğunu belirtmiştir (**Greens and M.T. v. The United Kingdom**, §115). Bu konuda, pilot karardaki yapısal sorunun hangi metotlarla çözüleceğinin belirlenmesinin zor olduğu ve devletlere göre değişebileceği vurgulanarak, Mahkemenin, mümkün olduğu kadar spesifik tedbirler belirlemek yerine taraf devlete takdir yetkisi vermesinin, onu anlamaya çalışıp diyalog kurmasının daha yerinde olacağı savunulmuştur (**Gerards**, “The Pilot Judgment Procedure...”, s.12-13; **Şirin**, Türkiye’de Anayasa Şikayeti..., s.643; **Altıparmak**, “Kopya Davalar..., s.94).

Yani ihlal/tazminat kararı veya ilgili ülkenin yasamasından kanun değişikliği yapmasını istemektir. AİHM bakımından bu gidişle ikinci ihtimalin, yani taraf devletlerin kanunlarını iptal etme yetkisinin de tartışılmaya başlanılacağını ileri sürenler olmuştur¹⁸⁵. Gerçekten de, önceden beri AİHM kural olarak iç hukuktaki kanunu incelemeyeceğini, hatta bireylerin buna karşı başvuru yapamayacağını belirtmiş olmakla birlikte, istisnai durumlarda ihlallerin kaynağı kanunu incelemeye tabi tutmuştur. Keza, yapısal sorunun kaynağını anlamak ve Sözleşmeyle çatıştığını tespit etmek için öncelikle taraf devletin kanununu bir incelemeye tabi tutmak gerekmektedir¹⁸⁶.

Yapısal sorunlar, “kanun değişikliği” veya “kanun hükmünün varlığı” yerine “kanuni düzenleme eksikliğinden” de kaynaklanabilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek uygun görünmektedir. Yapısal sorun, çok sayıda ihlalin kaynağı bir kanun ise onun değiştirilmesiyle halledilebilir. Eğer, bir konuda yasal düzenleme eksikliği, çok sayıda benzer başvuru ve ihlal ihtimali doğuruyorsa, bu durumda da yapısal sorun yasamanın bu konudaki hukuki boşluğu doldurmasıyla giderilebilir. Daha somut bir örnek vermek gerekirse, kamulaştırmanın şartlarını veya tapu sicilini düzenleyen kanun iptal edilse, bu hukuki boşluktan birçok mülkiyet hakkı ihlali ortaya çıkabilir. Benzer ihlallerin artması durumunda, Mahkeme yapısal sorunun varlığına ve bunun çözümü için yasa çıkarılmasına karar verebilir. Örneğin Anayasa Mahkemesi Süleyman Başmeydan kararının gerekçesinde “*Müsaderenin, HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak... açık bir kanun hükmünün bulunmadığı görülmektedir. İhlal... kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için... yeni ihlallere yol açılmasının önüne geçilmesi için [kanundaki] belirsizliğin giderilmesi...*”¹⁸⁷ gerekir

¹⁸⁵ **Wildhaber**, “Rethinking the European Court of Human Rights”, s.219; Bkz. kanunları iptal etme yetkisinin olmadığı noktasında **Heider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.131; Bkz. böyle bir tartışma olduğu noktasında **Fyrnys**, “...The Pilot Judgment Procedure...”, s.1236.

¹⁸⁶ Bkz. benzer yönde **Heider**, The Pilot-Judgment Procedure..., s.129-130.

¹⁸⁷ **Süleyman Başmeydan Başvurusu**, §58, 70.

diyerek kanuni düzenleme eksikliğinin yeni ihlallere ve yapısal soruna yol açabileceğini ima etmiştir.

3. Benzer Başvuru “Sayısının” Yapısal Sorun Açısından Önem Arz Edip Etmediği

Pilot karar yönteminin ortaya çıkış sürecine ve işlevine baktığımızda, yapısal sorunun tespiti açısından “benzer başvuru sayısının” önem arz ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim AİHM ve AYM uygulamasına baktığımızda da, kanundan kaynaklanan her ihlal durumunun “yapısal sorun” olarak görülmediği kanaatimiz güçlenmektedir. AİHM kimi kararlarında, pilot karar yöntemini benimsememesine rağmen ihlal tespiti yaparak ilgili ülkeden ihlalin kaynağı olan kanunu değiştirmesini istemiştir¹⁸⁸. Aynı şekilde AYM de bazı kararlarında, ihlal kanundan kaynaklandığı halde sadece dosyayı yerel mahkemeye göndermekle yetinmiş, bir yapısal sorundan ve pilot karar yönteminden söz etmemiştir. Bu kararların ortak özelliği, kanun değişikliğini gerektiren ihlal başvurularının sayısının “aşırı ve katlanılamaz derecede” artmamış olmasıdır. Örneğin kadının soyadına dair başvurudaki¹⁸⁹ ihlal de Medeni Kanun’un 187. maddesindeki hükümden kaynaklandığı halde benzer başvuruların aşırı derecede artmaması nedeniyle pilot karar verecek bir yapısal soruna dönüşmemiştir¹⁹⁰. Bu anlamda bir yapısal sorunun ne zaman pilot karar vermeyi gerektireceği hususu Anayasa Mahkemesinin takdirindedir. Pilot karar vermek için, gerektiğinde yapısal sorundan

188 **Wittling-Vogel**, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments...”, s.60.

189 **Sevim Akat Eşki Başvurusu**, Başvuru No. 2013/2187, Karar Tarihi 19 Aralık 2013.

190 Örneğin Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi Başvurusunda, partiler devlet yardımının ödenmesinin %3 oy şartına bağlanmış olmasının ölçülü olmadığını iddia etmişlerse de, Mahkeme bu başvuruyu doğrudan kanuna karşı yapılan başvuru olarak görmemiş ve inceleme sonucunda müdahalenin “ölçüsüz olmadığına” ve ihlalin yokluğuna hükmetmiştir. Eğer Mahkeme bu kararda ihlal tespiti yapsaydı, söz konusu ihlal nasıl giderilecekti diye sorarsak, tazminat dışındaki tek alternatif “kanunun değiştirilmesi”dir (Bkz. aynı yönde **Erdoğan**, ...Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu, s.192-193). Tazminat da bundan sonraki ihlalleri önlemeyeceği için, kanunun değiştirilmemesi halinde, partiler yine devlet yardımı alamayacaktır. Muhtemelen bu olayda ihlal kararı verseydi, tazminat ile yetinecek, pilot karar usulü ile kanunun değiştirilmesi yöntemine gitmeyecekti. Çünkü ortada, çok sayıda muhtemel benzer ihlaller yoktu.

kaynaklanan mevcut benzer başvuru “sayısını” nazara alabileceği gibi mevcut başvuru sayısı az bile olsa çok sayıda muhtemel benzer başvuru olacağını tahmin ederse yine pilot karar yöntemine gidebilir¹⁹¹.

Esasında AİHM İçtüzüğü ile AYM İçtüzüğüne bakıldığında, yapısal sorunun benzer birçok ihlale neden olması veya olma ihtimali vurgusu yapıldığı görülmektedir. Bundan hareketle, sayının önemli olduğu sonucuna varılabilir¹⁹². Keza pilot karar yönteminin amaçlarından birisinin Mahkemenin iş yükünü azaltmak olduğu nazara alındığında, yine sayının önemi anlaşılmalıdır. Bununla birlikte muhtemel veya mevcut başvuru sayısının tek unsur olduğunu söylemek çok doğru olmaz¹⁹³. Eğer bir sorun, az sayıda başvuruyu ilgilendiren derin bir yapısal sorun ise yine de pilot karar yöntemine gidilebilmelidir. Kısacası, pilot karara gidebilmek için asgari bir başvuru sayısı koymak makul değildir. Bazı pilot kararda binlerce olabileceği gibi bazılarında yüzlerce olabilir¹⁹⁴. Nitekim Kindt tarafından AİHM’de yapılan röportajlarda, kimi muhataplar sayının önemli olduğuna vurgu yaparken kimisi sayının önem arz etmediğini ifade etmiştir¹⁹⁵. AİHM’nin de birçok kararda kullandığı klasikleşmiş ifadeden sayının tek başına belirleyici unsur olmadığını anlıyoruz: “*sorunun tekerrür edici ve inatçı doğasını, etkilediği çok sayıda kişiyi veya etkileme potansiyelini, iç hukukta bu kişilere hızlı ve uygun bir telafi edici yol sunma zorunluluğunu nazara aldığımızda, Mahkemenin mevcut davada pilot karar yöntemini uygulaması yerindedir*”¹⁹⁶.

Bazen bir ülkede yapısal sorun olup olmadığını tek bir başvuru üzerinden tespit etmek mümkün olmayabilir. AİHM bazı kararlarında, bu devlette benzer çok sayıda başvuru geldikten sonra bir yapısal sorun olduğunu tespit edebilmektedir. Ayrıca, Mahkeme bazı durumlarda taraf devletin ihlalleri gidermede isteksiz davrandığını ve önceki kararları icra etmediğini fark ettiğinde de sonraki başvurulardan birinde pilot karar

191 Bkz. benzer yönde AİHM görüşü için **Buyse**, “The Pilot Judgment Procedure...”, s.7.

192 Bkz. aynı yönde **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.43-44.

193 **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.46

194 **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.45-46.

195 **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.46.

196 **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.47-48.

yöntemini seçebilmektedir¹⁹⁷. Problemin uzun süre devam etmesi, yeniden zuhur etmesi veya Mahkemenin bu konudaki istikrarlı kararlarına rağmen taraf devletin ihlale yol açan sorunu çözmemesi gibi unsurlar da pilot karar vermede etkili olmuştur¹⁹⁸.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yolunda kullandığı karar tiplerinden olan pilot karar, ilk defa 2019 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Pilot karar, benzer çok sayıda ihlale sebep olan yapısal sorunun kaynağında çözülmesini sağlayarak hem Mahkemenin iş yükünün azalmasına hem de bireylerin hak ihlallerinin daha hızlı telafi edilmesine yardımcı olabilecek bir yöntemdir. Buna karşılık, pilot karar yönteminin etkin ve işlevsel bir şekilde uygulanması için yargının yanında özellikle yasama ile yürütme organlarının bu konuda iş birliği yapması, verilen kararların icrasında “iyi niyetli” hareket etmesi gerekmektedir. Eğer yasama ve yürütme, pilot kararları uygulamada çekingen davranır, bu kararların kendi yetki alanlarına müdahale oluşturduğunu düşünürse, pilot karar yöntemi ve sağladığı kolaylıklar akim kalabilir.

Pilot kararlar diğer kararlar gibi kesin ve bağlayıcı olmakla birlikte, onlardan farklı bir etki ve icra sürecine sahiptirler. Zaman bakımından hem geleceğe hem geçmişe etkili olabilir. Kişi bakımından ise sadece taraflar için etki doğurmamakta, benzer kişileri de etkileyebilmektedir. Pilot kararların icrasında muhatap, yapısal soruna göre değişebilir. Yapısal sorun bir düzenleyici işlemde kaynaklanırsa, yürütme veya yasama muhatap olur.

Pilot kararın unsurlarından olan yapısal sorunun tespiti önemlidir. Mahkemenin yapısal sorunu tespit ederken, mümkün olduğu kadar,

¹⁹⁷ **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.46-47. Önceden benzer durumlara yönelik ihlal kararı vermiş olmak, sonraki kararlarda verilen ihlalin ciddiliğini ortadan kaldırmaz, hatta, ilgili devlet bu konuda çok sayıda ve ısrarla ihlal etmeye devam ettiği için durumun ciddiyeti daha da artmaktadır. (**Altıparmak**, “Kopya Davalar...”, s.84).

¹⁹⁸ **Kindt**, Pilot Judgment Procedure..., s.47. Kindt’in röportaj yaptığı AİHM’deki muhataplardan birisi şu faktörlerin pilot karar vermede etkili olduğunu vurgulamıştır: “yapısal sorun, yapısal sorunun yıllarca sürmüş olması, yapısal sorunun çok sayıda başvuruya yol açması...ve hükümetin bu sorunu çözmede isteksiz olması” (Aynı eser, s.47).

tereddüde mahal bırakmaması gerekir. Eğer icra edecek organ, yapısal sorunu anlayamazsa kararı yetine getiremez. Yapısal sorunun tespitinde etkili olan faktör sadece benzer başvuru sayısı değildir. Bunun yanında, ilgili devlet veya organların önceki kararların icrası sürecindeki tutumu, ilgili taraf devletin veya organların “pilot karar yöntemine” yönelik olumlu veya olumsuz yaklaşımı da etkili olabilmektedir.

Sonuç olarak, makul sürede yargılanma vb. çok sayıda ihlal doğuran meselelerin çözümünde Mahkemenin pilot karar yöntemini kullanması gayet yerindedir. Pilot karar yöntemiyle, hakların korunması ve anayasanın yorumu açısından önemli başvuruların görülmesine zaman ayırabilmek mümkün olabilir. Ayrıca, bir devletteki insan hakları ihlallerinin giderilmesinde tek organ Anayasa Mahkemesi değildir. Bu nedenle, yasama ve yürütmenin yapısal sorunları kendiliğinden fark ederek gidermesi, pilot karar verilmesi halinde ise kendi vatandaşlarının esenliği için uyumlu ve işbirliği içinde hareket etmesi yerinde olur.

KAYNAKLAR

Altıparmak, Kerem, “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, iç. 50. *Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?*, Ankara Barosu Yayınları, 2009.

Altıparmak, Kerem, “Van Depreminin Hukuktaki Artçıları: Anayasa Mahkemesi’nin Bayram Otel Kararı”, *TESEV Demokratikleşme Programı*, http://tesev.org.tr/wp-content/uploads/2015/11/Van_Depreminin_Hukuktaki_Artcilari_Anayasa_a_Mahkemesinin_Bayram_Oteli_Karari.pdf.

Bates, Ed, *The Evolution of the European Court on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

Buyse, Antoine, “Flying or Landing? The Pilot Judgment Procedure in the Changing European Human Rights Architecture”, in. *Shifting Centers of Gravity in Human Rights Protection Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders* (Editors: Oddný Mjöll Arnardóttir and Antoine Buyse), Routledge, 2016.

Buyse, Antoine, “The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1514441.

Cremer, Hans-Joachim, “Prescriptive Orders in the Operative Provisions of Judgments by the European Court of Human Rights: Beyond res judicanda?”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015.

Çelik, Yeşim, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması*, Adalet, Ankara, 2016.

Erdoğan, Murat, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Lykeion, Ankara, 2019.

Eren, Abdurrahman, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Y. 2016.

Forst, Déborah, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights Limits and Ways Ahead*, Master Thesis (Supervisor: Paul Lemmens), Katholieke Universiteit Leuven, 2011-2012.

Fyrnys, Markus, “Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights”, *German Law Review*, Vol. 12, No. 05, Y. 2011.

Gerards, Janneke, “The Pilot Judgment Procedure before the European Court of Human Rights as an Instrument for Dialogue”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1924806.

Glas, Lize R., “The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court Of Human Rights in Practice, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 34, Issue 1, Y. 2016.

Gözler, Kemal, İnsan Hakları Hukuku, Ekin, Bursa, 2017.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara, 2016.

Göztepe, Ece, İnsan Haklarının Korunmasında Geçici Tedbir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Almanya ve Türkiye Örnekleri, On iki Levha, İstanbul, 2017.

Greer, Steven/Wildhaber, Luzius, “Revisiting the Debate about Constitutionalising the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Vol. 12, Issue 4, Y. 2013.

Gümüşay, Ramazan, Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası, Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Prof. Dr. Ayhan Döner), EBYU Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018.

Gündüz, Ebru/Aktaş, Alkım, “Düzenleyici İşlemlere Karşı Bireysel Başvuru”, *Yıldırım Beyazıt HFD*, Sayı 3, Y. 2017.

Haider, Dominika, The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2013.

Harmsen, Robert, “The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-) Politics of Human Rights”, in. *The European Court of Human Rights between Law and Politic* (Editors: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen), Oxford, 2011.

Harris, D.J./O’Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C.M., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çev: Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Şen Matbaa, Ankara, 2009.

İnceoğlu, Sibel, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Türkiye ve Latin Modelleri, On iki Levha, İstanbul, 2017.

İyimaya, Ahmet, “Bireysel Başvuru İncelemede Anayasaya Uygunluk Denetimi Sorunu ve İnsan Hakları Mahkemesi Modeli”, *TBB Dergisi*, Sayı 116, Y. 2016.

Ichenko, Ivanna, Pilot Judgement Procedure of the European Court of Human Rights: Panacea or Dead-End for Poland, Russia and Ukraine, Master Thesis (Supervisor: Jeremy Mcbride), Central European University, Hungary, 2013.

Kanadoğlu, Korkut, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, On iki Levha, İstanbul, 2015.

Karakul, Selman, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kendi Kararlarının Yerine Getirilmesindeki Rolü”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, Y. 2018.

Karaman, Ebru, Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, On iki Levha, İstanbul, 2013.

Kaya, Emir, “Bireysel Başvurunun Anayasa Yargısına Etkisi: On Yıl Yaşığı ve Kadının Soyadı Örneği”, <http://www.ybu.edu.tr/hukuk/contents/files/Emir%20Kaya%20AYM%20kitap%20bölümü%20On%20yıl%20yaşığı.pdf>.

Kindt, Eline, The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: An Evaluation in the Light of Procedural Efficiency and Access to Justice, Ghent University, PhD Thesis (Supervisors: Prof. Dr. Yves HaecK/Prof. Dr. Stefaan Voet), 2018.

Kılıç, Ayhan, “Yüksek Seçim Kurulu Kararlarına Karşı Bireysel Başvuru Yolu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, C. 3, Y. 2013.

Köküsarı, İsmail, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi”, *Erzincan BYÜHFD*, C. XXII, Sayı 1-2, Y. 2018.

Kurban, Dilek, “Forsaking Individual Justice: The Implications of the European Court of Human Rights’ Pilot Judgment Procedure for Victims of Gross and Systematic Violations”, *Human Rights Law Review*, No. 16, Y. 2016.

Leach, Philip/Hardman, Helen/Stephenson, Svetlana, “Can the European Court’s Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systemic Human Rights Violations? Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, Issue 2, Y. 2010.

Mahoney, P., “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007.

O’Boyle, Michael, “The Future of the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, Vol. 12, No. 10, Y. 2011.

Oder, Bertil Emrah, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta, İstanbul, 2010.

Oellers-Frahm, K., “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007.

Özbay, İbrahim, *Grup Davaları, Yetkin*, Ankara, 2009.

Özbey, Özcan, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı*, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (Danışman: Doç. Dr. İsa Döner), 2012.

Paraskeva, Costas, “Human Rights Protection Begins and Ends at Home: The ‘Pilot Judgment Procedure’ Developed by the European Court of Human Rights”, *Human Right Law Commentary*, No 3, Y. 2007,

<http://www.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/publications/hrlcommentary2007/pilotjudgmentprocedure.pdf>.

Pekcamtez, Hakan, “Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 12, Y. 1995.

Pistriak, Daria, *Non-Enforcement of Domestic Judgments as a Human Rights Violation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Tackling Systemic Problems in Moldova, Russia and Ukraine*, Master Thesis (Supervisor: Jeremy McBride), Central European University, Hungary, 2016.

Polakiewicz, J., “Discussion Following the Presentation by Luzius Wildhaber”, in. *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17 –18, 2007.

Rainey, Bernadette/Wicks, Elizabeth/Ovey, Clare, The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 2014.

Sabuncu, Yavuz/Esen-Arnwine, Selin, “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 21, Y. 2004.

Sadurski, Wojciech, “Partnering with Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments”, *Human Rights Law Review*, Vol. 9, No. 3, Y. 2009.

Schneider, Jan, Reparation and Enforcement of Judgments A Comparative Analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems, University of Manz, PhD Thesis (Supevisor: Prof. Dr. U. F.), 2015.

Sicilianos, Linos-Alexander, “The Role of the European Court of Human Rights in the Execution of its own Judgments: Reflections on Article 46 ECHR”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015.

Şirin, Tolga, “Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Kamu Hukukçuları Platformu 5. Toplantısı*, Ankara, 2015 http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/TA_Bildiri.pdf.

Şirin, Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, On iki Levha, İstanbul, 2013.

Şirin, Tolga, Bireysel Başvuru Usul Hukuku, AYM Yayını, Ankara, 2018.

Spielmann, Dean, “Keynote Address”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015.

Ülgen, Özen, Anayasa Yargısında İptal Kararlarının Etkileri, On iki Levha, İstanbul, 2016.

Wildhaber, Luzius, “Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level”, in. *The European Court of Human Possible Solutions Rights Overwhelmed by Applications: Problems and*

Possible Solutions (Editors: Rüdiger Wolfrum/Ulrike Deutsch), International Workshop Heidelberg, December 17–18, 2007.

Wildhaber, Luzius, “Rethinking the European Court of Human Rights”, in. *The European Court of Human Rights between Law and Politics* (Editors: Jonas Christoffersen/Mikael Rask Madsen), Oxford, 2011.

Wittling-Vogel, Almut, “The Role of the Legislative Branch in the Implementation of the Judgments of the European Court of Human Rights”, in. *Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation* (Editors: Anja Seibert-Fohr/Mark E. Villiger), Ashgate, 2015.

Yıldırım, Zeki, “6384 Sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun: İnsan Hakları İhlallerinin Çözümüne Dair Farklı Bir Yaklaşım”, *Gazi ÜHFD*, Cilt XVII, Sayı 1-2, Y. 2013.

Yıldız, Ezgi, “Judicial Creativity in the Making: The Pilot Judgment Procedure a Decade after Its Inception”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 8, Issue 1, Y. 2014-2015.

Yararlanılan Mahkeme Kararları, Mevzuat ve Diğer Kaynaklar

Yararlanılan AİHM Kararları: Ališić and Others v. Bosnia and Herzegovina, Croatia, Serbia, Slovenia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia, 60642/08, 16.07.2014; Bottazzi v. Italy, 34884/97, 28.07.1999; Broniowski v. Poland, 31443/96 (Friendly settlement), 28.09.2005; Broniowski v. Poland, 31443/96, 29.09.2005; Burdov v. Russia (No. 2), 33509/04, 15.01.2009; Glykantzi v. Greece, 40150/09, 30.01.2013; Greens and M.T. v. The United Kingdom, 60041/08-60054/08, 23.11.2010; Gülmez v. Turkey, 16330/02, 20.05.2008; Hutten-Czapska v. Poland, 35014/97, 19.06.2006; Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine, 40450/04, 15.01.2010; Igranov and Others v. Russia, 42399/13, 28.03.2018. Michelioudakis v. Greece, 54447/10, 03.07.2012; Orlović and Others v. Bosnia and Herzegovina, 16332/18, 1.11.2019; Sürmeli v. Germany, 75529/01, 08.06.2006; Ümmühan Kaplan/Türkiye, 24240/2007, 2003.2012; Xenides-Arestis v. Turkey, 46347/99, 22.12.2015.

Yararlanılan AYM Kararları: A.A. ve A.A. Başvurusu, Başvuru No 2015/3941, Karar Tarihi 1 Mart 2017; Fahrettin Çakıroğlu ve Saime Çakıroğlu Başvurusu, Başvuru No 2016/12574 Karar Tarihi 25 Eylül 2019; Sevim Akat Eşki Başvurusu, Başvuru No. 2013/2187, Karar Tarihi 19 Aralık 2013; Umut Oran Başvurusu, Başvuru No 2014/18926, Karar

Tarihi 22 Ocak 2015; Ülkü Tunca ve diğeri başvurusu, Başvuru No 2012/928, Karar Tarihi 11 Aralık 2014; Y.T. Başvurusu, AYM, Başvuru No 2016/22418, Karar Tarihi 30.05.2019; Yıldız Eker Başvurusu, Başvuru No 2015/18872, Karar Tarihi 22 Kasım 2018; Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad başvurusu, Başvuru No 2016/5604, Karar Tarihi 24 Mayıs 2018.

Committee of Ministers, “AİHM’nin 60642/08 Başvuru No’lu Karara Dair Gözden Geçirilmiş Eylem Planı”, Karar no DH-DD(2017)40, Tarih 11.01.2017.

Committee of Ministers, karar no Res (2004)3.

2014/5917 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmî Gazete, 16 Mart 2014/28943.

2016/8509 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, Resmî Gazete, 09 Mart 2016/29648.

Permanent Representation of Republic of Slovenia to the Council of Europe, Karar no. 135/2016-HH, tarih 19 Aralık 2016.

HÜKMEN HAK SAHİPLERİNE TESLİM EDİLEN TAŞINMAZ MALLARA ELKONULMASI SUÇU (TCK.M. 290/1)

*Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet SAYDAM**

Özet

Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması başlıklı TCK'nın 290. maddesindeki suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitap, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısım, "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Bölüm içerisinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara elkonulması suçu, 2. fıkrasında ise muhafaza edilmek üzere resmen teslim olunan taşınır mala el konulması ve malın bozulması suçu düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu madde ile iki farklı suç düzenlemiştir.

Hiç şüphesiz kanun koyucunun iki suç tipini aynı madde içerisinde düzenlemek yerine, ayrı maddeler halinde düzenlemesi daha uygun olurdu. Zira, maddenin iki fıkrasında düzenlenen suç tiplerinin maddi konusu birbirinden farklı olup, ilk fıkradaki eylemin konusu taşınmaz mal iken; ikinci fıkrasındaki eylemin konusu muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan taşınır maldır.

Çalışmamızda TCK m. 290/1 hükmünde düzenlenen "hükmen hak sahiplerine teslim olunan mallara el konulması" suçu unsurları itibariyle incelenerek, teori ve uygulamada öne sürülen görüşler ışığında bu suç tipinin diğer suçlardan ayırımı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükmen teslim, taşınmaz mal, el koyma, hak sahibi, suç.

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9027-8430>.
Makale Geliş Tarihi: 13/10/2019 / Makale Kabul Tarihi: 25/07/2020.

Abstract

The Crime of Seizure of Delivered Real Estates Delivered By the Judgement to Rightful Ownerships (Article 290 of Turkish Penal Code No. 5237) has been regulated under the second subsection of the title of “Crimes Against The Judicial Bodies and Court” within the fourth section of the title “Crimes Against Nation and State and Final Provisions” under the second chapter of the title Special Provisions of Turkish Penal Code No. 5237.

The crime of seizure of real estates delivered by the judgement to rightful ownerships has been regulated in the first subparagraph of the Article 290 and also the crime of the seizure and damage of real estates delivered by the judgement for safe custody has been regulated in the second subparagraph of the Article 290. Therefore, two kinds of crime were regulated in the same article (Article 290).

Of course, it would be more appropriate that the legislator could arrange these crimes under the different two articles. Because, the crime which was regulated in second subparagraph of article has different meaning from other kind of crime which was regulated in the first subparagraph in terms of the subject of actus reus. The subject of the crime under the first paragraph is “*real estate*” while the subject of the crime under the second paragraph is “any kind of properties” which is delivered for safe custody.

In our study, the crime of seizure of real estates delivered by the judgement to rightful ownerships examined in terms of the legal elements and the differences from other kinds of crime in the light of the theory and legal practice.

Keywords: Delivered by the judgement, real estate, seizure, rightful ownership, crime.

I. Genel Olarak

Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması başlıklı TCK'nın 290. maddesindeki suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabında, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Adliyeye Karşı Suçlar” başlıklı ikinci bölümü içerisinde düzenlenmiştir.

TCK'nın 290. maddesine göre: (1) *Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.*

(2) Muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan taşınır malın bu kişinin elinden rızası dışında alınması halinde hırsızlık, cebren alınması halinde yağma, hileyle alınması halinde dolandırıcılık, tahrip edilmesi halinde mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Kişinin bu malın sahibi olması halinde, verilecek cezanın yarısından dörtte üçüne kadar indirilir. Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması suçuna ilişkin düzenlemenin 765 sayılı mülga TCK'nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenen suç tiplerine karşılık geldiği¹ görülmektedir².

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında, hükmen hak sahibine teslim edilen taşınmaz mallara elkonulması suçu ve 2. fıkrasında ise, resmen teslim olunan taşınır mala el konulması ve malın bozulması suçu düzenlenmiştir. Bu sebeple TCK'nın 290. maddesinde iki ayrı suç tipi bulunduğu açıktır³. Kanun koyucunun iki suç tipini aynı madde içerisinde düzenlemek yerine, ayrı maddeler halinde düzenlemesi veya madde başlığını her iki suç tipini kapsayacak bir şekilde belirlemesi daha uygun olurdu. Mevcut düzenlemenin birinci fıkrasında suçun konusunu “taşınmaz mallar” oluştururken, ikinci fıkrada ise “muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan taşınır malların” suçun konusunu oluşturması bu düşüncemizi desteklemektedir. Ayrıca madde başlığında bulunan “bozulma” ifadesi birinci fıkrada düzenlenen suç bakımından bir anlam taşımazken, ikinci fıkrada düzenlenen suçun seçimlik hareketi olarak düzenlenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suç olarak tanımlanmışken; ikinci

¹ Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 4394.

² Madde 309 -Hükmen kendi yedi nezi olunup ta müstahaklara teslim kılınan gayrimenkul mallarını tekrar zapt ve işgal eden veya mahcuz gayrimenkul malı vaziyet tarihinden sonra tahrip eyliyen veyahut kendi yedinde veya başkası nezdinde olup usulen haciz altına alınan veya vaziyet edilen menkul malını alan veya telef veya sarf ve helak eden kimse üç aydan üç seneye kadar hapsolunur ve otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır.

Madde 310 - Yukarıdaki Maddede yazılan ahval, mühür bozmak veya birden ziyade silahlı kimseler tarafından cebir ve şiddet kullanmak suretiyle icra edilirse fail altı aydan beş seneye kadar hapsolunur. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>, E.T. 13.01.2019.

³ Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2012, s.492.

fıkra, muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim edilen taşınır malların alınması veya tahrip edilmesi veya ortadan kaldırılması cezai yaptırıma tabi tutulmuştur⁴. Bu nedenle, çalışmamızda sadece birinci fıkrada düzenlenen “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu” incelenecektir (TCK m.290/1).

II. Korunan Hukuki Değer

TCK m. 290/1 hükmünde düzenlenen “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu”nun TCK’nın “Adliye Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde düzenlendiği dikkate alındığında; suçla korunan hukuki değer, devletin adli yargı fonksiyonlarını yerine getirmesini önleyen fiilleri engellemek ve böylece adliyenin saygınlığını muhafaza etmektir⁵. Yani, mahkeme kararı ile hak sahiplerine teslim edilen taşınmaza tekrar el konulması suretiyle suç işlendiğinden, adli makamların taşınmaz mallara ilişkin verdiği hükümlerin zorlayıcı etkisi ve itibarı korunmaktadır⁶. Ayrıca, hak sahiplerinin çıkarları ve aynı zamanda mülkiyet hakları da güvence altına alınmaktadır⁷.

İnceleme konusu suç tipiyle, adliyenin saygınlığı ve adli makamların taşınmaz mallara ilişkin olarak tesis ettiği hükümlerin etkinliğinin/ itibarının yanında, hükmen teslim olunan taşınmaz mal üzerinde hak sahibi olan kişilerin mülkiyet (ve/veya) zilyetliğe bağlı haklarının da korunduğu nazara alındığında, suç tipinin karma hukuki değerli bir suç olduğu görülmektedir.

4 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I, Seçkin Yayınları, 22. Bası, Ankara 2018, s.541.

5 Parlar/Hatipoğlu, s.4395.

6 Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi ve Adliye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s.396.

7 Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2014, s.8527.

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçta, failin özel bir statüde olmasının aranmadığı, kanun hükmünde faillikle ilgili bir sınırlama yapılmadığı ve belli özelliklere sahip olan kişilerin⁸ fail olabileceğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı gerekçesi ile suçun failinin herkes olabileceği öğretide kabul edilmektedir⁹.

Suçun işlenebilmesi için, daha önce bir taşınmaza elkoymak suretiyle müdahalede bulunan kişinin bu müdahalesinin haksızlığı suretiyle müdahalenin men'ine ilişkin bir hüküm kurulmuş olmalıdır. Ayrıca verilen hüküm üzerine, taşınmazın hak sahiplerine teslim edilmesi ve ilk müdahalede bulunan kişinin bu hükmü tanımayarak taşınmaza tekrar el koyması gerekmektedir¹⁰. Bu bağlamda, kanaatimizce suçun faili herkes olamaz. Fail, ancak daha önce taşınmaz mala elkoyan ve bu elkoyması bir hükümle bertaraf edilip ilgili taşınmazın hak sahibine teslim edilmesinden sonra tekrar aynı taşınmaza elkoyan kişidir. Yani "hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu", özgü suç niteliğindedir. Çünkü suçun işlenebilmesi için, aynı failin aynı hak sahibinin taşınmaz malına elkoyması ve bu elkoymanın mahkeme hükmü ile giderildikten sonra aynı taşınmaza tekrar aynı fail tarafından elkoyma fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, suçun faili ancak ilk elkoymayı gerçekleştiren kişi olabilir. Herkes bu suçun faili olamaz ve fakat ilk elkoyma fiilini gerçekleştiren herkes suçun faili olabilir. Bu nedenle suç, faillik bakımından özgü suçtur. Herkes suçun faili olamaz. Nitekim güveni kötüye kullanma suçunda da kanun koyucu benzer bir düzenleme yapmıştır (TCK m.155).

Suç, kamu görevlisi veya kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da suç işlenebilir. Ancak kamu görevlisi tarafından görevi dolayısıyla

8 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, 11. Baskı, Ankara 2018, s.115.

9 Ünver, s.492; Meran, s.396; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Parlar/Hatipoğlu, s.4395.

10 Ünver, s.493-495; Meran, s.397; Parlar/Hatipoğlu, s.4395; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Gerçekler, s.5494.

işlendiği durumlarda TCK'nın 261. maddesinin uygulanabilirliği araştırılmalıdır¹¹.

Tüzel kişilerin ceza hukuku bağlamında fail olabilmesi mümkün olmadığından, suçun faili gerçek kişi olabileceğinden, söz konusu suç “taşınmaza ilk elkoyma fiilini gerçekleştiren ve bu elkoyması hükmen hak sahibine teslimle sona eren herkes tarafından işlenebilen suç” kategorisindedir.

Ayrıca, failin malın eski sahibi veya zilyedi olması bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır¹². Bu nedenle, malın eski sahibi veya zilyedi de suçun faili olabilecektir.

2. Mağdur

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçunda mağdur; tekrar elkonulan taşınmaz mal üzerinde hak sahibi olan kimselerdir¹³. Ayrıca bu suç adliye karşı suçlar kısmında düzenlendiği ve bu düzenleme ile devletin adli yargı fonksiyonlarını yerine getirmesini önleyen fiilleri engellendiği ve böylece adliyenin saygınlığı muhafaza edildiği için suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir¹⁴.

Öğretide bu suçun bir mağdurunun bulunmadığı ve devletin suçtan zarar gören olduğu ileri sürülse de¹⁵ suçun mağdurunun olmaması kanaatimizce mümkün değildir. Her suçun faili olduğu gibi mağduru da vardır¹⁶. Zira mağdursuz suç olmaz.

11 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528.

12 Ünver, s.492.

13 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Hasan Gerçeker, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 2, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s.5494.

14 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2013, s.213; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s.986.

15 Meran, s.396.

16 M.Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018, s.312; Koca/Üzülmez, Ceza Genel, s.116; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2013, s.158; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2017, s.147; Birttek, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.170.

Yargıtay'a göre de maliye hazinesinin bu suç nedeniyle doğrudan zarar görmesi söz konusu olmadığı için hükmü temyiz etme hak ve yetkisi bulunmamaktadır¹⁷. Bu sebeple, maliye hazinesi mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip değildir.

Kanaatimizce sadece gerçek kişiler (veya toplumu oluşturan herkes) mağdur olabileceğinden, TCK m. 290/1 hükmünde yer verilen eylemin yöneldiği hukuki değer ve bu değer in ihlali halinde doğrudan doğruya zarar gören sùje/ler nazara alındığında, suçun mağdurunun el konulan taşınmaz üzerinde hak sahibi olan kişi/ler olduğu düşüncesini benimsemekteyiz¹⁸.

3. Suçun Konusu

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenen, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçunun konusu, hükmen hak sahiplerine teslim edilen "taşınmaz" mallardır. Taşınır mallar hükmen teslim edilmiş olsa ve bu mallara tekrar elkonulmuş olsa bile bu fıkroda düzenlenen suç kapsamında değerlendirilmeyecektir¹⁹. Çünkü kanun hükmünde açıkça taşınmaz malların suçun konusu olduğu belirtilmiştir²⁰. Taşınmaz TDK sözlüğüne

17 "Resmen teslim olunan mala el konulması suçundan doğrudan doğruya zarar görmediğinden davaya katılma hakkı bulunmayan Maliye Hazinesinin davaya katılmasına ilişkin karara hukuki değer atfedilemeyeceğinden hükmü temyiz hakkı bulunmayan hazine vekilinin temyiz isteminin CMK'nın 317. maddesi gereğince reddine..", Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 10.11.2016 tarihli ve 2016/2631 Esas, 2016/5561 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 5.01.2019.

18 Öğretide, suçtan doğrudan zarar görmeleri koşuluyla, tüzel kişilerin ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Koca/Üzülmez, Ceza Genel, s.116-117; Özgenç, s.213; Hakeri, s.147; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.314; Birttek, s.171. İncelediğimiz suç tipi yönünden, maliye hazinesinin doğrudan zarar görmesi söz konusu olmadığı için "suçtan zarar gören" olarak kabulü de mümkün değildir.

19 Ünver, s.492; Meran, s.397; Parlar/Hatipoğlu, s.4395.

20 Yargıtay kararlarında da taşınmazların suçun konusunu oluşturacağı vurgulanmaktadır. "TCK'nun "Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması" başlığını taşıyan 290. maddesinin birinci fıkrası; "Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenleme ile hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suç olarak tanımlanmıştır". Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 3.7.2018 tarihli ve 2015/9-185 Esas, 2018/332 Karar sayılı kararı; "Samık ve katılanın ortak mirasçılarında kalan suçta

göre; “ev, tarla vb. taşınamayan mülk, gayrimenkul” olarak tanımlanmıştır²¹. Hukuk sözlüğünde taşınmaz mal, “gayrimenkul, bir yerden bir yere taşınması olanaksız(durağan) mallar” şeklinde tanımlanmıştır²². 4721 sayılı TMK anlamında eşya hukuku bakımından taşınmaz, özüne bir zarar verilmeksizin bir yerden diğer bir yere taşınması mümkün olmayan maldır²³. Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulama Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin 7. maddesine göre, “Taşınmaz mal; arz üzerinde sabit olan tarla, bağ, bahçe, arsa, orman, ağıl, apartman, dükkan, fabrika, otel gibi bütün arazi, bina ve madenler” şeklinde tanımlanmıştır²⁴. İcra İflas Kanunu’na göre gemi de taşınmaz olarak kabul edilmesine rağmen, bu suç bakımından taşınmaz olarak değerlendirilemez. Gemi TCK m. 290 hükmü kapsamında taşınmaz olarak kabul edilmeyecektir. Ancak, İİK m. 342 hükmündeki atıf sebebiyle İİK m.342 çerçevesinde değerlendirilecek fiiller bakımından, TCK m. 290/1’de düzenlenen cezaya göre hüküm kurulacaktır²⁵.

konu Şatırhüyük beldesi 279 numaralı parsel ve üzerinde bulunan kerpiç ev ve diğer taşınmazların satış sureti ile ortaklığının giderilmesine karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesi üzerine, söz konusu taşınmazın 26/06/2006 tarihinde yapılan ikinci satışta katılan ...'e satıldığı, yapılan satışın 04/07/2006 tarihinde kesinleştiği, 18/09/2006 tarihinde tahliye edilerek katılana teslim edildiği, sanığa tahliye edilmiş taşınmaza herhangi bir şekilde müdahale etmesi halinde bunun suç teşkil edileceği hususunun ihtar olunduğu, sanığın, anladığını belirterek imzalandığı halde, sonradan evin penceresini kırarak içeri girdiği ve ailesiyle birlikte kullanmaya devam ettiği anlaşıldığından, sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 290. maddesinde öngörülen hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçunu oluşturduğu yönündeki kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. Ceza Dairesi 21.5.2014 tarihli ve 2013/19540 Esas, 2014/10081 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 5.01.2019.

21 <http://www.tdk.gov.tr/>, E.T. 11.02.2019.

22 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 5.Baskı, Ankara 1996, s.789.

23 Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2008, s.55; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s.32; M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2014, s.351.

24 Ancak üzerinde özel mülkiyet kurulamayan orman ve madenler mülkiyete konu olmayacağı için suçun konusunu da oluşturmaz. 3213 sayılı Maden Kanunu Madde 4 – Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde buldukları arzın mülkiyetine tabi değildir. <http://www.mevzuat.gov.tr>

25 “Madde 342 – (Değişik: 31/5/2005-5358/13 md.) İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın

Öğretide, suçun konusu yönünden “taşınmaz mallar” ifadesinin kullanılmış olması eleştirilerek bu ifadenin kanunilik ilkesinin amacına aykırı bir ifade olduğu belirtilerek çoğul bir ifade kullanılmasının suçun oluşumu bakımından yanlış sonuçlara neden olacağı öne sürülmüştür. Bu düşünceden hareketle de tek bir taşınmaz malın da suçun konusu olabileceği ve ideal hukuk bakımından “taşınmaz mallar” yerine “taşınmaz mal” kavramının kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür²⁶. Kanun hükmüne bakıldığı zaman düzenlemenin; “*hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye...*” şeklinde olduğu görülmektedir. Kanun koyucunun “hak sahipleri” kavramı ile çoğul ifade kullanarak fıkra hükmüne başladığı ve bu “hak sahipleri”nin çoğulluğunu ifade etmek anlamında devamında “taşınmaz mallarına” kavramını kullandığını düşündüğümüzden, suçun konusuna ilişkin çoğul ifadenin suç sayılan eylemi sınırlayan ve kanunilik ilkesiyle ilgisi bulunan bir ifade olmaktan ziyade, yazım tekniği açısından kullanılan bir ifade olduğunu düşündüğümüzden öğretilerdeki bu eleştiriye katılmıyoruz.

TCK’nın 290. maddesinin 1. fıkrasında, “*hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması*” şeklinde düzenleme yapıldığı için; “hüküm” niteliğinde olmayan bir kararla teslim edilen taşınmazlara elkonulması bu suçun konusunu oluşturmayacaktır²⁷.

tekrar giren borçlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 290 ıncı maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır.” <http://www.mevzuat.gov.tr>. E.T. 10.01.2019.

26 Ünver, s.493.

27 Aynı yönde Yargıtay kararı bakımından bakınız; “*Resmen teslim olunan mala elkonulması suçunun, taşınmazın hak sahibine mahkeme hükmü ile yapılacak teslimden sonra haklı bir sebep olmaksızın aynı taşınmaza tekrar elkonulması suretiyle oluşacağı; somut olayda Yeniçağa İcra Müdürlüğü’nün 2006/104 talimat sayılı takip dosyası kapsamında alacağı mahsuben katılan kuruma ihale edilen D. Köyü B. mevkii 1.. ada 2.. parsel taşınmazın mülkiyetinin İcra Müdürlüğü’nün 25.02.2008 tarih ve 2006/104 talimat sayılı satış kararı gereğince katılan kurum adına tescil edildiği, taşınmaz üzerindeki dükkanın anılan karara dayanarak 19.08.2008 tarihli tutanak ile tahliye edildiği, İcra Müdürlüğü kararının hüküm niteliğinde olmadığı gibi mahkeme hükmüne de dayanmadığının anlaşılması karşısında anılan karara dayanılarak alacaklı vekiline iş yeri tesliminin hükmen teslim olarak değerlendirilemeyeceği, sanıkların üzerine atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.07.2018 tarihli ve 2015/185 Esas, 2018/332 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 10.01.2019.

Bu sebeple hükmen teslimine ilişkin bir mahkeme hükmü bulunmalı²⁸ ve hüküm kesinleşmelidir²⁹. Ayrıca kanun maddesinde teslimden söz edildiği için, mahkeme hükmü üzerine hak sahiplerine taşınmaz malların hükmen teslim edilmiş olması gerekir³⁰. Hüküm verilmiş, ancak henüz taşınmaz hak sahibine hükmen teslim edilmemişse, bu türden bir taşınmaza da elkonulması suçu oluşturmayacaktır³¹. Yani suçun konusu hükmen hak sahibine teslim edilen taşınmaz maldır. Aynı hak sahibinin hükmen teslim edilen taşınmazına değil de bir başka taşınmazına elkonulması durumunda bu suçtan söz edilemeyecektir³².

4. Fiil

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrası ile düzenlenen suçunun fiil unsurunu, mahkeme hükmü ile hak sahiplerine teslim edilen taşınmaza tekrar el konulması oluşturmaktadır.

Suçun işlenebilmesi için, öncelikle daha önce bir taşınmaza elkoymak suretiyle müdahalede bulunan kişinin bu müdahalesinin haksızlığı suretiyle müdahalenin men'ine ilişkin bir hüküm kurulmuş olmalıdır. Ayrıca verilen hüküm üzerine, taşınmazın hak sahiplerine teslim edilmesi ve ilk müdahalede bulunan kişinin bu hükmü tanımayarak taşınmaza tekrar el koyması gerekmektedir³³. Suç, elkonulma fiilinin gerçekleşmesi ile tamamlanacaktır. Bu bakımından sırf hareket suçu niteliğindedir³⁴.

28 Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Bası, İstanbul, s.163; Ünver, s.493.

29 Parlar/Hatipoğlu, s.4396.

30 “Sanık, el atmanın önlenmesi kararından sonra suça konu taşınmazda oturmayı sürdürdüğü gibi, İİK. nun 26. maddesi anlamında davacıya teslim de gerçekleşmediğine göre; hak sahibine teslim edilen taşınmazın yeniden işgalinin söz konusu olmadığı ve bu durumda atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmayacağı gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır...” Yargıtay 8. Ceza Dairesi 02.05.2001 tarihli ve 2001/983 Esas, 2001/9927 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 08.01.2019.

31 Gözübüyük, s.163.

32 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529.

33 Ünver, s.493-495; Meran, s.397; Parlar/Hatipoğlu, s.4395; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Gerçekler, s.5494.

34 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528.

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında, “*hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması*” şeklinde düzenleme yapıldığı için; “hüküm” niteliğinde olmayan bir kararla teslim edilen taşınmazlara elkonulması bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir³⁵. Hukuki bir terim olarak “hüküm”, bir uyuşmazlığın hâkim tarafından çözümlenmesi üzerine verilen nihai karardır³⁶. Kanuni düzenlemede “hükmen teslim”den bahsedildiği için, idari bir kararla taşınmazın teslim edildiği durumlarda; idari kararlar hüküm olarak değerlendirilemeyeceği için, idari kararlar hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması bu suçu oluşturmayacaktır³⁷. Örneğin valilik veya kaymakamlığın kararı üzerine yapılan taşınmaz teslimini tanımayarak tekrar taşınmaza el koyan kişi bu suçtan sorumlu olmayacaktır. Ancak 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi gereğince aynı kanunun 15. maddesinde düzenlenen suç söz konusu olacaktır³⁸.

Ayrıca hüküm niteliğinde olmayan ihtiyati tedbir kararıyla hak sahibine teslim edilen taşınmaz mala tekrar elkonulması da bu suç çerçevesinde değerlendirilmeyecektir³⁹.

35 Aynı yönde Yargıtay kararı bakımından bakınız; “*Resmen teslim olunan mala elkonulması suçunun, taşınmazın hak sahibine mahkeme hükmü ile yapılacak teslimden sonra haklı bir sebep olmaksızın aynı taşınmaza tekrar elkonulması suretiyle oluşacağı; somut olayda Yeniçağa İcra Müdürlüğünün 2006/104 talimat sayılı takip dosyası kapsamında alacağa mahsuben katılan kuruma ihale edilen D. Köyü B. mevkii 1.. ada 2.. parsel taşınmazın mülkiyetinin İcra Müdürlüğünün 25.02.2008 tarih ve 2006/104 talimat sayılı satış kararı gereğince katılan kurum adına tescil edildiği, taşınmaz üzerindeki dükkanın anılan karara dayanarak 19.08.2008 tarihli tutanak ile tahliye edildiği, İcra Müdürlüğü kararının hüküm niteliğinde olmadığı gibi mahkeme hükmüne de dayanmadığının anlaşılması karşısında anılan karara dayanılarak alacaklı vekiline iş yeri tesliminin hükmen teslim olarak değerlendirilmeyeceği, sanıkların üzerine atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığı gözetilmeden beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...*” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.07.2018 tarihli ve 2015/185 Esas, 2018/332 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 10.01.2019.

36 Yılmaz, s.341.

37 Ünver, s.494; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Meran, s.397; Parlar/Hatipoğlu, s.4395; Gerçekler, s.5494.

38 Gerçekler, s.5494.

39 Parlar/Hatipoğlu, s.4396.

Madde metninde “elkoyma” kavramı kullanılmıştır. Elkoymadan maksat, hak sahibinin fiili tasarruf güç ve yetkisini elinden alacak şekilde, taşınmaz üzerinde failin kendi egemen gücünü tesis etmesidir⁴⁰. Yani, hak sahibine hükmen teslim edilen taşınmaz mala fiilen elkonularak hak sahibinin her türlü tasarrufuna engel olunmasıdır⁴¹.

Suç tipinde yer verilen “elkoyma” kavramı ile CMK’da koruma tedbiri olarak düzenlenen elkoyma kavramı malvarlığı üzerindeki sonuçları açısından benzer olsa da mahiyetleri itibariyle birbirinden farklıdır.

TCK m. 290/1 hükmünde düzenlenen suç tipinin maddi unsuru bakımından elkoyma, zilyetliği ele geçirme, taşınmaz mal üzerinde zilyedin veya malikin yapabileceği tasarruflardan en az birinin yapılması şeklinde gerçekleşmelidir. Bu bağlamda zilyedin veya malikin tasarruflarının engellenmesi de aynı kapsamında değerlendirilecektir⁴². Elkoyma niteliğinde olmayan taşınmaz üzerindeki fiiller bu suç kapsamında değildir⁴³. Örneğin, sanığın taşınmaza hak sahibi tarafından dikilen bazı taşları tekrar tarlasına atması elkoyma olarak değerlendirilemeyeceğinden TCK m.290/1 oluşmaz⁴⁴.

Taşınmaz mala elkoyma niteliğinde olmayan ve fakat taşınmaza tekrar girilmesi şeklindeki fiiller İcra İflas Kanununun 342. maddesindeki⁴⁵ yollamaya rağmen TCK m. 290/1 hükmü kapsamında tipik eylem olarak kabul edilemeyecektir⁴⁶. Ancak TCK m.290/1 hükmünde öngörülen ceza tayin edilecektir. Çünkü, İcra İflas Kanunu’nun hükmü, sadece bu suçun cezası bakımından bir atıfta

40 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528.

41 Gözübüyük, s.164.

42 Ünver, s.493.

43 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528.

44 Parlar/Hatipoğlu, s.4396.

45 “Madde 342 – (Değişik: 31/5/2005-5358/13 md.) İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 290 ıncı maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır.” <http://www.mevzuat.gov.tr>. E.T. 10.01.2019.

46 <http://www.mevzuat.gov.tr>. E.T. 10.01.2019.

bulunmuştur⁴⁷. Suçun unsurlarına bir atıf söz konusu değildir. Ayrıca İİK'nın 342. maddesinde taşınmaza tekrar girilmesi suç olarak düzenlenmişken, TCK'nın 290/1. maddesinde, taşınmaza elkonulması hüküm altına alınmıştır. Yargıtay'ın kararlarında da bu husus vurgulanmıştır⁴⁸.

