

Cilt: 26, Sayı: 45, Yıl: 2021
Vol: 26, No: 45, Year: 2021
ISSN: 1300-2929

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Dicle University Journal of Law Faculty

DİCLE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINI

Diyarbakır 2021

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(DÜHFD)

Dicle University Journal of Law Faculty

Derginin Sahibi	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dekan)
Sorumlu Müdür	: Fırat YANIK (Fakülte Sekreteri)
Yönetim Yeri	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi / Diyarbakır
Yayının Türü	: Süreli Yayın / Hakemli Hukuk Dergisi
ISSN	: 1300-2929
e-ISSN	: 2458-7907

Yayın Kurulu

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

Editör: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN

Editör Yardımcısı: Dr. Öğr. Üyesi Neşe BARAN ÇELİK

Kurumsal İletişim Bilgileri

Adres	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 21280 / Diyarbakır
Tel / Fax	: +90 412 2488357 / +90 412 2488358
Url	: http://www.dicle.edu.tr/hukuk-fakultesi-dergi
E-Mail	: diclehukukdergisi@gmail.com / hukukdergisi@dicle.edu.tr
Dizgi	: Doç. Dr. M. Burak BULUTTEKİN
Basım Yeri	: Dicle Üniversitesi Basımevi - Diyarbakır
Basım Yılı	: Aralık 2021

Dergi Hakkında

A. Amaç: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını olan Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin amacı, hukuk alanında özgün ve bilimsel akademik çalışmaları yayımlamak suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamaktır.

B. Kapsam: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık), basılı ve elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Derginin kapsamına, hukuk alanında yazılmış bilimsel çalışmalar dahildir. Derginin yayını dili Türkçedir, ancak Türkçe özetine yer verilmek koşuluyla başka dillerdeki çalışmalara da yer verilmektedir. Makalelerden kaynaklanan sorumluluk yazarlara aittir.

C. İngilizce İsim ve Kısaltma: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin İngilizce ismi, Dicle University Journal of Law Faculty'dir. Derginin isminin kısaltması, DÜHFD'dir.

DANIŐMA KURULU*

- Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Bingöl Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Ali AYLİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ezeli AZARKAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fazıl Hüsnu ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Özyeğın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversite Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ (İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Janbernd OEBBECKE (em.) (WWU Münster / Germany)
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Merih Kemal OMAĞ (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Metin GÜNDAY (Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Murat KANDEMİR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Müslüm AKINCI (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nihat TAŐDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Recep GÜLŐEN (Iğdır Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Selim ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Sevtap YOKUŞ VEZNEAROĞLU (Altınbaş Ün. Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi Hukuk Fak.)
Prof. Dr. Varol KARAASLAN (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yasemin IŐIKTAÇ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Unvanlara ve alfabetik olarak isimlere göre sıralanmıştır.

Prof. Dr. Zehra Şeker ÖĞÜZ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cevat Gökhan ERBAŞ (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Mehmet Burak BULUTTEKİN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fak.)
Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Tahir MURATOĞLU (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ'NİN TARANDIĞI İNDEKSLER VE DİZİNLER



ULAKBİM TÜBİTAK DÜHFD, 2015 yılından itibaren TÜBİTAK ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında taranmaktadır.

DergiPark AKADEMİK DÜHFD, Dergipark'ta taranmaktadır.

Jurix Hukuk Dergileri Veritabanı DÜHFD, Jurix Hukuk Dergileri Veri Tabanında taranmaktadır.

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

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

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

DİCLE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

MAKALE YAZIM KURALLARI

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

BAŞLIK

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

YABANCI DİLDEKİ BAŞLIK

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

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

II. ...

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

B. ...

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

2. ...

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

b. ...

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

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

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

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

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

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

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

DERGİNİN GEÇMİŐİ

(ARŐIV)

Cilt: 1	Sayı: 1	Yıl: 1983
Cilt: 2	Sayı: 2	Yıl: 1984
Cilt: 3	Sayı: 3	Yıl: 1985
Cilt: 4	Sayı: 4	Yıl: 1988
Cilt: 5	Sayı: 5	Yıl: 1992
Cilt: 6	Sayı: 6	Yıl: 1993
Cilt: 7	Sayı: 7	Yıl: 2003
Cilt: 8-9	Sayı: 8-9-10-11	Yıl: 2003-2004
Cilt: 10-11	Sayı: 12-13-14-15	Yıl: 2005-2006
Cilt: 12-13	Sayı: 16-17-18-19	Yıl: 2007-2008
Cilt: 14	Sayı: 20-21	Yıl: 2009
Cilt: 15-16	Sayı: 22-23-24-25	Yıl: 2010-2011
Cilt: 17-18	Sayı: 26-27-28-29	Yıl: 2012-2013
Cilt: 19	Sayı: 30-31	Yıl: 2014
Cilt: 20	Sayı: 32	Yıl: 2015
Cilt: 20	Sayı: 33	Yıl: 2015
Cilt: 21	Sayı: 34	Yıl: 2016
Cilt: 21	Sayı: 35	Yıl: 2016
Cilt: 22	Sayı: 36	Yıl: 2017
Cilt: 22	Sayı: 37	Yıl: 2017
Cilt: 23	Sayı: 38	Yıl: 2018
Cilt: 23	Sayı: 39	Yıl: 2018
Cilt: 24	Sayı: 40	Yıl: 2019
Cilt: 24	Sayı: 41	Yıl: 2019
Cilt: 25	Sayı: 42	Yıl: 2020
Cilt: 25	Sayı: 43	Yıl: 2020
Cilt: 26	Sayı: 44	Yıl: 2021
Cilt: 26	Sayı: 45	Yıl: 2021

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

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

Dr. Öğr. Üyesi Vahap COŞKUN
KANT: BARIŞ İÇİN EBEDİ BİR REFERANS207

Öğr. Gör. Dr. Seyfullah HASAR
TÜRKİYE’NİN LİBYA’YA DAVETLE MÜDAHALESİ: İÇ
SAVAŞLARA MÜDAHALE, ETKİSİZ BİR SİLAH
AMBARGOSUNU İHLAL VE İÇ HUKUKA AYKIRILIK
MESELELERİ225

Öğr. Gör. Zeliha ALPSOY
İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI VE MÜLKİYETİN KAMUYA
GEÇİRİLMESİ.....261

Celal Hakan KAN
TÜRK HUKUKUNDA MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ ..305

ÖZEL HUKUK

Prof. Dr. İbrahim AŞIK /
Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk DEMİR
MENFİ TESPİT DAVASININ İSTİRDAT DAVASINA
DÖNÜŞMESİ.....341

Doç. Dr. Yavuz Kağan YASIM
İŞ YARGISINDA BİLİRKİŞİLİK KURUMU363

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

Asst. Prof. Vahap COŞKUN

KANT: AN ETERNAL REFERENCE FOR PEACE 208

Lec. Dr. Seyfullah HASAR

TURKISH INTERVENTION BY INVITATION IN LIBYA:
INTERVENTION IN CIVIL WARS, THE VIOLATION OF
INEFFECTIVE ARMS EMBARGOES AND NON-
COMPLIANCE WITH DOMESTIC LAW 226

Lec. Zeliha ALPSOY

ADMINISTRATIVE SANCTION CONCEPT AND
TRANSFERRING PROPERTY TO THE PUBLIC 262

Celal Hakan KAN

EXECUTION REGIME SPECIFIC TO REPEATS IN TURKISH
LAW 306

PRIVATE LAW

Prof. Dr. İbrahim AŞIK /

Asst. Prof. Ömer Faruk DEMİR

DIE UMWANDLUNG DER NEGATIVEN
FESTSTELLUNGSKLAGE IN EINE
RÜCKFORDERUNGSKLAGE 342

Assoc. Prof. Yavuz Kağan YASIM

EXPERT WITNESS SYSTEM IN LABOR JUDICIARY 364

KAMU HUKUKU

KANT: BARIŞ İÇİN EBEDİ BİR REFERANS

Vahap COŞKUN*

ÖZ

Immanuel Kant, felsefe tarihini derinden etkileyen bir düşünürdür. Onun siyasal düşüncesinin odağında ahlak yer alır. Siyaset, ahlakın amaçlarına saygı göstermelidir. Ahlak ise, savaşı yasaklar ve barışı bir hedef olarak belirler. “Ebedi Barış, bu fikri temel üzerine inşa edilir. Kant bu çalışmasında, savaşın nasıl önleneceği ve sürekli bir barışın nasıl kurulacağı sorularını açıklığa kavuşturmaya çalışır.

Elbette Kant, mutlak bir barışın tam anlamıyla gerçekleşmeyeceğini bilir. Ama dünyayı daha iyi bir yer kılmak için, barışı savunmanın ve barış için çalışmanın öneminin altını çizer. Zor zamanları arkada bırakmak için, barış hakkını ve talebini savunmak gerekir. Kant’a göre bu, hem ahlaki bir ödev hem de varoluşsal bir ihtiyaçtır.

İnsan özgürlüğü doktrininin en güçlü ve tutarlı savunucusu olan Kant’ın bu felsefi metni, insanlığın en büyük sorunu olan savaşa çare bulmak için başvurulan temel referans olmuştur. Tesiri çağlar aşan Kant fikriyatı, bugün de barış için insanlığa yol göstermeye devam ediyor.

Anahtar Kelimeler: Kant, aydınlanma, siyaset, ahlak, evrensel barış.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: vahapcoskun@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3478-2146.

Makalenin Gönderim Tarihi : 18.08.2021.

Makalenin Kabul Tarihi : 25.11.2021.

KANT: AN ETERNAL REFERENCE FOR PEACE

ABSTRACT

Immanuel Kant is a thinker who deeply influenced the history of philosophy. Morality is at the center of his political thought. Politics must respect the aim of morality. Morality, on the other hand, forbids war and sets peace as an end. “Perpetual Peace” is built on this idea. In this work, Kant tries to clarify the questions of how to prevent war and how to establish a permanent peace.

Of course, Kant knows that an absolute peace cannot be achieved completely. Yet, he underlines the importance of advocating for peace and working for peace in order to make the world a better place. To leave the difficult times behind, it is necessary to defend the right and demand for peace. According to Kant, this is both a moral duty and an existential need.

This philosophical text of Kant, who is the strongest and most consistent defender of the doctrine of human freedom, has been the main reference to find a solution to war, the biggest problem of humanity. The idea of Kant, whose influence goes beyond the ages, continues to guide humanity for peace today.

Keywords: Kant, enlightenment, politics, morality, universal peace.

I. GİRİŞ

Antik Yunan filozoflarından sonra gelmiş geçmiş en büyük filozof olarak kabul edilen Immanuel Kant, 1724’te, Doğu Prusya’nın Königsberg kasabasında doğar ve 1804’te 80 yaşına ayak basarken yine bu kasabada hayata veda eder. Vaktine göre uzunca sayılabilecek ömründe, doğduğu kentin dışına neredeyse hiç çıkmaz, bütün hayatı orada geçer.

Kant’ın titizliği dillere destandır. Günlük işlerinden asla taviz vermez, programını dakikası dakikasına uygular. Öyle ki onun bu özelliği hakkında birçok fıkra üretilir, hikayeler anlatılır. Mesela hemşerilerinin saatlerini ona göre ayarlandığı söylenir. Kant, kapılarının ya da pencerelerinin önünde geçtiğinde saatin kaç olduğu bellidir! Rivayet edilir ki, günlük rutinini bozan ender olaylardan biri, Fransız Devrimi’ni haber veren gazeteleri almak için öğlen yürüyüş güzergahı değiştirmesidir.

Yoğun mücadele ettiği ve sıkıntılarla boğuştuğu zor bir hayatı olmaz. Sakin ve dingin yaşar. Lakin bu, onun dünyadan elini yağını

çekmiş münzevi bir filozof olduğu anlamına da gelmez. Hoşsohbet, mizahı sever, espriden anlar, şık giyinir ve eğlencelidir. Königsberg Üniversitesi'nde otuz yıldan fazla profesör olarak ders verir. Parlak bir öğretmendir; dersleri, sohbetleri, konferansları her daim yoğun bir alakayla takip edilir.

Modern çağın üniversite hocası olan ilk büyük filozofudur. Descartes, Spinoza, Leibniz, Locke, Berkeley ve Hume gibi filozofların hiçbiri üniversite hocalığı yapmazlar. Kant'tan sonra da 19. yüzyılda yaşayan büyük filozoflar içinde –Hegel istisna- yolu üniversiteye düşenlerin sayısı azdır. Kierkegaard, Marx, Mill ve Nietzsche de akademisyen cübbesi giymezler. Filozofların üniversiteyi mekan bellemesi, daha ziyade 20. yüzyılın hadisesidir.

Kant, gençlik ve olgunluk döneminde yazdıklarıyla tanınmaya başlar. Fakat ona çağları aşan bir ün kazandıran eserlerini 57 yaşından 70'li yaşlarına kadar uzanan dönemde yayımlar. “Saf Aklın Eleştirisi”ni yazdığında 57, “Ahlak Metafiziğinin Temel İlkeleri” yazdığında ise 61 yaşındadır. “Pratik Aklın Eleştirisi” 64 ve “Yargı Gücünün Eleştirisi” de 66 yaşının ürünüdür.¹

Kant, “birinci derecede yaratıcı bir deha”dır, ömrü boyunca düşünür ve biriktirir, biriktirdiklerini aklın ve tecrübenin süzgecinden geçirerek damıtır. Kant'ı “*muhtemelen şimdiye kadar yaşamış insan özgürlüğü doktrininin en güçlü ve tutarlı savunucusu*” tanımlayan Bourke, onun en verimli dönemlerini geçirdiği ve tesiri asırlarca sürecek olan yapıtlara imza attığı ömrünün son dönemlerinde “savaşın önlenmesi” meselesiyle daha yakından alakadar olduğunun altını çizer.² 1795'te 71 yaşındayken kaleme aldığı ve Kant'ın “*kamuya açık metinleri*”³ diyebileceğimiz birkaç metninden biri olan “Ebedi Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme”⁴ de bu dönemin bir ürünüdür.

¹ Bryan Magee; Büyük Filozoflar, Çeviri: Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2001, s. 173-174.

² John Bourke; Kant's Doctrine of 'Perpetual Peace, Philosophy , Vol. 17, No. 68, November 1942, s. 325.