“Hükmen Hak Sahiplerine Teslim Edilen Taşınmaz Mallara Tekrar Elkonulması Suçu”nun çok hareketli suç niteliğinde olduğu öğretide kabul edilmiştir⁴⁹. Bu görüşe göre, taşınmaz mal hükmen hak sahiplerine teslim edilmeden önce ilk elkoyma fiili gerçekleşmeli ve bunun üzerine mahkeme hükmü ile elkoyma sona erdirilerek hak sahibine taşınmaz mal teslim edilmeli ve teslim sonrası ilk elkoyma fiilini gerçekleştiren fail tekrar aynı taşınmaza elkoymalıdır⁵⁰. Bu nedenle aynı hak sahibine ait

47 “...İİK'nun 346. maddesinin üçüncü fıkrasında, aynı Kanununun On Altıncı Babında yer alan ve aralarında davaya konu İİK'nun 342. maddesinde düzenlenen suçun da bulunduğu suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılacağına açıkça düzenlenmiş olması, TCK'nun 290. maddesine yapılan atfın, ilgili suçun unsurlarına yapılmayıp yalnızca cezayla sınırlı olması karşısında, söz konusu suçla ilgili davada yargılama görevinin icra mahkemesine ait olduğunun kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.07.2018 tarihli ve 2015/9-185 Esas, 2018/332 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 10.01.2019.

48 “Resmen teslim olunan mala elkonulması suçunun, taşınmazın hak sahibine mahkeme hükmü ile yapılacak teslimden sonra haklı bir sebep olmaksızın aynı taşınmaza tekrar elkonulması suretiyle oluşacağı; somut olayda Yeniçağa İcra Müdürlüğü'nün 2006/104 talimat sayılı takip dosyası kapsamında alacağı mahsuben katılan kuruma ihale edilen D.. Köyü B.. mevkii 1.. ada 2.. parsel taşınmazın mülkiyetinin İcra Müdürlüğü'nün 25.02.2008 tarih ve 2006/104 talimat sayılı satış kararı gereğince katılan kurum adına tescil edildiği, taşınmaz üzerindeki dükkanın anılan karara dayanarak 19.08.2008 tarihli tutanak ile tahliye edildiği, İcra Müdürlüğü kararının hüküm niteliğinde olmadığı gibi mahkeme hükmüne de dayanmadığının anlaşılması karşısında anılan karara dayanılarak alacaklı vekiline iş yeri tesliminin hükmen teslim olarak değerlendirilemeyeceği, sanıkların üzerine atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi..” Yargıtay 9. Ceza Dairesi 13.01.2014 tarihli ve 2013/15093 Esas, 2014/212 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 10.01.2019.

49 Ünver, s.494; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529; Parlar/Hatipoğlu, s.4395; Gerçekler, s.5495.

50 “- Kabul ve uygulamaya göre;

a- Sanığın, katılana ait işyerinin kirasının ödememesi nedeniyle İstanbul 11. İcra Mahkemesinden alınan tahliye kararına istinaden tahliye edilmesine rağmen hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanıklarla birlikte müştekinin işyerini açarak işgal etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237

olan ve fakat hükmen men edilmediği başka bir taşınmaza elkonulması halinde bu suçun tipikliği oluşmayacaktır⁵¹. Ancak kanaatimizce kanun koyucunun bu suç tipi bakımından yaptığı düzenlemede “tekrar elkoyma” dan bahsetmesi, failin niteliğine ilişkin bir vurgudur. TCK m.290/1’in özgü suç olduğuna yönelik bir belirleme yapılmıştır. Suçun çok hareketli suç olmasına yönelik değildir.

Nihai olarak, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu'nun oluşması için; öncelikle failin başkasının taşınmaz malına elkoyması, mahkemenin failin bu müdahalesini önlemeye yönelik hüküm vermesi, bu hüküm üzerine usulüne uygun olarak taşınmazın hak sahibine teslim edilmesi, taşınmazın resmen tesliminden failin resmen haberdar edilmesi⁵² ve failin aynı taşınmaza tekrar elkoyması gerekmektedir⁵³.

B. Manevi Unsur

TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suç, ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği⁵⁴ için, eylemin taksirle işlenmesi halinde tipiklik gerçekleşmez. Bu suç yönünden suç kastından söz edebilmek için, failin daha önce elkoymuş taşınmazın, mahkeme hükmü ile hükmen hak sahibine teslim edildiğini

sayılı TCK.- nun 290/1. madde ve fıkrasında düzenlenen suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmadan, yazılı biçimde hakkı olmayan yere tecavüz suçundan hüküm kurulması ...” Yargıtay 8. Ceza Dairesi 9.12.2014 tarihli ve 2014/20963 Esas, 2014/30356 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 08.01.2019.

- 51 “Daha önce aynı suçtan mahkum olmasına rağmen aynı taşınmaza tekrar giren sanığa yüklenen TCK.nun 309. maddesinde yazılı şekli suçun oluşabilmesi için, ilamın tekrar mahallinde infaz edilmesi ve taşınmazın hak sahibine yeniden teslimi gerektiğinden suçun bu asli unsurunun oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi..” Yargıtay 8. Ceza Dairesi 19.01.1989 tarihli ve 1988/9593 Esas, 1989/379 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 08.01.2019.
- 52 “Olayımızda da, 30.5.1969 tarihli teslim tutanağı gereğince taşınmazdan zorla çıkarılmış olan sanığın, aynı taşınmaza tekrar girmesi sonucu suç oluşmuş olmaktadır. Bu nedenle Mahkemenin uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir...” Yargıtay 8. Ceza Dairesi 27.02.1990 tarihli ve 1990/5400 Esas, 1990/7569 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 08.01.2019.
- 53 Gözübüyük, s.163-164; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529; Parlar/Hatipoğlu, s.4396.
- 54 Saydam, Mehmet/Öztürk, Nurten, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir”, TAAD, Yıl:6, Sayı: 23, 2016, s.135-157.

bilmesi ve mahkeme hükmüne aldırış etmeden tekrar aynı taşınmaza elkoyma bilinci ile hareket etmesi gerekmektedir⁵⁵.

Suçun kanuni tipinde, failin belli bir maksat veya saikle hareket etmesi aranmadığından özel kastla/ saikle hareket edilmesine ihtiyaç yoktur⁵⁶.

Öğretide bu suçun olası kastla işlenebileceği iddia edilmiş olmasına rağmen kanaatimizce suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁵⁷. Suç sadece doğrudan kastla işlenebilir⁵⁸. Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için, bir hüküm bulunması, hükmün infazının yapılarak hükmen hak sahibine teslimde bulunulması ve failin de hükmen teslimden haberdar olması ve bilgilendirilmiş olması gerekir⁵⁹. Bu bilgilendirme, resmen teslim sırasında sanığın hazır bulundurulması veya tutanak tutularak bildirilmesi ya da tebligat gönderilmesi suretiyle yapılmalıdır⁶⁰. Fail bu bilinçle ve bunları bilerek tekrar taşınmaza elkoymak suretiyle suçu işleyecektir⁶¹.

55 Gözübüyük, s.164; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529; Parlar/Hatipoğlu, s.4397; Gerçeker, s.5495.

56 Ünver, s.498; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529; Parlar/Hatipoğlu, s.4397.

57 Ünver, s.498; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529.

58 Aynı yönde bakınız, Parlar/Hatipoğlu, s.4397.

59 *“Katılanın aşamalarındaki değişmeyen iddiası, sanığın tevil yollu savunması ve suça konu taşınmaza ilişkin Şişli 1.İcra Mahkemesinin 20/01/2006 tarih, 2005/828 esas - 2006/49 sayılı tahliye kararı üzerine aynı yer 4.İcra Müdürlüğünün 23/02/2006 tarihli tutanağıyla, bu işyeri katılana teslim edildikten sonra, sanığın bu yere tekrar el koyduğu ve bu hususun 21/03/2006 tarihli görevli polisler tarafından düzenlenen tutanak ile de anlaşılmasına karşın, yasal olmayan gerekçeyle resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması suçundan beraat kararı verilmesi...”* Yargıtay 4. Ceza Dairesi 13.01.2015 tarihli ve 2014/27060 Esas, 2015/951 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 08.01.2019.

60 Ünver, s.494; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528.

61 *“TCK'nın 257. maddesi genel, tali ve tamamlayıcı bir hüküm olup görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için eylemin Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanmamış olması gerektiği, Acıpayam İlçesi .. Belediye Başkanı olarak görev yapan sanığın, katılanın tapulu taşınmazından kamulaştırma işlemi olmadan yol geçirmek suretiyle taşınmaza yapılan haksız elatmanın önlenmesine ilişkin Acıpayam Sulh Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş ilamı gereğince Acıpayam İcra Müdürlüğünce taşınmazın katılana tesliminden sonra Belediye'ye ait iş makineleriyle yeniden müdahale ederek yolu açtırması şeklinde sübuta eren eyleminin, aynı Kanununun 290/1. maddesinde düzenlenen “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara el koyma” suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yanlıgılı değerlendirmeye yazılı şekilde görevi*

C. Nitelikli Hal

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu bakımından cezayı ağırlaştırır veya daha az ceza gerektiren bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. Ancak bu suçun çoğunlukla özel hukuk uyuşmazlıkları sonucunda mahkeme hükmünden tatmin olmayan kimseler tarafından işlendiğini, failerin kendince haklı olduklarına ilişkin bir kabul hareket ettiklerini ve yine failerin bir nevi ihkak-ı hak niteliğinde fiiller gerçekleştirdiklerini de göz önünde bulundurduğumuzda;

Kanaatimizce hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu bakımından, suçun “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde” daha az cezayı gerektiren nitelikli halin düzenlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim TCK’nın 290. maddesinin 2. fıkrasında hırsızlık suçuna atıf yapıldığı ve hırsızlık suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından, TCK’nın 144. maddesinde yapılan düzenlemenin bir benzeri olarak, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçu (TCK m.290/1) bakımından da daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi yapılabilir.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara bir hukuka uygunluk sebebinden hareketle elkonulması suçun oluşmasını engeller⁶².

kötüye kullanma suçundan hüküm kurulması...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi 29.4.2015 tarihli ve 2013/7860 Esas, 2015/10935 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 08.01.2019.

⁶² Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s.422 vd; Özgenç, s.282 vd; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Cilt II-III, İstanbul 1992, s.136 vd; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.264 vd; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2018, s.268 vd; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2018, s.275 vd; Kayıhan İçel/A.Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4.Baskı, İstanbul 2007, s.95; Akbulut, Berrin Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.175 vd; ; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005, s.192 vd; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2018, s.232; İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, İçel Suç Teorisi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000, s.98 vd; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2011, s.287 vd; Zafer, 289 vd;

TCK'da düzenlenen hukuka uygunluk sebeplerinden hareketle bir değerlendirme yapıldığında, meşru müdafaa hukuka uygunluk hali bu suç bakımından uygulanabilir görünmemektedir. Ancak kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk halinin gerçekleşebilmesi mümkündür. Örneğin, hükmen teslim gerçekleşmesine rağmen yeni bir hüküm ve kanuni düzenleme gereği taşınmaza tekrar el koyan fail, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk halinden yararlanacaktır. Bu durumda fiil hukuka aykırı olmadığı için, hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceğinden suç oluşmayacaktır⁶³.

İdari bir emirle hak sahiplerine teslim edilen taşınmaza tekrar elkonulması durumunda hukuka uygunluk halinden yararlanılması mümkün değildir. Örneğin hak sahiplerine hükmen teslim edilen taşınmaza, belediye başkanının emri ile tekrar elkonulması bu suç oluşturacaktır⁶⁴.

Diğer bir hukuka uygunluk hali olan ilgilinin rızasının bulunması halinde de suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceği için fiil suç olarak nitelendirilemez⁶⁵.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu çerçevesinde hak sahibi olan failin, bu kanun gereği bir mahkeme kararı ile hakkının tespit edilmesi üzerine bu hakkın kullanılması suç teşkil etmeyecektir. Örneğin yeni bir

Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.197 vd; Birtok, s.219.

63 “Resmen teslim olunan mala elkonulması suçunun, taşınmazın hak sahibine mahkeme hükmü ile yapılacak teslimden sonra haklı bir sebep olmaksızın aynı taşınmaza tekrar elkonulması suretiyle oluşacağı...” Yargıtay 9. Ceza Dairesi 13.01.2014 tarihli ve 2013/15093 Esas, 2014/212 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net>, E.T. 11.01.2019.

64 “Belediye Başkanı olarak görev yapan sanığın, katılanın tapulu taşınmazından kamulaştırma işlemi olmadan yol geçirmek suretiyle taşınmaza yapılan haksız elatmanın önlenmesine ilişkin Acıpayam Sulh Hukuk Mahkemesinin kesinleşmiş ilamı gereğince Acıpayam İcra Müdürlüğüne taşınmazın katılana tesliminden sonra Belediye'ye ait iş makineleriyle yeniden müdahale ederek yolu açtırması şeklinde sübuta eren eyleminin, aynı Kanununun 290/1. maddesinde düzenlenen “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara el koyma” suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi 29.4.2015 tarihli ve 2013/7860 Esas, 2015/10935 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 08.01.2019

65 Rıza bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız, Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

mahkeme kararı ile failin karara dayanarak taşınmaza tekrar el koyması suçu oluşturmayacaktır.

IV. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçunun işlenebilmesi için, failin başkasının taşınmaz malına elkoyması, mahkemenin failin bu müdahalesini önlemeye yönelik hüküm vermesi, bu hüküm üzerine usulüne uygun olarak taşınmazın hak sahibine teslim edilmesi ve failin bundan haberdar olmasına rağmen aynı taşınmaza tekrar el koyması gerekir. Elkoyma fiili ile suç tamamlandığı için bu niteliği ile sırf hareket suçudur. Ancak hareket kısımlara bölünebildiği için suç teşebbüse elverişlidir⁶⁶. Yani, failin elverişli hareketlerle doğrudan doğruya suçun icrasına başlayıp da elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamadığı durumlarda teşebbüs söz konusu olacaktır⁶⁷.

Elkoyma hareketi zamana yayılabilir ve bölünebilir nitelikte olduğu için, somut olayda fail icra hareketlerine başlamasına rağmen elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştiremezse teşebbüs hükümlerine göre hareket edilecektir⁶⁸. Örneğin fail, hak sahiplerine hükmen teslim edilen taşınmaz mala tekrar elkoymak istediği sırada hak sahibi olan kişi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 981. maddesi gereğince hakkını kullanıp buna engel olursa suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır⁶⁹.

⁶⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529; Parlar/Hatipoğlu, s.4398.

⁶⁷ Meran, s.400.

⁶⁸ Ünver, s.498.

⁶⁹ "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun "Suça teşebbüs" başlıklı 35. maddesinde; "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" hükmü yer almaktadır. Teşebbüs aşamasında kalan bir suçun varlığından söz edilebilmesi için;

1-) Fail ya da failerde kasıtlı bir suç işleme kararı olmalı,

2-) Elverişli hareketlerle suçun doğrudan doğruya icrasına başlanmalı,

3-) Failin elinde bulunmayan sebeplerle suç tamamlanamamalı veya amaçlanan sonuç gerçekleşmemelidir.

Teşebbüs aşamasında kalan suçta fail, eylemini tamamlamak amacıyla hareket etmesine karşın, elinde olmayan nedenlerden dolayı fiilini gerçekleştirememekte, bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az ceza verilmektedir." Yargıtay

Aynı şekilde, fail taşınmaza elkoymaya çalışırken etrafta bulunan kişilerin veya polisin müdahalesi sonucunda elkoymamışsa suç teşebbüs çerçevesinde değerlendirilecektir.

B. İştirak

TCK'nın 290/1. maddesinde düzenlenen “*Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma*” suçunun faili, ancak daha önce taşınmaz mala elkoyan ve bu elkoyması bir hükümlle bertaraf edilip ilgili taşınmazın hak sahibine teslim edilmesinden sonra tekrar aynı taşınmaza elkoyan kişidir. Yani bu suç, özgü suç niteliğindedir. Çünkü suçun işlenebilmesi için, aynı failin aynı hak sahibinin taşınmaz malına elkoyması ve bu elkoymanın mahkeme hükmü ile giderildikten sonra aynı taşınmaza tekrar aynı fail tarafından elkoyma fiilinin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, suçun faili ancak ilk elkoymayı gerçekleştiren kişi olabilir. Herkes bu suçun faili olamaz ve fakat ilk elkoyma fiilini gerçekleştiren herkes suçun faili olabilir. Bu nedenle suç, faillik bakımından özgü suçtur. Özgü suç olduğu için, ilk elkoyma fiilini gerçekleştirmeyen kişiler fail olamaz, ancak şerik olabilir.

Hükmen hak sahibine teslim edilen taşınmaza hükümden önce ilk elkoyma fiilini birlikte gerçekleştiren failler, hükümlle teslim gerçekleştikten sonra tekrar birlikte aynı taşınmaza elkoyarlarsa, müşterek fail olarak cezalandırılacaklardır⁷⁰. Ancak, ilk elkoyma fiilini gerçekleştirmeyen kişiler hükmen teslimden sonra yapılacak olan ikinci elkoyma fiiline katılırsa şerik olarak cezalandırılacaklardır Çünkü, kanun koyucunun bu suç bakımından faile ilişkin suç tipinde aradığı vasfı taşımamış olacaklardır⁷¹.

Ceza Genel Kurulu 3.4.2018 tarihli ve 2017/7-735 Esas, 2018/143Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 11.01.2019.

70 “*Sanıklar ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ... hakkında, hırsızlık ve resmen teslim olunan mala el konulması suçlarından cezalandırılmaları talebi ile iki ayrı kamu davası açıldığı ve bu suretle 2’şer kez cezalandırılmaları talep edildiği halde, hangi tarihli eylem nedeniyle hüküm kurulduğu belirtilmeden adı geçen suçlardan birer kez hüküm kurularak, infazı da etkileyecek şekilde uygulama yapılması suretiyle 5271 sayılı CMK’nın 232. maddesine aykırı davranılması...*” Yargıtay 17. Ceza Dairesi 30.06.2016 tarihli ve 2016/6506 Esas, 2016/9789 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

71 “*Apartman yönetimi tarafından 15.03.2011 tarihinde tanzim edilen tespit tutanağında ve İcra Müdürlüğü’nce yapılan infaz işleminde sanık ...’in işgalinde olan yerin ara kapısı kilitli olarak teslim edildiğinin belirtilmesi ve diğer*

Taşınmaz hükmen hak sahibine teslim edildikten sonra, failin tekrar aynı taşınmaza elkoymasına ilişkin kararı sağlayan kişi, azmettiren olarak sorumlu olacaktır (TCK m.38, m.40) Ayrıca “elkoyma” fiilini gerçekleştiren faile maddi veya manevi yardımda bulunan kişi de yardım eden olarak sorumlu olacaktır (TCK m.39, m. 40)⁷².

C. İctima

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar el konulması suçunun düzenlendiği TCK'nın “Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması” başlıklı 290. maddesinde iki farklı suç tipi düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması” suç olarak düzenlenmişken, ikinci fıkrasında muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan “taşınır malların” rıza dışında alınması, cebren alınması, hileyle alınması veya tahrip edilmesi suç olarak düzenlenmiştir⁷³. Bu noktada, fail hem TCK'nın 290. maddesinin 1. fıkrasındaki fiili ve hem de TCK'nın 290. maddesinin 2. fıkrasındaki fiili işlediğinde gerçek ictima kuralları çerçevesinde her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçunun düzenlenmesinde “taşınmaz mallar” ifadesinin kullanılması suçun oluşumu bakımından birden fazla taşınmaza elkonulması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira yukarıda açıkladığımız üzere kanun koyucunun “hak sahipleri” kavramı ile çoğul ifade kullanarak fıkra hükmüne başladığı ve bu “hak sahipleri”nin çoğulluğunu ifade etmek anlamında devamında “taşınmaz mallarına” kavramını kullandığını düşündüğümüzden, failin hükmen hak sahiplerine

sanık ... soruşturma aşamasındaki ifadesinde kilitleri kendisinin taktığını beyan etmesi karşısında; sanık ...ın, diğer sanık...la birlikte hareket ettiğine ve infaz işleminden sonra taşınmaza ne şekilde müdahalede bulunduğuna ilişkin deliller ortaya konulmadan, sanığın, diğer sanık ...a birlikte hareket ettiğinden bahisle yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yargıtay 16. Ceza Dairesi 10.03.2015 tarihli ve 2015/189 Esas, 2015/61 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

⁷² Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529.

⁷³ Ünver, s.500.

teslim edilen tek bir taşınmaza tekrar elkoyması durumunda da bu suç oluşacaktır.

Ayrıca failin, aynı mağdurun aynı hükümlerle, hükmen teslim edilen birden fazla taşınmazına elkoyması durumunda da tek bir suç oluşacaktır⁷⁴. Ancak bu durum TCK m. 61 kapsamında temel cezada dikkate alınacaktır. Fakat failin, aynı mağdurun farklı hükümlerle teslim edilmiş bir başka taşınmazına tekrar elkoyması halinde TCK m.43/1 bağlamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Çünkü, failin ilk suç işlendikten sonra, aynı mağdurun bir başka hükümlerle teslim edilen başka taşınmazına aynı suç işleme kararı ile tekrar elkoyması söz konusu olacaktır. Bu durumda da zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır⁷⁵.

Failin, hükmen hak sahiplerine taşınmaz teslim edildikten sonra elkoyması halinde suç oluşacağı için, failin bu elkoymasının hükmen sonlandırılarak ikinci defa hak sahiplerine teslim edilmesi durumunda, tekrar aynı suç işleme kararı ile aynı kişiye karşı aynı suçun işlenmesi söz konusu olduğu hallerde zincirleme suç hükümlerine göre ceza verilmelidir⁷⁶. Ancak bu fiilden iddianame düzenlendikten sonra failin yeniden aynı mağdurun taşınmazına tekrar elkoyması halinde iki ayrı suç işlenmiş olacaktır⁷⁷. Zira, iddianame düzenlenmekle birlikte fiil

74 Aynı yönde görüş için bakınız, Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529.

75 *“Sanıklar ve ... hakkında, hırsızlık ve resmen teslim olunan mala el konulması suçlarından cezalandırılmaları talebi ile iki ayrı kamu davası açıldığı ve bu suretle 2’şer kez cezalandırılmaları talep edildiği halde, hangi tarihli eylem nedeniyle hüküm kurulduğu belirtilmeden adı geçen suçlardan birer kez hüküm kurularak, infazı da etkileyecek şekilde uygulama yapılması suretiyle 5271 sayılı CMK’nun 232. maddesine aykırı davranılması...”* Yargıtay 17. Ceza Dairesi 30.06.2016 tarihli ve 2016/6506 Esas, 2016/9789 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

76 *“Hak sahibine teslim edilen taşınmaza girme olayının devam etmesinin veya tekrarlanmasının bağımsız suçlar olarak düşünülemeyeceği bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanununu aynı hükmünün bir kaç defa ihlal edilmesi muhtelif zamanlarda olsa bile bir suç sayılacağı ve sanık hakkında TCK.’nun 80. maddesinin uygulanması gerekeceği gözetilmeden yazılı şekilde TCK.’nun 309/1. maddesiyle iki defa ceza tayin edilmiş olması...”* Yargıtay 9. Ceza Dairesi 15.07.1993 tarihli ve 1993/4289 Esas, 1993/8488 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

77 Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8530.

yönünden “hukuki kesinti” söz konusu olmakla ve yeni/ farklı bir suç kastı ortaya çıkmaktadır⁷⁸.

TCK’nın 290. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçunun işlenmesi sırasında taşınmaza zarar verilmesi halinde, mala zarar verme suçu da işlenmiş olacağı için gerçek içtima kuralları çerçevesinde hareket edilecek ve her iki suçtan da fail cezalandırılacaktır. Yargıtay’ın görüşü de bu doğrultudadır⁷⁹. Aynı şekilde, hükmen elkonulan taşınmaz üzerinde bulunan taşınır malın alınması halinde TCK m. 290/1 ve TCK m.141’de (hırsızlık suçu) düzenlenen suçlar bakımından gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır⁸⁰.

78 “Zincirleme suçla ilişkin bu genel açıklamalardan sonra uyumsuzluğun çözümüne katkısı bakımından "hukuki kesinti" kavramı üzerinde durulması gerekmektedir. Yapılmakta olan soruşturma sonucunda toplanan delillerin failin suçu işlediği yönünde yeterli şüphe oluşturması üzerine Cumhuriyet savcısınca şüpheli hakkında CMK’nın 170. maddesi uyarınca iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesinti oluşmaktadır. İddianamenin düzenlenmesiyle olaylar arasında hukuki kesinti olduğundan iddianamenin düzenlenmesinden sonra devam eden eylemler ise başka bir ceza soruşturmasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumda, yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacaktır...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.12.2018 tarihli ve 2017/22-732 Esas, 2018/678 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 16.01.2019.

79 “Sanık ve katılanın ortak mirasçılardan kalan suçla konu Şatırhüyük beldesi 279 numaralı parsel ve üzerinde bulunan kerpiç ev ve diğer taşınmazların satış sureti ile ortaklığının giderilmesine karar verildiği, kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesi üzerine, söz konusu taşınmazın 26/06/2006 tarihinde yapılan ikinci satışta katılan ...'e satıldığı, yapılan satışın 04/07/2006 tarihinde kesinleştiği, 18/09/2006 tarihinde tahliye edilerek katılana teslim edildiği, sanığa tahliye edilmiş taşınmaza herhangi bir şekilde müdahale etmesi halinde bunun suç teşkil edileceği hususunun ihtar olunduğu, sanığın, anladığını belirterek imzaladığı halde, sonradan evin penceresini kırarak içeri girdiği ve ailesiyle birlikte kullanmaya devam ettiği anlaşıldığından, sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK’nın 290. Maddesinde öngörülen hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçunu oluşturduğu yönündeki kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 17. Ceza Dairesi 21.5.2014 tarihli ve 2013/19540 Esas, 2014/10081 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 14.01.2019.

80 “İcra Müdürlüğü tarafından katılanlara teslim edildiğini bile bile suçla konu taşınmaza el attıkları ve fındık bahçesindeki fındıkları katılanların rızasına aykırı olarak topladıkları anlaşılmış, katılan ...'in beyanında sanıkların söz konusu araziye kullanmalarına engel olduğunu...” Yargıtay 17. Ceza Dairesi 30.06.2016 tarihli ve 2016/6506 Esas, 2016/9789 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

Ayrıca hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz konut niteliğinde ise, bu taşınmaza tekrar elkonulması ve aynı zamanda konut dokunulmazlığının da ihlal edilmesi halinde, bir fiille birden fazla farklı suç işlenmiş olacağı için TCK m.44 bağlamında farklı neviden fikri ictima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu durumda fail, en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır. Bununla birlikte eylemin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturabilmesi için elkonulan taşınmazın TCK m. 116 hükmü bağlamında “konut” vasfını taşıması gerekmektedir.

Hakkı olmayan yere tecavüz suçu (TCK m.154) ile “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suç”ları arasında ictima hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilmesi gerekmektedir. Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu, hakkı olmayan yere tecavüz suçu bakımından özel norm niteliğindedir. Zira, TCK m. 154 hükmü bakımından suçun konusu “taşınmaz” iken; TCK m. 290/1 hükmünde suçun konusu da yine taşınmaz olduğu halde, taşınmazın hükmen teslim edilmesi koşulu benimsenerek (taşınmaza hususiyet atfedilerek) genel norm olan TCK m. 154 hükmünden ayrılmıştır. Bu yönüyle, TCK m. 154 hükmü “genel”, TCK m. 290/1 hükmü ise “özel” norm niteliğindedir. Bu düşünceden hareketle biz, TCK m. 154 ile 290/1 hükmü arasında görünüşte ictima ilişkisi bulunduğunu ve bu türden bir durumda özel hükmün (TCK m. 290/1) öncelikle uygulanması gerektiğini (TCK’da yer alan ictima kurallarının uygulanamayacağını) düşünmekteyiz⁸¹.

Kanuni düzenlemede “hükmen teslim”den bahsedildiği için, idari bir kararla taşınmaz teslim edildiği durumlarda; idari kararlar hüküm olarak değerlendirilemeyeceği için, idari kararlar hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallar bu suçun konusunu oluşturmayacaktır⁸². Örneğin valilik veya kaymakamlığın kararı üzerine yapılan taşınmaz teslimini

81 *“Mahkemece, sanığın eyleminin bir bütün halinde TCK'nın 290/1. maddesi kapsamında resmen teslim olunan mala elkonulması suçunu oluşturacağı kabul edilmesi karşısında, ayrıca hakkı olmayan yere tecavüz suçundan da yazılı şekilde “ceza hükmü kurulmasına yer olmadığına” karar verilmesi...”* Yargıtay 16. Ceza Dairesi 10.03.2015 tarih ve 2015/189 Esas, 2015/61 Karar sayılı kararı, <https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

82 Ünver, s.494; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8528; Meran, s.397; Parlar/Hatipoğlu, s.4395; Gerçekler, s.5494.

tanımayarak tekrar taşınmaza elkoyan kişi bu suçtan sorumlu olmayacaktır. Ancak 3091 sayılı Taşınmaz mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi gereğince aynı kanunun 15. maddesinde düzenlenen suçtan sorumluluk doğacaktır.

V. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçunun yaptırımı üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir (TCK m.190/1). Öngörülen ceza bir yılın altında olduğu için kısa süreli hapis cezası⁸³ olarak değerlendirilecektir. Bu nedenle, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar başlıklı TCK'nın 50. maddesi uyarınca, hükmedilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir⁸⁴. Kanaatimizce, infaz sistemi ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç tipinin koruduğu hukuki değerlerin birden fazla olduğundan cezalandırmanın amacı bakımından ceza miktarının bir yılın altında belirlenmesinin özel ve genel önlemeyi sağlayamayacağı açıktır. Bu bağlamda ceza miktarının örneğin “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası” olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçu şikayete tabi değildir. Bu suç, re'sen kovuşturulan bir suçtur⁸⁵. Ancak yargılama sonucunda mahkûmiyet hükmü kurulabilmesi

⁸³ TCK m.49/2 “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.” <http://www.mevzuat.gov.tr> E.T. 16.01.2019.

⁸⁴ TCK m.50, “1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; a) Adli para cezasına, b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine, c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye, d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya, e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya, f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, Çevrilebilir...” <http://www.mevzuat.gov.tr> E.T. 16.01.2019.

⁸⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8530; Parlar/Hatipoğlu, s.4398; Meran, s.402.

için, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilmesi gerekir.

Görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir⁸⁶.

Taşınmaz mala elkoyma niteliğinde olmayan ve fakat taşınmaza tekrar girilmesi şeklindeki İcra İflas Kanununun 342. maddesinde düzenlenen fiiller, İcra İflas Kanununun 342. maddesindeki yollama gereğince TCK 290/1. maddesinde öngörülen cezaya göre cezalandırılacağından, bu durumda da görevli mahkemenin Asliye Ceza Mahkemesi olacağı düşünülebilir. Ancak İİK'nın 346. maddesinde yapılan özel düzenleme gereğince görevli mahkeme bu durumlarda icra mahkemesi olacaktır⁸⁷.

⁸⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr>, E.T. 20.01.2019.

⁸⁷ "2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babında yer verilen "İcra dairesince teslim edilen taşınmaz veya gemiye tekrar girenlerin cezası" başlığını taşıyan 342. maddesi;

"İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu icra mahkemesi tarafından Türk Ceza Kanununun (309). maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır" şeklindeyken 01.06.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5358 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 13. maddesiyle anılan madde; "İcra dairesi marifetiyle alacaklıya veya alıcıya teslim edilen bir taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 290. maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır" biçiminde değiştirilmiştir.

5358 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe dair madde gerekçesinde "Maddeyle İcra ve İflas Kanununun 342. maddesinde 765 Sayılı Türk Ceza Kanununa yapılan atıf, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa göre yeniden düzenlenmiştir" açıklamalarına yer verilmiştir.

Öte yandan, TCK'nun "Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması" başlığını taşıyan 290. maddesinin birinci fıkrası; "Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir" şeklinde düzenlenmiş olup, bu düzenleme ile hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suç olarak tanımlanmıştır.

İcra dairesince alacaklıya ve alıcıya teslim edilen taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar girme eylemi, İcra ve İflas Kanununun 342. maddesiyle müstakil bir suç olarak düzenlenmiş olup anılan maddeyle TCK'nun 290. maddesine yapılan atfın, ilgili suçun unsurlarına yapılmadığı ve yalnızca cezayla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim öğretilerde de, İcra ve İflas Kanununun 342. maddesiyle, icra dairesi tarafından alacaklıya teslim edilen taşınmaza veya gemiye haklı bir sebep

olmaksızın tekrar giren failin bu eyleminin suç olarak kabul edildiği ve anılan maddenin yollamasıyla TCK'nun 290. maddesinde yaptırma bağlandığı belirtilmiştir (Mehmet Kürtül, İcra ve İflas Suçları, Gökçe Matbaacılık, Ankara, 2012, s. 380).

2004 Sayılı İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babında düzenlenen "Davaların birleştirilmemesi" başlıklı 346. maddesi;

"İcra mahkemesinin salâhiyetine giren ceza davaları diğer mahkemelere ait olan davalarla birleştirilemez.

Ancak katileşen cezalar infaz sırasında içtima kaidelerine göre birleştirilir" şeklinde iken 01.06.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5358 Sayılı Kanun'un 18. maddesiyle anılan maddenin başlığı "Görev ve birleştirilme yasağı" olarak, metni ise;

"Bu Kanun hükümlerine göre disiplin veya taziyik hapsine icra mahkemesi karar verir.

İcra mahkemesinin görevine giren bu işler, diğer mahkemelerde görülen ceza davaları ile birleştirilemez.

Bu Bapta yer alan suçlarla ilgili davalara, icra mahkemesinde bakılır" biçiminde değiştirilmiştir.

5358 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe dair madde gerekçesinde "Maddeyle İcra ve İflas Kanununun 346. maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Bu düzenlemeye göre, Kanunun bu Babında yer alan suçlar ve disiplin veya taziyik hapsini gerektiren fiillerle ilgili davalara ihtisas mahkemesi olan icra mahkemesinde bakılacaktır" açıklamalarına yer verilmiştir.

İcra ve İflâs Kanununun 346. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "Bu Bapta yer alan suçlarla ilgili davalara, icra mahkemesinde bakılır" şeklindeki düzenlenmeyle, anılan Kanunun On Altıncı Babında düzenlenmiş suçlar için görevli mahkemenin ihtisas mahkemesi olan icra mahkemesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, aynı madde hükmünde bu Kanun hükümlerine göre disiplin veya taziyik hapsine icra mahkemesince karar verileceği ve icra mahkemesinin görev alanına giren bu işlerle, diğer mahkemelerde görülen ceza davalarının birleştirilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Bu aşamada, uyumsuzluk konusunu oluşturan İcra ve İflas Kanununun 342. maddesi yollamasıyla TCK'nun 290. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan davaya bakma görevinin hangi mahkemeye ait olduğu hususunun da irdelenmesi gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babında öngörülen suçlar, TCK'nun "Özel kanunlarla ilişki" başlıklı 5. maddesi gereğince, TCK'nun genel hükümlerine tabidir. Bu bağlamda, İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babı içinde yer verilen 342. maddesindeki "Türk Ceza Kanununun 290. maddesi mucibince umumi hükümler dairesinde cezalandırılır" ibaresi de, TCK'nun 5. maddesi uyarınca içtima, iştirak gibi genel hükümlerin bu suçta tatbik edileceğini göstermekte olup göreve dair bir hususu düzenlememektedir. Ayrıca, İcra ve İflas Kanununun 346. maddesinin üçüncü fıkrasında, aynı Kanunun On Altıncı Babında düzenlenmiş suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılacağı açıkça belirtilmiş olup bu bapta yer alan 342. maddede düzenlenen suç bakımından herhangi bir istisna öngörülmemiştir.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçunun dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e hükmü gereğince sekiz yıldır. Ceza zamanaşımı ise, TCK m.68/1-e gereği on yıldır.

VI. Sonuç

TCK'nın "Resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması" başlıklı 290. maddesinin 1. fıkrasında, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara elkonulması suçu ve 2. fıkrasında ise, resmen teslim olunan taşınır mala elkonulması ve malın bozulması suçu düzenlenmiştir. Kanun koyucunun iki suç tipini aynı madde içerisinde düzenlemek yerine, ayrı maddeler halinde düzenlemesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz. Böylece kanun hükmünün kenar başlığı ile fıkralarda düzenlenen suçların uyumu daha iyi sağlanmış olurdu. Çünkü birinci fıkra düzenlenen suçun konusunu taşınmaz mallar oluştururken,

Nitekim öğretilerde; İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babında yer alan suçlardan 342. maddesi yollamasıyla TCK'nun 290. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kalan davaya bakma görevinin icra mahkemesine ait olduğu belirtilmektedir (Mehmet Kürtül, a.g.e, Gökçe Matbaacılık, 2012, s. 382; Baki Kuru - Ramazan Arslan, - Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Hukuku, Yetkin Yayınları, 21. Baskı, 2007, s. 409; İbrahim Ermenek, İcra ve İflas Kanununda Öngörülen Cezai Hükümler Bakımından Ne Bis İn İdem İlkesinin Uygulama Alanı, TAAD, Yıl 5, Sayı 19, Ekim 2014, s. 297).

Bu açıklamalar ışığında uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde;

Tokat 1. İcra Müdürlüğü'nün 2009/4237 Sayılı takip dosyası üzerinden yürütülen icra takibinin kesinleşmesi üzerine icra müdürlüğüne 23.10.2009 tarihinde tahliye edilen taşınmazın katılan vekiline teslim edilmesine rağmen sanık ...'ın haklı bir sebep olmaksızın söz konusu yere tekrar girerek oturmaya devam ettiği iddiasıyla İİK'nun 342. maddesi delaletiyle TCK'nun 290. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan davada, suç ve karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5235 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasına ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirine dair hükümlere sulh ceza mahkemesince bakılacağı hükmü altına alınmış ise de; aynı maddede kanunların ayrıca yargılama yapacak mahkemeleri görevli kıldığı hâllerin ayrık tutulması, İİK'nun 346. maddesinin üçüncü fıkrasında, aynı Kanunun On Altıncı Babında yer alan ve aralarında davaya konu İİK'nun 342. maddesinde düzenlenen suçun da bulunduğu suçlarla ilgili davalara icra mahkemesinde bakılacağı açıkça düzenlenmiş olması, TCK'nun 290. maddesine yapılan atfın, ilgili suçun unsurlarına yapılmayıp yalnızca cezayla sınırlı olması karşısında, söz konusu suçla ilgili davada yargılama görevinin icra mahkemesine ait olduğunun kabulü gerekmektedir..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu 03.07.2018 tarihli ve 2015/9-185 Esas, 2018/332 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 10.01.2019.

ikinci fıkrasında ise muhafaza edilmek üzere başkasına resmen teslim olunan taşınır mallar suçun konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca madde başlığında bulunan “bozulma” ifadesi birinci fıkrada düzenlenen suç bakımından bir anlam taşımazken, ikinci fıkrada düzenlenen suçun seçimlik hareketi olarak düzenlenmiştir.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu'nun oluşması için; öncelikle failin başkasının taşınmaz malına elkoyması, mahkemenin failin bu müdahalesini önlemeye yönelik hüküm vermesi, bu hüküm üzerine usulüne uygun olarak taşınmazın hak sahibine teslim edilmesi, taşınmazın resmen tesliminden failin resmen haberdar edilmesi ve failin aynı taşınmaza tekrar elkoyması gerektiği anlaşılmaktadır.

Suçun failinin herkes olabileceği öğretide kabul edilmesine rağmen, kanaatimizce bir kişinin fail olabilmesi için; daha önce taşınmaz mala elkoyması ve bu elkoymasının bir mahkeme hükmüyle sona erdirilmesi ve ilgili taşınmazın hak sahibine teslim edilmesinden sonra tekrar aynı taşınmaza aynı kişi tarafından elkonulması gerekir. Bu nedenle herkes suçun faili olamaz. Ancak bu niteliği taşıyan kişiler suçun faili olabilir. Yani suç, özgü suç niteliğindedir.

Suçun mağdurunun bulunmadığına ilişkin öğretide görüşler bulunmasına rağmen⁸⁸, kanaatimizce her suçun faili olduğu gibi mağduru da vardır ve bu suçun mağduru tekrar elkonulan taşınmaz mal üzerinde hak sahibi olan kimselerdir. Ayrıca suç, adliye karşı suçlar kısmında düzenlendiği ve bu düzenleme ile devletin adli yargı fonksiyonlarını yerine getirmesini önleyen fiilleri engellendiği ve böylece adliyenin saygınlığı muhafaza edildiği için suçun mağduru toplumu oluşturan gerçek kişilerdir⁸⁹.

Suçun konusu, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallardır. Bu nedenle taşınır mallar veya idari kararlarla ya da “hükmen olmayan” başka şekillerde teslim edilen taşınmazlar suçun konusunu oluşturmayacaklardır.

Suç tipinde “taşınmaz mallar” ifadesinin kullanılmış olması eleştirilerek kanunilik ilkesinin amacına aykırı bir ifade olarak görülmüş

⁸⁸ Meran, s.396.

⁸⁹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2013, s.213; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018, s.986.

ve çoğul bir ifade kullanılmasının suçun oluşumu bakımından yanlış sonuçlara neden olacağı belirtilmiştir. Tek bir taşınmaz malın da suçun konusu olabileceği ve ideal hukuk bakımından “taşınmaz mallar” yerine “taşınmaz mal” kavramının kullanılması gerektiği öğretilmiş ileri sürülmüştür⁹⁰. Kanun hükmüne bakıldığı zaman, düzenlemenin; “*hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma kimseye...*” şeklinde olduğu görülmektedir. Kanun koyucunun “hak sahipleri” kavramı ile çoğul ifade kullanarak fıkra hükmüne başladığı ve bu “hak sahipleri”nin çoğulluğunu ifade etmek anlamında devamında “taşınmaz mallarına” kavramını kullandığını düşündüğümüzden, öğretildeki bu eleştiriye katılmıyoruz. Failin hükmen hak sahiplerine teslim edilen tek bir taşınmaza tekrar elkoyması durumunda da bu suç oluşacaktır.

Suç kasten işlenebilen bir suçtur. Öğretilde bu suçun olası kastla işlenebileceği iddia edilmiş olmasına rağmen kanaatimizce suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir⁹¹. Suç sadece doğrudan kastla işlenebilir⁹². Çünkü, bu suçun işlenebilmesi için, bir hüküm bulunması, hükmün infazının yapılarak hükmen hak sahibine teslimde bulunulması ve failin de hükmen teslimden haberdar olması ve bilgilendirilmiş olması gerekir⁹³. Fail bu bilinçle ve bunları bilerek tekrar taşınmaza elkoymak suretiyle suç işleyecektir.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu bakımından hukuka uygunluk halinin bulunması halinde fiil suç teşkil etmeyecektir.

Failin elkoyma fiili ile suç tamamlandığı için sırf hareket suçudur. Ancak hareket kısımlara bölünebildiği için suç teşebbüse elverişlidir.

90 Ünver, s.493.

91 Ünver, s.498; Yaşar/Gökcan/Artuç, s.8529.

92 Aynı yönde bakınız, Parlar/Hatipoğlu, s.4397.

93 “*Katılanın aşamalarındaki değişmeyen iddiası, sanığın tevil yollu savunması ve suça konu taşınmaza ilişkin Şişli 1.İcra Mahkemesinin 20/01/2006 tarih, 2005/828 esas - 2006/49 sayılı tahliye kararı üzerine aynı yer 4.İcra Müdürlüğünün 23/02/2006 tarihli tutanağıyla, bu işyeri katılana teslim edildikten sonra, sanığın bu yere tekrar el koyduğu ve bu hususun 21/03/2006 tarihli görevli polisler tarafından düzenlenen tutanak ile de anlaşılmasına karşın, yasal olmayan gerekçeyle resmen teslim olunan mala elkonulması ve bozulması suçundan beraat kararı verilmesi...*” Yargıtay 4. Ceza Dairesi 13.01.2015 tarihli ve 2014/27060 Esas, 2015/951 Karar sayılı kararı, <http://www.kazanci.com>, E.T. 08.01.2019.

İştirak bakımından, özgü suç olduğu için, kanun hükmünde aranan niteliği taşımayan kişiler şerik olabilir.

TCK'nın 290. maddesinde iki farklı suç düzenlemesi bulunduğu için failin fiilleri her iki fıkrada düzenlenen suçları kapsadığı durumlarda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

Ayrıca, kanaatimizce “hakkı olmayan yere tecavüz suçu (TCK m.154)” ile “hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu”ları arasında görünüşte içtima söz konusudur. Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu, hakkı olmayan yere tecavüz suçu bakımından özel norm niteliğindedir. Bu nedenle failin işlemiş olduğu fiilin, görünüşte içtima çerçevesinde değerlendirilerek özel normun önceliği kuralı gereği sadece TCK m.290/1’de düzenlenen suç çerçevesinde ele alınması gerekir.

Hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu bakımından cezayı ağırlaştırıcı veya daha az ceza gerektiren bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. Ancak bu suçun çoğunlukla özel hukuk uyuşmazlıkları sonucunda mahkeme hükmünden tatmin olmayan kişiler tarafından işlendiğini, failerin kendince haklı olduklarına ilişkin bir kabul hareket ettiklerini ve yine failerin bir nevi ihkak-ı hak niteliğinde fiiller gerçekleştirdiklerini de göz önünde bulundurduğumuzda: Kanaatimizce hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkonulması suçu bakımından, suçun “bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde” daha az cezayı gerektiren nitelikli halin düzenlenmesi yerinde olacaktır. Nitekim TCK'nın 290. maddesinin 2. fıkrasında hırsızlık suçuna atıf yapıldığı ve hırsızlık suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından, TCK'nın 144. maddesinde yapılan düzenlemenin bir benzeri olarak, hükmen hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar elkoyma suçu (TCK m.290/1) bakımından da daha az cezayı gerektiren nitelikli hal düzenlemesi yapılabilir.

Suçun cezası üç aydan bir yıla kadar olarak belirlenmiştir. Kanaatimizce, infaz sistemi ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, cezalandırmanın amacı bakımından ceza miktarının bir yılın altında belirlenmesinin özel ve genel önlemeyi sağlayamayacak nitelikte olduğunu düşünüyoruz. Bu bağlamda ceza miktarının örneğin “bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası” olarak belirlenmesi daha uygun olacaktır.

TCK m. 290/1 hükmünde yer alan suç tipine ilişkin düzenlemenin, çalışmamızda öne sürdüğümüz görüşler ışığında şu şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz:

TCK madde 290-

“ (1). *Bir mahkeme hükmü ile hak sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara, teslim gerçekleştikten sonra tekrar elkoyan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*

(2). *Suçun, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.”*

KAYNAKÇA

Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Bası, İstanbul 1988.

Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 4, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Cilt II-III, İstanbul 1992.

Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, 18. Baskı, Ankara 2018.

Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör Yener Ünver, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2005.

Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 1996.

Fatih Birtek, Ceza Hukuku Genel Hükümler 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 21. Baskı, Ankara 2017.

Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2013.

Hasan Gerçeker, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 2, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014.

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 8. Bası, Ankara 2013.

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I, Seçkin Yayınları, 22. Bası, Ankara 2018.

Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Kayihan İçel / Füsun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih S. Mahmutoglu/Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2000.

Kayıhan İçel/A.Hakan Evik, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Kitap, 4.Baskı, İstanbul 2007.

M.Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M.Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2018.

M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 2014.

Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2018.

Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, 11. Baskı, Ankara 2018. (Koca/Üzülmez, Ceza Genel).

Mehmet Saydam/Nurten Öztürk, “Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir”, TAAAD, Yıl:6, Sayı: 23, 2016, s.135-157.

Meral Ekici Şahin, Ceza Hukukunda Rıza, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012.

Necati Meran, Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisi ve Adliyeye İlişkin Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul 2011.

Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Cilt, Adalet Yayınevi, 2.Baskı, Ankara 2014.

Şeref Ertuş, Eşya Hukuku, Seçkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2008.

Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara 2018.

Veli Özer Özbek/Koray Doğan / Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara 2018.

Yener Ünver, Adliyeye Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara 2012.

<http://www.kazanci.com>, E.T. 10.01.2019.

<http://www.mevzuat.gov.tr> E.T. 16.01.2019.

<http://www.tdk.gov.tr/>, E.T. 11.02.2019.

<https://legalbank.net/>, E.T. 14.01.2019.

KİŞİSEL HAKSIZLIK ÖĞRETİSİNİ İKNA EDİCİ KILAN SUÇ DOGMATIĞI VE NORM TEORİSİNE İLİŞKİN ARGÜMANLAR*

Öğr. Gör. Dr. Hasan ÇATAKLI**

Özet

Kişisel haksızlık unsurlarının varlığını dile getiren ve kendine giderek artan takipçi bulan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu anlayış bir anlamda aradığı argüman zeminini, önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurgulanan ve failin iç dünyasındaki amacına yönelimini, hadiselerin ortaya çıkışında nedenselliğin yanına ikinci bir deterministlik süreç olarak ekleyen, final hareket öğretisinde bulmuştur. Haksızlığın yapısına ilişkin bu yeni anlayış suç öğretisinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Ceza hukukunda haksızlık tasavvuru kanunen yasak sonuca salt nedensel bir süreçle sebebiyet verilmesinden ibaret kavrayıştan, faili onun harekete ilişkin tasavvurlarını (iradenin mahiyetini) da dikkate alan ve dolayısıyla suçu, anlam taşıyan bir süreç/hadise olarak kavrayan bir anlayışa evrilmiştir. Suç öğretisine ilişkin yakın zaman yaşanmış en büyük sistematik değişimin hazırlayıcısı olan kişisel haksızlık öğretisinin temsilcilerinin dile getirdikleri normatif ve suç öğretisine ilişkin ikna edici etki göstermiş ve yaygın kabul görmesini sağlamış gerekçelendirmelerinin iyi anlaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kişisel haksızlık teorisi, Norm teorisi, Suç dogmatığı, Tipiklik, Tek taraflı sübjektif haksızlık anlayışı.

* Alman ve Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsü tarihi ve kişisel haksızlık öğretisi bakımından ele aldığım ve Türk Ceza Hukuku bakımından olması gereken hukuka ilişkin konseptsiyonel bir düzenleme önerisinin yer aldığı “*Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive*” adlı doktora tezimin ilgili bölümleri dikkate alınmış, fakat daha geniş bir bakış açısı ile eklemeler yapılmak suretiyle kaleme alınmıştır.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniveristesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5631-3343>.
Makale Geliş Tarihi: 13/07/2020 / Makale Kabul Tarihi: 17/08/2020.

Abstract

An approach that expresses the existence of personal wrongfulness elements and finds itself increasingly following has emerged. In a sense, this understanding found the ground for the argument it sought in the final act doctrine, which was conceived by *Welzel* to a great extent, and the orientation towards the perpetrator's purpose in his inner world, as a second deterministic process in the emergence of events, next to causality. This new understanding of the nature of injustice has led to significant changes in crime doctrine. The notion of wrongfulness in criminal law has evolved from the understanding that the legal result is only caused by a causal process, to an understanding that takes into account the perpetrator and its imaginations (the nature of the will) and therefore the crime as a meaningful process/event. The normative and the doctrine of crime expressed by the representatives of the personal wrongfulness doctrine, which is the preparation of the greatest recent systematic change in the doctrine of crime, has shown a convincing effect and requires a good understanding of the arguments that have gained widespread acceptance.

Keywords: Personal injustice theory, Crime dogmatic, Norm theory, Physical/mental elements of an offence, Monistic subjective doctrine of injustices.

I. Giriş

18. yüzyılın ortalarından itibaren ceza hukuku alanına yoğun bir biçimde dahil olan felsefi bakış açısı, ceza hukuku sistematüğinde ve dogmatüğinde esaslı değişimleri beraberinde getirdi. Bu yeni yaklaşım şekli ceza hukuku alanında taşıyıcı kavramların kapsamlı ve derinlikli bir biçimde ele alınmasını sağladı. Fakat bu ceza hukuku tasavvuru kendini ağırlık olarak hareketin dışsal yapısı üzerinden uyumlamaktaydı. Klasik suç öğretisi olarak adlandırılan ve 20. Yüzyılın ortalarına dek hâkim etkisini sürdüren bu anlayış, kendi merkezi referans noktasını pozitivizmin materyal- formel dünya tasavvurunda bulmuş ve onun ampirik metodunu dayanan eklektik dilini benimsemişti. Bu bağlamda bu anlayış kendini suç öğretisi bakımından netice odaklı, natüralist (pozitif bilimsel) anlayışın deterministlik bakış açısına dayanan nedensel hareket öğretilinde konumlandırmıştı.¹ Buna uygun olarak sebep sonuç

¹ Kargl Walter, *Handlung und Ordnung*, im *Strafrecht*, Berlin 1991, s. 487.

ilişkisi bağlamına uyumlanan neticenin değersizliğiyle belirlenen saf objektif bir haksızlık anlayışını benimsemişti.² Benimsediği ampirik akılcı argüman dilinin de cezaya değer haksızlığın ifadesinde başvurduğu terminoloji “tehlike”, “mutlak veya izafi elverişlilik”, “konu yokluğu” veya “hareketin ortaya çıkışının dışsal özellikleri” gibi kavramlardan oluştu.