³ Levin Basut; Kant'ta Ebedi Barış Çerçevesinde Dünya Yurttaşlığı Kavramı ve İnsanın Değeri, <https://konigsberggradyosu.com/2020/08/31/kantta-ebedi-baris-cercevesinde-dunya-yurttasligi-kavrami-ve-insanin-degeri/>, Erişim Tarihi: 01.08.2021.

⁴ Immanuel Kant; Sürekli Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme (b.y: Seçilmiş Yazılar, s. 223-266), Çeviri: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984.

II. EBEDİ BARIŞ'IN TARİHSEL ZEMİNİ

Evrensel bir barışın tesis edilmesinin yol ve yöntemlerini tartışan bu kısa metnin ilham kaynağı, 5 Nisan 1795'te Prusya ve Fransa arasında imzalanan Basel Anlaşması'dır. "*Fransız Devrimi'ni takip eden savaşların ilk aşamasını kapatan Basel Anlaşması*"⁵, iki devletin hukuk zemininde bir masa etrafında bir araya gelip aralarındaki savaşı sonlandırabileceğini göstermiştir. Kant, buradan edindiği umutla, bütün devletler arasında hukuk aracılığıyla barışın sağlanabileceği ve sürdürülebileceği fikrine varmıştır.⁶

"Ebedi Barış", Kant'ın savaşı, barışı ve bunların insanlık için taşıdığı değeri tartıştığı tek eser değildir; lakin o, bahse konu kavramlar hakkındaki görüşlerini en eksiksiz ve en sistematik biçimde bu incelemede kaleme alır.⁷ İnceleme "hınzır" bir ironi ile başlar: Hollandalı bir hancının mezarlık resmi içeren tabelasının üzerinde "*Ebedi Barış*" ifadesi yazılıdır. Hancının verdiği mesajın üç muhatabı vardır:

İlki, mutlak bir huzura ancak mezarda kavuşabilecek olan insanlıktır. İkincisi, daimi bir barışa ancak bütün dünyayı yok ettikten sonra varabilecek olan savaşa doymaz yöneticilerdir. Ve üçüncüsü de, sürekli bir barışı ancak rüyasında görebilecek olan hayalperest filozoflardır. Peki, gerçekten durum bu kadar vahim midir? Ebedi barış, sadece rüyada veya ölümden mi mümkün olabilir?

III. EBEDİ BARIŞIN ÖN ŞARTLARI

Kant, bu keskin hicivden hareketler barışın ve savaşın hallerini inceler, savaşların sebeplerini irdeler ve sürekli bir barışın mümkün olup olmadığını tartışır. Sürekli bir barış için altı ön şart, üç nihai şart ve "ebedi barışın garantisi" başlığını taşıyan iki uzun ek ileri sürer. Kant'ı böyle bir formatı tercih etmesinin altında, barışı bir "*program*" mahiyetinde önerme çabası yatar. Denemeyi, altına imza koyacak tüm tarafları bağlayacak bir "*model anlaşma taslağı*" biçiminde hazırlayan

⁵ Bourke, s. 325.

⁶ Zehra Tatlı; Kant'ın Ebedi Barış İdeali Bağlamında Habermas ve Rawls'ta Uluslararası Hukuk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2014, s. 54.

⁷ Bourke, s. 325.

Kant, siyasetçilerden bu programa, bu anlaşma taslağına uygun davranmalarını bekler.⁸

Kant'a göre sürekli bir barış için yerine getirilmesi gereken ön şartlar altı tanedir:

- İçinde gizlenmiş yeni bir savaş nedeni bulunan hiçbir antlaşma bir barış anlaşması sayılamaz.
- İster küçük ister büyük olsun hiçbir bağımsız devlet başka bir devletin egemenliğı altına asla geçmemelidir.
- Sürekli ordular zamanla bütünüyle ortadan kalkmalıdır.
- Devlet dış çıkarlarını gözetmek için borçlanmalara girişmemelidir.
- Hiçbir devlet diğer bir devletin anayasasına veya hükümetine zor kullanarak karışmamalıdır.
- Hiçbir devlet, savaşta ileride barış yapılacağı zaman, devletlerin birbirlerine karşılıklı güven duymalarını imkansız kılacak yollara başvurmamalıdır.

Her birini ayrıntılı bir biçimde açıkladığı bu şartlar arasında da ikili bir ayrıma gider. Başkasının egemenliğıne girmemek, orduları lağvetmek ve borçlanmamak gibi maddelerin uygulanmaları koşullara bağlıdır, yürürlüğe konmaları bir süre için geri bırakılabilir. Bunlara “geniş yasalar” adını verir.

Yeni bir savaşa yol açacak uygulamalardan kaçınmak, başkasına karşı zor kullanmamak ve karşılıklı güveni olanaksız kılacak davranışlardan kaçınmak gibi maddelerin ise, hemen tatbik edilmeleri gerekir. Bunları da “sıkı (katı) yasalar” olarak tanımlar.

“Savaş içinde bile düşmanın düşünce biçimine karşı biraz güvenin kalması gerekir; böyle olmazsa, bir barış anlaşması yapmak da olanaksızlaşacak ve çarpışma bir imha savaşı (bellum internecium) biçiminde soysuzlaşacaktır... Bir tümenden yok etme savaşı (ad internoscionem) taraflardan her ikisinin de hukukunu bütünüyle ortadan kaldıracığından, sürekli barışa ancak insan türünün o engin (geniş)

⁸ Enver Bozkurt; Kant'ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansıması, Anayasa Yargısı, Yıl 2007, Cilt 23, Sayı 1, 2007, s. 502-503.

*mezarlığında kavuşabilmiş olacaktır. Bu yüzden böyle bir savaşı ve böyle bir savaşa sürükleyecek yolları kesinlikle yasak saymak gerekir.*⁹

Kant, bir arada yaşayan insanlar arasındaki doğal durumu bir barış durumu olarak değil, ilan edilmemiş olsa bile her an patlayabilecek bir savaş durumu olarak görür. Savaş, bir “kanunsuzluk” halidir. Kanunsuzluktan kasıt, toplumun hukuk düzeni altına alınmadığı, tabiat halidir.¹⁰ Savaş, hukukun olmadığı bir durumda hakkını kuvvet kullanarak elde etmek veya müdafaa etmek için müracaat edilen zorunlu ama yıkıcı bir araçtır. Savaş, hak ve adalete hizmet etmez, aksine insanlığa karşı bir suç teşkil eder.¹¹

Zira Kant fıkriyatı, bireylerin özgürlüğüne dayanır. Bireyin özerkliği ve özgürlüğü, insanın ahlakiliğinin zorunlu bir ön şartıdır. İnsanın özgür olduğunu varsaymadan, ona herhangi bir ahlaki sorumluluk yüklenemez.¹² Bireylere, başkalarının veya toplumun amaçları için birer araç olarak muamele edilemeyeceği ve onların kendi başlarına amaç oldukları düşüncesi Kantçı ahlakın merkezinde yer alır.¹³

Binaenaleyh insan özgürlüğü, siyasetin, ahlakın ve hukukun temelidir. Siyasetin ve hukukun gayesi, bizzatıhi amaç olan insanın özgür olmasını sağlamaktır.¹⁴ Oysa savaş, kaçınılmaz olarak, insanın ahlaka aykırı bir şekilde araç olarak kullanılmasına neden olur. Kant, savaşın doğrudan ahlak tarafından yasaklandığını belirtir. Çünkü ahlak, insanları bir “şey” ya da bir “araç” olarak görmez. Savaş halinde devlet, ahlaka saldırır ve yıkıma uğratar. Vahamet arz eden bu halden çıkış ancak hukuk ile olur; hukukun/yasal düzenin bir barış ve güvenlik ortamı yaratması gerekir.¹⁵

⁹ Kant, s. 230.