Kısaca değindiğimiz klasik suç öğretisinin katı objektif haksızlık anlayışı etkisini büyük ölçüde 20. yüzyılın ortalarına kadar devam ettirdi. Fakat süreç içerisinde kişisel haksızlık unsurlarının varlığını dile getiren ve kendine giderek artan takipçi bulan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu anlayış bir anlamda aradığı argüman zeminini, önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurgulanan ve failin iç dünyasındaki amacına yönelimini, hadiselerin ortaya çıkışında nedenselliğin yanına ikinci bir deterministtik süreç olarak ekleyen, final hareket öğretisinde bulmuştur.³ Haksızlığın yapısına ilişkin bu yeni anlayış suç öğretisinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Suç teşkil eden neticeye sebebiyet verilmesinin cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışında ki önemi ortadan kalkmasa da azalmıştır. Diğer bir ifadeyle ceza hukukunda haksızlık tasavvuru kanunen yasak sonuca salt nedensel bir süreçle sebebiyet verilmesinden ibaret kavrayıştan, hareketin failini, onun harekete ilişkin tasavvurlarını (iradenin mahiyetini) da dikkate alan ve dolayısıyla suçu, anlam taşıyan bir süreç/hadise olarak kavrayan bir anlayışa evrilmiştir.⁴

Bu yeni haksızlık anlayışının ilk etkisi suç dogmatığı bakımından alışıl gelmiş kabule göre sadece maddi unsurlardan oluşan tipik haksızlığın birtakım kişisel haksızlık unsurlarının da tanınması sureti ile genişletilmesinde kendini gösterdi. Daha sonra ise özellikle kastın dar anlamda tipik haksızlığın (*Unrechtstatbestand*) bir parçası olarak kabulü ile de tipik haksızlığın subjektif unsurlardan oluşan müstakil bir yanının olduğunun kabulü sonucunu getirdi.⁵ Nihayet cezaya değer haksızlığın

2 Blei, Herrmann, *Strafrecht AT*, Cild I, 18. Baskı, München 1983, s. 74; Matthias Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Tübingen 2015, s. 37.

3 Welzel Hans, *Kausalität und Handlung*, *ZStW* 51 (1931), s. 708 vd.

4 Welzel Hans, *Kausalität und Handlung*, *ZStW* 51 (1931), s. 718; Welzel Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, Berlin 1975, s. 27; Grupp Magdalena, *Das Verhältnis von Unrechtsbegründung*, Baden- Baden 2009, s. 26; Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 23.

5 Weigend, Thomas, *Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in: Hans Joachim Hirsch/Thomas, Weigend (edt.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und*

yapısına ilişkin baskın anlayış Alman Suç Öğretisinde⁶, çalışmanın devamında daha ayrıntılı olarak aktarmaya çalışacağımız yukarıda kısaca özetlediğimiz değişim sürecinin sonucu olarak, kişisel haksızlık öğretisi (personale Unrechtslehre) olmasıyla neticelenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu incelendiğinde suç teorisi bakımından konunun neo klasik ve finalist yaklaşımın arasında bulunduğunu söylenebilecektir. Yine aşağıda değineceğimiz TCK'nın genel hükümlerinde yer alan düzenlemeler incelendiğinde kişisel haksızlık öğretisinin Türk Ceza Hukuku bakımından geçerlilik arz ettiği görülmektedir. Bu durumda kişisel haksızlık öğretisi, Alman-Türk Ceza Hukuku diyaloguna ait gramerin⁷ bir başka ortak noktasını teşkil etmektedir. Bu da Türk Ceza Hukuku bakımından suç öğretilerine ilişkin yakın zaman yaşanmış en büyük sistematik değişimin hazırlayıcısı olan kişisel haksızlık öğretisinin temsilcilerinin, ontolojik mahiyet taşıması sebebiyle çokça eleştirilen ve genel kabul görmeyen final hareket teorisinden bağımsız olarak, dile getirdikleri normatif ve suç öğretilerine ilişkin ikna edici etki göstermiş ve yaygın kabul görmesini sağlamış gerekçelendirmelerinin iyi anlaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Aynı zamanda kişisel haksızlık öğretisi tek taraflı subjektif haksızlık tasavvuruna sahip ve neticenin haksızlığını cezaya değer haksızlığın yapısından çıkararak *Kaufmann* veya *Zielinski*⁸ gibi yazarların görüşleri ile

Deutschland, Berlin 1989, s. 119; Wachter Matthias, Das Unrecht der versuchten Tat, s.17; Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 28.

6 BGHSt. NStZ 2016, 333; Jescheck, Hans Heinrich /Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Baskı, Berlin 1996, s. 329; Freund Georg/Rotalski Frauke, Strafrecht AT, 3. Baskı, Berlin 2019, § 2 Rn. 9, 10; Roxin Claus, Strafrecht AT, Cild II, München 2003, § 10 Rn. 93; Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 8. Baskı, Sinzheim 2017, § 3 Rn. 5, § 15 Rn. 46; Gropp, Walter, Strafrecht AT, 4. Baskı, Berlin 2015, § 4, Rn. 110; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht AT, 12. Baskı, Giesking 2016, § 14 Rn. 46; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 23

7 Duttge ceza hukukunun dogmatik kısmının taşıdığı anlamı Hirsch'in akılcı bir tespitine dayanarak vezir bir biçimde ifade etmiştir: “*Ceza hukuku dogmatik nasyonal bir mesele değil, bilakis uluslararası diyalogun grameridir.*”, Der Erlaubnistatumsandstirrtum zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie, in: Das Schuldprinzip des türkisches StGB im Spiegel des deutschen Strafrecht, Duttge, Gunar/Ünver, Yener (Edt.), Ankara 2013, s. 234.

8 Bu yaklaşımlar “*radikal subjektif haksızlık öğretisi*” olarak ele alınmaktadırlar, Maurach, Reinhardt /Zipf, Heinz, Strafrecht AT, Cild I, 8. Baskı, Heidelberg 1992, § 17 Kn. 4.

birlikte anılmaktadır.⁹ Ancak görüşler arasında önemli temel farklar bulunmaktadır. Teorinin iyi anlaşılması bu farkların ayırt edilmesi için önem arz etmektedir.

Çalışmada ilk olarak haksızlık tasavvurundaki değişimin Türk Ceza Hukukundaki yansımaları kısaca incelenecek. Daha sonra kişisel haksızlık öğretisine ilişkin argümanların bizatihi izahından önce haksızlık anlayışının değişimini netice veren süreç, öğretinin daha iyi anlaşılması bakımından ele alınacaktır. Son olarak öğretinin, haksızlığı tek taraflı subjektif yorumlayan görüşlerden ayrıştığı yanlarına değinilecektir.

II. Değişen Haksızlık Anlayışının Türk Hukuku'ndaki Yansımalarına Kısa Bir Bakış

Haksızlık kavramının yapısına ilişkin olarak yaşanan bu anlayış değişiminin suç dogmatikğine ilişkin sonuçlarından Türk Ceza Hukuku'da etkilenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın suç öğretisi bakımından durduğu yeri anlamak için özellikle “suç sistematikğinin taşıyıcı kavramları”¹⁰ özelinde bir inceleme yapıldığında, finalist suç öğretisinin ceza hukuku sistematikği ve dogmatikği bakımından önemli sonuçlarından ikisinin tesirini görmekteyiz.

TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kastın tanımı “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde yapılmıştır. Tanımda kastın suç tipine ilişkin spesifik haksızlığın esasındaki kurucu anlamına vurgu yapılmıştır. Finalist suç öğretisinin suç sistematikği bakımından en önemli sonucu kastı tipik haksızlığın sübjektif unsuru olarak tipik haksızlığa dahil etmesidir. Bu sistematik değişim norm teorisi bakımından ikna edici

⁹ Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (Tarihsiz), 38 v.d.; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 16; Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 100, 105, özellikle, Dp. 166.; Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 273, 278; Özgenç, İzzet, Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2019, s. 171, 172; 2005 öncesi ve 2005 sonrası Türk Ceza Hukuku Literatürü'nün kişisel haksızlık öğretisi ve norm teorisi bakımından değerlendirilmesi için bkz. Çataklı, Hasan, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive, Hamburg 2020, s. 184-222.

¹⁰ “Die tragende Begriffe des Verbrechenssystem” Roxin, Claus, Strafrecht AT, Cild I, 4. Auflage, München 2006, § 7 Kn. 13.

gereççelendirmesini, kastın hareketin haksızlığının belirleyici unsuru olduğunu söyleyen kişisel haksızlık öğretisi içerisinde bulmuştur.¹¹ Bu sistematik değişimin TCK’da dikkate alındığını destekleyen önemli bir çıkarım da TCK m. 21/1 ve 2, m. 22/2 ve m. 30/1 birlikte yorumlandığında yapılmaktadır. TCK m. 21’ de ve m. 22/2’de suç tipi kavramı, “suçun kanuni tanımındaki unsurları” olarak ifade edilmişken, TCK m. 30/1’de ise tanıma bir sıfat ilave edilerek “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar” ifadesi yer almıştır. Bu bilinçli tavsif açıklamasını, elbette suç tipiyle spesifik olarak tanımlanan haksızlığın objektif ve subjektif olmak üzere iki parçalı bir yapısı olduğu fikrinde bulacaktır.¹²

TCK m. 40’ta suça iştirak bağlamında suçun kendisi de tanımlanmıştır. Buna göre bir suça katılmanın mümkün olması için “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı yeterlidir”. Madde metninin mantıki yorumu bizi şu çıkarıma götürmektedir. Söz konusu fiile katılmanın mümkün olması için failin aynı zamanda kusurlu olmasına gerek yoktur.¹³ Bu bağlamda TCK m. 40/1’de yine suçun işlenişine iştirak edenlerin kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılacağı vurgulanmıştır. Böylece suç öğretisine ilişkin bir kanaat burada kendini ele vermektedir. Kast 5237 sayılı TCK’da ne kusurun unsuru ne de bir kusurluluk türüdür, bilakis haksızlığın bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Kanunda bu durumu dile getiren net bir açıklama zorunluluk arz etmemektedir. Söz konusu düzenlemelerin, teorik ceza hukuku bakımından değerlendirdiği teleolojik yorumu bizi bu sonuca götürecektir. Zira suça iştirak cezaya değer bir haksızlığın varlığı zemininde tartışmaya konu olabilir.¹⁴

TCK’nın 30. maddesi hataya ilişkin hükümlerden oluşan düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeler yine 5237 sayılı TCK’nın suç öğretisi bakımından durduğu yeri anlamak bakımından bize daha net bir manzara ortaya koymaktadır. TCK m. 30/1’e göre failin hatası bir durumun fiziki-bilişsel hatalı bir idrakine, TCK’nın ifadesiyle

11 Çatakli, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 162 v.d., 184.

12 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Genel Hükümler*, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 85; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 249.

13 Sözüer, Adem, *Die Reform des türkischen Strafrechts*, ZStW 119 (2007), S. 736; Koca/Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 86.

14 Çatakli, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 180.

“suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara”, dayanıyorsa kasta dayalı fiilin haksızlığı ortadan kalkmaktadır. Fakat failin taksirden dolayı cezalandırılabilirliği TCK m. 30/1’in ikinci cümlesinde belirtildiği üzere saklı kalmaktadır. Buna karşın failin hatası yanlış bir hukuki değerlendirmesine dayanıyor ise ve bundan sebep hatanın içeriği “*hukuk düzenin gereklilik arz eden bir talebi/emri ile doğrudan*” ilişkili ise¹⁵ TCK’nın değerlendirmesi değişmektedir. TCK m. 30/4 failin kaçınılmaz yasak hatasının hukuki sonucunu bir gerekçe göstermeden cezasızlık olarak öngörmüştür.

Buradaki net olmayan tutum, kaçınılabılır bir hatanın sonuçlarına ilişkin olarak yasa koyucunun sessizliği ile devam etmektedir. Bu hususlara ilişkin olarak ortaya çıkan belirsizlik maddenin gerekçesinde yer alan haksızlık bilincinin kusur bakımından taşıdığı anlamı açıkça vurgulayan açıklayıcı ifadesi ile giderilmektedir. Buna göre fail ancak kendisi tarafından gerçekleştirilen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindeyse, gerçekleştirdiği bu fiil sebebiyle kusurlu sayılabilecektir. Yine tersten bir ifade ile gerekçede failin işlediği fiilin haksızlık muhtevasına ilişkin olarak kaçınılamaz hata içinde olması durumunda kusurlu addedilemeyeceği belirtilmiştir. O zaman buradan yola çıkılarak denebilir ki, failin yanlış hukuki değerlendirmeye dayanan hatası kaçınılabılır ise kusurlu olduğu kabul edilebilecek, buna karşın hatası cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekecektir.¹⁶

Böylelikle TCK’nın hukuki değerlendirme hatasına ilişkin olarak takip ettiği prensibin sorumluluk prensibi (Verantwortungsprinzip) olduğu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu prensip *Welzel*’in sorumluluk etiği prensibine dayanan kusur teorisi kapsamında dile getirilmektedir. “*Buna göre kişi kendisinin sosyal etik kavrayış kabiliyetinin sınırları dâhilinde sorumluluk taşır.*”¹⁷ Ama *Welzel*’in kusur teorisinde dikkate aldığı etik prensipler sorumluluğa ilişkindir. Zihniyet etiğine ilişkin

15 “*Sollensanspruch der Rechtsordnung unmittelbar infrage*”. Her ne kadar Duttge bu ifadeyi Alman Ceza Kanununun 17. maddesinin 1. cümlesi için de kullanıyor ise de ifade TCK. m. 30/4 için de kullanılabilir. Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemenin TCK’dan farklı tarafı kaçınılamaz yasak hatasının kusur bakımından önem arz eden kınanabilirlik yargısını düşürmesinde kendini gösterir, bkz. Duttge, Gunar, Erlaubnistatumstandsirtum, s. 221 v.d.

16 Özlem, Özaydın, Notwehr und Notstand im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 2013, s. 159 v.d.

17 Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Baskı, Berlin 1969, s. 162.

prensiplere dayanmaz. Bu sebeple kusurun varlığını sorgularken failin hukuka uygun hareket edip etmediği noktasında, yalın hukuka uygun davrandığı noktasındaki bir zihniyetin (Gesinnung) varlığının ötesinde talepleri vardır ve kişinin gerçekten nesnel ve etik bakımından doğru bir karar verip vermediğini sorgular. Failin sadece hukuka aykırı hareket etmediği, diğer bir ifade ile hareketinin haksızlık teşkil edip etmediği noktasındaki iyi niyetine dayanan inancı tek başına kusurunu ortadan kaldırmaya yeterli sebep değildir. Failin sosyal etik sorumluluğunun bu şekilde daraltılmasına karşı çıkar.¹⁸

Yukarıda değindiğimiz TCK m. 30'daki düzenlemeler aynı zamanda suçun haksızlık muhtevasını belirleyen suç teşkil eden tipik haksızlığın maddi unsurlarına ilişkin bilginin kastın kapsamına dahil olduğunun kabul edildiğini, buna karşın haksızlık bilincinin ise kusurun bir unsuru olarak kınanabilirlik yargısı kapsamında değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.¹⁹ Neo klasik suç öğretisi ile birlikte kusurun hukuki değerlendirme içeren normatif kavram olduğu ortaya konulmuştur. Finalist yaklaşımın etkisiyle, kast kavramının tipik haksızlığın subjektif kısmı olarak cezaya değer haksızlığın bir unsuru olduğunun kabulüyle, subjektifleşen haksızlık kavramı, kusur ve kast kavramlarının ayrımını suç sistematığı açısından bir gereklilik olarak ortaya koydu.²⁰ Aksi takdirde kusurluluk değerlendirmesinin zeminini (Grund) teşkil eden haksız fiil ile değerlendirmenin kendisi (Gegenstand) olan²¹ normatif kusurluluk yargısı bir kavram içinde birbirine bağlanmış olacaktır.²²

TCK'nın genel hükümler kısmı incelendiğinde finalist yaklaşımdan sapma olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerin de bulunduğunu görmekteyiz. TCK m. 401/1: "Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" derken kusurun derecelendirilmesinde sorumluluğun esasına (Verantwortlichkeitssach

18 Stuckenberg, Carl- Friedrich, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.), Tübingen 2015, s. 100

19 Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 151; Özgenç, Genel Hükümler, s. 250.

20 Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 212

21 "Grund und Gegenstand des Schuldurteils ", Duttge, Erlaubnistatumstandsirrtrum, s. 227

22 Welzel, Strafrecht, s. 161, 164.

verhalt)²³ ilişkin olarak kusurun çifte fonksiyonu bakımından bir dayanak noktası sunmaktadır. Bu dayanak noktası, TCK m. 61/1'in "Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını" temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekli bir etmen olarak dikkate alınacağını ifade ederken kastın kusur bakımından önem arz eden anlamını açık bir şekilde vurgulamasıyla kuvvetlenmektedir.²⁴ Klasik anlayış kast ve taksir arasında, cezanın belirlenmesine ilişkin olarak, kusurun derecelendirmesinde çıkan bu ayrımın kastı ve taksiri kusurun şekli olarak gören anlayışı destekleyen bir olgu olarak değerlendirmektedirler.²⁵ Fakat kasıtlı hareket ile taksirli hareketin ihtiva ettiği kusurluluk bakımından ortaya çıkan bu farklılığın, kastın haksızlığın bir unsuru olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecek veya kastın haksızlığın bir parçası olarak tasnifine itiraz etmenin gerekçesi olarak değerlendirilebilecek bir durum teşkil ettiğinin kabulü zordur. Yoğun haksızlık teşkil eden bir eylem bazı kusura ilişkin unsurların bulunduğu durumlarda failin daha ağır kusurunun varlığı sonucunu doğuracaktır. Suç öğretisinde sistematik bir incelemenin gereği olarak ortaya çıkan suçun unsurları öğretisi, suç kavramının kategorize edilerek incelenmesidir. Bu bağlamda ruhsal, fiziki ve sosyal açıdan bir anlam bütünlüğü arz eden "suçun kategorilerini birbirinden tamamen izole bir şekilde teşekkül etmiş mekanlar olarak algılamak metodik bir hata olur".²⁶ Haksızlığın unsurlarının kusur bakımından önem arz etmesi, bu unsurların ait olduğu kategorinin değiştirilmesi sonucunu bir zorunluluk olarak ortaya çıkarmaz.²⁷ Diğer bir ifadeyle kastın kusurun ağırlığının belirlenmesinde bir fonksiyon icra etmesi, onun haksızlık bakımından taşıdığı anlamın daralmasına yol açmayacak ve tipik

23 Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 19 Kn. 16.

24 Aynı yönde Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2019, s. 254.

25 Bkz. Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 69.

26 Roxin neden metodik hata olacağını şöyle izah etmektedir: "...suç teşkil eden hareket burada temsil edilen pozisyon açısından bölünemez bir bütün arz etmektedir ve suçun kategorilerinin anlamı, ilk olarak sonra tek tek parçalarından bir araya getirilerek birleştirilmesi elzem suç yapısı olan bir psiko-fiziki-sosyal anlam bütünüünün parçalanmasında yatmamaktadır. Suçun kategorileri ile yalnızca, suçun gerçekleştiği olayın farklı lahzalarının (**Moment**) farklı değerlendirme safhalarında ceza hukuku bakımından önem arz ediyor oluşu vurgulanmaktadır", Strafrecht AT, Cild I, § 7 Kn. 83.

27 Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 69.

haksızlığın içerisindeki pozisyonunun değişmesine sebebiyet vermeyecektir.²⁸

III. Nedensel Neticeye Göre Konumu Belirleyen ve Bu Sebepten Objektif Olarak Belirlenen Haksızlık Hükmünden Haksızlığı Kuran Kişisel Unsurların Dikkate Alındığı Haksızlık Anlayışına Geçiş

Radbruch ve *Beling*'in temel kabulleri etrafında şekillenmiş klasik suç öğretisi, objektif-nedensel (deterministik) haksızlıkla, bütün subjektif suç unsurlarını kapsayan kusurun katı ayırımına dayanıyordu. Bu anlayış haksızlığı deterministik-objektif bir kavram olarak, insanın iç dünyasına bakan tinsel bileşenlerle hiç ilişkilendirmeden, anlamaktaydı. Haksızlık determinist bağlamda dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak görülmekteydi. Bu noktada ceza hukuku ve cezaya değer haksızlık ex post bir yaklaşımla daha çok neticenin haksızlığına konumlandırılmış oluyordu. Bu yaklaşım ceza hukukunu adeta hukuki değerlerin korunmasını, korunan hukuki değer ihlal edildikten sonra devreye giren ve tamamlayıcı bir surette korumayı sağlamaya çalışan bir fonksiyonda tanımlıyordu.²⁹ Haksızlık anlayışı dolayısıyla neticenin haksızlığına odaklanmıştı. Kast sadece kusur kavramı dâhilinde ele alınmakta ve kusurluluğun bir şekli olarak görülmekteydi.³⁰ Neo klasik suç öğretisi bu anlayışta kısmi bir değişikliği beraberinde getirdi. Bu bağlamda suç tipleri dikkate alınarak yapılan yorum neticesinde, bazı suç tiplerine ilişkin olarak haksızlığın subjektif unsurlarının bulunduğu kabul edilmiştir.³¹ Her ne kadar neo klasik yaklaşım tarafından kısmi olarak

²⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 152.

²⁹ Krş. Ida, Makoto, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Lebendiges Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther Jakobs/Michael Kubiciel/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg (edt.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, s. 212, 213.

³⁰ Beling, Ernst, Lehre von Verbrechen, Darmstadt 1964, s. 178 vd.; Roxin, Strafrecht AT I, § 7 Kn. 15; Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 25; Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für Strafrechtssystem, Darmstadt 1967, s. 129; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 22.

³¹ Fischer bu durumu keşfeden kişi olarak anılmaktadır Fischer, Hans Albert, Rechtswidrigkeit: Mit Besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911, s. 117, 137 v.d.; Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 31 vd.; Lampe, Ernst Joachim, Das personale Unrecht, Berlin 1967, s. 31 vd.

tadil edilmiş suçun yapısı içerisinde kast hala kusurun bir türü olarak ele alınmaya devam ediyor olsa da bu yeni yaklaşım önemli bir çıkarımda bulunmuştur. Haksızlığın bazı suç tiplerinde subjektif unsurlarının da bulunduğuna ilişkin bu çıkarıma, Alman Ceza Kanunu'nun 242. Paragrafında düzenlenen hırsızlık suçunun tipikliğinde bulunan kendine mal etme niyeti (*Zueignungsabsicht*) argüman olarak ortaya konulmuştur. Hırsızlığın suç tipinde spesifik olarak düzenlenen tipik haksızlığın eksiksiz bir biçimde oluşması, bu insanın iç dünyasındaki amacına ilişkin bir unsur olarak kendine mal etme niyeti olmaksızın düşünülmeyecektir.³²

Haksızlık anlayışındaki subjektif doğrultuda gerçekleşen bu yönelime bir katkı da cezaya bireysel önleyici bir bakış açısından yaklaşan ve hukuki değerlerin en elverişli biçimde korunmasını (optimaler Rechtsgüterschutz) ceza hukukunun temelinde yatan amaç olarak benimseyen failin tehlikeliliği öğretisinden geldi.³³ Ceza Hukukunun sadece failin hukuki değerleri ihlaline karşılık olarak suçla mücadelede kullanılan tepkisel/reaksiyonel bir araç (reagirendes Mittel) olarak anlaşılması, failin tehlikeliliği öğretisinin temsilcileri bakımından, ceza hukukunun temel ödevi olan hukuki değerlerin korunması noktasında etkin bir fonksiyon icra etmesini önemli ölçüde sınırlayan bir durumdur. Hukuki değerlerin korunması noktasında ceza hukukunun daha erken bir süreçte devreye girip, hukuki değer ihlal edilmeden önce bir fonksiyon icra etmesini sağlayacak bir yaklaşım gerekir. Bu sonuçtan yola çıkan öğretinin temsilcilerine göre ceza hukukunun müdahalesini meşru kılan haksızlık anlayışının daha çok failin işlediği fiillerde somutlaşan suça yönelim enerjisi (verbrecherische Energie) bağlamında müstakbel davranış biçimlerini dikkate alarak yapılandırılması gerekmektedir. Ancak böyle bir yaklaşım hukuki değerlerin korunması amacına en verimli bir şekilde hizmet edebilecektir. Bu görüş dâhilinde suçun objektif tarafı suç tipiyle spesifik olarak kalıplaştırılmış haksızlığın gerçekleşmesi bakımından taşıdığı önemi kaybederken, failin potansiyel tehlikeliliğine önem verilmektedir.³⁴

32 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 33; Roxin, *AT I*, § 7 Kn. 16.

33 v. Hippel, Reinhard, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, Berlin 1966, s. 27 vd.; Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard, *StGB*, 43. Baskı, Berlin 1961, s. 147; Stöger, Fritz, *Versuch des untauglichen Täters*, Berlin 1961, s. 59 f.; Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 19.

34 Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 21.

Failin tehlikeliliği öğretisinin, salt neticenin haksızlığı odaklı bir yaklaşımın hukuki değerlerin korunması noktasında ceza hukukunu ikincil bir reaksiyon aracına dönüştürdüğü itirazı haklı olsa da, failin suça yönelim enerjisi üzerinden haksızlığı gelecekteki ihtimalî ihlallere dayandırması, suç tipinin fonksiyonunu tamamen tartışma konusu yapmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisini somut ve sabit bir şekilde belirlenmiş sınırlara bağlama noktasında fonksiyon icra eden tipiklik kavramının³⁵, bu şekilde erozyona uğraması kabul edilemez görünmektedir.

Her ne kadar esaslı yaklaşım farkları bulunuyor ise de kişisel haksızlık öğretisine giden yolda haksızlık anlayışının subjektifleşmesi eğilimine ivme kazandıran önemli tartışmalardan biri, “Kiel Ekolü” olarak adlandırılan ceza hukuku fraksiyonunun failin zihniyetine odaklanan bir ceza hukukunun (*Gesinnungsstrafrecht*) gerekliliğini dile getirmesi neticesinde ortaya çıktı. Bu yaklaşım, nedensellik ilişkisi içerisinde hukuki değerın zarar görmesi şeklinde anlaşılan haksızlık anlayışını reddediyordu. Hukuk düzeninin en önemli görevi yaşayan etik bir topluluk olarak³⁶ huzurlu ve barışçıl bir rejimin var olmasını mümkün kılmaktı.³⁷ Bu bağlamda insan toplumdun bağımsız müstakil bir birey olarak görülemezdi. İnsan daha çok “toplumsal müşterek hayatta güven ve hizmeti ahlaki olarak yüklenmiş ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sorumlu bir toplum üyesi”³⁸ olarak tanımlanmalıydı. Bu bakış açısından yaklaşıldığında suç teşkil eden haksızlık, salt bir determinist neden sonuç süreci olarak korunan hukuki değerın ihlalinin objektif sonuçları zemininde³⁹ anlaşılamazdı. Kiel Ekolü haksızlığı bir yükümlülük ihlali, “ahlaki açıdan kınanabilir” bir eylem ve daha da ötesinde failin “toplumsal birlikteliğe aykırı zihniyetini” taşıyan, ortaya koyan bir davranış olarak görmekteydi.⁴⁰ Tabi ki bu zihniyet ceza hukukuna ilişkin bu tutuma şüpheyle

35 Dopslaff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, s. 1-4.

36 Lampe, Das personale Unrecht, s. 39.

37 Mylonopoulos, Chirstos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, Köln 1981, s. 3

38 Gallas, Wilhelm, Tatstrafe und Täterstrafe, ZStW 60 (1941), s. 374, 379.

39 Lampe, Das personale Unrecht, s. 38.

40 Gallas, Tatstrafe, s. 379.

yaklaşılması gerekliydi. Özellikle hukuka ve ahlaka aykırılığı aynı anlamda kullanması kabul edilemezdi. Söz konusu ceza hukuku konseptinin en çok itiraz edilen tarafı haksızlık ve kusurun ayırımını mümkün kılmamasıydı.⁴¹

Zihniyet odaklı bu ceza konsepti, haklı gerekçelerle genel olarak reddedilmesine rağmen aslında mühim bir gerekliliği vurgulamış oldu ki bu da failin iradesinin yönelimini de dikkate alan bir haksızlık tasavvuruydu. Bu noktada mühim olan fiil ceza hukuku anlayışından ayrılmadan, fiilin öznesi odaklı (subjektif) birtakım unsurların haksızlık tasavvuruna dâhil edilmesi idi. O zaman gündeme gelmesi gereken ceza hukuku bakımından önem arz eden hareket kavramının nasıl olması gerektiği sorusuydu. Bu bağlamda *Gallas* haklı olarak, pozitif bilimlerin etkin olduğu bir felsefi zeminde dilini ve algısını şekillendirmiş, pozitivizmin tesirinde oluşturulmuş “*nedensel-mekanik*”⁴² bir hareket öğretisinin sunduğu kavrayış zemininin tek taraflı ve normatif bir olgu olan ceza hukukunun gereklerini karşılamak bakımından haksızlık tasavvurunun revize edilmesi için yeterli olmadığını dile getirmiştir. Bu durumda ceza hukuku bakımından dikkate alınan hareket kavramının değişmesi gerekiyordu. Hukukun normatif sosyal etik anlamını ve haksızlığın ortaya çıkışında eyleyen konumunda olan öznenin, yani failin iç dünyasına ilişkin unsurları da dikkate alan bir haksızlık anlayışına geçiş sağlanmaya çalışılıyordu. Fakat böyle bir anlayışın natüralist ve bu sebepten eylemi ve eylemin öznesi faili birbirinden bağımsız olarak değerlendiren bir hareket öğretisiyle sağlanması mümkün değildi. Bunun için hareketi “*bir hedefe yönelmiş (Intentional) insani davranış*” olarak kavrayan yeni hareket kavramı gerekliydi. Diğer bir ifadeyle hareketin, insan davranışlarını insan şahsiyetinin dışı vurumu⁴³ ve bu bağlamda öznenin hareketine yüklediği anlamın taşıyıcısı olarak kavranması gerekiyordu.

Öznenin tasavvur dünyasına ilişkin etmenlerin dikkate alındığı bir haksızlık anlayışının gelişiminin devamı için “*aranan ontolojik zemin*” önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurulan final hareket öğretisinde bulunmuş oldu. Final hareket öğretisi, hareketin failin iç dünyasında

41 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 38; Mylonopoulos, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, s. 4.

42 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 40.

43 Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 23.

başlayan oluşum süreçlerini ve fail tarafından belli bir amaca matuf olarak yapılıyor oluşunu (*Intentionalität*)⁴⁴ “yeni bir oluşum süreci”, daha anlaşılır bir ifade ile pozitif bilimsel nedenselliğin yanında dış dünyada gerçekleşen değişimleri ortaya çıkaran, ikinci bir deterministlik etmen olarak kabul etmektedir.⁴⁵ *Welzel* öğretiyi kurgularken kendi zamanının psikolojik hareket teorisinin verilerine dayanarak bilinç sahibi insanın davranışlarının bir amaca yönelik olarak gerçekleştiriliyor oluşu gerçeğini, hareketin taşıdığı anlamın öneminin dikkate alınması gerekliliğini açıklamakta kullanmaktadır. Failin hareketi gerçekleştirmek noktasında aldığı karar zihinsel bir eylem olarak hareketlerin icrası ile birlikte başlayan nedensel sürecin sonucunda dış dünyada gerçekleşmiş olmaktadır. Dış dünyadaki nedensel süreci ortaya çıkaran failin zihinsel eylemi hareketi gerçekleştirme kararıdır.⁴⁶ İnsanın düşünsel muhakeme süreçlerinde ortaya çıkan kararlara ilişkin nizam (*Ordnung des Denkens*) ki, bu nizam eylemin safhalarını somut ilişkileri dikkate alarak düzenlemektedir ne deterministtir ne de tamamen mantıksaldır. Bilakis söz konusu kararların ortaya çıkış süreçleri incelendiğinde bunların bir amaca yönelik olarak işlendiği ve bu bağlamda hareketi bir anlam taşıyıcısı haline getirdiği görülecektir. Bu gerçek insan davranışlarının sonucu olan olayların failin amacının gerçekleşmesi (*Intentionsrealisation*)⁴⁷, niyetinin realizasyonu anlaşılması gereğine götürür. Failin kendi hareketleri ile varmak istediği gayenin gerçekleştirilmesi anlamına gelen her bir olay anlamsal bir bütünlük içerisinde, failin eylem kararı ile başlayıp insanın iradesinin bedeni üzerinde etkisi (*Willensimpulse*) üzerinden dış dünyadaki neticeyi ortaya çıkarmaktadır.⁴⁸ O zaman insan iradesine dayanarak dış dünyada ortaya çıkan her netice, neden sonuç ilişkisi bağlamında meydana gelen maddi boyutunun yanında, aynı zamanda bir mana boyutuna sahiptir.⁴⁹ Bu perspektiften artık insan davranışının salt bir deterministlik bir vakıa

44 Bu kavramla *Welzel* insan davranışını teleolojik olarak anlam taşıyan ilişki bütünü (*teleologische Sinnsetzungszusammenhang*) olarak değerlendirdiğini vurgulamaktadır, *Stuckenber, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre*, s. 89.

45 *Welzel*, *ZStW* 51 (1931), s. 708 v.d.

46 *Welzel*, *Kausalität und Handlung*, 719.

47 *Wachter*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 24.

48 *Welzel*, *Kausalität und Handlung*, s. 718.

49 *Mylonopoulos*, *Handlungs- und Erfolgswert*, s. 8.

olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. İnsan, hareketlerini kendi nedensel süreçlere ilişkin bilgisine dayanarak, belli bir çerçevede öngörülebilir sonuçları dikkate alarak belirlediği amacına ulaşmak için planlı bir şekilde yönlendirebilmektedir. Dolayısıyla insan davranışı bir gayenin gerçekleştirildiği etkinlik olarak gözükmektedir.⁵⁰

Böyle bir ontolojik açıdan meseleye yaklaşan final hareket öğretisi, hareketin ortaya çıkışındaki nedensel süreci yöneten iradeyi insan davranışının esas unsuru olarak görmektedir. Final hareket öğretisi bu kabulünü dayanak yaparak suçun teorik yapısı bakımından en önemli sistematik çıkarımlarını yapmaktadır. Buna göre haksızlığın tipikliği (*Unrechtstatbestand*) önemli subjektif unsurlarla ve bilhassa insan iradesinin subjektif-kişisel etmenine tekabül eden kastla tamamlanmak zorundadır.⁵¹ Buradan da kastın teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda olduğu gibi tamamlanmış suçlar bakımından da haksızlığın ortaya çıkışındaki kurucu rolünün kabulü sonucuna varılmaktadır. Teşebbüs fiili zaten tamamlanmış suçun içerisinde varlığı gerekli bir aşamadır. Haksızlık sadece korunan hukuki değer ihlali ile ilişkilendirilmiş neticenin haksızlığına (*Erfolgsunrecht*) indirgenemeyecektir. Hareketin değersizliğinin (*Handlungsunwert*) haksızlığın ortaya çıkışında taşıdığı önem “*bütün suçların genel değersizliği*”⁵² olarak aynı ölçüde dikkate alınmalıdır.

Final hareket öğretisine yöneltilen önemli itirazlara bakıldığında, bunların büyük ölçüde argümanlarını dayandırdığı zemininin ve kullandığı dilin ontolojik olmasından kaynaklandığı görülmektedir. Final hareket öğretisinin hareket kavramı, suç öğretisi bakımından değerlendirmenin zeminini teşkil etme olarak ifade edilen, ceza hukukunda dikkate alınacak hareket kavramının yerine getirmesi gerekli fonksiyon bakımından elverişli değildir. Diğer bir ifadeyle hukuk dışı normatif olmayan bir hareket kavramı ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmeye elverişli bir obje olamayacaktır.⁵³ Taksirli

⁵⁰ Welzel, *Strafrecht*, s. 33; bkz. Çataklı, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 160.

⁵¹ Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 43, Roxin, *Strafrecht AT*, Cild II, § 7 Kn. 16; Stuckenberg, *Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre*, s. 91.

⁵² “*der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte*”, Welzel, *Strafrecht*, s. 57; bütün suçların vazgeçilemez temel şartını teşkil eden kişisel

⁵³ Krş. Freund/Rotalski, *Strafrecht AT*, § 1 Kn. 119.

fiiller normatif bir yapıya sahiptir ve ontolojik olarak hedefe, en azından ceza hukuku bakımından önem arz eden bir sonuca, yönlendirilmiş bir hareket söz konusu değildir. Bu sebepten taksirli fiillerin cezalandırılması finalist anlayışın ontolojik bakış açısında yeterli bir şekilde gerekçelendirilememektedir.⁵⁴

Final hareket teorisi bir hareketin ceza hukuku bakımından belirleyici anlamını ve amaca yöneliminin (*Finalität*) sosyal muhtevasını, failin zihninde gerçekleşen hedef belirleme veya belirli bir gayeye zihni olarak yönelimi ile belirlemektedir. Böylelikle ağırlıklı olarak ontolojik kriterler kullanılmaktadır. Buna karşın hareketin ceza hukukuna ilişkin anlamı belirlenirken, önemli ölçüde suç tipinde yer alan normatif değerlendirmeler ve yasamaya ilişkin kriminal politik sebepler dikkate alınmalıdır.⁵⁵

Ontolojik bulgular doğaları gereği yalnızca keşfedilebilir ve betimlenebilirler, fakat katı bir biçimde tanımla sınırlandırılmazlar. Normatif ölçütlerin veya düzenlemelerin oluşturulmaları aşamasında nesnel gerçekliğe uygun objektif tanımların yapılması için bir nevi veri tabanı olarak işlev görebilirler. Fakat salt ontolojik bir dilin normatif hukuk ilminin gereklerini karşılamak bakımından yetersizliği *Stuckenberg*'in de, *Weber*'in her bir sosyal bilim alanına ilişkin geçerli hükümler bakımından formüle ettiği çıkarımına atıf yaparak, veciz bir biçimde ifade ettiği gibi: “*betimleyen dille hüküm veren dil birbirinden ayırt edilmelidir*”.⁵⁶ Ceza hukuku problemlerinin çözümü için belli bir çerçevede deskriptif gerçeğe ihtiyaç duymaktadır. Fakat ceza hukuku çok daha fazla, insan zihninin kavrayış kudretini tamamlayan ve destekleyen, sorumluluk atfeden bir hükme varmakla yükümlü normatif bir dile ihtiyaç duymaktadır.⁵⁷

Welzel'in genel yaklaşımı itibari ile insan davranışını bir anlam taşıyan bir olgu olarak teolojik bir ilişki içerisinde değerlendirmesi ve burada insan davranışının taşıdığı mananın anlaşılması bakımından “*günlük psikolojideki algısal şablonları*” (*alltagspsychologischer Deutungsmuster*) kullanması, yani hareketin sosyal/toplumsal olarak

⁵⁴ Roxin, AT II, § 8 Rn. 19; Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum, s. 205.

⁵⁵ Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum, S. 205; Roxin, Strafrecht AT, Cild II, § 8 Kn. 25.

⁵⁶ Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 87, 108.

⁵⁷ Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 108.

taşıdığı anlamı buraya entegre edişi, öğretisinin normatif açıdan en verimli yanlarını teşkil etmektedir. Fakat hareketin sosyal anlamı ile ceza hukuku açısından kast kavramını salt psikolojik olarak tanımlarken, “*psikolojik natüralizmden yaptığı uyumsuz alayım, öğretisinin doğuştan sakat tarafını*” teşkil etmektedir.⁵⁸

IV. Kişisel Haksızlık Öğretisi (die personale Unrechtslehre)

Bir önceki bölümde değindiğimiz ve bizim de katıldığımız itirazlar final hareket öğretisinin yekûn bir biçimde kabul görmesini engellemiş olsa da finalist söylemlerin temelini teşkil eden söylemler 2. Dünya Savaşı sonrası ceza hukukuna ilişkin tartışmalarda geniş ölçüde kabul gördü. Hatta tartışmaların devamında haksızlığın özne temelli belirlenmesine evrilerek haksızlığa dair hâkim öğreti konumuna geldi. Bu doğrultuda haksızlığın yapısı neticenin değersizliğinin yanında hareketin değersizliğinin kabulü ile tamamlandı.⁵⁹ Bu sonuç haksızlığın subjektif- kişisel unsurlarının varlığını kabulün zorunlu bir getirisi olarak gözükmemektedir. Özellikle kastın tipik haksızlığın kişisel unsuru olarak tipikliğin subjektif kısmına eklenmesi haksızlığın yapısına ilişkin tasavvurdaki değişimde belirleyici rolü oynamıştır.⁶⁰

Kişisel haksızlık öğretisinin temsilcileri, final hareket öğretisinin sahip olduğu ontolojik arka plan sebebiyle, ceza hukuku bakımından hareketin belirleyici anlamını ifade etme konusunda kifayetsiz kaldığını düşünüyorlardı. Bu sebepten kastın tipik haksızlığın yapısına dahil edilmesi için, final hareket öğretisinin ontolojik argümanlarından bağımsız olarak, yeni bir normatif zeminde delillere ihtiyaç vardı.⁶¹

58 Bu durumun hataya ve taksire ilişkin çıkardığı problemler için bkz. Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 106- 109.

59 Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, s. 35, 38 v.d.; Lampe, Das personale Unrecht, s. 206; Kaufmann, Armin, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982, s. 153; Mylonopoulos, Handlungs- und Erfolgsunwert, s. 18; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 24 vd.; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 26.

60 Kühl, Kristian, Strafrecht AT, § 4 Kn. 7; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, §7 Kn. 21.

61 Engisch, Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Ernst von, Caemmerer u.a. (Edt.), Hundertjahre Deutsches Rechtsleben (DJT- FS), Cild I, Karlsruhe 1960, s. 426 vd.; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 67.

1) Tipikliğin Fonksiyonu

İlk etkili argüman, dar anlamda tipikliğin (**Unrechtstatbestand**) düzenlendiği haksızlığın, onun cezaya değer kılınmasını sağlayan önemli tüm unsurlarını tarif ettiğinin, içerdiğinin kabulünden türetilir. Kim başkasının malının zarar görmesine kasten değil fakat taksirle sebebiyet verirse mala zarar verme suçunun tipik haksızlığını gerçekleştirmiş olmaz. Çünkü taksirle mala zarar verme suçu kanunda düzenlenmemiştir. Burada görüldüğü gibi kast, mala zarar verme eylemini cezaya değer bir haksızlık haline getiren mala zarar verme suçunun haksızlık tipinde normatif olarak tanımlanan suç tipinin sübjektif unsurudur.⁶²

Bunun yanında, yasa koyucunun bazı suç tiplerinin tanımlarında failin amacını/hedefini dikkate aldığı gösteren ifadeler de bir başka ikna edici argüman olarak ileri sürülmektedir. Kanunda yer alan “kendisi veya üçüncü bir kişi için hukuka aykırı biçimde edinir” ACK paragraf 242, “yanılmak/aldatmak amacıyla rol yapmak” (*vortäuschen*) ACK paragraf 145d, gerçekleri saptırarak/hile ile“ ACK paragraf 263 şeklindeki failin amacına dönük ifadeler her ne kadar kast ile özdeş değiller ise de failin söz konusu haksızlık tipini gerçekleştirebilmesi için kasıtlı bir biçimde suç tipinde belirtilen hedeflere yönelik çaba göstermesi zorunludur.⁶³

2) Cezaya Değer Bir Haksızlık Olarak Suça Teşebbüsün Yapısı

Bir diğer argüman dayanağını suça teşebbüsün tipliğinde bulur. Yasa koyucu suç tipinin objektif unsurlarından neticenin meydana gelmemiş olmasına rağmen, kasten öldürmeye veya kasten yaralamaya teşebbüste olduğu gibi, suça teşebbüsün şartları gerçekleştiği takdirde eylemi cezaya değer bir haksızlık olarak düzenlemiştir. Bu tutum kastın teşebbüste cezaya değer haksızlığın gerçekleştiğine hükmedilmesine tesir eden önemini ortaya koymaktadır. Neticenin gerçekleşmediği teşebbüs durumunda, somut olayın hangi suçun haksızlık tipini gerçekleştirdiği sorusu ancak failin iradesinin hangi suça yöneldiğinin tespit edilmesi ile

⁶² Roxin, Strafrecht AT, § 10 Kn. 63; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 27.

⁶³ Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, s. 33 v.d.; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 65; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 27; Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 163.

mümkün olacaktır.⁶⁴ Roxin'nin bu noktada verdiği örnek açıklayıcıdır: Birisi bir tabanca ile ateş ettiğinde ve bu atış hiç kimseye isabet etmediğinde, somut olayın teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme mi, teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama mı teşkil ettiği veya herhangi bir suç tipinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu, ancak failin hangi suç tipine yöneldiğinin belirlenmesi ile cevaplanabilir. Aynı ölçüde olmasa da failin kastına tamamlanmış suçlar bakımından da olayda gerçekleşen haksızlık tipinin ana hatlarıyla belirlenmesinde ihtiyaç vardır. Bu çıkarım tamamlanmış suçun haksızlığının zaten söz konusu suça teşebbüsün haksızlığını içeriyor olmasının anlamsal ve mantıksal olarak bir sonucudur.⁶⁵

3) Ceza Normunun Yapısına ilişkin Hâkim Öğreti Konumunda Olan *Binding*'in Norm Teorisi ile Uyumunu

Kişisel haksızlık öğretisi ile *Binding*'in, norma belirleyici ve değerlendirci olarak düalistik fonksiyon biçtiği, norm teorisi arasındaki uyumda teorinin yaygın kabulü bakımından değinilmesi gerekli bir yanı teşkil etmektedir. Anayasal olması sebebi ile bağlayıcı olan yasallık ilkesinin sonucu olan formel haksızlık anlayışı da normların ceza hukuku bakımından geçerli haksızlık kavramının sınırlarını teşkil etmesi gereğine sevk eder. Bu sebepten ceza hukuku bakımından geçerli olacak haksızlık kavramının dogmatığı bakımından normların yapısının analizi kaçınılmaz olarak gözükmektedir. Bu gereklilik özellikle ceza hukuku bakımından önem arz eden cezaya değer haksızlığın ceza kanununda düzenlenen normlara bir aykırılık olarak tanımlandığı düşünüldüğünde kendini göstermektedir.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle bir insan davranışı ancak "suç tipine uygun olduğunda, ceza hukukuna aykırılık (*Strafrechtswidrigkeit*) teşkil ettiği yönündeki kararın" konusunu teşkil edebilir.⁶⁷

⁶⁴ Welzel, Strafrecht, s. 60, Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, s. 1, 35; Çataklı, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 163 v.d.

⁶⁵ Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 64.

⁶⁶ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 29.

⁶⁷ Günter, Hans Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983, s. 104 vd

Baskın görüş “*hukuki değerlerin korunması perspektifinden kurulan davranış haksızlığını*”, ceza hukukundaki suç tiplerinin içeriği dikkate alınarak türetilen davranış normlarının (*Verhaltensnormen*) fonksiyonu açısından, materyal haksızlık anlayışı için bağlantı noktası olarak değerlendirmektedir.⁶⁸ Bu emir ve yasaklar aynı şekilde içerikleri ile buluşan bu gerekliliği karşılamak zorundadırlar. Bu gereklilik meşruiyetlerinin (*Legitimation*) sebebi olan hukuki değerlerin korunması (*Rechtsgüterschutz*) zemininde yapılan yorumdan çıkmaktadır.⁶⁹ Ceza normlarının hukuki değerlerin korunması bakımından yükümlü oldukları görevlerini en uygun bir şekilde yerine getirebilmeleri, ancak sosyal hayata ilişkin birtakım sonuçları gerektiren muhtevaya sahip oldukları takdirde mümkün olabilir. Bu noktada ceza normlarından “*normun muhatabında davranışlarını düzenleyici bir tesir*” uyandırması beklenmektedir.⁷⁰

Binding normu emredici bir kompleks şekilde ele alan diğer norm teorisine ilişkin analizlerden farklı olarak bir hukuki düzenlemenin şekli geçerliliği ile pozitif hale getirilmiş bağlayıcı hükümlerin arkasında yer alan yasaklayan veya emreden normu keskin bir biçimde ayırt etmektedir. Böylece hukuk düzenini “*hem kanuni emirlerin geçerlilik zemini hem de davranışları belirleyici içeriğe sahip düzen olma noktasındaki çifte fonksiyonundan kurtarmaktadır*”.⁷¹ Ceza kanunlarından kaynaklanan normlar *Binding*'in kavrayışında “*ilkesel ödev olarak fiziki kişilere yapma ya da yapmama noktasında kişisel yükümlülükler*”⁷² getirir. *Binding*'e göre bu bağlayıcı hükümler tek bir amaca sahiptir: “*belirli davranışları hukuki bakımdan zararlı doğaları veya etkileri gereği yasaklamak, diğerlerini de kesin bir gereklilik arz*

68 Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, in: Festschrift für Paul Bockelman, München 1979, s. 155; Mylonopoulos, Handlungserfolgsunwert, s. 18; MK-Freund, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfsgnags Joecks/Klaus Miebach (edt.), Cild 1 (§§1-37), 2. Baskı, München 2011, Vor §§ 13 ff. Kn. 151; Wachter, Das Unrecht des versuchten Tat, s. 30.

69 MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Kn. 163.

70 Wachter, Das Unrecht des Versuchten Tat, s. 30.

71 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 30.

72 Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild I, 3. Bası, Leipzig 1916, s. 89.

etmelerinden dolayı emretmek".⁷³ Gallas aynı noktadan belirleyici normların söz konusu etkisini isabetli bir biçimde vurgulamaktadır: "hukuk düzenindeki özneler tipik olarak düzenlenmiş hukuki değerlerin ihlalden kaçınma anlamında tesir etme".⁷⁴ Nihayetinde normun içeriğine ilişkin bu bakış açısı bizi normun muhatabı olan kişiler üzerindeki hareketlerini yönlendirici fonksiyonuna götürmektedir.⁷⁵

İzaha çalıştığımız norm tasavvurunda görülmektedir ki, ceza normunun içeriğinin etkisi ve normun tesir alanına ilişkin davranış odaklı bir yaklaşım kendini göstermektedir.⁷⁶ Ceza normlarının varlıklarının meşruiyetini sağlayan hukuki değerlerin korunması ödevini optimal olarak yerine getirebilmesi, içeriklerine tekabül eden emir ve yasakların, normun muhataplarının sosyal ilişkilerini gerçekleştirdikleri düzlemde hareketlerini düzenleyici bir tesir doğurmasına bağlıdır. Bu da normun tesirinin failin suç işleme kararını gerçekleştirmeden önce göstermesini gerektirir.⁷⁷

Kişisel haksızlık öğretisi, söz konusu norm anlayışından normun içeriğinin hukuki değerlerin korunması bakımından esas tesirini göstermesi gerekli yer olan, insanın davranışlarını hareketin haksızlığını (*Handlungsunrecht*) haksızlığın ortaya çıkışında (*Unrechtsbegründung*) merkezi bir konuma getirmektedir. Bu yaklaşım *Binding*'in düalist bir yapıda ortaya koyduğu norm teorisindeki ceza normunun belirleyici karakterinde kendinde destek bulmaktadır. Belirleyen norm (*Bestimmungsnorm*), muhatabının kusur yeteneği olup olmamasına bakmaksızın,⁷⁸ ona ne yapması ya da ne yapmaması gerektiğini söylemektedir.⁷⁹ Ceza normlarında gündeme gelen bu emre aykırı davranış hukuk düzeninin hükümlerine aykırılık teşkil etmekte ve böylece belirleyici normu ihlal eden hareket haksız (*Handlungsunrecht*)

73 Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild II/I, 2. Baskı, 2. Baskı, Leipzig 1914, s. 231

74 Gallas, strafrechtlichen Unrechtsbegriff, s. 156.

75 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 31.