¹⁰ Ernst Hirsch; Kant’ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, sayı 1, 1946, s. 269.

¹¹ Bozkurt, s. 509.

¹² Donald Tannenbaum – David Schultz; Siyasi Düşünce Tarihi, Çeviri: Fatih Demirci, Adres Yayınları, Ankara, 2005, s. 306.

¹³ Norman P. Barry; Modern Siyaset Teorisi, Çeviri: Mustafa Erdoğan – Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara, 2004, s. 142.

¹⁴ Tannenbaum – Schultz, s. 306-307.

¹⁵ Patrick Riley; Immanuel Kant, (b.y: Blackwell’in Siyasal Düşünceler Ansiklopedisi, II. Cilt), Çeviri. Bülent Peker – Nevzat Kıracı, Ümit Yayıncılık, Ankara, 1995, s. 14-15.

“Tabiat halinden çıkmak için barış halinin kurulması icap eder. Barış halini kurmak demek hukuk düzenini kurmak demektir. Nitekim ‘ebedi barı’ tabi ‘hukuki düzen’ tabirinin müteradifinden başka bir şey değildir. Nasıl insanların eseri olan hukuk sayesinde devletler içinde ebedi barış durumu gerçekleştirilmiş ise aynı tarzda bütün dünya için de ebedi barış durumu insanlar tarafından kurulacak hukuki düzen şekli olarak tecelli edecektir.”¹⁶

Hülâsa barış tabii ya da hazır bir hal değil, kurulması gereken bir haldir. İyi de nasıl?

Barış, mütarekeden farklıdır. Mütareke, düşmanlıkların belli bir süre geçici olarak durdurulmasını anlatırken, barış bütün düşmanlıkların son bulmasını ifade eder. Barış, maddi ve manevi savaş gerekçelerine son verir, tüm düşmanlıkları nihayetlendirir. Barış durumunda taraflar, ileriki zamanlarda aralarında çıkması muhtemel ihtilaflara çatışmayla, saldırıyla, savaşla bir ‘çözüm’ aramayacaklarının teminatını, bir yazılı metinle birbirlerine ve halka verirler. Bu niteliğiyle barış “bütün düşmanlıkların sonu” manasını verir.¹⁷

Böyle bir barış vücut bulması için, sadece saldırgan davranışların bitmesi yetmez, aynı zamanda düşünce ve yaklaşım olarak barışın kabul edilmesi, içselleştirilmesi gerekir.¹⁸

“Ebedi barış olarak adlandırılmış olan dünya hukuk düzeni kurtulmak ve devletler arasındaki kanunsuzluk (yani tabiat hali) kanun yani hukuk durumuna kalbedilmek gerçekten arzu edilirse herhangi bir hukuki teşkilata karar vermeden önce, hiç olmazsa aynı zamanda, şimdiye kadar harbin hazırlanması ve yapılması zarureti zaviyesinden ferdlerin zihinlerinde yaradılmış olan haleti ruhiyenin yerine, dünya hukuk düzeninin kurulması ve temin edilmesi zarureti fikrinden doğan yeni bir ruhun kaim olması şarttır.”¹⁹

Daimi bir barış; salt düşmandan korunmak için tedbir almakla ya da düşmanın hiçbir eylemde bulunmamasıyla sağlanmaz, her bir devletin bir diğerrinin kişisel güvenliği hakkında garanti vermesiyle sağlanabilir.

¹⁶ Hirsch, s. 269.

¹⁷ Basut, Kant’ta Ebedi Barış Çerçevesinde Dünya Yurttaşlığı Kavramı ve İnsanın Değeri, <https://konigsberg radyosu.com/2020/08/31/kanтта-ebedi-baris-cercevesinde-dunya-yurttasligi-kavrami-ve-insanin-degeri/>

¹⁸ Bozkurt, s. 504-505.

¹⁹ Hirsch, s. 287.

Bu da hukuki bir düzeni zorunlu kılar. Eğer barışçıl bir hukuki düzen oluşturulmazsa, devletler birbirlerine düşman gibi davranabilir.

Kant'a göre “*en büyük siyasi hayır*” ve “*doğanın insan soyunu çözmeye mecbur ettiği en büyük ve en zor mesele olan*” barışa, bir kerede ve kısa sürede varılmaz.²⁰ İnsan, yavaş yavaş halledilecek olan bu meseleyi çözmek için sürekli bir çaba sarf etmekle görevlidir. Ebedi barış, değersiz bir fikir veya ciddiye alınmayacak bir rüya değil, insanlığın ulaşmak için gayret göstermekle yükümlü olduğu en yüksek değerlerden biridir.

“*Kant'a göre ‘son-erek’ (Endzweck) olarak insan, son derece değerli bir var olandır; onun korunması ve ona belli bir tarzda muamele edilmesi gerekmektedir. Ebedi Barış’ın kurulması çabası, son-erek olan insanın korunması çabasıdır ve ‘bu boş bir ide değil, bir görevdir.’ (Aufgabe)*”²¹

IV. EDEBİ BARIŞIN NİHAİ ŞARTLARI

Kant, bu bağlamda devletlerin arasında sürekli bir barışı hakim kılmak için üç nihai şart sıralar.

İlk nihai şart, her devletin sivil anayasasının cumhuriyetçi olmasıdır. Kant cumhuriyetçi bir anayasanın, bir toplumun üyelerine özgürlük, eşitlik ve ortak bir yasa koyucuya bağlılık sağlayan tek anayasal düzen olduğunu belirtir. Demokrasi ve cumhuriyeti farklı anlamlarda kullanır; demokrasinin bir devlet biçimi, cumhuriyetin ise bir hükümet biçimi olduğunu yazar. Ancak, barışa nasıl varılacağını anlatırken bu iki kavrama benzer anlamlar yükler.

Ona göre, cumhuriyetçi olmayan bir rejimin savaş çıkarması kolaydır. Devletin sahibi olan ama toplumun üyesi olmayan hükümdar, şahsi herhangi bir kaygı duymadan, bir savaş kararı alabilir. Sıradan bir sorunu bile büyüterek bir savaş nedeni haline getirebilir ve bunu meşru gösterme işini de her zaman hazır bekleyen diplomatlarına bırakabilir.

²⁰ Bourke, s. 326.

²¹ Basut, Kant'ta Ebedi Barış Çerçevesinde Dünya Yurttaşlığı Kavramı ve İnsanın Değeri, <https://konigsbergadyosu.com/2020/08/31/kantta-ebedi-baris-cercevesinde-dunya-yurttasligi-kavrami-ve-insanin-degeri/>

Oysa cumhuriyetçi ya da demokratik rejimlerde karar hakkı halktadır. Halk, bir savaşa girmeden önce uzun boylu düşünmek zorunda kalır. Savaşın kendisine getireceği fenalıkları ve sırtlarına yükleyeceği yükleri öngörür ve bu nedenle savaşıma arzusu içinde olmaz. Elbette kendini savunmak mecburiyetinde kaldığında savaşa karar verebilir ama bu zaruret dışında herhangi bir savaş lehinde oy kullanmaz.