76 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 238; Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin 1985, s. 92.

77 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 31.

78 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 9 Kn. 29, § 17 Kn. 2 f.

hale dönüşmektedir. Ceza hukuku da korumayı amaçladığı değerleri ihlale yönelen ve failin onları tanımadığını dile getiren bu hareketin değersiz olduğuna (*Handlungsunwert*) hükmetmektedir. Kişisel haksızlık teorisi ve norm teorisi arasındaki paralellik kendini değerlendiren normun (*Bewertungsnorm*) fonksiyonunda da göstermektedir. Değerlendiren normun ihlali suç tipinde yer alan neticenin isnat edilebilir ve hukuku aykırı icrası olarak, başka bir ifadeyle “olmaması gereken” olarak, hukuk tarafından reddedilerek karşı çıkılmaktadır (*Missbilligen*)⁸⁰. Böylece haksızlığın sadece hareketin değersizliğinden ibaret olmadığını, bilakis hukuka aykırı tipik neticenin hukuki değerinin zarar görmesi (*Rechtsgutverletzung*) veya somut tehlike suçu ve sırf hareket suçu gibi suç tipleri açısından hukuki değerinin zedelenmesi (*Rechtsgutbeeinträchtigung*) olarak⁸¹ neticenin değersizliğinin de (*Erfolgsunwert*) normun yapısının bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Böylece neticenin haksızlığının, haksızlığın ortaya çıkışındaki rolü teyit edilmektedir.⁸² Kişisel haksızlık öğretisinin hareketin ve neticenin haksızlığına dayanan haksızlık anlayışı, hâkim norm teorisinin değindiğimiz bu düalist yapısında kendisine norm teorisine ilişkin bir dayanak bulmaktadır.⁸³

4) Kişisel Haksızlık Öğretisinin Tek Taraflı Subjektif Haksızlık Anlayışından Ayrılan Yanları

Kişisel haksızlık teorisinin ortaya çıkışının Almanya’da genel eğilimin zihniyet ceza hukuku doğrultusunda olduğu bir döneme denk gelmesi, *Welzel*’in hukuki değerlerin korunması bakımından dolaylı bir yaklaşım sergilerken kullandığı terminoloji ve öğrencileri olan *Kaufmann* ve *Zielinski* gibi yazarların tek taraflı olarak tasavvur ettikleri ceza normu anlayışı bağlamında, cezaya değer haksızlığı adeta failin zihin dünyasında kurduğu norm ile olan ilişkisine indirgeyen haksızlık

80 “einer Sache ablehnend gegenüberstehen”, <https://www.dwds.de/wb/missbilligen>, son erişim 11.07.2020.

81 Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 31.

82 Gallas, strafrechtlichen Unrechtsbegriff, s. 158; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 239; Mylonopoulos, Handlungs- und Erfolgsunwert, s. 19; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 89, 93; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 35.

83 Aynı şekilde Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 28, 29; Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 165, 166.

anlayışları sebebiyle fiil ceza hukukunda vazgeçme anlamına gelen nasyonal sosyalist ceza hukukunun bir devamı olarak görülmesine yol açmaktadır. Oysaki bizatihi *Welzel*'in görüşleri dikkatle incelendiğinde görülmektedir ki kişisel haksızlık teorisi ile haksızlığın subjektif radikal yorumları arasında önemli anlayış ve yaklaşım farklılıkları söz konusudur.

Welzel ceza hukukunun ana hedefini doğrudan ve açık bir biçimde hukuki değerlerin korunması olarak ele almaz. *Welzel*'in savunduğu konseptte hukuki değerlerin korunması dolaylı olarak gündeme gelmektedir. Ceza hukukunun ana görevi “pozitif sosyal etik anlam değerlerinin (*sozialethische Gesinnungswerte*)”⁸⁴ ve “temel sosyal etik davranış (*sozialethische Handlungswerte*) değerlerinin geçerliliğinin”⁸⁵ sağlanmasıdır. Bu sosyal etik anlam değerleri başkalarının hayat hakkına, sağlığına, özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına saygı şeklinde kendini gösterir. *Welzel* tekil olarak hukuki değerlerin efektif korunmasının ancak söz konusu değerlerin toplumda içselleştirilmesi ve bir anlam değeri olarak sosyal geçerlilik kazanması, diğer bir deyişle sosyal yaşamda insanların davranışlarında dikkate almalarını ifade eden “davranış değerlerinin korunması” (*Schutz der Aktwerte*) ile etkili⁸⁶ bir şekilde korunabileceğini ifade etmektedir.⁸⁷ *Welzel*'in amacı buradan yola çıkarak bir zihniyet ceza hukuku ortaya koymak değildir. *Roxin*'in de ifade ettiği gibi: “belirsiz, keyfi “pozitif” zihniyeti ceza hukukunun yardımı ile kabul ettirmek istemez, bilakis sadece ceza kanunu ile korunan hukuki değerlere saygı duyulmasını ve normların tanınmasını, kabul görmesini (*Anerkennung der Normen*)”⁸⁸ ister. Fakat burada kullandığı terminoloji, her ne kadar temel söylemlerine ilişkin kategorik farklılıklar gösteriyor ise de nasyonal sosyalist ceza hukukunun kullandığı kişilerin zihniyetini merkeze alan yaklaşımı ile paralellik arz

84 Welzel, Strafrecht, s. 4.

85 Welzel, Strafrecht, s. 5.

86 Welzel, Abhandlungen, s. 233.

87 Welzel, Strafrecht, S. 4; Ünver, söz konusu yaklaşımın ceza hukukunun görevi konusunda yaptığı soyutlaştırma ile ceza normunu hukuki değerlerin korunması amacından kopardığını ifade etmektedir, bkz. Hukuksal Değer, s. 278.

88 Strafrecht AT, Cild I, § 2 Kn. 105,106; Welzel hareket değerlerini korumayı sadece hukuki değerlerin korunması bakımından daha geniş bir perspektife sahip olduğunu ifade eder ve kalıcı bir kazanım olarak vatandaşlarda hukuku kalıcı olarak özümsemiş bir zihniyete sağlayacağını dile getirir, Strafrecht, s. 4.

ettiği için yanlış anlaşılmalara zemin hazırlamaktadır.⁸⁹ Fakat *Welzel*'in modeli, hukuki değerlerin korunması düşüncesine bir alternatif ortaya koymaktan ziyade, onun nasıl etkili bir biçimde gerçekleştirileceği noktasında yoğunlaşmaktadır.⁹⁰

Welzel'e bu noktada yöneltilebilecek haklı eleştiri, *Roxin*'in yerinde olarak dile getirdiği gibi,⁹¹ ceza hukukunun ana ödevini belirlerken amaç ve araç (*Mittel und Zweck*) arasındaki farkı gözetmeden bir yaklaşım ortaya koymasıdır. “*Toplumsal bilinçte normların stabil bir geçerlilik kazanması*” pozitif genel önleme bakımından ceza hukukunun ödevlerinden biridir. Bu bağlamda kişilerin hukuk tarafından korunan hukuki değerlerine karşı toplumsal olarak bir saygının veya onların zedelenmemesi noktasında bir hassasiyetin gelişmesi ancak bir araç olarak hukuki değerlerin korunması amacına hizmet edecektir.

Diğer yandan *Welzel*'in görüşlerinin fiil ceza hukukundan vazgeçiş anlamına geldiği yönündeki söylemlerin de isabetli olduğunu söylemek zordur. *Welzel* açık bir şekilde failin suça yönelmiş iradesinin dışa tezahürünün arz ettiği objektif niteliği, eylemin “sosyal uyumsuzluğunun dayanağı olarak” (*sozialen Inkompatibilität*)⁹² suç niteliği kazanması bakımından⁹³, cezalandırılabilir davranışların belirlenmesindeki önemini kabul eder. Ortaya koyduğu haksızlık konseptinde hareketin haksızlığı bir yandan müstakil, diğer yandan neticenin haksızlığının yanında tamamlayıcı bir konumda olarak ele alınır.⁹⁴ Fakat suçun sistematigi bakımından öncelikli bir konumu bulunmaktadır.⁹⁵

Welzel'e göre sadece kastın dışa vurumu cezalandırılabilir bir haksızlığın ortaya çıkışı için yeterli değildir. Ceza hukuku hukuki değerlerin herhangi bir şekilde zedelenmesini yasaklamaz. Ancak belirli

89 Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 273.

90 Krşl. Pawlik, Michael, Die Aufgabe des Strafrechts und die Legimitation von Strafe bei Welzel, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther, Jakobs/Michael, Kubiciel/Michael, Pawlik/Carl-Friedrich, Stuckenberg (edt.), Tübingen 2015, s. 54; Bu hususa Ünver'de açıklık getirmektedir, Hukuksal Değer, s. 451.

91 Strafrecht AT, Cild I, § 2 Kn. 105.

92 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

93 Welzel, Strafrecht, s. 193.

94 Krş. Maurach, Zipf, Strafrecht AT, Cild I, § 24 Kn. 17.

95 Welzel, Abhandlungen, s. 223.

bir biçimdeki, “ahlaki-düzenli bir toplumsal mevcudiyet için katlanılmaz olanları” yasaklar.⁹⁶ Dolayısıyla kastın mutlaka belirli objektif bir nitelikte ortaya çıkışı, kendi ifadesiyle “final kudrete” (*finale Macht*) ulaşması gerekir. “Suçun ne ölçüde gerçekleştiği nasıl suça yönelmiş suç işleme iradesinin kudreti için bir ölçüt ise, aynı şekilde teşebbüsün elverişliliği teşebbüsün sınırları çerçevesinde bir ölçüttür.”⁹⁷ Hareketin sahip olması gerekli objektif niteliğin ve sosyal anlamının tespitinde failin kendi tasavvuru belirleyici değildir. Suçluluk enerjisi göstermesi gerekli asgari bir objektif niteliğe sahip değilse,⁹⁸ söz konusu iradenin, onu sosyal açıdan uyumsuz kılan ve suçluluk alanına dahil edecek vasa sahip olduğundan bahsedilemez.⁹⁹ Bu yaklaşım açısından cezalandırılabilir davranışın sınırlarını, Alman Ceza Kanunu’ndaki paragraf 23/3’te yer tabiat kurallarına ilişkin açık bir cahillikle yapılan hareketlerin cezalandırılabileceğine ilişkin düzenlemeye kıyasla daha dar çizmektedir. Failin hareketlerinin objektif niteliğine ilişkin tasavvuru Welzel’e göre tek başına bir davranışı cezalandırılabilir hale getirmeyeceğinden dolayı söz konusu durumdaki hareketler cezalandırılmamalıdır.¹⁰⁰

Tek taraflı subjektif teorilerin kişisel haksızlık anlayışlarından (*monistisch subjektive Theorien*) ayrıldığı noktalar ceza normunun insan davranışlarını belirleyen fonksiyonunun (*Bestimmungsnorm*) yorumunda başlamaktadır. Belirleyici norm sosyal hayatta davranışları düzenleyici etkisi gereği muhataplarına (*Normadressat*) korunan hukuki değerlerin ihlalinde önce belli davranışlardan kaçınma veya belli davranışlarda bulunmaya ilişkin yükümlülükler getirmektedir.

Welzel bu yükümlülüklerin içeriğini yukarıda da değindiğimiz gibi sosyal alanda geçerli olan günlük anlam şemaları üzerinden açıklamaktadır. Bu ölçütü, normatif bakış açısından somut olarak ifade etmek gerekirse bir nevi “hüküm veren toplumun temsilcisi”¹⁰¹ olarak

⁹⁶ Welzel, Abhandlungen, s. 98.

⁹⁷ Welzel, Strafrecht, s. 193.

⁹⁸ Welzel, Strafrecht, s. 193.

⁹⁹ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

¹⁰⁰ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27; Welzel, Strafrecht, s. 193.

¹⁰¹ “fiktiven Vertreter der beurteilenden Gesellschaft”, Hukuki açıdan önem arz eden davranışlar hareketin taraflarının dışından yabancı bir gözlemlerle meydana çıkarlar, Ast, Stephan, Handlung und Zurechnung, Berlin 2019, s. 15.

sağlıklı bir zihne sahip ortalama bir gözlemciye (*Durchschnittsbeobachter*) karşılık gelecektir.

Buna karşın tek taraflı subjektif haksızlık yaklaşımlarının zemin bulduğu norm anlayışı, belirleyici normun getirdiği yükümlülüğün anlamını her bir somut olayda normun muhatabının zihin dünyası üzerinden belirler. Wachter¹⁰² bu okuma şeklini örnekle şöyle açıklar: “*İnsan öldürmeyi yasaklayan norm yalnızca ölümcül olduğu düşünülen davranışları yasaklamaktadır*”.¹⁰³ Haksızlık öğretisinin radikal subjektif yorumu da olarak adlandırılan yaklaşımın önemli temsilcisi Kaufmann ceza normunu, *Binding*’in düalist/iki basamaklı (*zwei stufig*) norm anlayışından farklı olarak, monist bir çerçevede anlamaktadır. Bu anlayışa göre ceza normları yalnızca insan davranışlarını konu edinebilir ve hukuk normlarının altında yatan hukuki değerlendirmenin konusu yine ancak insan davranışı olabilir. Kaufmann’ın kendi sözleriyle: “*Her bir norma ait karşılık gelen değerlendirme hükmüne ait önerme tersine çevrilemez, çünkü normun konusu yalnızca harekettir. Normlar iki basamaklı değillerdir*.”¹⁰⁴ Bu kavrayışa uygun olarak cezaya değer haksızlığın yapısında da tek taraflı anlayış benimser ve hareketin değersizliğini, kendi ifadeleriyle niyetin değersizliğini (*Intentionsunwert*) ceza hukuku bakımından geçerli haksızlığın tek etmeni olarak açıklarlar. Zielinski’nin ifadelerinde bu tutum açık bir biçimde ortaya konulur: “*haksızlık sadece hukuki değer nesnel olarak zararını hedefleyen bir hareket olabilir*”.¹⁰⁵ Neticenin değersizliği cezaya değer haksızlığın yapısının dışında, bir cezalandırma şartı olarak kabul edilmektedir. Tek taraflı olarak belirleyici normun içeriğine ilişkin yaptığı yorumdan türettiği destekleyici argümanlarla bu görüşünü gerekçelendirir.¹⁰⁶ Ceza yasalarının içeriğini norma uymakla yükümlü olan kişiyi dikkate alarak yorumlar. Wachter’in de yine yerinde olarak ifade ettiği gibi, bu durum netice itibarıyla “*haksızlığın içeriğinin belirlenmesinde bireyleri karar verici konuma getirmektedir*”. Artık bu noktada norm ihlalinin

¹⁰² Wachter, *Das Unrecht der Versuch*, s. 32.

¹⁰³ Bkz. Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, s. 161.

¹⁰⁴ Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen 1954, s. 107, 108.

¹⁰⁵ Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, s. 128

¹⁰⁶ Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, s. 153 vd.

dolayısıyla ceza değer haksızlığın ceza hukuku bakımından anlamı fail ve failin norm ile zihin dünyasındaki kurduğu ilişki üzerinden belirlenir. Kaufmann'ın kendi sözleriyle ifade etmek gerekirse: “norma aykırılık noktasındaki değerlendirmenin dayanağını yalnızca failin eylemindeki kastının anlamı belirler.”¹⁰⁷ Böylece failin davranışının sosyal aykırılığına (*Sozialwidrigkeit*) ilişkin hükümde geçerli olan objektif ve genel bir ölçütten bahsetmek mümkün değildir. Durum özellikle suçta teşebbüse ilişkin görüşlerinde açık bir şekilde görülmektedir. Welzel'in aksine, teşebbüsün elverişliliği teşebbüste hareketin haksızlığı bakımından bir ölçüt değildir. Önemli ve yeterli olan failin davranışlarının elverişli olduğu yönündeki kendi değerlendirmesidir. Haksızlığın ortaya çıkışında ve yoğunluğunun belirlenmesinde, failin failinin teşebbüs aşamasında kalması ve sona ermesi arasında fark yoktur. Fail kendi tasavvur dünyasında suç tipinin gerçekleşmesi için gerekli gördüğü her şeyi yapmışsa, cezaya değer haksızlığın gerçekleşmesi için gerekli tek etmen olan hareketin değersizliği tamamen gerçekleşmiştir.¹⁰⁸

V. Sonuç

Kastın tipik haksızlığın bir unsuru olduğunun kabulü haksızlığın subjektif, özne odaklı ve iradenin içeriğinin de dikkate alınması gereken bir yapısının olduğunu teyit etmektedir. Bu durum, aynı zamanda cezaya değer haksızlığı determinist bir bakış açısıyla neticenin haksızlığında gören ve bundan sebep tek taraflı objektif olan haksızlık anlayışının geçerliliğini yitirdiğini de ifade etmektedir. Cezaya değer haksızlığın yapısı, aynı zamanda ceza normlarının muhatabı ve ceza hukuku bakımından önem arz eden hareketin faili, diğer bir ifadeyle haksızlık teşkil eden eylemin öznesinin iradesi odaklı bir okumayı da gerekli kılmaktadır.

Welzel'in finalist suç öğretisi bağlamında dile getirdiği psikolojik hareket teorisine dayanan görüşleri bu gerekliliğin kabulünde çok önemli bir merhale teşkil etmektedir. Finalist yaklaşım sahip olduğu ontolojik dil ve gerekçelendirme zemini itibarıyla ceza hukukunun ihtiyaçlarını karşılamak noktasında gerekli normatif ölçütleri ortaya koyacak bir dilden uzak görüntü sergilemektedir. Yine Welzel'in ceza hukukunun ve ceza normlarının amacını kendi zaviyesinden ortaya koyarken kullandığı

¹⁰⁷ Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, s. 161.

¹⁰⁸ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

geniş yorumlanmaya müsait kavramlar, hem fiil ceza hukuku noktasında şüpheler oluştururken hem de ceza hukukunun hukuki değerlerin korunması noktasındaki en temel görevine ilişkin amaç ve araç ayrımı noktasında karmaşa ortaya koymakta ve bu da haklı olarak soru işaretleri doğurmaktadır. Fakat *Welzel*'in ortaya koyduğu hareketin ve neticenin haksızlığına dayanan düalist haksızlık tasavvuru kendisine, finalist yaklaşımın bu sorunlarından azade olarak, çalışmada dile getirdiğimiz sistematik, normatif ve norm teorisine ilişkin göz ardı edilemeyecek önemli dayanak noktaları bulmaktadır. Bu dayanak noktaları teoriye, final hareket teorisinin genel olarak reddedilmesine rağmen, İkinci Dünya Savaşı sonrası hâkim haksızlık görüşü olarak kabul edilmesiyle sonuçlanan süreçte önemli avantaj sağlamıştır. Teori radikal subjektif veya tek taraflı subjektif haksızlık teorisi olarak adlandırılan yaklaşımlardan, ceza normunun ve cezaya değer haksızlığın yapısına ilişkin, çalışmada da ortaya konulduğu gibi temel yaklaşım farklarına sahiptir. En mühim husus cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışını, diğer bir ifadeyle bir norma aykırılığı fail ve failin zihin dünyasında norm ile kurduğu ilişkiye indirgemez. Ceza değer haksızlık ve ceza normunun ihlali, aynı zamanda sosyal olarak algılanmasını, idrak edilmesini mümkün kılan birtakım objektif ölçütlerle somutlaşmalıdır. Bu açıdan artık mühim olan özne odaklı argümanların, ceza hukuku bakımından önemli ve geçerli kılabilmesini mümkün kılacak bir şekilde ele alınması gerekir. Diğer bir deyişle subjektif argümanların, hareketin dış yapısının da dikkate alındığı ve hareketin ceza hukuku bakımından manasını sosyal günlük anlam şablonları zemininde okuyan, normatif ölçütlerle belirlenmiş sınırlar dahilinde tanımlanması gerekmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Bu bağlamda kişisel haksızlık öğretisi ile yeni tehlike teorisi ex ante bir bakış açısından tanımlanan ve objektif isnadiyet teorisi ile normatif bir anlam çerçevesine kavuşan tehlike/risk kavramının uzlaştırılmasına ilişkin yaklaşım için bkz. Çatakli, Hasan, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 167- 178.

Kaynakça

- Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (Tarihsiz)
- Ast, Stephan, Handlung und Zurechnung, Berlin 2019
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht AT, 12. Baskı, Giesking 2016
- Beling, Ernst, Lehre von Verbrechen, Darmstadt 1964
- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild II/I, 2. Baskı, 2. Baskı, Leipzig 1914
- Blei, Herrmann, Strafrecht AT, Cild I, 18. Baskı, München 1983
- Çataklı, Hasan, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive, Hamburg 2020
- Dopslaff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, 1 vd.
- Duttge, Gunnar, Der Erlaubnistatstandsirrtum zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie, in: Das Schuldprinzip des türkisches StGB im Spiegel des deutschen Strafrecht, Duttge, Gunar/Ünver, Yener (Edt.), Ankara 2013
- Engisch, Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Ernst von, Caemmerer u.a. (Edt.), Hundertjahre Deutsches Rechtsleben (DJT- FS), Cild I, Karlsruhe 1960
- Fischer, Hans Albert, Rechtswidrigkeit: Mit Besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911
- Freund, Georg in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfgnags Joecks/Klaus Miebach (edt.), Cild 1 (§§1-37), 2. Baskı, München 2011, Vor §§ 13 ff.
- Freund, Georg/Rotalski, Frauke, Strafrecht AT, 3. Baskı, Berlin 2019
- Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, 1 vd.
- Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, in: Festschrift für Paul Bockelman, München 1979, 155 vd.
- Gropp, Walter, Strafrecht AT, 4. Baskı, Berlin 2015

Grupp Magdalena, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, Baden-Baden 2009

Günter, Hans Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983

Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19 vd.

Ida, Makoto, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Lebendiges Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther Jakobs/Michael Kubiciel/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg (edt.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 203 vd.

Jescheck, Hans Heinrich /Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Baskı, Berlin 1996

Kargl Walter, Handlung und Ordnung, im Strafrecht, Berlin 1991

Kaufmann, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954

Kaufmann, Armin, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019

Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard, StGB, 43. Baskı, Berlin 1961

Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin 1985

Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 8. Baskı, Sinzheim 2017

Lampe, Ernst Joachim, Das personale Unrecht, Berlin 1967

Matthias Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, Tübingen 2015

Maurach, Reinhardt /Zipf, Heinz, Strafrecht AT, Cild I, 8. Baskı, Heidelberg 1992

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992

Özgenç, İzzet, Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2019

Özlem, Özaydın, Notwehr und Notstand im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 2013

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003

Pawlik, Michael, Die Aufgabe des Strafrechts und die Legimitation von Strafe bei Welzel, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre

Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther, Jakobs/Michael, Kubiciel/Michael, Pawlik/Carl-Friedrich, Stuckenberg (edt.), Tübingen 2015, 49 vd.

Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für Strafrechtssystem, Darmstadt 1967

Roxin Claus, Strafrecht AT, Cild II, München 2003

Roxin, Claus, Strafrecht AT, Cild I, 4. Auflage, München 2006

Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994

Sözüer, Adem, Die Reform des türkischen Strafrechts, ZStW 119 (2007), 717 vd.

Stöger, Fritz, Versuch des untauglichen Täters, Berlin 1961

Stuckenberg, Carl- Friedrich, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.), Tübingen 2015, 241 vd.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2019

v. Hippel, Reinhard, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, Berlin 1966

Weigend, Thomas, Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hans Joachim, Hirsch/Thomas, Weigend (edt.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Berlin 1989, 113 vd.

Welzel Hans, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703 vd.

Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Baskı, Berlin 1969

Welzel Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie, Berlin 1975

Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Berlin 1973

Özel Hukuk

1581 SAYILI TARIM KREDİ KOOPERATİFLERİ VE BİRLİKLERİ KANUNU M. 12'DE DÜZENLENEN İLAM NİTELİĞİNDE BELGE VE BU BELGEYE İLİŞKİN OLARAK UYGULAMADAKİ HUKUKİ SORUNLAR

*Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR**

Özet

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre ilâmlı icranın konusu, para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası ile para ve teminat verilmesi hakkındaki ilâmların icrasıdır. İcra müdürünün borçluya karşı icra emri gönderebilmesi için alacaklının icra dairesine (icra edilebilir) “ilâm” vermesi şartı aranmıştır. İlâmlı icrada cebri icranın dayanağını esasen ilâm oluşturmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu İcra ve İflas Kanunu'nun “ilâm mahiyetini haiz belgeler” başlıklı 38. maddesinde sayılan belgelerin ilâm niteliğinde olduğunu hükme bağlamıştır. Ayrıca bir takım özel kanunlarda da bu hususta düzenleme yapmak suretiyle ilâm niteliğindeki belge sayısını arttırarak ilâmlı icra yoluna başvurma imkânını genişletmiştir. İşte özel kanunlarda düzenlenen ilâm niteliğindeki belgelerden birisi de 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 12. maddesinde belirtilen belgedir.

1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki belge esas itibariyle tarım kredi kooperatifinin ortağına sağladığı gerek nakdi gerekse araç gereç veya tohum gibi ayni, kısa ve orta vadeli çeşitli krediler dolayısıyla düzenlenen alacak senetleridir. Bu çalışmada, esas itibari ile bu alacak senetlerine istinaden alacaklı tarım kredi kooperatifinin, ortağı bulunan kredi borçlusu aleyhine yapacağı para alacaklarına ilişkin ilâmlı icra takibi ile ilgili hususlar inceleme konusu yapılmıştır.

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usûl ve İcra- İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-4067-5507>.

Anahtar Kelimeler: İİK m. 38, 1581 sayılı Kanun m. 12, ilâm niteliğindeki belge, tarım kredi kooperatifi alacak senedi.

Abstract

According to the Execution and Bankruptcy Law No. 2004, the subject of the enforcement proceedings arising from a judgment includes both monetary and collateral receivables and debts, and other debts and receivables. In order to send a writ of payment by a bailiff to the debtor, the creditor must submit a judgment demonstrating and proving the debt to the bailiff. In the enforcement proceedings arising from a judgment, the judgment of the court is an indispensable part of the process.

Apart from a court judgment is an enforceable deed, the legislator ruled that the documents listed in Article 38 of the Execution and Bankruptcy Act are in the nature of an enforceable deed. It has also extended this way of enforcement procedure by increasing the number of enforceable deeds other than court judgment in some Acts. Some of this type of deeds set out in a particular act is the documents mentioned in Article 12 of the Law No. 1581 on Agricultural Credit Cooperatives and Unions.

The enforceable documents under Article 12 of the Law No. 1581 are bills receivable that issued by the agricultural credit cooperative in order to provide monetary or real, short- and medium-term credits to the partners of the cooperative. In this paper, it is analyzed that the enforcement proceedings, initiated by agricultural credit cooperative (the creditor) against the credit borrower (partner of the cooperative), arising from the bill's receivables in the Law no. 1581.

Keywords: Execution and Bankruptcy Law No. 2004 article 38, Article 12 of the Law No. 1581, enforceable deeds, bills receivable issued by agricultural credit cooperatives.

I. GENEL OLARAK TARIM KREDİ KOOPERATİFLERİ

Ülkemizdeki kooperatifleri¹ mevzuat açısından 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'na² tabi olan kooperatifler³ ve özel kooperatif

¹ Kooperatifçiliğin Dünyada ve Türkiye'de tarihi gelişimi bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **Ziya Gökalp Mülâyim**, Kooperatifçilik, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2010, s. 33 vd.; **Erkan Rehber**, Kooperatifçilik, Bursa 2011, s. 7 vd.; **Yahya Deryal**, Kooperatiflerde Ortak Sıfatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman:

kanunları olan 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu⁴ ile 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanunu'na⁵ tabi olan kooperatifler olarak ikili bir ayrıma tabi tutmak mümkündür⁶. Bu bakımdan diğer özel kanunlar kapsamında yer alan

-
- Prof. Dr. Hamdi Yasaman, İstanbul 1994, s. 1 vd., ve s. 2 dn. 2; **Ali Said Yazıcı**, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu'na Göre Kooperatiflerin Denetimi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Mustafa Tüysüz, Samsun 2016, s. 39 vd.; **Serkan Baş**, Kooperatiften Çıkma, Kocaeli Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Kocaeli 2006, s. 3 vd.; **Ersin Karadağ**, Kooperatiflerde Tasfiye Süreci ve Örnek Uygulama Olarak Bir yapı Kooperatifinin Tasfiyesi, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Osman Altuğ, İstanbul 2010, s. 4-7; **T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü** (şimdi ise Esnaf, Sanatkarlar ve Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü) **Türkiye Kooperatifçilik Raporu 2016**, Yayını: Mayıs 2017, s. 3 vd., rapora erişmek için bkz. <https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/5d44177313b8764330655452/15fb10a7fe0bba07482ac9da277b5d35.pdf>, E.T. 17.11.2019.
- 2 RG. 10.05.1969, Sa. 13195.
- 3 Anılan Kanun'un "A) Tarif" başlıklı 1. maddesine göre *"Tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir."* Bu tanım kooperatifin yasal tanımıdır. Diğer taraftan kooperatifi ekonomik yönden tanımlamak çok kolay değildir (**Mülayim**, s. 67). Mülayim tarafından yapılan bir tanıma göre ekonomik yönden kooperatif, *"bireylerin tek başlarına yapamayacakları veya birlikte yapmalarında yarar bulunan işleri en iyi bir biçimde ve maliyet fiyatına yapmak üzere dayanışma suretiyle ekonomik güçlerini bir araya getirmeleridir."* (bkz. **Mülayim**, s. 72). Kooperatif kavramına ilişkin çeşitli tanımlar için ayrıca bkz. **Rehber**, s. 60 vd.; **Yazıcı**, s. 3 vd.; **Zehra Baykal Karaca**, Tüketici Kooperatifleri, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Murat Alışkan, İstanbul 2007, s. 3-4; **Karadağ**, s. 2-3; <http://www.muhasabedersleri.com/sirketler-muhasebesi/kooperatifler.html>, E.T. 12.11.2019.
- 4 RG. 28.04.1972, Sa. 14172, (bundan sonra TKKB Kanunu şeklinde kısaltılacaktır). Kanuna ulaşmak için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14172.pdf>, E.T. 01.11.2019.
- 5 RG. 01.6.2000, Sa. 24081.
- 6 Aynı yönde bkz. **Yazıcı**, s. 51-52; **Bilal Özel/ Mustafa Eser Cinbaş**, Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Sa. 2, Y. 2013, s. 256. Keza aynı şekilde yer aldıkları hukuksal düzenlemelere veya yer aldıkları hukuk kaynağına göre kooperatiflerin "Kooperatifler Kanununa Tabi Kooperatifler", "Özel Yasalara Tabi Kooperatifler" şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu; bununla birlikte faaliyet türlerine göre

kooperatifler, 1581 sayılı Kanuna tabi Tarım Kredi Kooperatifleri ve 4572 sayılı Kanununa tabi Tarım Satış Kooperatifleri ve Tütün Tarım Satış Kooperatifleridir⁷. Dolayısıyla, gerek tarım kredi kooperatifleri gerekse tarım satış kooperatifleri ve tütün tarım satış kooperatifleri kendi özel kanununa tabi olmakla birlikte, bu Kanunlarda hüküm bulunmayan hallerde, bu kooperatifler hakkında da 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu uygulanacaktır⁸.

Esasen konumuzla ilgili olan kooperatif ilk belirttiğimiz tarım kredi kooperatifleridir⁹. 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri

kooperatiflerin, “üretim kooperatifleri”, “tüketici kooperatifleri”, “kredi kooperatifleri”, “yapı kooperatifleri” ve “diğer kooperatifler” şeklinde ayrıldığı görülmektedir (bkz. **O. Murat Koçtürk**, Türkiye’de Kooperatiflerin Vergilendirilmesi, Yönetim ve Ekonomi, Y. 2006, C. 13, Sa. 2, Celal Bayar Üniv. İİBF, s. 121-122; **Baykal Karaca**, s. 23 vd.). Ayrıca bir başka ayrıma göre “sorumluluklarına göre kooperatifler” ise “sınırlı sorumlu- sınırsız sorumlu kooperatifler” şeklinde ayrılmıştır (bkz. **Baykal Karaca**, s. 21 vd.).

Kooperatiflerin genel olarak konuları bakımından ayrıma tabi tutulduğu ve bu bakımdan “tarım dışı kooperatifler” ve “tarımsal kooperatifler” şeklinde ayrıldığı görülmektedir (bu ayrım ve bu ayrıma göre kooperatifler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Mülayim**, s. 153 vd.; **Rehber**, s. 211 vd.; **Karadağ**, s. 11 vd.).

Kooperatifler bağlı buldukları Bakanlık nezdinde ise “Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına bağlı kooperatifler”, “Çevre ve Şehircilik Bakanlığına bağlı kooperatifler” ve “Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı kooperatifler” şeklinde ayrıma tabi tutulmuştur (bu ayrım ve bu ayrıma tabi kooperatifler hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Yazıcı**, s. 52 vd.; aynı yönde bkz. **Baykal Karaca**, s. 18-19).

⁷ Bkz. **Deryal**, s. 6; **Koçtürk**, s. 122; **Karadağ**, s. 11-12. Tarım Kredi Kooperatifleri bakımından aynı yönde bkz. **Talih Uyar**, Kooperatif Şirketler ile Adi Şirketlerde; “Şirket”ten ve/veya “Şirket Ortağı”ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin “Şirket”i ve/veya “Şirket Ortağı”nı Takip Hakkının Kapsamı, Ankara Barosu Dergisi, Y. 74, Sa. 2016/1, s. 526, makaleye ulaşmak için bkz. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/19442010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2016-1.pdf>, E.T. 10.11.2019.

⁸ Bkz. **Deryal**, s. 10-11; **Karadağ**, s. 11; **Ulaş Demir**, Kooperatifler Kanunu’na Göre Ortaklıktan Çıkarma, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Sevilay Eroğlu, İzmir 2004, s. 2, dn. 4.

⁹ Türkiye’de tarım kredi kooperatifleri hakkında bilgi ve çeşitli istatistikler hakkında bkz. **Yılmaz Ürper**, Türkiye’de Tarımsal Kooperatiflerin Toplumsal Değişmeye Etkileri, Eskişehir 1985, s. 30 vd.; T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü’nün Türkiye Kooperatifçilik Raporu 2016, s. 38 vd.; **Rehber**, s. 302 vd.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türkiye’de tarım kredi kooperatiflerinin geçmişi Mithat Paşa’ya, Memleket Sandıklarına kadar uzanmaktadır. Dolayısıyla bu husustaki ilk yasal düzenleme de 29 maddeden oluşan 1867 tarihinde kabul edilmiş olan Mithat Paşa’nın “Memleket Sandıkları Nizamnamesi”dir. Memleket sandıkları yerini 1888 yılında Ziraat Bankasına bırakmış, 1929 yılına kadar çiftçinin kredi ihtiyacı bu

Kanunu m. 1/f. 1 hükmünden yararlanarak, tarım kredi kooperatifleri, “*üreticilerin aralarındaki ekonomik menfaatlerini korumak ve özellikle meslek ve geçimleriyle ilgili ihtiyaçlarını sağlamak amacıyla karşılıklı yardım ilkesine dayanarak kurdukları, değişir ortak ve değişir sermayeli tüzel kişiliği haiz bir kuruluş*” olarak tanımlanabilir¹⁰. Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere bu kuruluşlar, kanunla kurulmuş Kooperatif kuruluşu olup, özel hukuk tüzel kişisi niteliğine sahiptir¹¹.

Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu’nun tarifler başlıklı ikinci maddesinin “*ortak*”¹² deyimini, bu kanuna göre kurulan tarım Kredi Kooperatifleri ortaklarını” ifade eder şeklindeki a) bendinden, kimlerin bu kooperatiflerin ortağı olabileceği pek anlaşılammaktadır. Bununla birlikte, Kanun’un hem m. 1/f. 1 hükmünden çıkarılan kooperatif tanımının hem de 2. madde a) bendinin birlikte değerlendirilmesinden, tarım kredi kooperatiflerine, tarımsal nitelikte ürün üreten üreticilerin ortak olabileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, tarım kredi kooperatiflerine tarımsal üretici olan gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tarımsal amaçlı kooperatifler ortak olabilirler¹³. Ancak bu kooperatiflerin ortakları

banka tarafından karşılanmıştır. 1929 yılında 1470 sayılı Zirai Kredi Kooperatifleri Kanunu çıkarılmıştır. 21.10.1935 tarihinde 2836 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu kabul edilmiştir (RG. 21.11.1935, Sa. 3146; Kanun’a erişmek için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/3146.pdf>, E.T. 01.11.2019). Bundan sonra ise tarım kredi kooperatifi yaygınlaşmış, 1972 yılında 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu çıkartılmak suretiyle, 35 yıllık kanun değiştirilmiş, böylece üst örgütlenme imkânı da sağlanmıştır (ayrıntılı bilgi için bkz. **Rehber**, s. 47 vd., 302; **Mülayim**, s. 47 vd.; **Yazıcı**, s. 3-4; **Erhan Fırat**, *Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler*, Ankara 2016, s. 87; **Baş**, s. 5 vd.; **Karadağ**, s. 5-7; **T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü Türkiye Kooperatifçilik Raporu 2016**, s. 38; ayrıca bkz. <https://www.tarimdanhaber.com/merkez-birlikler/kooperatifciligin-gelisimi-ve-tarim-kredi-kooperatifleri-h5957.html> ve <http://www.tarimkredi.org.tr/index.php/hakkim> izda/tarihcemiz, E.T. 05.11.2019). Tüketici kooperatiflerinin Dünya ve Türkiye’de tarihi gelişimi için ayrıca bkz. **Baykal Karaca**, s. 47 vd.

10 Bkz. **Mülayim**, s. 187; ayrıca bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=55830>, E.T. 05.11.2019.

11 Bkz. ve karşı. **Deryal**, s. 80; **Yazıcı**, s. 7.

12 Kooperatif “ortağı” veya “üyesi” kavramları hakkında geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. **Deryal**, s. 16 vd.

13 Bkz. <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=55830>, E.T. 05.11.2019). Kooperatife gerçek ve tüzel kişiler ortak olabilir. Bunun için gerçek kişilerin TMK’da düzenlenen, medeni hakları kullanma yeterliliğine yani fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir (1163 s. K. m. 8/f. 1, c. 1). Tüzel kişiler bakımından ise tüzel

genellikle küçük çiftçilerdir¹⁴. Bununla birlikte tarımsal amaçlı kooperatifler hariç olmak üzere; ortak ürünleri üzerinde ticaret ve komisyonculuk yapanlar, faizle para veya mal olarak kredi verenler bu kooperatiflere giremezler (TKKB Kanunu m. 1/f. 2).

1581 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, tarım kredi kooperatiflerinin amacı ve çalışma konuları; ortaklarının kısa ve orta vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamak, ürünlerini değerlendirmek, müştereken yararlanabilecekleri her çeşit makina, ekipman ve tesisleri edinmek; ortak ve gerektiğinde diğer üreticilerin üretim ve zaruri tüketim maddeleri ile üretim araçlarını toptan sağlamak, el sanatlarını geliştirmek ve mamullerini değerlendirmek, mesleki ve teknik yönden bilgilerini artırmak, sosyal ve kültürel konularıyla ilgili faaliyetlerde bulunmak, kurslar açmak ve seminerler tertip etmek, son olarak ise mevduat toplamak, bankacılık hizmetleri ve sigorta acenteliği yapmaktır¹⁵. Daha dar bir ifade ile tarım kredi kooperatiflerinin amacı, ortaklarının üretiminin artırılması, üretimlerinin daha verimli hale getirilmesi ve ürün değerlerinin daha da kıymetli hale gelmesinin sağlanması için ortakların ucuz üretim kredisi ihtiyacını karşılamak suretiyle ortaklarını zararlı kredi yollarına başvurmaktan alıkoymak ve böylelikle yurt içi ve

kişinin kooperatifin amaçları bakımından ilgilendiği alanda yer alması gereklidir (1163 s. K. m. 9/f. 1). Başka bir ifade ile kooperatif ile ortak olacak tüzel kişinin amaçlarının bağdaşır nitelikte olmalı, her iki tüzel kişi arasında bir amaç ortaklığı bulunmalıdır (bkz. **Deryal**, s. 63, s. 80; **Baş**, s. 20). Bu husustaki tartışma ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Deryal**, s. 63 vd.

Türkiye Tarım Kredi Kooperatiflerinin resmi web sitesindeki bilgilere göre, medeni hakları kullanma yeterliliğine sahip, kooperatifin çalışma alanı içinde, tarımsal üretim yapan ya da hayvancılık, seracılık, arıcılık, ipekböcekçiliği, balıkçılık, yaş meyve sebze üreticiliği ve benzeri konularda üretim faaliyetinde bulunan, aynı zamanda başka bir tarım kredi kooperatifine ortak olmayan, ortak mahsulleri üzerinde ticaret ve komisyonculuk işi yapmayan, faizle para veya mal olarak kredi vermeyen üreticiler ortak olmaya hak kazanır (bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr/index.php/krediler/genel-bilgiler>, E.T. 20.11.2019).

- 14 **Mülayim**, s. 187; bkz. <http://www.muhasabedersleri.com/sirketler-muhasebesi/kooperatifler.html>, E.T. 12.11.2019.
- 15 Bkz. **Karadağ**, s. 12; **Fırat**, s. 87. Her ne kadar bu hükme göre tarım kredi kooperatifleri, mevduat toplamak ve bankacılık hizmetleri yapabilecekleri düzenlenmiş olsa da, mevduat kabul etmeleri ve bankacılık faaliyeti yapmaları başka kanuni düzenlemeler bakımından izin ve çeşitli şartlara tabidir (bkz. **Rehber**, s. 302).

dışında rekabet edebilme kabiliyetlerini azami seviyeye çıkarmak şeklinde ifade edilebilir¹⁶.

Dolayısıyla tarım kredi kooperatiflerinin esas amacı, ortaklarına, yani çoğunlukla küçük çiftçilere, olabildiğince ucuz (maliyet fiyatına) ve yeterli kredi sağlamaktır¹⁷. Zira küçük çiftçilerin kredi kullanmak için bankalara tek başlarına hiç veya yeterince güven verememesi¹⁸, bunların bankalardan kredi almalarını çok zor ya da çoğu zaman imkânsız kılmaktadır¹⁹. Bankalardan kredi alamayan küçük çiftçilerin şahıslardan borç almaları mümkün olmakla birlikte, bu kişilerin genellikle yüksek faizle borç para veren kişiler olmaları birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Şu halde, gerek bankaların gerekse yüksek faizle kredi veren şahısların bu olumsuz tutumları nedeniyle, tarım kredi kooperatifleri, küçük çiftçilerin ihtiyaçlarını en iyi bir şekilde giderebilecek bir örgüt olarak ortaya çıkmıştır. Bu suretle, bu kooperatifler, kooperatif ortaklarıyla kredi kuruluşları arasında aracılık yapmakta ve ortağın tek başına alamadığı krediyi ona maliyet fiyatına sağlamaya çalışmaktadır²⁰.

Sonuç olarak, tarım kredi kooperatifleri ortaklarına kredi sağlamakta olup, bu kredileri çoğunlukla kısa vadeli olmak üzere ve orta vadeli kredi

16 Bkz. **Yazıcı**, s. 56; **Karadağ**, s. 12. Yani tarım kredi kooperatifleri ortaklarının tarımsal üretimini arttırarak sürdürmesi ve donanım ihtiyaçlarını karşılamak üzere, zirai üretim için gerekli araç, gereç, makine ve tohumluk vb. satın alınması için ortaklarına kredi sağlamaktadır (bkz. **Yazıcı**, s. 56). Keza, **Mülayim** de, tarım kredi kooperatiflerin amaçlarını bütünüyle şöyle sıralamaktadır: 1- Mevduat toplamak; 2- Kredi sağlamak; 3- Faiz oranını düşürmek; 4- Ortaklarına kredi konusunda önerilerde bulunmak; 5- Alınan kredinin üretimde kullanılmasını gerçekleştirerek tarımsal üretimin artmasını sağlamak (bkz. **Mülayim**, s. 188).

17 **Mülayim**, s. 187; <http://www.muhassebedersleri.com/sirketler-muhasebesi/kooperatifler-2.html>, E.T. 12.11.2019).

18 Örneğin; küçük çiftçilerin kredinin güvencesi olarak ipotek tesis etmek üzere gösterecekleri taşınmaz mallarının az veya yetersiz yahut değersiz olması, çok ortaklı olması, tapusuz olması; kefil bulamamaları, bankalar nezdinde kredi bareminin düşük olması gibi sebepler (bkz. **Mülayim**, s. 187).

19 **Mülayim**, s. 187.

20 Bkz. **Mülayim**, s. 187-188. Türkiye’de 1929 yılına kadar çiftçilerin kredi ihtiyacı, T.C Ziraat Bankası tarafından karşılanırken, 1929 yılından sonra tarım kredi kooperatifleri kurulmaya başlanmış ve böylelikle çiftçilerin kredi ihtiyaçları, banka (ve günümüzde finans kurumları dışında) bu kooperatifler aracılığıyla da giderilmiştir (<http://www.muhassebedersleri.com/sirketler-muhasebesi/kooperatifler-2.html>, E.T. 12.11.2019).

olarak da kullandırmaktadır²¹. Öncelikle bu krediler, kısa vadeli krediler yani işletme kredileri olabilir²². Yani, ortakların tarımsal (işletmelerine ait, tohumluk, fide, gübre, ilaç, yem, ekme biçme, toplama kurutma gibi) faaliyetleri ile insan, hayvan, makina işçiliği ücretlerinin ödenmesi, ortağın yıllık işletme sermayesinin zayıf ve eksik unsurlarının tamamlanması amacıyla, nakdi ve aynı olarak azami bir yıl vade ile verilen krediler olabilir²³. İkinci olarak, orta vadeli kredileri olabilir ki, bunlar da yatırım kredileri olarak da nitelendirilmektedir²⁴. Bu krediler, tarımsal işletmenin her nevi canlı, cansız unsurlarını oluşturan, tarımsal araç gereç, traktör, su motoru, mibzer, patoz pülverizatör, pulluk, diskaro, at arabası, romörk ve bunların lastikleri gibi malzemelerle, ihtiyaç duyulan iş; çift ve irat hayvanlarının sağlanması amacıyla en çok beş yıla kadar açılan aynı kredilerdir. Son olarak ise bu konuda diğer krediler söz konusu olabilir. Bunlar da, el sanatları, pazarlama, destekleme kredileri ile işlemin mahiyetine göre merkez birliğince açılan kredilerdir²⁵.

II. 1581 SAYILI TARIM KREDİ KOOPERATİFLERİ VE BİRLİKLERİ KANUNU M. 12'DE DÜZENLENEN İLAM NİTELİĞİNDE BELGE

A. Genel Olarak

Maddi hukuktan, özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan çeşitli alacak talepleri veya hakların, borçlusu tarafından kendi rızası ile yerine getirilmemesi halinde, alacaklının talebi üzerine devletin yetkili organları ve devlet kuvveti ile zorla yerine getirilmesine hizmet eden faaliyetlerin tamamına cebri icra; bu cebri icranın nasıl yerine getirilmesi gerektiğine ilişkin kuralları düzenleyen hukuk dalına ise cebri icra hukuku veya takip

²¹ Bkz. **Rehber**, s. 304.

²² Türkiye Tarım Kredi Kooperatiflerinin resmi web sitesindeki bilgilere göre bu krediler, aynı kredi, hizmet bedeli kredileri, nakit kredisi, sigorta primi kredisi, toprak analizi kredileridir (bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr>, ET. 15.11.2019).

²³ Bkz. **Rehber**, s. 304.

²⁴ Türkiye Tarım Kredi Kooperatiflerinin resmi web sitesindeki bilgilere göre bu krediler, tarımsal araç-gereç kredileri ve hayvancılık yatırım kredileridir (bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr>, ET. 15.11.2019).

²⁵ Bkz. <http://www.tarimkredi.org.tr>, ET. 15.11.2019). Bu krediler hakkında ayrıca bkz. **Rehber**, s. 304 vd.

hukuku adı verilir²⁶. Bu alacakların yerine getirilmesi için kanun koyucu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda²⁷ cüz'i (ferdi, bireysel) icra ve külli (toplu) icra olmak üzere temel olarak iki cebri icra türü (yolu) düzenlemiştir²⁸. Bu yollar, icra takibi ve iflas takibi olarak da ifade edilir. Cüz'i icra veya icra takip yolları ise kendi içinde, kanundaki sırası ile ilâmlı icra (İİK m. 24-41), ilâmsız icra (İİK m. 42-144; 167-170/b; 269-276)²⁹ ve rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip (İİK m. 145-153) şeklinde üçe ayrılabilir³⁰.

26 Bu ve benzer tanımlar için ayrıca bkz. **Saim Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 1995, s. 2; **Baki Kuru**, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 47, (İcra El Kitabı); **Baki Kuru**, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 18, (İcra Ders Kitabı); **İlhan E. Postacıoğlu**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s. 4, kn. 1; **İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay**, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010, s. 19; **Ejder Yılmaz**, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, Ankara 2016, s. 27; **Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası**, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 37, (İcra); **Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özekes**, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 4, (İcra); **Nilüfer Boran**, İcra Takibinin İptali ve Taliki, İzmir 2006, s. 14; **Fırat**, s. 3; **Mehmet Köle**, Para Alacaklarına İlişkin İlamlı İcra takibinde İcra mahkemesince İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33, 33a), Dicle Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman; Doç. Dr. Mehmet Üçer, Diyarbakır 2018, s. 14; **Tuğba Arslan**, İcra ve İflâs Hukukunda İcranın İladesi (İİK.m.40/II), Dicle Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Mine Akkan, Diyarbakır 2006, s. 42-43; **Yasin Çelik**, İcranın İladesi, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz, Ankara 2018, s. 63.

27 RG. 19.6.1932, Sa. 2128.

28 Bununla birlikte, İİK'da bir takip yolu olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, alacaklıların kısmen veya tamamen alacağına kavuşmasına imkân veren ancak bir cebri icra türü (yolu) olarak görülmemeyen, takip hukuku veya cebri icra hukukuna dâhil olan temel bir kurum ise konkordatodur (İİK m. 285 vd.). Bununla birlikte, takip yolları dışında kalan diğer düzenlemeler ise sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yolu ile yeniden yapılandırılması (İİK m. 309/m vd.) ve (tasarrufun) iptal davasıdır (İİK m. 277 vd.) (bkz. ve karşı. **Yılmaz**, s. 27; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 42, dn. 1; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 9).

29 Ayrıca, abonelik sözleşmelerinden ve bu sözleşmelerin ifası amacıyla tüketiciye sunulup bedeli faturaya yansıtılan mal veya hizmetten kaynaklanan para alacaklarına ilişkin haciz yoluyla ilâmsız icra takiplerinin, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) bünyesinde oluşturulan Merkezî Takip Sistemi üzerinden başlatılmasına ve haciz aşamasına kadar yürütülmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek (m. 1) amacıyla 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü

Görüldüğü üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematüğinde ilk düzenlenen icra takip yolu ikinci bapta "ilâmların icrası" (İİK m. 24-41) başlığı altında ilâmlı icradır. İlâmlı icranın konusu, para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası³¹ (İİK m. 24-31) ile para ve

Hakkında Kanun" ile İcra ve İflâs Kanunu dışında ayrı ve özel bir ilâmsız icra yolunun da düzenlendiğini söylemek mümkündür (bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 8).

30 Bu ve farklı ayrımlar için bkz. ve karşı. **Üstündağ**, s. 13; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 57 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 20 vd.; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 19; **Timuçin Muşul**, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 11 vd.; **Yılmaz**, s. 27-28; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 42 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 7 vd.; **Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım**, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015, s. 18 vd.; **Boran**, s. 14 vd.; **Köle**, s. 14 vd.

31 Bu bağlamda konusu para (ve teminat) dışında başka bir şey olan alacaklar, taşınır teslimi (İİK m. 24); çocuk teslimi (İİK m. 25); çocukla şahsi münasebet tesisine dair ilâmlın icrası (İİK m. 25/a); taşınmazın tahliye ve teslimi (İİK m. 26); bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 30); irtifak haklarına ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 31) ve gemiler ve bunlarla ilgili aynı haklara ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 31/a) olmak üzere yedi türdür. Aslında bunlardan bazıları borçlar hukuku anlamında bir borç-alacak olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin; çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrası gibi. Dolayısıyla icra ve iflâs hukukunda alacak-borç ve bununla alakalı-borçlu kavramları borçlar hukukunda olduğundan daha geniş bir anlam ifade etmekte olup, icra takibine konu olan talep icra ve iflâs hukuku bakımından alacak veya borç olarak ifade edilir. Bundan kaynaklı olarak da icra takibinin tarafları talebin konusuna bakılmaksızın alacaklı ve borçlu olarak adlandırılır (bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Bilge Umar**, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir 1973, s. 1, dn. 4; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 47-48; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 19; **Postacıoğlu**, s. 3-4, kn. 1; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 19; **Muşul**, C. I, s. 11-14; **Yılmaz**, s. 124 vd.; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 39-40; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 4; **Köle**, s. 15, dn. 9).

Ayrıca konusu para (ve teminat) alacağından başka bir şey olan alacakların cebri icra yolu ile takibi için alacaklının borçlusu aleyhine bir ilâm alması, dolayısıyla da ilâmlı icra yoluna başvurulması zorunludur (bkz. **Üstündağ**, s. 420; **Postacıoğlu**, s. 9, 627; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 779; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 56; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 23, 285; **Yıldırım/ Deren Yıldırım**, s. 303; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 43, 379; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 282; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 299; **Derya Belgin**, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Süha Tanrıver, Ankara 2011, s. 42; **Fırat**, s. 3; **Köle**, s. 15; **Çelik**, s. 63).

teminat alacakları hakkındaki ilâmların icrası³² (İİK m. 32) şeklindedir. Söz konusu hükümlerde, icra müdürünün borçluya karşı icra emri gönderebilmesi için alacaklının icra dairesine ilgili alacağa ilişkin (icra edilebilir bir) “ilâm”³³ ibraz etmesi şartı aranmıştır. Dolayısıyla takip

32 Bununla birlikte, para (ve teminat; ki bu alacağa uygulamada pek rastlanılmamaktadır, bkz. **Yılmaz**, s. 174; **Köle**, s. 19, dn. 26) alacakları bakımından alacaklının mahkemede dava açıp alacağı ilâmi, ilâmlı icraya koyması (İİK m. 32 vd.) mümkün olmakla birlikte, alacaklı ilâm almadan ilâmsız icra yoluna da başvurabilir (bkz. İİK m. 42). Dolayısıyla alacaklı para (ve teminat) alacakları bakımından ilâmlı ve ilâmsız icra yoluna başvurmak bakımından bir seçim hakkına sahiptir (bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 56-57; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 19; **Muşul**, C. II, s. 925; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, İcra, s. 39-40, 43; **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 4; **Boran**, s. 14; **Köle**, s. 16). Ancak bu seçim hakkının, alacaklının borçlu aleyhine açtığı davada ilâm aldıktan sonra dahi ilâmsız icraya başvurmak hususunda devam edip etmeyeceği hususundaki tartışmalar (bu hususta görüş ve değerlendirmeler ile farklı yöndeki Yargıtay kararları için ayrıca bkz. **Köle**, s. 18, dn. 21’deki yazar ve kararlar) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26.5.2017 tarih ve E. 2017/2, K. 2017/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG. 21.7.2019, Sa. 30130) ile ilâma bağlı alacakların ilâmsız icraya konu olamayacağını kabul edilmesi ile açıklığa kavuşturulmuştur (anılan İBK’nin eleştirisi hakkında bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, İcra, s. 132-133; **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 282-283).

33 Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 301/f. 2’ye göre “ilâm taraflardan her birine verilen hüküm nüshasıdır”. HMK m. 294/f. 1, c. 2’ye göre ise “hüküm yargılama sonunda uyuşmazlığın esası hakkında verilen nihai karardır”. Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesiyle, taraflar arasındaki bir uyuşmazlığın esası hakkında mahkemece verilen nihai kararın iki taraftan her birine verilen suretlerine (mühürlü örneklerine) ilâm denir. İşte ilâmlı icranın dayanağını da bu ilâmlar oluşturur. Buna karşılık görevsizlik, yetkisizlik kararları gibi işin esasına girilmeden hâkimin davadan el çekmesi sonucunu doğuran usule ilişkin nihai kararlar ise cebri icraya elverişli nihai kararlar olarak nitelendirilemez. Bunun gibi, ara kararlar da ilâmlı icraya dayanak teşkil etmezler. Öte yandan her esasa ilişkin nihai karar da ilâmlı icraya elverişli değildir. Zira cebri icraya konu ilâmların eda hükmü içermesi gereklidir. Dolayısıyla tespit hükümleri icraya elverişli olmadığı gibi inşai kararlar da kendiliğinden sonuç doğurduğundan cebri icraya konu olmazlar. İlâm kavramı başta olmak üzere, tüm bu hususlar ve ilâmlı icranın dayanağı olan ve olmayan ilâmlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 893 vd.; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 292 vd.; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, İcra, s. 385-386; **Muşul**, C. II, s. 925 vd.; **Pekcantez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 284-285; **Süha Tanrıver**, İlâmlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcraın İadesi, Ankara 1996, s. 39 vd., (İlâmlı İcra); **Mustafa Serdar Özbek**, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlâmlı İcraın Etkinliği, 4. Baskı, Ankara 2018, I. Cilt, s. 309 vd. ve II. Cilt, s. 778 vd., (I. Cilt, II. Cilt); **Mustafa Oskay/ Coşkun Koçak/ Adnan Deyneki/ Ayhan Doğan**, İİK Şerhi, Madde 1-67, I. Cilt, Anlara 2007, s. 731 vd.; **Necmiye Sert**, İcra-İflas Hukukunda İlâmlı İcra ve Takibi ve Gösterdiği Özellikler, Kocaeli Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Seyithan Deliduman, Kocaeli 2004, s. 4 vd.; **Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/**

yolunun adından da anlaşılacağı gibi, bu takip yoluna başvurabilmek için esas olarak, alacaklının elinde borçlusu aleyhine almış olduğu bir ilâm bulunmalıdır³⁴.

Bununla birlikte, her ne kadar ilâmlı icrada cebri icranın dayanağını esasen ilâm oluştursa da, kanun koyucu İcra ve İflas Kanunu'nun "ilâm mahiyetini haiz belgeler" başlıklı 38. maddesinde³⁵ sayılan belgelerin ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğunu düzenlemek suretiyle, bu belgeleri ilâm mahiyetinde (niteliğinde) belge olarak kabul etmiş, dolayısıyla da icra edilebilirliği bakımından ilâm kuvvetinde sayılan bu belgelere dayanarak ilâmlı icra yoluna başvurulabilmesine imkân tanımıştır³⁶. Bununla birlikte, kanun koyucu ilâm niteliğindeki belgeleri sadece İİK m. 38'deki belgeler ile sınırlı tutmamış, bir takım özel kanunlarda³⁷ da bu hususta düzenleme yapmak suretiyle ilâm

Sema Taşpınar Ayyavz/ Emel Hanağası, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 681 vd.; **Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes**, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 423 vd.; **Süha Tanrıver**, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Ankara 2016, s. 983 vd., (Usûl); **Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan**, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 286 vd.; **L. Şanal Görgün/ Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu**, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 642 vd.; **Nilüfer Boran Güneysu**, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 10-17; **Aydın Güven**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016, s. 101 vd.; **Firat**, s. 4 vd.; **Köle**, s. 16; **Arslan**, s. 37 vd.; **Çelik**, s. 32 vd.

³⁴ **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 284; **Arslan**, s. 43. Ancak bu ilâmın kesinleşmesi kural olarak şart değildir (bkz. HMK m. 350/1; m. 367/1) (bkz. **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 292; **Özbek**, I. Cilt, s. 310; bu hususta ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 145 vd.; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavz/ Hanağası**, İcra, s. 390-392; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 286-288).

³⁵ Bkz. İİK m. 38: "*Mahkeme huzurunda yapılan sulhlar, kabuller ve para borcu ikrarını havi re'sen tanzim edilen noter senetleri, istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletler, ilamların icrası hakkındaki hükümlere tabidir. Bu maddedeki icra kefaletleri müteselsil kefalet hükmindedir*". Bu belgelere mahkeme huzurunda yapılan icrai nitelikteki feragatlerin de ilave edilmesi gerektiği belirtilmektedir (bkz. **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 287; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavz/ Hanağası**, İcra, s. 386; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 286).

³⁶ Bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavz/ Hanağası**, İcra, s. 386; **Tanrıver**, İlamlı İcra, s. 35-36, 83, 136; **Boran**, s. 14, 122; **Özbek**, I. Cilt, s. 310, 314; **Firat**, s. 31; **Köle**, s. 15, dn. 12; **Arslan**, s. 41, 43-44.

³⁷ Özel kanunlarda ilâm niteliğinde olduğu belirtilen belgeleri şöyle saymak mümkündür: 1- Avukatların uzlaşma yoluyla çözdükleri ve taraflar ve avukatlarca imzalanan uzlaştırma tutanakları (1136 sayılı Av. K. m. 35/A); 2- Barolar tarafından

niteliğindeki belge sayısını arttırarak ilâmlı icra yoluna başvurma imkânını genişletmiştir³⁸.

avukatlar hakkında verilen para cezasına ve giderlere ilişkin kararlar (1136 sayılı Av. K. m. 64, 86, 162); 3- Dispeç raporlarının tasdiki hakkındaki kesinleşmiş kararlar ile itiraza uğramamış olan dispeç raporunun tasdiki hakkındaki kararlar (6102 sayılı TTK m. 1284); 4- Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun yıllık aidat ve katılım payı ile ilgili kararları (5362 sayılı Kanun m. 61); 5- Harcırah Kanunu gereğince, fazla tahakkuk ettirilen paraların geri verilmesi hakkındaki kararlar (6245 sayılı Kanun m. 59/f. 7); 6- Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'na göre düzenlenen anlaşma belgesine mahkemece icra edilebilirlik şerhi verilmesi halinde bu anlaşma (6125 sayılı HUAK m. 18/f. 2) (tarafklar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinde ise icra edilebilirlik şerhine gerek yoktur (HUAK m. 18/4); 7- Kamulaştırma Kanunu uyarınca kamulaştırılan yerin boşaltılması konusunda idarece, icra dairesine yazılan tezkere (2942 sayılı Kanun m. 20/f. 1); 8- Mühendis ve mimar odalarının üyeleri hakkında verdiği aidat ve para cezalarına ilişkin kararlar (6235 sayılı Kanun m. 30); 9- Noterlik Kanunu gereğince stajyerlik ücretinin geri verilmesi fazla alınan ücretlerin geri verilmesi, para cezası ve giderlerin ödenmesi konusunda verilen kararlar (1512 sayılı Kanun m. 20/5, 117/1, 145/2, 145/3); 10- Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 16/son maddesi uyarınca müteşebbis heyetin yönetim aidatı ile ilgili kararları (4562 sayılı Kanun m. 16/son fıkrası); 11- 3533 sayılı Mecburi Tahkim Kanunu gereği, hakemler tarafından verilen kararlar (3533 sayılı Kanun m. 7); 12- Tarım Kredi Kooperatiflerinin ortakları ile arasında kredi ile ilgili düzenledikleri alacak senetleri ve belgeler (1581 sayılı Kanun m. 12); 13- Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun gereğince yapılan masrafların tecavüzde bulunandan alınmasına ilişkin kararlar (3091 s. K m. 17/5); 14- Ticaret oda ve borsalarının üyeleri hakkında kayıt ücreti, yıllık aidat, kesinleşen zamlar, para cezalarına ilişkin kararları (5174 sayılı Kanun m. 77); 15- Tüketici Hakem Heyeti Kararları (6502 sayılı Kanun m. 70/1); 16- Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre düzenlenen uzlaşma belgesi (5271 sayılı CMK m. 253/19); 17- Sebze ve Meyveler İle Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında hal hakem heyetleri tarafından verilen, belirli bir miktarın altındaki kararlar (5957 sayılı Kanun m. 10/5) (bkz. **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3337-3339; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 763-764; **Oskay/ Koçak/ Deyneklî/ Doğan**, s. 721; **Sert**, s. 40 vd.; **Fırat**, s. 27-28; **Çelik**, s. 59 vd.).

Özel kanunlarda düzenlenen ilâm niteliğindeki belgeler hakkında geniş bilgi ve bu belgelerin ilâm niteliği ile ilgili değerlendirme ve görüşler için ayrıca bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 898 vd.; **Tanrıver**, İlâmlı İcra, s. 136 vd.; **Boran Güneysu**, Karar, s. 18; **İbrahim Özbay**, Avukatlık Hukukunda Uzlaşma ve Uzlaşma Tutanağının İlâm Niteliği, AÜEHFD, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 412-413; **Şamil Demir**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 196, (Uzlaşma); **Alper Bulur**, Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 89, 2010, s. 222, dn. 102; **Fırat**, s. 32 vd.

³⁸ Bkz. **Tanrıver**, İlâmlı İcra, s. 136; **Fırat**, s. 31; **Köle**, s. 15, dn. 12.

İşte özel kanunlarda düzenlenen ilâm niteliğindeki belgelerden birisi de 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 12. maddesinde belirtilen belgelerdir.

B. 1581 Sayılı Kanun m. 12'de Yer Alan İlâm Niteliğindeki Belge ve Bu Belgede Bulunması Gereken Özellikler

1. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği üzere³⁹ 1581 sayılı Kanun'da kooperatiflerin amaç ve çalışma konuları (bkz. m. 3) belirlenirken birçok hususun bu kapsama alındığı görülmüştür. Bu konulardan birisi de kooperatif ortaklarının kısa ve orta vadeli kredi ihtiyaçlarını karşılamaktır (bkz. m. 3/1-a). Bu bağlamda bir Tarım Kredi Kooperatifi tarafından ortağına gerek kısa gerekse orta vadeli kredi verilmesi halinde, bu kredi ile ilgili olarak düzenlenecek olan alacak senetleri ve başkaca belgeler ile ilgili olarak da 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun "Alacak Senetleri" kenar başlıklı 12. maddesinde "*Kooperatiflerin kredi ile ilgili alacak senetleri, kâğıtları ve her türlü taahhütname ve sözleşmeler ortağın oturduğu veya kooperatifin bulunduğu köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından parasız olarak tasdik olunur. Bu suretle tasdik olunan senet ve belgeler İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı belgeler hükmündedir. Senetler vadelerinde protestoya tabi tutulmaz. Müracaat vukuunda bu tasdik muameleleri noterler tarafından da yapılır*" şeklinde bir hüküm konulmuştur⁴⁰. Bu maddede, tarım kredi kooperatifinin ortağına

³⁹ Bkz. başlık I.

⁴⁰ Aslında bu hüküm, ilk olarak 1935 tarihli 2836 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri Kanunu m. 11'de daha kısa olarak düzenlenmişti. Anılan hüküm; "*Tarım kredi kooperatiflerinin alacakları için köy ihtiyar kurullarınca veya noterlerce imzası tasdik edilmiş olan senedler, İcra ve İflâs kanununun 38 nci maddesinde yazılı belgeler hükmündedir ve ödellerinde protestoya tâbi değildir*" şeklindeydi. Ancak bu hüküm, 1959 tarihli 1581 sayılı Kanun'un 12. maddesindeki düzenlemeden evvel, 17.6.1947 tarih ve 5095 sayılı tarım Kredi Kooperatifleri Kanununda değişiklik yapılması hakkında Kanun'un (RG 24.6.1947, Sa. 6640, bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6640.pdf>, E.T. 10.11.2019) 1. maddesi ile "*Tarım Kredi Kooperatiflerinin kedi ile ilgili alacak senetleri, kâğıtları ortağın oturduğu veya kooperatifin bulunduğu köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından parasız olarak tasdik olunur. Bu suretle tasdik olunan senetler ve kâğıtlar İcra ve İflâs Kanununun 38 inci maddesinde yazılı belgeler hükmündedir. Senetler vadelerinde protestoya tabi tutulmaz. Müracaat vukuunda bu tasdik muameleleri*

sağlamış bulunduğu kredi ile ilgili olarak düzenlenecek alacak senedi ile belgelerin İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge oldukları hükme bağlanmıştır. Bu konuda özellikle uygulamada bu belgeye dayanılarak ilâmlı icra takibi yapılması halinde birçok hukuki sorun ortaya çıkmaktadır. Aşağıda bu sorunlar ana başlıklar altında belirtilecek ve çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

2. Bu Alacak Senedi ve Diğer Belgelerde Bulunması Gereken Özellikler

a) Alacak Senedi ve Diğer Belgelerin Kooperatiflerin Ortağına Verdiği Kredi İle İlgili Olması

1581 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci cümlesinde geçen ve İİK m. 38 anlamında belge, yani ilâm niteliğinde belge olan senet ve belgelerden ne anlaşılması gerektiği aynı maddenin birinci cümlesindeki "... *kredi ile ilgili alacak senetleri, kâğıtları ve her türlü taahhütname ve sözleşmeler*..." ifadesinden çıkarılmaktadır. Bu ifadede, söz konusu belgelerin, öncelikle kredi kullandıran kooperatif bakımından alacak senedi⁴¹ olduğu, sonrasında ise kredi ile ilgili kâğıtlar ve her türlü taahhütname ile birlikte sözleşmelerin olduğu anlaşılmaktadır⁴². Bununla birlikte, maddenin anılan cümlesinden anlaşılması gereken bir

noterler tarafından da yapılır." şeklinde değiştirilmiştir. Dikkat edilirse bu değişiklik ile 1581 sayılı Kanun'daki 12. madde hükmü neredeyse aynıdır.

41 Ancak alacak senedi ifadesinden ziyade, bu senedin krediyi alan kooperatif ortağı bakımından borç senedi olması ve kıymetli evrak hukuku bakımından kambyo senetlerinden bono ya da "borç senedi" kavramının yerleşmiş ve uygulamada kullanılması sebebiyle, tarım kredi kooperatifleri bakımından bu senetlerin üzerine uygulamada alacak senedi olarak yazılmadığı, borç senedi şeklinde başlık konulduğu ve Yargıtay kararlarında da "borç senedi" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir (bkz. Yar. HGK, 16.07.2008 tarih, E. 2008/505, K. 2008/510 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2008-12-505-k-2008-510-t-16-07-2008>, E.T. 20.11.2019; Yar. 8. HD, 22.12.2014 tarih, E. 2014/1922, K. 2014/22621; Yar. 12. HD, 27.9.2012 tarih, E. 2012/9052, K. 2012/28220; aynı yönde bkz. Yar. HGK, 16.07.2008 tarih, E. 2008/12-503, K. 2008/508; HGK, 16.7.2008 tarih, E. 2008/12-504, K. 2008/509; HGK, 16.7.2008 tarih, E. 2008/12-506, K. 2008/512; Samsun BÂM 4. HD, 11.4.2019 tarih, E. 2018/3654, K. 2019/3654, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 20.11.2019; Yar. 12 HD, 26.6.2006 tarih, 11614/13918 ve Yar. 12. HD, 25.01.2001 tarih, 200/20697-1042 sayılı kararların ilgili kısmı için bkz. **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 728, 741).

42 Bkz. **Fırat**, s. 89.

başka husus ise **bu alacak senedi ve belgelerin**, tarım kredi kooperatifinin ortağına verdiği **kredi ile ilgili olması** gerektiğidir⁴³. Başka bir ifade ile tarım kredi kooperatifinin ortağına verdiği kredi ile ilgili olmayan hususlarda düzenlenen senet ve diğer belgelere, İİK m. 38 anlamında ilâm niteliği tanınmamıştır. Dolayısıyla kooperatif ile ortaklar arasında düzenlenecek her türlü senet, belge ve sözleşme değil, sadece kredi ile ilgili olanlar ilâm gücüne sahip olacaktır⁴⁴.

b) Alacak Senedi ve Diğer Belgelerin Tarım Kredi Kooperatifi ile Kooperatifin Ortağı Arasında Düzenlenmiş Olması

1581 sayılı TBBK Kanunu'nun anılan 12. maddesinin ilk cümlesinden, İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde sayılacak belgelerden olan alacak senetleri, kâğıtları ve her türlü taahhütname ve sözleşmelerin, tarım kredi kooperatifi ile bu kooperatifin ortağı olan kişi arasında düzenlenmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır⁴⁵. Bu nedenle, tarımsal üretim yapmakla birlikte, tarım kredi kooperatifine üye olmayan çiftçiler, üreticiler ile kooperatif arasında, Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Birliği'nin öngörmüş bulunduğu ve sağladığı türden bir krediye ilişkin kredi sözleşmesi düzenlenmesi veya verilen krediden doğan alacağa ilişkin borç senedi imzalanması da mümkün değildir. Dolayısıyla kredi alacağına ilişkin alacak senetleri veya belgelerin ilâm niteliğinde bir güce sahip olabilmesi için öncelikle Kanun'un belirlediği kişiler arasında düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁶. Bu bakımdan, borç

43 Örneğin; alacak senetleri dışındaki diğer belgelerin başında aslında bu alacak senetlerin dayanağı olan "Tarım Kredi Kooperatifliği/Kooperatifleri kredi genel sözleşmesi" gelir (Yar. 8. HD 25.12.2012 tarih, E. 2012/10756, K. 2012/13110; 8. HD, 22.12.2014 tarih, E. 2014/1922, K. 2014/22621; 12. HD, 27.9.2012 tarih, E. 2012/9052, K. 2012/28220; Samsun BAM 4. HD, 11.4.2019 tarih, E. 2018/3654, K. 2019/3654, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 20.11.2019).

Bununla birlikte bir başka belge veya sözleşme tarım kredi kooperatifi ile ortağı (üyesi) arasındaki "ödünç sözleşmesi" olabilir (bkz. Yar. 19. HD 07.09.2010 tarih, E. 2011/383, K. 2011/11826; Yar. 12. HD, 16.02.2007 tarih, 2006/24260-2654 sayılı karar, bkz. **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 723).

Keza, "İhtiyaç Cetveli" şeklinde düzenlenen senetler de bulunmaktadır.

44 Bkz. **Fırat**, s. 89.

45 Bkz. **Fırat**, s. 88.

46 "...Borçlu murisin takip dayanağı sözleşmede müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzasının yer aldığı görülmekte olup, alacaklı kooperatif tarafından mirasçılar hakkında ilâmlü icra takibi başlatılmıştır..." (bkz. Yar., 12. HD, 26.06.2012 tarih, E. 2012/4509, K. 2012/22351, bkz. **Fırat**, s. 89).

senedine istinaden tarım kredi kooperatifinin ortağı aleyhine ilâmlı icra takibi yapılabilmesi, takibin dayanağı olan senet altında borçlu olduğu iddia edilen ortağın imzasının bulunmasını gerektirmektedir⁴⁷. Bununla birlikte, söz konusu borç senetlerine dayanarak borçlu Kooperatif ortağının ölmesi halinde, külli halef sıfatıyla borçlunun mirasçıları; ayrıca varsa kefil sıfatıyla kooperatif ortağına kefil olanlar hakkında cebri icra takibi yapılması mümkündür⁴⁸.

c) Belgenin Köy veya Mahalle İhtiyar Heyetleri Yahut Noterler Tarafından Tasdik Edilmiş Olması

1581 sayılı TKKB Kanunu'nun yukarıda anılan 12. maddesinde açıkça düzenlendiği üzere, tarım kredi kooperatiflerinin ortaklarına vereceği krediler dolayısıyla düzenlenecek alacak (borç) senetleri ile diğer belgelerin İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğini haiz olabilmesi için aranan zorunlu şartlardan birisi de bu senet ve belgelerin **köy veya mahalle ihtiyar heyetleri**⁵⁰ yahut noterler tarafından tasdik edilmiş

47 “... Alacaklı tarafından borçlu M... K...hakkında 16.03.1999 tarih ve 2032 numaralı ve yine 30.11.1998 tarih ve 2024 numaralı 2 adet borç senedine dayalı olarak ilamlı icra takibine geçildiği görülmektedir... Ancak, bu belgelerden 30.11.1998 tarih ve 2024 numaralı olan borç senedinde itiraz eden borçlu M...K...’ı sorumlu kalacak imzasının bulunmadığı tespit edilmiştir. Adı geçen sorumlu olmadığı asıl alacak miktarı ile buna isabet edecek olan işlemiş faizin belirlenmesi için bilirkişi incelemesine gerek yoktur” (Yar., 12. HD, 10.10.2006 tarih, E. 2006/15308, K. 2006/18874, bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2006-15308-k-2006-18874-t-10-10-2006-1, E.T. 10.11.2019>).

48 Bkz. ve karşı. **Fırat**, s. 89.

49 Her ne kadar 1581 sayılı Kanun’un 12. maddesi ilk cümlesinde “köy ve mahalle” ifadesinde “ve” bağlacı kullanılmış olsa da, bunun “veya” olarak anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Keza Yargıtay kararlarında da aynı yönde hüküm verildiği görülmektedir. “...Ancak maddede açıkça, söz konusu senetlerin köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından tasdik edilmesi halinde ilâm niteliğini kazanabileceği vurgulanmıştır...” (Yar., 12. HD, 26.06.2012 tarih, E. 2012/4509, K. 2012/22351, bkz. **Fırat**, s. 90; aynı yönde bkz. Yar. 8. HD, 22.12.2014 tarih, E. 2014/1922, K. 2014/2262; 12. HD, 27.9.2012 tarih, E. 2012/9052, K. 2012/28220; aynı yönde Samsun BAM 4. HD, 11.4.2019 tarih, E. 2018/3654, K. 2019/3654, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr, E.T. 20.11.2019>).

50 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun’un (RG. 18.1.1984, Sa. 18285) 30. maddesi ve devamında “köy ihtiyar meclisi” ile “mahalle ihtiyar heyeti” ifadeleri kullanılmış olup, bu ifadelerde köy bakımından meclis, mahalle bakımından heyet şeklinde ayırım bulunsa da, biz her iki muhtarlık bakımından 1581 sayılı Kanun m. 12’deki ifadesi ile ihtiyar heyeti ifadesini tercih edeceğiz. Köy veya mahallede ihtiyar heyetinin

olmasıdır⁵¹. Şayet tarım kredi kooperatifi ile ortağı arasındaki kredi borç senedine istinaden bir ilâmlı icra takibi başlatılmışsa, bu kredi borç senedinin ilâm niteliğini taşıyıp taşımadığının re'sen incelenmesi, tasdik edilmemiş bir kredi borç senedine istinaden yapılan takip talebinin icra dairesince reddedilmesi gereklidir. İlâmlı icra takibinin dayanağı kredi borç senedi iken, Tarım Kredi Kooperatifleri Kredi Genel Sözleşmesinin yukarıda belirtildiği üzere köy veya mahalle ihtiyar heyetince tasdik edilmiş olması tek başına ilâmlı icra takibi için yeterli sayılamaz⁵².

başında muhtar bulunur. İhtiyar meclisi veya heyetini kaç üyenin oluşturacağı ise 2972 sayılı Kanun'un 30. maddesinde köyler bakımından nüfus esas alınmak üzere dört, beş ve altı asıl (ve aynı sayıda yedek) olmak üzere farklı sayıda (bkz. fıkra a), mahalleler için ise nüfus dikkate alınmaksızın dört asıl dört yedek olmak üzere toplam sekiz (bkz. fıkra b) kişinin oluşturacağı düzenlenmiştir.

51 Bkz. **Fırat**, s. 89-90. “... Borçlular vekili, dayanak senetlerin ilâm niteliğini taşımadığını ileri sürdüğüne göre, öncelikle, takip dosyasındaki örnekleri okunaklı olmayan dayanak senetlerin asılları getirilerek, 1581 Sayılı Kanunun 12.maddesi kapsamında ilâm niteliğinde olup olmadıkları tespit edilerek, ilâm niteliğini taşıdıklarının anlaşılması halinde, diğer itiraz ve şikâyet nedenleri incelenerek karar verilmesi gerekir. 1581 Sayılı Kanunun 12.maddesine göre; "...". İİK'nun 38. maddesine göre ise; "...". Dolayısıyla 1581 Sayılı Kanun'unun 12.maddesinde belirtilen nitelikte Tarım Kredi borç senedine dayanılması halinde ayrıca ilâma gerek bulunmaksızın ilâmlı icra yolundan yararlanılabilir. Ancak maddede açıkça, söz konusu senetlerin köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından tasdik edilmesi halinde ilâm niteliğini kazanabileceği vurgulanmıştır...” ifadelerine yer verilmektedir (Yar., 12. HD, 26.06.2012 tarih, E. 2012/4509, K. 2012/22351, bkz. **Fırat**, s. 89-90). “... Mahkemece yapılacak iş; dayanak senedin aslı getirilerek tasdik imza ve mühürlerinin köy ihtiyar heyeti tarafından atılıp atılmadığı tespit edildikten sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir.” (bkz. Yar. 12. HD, 25.02.2010 tarih, E. 2009/22323, K. 2010/4367, bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2009-22323-k-2010-4367-t-25-02-2010>, E.T. 05.12.2019).

52 “... Somut olayda; takibin dayanağı kredi borç senetleri 1581 Sayılı Yasanın 12. maddesinde belirtilen tasdik şartlarını içermemektedir. Takip dosyasında bulunan Türkiye Tarım Kredi Kooperatifleri Kredi Genel Sözleşmesinde az önce bahsi geçen kanun maddesine uygun olarak ihtiyar heyetinin tasdiki bulunmaktadır; ancak, kanun koyucu tarafından amaçlanan kredi borç senetlerinde köy veya mahalle ihtiyar heyeti tasdikinın bulunmasıdır. Bu zorunluluk yerine getirilmediğinden sadece sözleşmede bulunan tasdike dayalı olarak söz konusu kredi borç senetlerine dayanılarak ilâmlı takip yapılamaz. (Yargıtay 12. HD'nin 2018/2206 E-2018/4893 K sayılı kararı) Anılan hususun resen gözetilerek senedin ilâm niteliğinde olmadığı kabulü ile takibin iptaline karar verilmesinde bu sebeple bir isabetsizlik yoktur. (Yargıtay 8.H.D.nin 2015/10701 esas 2017/12986 karar sayılı kararı)...” (bkz. Samsun BAM 4. HD, 11.4.2019 tarih, E. 2018/3654, K. 2019/3654, bkz.

Bu borç senedi ve diğer belgeleri tasdik edecek asıl merciin köy veya mahalle ihtiyar heyeti olduğu maddeden anlaşılmakta olup, bunların hangi yerdeki ihtiyar heyeti olacağı ise, yine aynı hükümde **kooperatif ortağının oturduğu veya kooperatifin bulunduğu** köy veya mahalle ihtiyar heyeti ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. 4541 sayılı Kanun'a⁵³ dayanarak çıkartılan Şehir ve Kasabalardaki Mahalle Muhtar ve İhtiyar Kurulları Tüzüğü'nün⁵⁴ 32. maddesinin (4). fıkrası ve 33. maddesinin (II) fıkrasının (4). bendi gereği, söz konusu senetlerde yer verilen ihtiyar heyeti tasdikinde çoğunluğun onayı yeterlidir. Şehir ve kasabalarda mahalle muhtar ve ihtiyar heyeti, bir muhtar ve dört üyeden oluştuğu için (bkz. 2972 sayılı Kanun m. 30/ f. b; 4541 sayılı Kanun m. 2) bir muhtar ve iki heyet üyesinin onayı yeterlidir⁵⁵. Bununla birlikte köylerde ise, ihtiyar heyetinin sayısının nüfusa göre dört, beş veya altı olabilmesi dolayısıyla (bkz. 2972 sayılı Kanun m. 30/f. a), çoğunluk hesabında bir muhtar ile en az iki veya üç üyenin varlığı gerekecektir.

Bununla birlikte anılan maddenin son cümlesinde, senedin düzenlenmesinden sonra tasdik için notere de müracaat edilebileceği

[https://www.lexpera.com.tr/ictihat/samsun-bam4-hd-e-2018-3654-k-2019-1186-t-11-4-2019-1, E.T. 20.11.2019\).](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/samsun-bam4-hd-e-2018-3654-k-2019-1186-t-11-4-2019-1, E.T. 20.11.2019).)

53 Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun, RG. 15.4.1944, Sa. 5682.

54 RG. 26.4.1945, Sa. 5991.

55 “Hükümün temyizi üzerine; “...Takibe dayanak yapılan ve borçlunun murisince imzalanan 01.04.2004 tarihli Tarım Kredi Kooperatifleri Kredi Genel Sözleşmesi incelendiğinde; sözleşmenin en alt kısmında azalar ve muhtara ait olabileceği muhtemel olan imzalar bulunduğundan, mahkemece bu imzaların o tarihteki muhtar ve azalara ait olup olmadığı ve bu kısımdaki mührün de köy muhtarlığına ait olup olmadığı araştırılarak, buna göre 1581 sayılı Tarım Kredi ve Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 12. maddesinde aranan tasdik şartının yerine getirilip getirilmediğinin tespiti ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verildiğinden” bahisle bozulmuştur.” (bkz. Yar. 8. HD, 22.12.2014 tarih, E. 2014/1922, K. 2014/22621, bkz. [https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-1922-k-2014-22621-t-22-12-2014, E.T. 20.11.2019\).](https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-1922-k-2014-22621-t-22-12-2014, E.T. 20.11.2019).) Aynı yönde kararlar için ayrıca bkz. Yar. 8. HD, 25.12.2012 tarih, E. 2012/10756, K. 2012/13110; 12. HD, 27.9.2012 tarih, E. 2012/9052, K. 2012/28220; 8. HD, 16.10.2017 tarih, E. 2015/10701, K. 2017/12986; Samsun BAM 4. HD, 11.4.2019 tarih, E. 2018/3654, K. 2019/3654; 8. HD, 26.4.2016 tarih, E. 2014/23970, K. 2016/7699, kararlar için bkz. [https://www.lexpera.com.tr, E.T. 10.12.2019\).](https://www.lexpera.com.tr, E.T. 10.12.2019).)

düzenlenmiştir⁵⁶. Buradaki tasdik, Noterlik Kanunu⁵⁷ m. 90 ve devamındaki hükümler çerçevesinde onaylama şeklinde yapılabilir. Zira 1581 sayılı Kanun'un 12. maddesinin son cümlesinden, kooperatif ile ortağı arasında önceden düzenlenmiş bulunan senet veya diğer belgelerin onayı için sonradan notere müracaat edileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda noterin yapacağı işlem, Noterlik Kanunu m. 84 anlamında noterin re'sen düzenlediği başka bir ifade ile düzenleme niteliğindeki bir noter senedi olmayacak⁵⁸, m. 90 anlamında onaylama niteliğindeki bir noter senedi olacaktır⁵⁹.

d) Belgenin (Senetlerin) Vadelerinde Protestoya Tabi Tutulmaması

1581 sayılı TBBK Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü cümlesinde, senetlerin vadelerinde protestoya⁶⁰ tabi tutulmayacağı düzenlenmiştir⁶¹.

⁵⁶ **Fırat**, s. 89. Ancak bu şekilde noter tasdiki için pek müracaat edilmeyeceği kanaatindeyim. Zira noterlerin yapacakları her işlemin, işlem veya senet miktarına göre kural olarak ücrete tabi olması (bkz. Noterlik Kanunu m. 112 vd.), bu talep konusunda istekli olunmayacağını düşündürmektedir. Oysa muhtar ve ihtiyar heyeti onayı hem daha kolay hem de ücretsizdir.

⁵⁷ RG. 05.2.1972, Sa. 14090.

⁵⁸ Şayet, bu hüküm kapsamında noterin re'sen düzenleyeceği noter senedi, kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını içerecek olsaydı, doğrudan İİK m. 38'de sayılan ilâm niteliğindeki belgelerden sayılacaktı.

⁵⁹ Noterlik Kanunu'nun 91. maddesine göre, onaylama, imzanın noter huzurunda atılması veya kendisine ait olduğunun ilgili tarafından kabulü ile kabildir. Dolayısıyla tarım kredi kooperatifi ile ortağı arasında daha önceden hazırlanmış borç senedi veya diğer belgelerin, noterde tasdik edilmesi, kanaatimizce genel itibariyle borçlunun noter huzurunda senet altındaki imzanın kendisine ait olduğunu kabulü halinde gerçekleşir.

⁶⁰ Hukukumuzda genel anlamıyla protesto, olumlu veya olumsuz bir edimin ifasına davet, tazminat talebi, karşı tarafın taleplerinin reddi gibi amaçlarla noter vasıtasıyla gönderilen tek taraflı bir irade açıklaması olarak ifade edilmektedir (bkz. **Mustafa Sencer Kara**, Haksız Protesto, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, s. 172, ayrıca dipnot 2'deki yazarlar, bkz. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_2_7.pdf, E.T. 06.12.2019).

⁶¹ Noterlik Kanunu'nun 61. maddesine göre, noterlerin genel olarak yapacakları işler sayılmıştır. Bu hükümde 7. bentte, bu görevlerinden biri olarak "protesto,... göndermek" sayılmıştır. Öte yandan Kanun'un "ticari protesto" başlıklı 105. maddesinde "Kabul etmeme ve ödememe protestosu, Türk Ticaret Kanununda yazılı hükümlere göre yapılır." hükmüne yer verilmiştir. Kabul etmeme ve ödememe protestosu hakkındaki hükümlerin TTK'nun kambiyo senetlerine ilişkin poliçe, bono ve çeke ilişkin hükümlerinde yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla 1581 sayılı

Ancak kanaatimizce bu hüküm, bu alacak (borç) senetlerinin ilâm niteliğini kazanması için gerekli bir şartı ifade etmez. Söz konusu düzenleme sadece alacak (borç) senetlerinin vadesinin gelmesi halinde, protesto çektirmeye ihtiyaç olmaksızın alacak hakkında yasal yollara başvurabilme imkânlarının kullanılmasına ilişkindir. Dolayısıyla alacaklı tarım kredi kooperatifi, elindeki alacak senedinin vadesinin gelmesi üzerine protesto çektirmeden ilâmların icrasına (bkz. İİK m. 32 vd.) göre cebri icraya başvurabilir.

Diğer bir husus, 12. maddeyi bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, bu maddede İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde sayılan belgelerden sadece alacak (borç) senetleri bakımından protestoya tabi tutulmayacaklarının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Zira alacak (borç) senetleri dışında kalan kâğıtlar, her türlü taahhütler ve sözleşmelerin niteliği gereği protesto edilmeleri kanaatimizce zaten pek rastlanan bir durum da değildir.

III. 1581 SAYILI KANUN M. 12'DE YER ALAN İLAM NİTELİĞİNDEKİ BELGEYE DAYANILARAK İLAMLI İCRA TAKİBİ YAPILMASINA İLİŞKİN PROSEDÜR

Bu başlık altında, 1581 sayılı TKKB Kanunu m. 12 anlamında ilâm niteliğinde belgeye istinaden alacaklı tarım kredi kooperatifince başlatılacak ilâmlı icra takibinde, para alacakları hakkındaki ilâmların icrasına ilişkin genel bilgilerden ziyade, bu belgeden kaynaklı özellikler dolayısıyla farklılıklar üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

A. Takip Talebi ve İcra Emri

İlamlı icranın konusunun, para ve teminattan başka borçlar hakkındaki ilâmların icrası (İİK m. 24-31) ile para ve teminat alacakları hakkındaki ilâmların icrası (İİK m. 32) şeklinde olduğu ve icra müdürünün borçluya karşı icra emri gönderebilmesi için alacaklının icra dairesine ilgili alacağa ilişkin (takibe elverişli bir) “ilâm” vermesi şartı arandığı, ancak, her ne kadar ilâmlı icrada cebri icranın dayanağını esasen ilâm oluştursa da, kanun koyucunun İcra ve İflas Kanunu'nun “ilâm mahiyetini haiz belgeler” başlıklı 38. maddesinde sayılan belgeler yanında, bir takım özel kanunlarda da bu hususta düzenleme yapmak

Kanun'un 12. maddesindeki ilâm niteliğindeki alacak (borç) senetleri, TTK anlamında poliçe, bono veya çek niteliğinde olmadığından, zaten Noterlik Kanunu m. 105 çerçevesinde de haklarında protesto çekilmesi mümkün olmayacaktır.

suretiyle, başkaca belgelerin de ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabi olduğunu düzenleyerek, bunları da ilâm niteliğinde belge olarak kabul ettiği, böylece de icra edilebilirliği bakımından ilâm kuvvetinde sayılan bu belgelere dayanarak ilâmlı icra yoluna başvurulabilmesine imkân tanındığı yukarıda belirtilmişti⁶².

Dolayısıyla elinde 1581 sayılı TKKB Kanunu'nun 12. maddesine göre düzenlenen ilâm niteliğindeki belgelerden birisi (*esas itibari ile alacak (borç) senedi*) bulunan alacaklının, ilâmlı icra yoluna başvurabileceğine şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu belgelerin, tarım kredi kooperatifinin ortağına verdiği gerek nakdi gerekse tohum, zirai araç gereç veya hayvan gibi gayri nakdi olarak sağlanan krediden kaynaklı alacağa ilişkin ve vadesi geldiği zaman bir miktar paranın nakit olarak kooperatife ödenmesine ilişkin olması dolayısıyla, burada İİK m. 32 vd. hükümleri çerçevesinde para ve teminat alacaklarına ilişkin ilâmların icrası hükümlerine göre cebri icra yapılması söz konusu olacaktır. Esasen burada teminat alacağı da söz konusu olmayacağından, elinde 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında bir alacak (borç) senedi bulunan alacaklı, borçlu aleyhine para alacağının icrası için ilâmlı icra talebinde (İİK m. 32) bulunacaktır.

İlâmlı icra yoluna başvuru hakkı, kural olarak takibe konu ilâm veya ilâm niteliğindeki belge lehine olan, başka bir ifade ile bu belgede alacaklı olarak gözüken kişiye aittir⁶³. Dolayısıyla, 1581 sayılı Kanun'un 12. maddesi kapsamında lehine bir alacak (borç) senedi düzenlenmiş bulunan, başka bir ifade ile bu alacak (borç) senedinde alacaklı olarak gözüken tarım kredi kooperatifi ilâmlı icra takibinin alacaklısı olacaktır. Tarım kredi kooperatifinin tüzel kişiliği bulunması dolayısıyla, kooperatifi temsile yetkili kişi veya kişiler yahut kooperatifin vekili tarafından icra takibi başlatılabilir⁶⁴. Bununla birlikte, alacaklı tarım

⁶² Bkz. başlık II, A.

⁶³ **Postacioğlu**, s. 629, kn. 547; **Üstündağ**, s. 425; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 904; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 288; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 389; **Postacioğlu/ Altay**, İcra, s. 781; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 291; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 302; **Muşul**, C. II, s. 975; **Güven**, s. 127; **Fırat**, s. 125; **Köle**, s. 20, dn. 28.

⁶⁴ Gerçek kişilere özgü ölüm olayının tüzel kişiliği bulunan tarım kredi kooperatifi bakımından söz konusu olmaması dolayısıyla, ilâm niteliğindeki belgeye dayanan alacağın mirasçılar tarafından ilâmlı icraya konulması söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple de alacaklılar bakımından zorunlu takip arkadaşlığı da doğmaz (bkz. ve karşı. **Fırat**, s. 126; **Köle**, s. 21, dn. 29).

kredi kooperatifi alacak (borç) senedindeki alacağını bir başka kişiye (ki, uygulamada genellikle T.C. Ziraat Bankasına) devretmiş ise, alacağı ilâmların icrası yolu ile talep yetkisi bu alacağı devralan kişiye geçmiş olacaktır⁶⁵.

İlâmlı icrada borçlu ise ilâm veya ilâm niteliğindeki belge aleyhine olan başka bir ifade ile söz konusu ilâm veya bu nitelikteki belgede borçlu olarak gözüken kişidir⁶⁶. Dolayısıyla tarım kredi kooperatifi elindeki alacak (borç) senedine istinaden, bu senette borçlu olarak gözüken, tarım kredi kooperatifinin ortağı olan ve kredi kullanan çiftçiye karşı icra takibi yapabilir. Ayrıca borçlunun ölümü halinde, borçlunun mirasçılara karşı da para alacaklarına ilişkin ilâmların icrasına başvurulabilir⁶⁷. Keza alacak (borç) senedinde borçlu ile birlikte müteselsil kefil veya kefillerin de bulunması halinde, alacaklı tarım kredi kooperatifi borçlu ve kefil/ler aleyhine ilâmlı icra takibi başlatabilecektir⁶⁸.

⁶⁵ Genel olarak ilâm niteliğinde belgeler bakımından aynı yönde bkz. **Demir**, Uzlaşma, s. 204; **Köle**, s. 21, dn. 29; İlama bağlı alacağın devri bakımından aynı yönde bkz. **Postacıoğlu**, s. 629, kn. 546; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 904; **Postacıoğlu/Altay**, İcra, s. 781; **Üstündağ**, s. 426; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 389; **Muşul**, C. II, s. 975; **Ahmet Şensöz**, Taşınmazlara İlişkin İlâmların İcrası, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016, s. 79; **Güven**, s. 127; **Fırat**, s. 126-127.

⁶⁶ **Postacıoğlu**, s. 630, kn. 547; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 905; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 289; **Üstündağ**, s. 425; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 389; **Postacıoğlu/Altay**, İcra, s. 781; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 291; **Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 302; **Muşul**, C. II, s. 975; **Şensöz**, s. 79-80; **Güven**, s. 127; **Fırat**, s. 126.

⁶⁷ Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 905; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 389; **Postacıoğlu/Altay**, İcra, s. 782; **Güven**, s. 127; **Fırat**, s. 126-127; **Şensöz**, s. 80; **Köle**, s. 22, dn. 32). Buradaki alacak para alacağı olduğundan birden fazla mirasçı arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olacağından, mirasçılar arasında ihtiyari takip arkadaşlığı doğacak ve alacaklı tarım kredi kooperatifi herhangi bir mirasçı aleyhine icra takibi yapabilecektir (bkz. ve karşı. **Postacıoğlu/Altay**, s. 782; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 168; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes**, s. 83; **Muşul**, C. I, s. 148; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, İcra, s. 117-118; **Buse Dişel**, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014, s. 131-132; **Fırat**, s. 127; **Köle**, s. 22, dn. 32).

⁶⁸ Şayet, takibin dayanağı olan borç senedinde müşterek veya müteselsil birden fazla borçlu bulunuyorsa borçlular arasında ihtiyari takip arkadaşlığı olacağından, tarım kredi kooperatifi borçlu veya borçlulardan dilediğine karşı takip başlatabilecektir (bkz. **Köle**, s. 22, dn. 32).

Alacaklı tarım kredi kooperatifi (veya alacak devredilmiş ise devralan), kredi borcunu ödeyemeyen ortağı aleyhine borçlu sıfatıyla, para alacaklarına ilişkin ilâmların icrası (İİK m. 32) için, İİK m. 34'e göre Türkiye'deki herhangi bir yerdeki icra dairesine⁶⁹ matbu takip talebi formuna⁷⁰ veya yazılı bir talebe, 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki alacak (borç) senedini eklemek yahut sözlü olarak başvurup elindeki alacak (borç) senedini vermek suretiyle ilâmlı icra talebinde bulunabilir (bkz. İİK m. 35/c. 1; 32/f. 1 ve m. 38)⁷¹.

⁶⁹ İİK m. 34'te her ne kadar ilâmdan söz edilmiş olsa da, ilâm niteliğindeki belgeye dayalı icra takibi bakımından da Türkiye'deki herhangi bir icra dairesinde ilâmlı icra takibine başvurulabileceğine şüphe yoktur (bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 901; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 288; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 388; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 291; **Muşul**, C. II, s. 932; **Fırat**, s. 123; **Köle**, s. 22). Bununla birlikte, alacaklı tarım kredi kooperatifinin veya vekilinin bulunduğu yerdeki icra dairesine başvurulması daha çok karşılaşılabilecek bir durumdur.

Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre; "...1581 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifler ve Birlikleri Kanununun 12. maddesine göre kooperatiflerin kredi ile ilgisi olacak senetleri ve taahhütname ve sözleşmelerin ortağın oturduğu veya kooperatifin bulunduğu köy veya mahalle ihtiyar heyetleri tarafından tasdik edilmeleri halinde bu belgeler İİK.nun 38. maddesinde yazılı ilâm niteliğindeki belgeler hükmündedir. İİK.nun 34. Maddesi gereği ilâmların infazı her icra dairesinden istenebileceğinden Mahkemece yetki itirazının reddine karar vererek diğer şikayet ve itiraz nedenleri incelenip sonucuna göre karar verilmesi yerine yazılı şekilde Kestel İcra Müdürlüğü'nün yetkili olduğundan bahisle Bursa İcra Müdürlüğü'nün yetkisizliğine karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD, 09.6.2005 tarih, 7580/12456 sayılı kararı, bkz. **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 733.

⁷⁰ Bu form, ilâmlı, ilâmsız icra ve rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip dâhil olmak tüm icra takip yolları, keza iflâs takiplerinde de kullanılan İİK m. 58'deki şekli şartları taşıyan, "Örnek No. 1" (bkz. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği -İİK Yön.-, RG T. 11.04.2005, Sa. 25783) olarak ifade edilen takip talebi formudur (aynı yönde bkz. **Köle**, s. 23, dn. 39). Bu formda zaten İİK m. 58'de bulunan ve ister ilâmlı ister ilâmsız icra takibi olsun tüm takipler bakımından bulunması gereken kayıtlar burada da kıyasen aranacaktır. Ancak bu formda takibin türü belirtildiği zaman, bu türe göre takip talebinde doldurulması gereken bilgi ve eklenmesi gereken belgelerde farklılıklar olmaktadır.

⁷¹ Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 902, 906; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 289; **Muşul**, C. II, s. 975; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 399; **Yılmaz**, s. 163; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 2812; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 581-582; **Fırat**, s. 124; **Köle**, s. 23-24.

Ayrıca takip talebine takibe dayanak teşkil eden alacak (borç) senedinin tarih ve numarası ile özeti de yazılır⁷².

Alacaklı tarım kredi kooperatifinin takip talebini ve bu talebe ekli alacak (borç) senedini alan icra dairesi müdürü, ilk olarak takip talebine ekli alacak (borç) senedinin 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki bir belge mahiyetinde olup olmadığını re'sen inceleyecek⁷³; bu belgenin ilâm niteliğini haiz olduğuna kanaat getirir ise borçluya icra emri⁷⁴ düzenleyerek tebliğ edecektir⁷⁵.

⁷² Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 902, 906; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 289; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 291; **Muşul**, C. II, s. 975; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 389; **Fırat**, s. 125; **Köle**, s. 23-24.

Keza icra emrinin hem ilâm niteliğindeki alacak (borç) senedine hem de takip talebine uygun olması gerekeceğinden, takip talebinin de ilâm niteliğindeki bu belgeye uygun olması zorunludur (bkz. **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 290; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 292; **Muşul**, C. II, s. 977; **Özbay**, s. 86-87; **Güven**, s. 133; **Köle**, s. 26, dn. 50; ilâm bakımından aynı yönde Yar. 8. HD, 19.3.2015 tarih, E. 645, K. 6421 sayılı kararı için bkz. www.euyar.com, E.T. 20.12.2019). Şayet ilâmlı icra takibi, dayanağı olan ilâm veya ilâm niteliğindeki belgeye aykırı yapılmış ise bu durumda şikâyet yoluna başvurulabilir (bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 292; **Muşul**, C. II, s. 977; **Fırat**, s. 132).

⁷³ Şayet, ilâm niteliği taşımayan bir belgeye dayanarak hazırlanan takip talebine istinaden icra emri düzenlenip tebliği halinde, icra dairesinin bu işlemi süresiz şikâyete konu olur (bkz. **Sert**, s. 84; **Fırat**, s. 129). Bu husustaki farklı görüş ve Yargıtay kararları bakımından ayrıca bkz. **Fırat**, s. 129.