“Cumhuriyetçi anayasaya göre, ‘savaş ilan edilmeli mi, edilmemeli mi?’ sorusu ancak yurttaşların oylarıyla yanıtlanabilir. Yurttaşların da savaşa karar vermeden önce uzun uzun ikircikli kalmaları doğaldır; çünkü bu kararlar kendi üzerlerine savaşın çökerteceği aşağıdaki kötülöklere katlanma kararını da vermiş olacaktadırlar. Savaşta kendi dövüşmek, savaşın giderlerini kendi ceplerinden ödemek, savaşın ardında bırakacağı yıkıntıları güçlölkle onarmak ve en sonunda da sanki bir bu eksikmiş gibi, durmadan çıkacak yeni savaşlar yüzünden bir türlü ödenemeyecek olan ve barışı bile acılı ve sıkıntılı yapacak ulusal borçlanmalara girişmek.” (s. 234)

Kant, burada açık sözlüdür; akıl sahibi olan ve kendini seven varlıklar olarak insanların, kendi felaketleri olacak bir savaşa girmekten mümkün mertebe imtina edeceklerini söyler. Yapılması gereken, yurttaşların savaşa karşı çıkmasını sağlayacak bir anayasal düzenin, cumhuriyetçiliğın, kurulmasıdır.²²

Böylelikle Kant, insanları daimi bir barışa götürebilecek tek anayasanın cumhuriyetçi bir anayasa olduğunu söyler. Cumhuriyetçi düzen bütün dünyaya yayıldığında, bütün devletler cumhuriyet ile yönetildiklerinde, vatandaşlarının rızası hilafına savaş kararı alınamayacağından devletler de birbirleriyle savaşamazlar.

Kant’ın “cumhuriyetçi” ifadesinin, günümüzde büyük ölçüde “liberal demokrasi” kavramına tekabül ettiği söylenebilir. Zira Kant “cumhuriyetçi” derken, “insan haklarına mutlak saygı gösteren bir siyasi örgütlenme biçimi” kasteder. Kant’a göre, saf bir demokrasi, despotizm üretir ve çoğunluğunun istibdadına sebep olur. Cumhuriyetçi bir yönetim ise, anayasal bir demokrasiye denk düşer ve “insan haklarıyla sınırlanan katılımcı bir süreci” anlatır.²³

Aslında Kant’tan önce Thomas Paine ve Kant’tan sonra Alexis de Tocqueville de benzer görüşleri savunurlar; cumhuriyetçi veya

²² Riley, s. 15.

²³ Bozkurt, s. 511. Ayrıca Tanenbaum- Schultz, s. 303-304; Barry, s. 67.

demokratik ülkelerin savaşmak konusunda daha az heveskar olduklarını ifade ederler. Nitekim bu çizgi, daha sonra 20. Yüzyılda siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler literatürünün gözde kavramlarından biri olan “*demokratik barış teorisinin*” fikri alt yapısını oluşturur.²⁴

İkinci nihai şart, devletler hukukunun özgür devletlerden kurulu bir federasyona dayanmasıdır. Akıl, bütün ahlaki yasaların yüce mahkemesidir ve o, savaşı hukuksal bir yol olarak kullanmayı şiddetle lanetler. Buna karşılık barışı da mutlak bir yükümlülük olarak tanır. Ne var ki uluslararası bir antlaşma olmadan barışın kurulması da olanaksızdır. Barış, devletlerin özel nitelikte bir ittifakını gerektirir. Kant, bütün savaşları bitirebilecek bu ittifaka “*Barış birleşmesi*” der.

Bu ittifakın amacı herhangi bir devlete bir diğeri üzerinde hakimiyet sağlamak değildir. Aksine ittifaka dahil olan her devletin özgürlüğünü temin etmektir. Kant, adil ve kalıcı bir barışa zemin hazırlayacak olan böyle barış ittifakının dayandığı bir federalizm düşüncesinin zamanla gerçekleştirilebileceğine dair iyimser düşüncelere sahiptir. Bütün devletlerin oluşturacağı sağlam bir ortaklığının gerçekleştirilebileceğini kanıtlamanın mümkün olduğunu söyler.

“Çünkü eğer güçlü olduğu kadar aydınlanmış da olan bir ulus, özü gereği sürekli barışa eğilimli bir hükümet biçimi olan cumhuriyet biçiminde kurulma mutluluğuna da ererse, artık böyle bir federatif ittifakın ortak bir noktası, merkezi de kurulmuş olacaktır, ki öteki

²⁴ “Kant’ın henüz empirik olarak çürütülmemiş, dolayısıyla bugün için hala doğru olarak kabul edebileceğimiz bir görüşü var. Siyaset biliminde “demokratik barış” adı verilen bu görüş, demokrasiyle yönetilen ülkelerin birbirlerine karşı savaşmayacaklarını iddia eder. Kant’tan günümüze gelen bu iddianın bugün bile geçerliliğini koruması siyaset biliminin bir muammasıdır. Çünkü ‘demokratik barış’ fenomeni demokrasiyle yönetilen ülkelerin barışçıl oldukları anlamına gelmiyor; bu ülkeler de en az diğerleri kadar sık ve diğerleri kadar haksız nedenlerle savaşlara giriyorlar, fark sadece *kendi aralarında* barışçıl olmalarında. Bu fenomenen iki farklı sonuç çıkarabiliriz: 1) Yeryüzündeki her ülke demokrasiyle yönetilse ebedi barış tesis edilmiş olur. 2) Demokrasiler gerçek anlamda barışçıl olmadıkları için yeryüzündeki her ülkenin demokrasiyle yönetilmesi gibi *samimi* bir arzuları da olmayacak, kimi çıkarları demokrasiyle yönetilmeyen ülkelerin varlığını şart koşacaktır.” Nebil Reyhani; Ebedi Barışın Olabilirliğine Kant’ın İnancı, http://nebilreyhani.yolasite.com/kant_ebedi_baris.php, Erişim Tarihi: 01.08.2021.

devletlerde Devletler Hukuku ilkelerine uygun olarak, kendi özgürlüklerini güvence altına almak üzere bu merkeze katılabileceklerdir. Bu bağlaşma böylece her gün yeni katılımlarla daha da genişleyecektir."²⁵ (s. 239-240)

Kant'a göre, birbiriyle olan ilişkilerinde devletleri savaştan alıkoyacak yegane akli yol, devletlerin de insanlar gibi başıboş ve yabanıl özgürlüklerinden vazgeçip, genel yasaların altına girmeleri ve bütün dünya uluslarını kapsayacak bir uluslar devleti (civitas centium) kurmalarıdır. Lakin devletler, teoride doğru buldukları bu ilkeyi tatbikatta reddederler. Eğer bir dünya cumhuriyeti kurmak pratikte imkansız ise, o zaman yapılabilecek tek şey, barış için sürekli genişlemeye müsait ittifaklar kurmaktır.