⁷⁴ Burada para alacağı söz konusu olduğundan düzenlenecek icra emri, İİK Yönetmeliğine göre "Örnek 4-5"deki icra emridir (bkz. **Yılmaz**, s. 163; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 399, dn. 3; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 477; **Sert**, s. 82; **Köle**, s. 25, dn. 47). İcra emrinde bulunması gereken hususlar hakkında İİK m. 32/f. 1, c. 2'de düzenleme yapılmıştır. Buna göre icra emrinde takip talebindeki kayıtlar; para borcunun 7 gün içinde ödenmesi ihtarı; borç 7 gün içinde ödenmez ise icra mahkemesinden (m. 33-33/a) veya istinaf veya temyiz mahkemesinden (m. 36) yahut yargılamanın iadesi yoluna gidilmiş ise yargılamanın iadesi talebini incelemekte olan mahkemeden (HMK m. 378/f. 1) icranın geri bırakılması hakkında bir karar getirmedikçe cebri icra yapılacağı; aynı 7 günlük süre içinde 74. maddeye göre mal beyanında bulunulması ve bu beyanı yerine getirmemesi hapisle taziyik olunacağı veya gerçeğe aykırı mal beyanında bulunması halinde hapisle cezalandırılacağı (m. 338/f. 1) ihtarları yer alır (bkz. **Postacıoğlu**, s. 645-646, kn. 561; **Üstündağ**, s. 429; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 906-907; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 290; **Yılmaz**, s. 163; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 399; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 292; **Muşul**, C. II, s. 977; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 2812-2813; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 582; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 477; **Sert**, s. 82.

İcra emrinin borçluya tebliği üzerine tarım kredi kooperatifinin ortağı bulunan borçlu, çeşitli davranışlarda bulunabilir. Şayet borçlu, öncelikle icra emrinin tebliğinden itibaren yedi günlük süre içinde takip konusu borcu (ve icra takip masraflarını) icra dairesinin banka hesabına öderse ilâmlı icra takibi son bulur (bkz. İİK m. 32/f. 1). Tarım kredi kooperatifinin ortağı olan borçlu ikinci olarak, tebliğ edilen icra emrine karşı ilâmsız icradaki gibi, icra emrine (borca ve imzaya) itiraz imkânı bulunmadığından, aleyhine yapılan ilâmlı icra takibinin durdurulması için, icranın geri bırakılması kararı verilmesini yetkili mercilerden isteyebilir. Borçlu, ilâmlı icrada icranın geri bırakılmasını, borcun itfa edildiği, borcun ödenmesi için süre verildiği (imhal) veya zamanaşımına uğradığı iddialarıyla İİK m. 33'e göre; ilâmın zamanaşımına uğradığı iddiası ile ise İİK m. 33/a hükmüne göre icra mahkemesinden talep edebilir⁷⁶. Diğer bir husus, İİK m. 36'ya göre ilâma karşı istinaf veya temyiz yoluna başvurulmuş olması halinde, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'dan icranın geri bırakılması kararı alınabilir. Öte yandan HMK m. 381'e göre de ilâma karşı yargılamanın iadesi davası açılması halinde, icranın durdurulmasına karar verilebilecektir.

⁷⁵ Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 906; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 289; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 292; **Sert**, s. 82; **Fırat**, s. 129; **Köle**, s. 24-25.

⁷⁶ Aslında buradaki borcun itfa, imhal ve zamanaşımına uğradığı iddiası ile icranın geri bırakılması (İİK m. 33, 33/a) ilâmsız icradaki icra takibinin iptali ve taliki (İİK m. 71) kurumunun karşılığıdır (bkz. **Üstündağ**, s. 432; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 294; **Köle**, s. 71). İlâmlı icra bakımından bu hallerde icranın geri bırakılması kurumu söz konusu olsa da, borcun itfası halinde teknik olarak aslında icranın iptali; borcun imhal ve zamanaşımına uğramasında ise icra takibinin taliki veya ertelenmesi söz konusu olacaktır (aynı yönde bkz. **Yılmaz**, s. 186-187; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 295-296; **Boran**, s. 123; **Fırat**, s. 136).

B. İcranın Geri Bırakılması⁷⁷

Dikkat edilir ise, İİK m. 36 ve HMK m. 381'e göre icranın geri bırakılması kararı verilmesi sadece ilâmlı icranın dayanağının ilâm olması halinde söz konusu olabilecektir. Ancak ilâma karşı istinaf veya temyize yahut yargılamanın iadesine başvurulabilecektir. Dolayısıyla tarım kredi kooperatifinin 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında sahip olduğu bir alacak (borç) senedine istinaden yapacağı ilâmlı icranın dayanağı bir ilâm olmayıp ilâm niteliğindeki belge olacağından, İİK m. 36 ve HMK m. 381 kapsamında icranın geri bırakılması veya durdurulması kararı verilmesi söz konusu olamayacaktır⁷⁸. Zira ilâm niteliğindeki belge sadece icra edilebilirliği bakımından ilâm ile aynı kuvvete sahip olduğundan ilâmlara özgü kanun yolu sürecine tabi değildir. Keza İİK m. 33/a'ya istinaden ilâmın zamanaşımına uğradığı iddiası ile icranın geri bırakılmasının da ilâm niteliğindeki belgeye dayanan alacak bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Öte yandan İcra ve İflas Kanunu'nun 33. maddesinde düzenlenen icranın geri bırakılması, sadece ilâma dayalı ilâmlı icra takipleri bakımından başvurulacak bir yol olmayıp, takibin dayanağının ilâm niteliğinde belge olması halinde de söz konusu olacaktır⁷⁹. Dolayısıyla 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında tarım kredi kooperatifi lehine düzenlenen ilâm niteliğindeki bir alacak (borç) senedine istinaden başlatılan bir ilâmlı icra

⁷⁷ İİK m. 33/f. 1 hükmünde "... *itirazda bulunabilir*" şeklindeki ifadeye yer verilmiş olması, ayrıca uygulamada *icra emrine itiraz* kavramının kullanılıyor olması sebebiyle, icranın geri bırakılması talebi yerine icra emrine itiraz kavramı da kullanılmaktadır (bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 939, 942; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 290; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 294; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 554; bu şekilde kullanım için bkz. **Üstündağ**, s. 431 vd.; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307 vd.; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3040 vd.; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 650 vd.). Yargıtay uygulamalarında da "icra emrine itiraz" şeklindeki kullanım bakımından bkz. dn. 81'deki kararlar. Buna karşılık icranın geri bırakılmasının, icra emrine karşı şikâyet olarak da nitelendirilmesi hakkındaki eleştiriler için bkz. **Yılmaz**, s. 176-178.

⁷⁸ Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 954; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 800-801; **Yılmaz**, s. 178; **Sert**, s. 87; **Fırat**, s. 133; **Köle**, s. 74-75. Yargıtay'ın aynı yönde bazı kararlarının tarih ve sayıları için bkz. **Sert**, s. 87, dn. 18, 19; **Fırat**, s. 133, dn. 440; **Köle**, s. 75, dn. 23.

⁷⁹ Bkz. **Postacıoğlu**, s. 647, kn. 563; **Üstündağ**, s. 431; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 954; **Yılmaz**, s. 178; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3040; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 654; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 554; **Sert**, s. 87. Yargıtay'ın bu husustaki bazı kararlarının tarih ve sayıları için bkz. **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 650, dn. 5 ve 6'daki kararlar.

takibinde de İİK m. 33 kapsamında icranın geri bırakılması talep edilebilir⁸⁰. Sonuç olarak elindeki alacak (borç) senedine istinaden ilâmlı icraya başvuran tarım kredi kooperatifinin bu başvurusu üzerine, senedin borçlusunca senedin itfa edildiği (çoğunlukla, bedelinin ödendiği) veya ödeme için süre verildiği yahut alacağın zamanaşımına uğradığı iddiası ile sadece kanaatimizce İİK m. 33 kapsamında icranın geri bırakılması söz konusu olabilecektir⁸¹. Ayrıca İİK m. 33 kapsamında icranın geri bırakılması, sadece borcun itfa edilmesi, itfası için süre verilmesi veya alacağın zamanaşımına uğraması yönündeki sınırlı sebeplerle talep edilebilir⁸². Örneğin, tarım kredi kooperatifi ile borçlusu ortağı arasında

80 Yargıtay'ın bir kararına göre ise, "1581 sayılı Kanunun 12. maddesinde; "Kooperatiflerin kredi ile ilgili alacak senetleri, kayıtları ve her türlü taahhütname ve sözleşmeler ortağın oturduğu veya kooperatifin bulunduğu köy ve mahalle ihtiyar heyetleri tarafından parasız olarak tasdik olunur. Bu suretle tasdik olunan senetler ve belgeler İİK.nun 38. maddesinde yazılı belgeler hükmündedir" düzenlemesi yer almaktadır. İİK.nun 38. maddesi ise; "Mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını havi resen tanzim edilen noter senetleri ve temyiz kefaletleri ile icra dairelerindeki kefaletler ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tabidir" hükmünü içerdiğinden, **takip dayanağı tarım kredi kooperatifine ait borç senedi ilam niteliğindedir. İİK.nun 33. maddesinde düzenlenen icra emrine itiraz yolu, yalnız mahkeme ilamına dayalı icra takiplerinde değil, ilam hükmünde olan belgelere istinaden yapılan ilamlı icra takiplerinde de uygulanır. Bu madde uyarınca ise, ilamlı icra takibine karşı borçlu, icra emri tebliğinden itibaren yasal yedi günlük sürede ancak itfa, imhal ya da zamanaşımına ilişkin iddialarını ileri sürerek icra emrine itiraz edebilir ve icranın geri bırakılmasını isteyebilir.**" Yar. 8. HD, 05.6.2012 tarih, E. 2012/4796, K. 2012/5263 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Köle**, s. 75, dn. 233). Aynı yönde Yar. 12. HD, 5.12.2011 tarih, E. 2011/9706, K. 2011/28061 sayılı kararı (bkz. **Yılmaz**, s. 164).

81 Bkz. ve karşı. **Köle**, s. 75-76. Buna karşılık Köle, ilâm niteliğindeki belgeye bağlı alacağın zamanaşımı dolayısıyla İİK m. 33/a kapsamında icranın geri bırakılmasına tabi olduğunu ifade etmektedir. Ancak kanaatimizce ilâm niteliğindeki belgeye dayanan alacağın zamanaşımına uğraması bakımından İİK m. 33 söz konusu olabileceken, ilâmın bizatihi kendisinin zamanaşımına uğraması halinde İİK m. 33/a'ya göre icranın geri bırakılması söz konusu olmalıdır (ayrıntılı bilgi ve bu husustaki tartışmalar için bkz. ve karşı. **Köle**, s. 159 vd.).

82 **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 953; **Yılmaz**, s. 179; aynı yönde bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 393; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 293, 294; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3043; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 652; **Boran**, s. 123. Dolayısıyla bu itirazlar veya sebepler dışında kalan haller için icra mahkemesi icranın geri bırakılması kararı veremez (**Uyar**, Şerh C. 2, s. 3043; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 652; **Sert**, s. 91; ayrıca bkz. ve karşı. **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307; bu sebepler dışında çok istisnai hallerde itiraz edilebileceği hakkındaki görüş için bkz. **Postacıoğlu**, s. 646, kn. 562; bilhassa TMK m. 2 dürüstlük kuralı gereği itiraz edilebileceği hakkında bkz. **Üstündağ**, s. 430, dn. 177'deki açıklamalar; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307).

düzenlenen borç senedinin altındaki imzanın borçluya ait olmadığı hususundaki iddia icranın geri bırakılması kapsamında icra mahkemesince incelenemez⁸³. Bu iddianın ancak menfi tespit davası yolu ile ileri sürülmesi gerekir.

İcranın geri bırakılmasına neden olan itfa, imhal ve zamanaşımı halleri icra emrinin tebliğinden önce doğmuş⁸⁴ ise borçlu, icranın geri bırakılmasını icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde isteyebileceği gibi (İİK m. 33/f. 1)⁸⁵, bu sebeplerin icra emrinin tebliğinden sonra doğması halinde ise icranın geri bırakılmasını her

83 Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre; “Somut olayda alacaklı tarım kredi kooperatifi tarafından borçlu ... hakkında 18.896,64 TL alacağın tahsili için ilamlı icra yoluna başvurulmuştur. Borçlu tarafından, takip dayanağı kooperatif senedi altındaki imzanın inkar edildiği görülmektedir. Mahkemece imza incelemesi yapılmış ve Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesinden alınan rapor dayanak yapılarak itirazın kabulüne karar verilmiş ise de, **takip dayanağı 1581 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifi borç senedi sözleşmesi, ilam niteliğinde olup, ancak İİK.nun 33.maddesindeki itiraz sebepleri ileri sürülebilir. Belgedeki imzanın inkarı mümkün olmadığından icra mahkemesince imza incelemesi yapılarak sonuca gidilemez. Borçlunun başka bir itirazı da bulunmadığına göre mahkemece yukarıda açıklanan gerekçeyle istemin reddine karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...**” karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2011-835-k-2011-16077-t-20-09-2011-1>, E.T. 10.12.2019. Aynı yönde bkz. Yar. 8. HD, 05.6.2012 tarih, E. 2012/4796 K. 2012/5263 sayılı kararın ilgili kısmı için **Köle**, s. 75, dn. 233; Yar. 8. HD, 25..11.2015 tarih, E. 2014/19622, K. 2015/21180 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-19622-k-2015-21180-t-25-11-2015-1>, E.T. 10.12.2019; Yar. 12. HD, 14.11.2003 tarih, 18913/22562 sayılı karar için bkz. **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 608.

84 “İcra emrinin tebliğinden önce doğmuş” ifadesinden maksat, hükmün verildiği tarihten sonra fakat icra emrinin tebliğinden önceki dönemdir (bkz. **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 393; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 294; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3041; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 651).

85 Bu süre hak düşürücü bir süre olup, icra mahkemesince süresi içinde başvurunun yapıp yapılmadığının re'sen gözetilmesi gerekir (bkz. **Boran**, s. 124; **Köle**, s. 82). Şayet bu süre içinde icranın geri bırakılması talep edilmezse, ilamlı icra takibi kesinleşir. Ayrıca bu süreden sonra icranın geri bırakılması istenmiş olursa, icra mahkemesince sürenin geçirilmiş olmasından dolayı reddedilmesi gerekir (bkz. **Sert**, s. 88; Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre, “İcra emri 20.2.1973 gününde tebliğ edildiği halde itiraz yedi günlük kanunu süre geçirildikten sonra, 28.3.1973 tarihinde yapılmıştır. Müddetinden sonra yapılan itiraz nedenlerinin tetkikiyle yazılı şekilde (icranın geri bırakılmasına) karar verilmesinde isabet yoktur.” 12. HD, 11.5.1973 tarih, E. 5386, K. 5073 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Sert**, s. 88, dn. 22).

zaman (İİK m. 33/f. 2) icra mahkemesinden⁸⁶ isteyebilir⁸⁷. Ancak kanaatimizce, bunun için icra emrinin kural olarak borçluya tebliğ edilmiş bulunması gereklidir⁸⁸.

Borcun icra emrinin tebliğinden önce itfa, imhal ve zamanaşımına uğradığı iddiasıyla yapılacak icranın geri bırakılması talebinin, icra emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde yapılmaması halinde ilâmlı icra takibi kesinleşeceğinden, bundan sonra alacaklı tarım kredi kooperatifince borçlu aleyhine haciz istemiyle icra dairesine müracaat edilmesi mümkün olacaktır⁸⁹.

Borçlu, icra emrinin tebliğinden önce borcun itfa edilmiş veya mehil verilmiş olduğunu ancak belirli belgelerle ispat edebilecektir. Dolayısıyla icra mahkemesi bu belgeler dışında başka belgelere dayanarak icranın geri bırakılması kararı veremez⁹⁰. Bu belgelerin neler olacağı İİK m. 33/f. 1 ve f. 2 hükümleri bakımından farklılık göstermektedir. Birinci fıkraya göre, yani borçlu takipten önce borcun itfa edildiği veya kendisine süre verildiği iddiasındaysa, ispat için gerekli belgeler yetkili mercilerce re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış ya da imzası alacaklı tarafından icra dairesinde, icra mahkemesinde veya diğer mahkemelerde

86 Yetkili icra mahkemesi, icra takibinin yürütüldüğü icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesidir (bkz. **Yılmaz**, s. 180; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 311; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3042; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 652; **Sert**, s. 90; **Fırat**, s. 135; **Köle**, s. 76).

87 Bkz. **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 308; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3042; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 652; **Sert**, s. 80 vd.; **Fırat**, s. 134; **Köle**, s. 76. İcra emrinin tebliğinden sonra vuku bulan hallerde icranın geri bırakılmasının her zaman istenebileceğinden maksat, doğal olarak ilâmlı icra takibinin sona ermesine (paraların paylaşılmasına) kadar talep edilebilmesidir (bkz. **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3042; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 652; **Fırat**, s. 137-138). Başka bir ifade ile icranın geri bırakılması talebinde bulunulabilmesi için takibin sona ermemiş olması şarttır (bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 296; **Köle**, s. 78).

88 Aynı yönde bkz. **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 307; **Fırat**, s. 134; **Köle**, s. 76. Ancak borçlu kendisine icra emri tebliğ edilmeden hakkındaki ilâmlı icra takibini öğrenmiş ve icranın geri bırakılması talebiyle başvurmuş ise kanaatimizce icra emri tebliğ edilmediği gerekçesi ile icranın geri bırakılması talebinin reddedilmemesi gerekir (aynı yönde bkz. **Köle**, s. 78).

89 Bkz. **Boran**, s. 125; **Sert**, s. 88; **Fırat**, s. 134; **Köle**, s. 76.

90 **Üstündağ**, s. 398; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 945; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavaz/ Hanağası**, İcra, s. 394; **Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan**, s. 556; **Sert**, s. 93; **Fırat**, s. 136.

ikrar edilmiş belgedir⁹¹ (kanundaki ifadesi ile senettir). İkinci fıkra bakımından yani, borçlu takipten sonra borcun itfa edildiği veya kendisine süre verildiği iddiasında ise iddiasını noterlikçe re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış belgeler yahut icra tutanağı ile ispat edebilecektir⁹². Alacaklı tarım kredi kooperatifince, kredi borçlusu ortağı aleyhine alacak (borç) senedine istinaden başlatılan bir ilâmlı icra takibinde, icranın geri bırakılması talebinin kabulünü sağlamak için borçlu, ancak borcun itfa edildiğini (çoğu zaman ödendiğini) veya borcun itfası için süre verildiğini gösterecek bir (onaylama veya düzenleme şeklinde) noter senedine, posta idaresi veya bankalarca verilmiş EFT veya havale dekontu yahut makbuzuna⁹³ veya alacaklının icra dairesi, mahkemesi veya diğer mahkemelerde ikrarını içeren bir belgeye dayanması gerekecektir. Borcun icra emrinin takibinden sonra itfa veya imheline ilişkin olarak ise ayrıca alacaklı tarım kredi kooperatifinin borcun kısmen veya tamamen itfa edildiğine veya süre verildiğine ilişkin icra dairesinde tutulan bir tutanaktaki beyanları dayanak teşkil edecektir.

Öte yandan borçlunun zamanaşımı dolayısıyla icranın geri bırakılmasını talep etmesi, alacaklı tarım kredi kooperatifinin takibin dayanağı olan alacak (borç) senedindeki tarihlerden anlaşılacağından

91 Üstündağ, s. 398; Kuru, İcra El Kitabı, s. 945; Yılmaz, s. 182; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 295; Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, İcra, s. 394; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 309; Uyar, Şerh C. 2, s. 3043; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 653; Boran, s. 126; Sert, s. 92; Fırat, s. 135-136; Köle, s. 76.

92 Üstündağ, s. 398; Kuru, İcra El Kitabı, s. 946; Yılmaz, s. 185; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, s. 296; Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, İcra, s. 394; Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 309; Uyar, Şerh C. 2, s. 3043; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 653; Oskay/ Koçak/ Deynekli/ Doğan, s. 554; Boran, s. 126; Sert, s. 93; Fırat, s. 135-136.

Bununla birlikte, her ne kadar İİK'nun bu hükmünde itfa itirazının ispatı için alacaklının icra dairesi, icra mahkemesi veya diğer mahkemeler önündeki ikrarı sayılmamışsa da borçlu bu ikrara dayanarak iddiasını ispat edebilmelidir (bkz. Kuru, İcra El Kitabı, s. 946; Yılmaz, s. 183; Uyar, Şerh C. 2, s. 3043; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 653; Boran, s. 126; Sert, s. 93).

93 Bkz. Uyar, Şerh C. 2, s. 3047; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 657.

Bununla birlikte, her ne kadar İİK'nun bu hükmünde itfa itirazının ispatı için alacaklının icra dairesi, icra mahkemesi veya diğer mahkemeler önündeki ikrarı sayılmamışsa da borçlu bu ikrara dayanarak iddiasını ispat edebilmelidir (bkz. Kuru, İcra El Kitabı, s. 946; Yılmaz, s. 183; Uyar, Şerh C. 2, s. 3043; Uyar/ Uyar/ Uyar, s. 653; Sert, s. 93).

burada sayılan belgelere ihtiyaç duyulmaz⁹⁴. Tarım kredi kooperatifleri tarafından ortaklarına verilen krediler bakımından daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörüldüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye rastlanılmadığı gibi, bu krediler Türk Borçlar Kanun'u m. 147'de sayılan beş yıllık zamanaşımına tabi alacaklar arasında da sayılmadığından, TBK'nın 146. maddesindeki on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla alacaklı tarım kredi kooperatifince borçlu ortağı aleyhine kredi alacağına ilişkin alacak (borç) senedine dayalı ilâmlı icra bakımından alacağın zamanaşımına uğradığı iddiasının, söz konusu senet metnindeki vade veya vadeler esas alınmak suretiyle on yıllık sürenin dolup dolmadığının icra mahkemesince denetlenmesi gerekecektir. Bununla birlikte, alacaklı zamanaşımı süresinin kesildiği veya durduğuna ilişkin iddialar ileri sürüyorsa, bunu resmi belgeler ile ispat etmelidir⁹⁵.

Tarım kredi kooperatifinin borçlusu, kredi borcunu itfa ettiği veya itfası için kendisine kooperatif tarafından süre verildiği yahut alacağın zamanaşımına uğradığını ispat ederse, icra mahkemesince itfa ve

94 Bkz. ve karşı. **Üstündağ**, s. 435; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 951-952; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 295; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 394; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 309; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3043; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 653; **Fırat**, s. 135-136; **Köle**, s. 76.

95 **Üstündağ**, s. 435; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 952; **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3137-3139; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 676-678; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 295; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 395; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 309; **Boran**, s. 125; **Fırat**, s. 138-139.

Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre; "*Borçlu, Konya 4. İcra Müdürlüğü'nün 2009/14650 Esas numarası üzerinden Tarım Kredi Kooperatifi Müşterek ve Müteselsil Borç Senedine dayalı olarak 15.11.2009 tarihinde başlatılan ilamli icra takibi nedeniyle kendisine gönderilen icra emrine karşı icra mahkemesine verdiği itiraz dilekçesinde, 31.08.1996 vadeli senette yazılı alacağın İİK'nun 39/1. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu ileri sürerek icranın geri bırakılmasını talep etmiştir. Mahkemece evrak üzerinde şikayetin kabulü ile icranın geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir. Alacaklı temyizinde, takibe konu senede ilişkin olarak ilk icra takibinin, Konya 4. İcra Müdürlüğü'nün 1999/9184 Esas numarası ile 27.12.1999 tarihinde başlatıldığını, daha sonra aynı icra müdürlüğü'nün 2002/7091 Esas sayılı dosyası ile yenilendiğini, en son Konya 3. İcra Müdürlüğü'nün 2006/7365 Esas sayılı dosyası ile takip yapıldığını ileri sürmüştür. Takibe konu senede ilişkin daha önce takip yapılmış ise her takip talebi ile zamanaşımı kesilip yeniden 10 yıllık zamanaşımı süresi başlayacağından, mahkemece duruşma açılıp alacaklı vekiline diyecekleri soruların inceleme yapılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken evrak üzerinde eksik inceleme ile hüküm tesisi isabetsizdir."* 12. HD, 15.6.2010 tarih, E. 2010/3461, K. 2010/15131 sayılı karar için bkz. <https://www.kazanci.com.tr>, E.T: 04.08.2018. Aynı doğrultuda diğer kararlar için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 949 dn. 26, s. 952 dn. 37.

zamanaşımı halinde aslında ilâmlı icra takibi iptal edilecek; süre verilmesi halinde ise erteleme süresinin de kararda gösterilmesiyle birlikte icranın geri bırakılmasına karar verilecektir⁹⁶. Buna karşılık, borçlunun talebinin reddi halinde takip devam edecektir. İcra mahkemesi borçlunun geri bırakma talebini reddettiği takdirde, borçlunun teminat göstermesi şartıyla; icranın geri bırakılması talebi kabul edildi ise alacaklının teminat göstermeksizin istinaf ve temyiz yollarına başvurması mümkündür (bkz. İİK m. 33/f. 3)⁹⁷.

C. Borçlu Kooperatif Ortağının Menfi Tespit Davası Açması

İİK m. 33/f. 4 hükmüne göre, borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlunun 72. madde gereğince istirdat davası açarak ödediği paranın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır. Bu hükümde sadece İİK m. 72’de düzenlenen istirdat davasına atıf yapılmış, borçlunun menfi tespit davası açma hakkının da saklı olduğu belirtilmemiştir⁹⁸. Sadece bu hükmün lafzına istinaden, borçlunun ilâmlı icra takibinde menfi tespit davası açabileceğini söylemek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Ancak İİK m. 41’de, Kanunun ilâmlı icraya ilişkin hükümlerine (m. 24-40) aykırı olmayan diğer hükümlerinin ilâmlı icra takiplerinde de uygulanmasının mümkün olduğuna ilişkin düzenleme, menfi tespit davasının ilâmlı icra takipleri bakımından uygulanabileceği

⁹⁶ Bkz. ve karşı. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 951; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 295; **Fırat**, s. 136, 139.

⁹⁷ Bkz. ve karşı. **Üstündağ**, s. 439-440; **Yılmaz**, s. 188; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 295; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 312; **Fırat**, s. 136, 139. Ancak bunun için de İİK’ya göre istinaf ve temyizdeki parasal sınırların geçilmesi gerekir.

⁹⁸ Bu hususta doktrinde **Kuru**, İİK m. 33/f. 4’te menfi tespit davasının belirtilmemesinin sadece bir unutmaya olduğuna işaret etmekte, İİK m. 41’deki genel yollamanın 72. maddeyi de kapsadığını ve menfi tespit davasının bir eda davası olan istirdat davasının öncüsü olduğunu, bu nedenle de borç ödenmediği için henüz açılmayan istirdat davasının öncüsü olan menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğunu belirtmektedir (bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 955; Yargıtay aynı yönde bir kararına göre *“İlamlı icra nedeniyle borçlu olmadığı parayı ödemek zorunda kalan borçlunun, 72’nci madde uyarınca, istirdat davası açmak hakkı bulunduğuna ilişkin İİK’nun 33/son madde hükmünden, borçlunun ilamli icrada menfi tespit davası açamayacağı sonucuna varılmamalıdır. Zira, aynı Kanun’un 41’nci madde hükmündeki genel yollama, 72’nci maddenin tümünü de kapsar. Menfi tespit davası, bir eda davası olan istirdat davasının öncüsü olup, menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğu açıktır.”* bkz. Yar. 11. HD, 21.2.2005 tarih, 5023/1472 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 955).

sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, doktrin⁹⁹ ve Yargıtay kararlarında¹⁰⁰ da kabul edildiği üzere İİK m. 33/ f. 4 ve m. 72 hükümlerine göre menfi tespit davasının ilâmlı icra bakımından caiz olduğunu söylemesek de, İİK m. 41'in atfı dolayısıyla menfi tespit davasının ilâmlı icra takiplerinde de uygulanacağı kanaatindeyiz.

Menfi tespit davası ilâmlar bakımından ilâmın verilmesinden sonra ortaya çıkan borcun sona erdiği hallere özgü olup, ilâmdan önce var olup ilâmla sonuçlanan davada ileri sürülmemiş veya ileri sürülmesine rağmen reddedilmiş borcu sona erdiren sebeplere ilişkin olmayacaktır¹⁰¹. Buna karşılık ilâm niteliğinde belgelerin kesin hüküm etkisi olmayacağından, bu belgelere dayalı ilâmlı icra takipleri bakımından ise doğal olarak böyle bir sınırlama söz konusu değildir¹⁰². Bununla birlikte

⁹⁹ Aksi yönde bkz. **Üstündağ**, s. 401-402; **Kuru**, El Kitabı, s. 955; **Ahmet Türk**, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006, s. 173; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyav/ Hanağası**, İcra, s. 396; **Fırat**, s. 139.

¹⁰⁰ "... Oysa, davacının ileri sürdüğü olaylara göre, bu dava, İİK/m. 72'de öngörülen "menfi tespit davası"dır. Hâkim, davacının davayı yanlış nitelemesi ile bağlı değildir. İİK/m. 72'de, ilâmlı ya da ilâmsız takip ayırımı yapılmaksızın, "menfi tespit davası" açıklanmakta ve yasa tasarısının hükümet gerekçesinde de, böyle bir ayırım düşünülmeyeceği anlaşılmaktadır. "Menfi tespit davası" ile, borçlunun gereksiz yere düştüğü kötü durumdan kurtulması öngörüldüğüne göre, bunun ilâmlı takiplerde de uygulanması gerekir. Öte yandan, İİK/m. 41'de, Yasa'nın öteki hükümlerinin niteliğine aykırı olmadıkça, "menfi tespit davası"nın, ilâmlı takipler konusunda da uygulanacağı belirtilmiştir." Yar. 4. HD, 18.11.1971 tarih, E. 1971/8497, K. 1971/9729 (bkz. **Fırat**, s. 140, dn. 473). "...İlâmlı icra takibinde İİK'nun 33/4 fıkrasında borçlunun sadece istirdat davası açabileceği belirtilmiştir. Bu hükümden ilâmlı icrada menfi tespit davası açılmayacağı sonucuna varılamaz. İİK'nun 41.maddesinin yollaması ile İİK'nun 72.maddesi ilâmlı icra takiplerinde de uygulama alanı bulur..." (Yar. 12. HD, 17.03.2009 tarih, E. 2008/24059, K. 2009/5604 sayılı kararı için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 955 ve **Fırat**, s. 140, dn. 473).

¹⁰¹ Bkz. **Postacıoğlu**, s. 662, kn. 578 bis.; **Üstündağ**, s. 440; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 956; **Postacıoğlu/ Altay**, s. 817; **Fırat**, s. 141. Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre, "Buna karşılık borçlu, hükmün verildiği tarihten önceki dönemde borcun ödenmiş olduğunu ileri sürerek, istirdat davası veya menfi tespit davası açamaz. Çünkü, borçlunun bu iddialarını dava sırasında ileri sürmesi gerekirdi, aksi halin kabulü, maddi anlamda kesin hükme (HUMK'nun 237.maddesi – HMK m.303) aykırı düşer..." Yar. 11. HD, 21.2.2005 tarih, 5023/1472 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 956.

¹⁰² Aynı yönde bkz. "... Buna karşılık, ilâm niteliğindeki belge, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadığından bu belge tarihinden önceki ifa ve zamanasını iddialarına dayalı istirdat veya menfi tespit davaları açılabilir.

menfi tespit davası, borcun var olmadığına başka bir ifade ile geçerli suretle doğmadığına veya sona erdiğine, zamanaşımına uğradığına yahut alacaklının talep yetkisinin bulunmadığına ilişkin iddialara, başka bir ifade ile bir borcun maddi hukuk bakımından geçerli suretle doğmadığı veya sona erdiği gibi itirazlar yahut borçlunun o borcu ödemeyeceğine ilişkin çeşitli def'ilere dayanacağından, borcun ödenmesi için kendisine süre verildiği (imhal) iddiası ile de borçlunun menfi tespit davası açması söz konusu olamayacaktır.

İlamlı icrada menfi tespit davasının açılması için borçlunun icranın geri bırakılması yoluna başvurması şart olmayıp, borçlu böyle bir başvuruda bulunmamış olsa da menfi tespit davası açabilir¹⁰³. Keza borçlu icranın geri bırakılması talebinde bulunmuş ama bu talebi reddedilmişse, borcunu icra dairesine ödemediği önce hükmün verildiği tarihten sonraki dönemde borcun zamanaşımına uğramış olduğunu veya itfa edilmiş olduğunu ileri sürerek alacaklıya karşı bir menfi tespit davası açabilir¹⁰⁴. Şayet borcu ödemiş ise bundan sonra istirdat davası açması mümkündür¹⁰⁵.

Borçlunun icranın geri bırakılması için öngörülen yedi günlük süreyi geçirmiş olması, icranın geri bırakılması talebini ispatlayabilecek kanunda sayılan belgelere sahip bulunmaması gibi hallerde icranın geri

Somut olayda, alacaklı kooperatif, 1581 sayılı Tarım ve Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun 12.maddesine göre ilâm niteliğindeki belge sayılan senetlere dayalı olarak ilâmli icra takibi başlatarak borçluya örnek 4-5 icra emri göndermiştir. Borçlu vekili geçerli bir kefaletinin olmadığını iddia ederek icra mahkemesinden takibin ve icra emrinin iptalini talep etmiştir. Mahkemece 16.06.2008 tarihli duruşmada Meriç Asliye Hukuk Mahkemesinin 2008/18 esas sayılı dosyası incelenmiştir. Bu dosyadan borçlu E. T.'un alacaklı kooperatife karşı, itiraza konu Meriç İcra Müdürlüğünün 2008/206 esas sayılı dosyası ile takibe konu alacakla ilgili borcunun bulunmadığının tespitine ilişkin menfi tespit davasının açıldığı 16.06.2008 tarihinde davanın kabulüne karar verildiği, kararın henüz kesinleşmediği görülmüştür.

*İİK'nun 72/5 fıkrası hükmüne göre menfi tespit ilâmının kesinleşmesi üzerine münderecatına göre ve ayrıca hükme hacet kalmadan icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir.- **Bu nedenle icra takibinin iptali için menfi tespit davasının kabul kararının kesinleşmesi gereklidir.** Kesinleşmeyen menfi tespit ilamına dayalı olarak borçlu E.T. yönünden takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (Yar. 12. HD, 17.03.2009 tarih, E. 2008/24059, K. 2009/5604 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 954; **Fırat**, s. 140, dn. 473).*

¹⁰³ **Fırat**, s. 140.

¹⁰⁴ **Kuru**, El Kitabı, s. 955-956; **Fırat**, s. 140.

¹⁰⁵ Bkz. **Postacıoğlu**, s. 661, kn. 578; **Üstündağ**, s. 440.

birakılması talebinde bulunulmamış veya bulunmuş olsa da talebi reddedilmiş olursa¹⁰⁶ borçlunun menfi tespit davası açması mümkündür. Örneğin, 1581 sayılı Kanun m. 12'deki alacak senedine istinaden ilâmlı icra takibi başlatan tarım kredi kooperatifine karşı aleyhine icra takibi başlatılan kefil, kefaletin geçerli olmadığı, dolayısıyla kefil olamayacağından aleyhine takip başlatılamayacağını iddia edebilir. Keza tarım kredi kooperatifinin borçlusu, kredi borcunu ödediğine ilişkin alacaklı tarım kredi kooperatifinden almış olduğu bir adi belgeye dayanarak menfi tespit davasında borçlu olmadığını iddia edebilir. Bir başka örnekte, takibe dayanak teşkil eden 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki tarım kredi kooperatifi lehine düzenlenen alacak (borç) senedinin sahte olduğu gerekçesiyle icra mahkemesine başvuramayan borçlu¹⁰⁷, bu belge hakkındaki sahtelik iddiasını ancak genel mahkemelerde niteliği itibariyle menfi tespit davası olarak açacağı sahtelik davası yoluyla ileri sürebilecektir¹⁰⁸. Keza aynı şekilde, 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki alacak (borç) senedinde bulunan imzanın borçlu tarafından inkârı halinde, bu iddia icra mahkemesince icranın geri bırakılması talebi üzerine incelenemeyeceğinden, genel mahkemede bu hususta bir menfi tespit davası açmak gerekecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Bu talebin icra mahkemesince reddedilmesi, açılan menfi tespit davası bakımından kesin hüküm teşkil etmez.

¹⁰⁷ Zira ilâmlı icranın dayanağı olan ilâm niteliğindeki bir belgenin sahte olup olmadığının incelenmesi hususunda icra mahkemesine İcra ve İflas Kanunu'nun 33. maddesi kapsamında bir yetki verilmemiştir (bkz. ve karşı. **Seyithan Deliduman**, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 144-145; **Mustafa Serdar Özbek**, Noter Senetlerinde Sahtelik, 4. Baskı, Ankara 2018, s. 366, (Sahtelik); **Özbay**, s. 416; **Demir**, Uzlaşma, s. 212; **Köle**, s. 201).

¹⁰⁸ Bkz. ve karşı. **Baki Kuru**, İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003, s. 18; **Türk**, s. 75; **Kuru**, İcra El Kitabı, s. 349; **Kuru**, Usul Ders Kitabı, s. 260; **Arslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayyavz/ Hanağası**, Usul, s. 400, 402; **Pekcantez/ Atalay/ Özkes**, s. 380-381; **Tanrıver**, Usûl, s. 845-846; **Özbek**, Sahtelik, s. 355; **Köle**, s. 202.

¹⁰⁹ Yargıtay'ın aynı yönde bir kararına göre, "Alacaklı ... Tarım Kredi Kooperatifi tarafından 01.01.2004 tarih ve 2004/697 sayılı borç senedine dayalı olarak borçlu N. İ. hakkında ilâmlı icra takibine başlandığı, borçlu adına 4-5 örnek icra emri gönderildiği, adı geçen borçlunun ise icra mahkemesine yaptığı başvuruda, dayanak borç senedinin takip talebine eklenmediğini, takip dayanağı senet altındaki imzanın kendisine ait olmadığını ileri sürerek, takibin iptalini talep ettiği görülmektedir... İİK.nun 33. maddesinde düzenlenen icra emrine itiraz yolu, yalnız mahkeme ilamına dayalı icra takiplerinde değil, ilâm hükmünde olan belgelere istinaden yapılan

İİK m. 72'ye göre menfi tespit davası, icra takibinden önce açılabilceği gibi takip başlatıldıktan sonra da açılabilir. Bu hallerde menfi tespit davalarının yürütülmesi bakımından içerik olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Fark teminat göstermek suretiyle takibin ihtiyati tedbir kararı ile durdurulup durdurulmayacağı ile ilgilidir¹¹⁰.

Menfi tespit davasının reddi, başka bir ifade ile alacaklı lehine sonuçlanması halinde ihtiyati tedbir kararı kalkar; buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır; alacaklının uğradığı zarar aynı davada takdir olunarak karara bağlanır ve bu zarar herhalde yüzde yirmiden aşağı tayin edilemez (bkz. İİK m.

ilamlı icra takiplerinde de uygulanır. Bu madde uyarınca ise, ilamlı icra takibine karşı borçlu, icra emri tebliğinden itibaren yasal yedi günlük sürede ancak ifta, imhal ya da zamanasına ilişkin iddialarını ileri sürerek icra emrine itiraz edebilir ve icranın geri bırakılmasını isteyebilir. İmza inkarı ise söz konusu olamaz. Bu durumda, borçlunun ilamlı takipte imzaya itirazının dinlenme olanağı bulunmadığından, mahkemece, bu yöndeki istemin reddi yerine, İİK'nun 33.maddesi hükmüne aykırı olarak imza incelemesi yaptırılması ve sonucunda yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD, 05.12.2011 tarih, E. 2011/9706, K. 2011/28061 sayılı karar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2011-9706-k-2011-28061-t-5-12-2011-1>, E.T: 20.12.2019). Yargıtay'ın benzer kararları için bkz. Yar. 12. HD, 20.09.2011 tarih, E. 2011/835, K. 2011/16077 sayılı kararı <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/12-hukuk-dairesi-e-2011-835-k-2011-16077-t-20-09-2011-1>, E.T. 10.12.2019; Yar. 8. HD, 25.11.2015 tarih, E. 2014/19622, K. 2015/21180 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-19622-k-2015-21180-t-25-11-2015-1>, E.T. 10.12.2019; Yar. 8. HD, 25.11.2015 tarih ve E. 2014/19622, K. 2015/21180 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-19622-k-2015-21180-t-25-11-2015-1>, E.T. 10.12.2019; Yar. 8. HD, 26.4.2016 tarih, E. 2014/23970, K. 2016/7699 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2014-23970-k-2016-7699-t-26-4-2016-1>, E.T. 10.12.2019; Yar. 8. HD, 16.10.2017 tarih, E. 2015/10701, K. 2017/12986 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/8-hukuk-dairesi-e-2015-10701-k-2017-12986-t-16-10-2017-1>, E.T. 10.12.2019

Ancak Yargıtay'ın aksi yönde bir kararına göre ise "İlama dayalı takiplerde, ilam niteliğini taşıyan belgedeki imzaya itiraz söz konusu değil ise de; Takip dayanağı - 1513 sayılı Hasköy Tarım Kredi Kooperatifine ait- belge, noterlikçe düzenlenmemiş olup, ilam mahiyetini taşıması özel kanundan kaynaklandığı için, borçlunun bu olayda imza itirazında bulunması mümkün olup, bunun usulünce incelenmesi gerekir. Bu nedenle, mahkemenin aksine gerekçesinde isabet bulunmamaktadır..." 12. HD, 25.3.2005 tarih, E. 3030, K. 6365 sayılı kararın aktarılan kısmı için bkz. **Köle**, s. 202-203, dn. 642.

¹¹⁰ Ancak bu hususta çalışmada daha fazla açıklama yapılmayacaktır.

72/4)¹¹¹. Dikkat edilir ise menfi tespit davasının reddi, yani alacaklı tarım kredi kooperatifi lehine sonuçlanması halinde, alacaklı kooperatifin talebi olmasa bile mahkeme borçluyu kusuru veya kötü niyeti olup olmadığına bakmaksızın re'sen yüzde yirmiden aşağı olmamak üzere icra inkâr tazminatına mahkûm edecektir.

Menfi tespit davasının kabulü, başka bir ifade ile davacı tarım kredi kooperatifinin borçlusu lehine sonuçlanması halinde, ilâmlı icra takibi derhal durur; ilâmin kesinleşmesi üzerine ilâmın içeriğine göre ve ayrıca hükme ihtiyaç kalmaksızın icra kısmen veya tamamen eski hale iade edilir; borçluyu menfi tespit davası açmaya zorlayan takibin haksız ve kötü niyetli olduğunun anlaşılması ve borçlunun talebi üzerine, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere borçlunun dava sebebi ile uğradığı zararın da alacaklıdan tahsiline karar verilir (bkz. İİK m. 72/5)¹¹². Menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanması halinde, alacaklı tarım kredi kooperatifi aleyhine tazminata hükmedilebilmesi, borçlunun talebi ile davalı alacaklının yaptığı ilâmlı icra takibinin haksız ve kötü niyetli olması şartına bağlanmıştır. Kanaatimizce alacaklının haksız ve kötü niyetli olması ihtimali ilâmlı icra takibi bakımından pek karşılaşılabilecek bir husus olmayacağından, ilâmlı icra takibinin alacaklısı tarım kredi kooperatifi aleyhine icra tazminatına hükmedilmesi pek nadir olabilecektir.

1581 sayılı TKKB Kanunu'nun muafiyetler başlıklı 19. maddesinin B) fıkrası a) bendine göre tarım kredi kooperatifleri, ... icra makamları, resmi daireler ve mahkemeler nezdinde yapacakları takip ve tahsillerle açacakları tazminat davaları ile ilgili her nevi talep, tebliğ ve kararlar her türlü masraf, vergi, resim ve harçlardan, muaftır. Dikkat edilir ise, 1581 sayılı Kanun muafiyeti tarım kredi kooperatifine tanımıştır. Menfi tespit davasının davacısı, aleyhine ilâmlı icra takibi başlatılan tarım kredi kooperatifinin borçlusu olacağından, menfi tespit davasının reddi halinde

111 Genel itibari ile menfi tespit davasının reddi hakkında aynı yönde açıklamalar için bkz. **Postacıoğlu**, s. 267 vd., kn. 260 vd.; **Üstündağ**, s. 163-164; **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 138; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 143-144; **Muşul**, C. I, s. 444 vd.; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 227-228; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 123-124; **Fırat**, s. 143.

112 Genel itibari ile menfi tespit davasının kabulü hakkında aynı yönde açıklamalar için bkz. **Postacıoğlu**, s. 266 vd., kn. 260 vd.; **Üstündağ**, s. 164-165; **Pekantez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes**, s. 137; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 144-145; **Muşul**, C. I, s. 437 vd.; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 228; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 124; **Fırat**, s. 143.

ortaya çıkacak yargılama harç ve giderlere ilamlı icra takibinin borçlusu mahkûm edilecektir. Bununla birlikte, menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanması halinde, davalı alacaklı tarım kredi kooperatifi de yargılama harç ve giderlerine mahkûm edilecektir. Muafiyete ilişkin yukarıda aktarılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere, tarım kredi kooperatifinin icra daireleri ve mahkemeler nezdinde her türlü masraf ve harçlardan muafiyeti kendileri tarafından açılan, başka bir ifade ile davacı oldukları davalar veya alacaklı oldukları takipler bakımındandır¹¹³. Dolayısıyla tarım kredi kooperatifleri davalı oldukları davalarda ortaya çıkan yargılama masraflarına mahkûm olacaklardır¹¹⁴.

¹¹³ Yargıtay bir kararında bu hususu “... 1581 Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 19.maddesinde davalı ... kooperatiflerinin, davacı olarak açacakları davalarda harçtan muaf oldukları yazılmıştır. Bu durumda 25.1.1985 gün ve 5/1sayılı İBK göz önünde tutularak, davalı Kooperatiflerin temyiz harçlarını yatırmaması için HUMK'nun 434/3.maddesi uyarınca önel verilmesi, süresi içinde harç yatırıldığı takdirde buna dair belgelerin dosyaya eklenmesi,...” şeklinde ifade etmiştir (Yar. 9. HD, 09.3.2017 tarih, E. 2017/5934, K. 2017/3624 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2017-5934-k-2017-3624-t-9-3-2017-1, E.T. 10.12.2019>).

¹¹⁴ Keza tarım kredi kooperatifinin ilk derece mahkemesinde davalı konumunda olduğu bir davada temyize başvurusu halinde temyiz yoluna başvurma harcının da ödenmesi gerekir. Yargıtay bir kararında bu hususu “...Dava dosyası, davacılar vekili ile davalı 2437 Sayılı ... Tarım Kredi Kooperatifi vekilinin istemi üzerine temyiz incelemesi için Dairemize gönderilmiştir. Ne var ki, harçtan muaf olduğu gerekçesiyle davalı kooperatiften temyiz harcı alınmamıştır. 1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun 19/B-a maddesi uyarınca bu kooperatifler davacı oldukları davalarda harçtan muafır. Somut uyumsuzlukta ise 2437 Sayılı ... Tarım Kredi Kooperatifi, davalı konumundadır. Dolayısıyla harçtan muafiyeti söz konusu değildir. Temyiz dilekçesinin verilme usulü HUMK'nın 434. maddesinde açıklanmış olup, buna göre harca tabi ise temyiz dilekçesinin temyiz defterine kayıt ettirilip, temyiz harcının yatırılmış olması gerekmektedir. Temyiz defterine kayıt ettirilip, harcı alınmayan temyiz dilekçeleri bakımından çözüm getiren 21.05.1985 gün ve 1984/5 Esas, 1985/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, harca tâbi olmasına rağmen hesap edilip ilgisinden alınmadan temyiz defterine kaydedilen temyiz dilekçeleri hakkında da HUMK'nın 434/3. maddesinde öngörülen eksik harç ödenmesi ile ilgili işlemin kayasen uygulanması ve bu durumda temyiz isteminin, temyiz defterine kaydedildiği tarihte yapılmış sayılması gerektiği açıklanmıştır.” şeklinde ifade etmiştir (Yar. 23. HD, 21.01.2015 tarih, E. 2014/9167, K. 2015/349 sayılı kararı için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/23-hukuk-dairesi-e-2014-9167-k-2015-349-t-21-1-2015-1, E.T. 10.12.2019>; aynı yönde bkz. Yar. 22. HD, 08.6.2017 tarih, E. 2017/34254, K. 2017/13663; Yar. 22. HD, 21.12.2017 tarih, E. 2017/45324, K. 2017/30471; Yar. 23. HD, 07.7.2011 tarih, E. 2011/64, K. 2011/13; Yar. 23. HD, 03.10.2011 tarih, E. 2011/1064, K. 2011/771; Yar. 23. HD, 08.02.2012 tarih, E. 2011/2669, K. 2012/815; Yar. 23. HD, 29.02.2012 tarih, E. 2011/3710, K.

D. Borçlu Kooperatif Ortağının İstirdat Davası Açması

Alacaklı tarım kredi kooperatifince 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında alacak (borç) senedi ile aleyhine ilâmlı icraya başvuru borçlu, icranın geri bırakılması talebinde bulunmuş, ancak bu talebi reddedildiği için borçlu olmadığını iddia ettiği bir parayı ödemek zorunda kalmış olursa, İİK m. 33/ f. 4 hükmünün atfı ile İİK m. 72 gereğince bir istirdat davası açarak ödediği paranın kendisine geri verilmesini de isteyebilir¹¹⁵. Bu durum, tarım kredi kooperatifinin borçlusunun ödeme itirazında bulunmuş, fakat örneğin, kanunun aradığı nitelikteki belgeleri icranın geri bırakılması aşamasında sağlayamamış olması¹¹⁶ veya açtığı menfi tespit davasında teminat gösteremediği için tedbir kararı alıp icra takibini durduramamış ve borcun da ödenmiş olması ile menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi halinde (İİK m. 72/f. 6)¹¹⁷ söz konusu olabilir.

Tarım kredi kooperatifinin borçlusu, istirdat davasını ödemek mecburiyetinde kaldığı parayı ödediği tarihten itibaren bir sene içinde (İİK m. 72/f. 7)¹¹⁸, menfi tespit davasındaki gibi aleyhine ilâmlı icra takibinin yapıldığı yerdeki veya davalı alacaklı tarım kredi kooperatifinin bulunduğu yerdeki mahkemede (İİK m. 72/f. 8) bu davayı açabilir.

2012/1501; Yar. 23. HD, 14.11.2011 tarih, E. 2011/3844, K. 2011/1607; Yar. 23. HD, 23.11.2011 tarih, E. 2011/3978, K. 2011/2001; Yar. 23. HD, 15.02.2012 tarih, E. 2011/4517, K. 2012/1036; Yar. 23. HD, 26.12.2011 tarih, E. 2011/4945, K. 2011/2827; Yar. 23. HD, 29.1.2014 tarih, E. 2013/7407, K. 2014/524; Yar. 23. HD, 25.6.2014, E. 2014/5954, K. 2014/4909; Yar. 23. HD, 20.4.2015 tarih, E. 2015/2962, K. 2015/2741, kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 10.12.2019).

¹¹⁵ Bkz. ve karşı. **Üstündağ**, s. 440; **Fırat**, s. 142.

¹¹⁶ Bkz. ve karşı. **Üstündağ**, s. 440; **Fırat**, s. 142. Örneğin, elindeki adi makbuz altındaki imzanın alacaklı tarafından inkârı ile icranın geri bırakılması istemi reddedilmiş olabilir (bkz. **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3045; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 657). İcra mahkemesi kararları kural olarak kesin hüküm gücüne sahip olmadığından, böyle bir durumda alacaklı icranın geri bırakılması talebinin reddine ilişkin icra mahkemesi kararına dayanarak istirdat davasında kesin hüküm iddiasında bulunamaz (bkz. **Uyar**, Şerh C. 2, s. 3045; **Uyar/ Uyar/ Uyar**, s. 657).

¹¹⁷ Bkz. **Postacıoğlu**, s. 271, kn. 265; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 124.

¹¹⁸ Bu sürenin hak düşürücü süre olması sebebiyle, hâkim tarafından re'sen gözetilmesi gerekir (bkz. **Postacıoğlu**, s. 272, kn. 265; **Üstündağ**, s. 168; **Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes**, s. 140; **Kuru**, İcra Ders Kitabı, s. 149; **Aslan/ Yılmaz/ Taşpınar Ayvaz/ Hanağası**, İcra, s. 231; **Yıldırım/ Deren-Yıldırım**, s. 126; **Fırat**, s. 143).

İstirdat davasının davacı yani ilâmlı icra takibinin borçlusu lehine sonuçlanması, başka bir ifade ile davanın kabulü, icra takibinin eski hale getirilmesini gerektirir. Dolayısıyla alacaklı tarım kredi kooperatifi, borçlunun ödediklerini faiz ve takip masrafları ile birlikte iade etmeye, ayrıca mahkeme giderleri ve vekâlet ücretini ödemeye mahkûm edilir¹¹⁹. Buna karşılık istirdat davası reddedilen borçlu, yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilecektir¹²⁰.

IV. SONUÇ

Tarım kredi kooperatiflerine tarımsal üretici olan gerçek kişiler, tüzel kişiler ve tarımsal amaçlı kooperatifler ortak olabilirler. Ancak bu kooperatiflerin ortakları genellikle küçük çiftçilerdir. Tarım kredi kooperatiflerinin esas amacı ise, ortaklarına, yani çoğunlukla küçük çiftçilere, olabildiğince ucuz (maliyet fiyatına) ve yeterli kredi sağlamaktır.

1581 sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanunu'nun "Alacak Senetleri" kenar başlıklı 12. maddesine göre *senet ve belgeler ilâm hükmündedir*. 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında tarım kredi kooperatifinin kredi borcu karşılığında düzenlediği alacak senedinin (uygulamadaki hali ile borç senedi) ve diğer belgelerin İİK m. 38 anlamında ilâm niteliğinde belge olabilmesi için, öncelikle alacak senedi ve diğer belgeler kooperatifin ortağına verdiği kredi ile ilgili olmalıdır. Diğer bir şart, söz konusu alacak senedi ile diğer belgelerin tarım kredi kooperatifi ile kooperatifin ortağı arasında düzenlenmiş bulunması gerektiğidir. Öte yandan asıl önemli şartlardan birisi de belgenin köy veya mahalle ihtiyar heyetleri yahut noter tarafından tasdik edilmiş olmasıdır. Şayet bu alacak senedi ve diğer belgeler tasdik edilmemiş ise ilâm niteliğini kazanamayacaktır. Bu bakımdan, asıl şartın bu tasdik olduğu açıktır.

Alacaklı tarım kredi kooperatifi İİK m. 34'e göre Türkiye'deki herhangi bir yerdeki icra dairesine matbu takip talebi formuna veya yazılı bir talebe, 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki

119 Bkz. Üstündağ, s. 170; Kuru, İcra Ders Kitabı, s. 151; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 141; Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 127; Fırat, s. 143.

120 Bkz. Üstündağ, s. 170; Kuru, İcra Ders Kitabı, s. 151; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özkes, s. 141; Yıldırım/ Deren Yıldırım, s. 128; Fırat, s. 143.

alacak (borç) senedini eklemek yahut sözlü olarak başvurup elindeki alacak (borç) senedini vermek suretiyle borçlu aleyhine para alacakları için ilâmlı icra talebinde bulunabilir (bkz. İİK m. 35/c. 1; 32/f. 1 ve m. 38). Bu talep üzerine icra dairesi müdürü, ilk olarak takip talebine ekli alacak (borç) senedinin 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında ilâm niteliğindeki bir belge mahiyetinde olup olmadığını re'sen inceleyecek; bu belgenin ilâm niteliğini haiz olduğuna kanaat getirir ise borçluya icra emri düzenleyerek tebliğ edecektir.

Şayet borçlu, icra emrinin tebliğinden itibaren yedi günlük süre içinde takip konusu borcu (ve icra takip masraflarını) öderse ilâmlı icra takibi son bulur (bkz. İİK m. 32/f. 1). Ancak borçlu ödeme yapmadan, aleyhine yapılan ilâmlı icra takibinin durdurulması için, icranın geri bırakılması kararı verilmesini yetkili mercilerden isteyebilir. İİK m. 36 ve HMK m. 381'e göre icranın geri bırakılması kararı verilmesi sadece ilâmlı icranın dayanağının ilâm olması halinde söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla tarım kredi kooperatifinin 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında sahip olduğu bir alacak (borç) senedine istinaden yapacağı ilâmlı icranın dayanağı bir ilâm olmayıp ilâm niteliğindeki bir belge olacağından, İİK m. 36 ve HMK m. 381 kapsamında icranın geri bırakılması veya durdurulması kararı verilmesi söz konusu olamayacaktır. Keza İİK m. 33/a'ya istinaden ilâmın zamanaşımına uğradığı iddiası ile icranın geri bırakılmasının da ilâm niteliğindeki belgeye dayanan alacak bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla elindeki alacak (borç) senedine istinaden ilâmlı icraya başvuran tarım kredi kooperatifinin bu başvurusu üzerine, senedin borçlusunca senedin itfa edildiği (çoğunlukla, bedelinin ödendiği) veya ödeme için süre verildiği yahut alacağın zamanaşımına uğradığı iddiası ile sadece kanaatimizce İİK m. 33 kapsamında icranın geri bırakılması söz konusu olabilecektir.

Borçlu, icra emrinin tebliğinden önce borcun itfa edilmiş veya mehil verilmiş olduğunu ancak belirli belgelerle ispat edebilecektir. Bu belgelerin neler olacağı İİK m. 33/f. 1 ve f. 2 hükümleri bakımından farklılık göstermektedir. Birinci fıkraya göre, ispat için gerekli belgeler yetkili mercilerce re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış ya da imzası alacaklı tarafından icra dairesinde, icra mahkemesinde veya diğer mahkemelerde ikrar edilmiş senettir. İkinci fıkra bakımından yani, borçlu takipten sonra borcun itfa edildiği veya kendisine süre verildiği iddiasında ise iddiasını noterlikçe re'sen düzenlenmiş veya onaylanmış belgeler yahut icra tutanağı ile ispat edebilecektir.

Öte yandan borçlunun zamanaşımı dolayısıyla icranın geri bırakılmasını talep etmesi, alacaklı tarım kredi kooperatifinin takibin dayanağı olan alacak (borç) senedindeki tarihlerden anlaşılacağından burada sayılan belgelere ihtiyaç duyulmaz. Tarım kredi kooperatifleri tarafından ortaklarına verilen krediler bakımından daha kısa bir zamanaşımı süresi öngörüldüğüne ilişkin özel bir düzenlemeye rastlanılmadığı gibi, bu krediler Türk Borçlar Kanun'u m. 147'de sayılan beş yıllık zamanaşımına tabi alacaklar arasında da sayılmadığından, TBK'nın 146. maddesindeki on yıllık genel zamanaşımı süresine tabidir.

Tarım kredi kooperatifinin borçlusu, kredi borcunu itfa ettiği veya itfası için kendisine kooperatif tarafından süre verildiği yahut alacağın zamanaşımına uğradığını ispat ederse, itfa ve zamanaşımı halinde aslında ilâmlı icra takibi iptal edilecek; süre verilmesi halinde ise erteleme süresinin de kararda gösterilmesiyle birlikte icranın geri bırakılmasına karar verilecektir. Buna karşılık, borçlunun talebinin reddi halinde takip devam edecektir. İcra mahkemesi borçlunun geri bırakma talebini reddettiği takdirde, borçlunun teminat gösterilmesi şartıyla istinaf ve temyiz yollarına başvurması mümkündür (bkz. İİK m. 33/f. 3).

İİK m. 33/f. 4 hükmüne göre, borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlunun 72. madde gereğince istirdat davası açarak ödediği paranın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır. Ayrıca İİK m. 41'de, Kanunun ilâmlı icraya ilişkin hükümlerine (m. 24-40) aykırı olmayan diğer hükümlerinin ilâmlı icra takiplerinde de uygulanmasının mümkün olduğuna ilişkin düzenlemeye göre de menfi tespit davası ilâmlı icra takipleri bakımından somut olayın niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

İlâmlı icrada menfi tespit davasının açılması için borçlunun icranın geri bırakılması yoluna başvurması şart olmayıp, borçlu böyle bir başvuruda bulunmamış olsa da menfi tespit davası açabilir. Keza borçlu icranın geri bırakılması talebinde bulunmuş ama bu talebi reddedilmişse borcunu icra dairesine ödemediği önce hükmün verildiği tarihten sonraki dönemde borcun zamanaşımına uğramış olduğunu veya itfa edilmiş olduğunu ileri sürerek alacaklıya karşı bir menfi tespit davası açabilir. Şayet borcu ödemiş ise bundan sonra istirdat davası açması mümkündür.

Borçlunun icranın geri bırakılması için öngörülen yedi günlük süreyi geçirmiş olması, icranın geri bırakılması talebini ispatlayabilecek kanunda sayılan belgelere sahip bulunmaması gibi hallerde icranın geri bırakılması talebinde bulunulmamış veya bulunmuş olsa da talebi reddedilmiş olursa borçlunun menfi tespit davası açması mümkündür.

Alacaklı tarım kredi kooperatifince 1581 sayılı Kanun m. 12 anlamında alacak (borç) senedi ile aleyhine ilâmlı icraya başvuru olan borçlu, icranın geri bırakılması talebinde bulunmuş ancak bu talebi reddedildiği için borçlu olmadığını iddia ettiği bir parayı ödemek zorunda kalmış olursa, İİK m. 33/ f. 4 hükmünün atfı ile İİK m. 72 gereğince bir istirdat davası açarak ödediği paranın kendisine geri verilmesini de isteyebilir. Bu durum, tarım kredi kooperatifinin borçlusunun ödeme itirazında bulunmuş fakat kanunun aradığı nitelikteki belgeleri icranın geri bırakılması aşamasında sağlayamamış olması veya açtığı menfi tespit davasında teminat gösteremediği için tedbir kararı alıp icra takibini durduramamış ve borç da ödenmiş olması ile menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi halinde (İİK m. 72/f. 6) söz konusu olabilir.

KAYNAKLAR

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2019, (İcra).

Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.

Arslan, Tuğba, İcra ve İflâs Hukukunda İcranın İadesi (İİK.m.40/II), Dicle Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Mine Akkan, Diyarbakır 2006.

Baş, Serkan, Kooperatiften Çıkma, Kocaeli Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Kocaeli 2006.

Baykal Karaca, Zehra, Tüketici Kooperatifleri, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Murat Alışkan, İstanbul 2007.

Belgin, Derya, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlâmların İcrası, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Süha Tanrıver, Ankara 2011.

Boran Güneysu, Nilüfer, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014.

Boran, Nilüfer, İcra Takibinin İptali ve Taliki, İzmir 2006.

Budak, Ali Cem/ Karaaslan, Varol, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.

Bulur, Alper, Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa. 89, 2010.

Çelik, Yasin, İcranın İadesi, Ankara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz, Ankara 2018.

Deliduman, Seyithan, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001.

Demir, Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, 2. Baskı, Ankara 2014, (Uzlaşma).

Demir, Ulaş, Kooperatifler Kanunu'na Göre Ortaklıktan Çıkarma, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yrd. Doç. Dr. Sevilay Eroğlu, İzmir 2004.

Deryal, Yahya, Kooperatiflerde Ortak Sifatının Kazanılması, Kaybedilmesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Hamdi Yasaman, İstanbul 1994.

Dişel, Buse, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul 2014.

Fırat, Erhan, Özel Kanunlarda Düzenlenen İlâm Niteliğinde Belgeler, Ankara 2016.

Görgün, L. Şanal/ Börü, Levent/ Toraman, Barış/ Kodakoğlu, Mehmet, Medenî Usûl Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018.

Güven, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016.

Kara, Mustafa Sencer, Haksız Protesto, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, Y. 2016, Sa. 2, s. 171-207, bkz. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/788985>, E.T. 06.12.2019.

Karadağ, Ersin, Kooperatiflerde Tasfiye Süreci ve Örnek Uygulama Olarak Bir yapı Kooperatifinin Tasfiyesi, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Osman Altuğ, İstanbul 2010.

Koçtürk, O. Murat, Türkiye’de Kooperatiflerin Vergilendirilmesi, Yönetim ve Ekonomi, Y. 2006, C. 13, Sa. 2, Celal Bayar Üniv. İİBF.

Köle, Mehmet, Para Alacaklarına İlişkin İlamlı İcra takibinde İcra Mahkemesince İcranın Geri Bırakılması (İİK m. 33, 33a), Dicle Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman; Doç. Dr. Mehmet Üçer, Diyarbakır 2018.

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, (İcra El Kitabı).

Kuru, Baki, İcra ve İflâs Hukukunda Menfî Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara 2003.

Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, (İcra Ders Kitabı).

Muşul, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, C. I, 5. Baskı, Ankara 2013.

Mülayim, Ziya Gökalp, Kooperatifçilik, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara 2010.

Oskay, Mustafa/ Koçak, Coşkun/ Deynekli, Adnan/ Doğan, Ayhan, İİK Şerhi, Madde 1-67, 1. Cilt, Anlara 2007.

Özbay, İbrahim, Avukatlık Hukukunda Uzlaştırma ve Uzlaştırma Tutanağının İlam Niteliği, AÜEHFD, C. 8, S. 3-4, 2004.

Özbek, Mustafa Serdar, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği, 4. Baskı, Ankara 2018, (I. Cilt, II. Cilt).

Özbek, Mustafa Serdar, Noter Senetlerinde Sahtelik, 4. Baskı, Ankara 2018, (Sahtelik).

Özel, Bilal/ Cinbaş, Mustafa Eser, Kooperatif Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Oluşumu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Sa. 2, Y. 2013.

Pekcamtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, İstanbul 2019.

Pekcamtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Sungurtekin Özkan, Meral/ Özekes, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası İstanbul 2019.

Postacıoğlu, İlhan E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.

Postacıoğlu, İlhan E./ Altay, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Bası, İstanbul 2010.

Rehber, Erkan, Kooperatifçilik, Bursa 2011.

Sert, Necmiye, İcra-İflas Hukukunda İlamlı İcra ve Takibi ve Gösterdiği Özellikler, Kocaeli Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Seyithan Deliduman, Kocaeli 2004.

Şensöz, Ahmet, Taşınmazlara İlişkin İlamların İcrası, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2016.

T.C. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü (şimdi ise Esnaf, Sanatkârlar ve Kooperatifçilik Genel Müdürlüğü) **Türkiye Kooperatifçilik Raporu 2016**, Yayımlı: Mayıs 2017. rapora erişmek için bkz. <https://esnafkoop.ticaret.gov.tr/data/5d44177313b8764330655452/15fb10a7fe0bba07482ac9da277b5d35.pdf>, E.T. 17.11.2019.

Talih, Uyar/ Uyar, Alper/ Uyar, Cüneyt, İcra ve İflas kanunu Şerhi, (Cilt: 1- İİK. 1-82), 3. Baskı, Ankara 2014.

Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, (İlamlı İcra).

Tanrıver, Süha, Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, Ankara 2016, (Usûl).

Türk, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Ankara 2006.

Umar, Bilge, İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, İzmir 1973.

Uyar, Talih, Gerekçeli- İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, (İİK. 14-42), C. 2, Ankara 2004, (Şerh C. 2).

Uyar, Talih, Kooperatif Şirketler ile Adi Şirketlerde; “Şirket”ten ve/veya “Şirket Ortağı”ndan Alacaklı Olan Üçüncü Kişilerin “Şirket”i ve/veya “Şirket Ortağı”nı Takip Hakkının Kapsamı, Ankara Barosu Dergisi, Y. 74, Sa. 2016/1, s. 525-535, makaleye ulaşmak için bkz. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/19442010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2016-1.pdf>, E.T. 10.11.2019.

Ürper, Yılmaz, Türkiye’de Tarımsal Kooperatiflerin Toplumsal Değişmeye Etkileri, Eskişehir 1985.

Üstündağ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 6. Bası, İstanbul 1995.

Yazıcı, Ali Said, 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu’na Göre Kooperatiflerin Denetimi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Doç. Dr. Mustafa Tüysüz, Samsun 2016.

Yıldırım, Kamil/ Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2015.

Yılmaz, Ejder, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Ankara 2016.

İnternet Kaynakları

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6640.pdf>, E.T. 10.11.2019.

<https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 20.11.2019.

<https://www.tarimdanhaber.com/merkez-birlikler/kooperatificiligin-gelisimi-vetarim-kredi-kooperatifleri-h5957.html>, E.T. 05.11.2019.

<http://www.tarimkredi.org.tr/index.php/hakkimizda/tarihcemiz>, E.T. 05.11.2019.

<http://www.tarimkredi.org.tr>, ET. 15.11.2019.

<http://www.muhasabedersleri.com/sirketler-muhasebesi/kooperatifler.html>, E.T. 12.11.2019.

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14172.pdf>, E.T. 01.11.2019.

NÜKLEER SANTRAL İŞLETENİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDA TAZMİNAT SORUMLULARI BAKIMINDAN PARİS SÖZLEŞMESİ VE TBK M.71'İN KARŞILAŞTIRILMASI

*Arş. Gör. Nazlı ÇOBAN**

Özet

Nükleer enerji hususunda ülkemizde yaşanan gelişmelere rağmen, nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğu konusunda, sadece 5710 Sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanununun “Lisans, İzin ve Yükümlülükler” başlıklı 5. maddesinde; nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşımırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29/07/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuatın uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiş, iç hukukumuzda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak nükleer santrallerde meydana gelebilecek kazaların üçüncü şahıslar üzerindeki olası etkileri tahmin edilemeyecek kadar ağır olabilir. Bu nedenle üçüncü kişilerin zararlarından hangi hukuk ilkelerine göre ve kimlerin sorumlu olacağı belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nükleer Santral, Sorumluluk, Tehlike Sorumluluğu, Paris Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m.71.

Abstract

Despite in accordance with developments about nuclear energy in our country, regarding the legal responsibility of operator of nuclear power plant's, only in the 5th article titled “License, Permit and Liabilities” of the Law No. 5710 on the Establishment and Operation of

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı. nzlicoban@gmail.com. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-0943-6332>.

Makale Geliş Tarihi:30/09/2019 / Makale Kabul Tarihi:05/02/2020

Nuclear Power Plants and Energy Sales. In this article specified, the Paris Convention on Responsibility Against Third Parties and its additional amendments and other national and international legislation on 29/07/1960 are set forth in a special regulation in our domestic law will apply about the transporting nuclear fuel, radioactive material or radioactive waste, or in case of an accident in the power plant. However, there is no special regulation in this matter in our domestic law. However, the possible effects of accidents that may occur in nuclear power plants on third person can be unpredictable. Therefore, determining which legal principles and who will be responsible for the damages of third parties is of great importance.

Key Words: Nuclear Power Plant, Liability, Liability of Risk, The Paris Convention, The Code of Obligation Article 71.

GİRİŞ

Bilindiği üzere tüm dünyanın sosyal ve ekonomik etkinliklerinin olmazsa olmaz parçası enerjidir. Ülkeler için enerji kaynaklarına sahip olup bu enerji kaynaklarından enerji elde etmek ve elde edilen enerji ile ülkelerin ekonomik gelişimini sürdürmek istemeleri enerjiyi stratejik öneme sahip bir konuma getirmiştir. Enerji kaynakları arasında önemli bir yere sahip olan elektrik enerjisinin üretiminde ilk sırada kullanılan fosil yakıtların tükenen kaynaklar içerisinde olması ve atmosferde sera gazı etkisi yaratması sonucunda ülkemizde etkin bir enerji politikası oluşturulması ihtiyacı hissedilmiştir. Nitekim enerji ihtiyacının karşılanması ve sürekliliği için 09/11/2007 tarihinde 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanun kabul edilerek, ülkemizde nükleer enerjinin yaygınlaştırılması, enerjideki dışa bağımlılığın azaltılması amaçlanmıştır.

Ülkemizde nükleer enerji çalışmaları 1950’li yıllarda başlamasına rağmen neredeyse 60 yıldan beri nükleer santral kurulamamıştır. Ancak bu konuda artık daha somut adımlar atıldığı görülmektedir. Nitekim 12.05.2010 tarihinde Türkiye ve Rusya Federasyonu Arasında “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Akkuyu Sahası’nda Bir Nükleer Güç Santralinin Tesisine İşletimine Dair İşbirliği Anlaşması” kısaca Akkuyu Anlaşması imzalanmıştır. Ülkemizde, Akkuyu (Mersin), Sinop ve İğneada’da olmak üzere toplamda üç adet nükleer santral yapımının gerçekleştirilmesi hedeflenmektedir.

Nükleer enerji hususunda ülkemizde yaşanan bu gelişmelere rağmen, nükleer tesis işletenin hukuki sorumluluğu konusunda, sadece 5710 Sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanununun “Lisans, İzin ve Yükümlülükler” başlıklı 5. maddesinde; nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29/07/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuatın uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiş, iç hukukumuzda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak nükleer santrallerde meydana gelebilecek kazaların üçüncü şahıslar üzerindeki olası etkileri tahmin edilemeyecek kadar ağır olabilir. Bu nedenle üçüncü kişilerin zararlarından hangi hukuk ilkelerine göre ve kimlerin sorumlu olacağı belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak nükleer santral işletilmesinde sebep sorumluluğu üzerinde durulacaktır. Burada öncelikle genel olarak sebep sorumluluğuna değinilecek, ardından tehlike sorumluluğu incelenecektir. Genel olarak sebep sorumluluğu ile tehlike sorumluluğuna değinildikten sonra nükleer santral işletilmesinde tehlike sorumluluğu bağlamında Paris Sözleşmesi genel olarak ele alınacaktır. Son olarak ise nükleer santral işletilmesi nedeniyle üçüncü şahıslara verilen zararların tazmininden kimlerin sorumlu olacağına değinilecektir. Zira, bu konudaki özel düzenleme niteliğinde olan Paris Sözleşmesinde TBK m.71’den farklı bir hüküm mevcuttur. Çalışmamızın asıl konusunu da Paris Sözleşmesi ile TBK m.71’deki tazminat sorumlularının farklı olmasından kaynaklanan çatışmanın nasıl çözümlenmesi gerektiği, hangi düzenlemenin esas alınarak sorumluların tespit edileceği oluşturmaktadır.

I. NÜKLEER SANTRAL İŞLETİLMESİNDE SEBEP SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak Sebep Sorumluluğu

Hukuki sorumluluk, sözleşmeye dayalı sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır¹. Sözleşme dışı hukuki sorumluluk ise, kusur sorumluluğu,

¹ **TUNÇOMAĞ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976, s.426-427; **BAŞTUĞ, İrfan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Manisa

sebepl sorumluluğu ve hukuka uygun müdahaleden doğan sorumluluk (fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi) olarak üçe ayrılmaktadır².

Haksız fiil sorumluluğunda esas olan kusur sorumluluğudur. Kusur aranmaksızın, hatta kimi durumlarda hukuka aykırılık da bulunmaksızın sorumluluğun düzenlendiği haller “sebepl sorumluluğu” veya “objektif sorumluluk” olarak adlandırılmaktadır³.

Sebepl sorumluluğu ilke olarak zarara sebepl olma düşüncesine dayanmaktadır⁴. Bu sorumluluğun gerçekleşebilmesi için sorumluluğu doğuran olay ile zarar arasında bir sebepl-sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir⁵. Burada sorumluluk, kusur yerine kanunun öngördüğü belirli

1984, s.28-29; **EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.B., Ankara 2017, s.507-512; **KARAHASAN, Mustafa Reşit:** Sorumluluk Hukuku, 6.B., İstanbul 2003, s.61-62; **KAPLAN, İbrahim:** Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 3.B., Ankara 2003, s.124-125; **AYAN, Mehmet:** Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11.B., Ankara 2016, s.247; **HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1.B., İstanbul 2011, s.7; **REİSOğLU, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.B., İstanbul 2012, s.162-163; **NOMER, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.B., İstanbul 2013, s.19; **İNAN, Ali Naim/YÜCEL, zge:** İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.B., Ankara 2014, s.375-377.

- 2 **AYAN**, s.287. Hukuka uygun müdahaleden doğan (fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi) sorumluluğun haksız fiil sorumluluğu içerisinde incelenmesinin isabetli olmadığı yönündeki görüş için bkz. **NOMER**, s.112.
- 3 **KILIçOğLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.B., Ankara 2016, s.331-332; **ANTALYA, Gökhan:** Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, C:14, S:4, 2008, s.70; **KAPLAN**, s.135; **NOMER**, s.128; **AYAN**, s.287; **İNAN/YÜCEL**, s.378; **REİSOğLU**, s.179. **TEKİNAY, Selahattin/AKMAN, Sulhi/BURCUOğLU, Sermet/ALTOP, Haluk:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1988, Filiz Kitabevi, s.671. Sebepl sorumluluğu kavramının kullanılması ise kusur aranmayan sorumlulukta failin fiili ile meydana gelen zarar arasında maddi bir “sebepl olma” bağının bulunmasınan yeterli görülmesinden ileri gelmektedir. Sebepl sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur ancak burada haksız fiilin kusur dışındaki diğer unsurların varlığı sorumluluk için yeterlidir. Sebepl sorumluluğunda sorumluluğun kaynağını kişinin dışında arayan bir anlayış olduğu ifade edilmektedir, bkz. **KORKUSUZ, M. Refik:** Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, DÜHFD, C:12-13, S:16-17-18-19, 2008, s.26; **KOİSARLIOğLU, Cengiz:** Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C:2, S:2, 1984, s.219.
- 4 **YAVUZ, Cevdet:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Göre “Kusursuz Sorumluluk” Halleri ve İlkeleri, MÜHF-HAD, C:14, S:4, 2008, s.35; **EREN**, s.519.
- 5 **KARAHASAN** (2003), s.595; **EREN**, s.519; **ANTALYA**, s.70.

bir olguya bağlanmıştır⁶. Sebep sorumluluğu da kendi içerisinde “olağan sebep sorumluluğu” ve “tehlike sorumluluğu” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷. Olağan sebep sorumluluğu halleri, tehlike sorumluluğu dışında kalan sebep sorumluluğu hallerini kapsamaktadır⁸. Olağan sebep sorumluluğunda, sorumluluğun dayandığı hukuki olgu gözetim ya da objektif özen yükümlülüğüne aykırılıktır⁹. Tehlike sorumluluğunda ise, sorumluluk bir işletme ya da eşyaya sahip olma veya bunların işletilmesine veya faaliyetine dayanmaktadır¹⁰.

B. Tehlike Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Tehlike sorumluluğunun temelini 19. yüzyılda Fransız hukukunda benimsenmiş olan risk teorisi oluşturmaktadır. Fransız hukukunda risk teorisinde esas olan, kusura dayanmayan sorumlulukta, tazminatın şartı

6 **ERİŞGİN, Nuri:** Gaz ve Akaryakıt Taşıyan Boru Hattı İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1996, (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.43; **EREN,** s.519; **YAVUZ,** s.35.

7 **AYAN,** s.287. Sebep sorumluluğu hallerinin haksız fiil sorumluluğu olmadığı yönündeki görüş için bkz. **TUNÇOMAĞ,** s.429: “...doğrusu haksız fiil terimini sadece kusurlu sorumluluk hallerine hasretmektir. Çünkü kusursuz sorumluluğu doğuran fiillerden bazıları hukuka aykırı olmayıp; tam tersine hukuka uygundur. Sonra kusursuz sorumluluğun hatta bir insan fiili olmaksızın da ortaya çıkması mümkündür...”. Tehlike sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olmadığı yönündeki görüş için bkz. **EREN,** s.522-523: “Tehlike sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu değildir. Önce, haksız fiil deyimindeki fiil kavramı, genellikle bir insan davranışını ifade eder. Oysa TBK m.71’e göre tehlike sorumluluğunda bir fiil, bir insan davranışı söz konusu olmayıp, bir işletme veya faaliyet söz konusudur. Zarara sebep olan, davranış değil, bu işletme veya faaliyetin kendisi ya da bu işletme faaliyette kullanılan malzeme, araç ya da enerjinin mahiyet ve türüdür. Tehlike sorumluluğunda bir kimsenin bir davranışı (fiili) mevcut olsa bile, bu ancak ikinci derecededir ve kanun koyucular çoğu kez bu davranışı düşünmezler...”. Aynı yönde bkz. **TİFTİK, Mustafa:** Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005, s.24; **KANETİ, Selim:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, 1.B., İstanbul 2007, s.6; **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem:** Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ‘Haksız Fiiller’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s.1267.

8 **YILMAZ, Süleyman:** Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler, AÜHF, C:59, S:3, 2010, s.552.

9 **ANTALYA,** s.70.

10 **AYAN,** s.299; **YAVUZ,** s.41; **ANTALYA,** s.70.

olan kusurun yerini başka bir kavramın alması ya da bu kavramın kusurun yanında yer almasıdır¹¹. Burada kusurun yerini alan kavram, zarar doğuran faaliyetin taşıdığı tehlikedir¹². Zararın tehlike arz eden faaliyetin tahmin edilebilir bir sonucu olarak gerçekleşmiş olması sorumluluğun doğmuş olması için yeterlidir¹³.

İsviçre hukukunda ise tehlike kavramı iki ölçüt ile açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, tehlikeli işletme ve faaliyetin bir zarar doğurmaya yönelmiş nispeten açık ve kesin bir eğilimi taşıması veya söz konusu işletme ve faaliyette oluşan anormalliğin nitelik ve nicelik bakımından ağır sonuçlar doğurması gerekmektedir¹⁴. Bu nedenle tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, tehlike kavramının bu iki anlamından birinin gerçekleşmiş olması aranmaktadır¹⁵. Gerçekten, kimi işletme ve faaliyetler başkalarına ve çevreye zarar verme hususunda özel ve tipik bir eğilim, başka bir ifadeyle bir potansiyel taşımaktadır. Motorlu taşıtların neden oldukları trafik kazaları bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁶. Kimi işletme ve faaliyetler ise, en ufak bir anormallik, başka bir deyişle normal işleyişten farklılık yaşanması, nitelik ve nicelik yönünden çok büyük zararlara sebep olabilir. Bir uçağın düşmesi, bir barajın yıkılması ya da atom reaktörünün infilak etmesi veya radyoaktif maddeler sızdırması bu duruma örnek olarak verilebilir¹⁷.

Hukuki niteliği itibariyle ele alındığında tehlike sorumluluğu ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu olarak ifade edilmekte¹⁸ ve bu

11 **ÜÇİŞİK, Güzin:** Tehlike Sorumluluğunu Genel Kural İle Düzenlenmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s.127; **KORKUSUZ R.**, s.28; **YÜCEL**, s.55.

12 **ÜÇİŞİK**, s.127.

13 **TANDOĞAN, Haluk:** Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, I.B., Ankara 1981, s.27.

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANDOĞAN, Haluk:** ‘Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu’, *BATİDER*, C:10, S:2, 1979, s.294. Aynı yönde bkz. **ULUSAN, İlhan:** Tehlike Sorumluluğu Üstüne, *İÜMHAD*, C:4, S:6, 1970, s.35; **TİFTİK**, s.21.

15 **YILMAZ**, s.560.

16 **YAVUZ**, s.45.

17 **YAVUZ**, s.45.

18 **ULUSAN**, s.23 vd; **TANDOĞAN** (1979), s.925. Aynı yönde bkz. **ULUSAN, İlhan:** Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına

sorumluluk uyarınca, sanayi devrimi neticesinde şekillenen yeni toplumsal düzende kurulması, yapılması, çalıştırılması, kullanılması ve elde bulundurulması ekonomik ve sosyal nedenlerle gerekli bulunan tehlikeli kuruluş, işletme, araç ve diğer nesnelerin kullanılmalrı ve işletilmelerinden kaynaklanan, mahiyetleri gereği yol açtıkları zararlardan, bunlardan yararlanan kimselerin kusurları bulunmasa ve zararın doğmaması için alınması gerekli her türlü önlem alınmış ve özen gösterilmiş olsa dahi, sorumluluk doğmaktadır¹⁹.

Özetle tehlike sorumluluğunun temeli, kusur ve özen sorumluluğundan farklı olarak, bir faaliyet veya nesneye özgü tehlikenin gerçekleşmesine dayanmaktadır²⁰. Tehlikeli işletme ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması sorumluluğun doğması için yeterlidir²¹. İşletenin kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi, işletmede herhangi bir bozukluk veya eksikliğin bulunup bulunmaması meydana gelen zararın tazmini üzerinde hiçbir etkiye sahip değildir²². Tehlike sorumluluğu “mutlak sebep sorumluluğu” ya da “sonuç sorumluluğu” değildir. Bu sorumlulukları doğuran işletme ve faaliyetler kendilerine özgü tipik bir tehlike taşırlar²³. Sorumluluğun doğabilmesi için zararın, işletmenin kendine özgü tipik tehlikesinden kaynaklanmış olması gerekir²⁴. Zarar tipik tehlike sonucunda değil de bir başka sebeple, örneğin mücbir sebep ya da zarar görenin kusuru sonucunda meydana gelmişse, kural olarak sorumluluk

İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, Yaşar Üniversitesi e-Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C:3, Özel Sayı, Vol:8, 2013, s.2897; **KICALIOĞLU, Mustafa:** Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, 1.B., Ankara 2015, Yetkin Yayınları, s.34.

- 19 **ULUSAN** (2013), s.2897-2898; **YAVUZ**, s.43. Aynı yönde bkz. **ULUSAN, İlhan:** Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2.Tıpkı Baskı, İstanbul 2012, s.3.
- 20 **BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem:** Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C:8, S:1, 2006, s.1-2.
- 21 **ULUSAN**, s.55 vd.; **TİFTİK**, s.22; **EREN**, s.518-519.
- 22 **ERİŞGİN** (1996), s.47; **TİFTİK**, s.22.
- 23 **TANDOĞAN** (1979), s.925.
- 24 **NOMER**, s.150; **ERİŞGİN, Nuri:** Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s.68.

doğmaz²⁵. Örneğin, doğalgaz boru hattının patlaması sonucunda yaralanan bir kimse, kaldırıldığı hastanede bulaşıcı bir hastalık kapmışsa, bu sonuç ile boru hattının patlaması arasında uygun illiyet bağının varlığından söz edilemeyecektir²⁶. Başka bir deyişle, burada zarar tipik tehlikenin sonucunda meydana gelmediği için tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilemez.

Öğretide tehlike sorumluluğunun doğması için hukuka aykırılık unsurunun bulunmasının zorunlu bir unsur olup olmadığı yönünde görüş birliği bulunmamaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, tehlike sorumluluğunda sorumlunun hukuka aykırı bir davranışının bulunması gerekmemektedir²⁷. Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere sebep sorumluluğu insan davranışından değil, kanunun öngördüğü belirli bir olgudan kaynaklanmaktadır. Öğretideki diğer bir görüş ise, tehlike sorumluluğunda hukuka aykırılığın zorunlu bir unsur olduğunu ileri sürmektedir²⁸. Bu görüşe göre, hukuka aykırılık her ne kadar sebep sorumlulukları açısından açıkça ifade edilmese de hukuka aykırılık tüm sorumluluk türleri bakımından aranan bir unsurdur.

Tehlike sorumluluğu, genel bir hükümlerle düzenlenebileceği gibi, özel hükümlere de konu olabilir²⁹. Örneğin İsviçre ve Avusturya hukuk sistemlerinde tehlike sorumluluğu özel hükümlerle düzenlenmişken, Fransa hukukunda genel bir hükümlerle düzenlenmiştir³⁰. Öğretide tehlike

²⁵ TANDOĞAN (1981), s.27-28; EREN, s.520; ERİŞGİN (2013), s.68.

²⁶ ERİŞGİN, Nuri: Tehlike Bağı, AÜHFD, C:49, S:1, 2000, s.145-146; ÜÇİŞİK, s.128.

²⁷ KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, 1.B., İstanbul 2007, s.147; AYDOĞDU, Murat: Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, 1.B., Ankara 2009, s.23; TANDOĞAN (1981), s.9; KOÇİSARLIOĞLU, s.228; TİFTİK, s.41 vd; ÇEKİN, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, 1.B., İstanbul 2016, s.262.

²⁸ ULUSAN, s.59-61; ERİŞGİN (2013), s.83. Aynı yönde bkz. AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFM, C:70, S:1, 2012, s.213; ERDEM, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.220-221; BAŞOĞLU, Başak 'Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s.184.

²⁹ TANDOĞAN (1979), s.317-318; ÜÇİŞİK, s.129; AKKAYAN YILDIRIM, s.205.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜÇİŞİK, s.129 vd.

sorumluluğunun genel bir hükümle mi yoksa özel hükümlerle mi düzenlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesi gerektiğini savunan görüşe göre, yeni tehlike sorumlulukları için özel hüküm çıkarmak, hükmün kabulünün yeni tehlike tipinin ortaya çıkışından çok sonraya kalıp gecikmesi ve çeşitli özel hükümler arasında her zaman istenilen uyumun sağlanamaması sonucunu yaratabilir³¹. Tehlike sorumluluğunun özel hükümlerle düzenlenmesi gerektiğini savunan görüşe göre ise, bunun, hukuki güvenliğin sağlanması, sorumluluk yükünün ekonomik taşınabilirliği ve girişim (iş) serbestisinin korunması olmak üzere üç faydası bulunmaktadır³². Burada hukuki güvenlik kavramından anlaşılması gerekenin kişinin ne gibi sorumluluklarla karşılaşabileceklerini önceden bilmesi, ekonomik bakımdan taşınabilirlik kavramından tazminatın kapsamının önceden belirlenerek sigorta yaptırılabilmesi ve son olarak da girişim (iş) serbestisinin korunması kavramından, kişilerin faaliyet alanlarının tehlike sorumluluğu kapsamına girip girmediğinin kanun koyucu tarafından belirlenmesiyle sürpriz bir tazminat sorumluluğu ile karşılaşmadan girişim ruhunun geliştirilmesi anlaşılmalıdır³³. Yine bu görüşe göre, sebep sorumluluğu istisnai bir sorumluluk olduğu için tehlike sorumluluğunun genel hüküm ile düzenlenmesi sınırları ve koşulları belirsiz bir sorumluluk haline getirmek olur ki bu da sorumluluğun kural haline gelmesi sonucunu doğurabilir³⁴.

Hukumumuzda tehlike sorumluluğu için özel hükümlerde düzenleme bulunsa da bunların yeterli sayıda olduğu söylenemez, özel hükümlerin yanı sıra genel olarak tehlike sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm de mevcuttur (TBK m.71).

Tehlike sorumluluğu ile genel haksız fiil sorumluluğu arasındaki ilişkiye baktığımızda ise karşımıza “sebeplerin (hakların) yarışması” çıkmaktadır. Sebeplerin yarışması, bir kimsenin diğer bir kimseye karşı,

31 TANDOĞAN (1979), 318; TİFTİK, s.97 vd.; BÜYÜKSAGIŞ, s.2; ERDEM, s.217; YAVUZ, s.61; ANTALYA, s.78-79; YILMAZ, s.572; KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s.1266. Tehlike sorumluluğunun genel hükümle düzenlenmesinin isabetli olduğu yönündeki diğer görüşler için bkz. ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2013, s.657-658.

32 TİFTİK, s.64.

33 TİFTİK, s.64-66.

34 KILIÇOĞLU, s.361; SARAC, Senem: Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m.71), I.B., İstanbul 2013, s.15.

aynı konuda belirli bir sonucu elde etmek amacı ile değişik hukuksal nedenlere dayanılarak istemde bulunulması olarak ifade edilmektedir³⁵. Sorumluluk sebeplerinin yarışabilmesi için sorumluluğun birden fazla sebebe dayanması gerekir. Sebeplerin yarışmasına ilişkin düzenleme TBK m.60'da yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.

Bir olayın hem tehlike sorumluluğu hem de genel anlamda haksız fiil sorumluluğu teşkil edebilmesi mümkündür. Bu durumda öğretilerde baskın olarak kabul edilen görüş, tehlike sorumluluğuna dayanan hükümlerin kusura dayanan haksız fiil hükümleri (TBK m.49) karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı ve bu nedenle de tehlike sorumluluğu hükümlerinin münhasıran uygulama alanı bulacağı yönündedir³⁶. Zira, tehlike sorumluluğu gibi bir kusursuz sorumluluk hali var iken kusur sorumluluğu uygulanmayacaktır, burada hakimin kusursuz sorumluluk halini re'sen uygulaması düşüncesi hakimdir.

2. TBK m.71 Düzenlemesi

Hukukumuzda tehlike sorumluluğu genel bir kural olan TBK m.71 ile düzenlenmiştir. Düzenlemeye kaynak teşkil eden Widmer/Wessner Tasarısı m.50³⁷ her ne kadar İsviçre'de kanunlaşmasa da TBK m.71 ile karşılaştırılabilmek adına, maddeye burada yer vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Tasarının ilgili maddesi şu şekildedir,

“Özel olarak tehlike arz eden bir faaliyeti yürütenler, söz konusu faaliyete hukuk düzenince izin verilmiş olsa dahi, faaliyetin özünde var olan karakteristik tehlikenin gerçekleşmesi dolayısıyla meydana gelen zararın tamamından sorumludur.

³⁵ **BUZ, Vedat:** Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu, BATİDER, C.29, S.2, s.25; **ANTALYA** (2016), s.791.

³⁶ **EREN, Fikret:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C.39, S.1, Y.1987, s.161.

³⁷ Anılan maddenin Almanca metni için bkz. Haftpflichtgesetzes-Vorentwurf eines Bundesgesetzes über Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (VE-OR), s.7, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-d.pdf> (s.e.t. 04.02.2020).

Bir faaliyet, mahiyeti veya kullanılan malzeme, araçlar ve güçlerin mahiyeti dolayısıyla, o alanda uzmanlaşmış bir kişiden beklenebilecek tüm özen gösterilse dahi, sık ya da ağır zararlar doğurmaya elverişli ise özel olarak tehlikeli sayılır; benzer bir tehlike için başka bir kanunda özel bir sorumluluk zaten öngörülmekteyse, söz konusu varsayım gerçekleşir.

Belirli karakteristik tehlikeye ilişkin sorumluluğu düzenleyen özel hükümler saklıdır”³⁸.

Hukukumuzdaki tehlike sorumluluğuna ilişkin düzenleme genel olarak incelenecek olursa, birinci fıkraya göre TBK m.71’ in uygulanma alanı bulabilmesi için, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanan bir zararın doğmuş olması, meydana gelen bu zarar ile önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyeti arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekli olduğu ifade edilebilir³⁹.

İkinci fıkrada ise, “önemli ölçüde tehlike arz eden işletme” kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre, işletmenin niteliği veya faaliyette bulunduğu malzeme, araç ya da güçler göz önünde tutulduğunda bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli bir işletme söz konusu ise bu işletme önemli ölçüde tehlike arz eden işletmedir. Hükümün devamında ise, özellikle herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılacağı düzenlenmiştir. Hükümde açıkça belirtildiği üzere bir işletmenin tehlikeli olması sorumluluğun doğması için yeterli değildir, bu işletmenin aynı zamanda önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olması gerekir⁴⁰.

³⁸ SARAC, s.24; YÜCEL, Özge: Türk Borçlar Kanuna Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, 1.B., Ankara 2014, s.70.

³⁹ BÜYÜKSAĞIŞ, s.7.

⁴⁰ İşletme kavramı, gelir elde etmek amacıyla veya ideal bir hedef doğrultusunda, devamlı ve bağımsız şekilde faaliyet yürüten birimleri ifade etmektedir. Ticari işletme ise, bir sermaye çerçevesinde ve bir girişimcinin yönetiminde ve bir emeğin hizmete sokularak sarf edildiği, belirli bir iktisadi menfaat sağlamayı amaçlayan bağımsız bir kuruluş şeklinde tanımlanabilir, bkz. İNAL, H. Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 2.B., Ankara 2015, s.204. Ne var ki düzenlemede önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler ticari işletmelerle sınırlı tutulmamıştır, ancak isabetli olarak işletme faaliyeti sayılmayan bireysel nitelikteki faaliyetler kapsam dışında bırakılmıştır, bkz. ERDEM, s.221. TBK m.71 sadece ticari işletmeden söz etmediği için esnaf

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletme kavramının objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsuru bünyesinde barındırdığını söylemek mümkündür. Düzenlemedeki “sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli” ifadesi objektif unsurdur. Buna göre, objektif unsur, tehlikenin herhangi bir faaliyetin taşıdığı normal tehlikeyi aşan yoğunluğudur. TBK m.71/II’de yer alan “bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile” ifadeleri ise sübjektif unsuru yansıtmaktadır⁴¹.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeler tespit edilirken “yürütülen faaliyetin tehlikeli olması” veya “faaliyetin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan nesnelere tehlikeli olması” esasına dayanılmaktadır. Öğretide “yürütülen faaliyetin tehlikeli olması” ölçütünün sorumluluğun doğması için esas alınması, mahiyeti itibariyle tehlikeli sayılabilecek faaliyetlerin de tehlike sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesine yol açacağı için eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, genel nitelikte tehlike sorumluluğu öngören böyle bir düzenlemede, yürütülen faaliyetin mahiyetinin esas

işlemeleri de tehlike sorumluluğu hükmünün kapsamına girecektir, bkz. **OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, 10.B., İstanbul 2013, s.19. Aynı yönde bkz. **KILIÇOĞLU**, s.362-363; **ERDEM**, s.222. Bunların yanı sıra, kamu tüzel kişilerinin de önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeleri hükmün kapsamındadır. Düzenlemeye kaynak teşkil eden Widmer/Wessner Tasarısı’nda faaliyetin bir işletme faaliyeti olması gerektiğinden söz edilmemesine karşın, m.71’de böyle bir hükme yer verilmesinin nedeninin maddenin uygulanma alanının daraltılmak istenmesi olduğu söylenebilir. Ancak öğretide, her ne kadar önemli ölçüde tehlike arz eden işletme konusunda bir düzenleme getirilmiş olsa da bunların kesin olarak belli olmaması ve takdirin hakim yetkisine bırakılmış olması hukuki güvenliği zedeleyici olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Düzenlemeye getirilen bir diğer eleştiri ise, tehlike sorumluluğunun kapsamına sadece “işletme faaliyetlerinin” alınmasıdır. Öğretide, TBK m.71’in tasarı halindeki “tehlike arz eden faaliyet” kavramının yerine “tehlike arz eden işletme” kavramının kullanılmasının, tehlike arz eden faaliyetin salt bir işletme faaliyeti ile sınırlandırılmasının doğru olmadığı belirtilmektedir, bkz. **ULUSAN** (2013), s.2899, **ÜÇİŞİK**, 143; **AKKAYAN YILDIRIM**, s.209. Aynı yönde bkz. **ATAMER, Yeşim:** Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S:6, 2006, s.22. Kaynak tasarıda yer alan düzenleme ve TBK m.71 bir bütün olarak ele alındığında, “işletme faaliyeti” kavramı, tek seferlik ya da süreklilik arz etmesi önem taşımaksızın, maddi (cismani) ve belirli bir alana hasredilmiş (teknik) bir risk içerir şekilde bir aletin kullanılması, doğal bir kaynağın işletilmesi ya da bir düzeneğin çalıştırılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler olarak ifade edilebilir, bkz. **YÜCEL**, s.117-118; **İNAN/YÜCEL**, s.433.

⁴¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ERDEM**, s.222; **YILMAZ**, s.572; **YÜCEL**, s.124-128; **İNAN/YÜCEL**, s.433-434; **ÇEKİN**, s.160-163, s.183.

alınması tehlike sorumluluğu hükmünün tüm tehlikeli faaliyetlere uygulanabilir olduğunun düşünülmesine yol açacaktır⁴². “Faaliyetin tehlikeliliği” ölçütünün esas alınması tehlike sorumluluğunun uygulanma alanını kusur sorumluluğu ve işletme sorumluluğu aleyhine aşırı genişletecektir⁴³. Bu ölçütün “faaliyetin yürütülmesinde ihtiyaç duyulan nesnelerin tehlikeliliği” ölçütü ile ikame edilmesi gerektiği, bunun da düzenlemedeki “mahiyeti” ifadesinin çıkarılmasıyla gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir⁴⁴.

Önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin hangileri olacağı belirlendikten sonra, bu işletmelerin ne tür faaliyetlerinden dolayı tehlike sorumluluğunun doğacağına da tespit edilmesi gerekmektedir. Hükmün lafzından yola çıkıldığında bir işletmenin önemli ölçüde tehlike arz eden işletme niteliğinde olmasının sorumluluğu doğurmaya yeterli olacağı sonucuna varılabilir. Ancak kanun koyucunun böylesine ağır bir sorumluluk getirmekle bunu amaçlamadığı ortadadır. Widmer/Wessner Tasarısı’nda açıkça sorumluluğun önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetin karakteristik riskinden kaynaklanan zararlar için doğacağı belirtilmiştir⁴⁵. TBK m.71 hükmünün gerekçesine bakıldığında konu ile ilgili olarak, “...*tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zararlar...*” dan sorumlu olunacağını belirtildiği görülmektedir. Hükümde bu yönde bir açıklık olmasa da öğretide de isabetle kabul edildiği üzere, tehlike sorumluluğunda, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmedeki tehlikeli faaliyetin tipik risklerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle sorumluluk doğabilir⁴⁶.

TBK m.71 düzenlemesinde meydana gelen zararlardan sorumlu olacak kişiler o işletmenin faaliyetinden doğrudan veya dolaylı olarak fayda sağlayan kişiler olarak işletme sahibi ve işletendir⁴⁷. Maddedeki bu düzenleme ile amaçlanan, işletmenin sahibi dışında bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işletilmesi halinde hem sahibi hem de sahibi olmayan işletenin birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır. Bunların

42 BÜYÜKSAĞIŞ, s.7.

43 BÜYÜKSAĞIŞ, s.7.

44 BÜYÜKSAĞIŞ, s.7; YILMAZ, s.572.

45 ERDEM, s.224; AKKAYAN YILDIRIM, s.210.

46 ERDEM, s.224; ERİŞGİN, s.144-146; ERİŞGİN (2013), s.85-86; OĞUZMAN/ÖZ, s.192; ÜÇİŞİK, s.141; AKKAYAN YILDIRIM, s.210.

47 Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKİN, s.209-216.

birbirlerine rücu hakkı öncelikle varsa aralarındaki ilişkiye göre, yoksa müteselsil sorumluluk hükümlerine göre olacaktır.

Tehlike sorumluluğu düzenlemesi ile ilgili değinilmesinde fayda gördüğümüz bir diğer nokta, faaliyetlerine hukuk düzenince izin verilmiş olan önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin sebep olduğu zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesinin istenebileceğinin düzenlenmiş olması hususudur (TBK m.71/IV)⁴⁸.