"Eğer her şeyin yitirilmesi istenmiyorsa, olumsuz da olsa, elde geriye ancak savaşı engelleyecek, yolundan çevirecek ve bu haksız ve insan yakışmaz tutkunun sellerini önleyebilecek kadar, devamlı bir ittifak düşüncesi kalmaktadır. Ama her zaman bu ittifakın bozulması karabasanı içinde yaşanacaktır."²⁶ (s. 240)

Ve üçüncü nihai şart da, dünya vatandaşlığı hukukunun evrensel misafirlik koşulları ile sınırlandırılmasıdır. Misafirlik koşulları derken iki hususu kasteder: Biri, her yabancı geldiği memlekette düşmanca muamele görmemesi hakkıdır. Bulduğu yerde huzuru bozmadıkça bir yabancıya düşmanca davranılmaz. Diğeri ise, yeryüzünün ortak sahipleri olmaları bakımından bütün insanların birbirlerinden topluma kabul edilmelerini isteme hakkına sahip olmalarıdır.

Kant bir dünya vatandaşlığı tasavvur eder. Ona göre dünya vatandaşlığına yadırgatıcı ya da abartılı bir talep olarak bakılmamalıdır. Keza dünya vatandaşlığı, yazılı ya da doğal hukuk düzeninin tamamlanmasının zorunlu bir son adımı olarak da görülmemelidir. Dünya vatandaşlığı için öncelikle herkese insan haklarını garanti edecek sağlam bir kamu hukuku oluşturulmalı, oradan da sürekli barışa doğru ilerlenmelidir.

Ebedi barışa ancak ön ve nihai maddelere riayet etmekle varılır. Ancak bu, öyle rahatlıkla üstesinden gelinebilecek bir vazife değildir. Çünkü savaş çıkarmak ve savaşa yandaş yazılmak kolaydır. Kant, biraz da hayıflanarak, savaş için özel bir nedene gereksinim duyulmadığını,

²⁵ Kant, s. 239.

²⁶ Kant, s. 240.

savaşın köklerinin sanki insan doğasının içine uzanmış gibi durduğunu yazar.²⁷ İnsanın hayatını ortaya koyması, her türlü menfaatin üzerinde, asil bir davranış olarak yüceltilir. Savaşçılar cesaretlerinden ötürü kutsanır. Savaş soylu insanların ayrıcalığı olarak görüldüğünden savaşa methiyeler düzülür. Savaş taraftarlarının sesi yüksek çıkar.

“Her zaman ve her yerde harbi methedenler vardır. Onlar arasında yalnız politikacılar, askerler, silah fabrikatörleri değil, aynı zamanda mütefekkir ve yüce filozoflar da bulunmaktadır. Onlara göre ebedi barış fikrini ortaya koyan ve hatta bu fikrin gerçekleştirilmesiyle da uğraşan kimseler, yalnız iğrenç kosmopolitler olmayıp aynı zamanda insanoğlunun en değerli istidat ve vasıfların tekamülüne mani olan ve binnetice dünyanın ilerlemesini imkansız kılan muzir ve tehlikeli hayalperestlerdir. Çünkü fertlerle milletlerin hakiki değerini ayarlamak için en emin ve sağlam ölçü, ferd ve milletleri, bütün maddi ve manevi kuvvetlerini son haddine kadar toplamağa davet ve icbar eden harptir, derler.”²⁸

Barışı konuşmak ise her zaman daha zordur. Hele histerinin koyulaştığı dönemlerde barışı dillendirmek basbayağı tehlikeli bir iş olur. Savaşı bitirmek ve barışı telaffuz etmek için açılan her ağızı kapatmaya hevesli çok sayıda el bulunur. Barış çağrıları kimi için manasız bir laf, kimi için devletin çıkarlarını gözetmeyen bir gaflet hali, kimi için de düşmanın/düşmanların ekmeğine yağ süren bir hainliktir.

Peki, barışa engel bu açmazdan nasıl çıkılabilir? Kant, Ebedi Barış'ın girişinde, bu denemesinin siyasetçileri rahatsız etmesinin muhtemel olduğunu yazar. İktidarların, filozofları ve siyaset kuramcılarını sırtında yumurta küfesi taşımayan, soyut düşüncelerin peşinde koşan, beceriksiz ve toy oyuncular olarak gördüklerini; onları bazen susturmaya veya ortadan kaldırmaya çalıştıklarını bazen de görmezden de geldiklerini belirtir. Hiçbir siyasal ihtirası olmayan bir kişi olarak, yazdıklarından devlete karşı bir suç çıkarılmamasını umduğu söyler.

Oysa demokratik tartışma hayatidir. Kant düşüncesinde Aydınlanma, bir kişinin sahip olduğu anlama yeteneğini kullanarak sorgulamasını, hükümler çıkarmasını ve siyasal sonuçlara varmasını temsil ettiği gibi, tartışmaları araştırmak ve çözmek için akla başvuran bir

²⁷ Bourke, s. 326.

²⁸ Hirsch, s. 281.

kamuyu da temsil eder. Öyleyse demokratik tartışmadan korkmamak gerekir. Kant bu kabulden hareketle barışa varmak için koyduğu ön ve nihai şartlara bir yenisini ekler: “Savaş için silahlanmış devletler, sürekli barışı mümkün kılacak koşullar hakkında filozofların genel kurallarını göz önünde tutmalıdırlar.” Bu madde, filozofların görüşlerinin devlet erkinin temsilcilerinin görüşlerine üstün tutulmasını değil, sadece filozofların düşüncelerinin dinlenmesini içerir.

Devletler, filozofları düşüncelerini bildirmeye teşvik etmeli, yani onları savaşa ve barışa ilişkin genel kurallar üzerinde serbestçe ve açık konuşmakta serbest bırakmalıdır. Bunun için özel anlaşmalar yapmaya gerek yoktur. Çünkü filozoflar kendi hallerine bırakıldıklarında, bir başka ifadeyle devlet tarafından susturulmadıklarında, zaten kendiliklerinden konuşacaklardır.

Ezcümle Kant, burada –müspet anlamda- ortayolcu bir tavır takınır; “Edebi Barışın Teminatı” bölümünde, Platon’dan bu yana gelen “filozof kral” idesini uzlaşmacı bir çözüme kavuşturur. Akıl ile güç bir araya gelemeyeceğini düşündüğünden “filozof kral” düşüncesine olumlu yaklaşmaz ama bunun yerine kralların filozofların tavsiyelerine dikkate almalarını salık verir.²⁹

“Kralların filozof ve filozofların kral olmasını beklememeli ve bunu dilememelidir; çünkü iktidarda olmak aklın yargıda bulunma yeteneğini bozar, tüketir. Fakat kralların ya da eşitlik ilkesi atında yaşayan hükümler ulusların, filozofları ortadan kaldırmaya ya da susturmaya kalkışmamaları, tersine onları herkesin önünde açıkça konuşturmaları gerekir. Böyle yapmak, kendi işleri ve davranışları hakkında iyi bir hükümet yönetiminin başlıca koşuludur.”³⁰

V. SONUÇ

Ebedi Barış’ın üzerinden iki asrı aşkın bir süre geçti. Hirsch, “mukavemet edilemez bir veto” niteliğindeki Kant’ın “hiçbir savaş olmamalıdır” diye haykıran çığlığı karşısında, insanlığın gidebileceği üç yolunu olduğunu söyler: Birincisi, toplumsal hayatın barışa yönelik akışını kesmektir. İkincisi, bu akışı elden geldiğince kolaylaştırıp

²⁹ Buğrahan Fertelioğlu; Kant’ın Politik Felsefesinde Özgür Devlet Tasarımı, Hukuk Kuramı, C. 7, S. 1-2, Ocak-Ağustos 2020, s. 39.