Düzenlemede fedakârlığın denkleştirilmesi olarak algılanabilecek yasa koyucunun bu hatalı ifadesi, hukuken izin verilmiş önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerin faaliyetlerinden zarar doğması halinde, tazminattan indirim sebebi yapılması gerektiği anlamını da düşündürmektedir. Böyle bir düşünce kanaatimizce isabetli değildir. Zira, önemli ölçüde tehlikeli faaliyet içeren işletmeler zaten kanunen izin

48 Getirilen bu hüküm ile tartışmalara neden olan oluşan zararın karşılanmasındaki hukuki temelin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olup olmadığıdır. Bu tartışmaya değinmeden evvel fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi ile ilgili bilgi vermenin faydalı olabileceği kanaatindeyiz. Hukuk düzeni çıkar çatışmaları söz konusu olduğunda, belirli çıkarları diğerlerine göre daha üstün tutarak zarar verici müdahalelere katlanması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak bozulan bu menfaat dengesini yeniden kurmak için zarar verici müdahalede bulunanın bu müdahaleye katlanması gerektiği de öngörülmektedir. Böylece, çıkar çatışmasında üstün tutulan çıkar uğruna düşük sayılan çıkar feda edilmekte, düşük çıkar sahibinin katlandığı fedakarlık sonucu ortaya çıkan zarar ise üstün çıkar sahibi tarafından karşılanmaktadır. Bu şekilde zarar görenin zararını tazmin hakkı doğmakta ve katlandığı fedakarlık bu yolla denkleştirilmiş olmaktadır. Buna da fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi denilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ULUSAN** (2012), s.56 vd; **EREN**, s.526-529. Söz konusu düzenleme öğretide bazı yazarlar tarafından fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak kabul edilmektedir, bkz. **KORKUSUZ R.**, s.40; **YILMAZ**, s.573; **KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN**, s.1265. Ne var ki öğretilerdeki tam aksi görüşe göre, tehlike sorumluluğunun dayanağı olan tehlike ilkesi ile fedakârlığın denkleştirme ilkesi birbirinden tamamen farklı ilkeler olup, hükmün fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak kabul edilmesi isabetli değildir. Gerçekten de fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin söz konusu olabilmesi için üstün çıkar sahibi müdahaleleri bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte ve bu müdahaleden zarar doğacağını önceden öngörmektedir, bkz. **ULUSAN** (2013), s.2903-2904. Tehlike ilkesinde ise, zarar doğma ihtimali vardır ancak bu zararın ne zaman doğacağını belirlenmesi mümkün değildir. Yine fedakârlığın denkleştirilmesinde zarar doğuran bu müdahale hukuka uygun kabul edilirken tehlike ilkesinde gerçekleşen zarar hukuka uygun kabul edilemez. Tüm bu nedenlerle TBK m. 71/IV'deki düzenlemenin fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi olarak kabul edilmesi bize göre de isabetli değildir. Bu hükme rağmen, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti için izin alınmış olsa dahi sorumluluk TBK m.71/IV'e göre değil, tehlike sorumluluğu olarak (TBK m.71/I) değerlendirilmelidir, bkz. **NOMER**, s.151. Aksi görüş için bkz. **ERİŞGİN** (2013), s.92; **OĞUZMAN/ÖZ**, s.194.

alınarak kurulmaktadır, faaliyete geçebilmek için gerekli kanuni prosedürü yerine getirmek tazminattan indirim sebebi yapılamaz. TBK m.71/I ve 71/IV arasında yaşanan bu çelişkinin ortadan kalkması adına, öğretide de isabetli olarak belirtildiği üzere, fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bir sorumluluk hükmü olarak ayrı bir maddede yer verilmesinin faydalı olabileceği kanaatindeyiz⁴⁹.

II. NÜKLEER SANTRAL İŞLETİLMESİNDE TEHLİKE SORUMLULUĞUNUN SORUMLU KİŞİ/KİŞİLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Nükleer enerji hususunda ülkemizde yaşanan gelişmelere rağmen, nükleer santral işletenin hukuki sorumluluğu konusunda, sadece 5710 Sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışına İlişkin Kanununun⁵⁰ “Lisans, İzin ve Yükümlülükler” başlıklı 5. maddesinde; nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29/07/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi⁵¹ (kısaca Paris Sözleşmesi) ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuatın uygulanacağı belirtilmekle yetinilmiş, iç hukukumuzda bu konuda herhangi özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Paris Sözleşmesinde değişiklik yapılmasını öngören protokoller de ülkemizce 01.06.1967 tarih ve 875 sayılı Kanun⁵² ve 24.10.1986 tarih ve 3062 sayılı Kanunlarla onaylanmıştır⁵³. Nükleer zararlar hakkında hukuki sorumluluğa ilişkin 21.05.1963 tarihli Viyana Sözleşmesi ise ülkemizce onaylanmamıştır. Konu ile ilgili olarak Paris ve Viyana Sözleşmelerinin Uygulanmasına İlişkin Ortak Protokol 28.10.2005 tarihli ve 5422 sayılı Kanun ile onaylanmıştır.

⁴⁹ KOÇHİSARLIOĞLU/ERİŞGİN, s.1265-1266; ULUSAN (2013), s.2905.

⁵⁰ 21.11.2017 t. ve 26707 S.lı RG.

⁵¹ 08.06.1961 t. ve 10806 S.lı RG.

⁵² 13.06.1967 t. ve 12620 S.lı RG.

⁵³ 23.05.1986 t. ve 19115 S.lı RG.

Öğretide, usulüne uygun olarak (AY m.90) yürürlüğe konulmuş olan Paris Sözleşmesi'nin hükümlerinin iç hukukumuzda doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu belirtilmektedir⁵⁴.

Paris Sözleşmesinde yer alan nükleer santral işletenin hukuki sorumluluğunun genel ilkelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Sebep sorumluluğu
2. Sadece nükleer tesis işletenin sorumlu tutulması
3. Sorumluluğun zaman ve miktar bakımından sınırlandırılması
4. Nükleer tesis işletenin sorumluluğunun sigorta veya diğer mali güvenceler ile küverte edilmesi.

2. Paris Sözleşmesinin Sorumluluğa İlişkin Hükümlerinin Genel Olarak İncelenmesi

Paris Sözleşmesinin amacı, bu sözleşmeye taraf ülkenin hukuki yetkisi altındaki nükleer tesislerin işletilmesi veya nükleer maddelerin taşınması sırasında, o ülkedeki veya diğer taraf ülkelerdeki üçüncü şahısların zarar görmeleri halinde bu zararların tazmin edilmesini sağlayan uluslararası bir sistem kurmaktır.

Paris Sözleşmesinin nükleer kazalar⁵⁵ bakımından öngördüğü sorumluluk rejimi ana hatlarıyla ele alındığında Sözleşmenin konu

54 **GÜNEYSU, Gülin:** Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, AÜHFD, C:41, S:1, 1990, s. 213-216; **ULUSAN, İlhan:** Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim Yardımlaşma Vakfı, 1996, s.554; **KOCAOĞLU, Necip Kağan:** Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Y:68, S:2, 2010, s.77; **AYDOĞDU,** s.202-203.

55 Nükleer kaza kavramı, Paris Sözleşmesi'nin 1. maddesinin a bendinin 1. alt bendinde, "*Nükleer kaza tabirinden maksat, öyle bir hadise veya aynı menşei haiz öyle bir hadiseler ailesidir ki, bu hadise veya hadiseler silsilesi veya sebep olduğu her türlü hasar radyoaktif evsafın veya radyoaktif evsafın, nükleer yakıt yahut radyoaktif mahsuller veya artığın zehirleyici, patlayıcı veya tehlikeli evsafı veya bunlardan herhangi birisi ile birleşmesinden doğar veya onun neticesi olarak ortaya çıkar*" ifadelerine yer verilerek tanımlanmıştır, bkz. **Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK)**, Uluslararası Çok Taraflı Anlaşmalar/Sözleşmeler, <<http://www.taek.gov.tr/uluslararası/cok-taraflı-anlaşmalarsozlesmeler/140-nukleer-enerji-alanında-ucuncusahıslara-karsi-hukukisorumluluğa-iliskin-paris-sozlesmesi.html>>, s.e.t. 05.01.2019.

bakımından “nükleer tesis”⁵⁶ ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, Sözleşme sadece nükleer madde taşınırken veya nükleer bir santralde kaza olması durumunda uygulanma alanı bulacaktır. Nükleer santral dışında nükleer enerjiden yararlanıldığı hallerde Sözleşmenin öngördüğü sorumluluk rejimi geçerli olmayacaktır. Örneğin nükleer santraller dışında nükleer enerjinin endüstriyel, tıbbi, zirai veya bilimsel amaçlarla kullanılmasının sebep olduğu zararlar bakımından sözleşme uygulama alanı dışındadır. Bu gibi durumlarda meydana gelen zararlardan doğan sorumluluk TBK m.71’e göre belirlenecektir⁵⁷.

Nükleer kaza nedeniyle sorumluluk sadece nükleer santral işletene⁵⁸ hasredilmiştir. Sözleşmede nükleer santral işletenin sorumluluğu tehlike esasına dayalı bir sebep sorumluluğu olarak belirlenmiştir. Nükleer santral işletenine kurtuluş kanıtı getirme imkânının tanınmamış olması Sözleşmede öngörülen sorumluluğun tehlike sorumluluğu niteliğinde olduğunu göstermektedir⁵⁹. Bu sorumluluk ise sınırlı bir sorumluluk olarak öngörülmüştür⁶⁰. Sorumluluğun ortadan kaldıran sebepler, silahlı

56 Nükleer tesis kavramı, Paris Sözleşmesi’nin 1. maddesinin a bendinin 2. alt bendinde, “ ‘Nükleer tesisat’ tabirinden maksat, herhangi bir nakil vasıtası içinde bulunanlar haricindeki reaktörler, nükleer maddeleri imal eden veya işleyen fabrikalar; nükleer yakıtı izotoplarına ayıran fabrikalar; şalı nükleer yakıtı tekrar işleme tutan fabrikalar; nükleer maddelerin nakli ile ilgili depolamalar hariç, bu çeşit maddelerin depolanması için tesisler ve içinde nükleer yakıt veya radyoaktif mahsuller veya artığı gibi Avrupa Nükleer Enerji Ajansı İdare Meclisi (Bundan sonra ‘İdare Meclisi’ olarak geçecektir)’nin zaman zaman kararlaştıracağı maddeler bulunan tesislerdir” şeklinde tanımlanmıştır, bkz. **Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK)**, Uluslararası Çok Taraflı Anlaşmalar/Sözleşmeler, <<http://www.taek.gov.tr/uluslararası/cok-taraflı-anlaşmalarsozlesmeler/140-nukleer-enerji-alanında-ucuncusahislara-karsi-hukukisorumluluğa-iliskin-paris-sozlesmesi.html>>, s.e.t. 05.01.2019.

57 GÜNEYSU, s.217; AYDOĞDU, s. 209-210.

58 Nükleer santral işleteni Paris Sözleşmesi m.1/a-vı’ya göre, “...Yetkili makamlarca nükleer tesis işleteni olarak tanınmış veya atanmış kişi”dir . Bkz. **Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK)**, Uluslararası Çok Taraflı Anlaşmalar/Sözleşmeler, <<http://www.taek.gov.tr/uluslararası/cok-taraflı-anlaşmalarsozlesmeler/140-nukleer-enerji-alanında-ucuncusahislara-karsi-hukukisorumluluğa-iliskin-paris-sozlesmesi.html>>, s.e.t. 05.01.2019.

59 **KARAUZ, Agah Kürşat**: Nükleer Santral İşleten’in Hukuki Sorumluluğu, Nevşehir Barosu Dergisi, Y:1, S:1, 2014, s.19.

60 Paris Sözleşmesinde işletenin sorumluluğu zaman ve miktar bakımından sınırlandırılmıştır. Sözleşmede m.7’ye göre, işletenin sorumlu olduğu miktar azami

çatışma, tecavüz, iç harp, isyan veya ülkesinde nükleer santralin bulunduğu akit tarafın mevzuatında aksi gösterilmedikçe istisnai karakterlerde vahim tabii bir afet yüzünden doğacak nükleer bir kaza şeklinde belirtilmiştir (Paris Sözleşmesi m.9).

Paris Sözleşmesinde işletene rücu imkanı da tanınmıştır. İşleten nükleer kazaya kusuru ile sebebiyet verenlere ya da yazılı bir sözleşmeyle sorumluluğu üstlenen kişilere rücu edebilecektir (Paris Sözleşmesi m.6/I ve m.6/II).

3. Nükleer Santralde Meydana Gelen Nükleer Bir Kazada Tazminat Sorumlularının Belirlenmesi: Paris Sözleşmesi ve TBK m.71 Hükümünün Karşılaştırılması

Paris Sözleşmesinde sadece nükleer santral işletilmesinden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Paris Sözleşmesi özel hüküm niteliğindedir ve bu nedenle Sözleşmenin doğrudan iç hukukumuzda uygulanabilir nitelikte olduğunu belirten görüşlere göre, nükleer santral işletilmesinden kaynaklanan kazalardan doğan zararlar nedeniyle Paris Sözleşmesinde öngörülen sorumluluk rejimi geçerli olacaktır. Ancak Sözleşmenin dışında kalan konular için genel sorumluluk hükmü olan TBK m.71'deki tehlike sorumluluğu hükümlerine göre sorumluluk belirlenecektir.

Ne var ki sorumluluk açısından genel düzenleme olan TBK m.71 ile Paris Sözleşmesindeki özel düzenlemeler karşılaştırıldığında, sorumluluğun yöneltildiği kişi bakımından bir farklılık görülmektedir. Hukukumuzda tehlike sorumluluğunun genel düzenlemesi niteliğinde olan TBK m.71'de sorumluluk işletme sahibi ile varsa işletene birlikte yöneltilirken, Paris Sözleşmesinde sorumluluk sadece işletene kanalize edilmiştir.

Öğretide baskın olan görüşe göre nükleer santral işletenin sorumluluğunda özel hüküm niteliğinde olan usulüne göre yürürlüğe konulmuş Paris Sözleşmesi hükümlerinin esas alınması gerekmektedir⁶¹.

15.000.000 Özel Çekme Hakkı (Special Drawing Rights) ile sınırlandırılmıştır. Zaman bakımından sorumluluğun sınırlandırılması ise sözleşmede m.8/a'da yer alan ve tazminat hakkının kazanın meydana gelmesinden itibaren on yıllık sürenin geçmesiyle son bulacağına ilişkin düzenlemede belirtilmektedir.

⁶¹ ULUSAN (1996), s.554; GÜNEYSU, s.213-216; AYDOĞDU, s.202-203; KOCAOĞLU, s.77; KARAUZ, s.16-17. Aynı yönde bkz. KORKUSUZ, Mustafa Halit, Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu 1.B., İstanbul 2012, s.68.

Ancak Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk Ön Tasarısı⁶² m.3/III düzenlemesinde nükleer tesis sahibi ile işletenin farklı kişiler olması halinde tazminat borcundan tesis sahibi ve işleten müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Bu noktada özel hüküm niteliğinde olan Paris Sözleşmesindeki düzenlemenin mi yoksa genel hüküm niteliğinde olan TBK m.71 hükmünün mü dikkate alınması gerektiği sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabını verebilmek için öncelikle usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki etkisinin incelenmesi gerekir.

a. Uluslararası Sözleşmelerin Türk Hukukundaki Yeri

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzdaki hiyerarşik konumunu belirleyen düzenleme Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasıdır. Anılan fıkranın başında, usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir. Hükmün devamında ise, usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı düzenlenmiştir. 07.05.2004 tarihinde ve 5170 sayılı Kanun ile fıkraya eklenen son cümleye göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme, iç hukukumuzda yer alan bir kanunla aynı konuda daha farklı bir düzenleme getirmesi halinde, uluslararası sözleşmede yer alan düzenleme geçerli olacaktır. İlgili maddenin gerekçesinde, *“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”* ifadelerine yer verilerek hükmün amacı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen cümle ile birlikte, uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Bu ikili ayırım, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile bunların dışında kalan sözleşmeler şeklindedir. Çalışmamızda öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yeri inceleme konusu yapılacaktır.

⁶² Kemal Oğuzman'ın başkanlığında toplanan komisyon tarafından 1986 yılında tasarısı tamamlanmış ancak yasalaşmamıştır.

Anayasa'ya 2004 yılında eklenen “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” cümlesi ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunlarda yer alan düzenlemelerin farklı olması halinde uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Ancak “*esas alma*” ifadesinden temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara üstün tutulduğunun mu yoksa kanunlara göre öncelikle uygulanacağını mı anlaşılması gerektiği tartışmalıdır⁶³. Bu konuda öğretilerde üç farklı görüş hakimdir. Bunlardan ilkinde göre, AY m.90/son sözel yorumlanarak, uluslararası sözleşmelerin kanunlarla eşdeğer olduğu söylenebilir⁶⁴. Öğretilerdeki ikinci görüşe göre, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerinin belirlenmesinde monist görüş dikkate alınmalıdır, böylece Anayasa'da yapılan bu değişiklikle herhangi bir hiyerarşik yapı getirilmemiş olup, sadece uluslararası düzenlemelere üstünlük (öncelik) tanınması gerektiği söylenebilir⁶⁵. Bu görüşe göre, düzenleme ile amaçlananın, her ne kadar AY m.90/son'da üstünlük yahut öncelik terimlerine yer verilmemiş olsa da maddede geçen “*esas alma*” esasında uluslararası sözleşmeleri kanunlara üstün tutarak öncelikle uygulama, uyuşmazlığı uluslararası sözleşme hükümlerine göre çözmek olduğu belirtilmektedir⁶⁶. Bu görüşe göre, getirilen yeni

63 **GÜLMEZ, Mesut:** ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.64.

64 **GÖZLER, Kemal:** ‘İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu’, Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara 2000, s.39; **GÜRAN, Sait:** Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır, Anayasa Yargısı Dergisi, C:17, 2000, s.48; **PAZARCI, Hüseyin:** İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.157; **AKKUTAY, İbrahim:** Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri, GÜHFD, C:11, S:1-2, 2007, s.435.

65 **HAFIZOĞULLARI, Zeki:** Türk Hukuk Düzeninde “Hukukun Üstünlüğü Prensipli Sorunu”, Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2002, s.22; **YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:** İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.85. Aynı yönde bkz. **ATAY, s.419;** **GÜLMEZ, s.71** vd.

66 **DİNÇ, Güney:** Anayasanın Değiştirilen 90. Maddesi Karşısında Temel Hak ve Özgürlükler, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.153; **ŞAHBAZ, İbrahim:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki

düzenleme ile artık uluslararası sözleşmelerin kanunlarla aynı seviyede olduğunu söylemek mümkün değildir, Anayasa açıkça temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri kanunlara üstün tutmuştur⁶⁷. Bu konudaki üçüncü ve son görüşe göre sadece insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler kanunlardan üstündür denilebilir⁶⁸.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin m.90/son'a göre, kanunlardan hiyerarşik anlamda üstün olması ya da kanun hükmünde değerlendirilmesinin şöyle bir farkı vardır. Şayet temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğu kabul edilirse bu durumda, uluslararası sözleşme ile kanunlar arasında çatışma çıktığında, uluslararası sözleşme hükümlerinin uygulanacağını söyleyebiliriz. Bu gibi hallerde kanun hükmünün uygulanmasının tek yolu, kanunlarda o uluslararası sözleşme hükümlerinden daha güvenceli bir düzenlemenin getirilmiş olmasıdır⁶⁹. Zira, m.90/son düzenlemesinin temelinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin kanunlara göre daha geniş bir güvence getirdiği ve çatışmanın da temel hak ve özgürlükler adına, daha ileri bir güvence sağlayan uluslararası sözleşme hükümlerine göre çözülmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu değerlendirmesinde, olası bir çatışma halinde, sorun genel kanun-özel kanun ya da önceki kanun-sonraki kanun ilişkisine göre çözümlenecektir. Kanaatimize göre kanun koyucunun 2004 yılında getirdiği bu değişiklik ile amaçladığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile kanunlar arasında bir hiyerarşi yaratmak değil, sadece çatışma halinde temel hak ve özgürlükler ilişkin uluslararası sözleşmelere üstünlük tanımaktır. Buradaki "üstünlük" ifadesinin önceki kanun-sonraki kanun veya özel kanun-genel kanun gibi çatışma kurallarına gidilmesine gerek olmadan,

Yeri, TBBD, S:54, 2004, s.204; **GÜLMEZ, Mesut**: Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBBD, S:54, 2004, s.147; **GÜLMEZ**, s.71.

⁶⁷ **GÜLMEZ**, s.71; **GÜLMEZ** (2004), s.156; **YÜZBAŞIOĞLU**, s.85.

⁶⁸ **PAZARCI, Hüseyin**: Uluslararası Hukuk, 11.B., Ankara 2012, s.27. Aynı yönde bkz. **TURHAN, Mehmet**: Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C:23, 2003, s.229-230; **BİLİR, Faruk**: Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, SÜHFD, C:13, S:1, 2005, s.82.

⁶⁹ **GÜLMEZ**, s.72; **GÜLMEZ** (2004), s.156; **DİNÇ**, s.154.

öncelikli olarak uygulanmak olarak anlaşılmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Başka bir deyişle burada kanun koyucunun amacı hiyerarşik üstünlük değil, özel bir çatışma kuralı getirmektir⁷⁰. Zira, kanun koyucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğunu belirtmek isteseydi bunu açıkça dile getirirdi. Eklenen cümlenin gerekçesine bakıldığında da kanun koyucunun uygulamada yaşanan tereddütlerin giderilmesini amaçladığı görülmektedir. Burada kanun koyucunun “uygulama” ifadesini seçmesindeki amacın, yargı organlarının önlerine gelen uyuşmazlıkları çözümlerken temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler ile iç hukukumuzdaki düzenlemelerin çatışması halinde, hangi düzenlemeye öncelik tanınacağı hususunda yaşadıkları tereddütlere son vermek olduğu kanaatindeyiz. Bunun yanı sıra Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinde hala “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” ifadelerine yer verildiğinin ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar konusunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmediğinin de göz önüne alınması faydalı olabilir⁷¹.

Anayasa m.90/son’da yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere dair getirilen hükmün Paris Sözleşmesi ile TBK m.71 hükmüne uygulanabilip uygulanamayacağının tespiti için Paris Sözleşmesi’nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olup olmadığının belirlenmesi, bunun içinse öncelikle maddede geçen “temel hak ve özgürlükler” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda iki farklı bakış açısı mevcuttur. İlkine göre, maddenin lafzi yorumlanması yoluyla, sadece özel olarak temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği uluslararası sözleşmelerin anılan maddenin kapsamına gireceği söylenebilir⁷². Başka bir deyişle maddenin lafzi olarak yorumlanması sonucunda, uluslararası

70 **AYBAY, Rona:**, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD, S:70, 2007, s.205-206; **ERGÜL, Ozan:** Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Lefkoşa, Yıldırım Uluer’e Armağan, 2014, s. 74.

71 Aksi görüş için bkz. **GÜLMEZ, Mesut:** Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1 (44), s. 19.

72 **BAŞLAR, Kemal:** Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma Merkezi, Y:24, S:1-2, 2004, s.312.

sözleşmenin konusunun tamamen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması gerekecektir. İkinci olarak maddenin amaçsal yorumlanması sonucunda, tamamen insan haklarına ilişkin bir sözleşme olmasa dahi, o sözleşmede temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hüküm yer alıyorsa, sözleşmenin AY m.90/son kapsamında temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğu kabul edilebilir. Bu durumda şu soru akla gelmektedir, uluslararası sözleşmelerin içeriğinin dikkate alınarak bir hükmünün dahi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğunun kabulü halinde, anlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan hükümlerinin akıbeti ne olacaktır? Öğretide bu durumda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan sözleşme hükümlerinin elbette ki öncelikli olarak uygulanmayacağı belirtilmektedir⁷³.

Paris Sözleşmesi'nin akıbetini tespit edebilmek için öğretide yapılan yukarıda değindiğimiz tartışmaları değerlendirdiğimizde, Paris Sözleşmesi'nin Anayasa m.90/son'a 2004 yılında eklenen cümlede geçen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerden olmadığı sonucuna varmaktayız. Zira, kanun koyucunun "temel hak ve özgürlükler" ifadesini kullanarak sadece özel olarak temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği uluslararası sözleşmeleri kastetmek istediği şeklindeki bir yaklaşımın daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Gerçekten de Paris Sözleşmesi'nin konusuna bakıldığında nükleer santral işletilmesi neticesinde üçüncü kişilere verilen zararların tazmin edilmesinin düzenlendiğini görülmektedir. Dikkat edilecek olursa sözleşme nükleer kazalar sebebiyle meydana gelen zararların tazminini düzenlemektedir. Bu nedenle Paris Sözleşmesi'nin AY m.90/son anlamında temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olmadığı kanaatindeyiz. Paris Sözleşmesi ve TBK m.71 düzenlemesindeki tehlike sorumluluğundaki sorumlu tutulan kişi bakımından yaşanan çatışma Anayasa m.90/son'a 2004 yılında eklenen cümlesine göre çözümlenemeyecektir.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda yerini belirleyen 90. maddenin son fıkrasını temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin dışında kalan uluslararası sözleşmeler bakımından

73 **PAZARCI, Hüseyin:** Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y:24, S:1-2, 2004, s.664.

değerlendirildiğinde de öğretide yine uluslararası anlaşmalara verilen hukuki değer konusunda tartışmaların olduğu görülmektedir. Anılan maddenin son fıkrasında, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtildikten sonra, bu anlaşmalara karşı anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemiyor oluşu bu sözleşmelerin kanunların üstünde yer aldığı sonucuna varılması için yeterli değildir. Nitekim ilgili hükmün gerekçesinde, “Gerçekten, bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurması için, bu murakabenin teşri organın tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir” ifadelerine yer verilerek hükmün amacı belirtilmiştir. Gerekçeden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucunun uluslararası sözleşmelere karşı Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına ilişkin hükmü, kanunlar ile uluslararası sözleşmeler arasında hiyerarşi yaratmak değil, devletin milletlerarası sorumluluğunun doğmasının engellenmesidir. Ne var ki öğretideki bir görüş tarafından, madde gerekçesine rağmen, anılan ifadelerin TBMM tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerin nitelik olarak kanunlardan farklı olduğu ve Anayasa Mahkemesinin bunları Anayasaya uygunluk yönünden denetleme ve aykırılık bulunması halinde geçersiz kılma yetkisinin bulunmadığı, bu nedenlerle de usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğu savunulmaktadır⁷⁴.

Öğretideki tam aksi görüşe göre ise, ilgili maddenin amacı ülkemizin uluslararası alandaki taahhütlerine aykırılık doğurabilecek durumların önüne geçmek olup, kanunla onaylanmış uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamamasının sözleşmenin hiyerarşik konumunu belirleyen bir hüküm olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönündedir⁷⁵. Kanun metninde açıkça, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu, uyuşmazlık konusunda

⁷⁴ GÜLMEZ (2005), s. 22.

⁷⁵ AYBAY (2007), s.198; BAŞLAR, s.295; ERGÜL, s.83. Aynı yönde bkz. GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 15.B., Bursa 2018, s. 205-206; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku, 1.B., Ankara 2017, s. 27.

hangisinin uygulanacağıının önceki kanun-sonraki kanun veya genel kanun-özel kanun ilkeleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁷⁶. Bu nedenle uluslararası sözleşmelerin kanunun üstünde olduğu şeklindeki görüş bizce de isabetli değildir ve uluslararası sözleşmeler kanun gücünde ve değerindedir⁷⁷. Daha önce de belirttiğimiz gibi uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstün kabul edilebilmesi için yalnız başına, Anayasa'nın 90. maddesindeki "*Anayasa Mahkemesine başvuramama*" ifadesi yeterli bir dayanak oluşturmamaktadır⁷⁸.

Öğretideki bir görüş tarafından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler konusunda 2004 yılında yapılan ilgili değişiklik sonucunda, yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlara üstün tutulduğu, bu düzenlemenin mefhumu muhalifinden temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin dışında kalan diğer sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu ileri sürülmektedir⁷⁹.

Açıklamaya çalıştığımız tüm bu nedenlerle usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşme temel hak ve özgürlüklere ilişkin ya da bu kapsamın dışında kalan bir sözleşme olup olmaması fark etmeksizin kanunlarla eş düzeyde sayılmalıdır. Aksi bir düşünce TBMM'ye ait olan yasama yetkisinin ortadan kaldırılması ya da sınırlandırılması anlamına gelecektir⁸⁰. Sonuç olarak Paris Sözleşmesi'nin de kanun düzeyinde ve Anayasa m.90/son'da bahsedilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan bir uluslararası sözleşme olduğunun kabulünün daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁷⁶ **GÖZLER** (2018), s.205-206. Aynı yönde bkz. **BAŞTERZİ, Süleyman**: Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu, TİSK Akademi, 2016/II, s. 32.

⁷⁷ **AYBAY** (2007), s.198; **BAŞLAR**, s.295; **ERGÜL**, s.83; **GÖZLER** (2018), s.205-206; **BAŞTERZİ** (2016), s.32. Aynı yönde bkz. **SÜZEK, Sarper**: Bireysel İş Hukuku, 16.B., İstanbul 2017, s. 92; **SUR, Melda**: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, 1.B., İzmir 1995, s.58; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL**, s. 27.

⁷⁸ **SUR** (1995), s.58.

⁷⁹ **PAZARCI** (2012), s.27; **BAŞTERZİ** (2016), s.33.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖNENÇ, Levent**, '1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği Ve Getirdiği Sorunlar', <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf>, 07.01.2019.

b. Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK m.71 Çatışmasının Çözümlemesi

Paris Sözleşmesi ile TBK m.71'deki tehlike sorumluluğunun sorumlu tutulan kişi açısından karşılaştırılması yukarıda Paris Sözleşmesi'nin hukukumuzdaki yeri hakkında varmış olduğumuz sonuçlara göre yapılacaktır. Başka bir ifadeyle, Paris Sözleşmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin dışında kalan ve kanunlarla eş düzeyde bir uluslararası sözleşme olarak kabul edilip, anılan kanun çatışması buna göre çözümlenmeye çalışılacaktır.

Paris Sözleşmesi'nin hukukumuzdaki yeri dikkate alındığında bu iki hüküm arasındaki çatışmanın özel kanun-genel kanun veya önceki kanun-sonraki kanun kurallarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Ne var ki Paris Sözleşmesi 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre özel nitelikte ancak önceki tarihli, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ise Paris Sözleşmesi'ne göre genel nitelikte ancak sonraki tarihli bir kanundur. Bu durumda her iki düzenlemede yer alan ve birbiri ile çatışan nükleer santral işletenin hukuki sorumluluğu hususundaki düzenlemelerden hangisinin uygulanacağı konusunda özel kanun- genel kanun veya önceki kanun-sonraki kanun ilişkilerini göz önünde tutarak bir sonuca varmak mümkün değildir.

Bu halde yeni olduğu için genel kanunun uygulanması gerektiği savunulabileceği gibi, sonraki genel kanunun önceki tarihli özel kanunu değiştirmeyi amaçlamadığı ileri sürülerek özel kanunun uygulanmaya devam edileceği de savunulabilir. Ancak bu görüşte her iki düşüncenin de kendine göre haklı tarafları vardır. Hal böyle olunca sorunu bu iki görüşten birini benimseyerek çözümlmek mümkün olmamaktadır⁸¹. Bu nedenle de özel norm ihtiva eden düzenlemenin önceki, genel norm ihtiva eden düzenlemenin sonraki olduğu durumlarda hangi hükmün uygulanacağı tespit edilirken, kanun koyucunun iradesinin ne olduğuna bakılması gerektiği yönünde üçüncü bir görüş oluşturulmuştur⁸². Bizce

⁸¹ **AKYOL, Şener:** Medeni Hukuka Giriş, 2.B., İstanbul 2006, s.195.

⁸² **SAYMEN, Ferit Hakkı:** Türk Medeni Hukuku Cilt-1: Umumi Prensipler, 3.B., İstanbul 1960, s.146; **EDİS, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.B., Ankara 1987, s.183. Aynı yönde bkz. **AKYOL**, s.195. Aksi görüş için bkz. **ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer:** Türk Medeni Hukuku, 2.B., Ankara 2013, s.47 (naklen): "...Ancak genel kanunun önce, özel kanunun sonra veya genel kanunun sonra özel kanunun önce yürürlüğe girmiş olması ihtimali düşünülebilir.

de isabetli olan söz konusu görüş neticesinde, kanun koyucunun sonraki tarihli genel kanunda önceki tarihli özel kanun ile çatışan bir hüküm getirmesindeki amacın ne olduğu önem arz etmektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen tehlike sorumluluğu müessesesinin gerekçesinde, *“Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu halde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin ve koşullarının düzenlenmesi uygun görülmüştür...Tasarıda, kusursuz sorumluluk halleri ile ilgili sistematik bütünlüğün sağlanması ve özel kanuni düzenleme yapılması beklenmeksizin, gerektiğinde mahkeme kararlarıyla, tehlike sorumluluğunun kabulünün mümkün kılınması amaçlanmıştır”* ifadelerine yer verilmiştir. 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamasına rağmen 6098 Sayılı Kanunda tehlike sorumluluğu müessesesi düzenlenerek, tehlike sorumluluğunun genel ilkesi ile şartları belirlenmiştir. Ne var ki maddenin gerekçesinden TBK m.71'deki tehlike sorumluluğu düzenlemesinin neden hem işletme sahibi hem de varsa işleteni sorumlu tutulduğunun tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle tehlike sorumluluğunda sorumluların belirlenmesinin temelinde yatan düşüncelerin araştırılması gerekmektedir. Tehlike sorumluluğunun isnat nedenlerine bakıldığında karşımıza *“Denetleyebilen Sorumlu Olur”* ya da *“Hâkimiyet İlkesi”* çıkmaktadır. Anılan ilkeye göre, tehlike sorumluluğunun temelinde yatan isnat sebeplerinden biri rizikoya hakim olmaktır. Bu düşünceye göre riziko alanı, tehlikeli işletme ya da faaliyeti en iyi denetleyebilen, ona müdahalede bulunabilen kişiye sorumluluk yüklemektir. Bu nedenle rizikonun sonuçlarından işleten ve işletme sahibinin sorumlu tutulması zararın önüne geçilebilmesi için baskı oluşturulması anlamına gelmektedir ve bu da sorumluluğun önleyici amacına hizmet eder⁸³. Kanun koyucunun da TBK m.71 düzenlemesinde hem işletme sahibini hem de varsa işleteni sorumlu tutmasının amacının önemli ölçüde tehlike arz eden örneğin nükleer santraller gibi işletmelerin doğurabileceği olası kazaların önlenmesi olduğu söylenebilir.

Böyle bir durumda geçerli kural, aynı konuyu farklı düzenleyen kanunun koyucunun sonraki iradesinin geçerli olmasıdır. Kanunların özel veya genel olması arasında bir fark yoktur”.

83 **TANDOĞAN, Haluk:** Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s.94.

Paris Sözleşmesinde yer alan ve sadece işletenin sorumlu tutulduğu tehlike sorumluluğunun benimsenmesinin amacıyla ise iki faktörün öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki, işletenin yasal olarak sorumlu olduğu özel durumlar oluşturmak ve karşı davaların uzun, zor karmaşık sorunlarını önlemektir⁸⁴. İkincisi ise, benimsenen bu münhasır sorumluluğun, işletenden başka bir kişinin sigorta yaptırması gerekliliğini ortadan kaldırarak mevcut sigorta kapasitesinin yoğunlaştırılmasıdır⁸⁵.

Paris Sözleşmesinde sorumluluğun sadece işletene yüklenmesiyle korunmak istenen hukuki değer ve TBK m.71 ile benimsenen tehlike sorumluluğunda hem işleten hem de işletme sahibinin sorumlu tutulmasıyla korunmak istenen hukuki değer birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Her iki düzenlemenin getirdiği tehlike sorumluluğunda sorumlu tutulan kişiler bakımından yapılacak karşılaştırmada TBK m.71 düzenlemesinin temel hak ve özgürlüklerden olan yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığını korumak olduğu ortadayken, Paris Sözleşmesinde öngörülen tehlike sorumluluğundaki sorumlu tutulan kişi, meydana gelen zarardan dolayı açılacak tazminat davalarındaki usuli işlemleri hızlandırmak ve sigorta kapasitesini yoğunlaştırmak amacıyla sadece işleten olarak belirlenmiştir. TBK m.71’de yer alan tehlike sorumluluğu ile nükleer kazaların önlenmesi için hem işleten hem de işletme sahibi önlem almaya sevk edilerek üçüncü şahıslar açısından Paris Sözleşmesinden daha lehe bir düzenleme getirildiğini söylemek mümkündür. Tüm bu nedenlerle nükleer tesis işletilmesinden doğan kazalar sonucunda meydana gelen zararın tazmini hususunda Paris Sözleşmesinde öngörülen tehlike sorumluluğu değil TBK m.71’deki tehlike sorumluluğu düzenlemesine göre sorumluların belirlenmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Nükleer santral işletilmesinden kaynaklanan kazalardan doğan zararlar bakımından TBK m.71 genel tehlike sorumluluğu düzenlenmesinin esas alınması gerektiği sonucuna Paris Sözleşmesi’ni Anayasa m.90/son’a 2004 yılında eklenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kapsamında kabul etmeyerek ulaşılmış olsak da öğretilerde baskın olarak nükleer tesis işletilmesinden doğan kazalarda tazminat sorumluları bakımından Paris Sözleşmesi’nin esas

84 KOCAOĞLU, s.92; KARAUZ, s.16.

85 KOCAOĞLU, s.92; KARAUZ, s.16.

alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁶. Paris Sözleşmesi'ni temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir sözleşme olarak kabul etsek de vardığımız sonuç değişmeyecektir. Zira, tarafımızca Anayasa m.90/son ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere hiyerarşik olarak kanunlardan daha üst bir statü kazandırılmanın amaçlanmadığı görüşü benimsenmiştir.

Ancak benimsediğimiz görüşün tam aksi görüş benimsendiğinde, Paris Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma ve bu uluslararası anlaşma da Anayasa m.90 gereğince kanunlardan üst seviyede kabul edilerek TBK m.71 genel tehlike sorumluluğundaki tazminat sorumluları ile Paris Sözleşmesinde öngörülen tehlike sorumluluğundaki tazminat sorumluları hususunda çatışma olduğu ve Paris Sözleşmesi'nin öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, bu gibi hallerde iç hukuk düzeninde öngörülen kanun hükmünün uygulanmasının tek yolu, kanunlarda o uluslararası sözleşme hükümlerinden daha güvenceli bir düzenlemenin getirilmiş olmasıdır⁸⁷. Zira, m.90/son düzenlemesinin temelinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin kanunlara göre daha geniş bir güvence getirdiği ve çatışmanın da temel hak ve özgürlükler adına, daha ileri bir güvence sağlayan uluslararası sözleşme hükümlerine göre çözülmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Bu nedenle nükleer santrallerde meydana gelen nükleer kazalardan doğan zararların tazmin edilmesinde sorumlular belirlenirken, zarar gören üçüncü şahıslar bakımından daha lehe olan TBK m.71 genel tehlike sorumluluğu düzenlemesinin dikkate alınması yine daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

SONUÇ

Nükleer santral işletenin hukuki sorumluluğunda, sorumluluğun niteliğinin tehlike sorumluluğu olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır. İç hukuk düzenimizde nükleer santral işletilmesi alanında henüz özel bir kanun düzenlemesi bulunmasa da usulüne göre yürürlüğe konulmuş Paris Sözleşmesi bu konudaki özel düzenleme niteliğindedir. Ve bu sözleşmede de nükleer santral işletilmesi nedeniyle yaşanabilecek olası nükleer kazalardan doğan sorumluluk tehlike sorumluluğu olarak belirlenmiştir. 6098 sayılı TBK m.71 ile getirilen genel tehlike

⁸⁶ **ULUSAN** (1996), s.552 vd; **GÜNEYSU**, s.214-216; **AYDOĞDU**, s.172-176; **KORKUSUZ**, s.68.

⁸⁷ **GÜLMEZ**, s.72; **GÜLMEZ** (2004), s.156; **DİNÇ**, s.154.

sorumluluğunda belirli bir tehlike hali için öngörülen özel sorumluluk hükümlerinin saklı olduğu ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, belirli bir tehlike hali için özel olarak getirilen düzenlemeler geçerliliğini koruyacak, özel olarak düzenlenmeyen tehlike halleri için ise genel tehlike sorumluluğu niteliğinde olan TBK m.71 hükmü geçerli olacaktır.

Çalışmamızda da nükleer santral işletilmesinden kaynaklanan zararlarda Paris Sözleşmesinde “tazminat sorumlularının belirlenmesi” konusundaki TBK m.71’den farklı öngörülen düzenleme incelenmiştir. Paris Sözleşmesinde tazminat sorumlusunun sadece santral işleteni olarak belirlenmesi TBK m.71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu ile çatışan bir düzenlemedir. Uluslararası bir sözleşme hükmü ile kanunların çatışması halinde hangi hükmün uygulanacağını belirlebilmesi için ilk olarak uluslararası sözleşmelerin hukukumuzdaki yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda bize yardımcı olacak hüküm Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasıdır. Anayasa m.90/son’a göre uluslararası sözleşmeler temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve bu kapsamın dışında kalanlar şeklinde ikiye ayrılarak incelenmelidir. Zira, 2004 yılında ilgili hükme eklenen cümle ile birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların çatışması halinde, uluslararası sözleşmelerin esas alınması gerektiği düzenlenmiştir. Öğretide kanun koyucunun “esas alınır” ifadesi ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere hiyerarşik olarak kanunlardan üstün bir statü getirmeyi amaçladığı söylenebilir de kanaatimize göre kanun koyucunun buradaki amacı yeni bir çatışma kuralı getirmektir. Bu tartışmanın pratikteki sonucu, çatışmanın özel kanun-genel kanun veya önceki tarihli kanun-sonraki kanun ilkelerine göre belirlenip belirlenemeyeceğidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeleri hiyerarşik olarak kanunlardan üstün kabul edilmesi halinde, mevcut çatışma özel kanun-genel kanun veya önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ilkelerine göre çözümlenemeyecek, uluslararası sözleşme hükümlerinin evleviyetle esas alınması gerekecektir. Bu durumda kanun hükmünün esas alınabilmesinin tek yolu kanun hükmünün uluslararası düzenlemeden daha güvenceli bir düzenleme getirmiş olmasıdır. 2004 yılında getirilen değişikliği yeni bir çatışma kuralı olarak benimsenmesi halinde de aslında aynı sonuca ulaşılabilecektir. Zira, kanun koyucu ilgili değişikliğin gerekçesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlarla çatışan hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Başka bir deyişle, yeni çatışma kuralı da özel kanun-genel

kanun veya önceki tarihli kanun-sonraki tarihli kanun ilkelerine bakılmadan sözleşme hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Bu durumda da kanun hükümlerinin uygulanmasının tek yolu, kanunda sözleşme hükmünden daha güvenceli bir düzenleme getirilmiş olmasıdır. Çalışmamızda Paris Sözleşmesi'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olmadığı sonucuna varılarak, Paris Sözleşmesi ile TBK m.71'deki tazminat sorumluları konusundaki çatışma, AY. m.90/son'da temel hak ve özgürlüğe ilişkin olmayan uluslararası sözleşmeler için öngörülen düzenleme üzerinden değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin ise özel kanun-genel kanun veya önceki tarihli-sonraki tarihli kanun ilkelerine dayanılarak yapılması gerekse de Paris Sözleşmesi'nin 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna göre özel nitelikte ancak önceki tarihli, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun ise Paris Sözleşmesi'ne göre genel nitelikte ancak sonraki tarihli bir kanun olması sebebiyle düzenlemelerden hangisinin uygulanacağı konusunda özel kanun- genel kanun veya önceki kanun-sonraki kanun ilişkilerini göz önünde tutarak bir sonuca varmak mümkün olmamıştır. Böyle bir durumda kanun koyucunun hükümleri düzenlerken korumak istediği hukuki değer araştırılması ve hangi hükmün koruduğu hukuki değer daha üstün olduğunun saptanması gerekmektedir. Biz de bu nedenle, TBK m.71'deki tazminat sorumlularının neden hem işletme sahibi hem de varsa işleten olduğunu, Paris Sözleşmesinde de neden sorumluluğun sadece nükleer santral işletenine kanalize edildiğini tespit etmeye çalıştık. Yaptığımız incelemede TBK m.71 düzenlenmesinde sorumluluğun hem işletme sahibi hem işletene yöneltilmesinin, her iki sorumlunun üzerinde baskı oluşturarak, önemli ölçüde tehlike arz eden işletmelerde meydana gelebilecek zararların önlenmesi amacıyla hizmet ettiği görülmüştür. Böylece kanun koyucunun işletme sahibi ve işletenin müteselsil sorumluluğunu getirerek aslında bu nitelikteki işletmelerden zarar görebilecek olan üçüncü şahısların yaşama hakkı, vücut bütünlüğünün korunması gibi temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını amaçlandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Paris Sözleşmesinde sorumluluğun sadece nükleer santral işletene kanalize edilmesindeki amacın ise zarar gören üçüncü şahıslar tarafından açılacak tazminat davalarında işletenin yasal olarak sorumlu olduğu özel durumlar oluşturmak ve karşı davaların uzun, zor karmaşık sorunlarını önlemenin yanı sıra, işletenden başka bir kişinin sigorta yaptırması gerekliliğini ortadan kaldırarak mevcut sigorta kapasitesinin yoğunlaştırılması olduğu görülmüştür. Her iki düzenlemenin korumaya çalıştığı hukuki değerler karşılaştırıldığında TBK m.71'deki düzenlemenin daha güvenceli ve lehe

bir düzenleme olduğu görölmektedir. Bu nedenlerle nükleer santral işletilmesinden kaynaklanan kazalardan doğan zararların tazmin edilmesi için açılacak davalarda tazminat sorumlularının TBK m.71 hükmü dikkate alınarak hem işletme sahibi hem de varsa işleten olduğunun kabulü isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Kusursuz Sorumluluğun Özel Bir Türü Olarak Tehlike Sorumluluğu, İÜHFMD, C:70, S:1, 2012, s.203-220.

AKKUTAY, İbrahim: Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri, GÜHFD, C:11, S:1-2, 2007, s.415-447.

AKYOL, Şener: Medeni Hukuka Giriş, 2.B., İstanbul 2006.

ALTIN, Vural: IV. Nesil Nükleer Santraller', Bilim Teknik Dergisi, Aralık Sayısı 2007, Ücretsiz Eki.

ANTALYA, O. Gökhan: Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHF-HAD, C:14, S:4, 2008, s.63-83.

ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2016.

ATAMER, Yeşim: Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, Hukuki Perspektifler Dergisi, S:6, 2006, s.8-37.

ATAY, Ender Ethem: Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, s.391-425.

AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 11.B., Ankara 2016.

AYBAY, Rona: Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBBD, S:70, 2007, s.187-213

AYDOĞDU, Murat: Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, 1.B., Ankara 2009.

BAŞLAR, Kemal: Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma Merkezi, Y:24, S:1-2, 2004, s.279-336.

BAŞOĞLU, Başak: Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

BAŞTERZİ, Süleyman: Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu, TİSK Akademi, 2016/II s.14-50.

BAŞTUĞ, İrfan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Manisa 1984.

BİLİR, Faruk: Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, SÜHFD, C:13, S:1, 2005, s.77-109.

BUZ, Vedat: Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu, BATİDER, C.29, S.2, s.19-57.

BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem: Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C:8, S:11-20, 2006, s.1-20.

ÇEKİN, Mesut Serdar: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 71 Çerçevesinde Tehlike Sorumluluğu, 1.B., İstanbul 2016.

ÇELİK, Edip (2004), 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması', İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Lütfi Duran'a Armağan, Y:24, S:1-2, s.279-336.

DİNÇ, Güney: Anayasanın Değiştirilen 90. Maddesi Karşısında Temel Hak ve Özgürlükler, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.150-156.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.B., Ankara 1987.

ERDEM, Mehmet: Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Tehlike Sorumluluğu, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s.217-227.

EREN, Fikret: Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C.39, S.1, Y.1987, s.159-212.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.B., Ankara 2017.

ERİŞGİN, Nuri: Gaz ve Akaryakıt Taşıyan Boru Hattı İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1996, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

ERİŞGİN, Nuri: Tehlike Bağı, AÜHFD, C:49, S:11, 2000, s.37-154 (2000).

ERİŞGİN, Nuri: Türk Borçlar Kanunu Madde 71: Genel Tehlike Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s.59-100 (2013).

GÖNENÇ, Levent: 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar, <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf>, 07.01.2019.

GÖZLER, Kemal: İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu, Türkiyede İnsan Hakları, Ankara 2000.

GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 15.B., Bursa 2018 (2018).

GÜLMEZ Mesut: Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1 (44), s.11-56.

GÜLMEZ, Mesut: Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBBĐ, S:54, 2004, s.147-161 (2004).

GÜLMEZ, Mesut: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.38-82 (2005).

GÜNEYSU, Gülin: Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, AÜHFD, C:41, S:1, 1990, s.207-223.

GÜRAN, Sait: Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır, Anayasa Yargısı Dergisi, C:17, 2000, s.43-61.

HAFIZOĞULLARI, Zeki: Türk Hukuk Düzeninde "Hukukun Üstünlüğü Prensibi Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, S:1, 2002, s.15-33.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1.B., İstanbul 2011.

İNAL, H. Tamer: Ticari İşletme Hukuku, 2.B., Ankara 2015.

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge: İnan Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.B., Ankara 2014.

KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, 1.B., İstanbul 2007.

KAPLAN, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), 3.B., Ankara 2003.

KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, 6.B., İstanbul 2003.

KARAUZ, Agah Kürşat: Nükleer Santral İşleten'in Hukuki Sorumluluğu, Nevşehir Barosu Dergisi, Y:1, S:1, 2014, s.1-40.

KICALIOĞLU, Mustafa: Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, 1.B., Ankara 2015.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20.B., Ankara 2016.

KOCAOĞLU, Necip Kağan: Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi, Ankara Barosu Dergisi, Y:68, S:2, 2010, s.33-112.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C:2, S:21, 1984, s.75-305.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ERİŞGİN, Özlem: Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ‘Haksız Fiiller’, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt II, İstanbul 2010, s.1243-1271.

KORKUSUZ, M. Refik: Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi, DÜHFD, C:12-13, S:16-17-18-19, 2008, s.23-44.

KORKUSUZ, Mustafa Halit: Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu 1.B., İstanbul 2012.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt I: Bireysel İş Hukuku, 1.B., Ankara 2017.

NOMER, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13.B., İstanbul 2013.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, 10.B., İstanbul 2013.

ERGÜL, Ozan: Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir, Lefkoşa, Yıldırım Uluer’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 65-86.

PAZARCI, Hüseyin: Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sevin Toluner’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, Y:24, S:1-2, 2004, s.651-674.

PAZARCI, Hüseyin: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.156-165.

PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 11.B., Ankara 2012.

REİSOĞLU, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23.B., İstanbul 2012.

SARAÇ, Senem: Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu (TBK m.71), 1.B., İstanbul 2013.

SOYSAL, Mümtaz: Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı Dergisi, C:2, 1985, s.7-18.

SUR, Melda: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları Avrupa Konseyi Çerçevesinde Kabul Edilen Belgeler, 1.B., İzmir 1995.

SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukuku, 16.B., İstanbul 2017.

ŞAHBAZ, İbrahim: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, TBBD, S:54, 2004, s.178-216.

TANDOĞAN, Haluk: Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, *BATİDER*, C:10, S:2, 1979, s.291-322.

TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1.B., Ankara 1981.

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 2. Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

TEKİNAY, Selahattin/AKMAN, Sulhi/BURCUOĞLU, Sermet/ALTOP, Haluk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1988.

TİFTİK, Mustafa: Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Ankara 2005.

TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976.

TURHAN, Mehmet: Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C:23, 2003, s.215-248.

ULUSAN, İlhan: Tehlike Sorumluluğu Üstüne, *İÜMHAD*, C:4, S:6, 1970, s.23-57.

ULUSAN, İlhan: Türk Hukukunda Nükleer Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim Yardımlaşma Vakfı, 1996, s.551-563.

ULUSAN, İlhan: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 2.Tıpkı Baskı, İstanbul 2012.

ULUSAN, İlhan: Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel Tehlike Sorumluluğu Kuralına İlişkin Birkaç Tespit ve Hukuk Düzeni Tarafından Faaliyetine İzin Verilmiş Önemli Ölçüde Tehlike Arzeden İşletmelerin Yol Açtığı Zararların Uygun Bir Bedelle Denkleştirilmesi Sorunu, *Yaşar Üniversitesi e-Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C:3, Özel Sayı, Vol:8, 2013, s.2897-2905.

ÜÇİŞİK, Güzin: Tehlike Sorumluluğunu Genel Kural İle Düzenlenmesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Ankara 2009, s.127-145.

ÜNAL, Şeref: Uluslararası Hukuk, 1.B., Ankara 2005.

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Göre "Kusursuz Sorumluluk" Halleri ve İlkeleri, *MÜHF-HAD*, C:14, S:4, 2008, s.29-61.

YILMAZ, Süleyman: Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Sebep Sorumluluğuna İlişkin Yeni Hükümler, AÜHFD, C:59, S:3, 2010, s.551-578.

YÜCEL, Özge: Türk Borçlar Kanuna Göre Genel Tehlike Sorumluluğu, 1.B., Ankara 2014.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa m.90/son) adlı paneldeki bildirisi, Ankara 2005, s.83-92.

ZEYTİN, Zafer/ERGÜN, Ömer: Türk Medeni Hukuku, 2.B., Ankara 2012.