³⁰ Kant, s. 250.

hızlandırmaktır. Üçüncüsü de hiçbir müdahalede bulunmadan kaderin gerçekleşmesini beklemektir.³¹

Kant'ın ayak izini takip edenler, ikinci yolu tercih ederler. Ayakları yer basmayan bir ütöplast değıldir Kant; aksine makul ve pratik bir düşünceye sahiptir. “İnsan doğasının içine yerleştirilmiş gibi görünen bir eğilim” olarak tanımladığı savaşı, bir seferde ve bir asırda bitirilemeyeceğinin farkındadır. Hatta sürekli bir barışın, muhtemelen, tamamen gerçekleşmesini asla bekleyemeyeceğimiz bir “ideal” olduğunu da bilir.

Mamafih, savaşı doğuran nedenlerin tasfiye edilmesiyle barışa daha fazla yakınlaşacağımızı savunur. Dolayısıyla barışa yönelik sürekli bir yaklaşım içinde olmak mümkündür ve bu, insanlık için acil bir görevdir.³² Barış “boş bir fikir (ide) değil ama çözümünü yavaş yavaş elde eden ve amacına her an biraz daha yaklaşan bir sorundur.” Evet, insanlık savaştan yakasını kurtaramadı, hala savaş diye devasa bir derdimiz var. Lakin bunu karşısında barışı inşa etmeye dair ahlaki bir yükümlülüğümüz de var. Tepede ulaşılması gereken “ide” olarak duran barışa inanmak, onu umut etmek ve onun çalışmak, dünyayı daha iyi bir yere dönüştürecektir.

“Kant, ahlak ve siyaseti birbiriyle ilişkili görür ve “siyasetin ahlak karşısında diz çökmesi” fikrini, savunur... Zamanın sonunda, yeryüzünde salt bir ahlaki amaçlar krallığının kurulması –olması gerekli ise de- mümkün olmayabilir; ama ahlaka bugünkünden daha yasal bir düzenin kurulması beklenebilir.”³³

Neredeyse çatışmanın kural, barışın istisna olduğu bir zaman ve mekanda yaşamasına karşın Kant, yönetimlerin veya prensliklerin kayıtsız şartsız sahip oldukları düşünülen savaş ilan edebilme hakkını reddetmiş ve bunun karşısına bir insanlık ideali olarak kalıcı barışı koymuştur. Kendi döneminin ötesindedir, nitekim ondan çağlar sonra gerçekleşen ve insanlık için müspet bir adım olarak telakki edilen birçok hukuki ve siyasi gelişme, onun düşünceleriyle şekillenmiştir.

Misal; azınlıkların korunmasını, halkların kendi kaderini tayin hakkını ve dünya barışını koruyacak bir kurumsallaşma ihtiyacını vurgulayan Wilson İlkeleri de, halkın yönetimde söz sahibi olmasının

³¹ Hirsch, s. 280.

³² Bourke, s. 326.

³³ Riley, s. 13.

savaşı engelleyebilecek bir faktör olduğunun altını çizen “demokratik barış teorisi” de Kant’tan bağımsız düşünülemez. Keza barışı hukuk yoluyla güvence altına almayı amaçlayan Birleşmiş Milletler’in kurulmasında da, evrensel misafirperverlik ve vatandaşlık kavramlarını bölgesel düzeyde gerçekleştiren Avrupa Birliği gibi ulus-üstü yapılanmalarda da Kant’ın tesiri görmezlikten gelinemez.³⁴

Elbette gelecekte de, barışı kurmak ve korumak için var olan kurumlar gözden geçirilecek, yeni teşkilatlar inşa edilecek, uluslararası hukuk üzerine farklı düşünceler geliştirilecektir. Bütün bunlar yapılırken, yine temel başvuru kaynağı Kant olacaktır.

Reyhani, Kant’ın barış çalışmalarında bu kadar merkezi bir yer işgal etmesini, onun düşünce tarihindeki devasa otoritesine bağlar. Ebedi Barış’ın keskin görüşlerle dahiyane bir muhtevaya sahip olduğuna kuşku yoktur; lakin bu metin, çağlar ötesine taşan tesirini Kant çapında bir filozofun kaleminden çıkmasına borçludur. Evrensel ve kalıcı bir barışı önümüze bir vazife ve gaye olarak koyan kişi “*insanlık sevgisiyle dolu bir hayalperest değil, felsefenin her alanında köklü dönüşümler yaratmış olan Kant’tır.*” Binaenaleyh “*ebedi barışın olabirliğine inanmak istiyoruz.*” Çünkü “*Kant’a inanıyoruz.*”³⁵

Velhasıl-ı kelam, Kant’a olan ihtiyacımız sürüyor. Karl Jaspers’in özel asistanlığını da yapmış felsefeci Hans Saner’in ‘Ebedi Barış’a getirdiği yorum, bu ihtiyacımızı çok net ve güzel bir şekilde dile getiriyor:

*“Eğer bir barış ebedi olacaksa, barış iradesi mutlak ve koşulsuz olmalıdır ve eğer koşulsuzsa daha önceki bütün savaş gerekçeleri barış karşısında sıfırdır ve hiçtir. Bu nedenle barış ‘çağsal’ bir karaktere sahiptir. Barışla iki halkın hayatında tümüyle yeni bir zaman başlar. Barış o güne kadar olan politikanın sürdürülmesi değil, bilakis siyasi düşünce ve eylemde yeni bir çağın başlatılmasıdır. Bu da düşünce biçiminin radikal bir değişimine bağlıdır.”*³⁶

Gerçekten barışın kalıcı kılınması, evrensel düzeyde köklü bir fikri dönüşümü ve savaşı bir “kötülük” ya da bir “suç” derekesine indirecek bir geniş bir mutabakatı gerektirir. Hirsch’in deyiimiyle “*harp herhangi bir kağıt parçasında değil, dünya ahalisinin çoğunun*

³⁴ Bozkurt, s. 517-519.

³⁵ Reyhani, http://nebilreyhani.yolasite.com/kant_ebedi_baris.php

³⁶ Aktaran: Ahmet Tulgar, BirGün, 07.07.2010.

vicdanında suç olarak tavsif edildiği gün, 'harp suçlus'u' terimi yalnız, Kant'ın sözüne göre 'harbden usanmayan devlet Őefleri'ne değil aynı zamanda onlara her hangi bir tarzda yardım eden suç ortaklarına da teŐmil edilir."³⁷

Ebedi barışını mümkün kılacak zemin budur.

³⁷ Hirsch, s. 288.

KAYNAKÇA

- BARRY Norman P.: Modern Siyaset Teorisi, Çeviri: Mustafa Erdoğan-Yusuf Şahin, Liberte Yayınları, Ankara, 2004.
- BASUT Levin: Kant'ta Ebedi Barış Çerçevesinde Dünya Yurttaşlığı Kavramı ve İnsanın Değeri, <https://konigsbergadyosu.com/2020/08/31/kantta-ebedi-baris-cercevesinde-dunya-yurttasligi-kavrami-ve-insanin-degeri/>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.
- BOURKE John: Kant's Doctrine of 'Perpetual Peace, Philosophy, Vol. 17, No. 68, November 1942.
- BOZKURT Enver: Kant'ın Ebedi Barış Üzerine Denemesinin Günümüze Yansımaları, Anayasa Yargısı, Yıl 2007, Cilt 23, Sayı 1, 2007.
- FERTELLİOĞLU Buğrahan: Kant'ın Politik Felsefesinde Özgür Devlet Tasarımı, Hukuk Kuramı, C. 7, S. 1-2, Ocak-Ağustos 2020.
- HIRSCH Ernst: Kant'ın Ebedi Barış Üzerindeki Felsefi Denemesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1946.
- KANT Immanuel: Sürekli Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme (b.y: Seçilmiş Yazılar, s. 223-266), Çeviri: Nejat Bozkurt, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984.
- MAGEE Bryan: Büyük Filozoflar, Çeviri: Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2001.
- REYHANİ Nebil: Ebedi Barışın Olabilirliğine Kant'ın İnancı, <http://nebilreyhani.yolasite.com/kant-ebedi-baris.php>, Erişim Tarihi: 01.11.2021.
- RILEY Patrick: Immanuel Kant, (b.y: Blackwell'in Siyasal Düşünceler Ansiklopedisi, II. Cilt), Çeviri. Bülent Peker – Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, Ankara, 1995.
- TANNENBAUM Donald ve David Schultz: Siyasi Düşünce Tarihi, Çeviri: Fatih Demirci, Adres Yayınları, Ankara, 2005.
- TATLI Zehra: Kant'ın Ebedi Barış İdeali Bağlamında Habermas ve Rawls'ta Uluslararası Hukuk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Aydın, 2014.
- TULGAR Ahmet: BirGün, 07.07.2010.

**TURKISH INTERVENTION BY INVITATION IN LIBYA:
INTERVENTION IN CIVIL WARS, THE VIOLATION OF
INEFFECTIVE ARMS EMBARGOES AND NON-
COMPLIANCE WITH DOMESTIC LAW**

Seyfullah HASAR*

ABSTRACT

In the three decades since the end of the Cold War, there have been at least 47 occasions where States militarily intervened in the internal conflicts of other States at the request of their beleaguered governments. While using force in another State with the consent of its government do not in principle present an immediate challenge to the prohibition on the use of force between States, it is controversial whether a government challenged by an internal conflict or civil war can request foreign military assistance in order to bolster its hand against the opposition. This is due to the alleged implications of such assistance for the

* Öğr. Gör. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: seyfullah.hasar@dicle.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-2673-5008.

Makalenin Gönderim Tarihi : 29.09.2021.

Makalenin Kabul Tarihi : 30.11.2021.

This article is drawn and developed from the author's forthcoming book *State Consent to Foreign Military Intervention during Civil Wars* (Brill), which is based on the author's PhD thesis. All online sources were last accessed on 26 October 2021.

principle of the political independence of States and the right to self-determination of peoples.

Turkey's 2020 intervention in the Libyan conflict at the invitation of the Libyan government reveals highly relevant and ample evidence of State practice and *opinio juris* – components of customary international law – on the part of both the protagonists, Turkey and Libya, and third States, with regard to this controversy. Given its such importance, this article aims to assess the precedential value of this intervention for the purpose of contributing to determining the state of customary law on the subject, without necessarily attempting to assess all the relevant facts and circumstances in order to reach a conclusive judgement on the lawfulness of the intervention.

Another significance of this intervention is that it gives rise to some questions pertinent to the subject but under-addressed and under-conceptualised in the literature. Against the backdrop of this intervention, this article also aims to shed light on these questions. One of them is whether supporting a government in violation of an arms embargo in response to a prior breach of the embargo in support of the opposition can be deemed lawful. The other is whether the compliance of the consenting or the intervening State with its own domestic law matters for the purpose of the legality of an intervention under international law.

Keywords: Intervention by invitation, military assistance on request, compliance with arms embargoes, supremacy of international law, use of force.

TÜRKİYE'NİN LİBYA'YA DAVETLE MÜDAHALESİ: İÇ SAVAŞLARA MÜDAHALE, ETKİSİZ BİR SİLAH AMBARGOSUNU İHLAL VE İÇ HUKUKA AYKIRILIK MESELELERİ

ÖZ

Soğuk Savaşın bitiminden itibaren geçen yaklaşık 30 yıllık süre içerisinde, devletlerin diğer devletlerde cereyan eden iç çatışmalara bu devletlerin hükümetlerinin isteği üzerine askeri müdahalede bulunduğu en az 47 vaka vardır. Bir devlette o devletin hükümetinin rızası ile kuvvet kullanmak kural olarak devletler arası kuvvet kullanma yasağı bakımından büyük bir sorun teşkil etmezken, bir iç çatışma veya iç savaşla mücadele etmek zorunda kalan bir hükümetin elini muhaliflere karşı güçlendirmek amacıyla dışarıdan askeri yardım isteme hakkının olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışma, bu tür bir yardımın

devletlerin siyasi bağımsızlığı ilkesi ve halkların kendi geleceklerini tayin etme hakkı üzerindeki iddia edilen etkilerinden kaynaklanmaktadır.

Türkiye'nin 2020 yılında Libya'daki iç çatışmaya Libya hükümetinin daveti üzerine gerçekleştirdiği askeri müdahale bu tartışmayı oldukça ilgilendirmektedir. Bu müdahale, hem esas aktörler Türkiye ve Libya hem de üçüncü ülkeler bakımından, konuyla ilgili önemli miktarda devlet uygulaması ve *opinio juris* (uluslararası örf ve adet hukukunun unsurları) örneğinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Müdahalenin bu öneminden dolayı makale, müdahalenin hukukiliği konusunda bütün ilgili gerçekleri ve şartları değerlendirip kati bir hükme varma çabasına girmeden, müdahalenin ilgili örf ve adet hukuku bakımından nasıl bir emsal teşkil ettiğini araştırmaktadır.

Bu müdahalenin bir diğer önemi ise konuyu ilgilendiren fakat literatürde yeterince değinilmemiş ve kavramsallaştırılmamış bazı meselelere yol açmasıdır. Makale, bu müdahale bağlamında, bu meseleleri de aydınlatmayı amaçlamaktadır. Bunlardan bir tanesi, bir silah ambargosunun muhalifler lehine ihlal edilmesine karşılık olarak ilgili ambargoya rağmen hükümeti desteklemenin hukuka uygun olup olmadığıdır. Bir diğeri de, müdahaleye rıza gösteren ve müdahaleyi gerçekleştiren devletlerin kendi iç hukuklarına uyup uymamasının bir müdahalenin milletlerarası hukuk bakımından hukukiliğini etkileyip etkilemeyeceğidir.

Anahtar Kelimeler: Davetle müdahale, talep üzerine askeri yardım, silah ambargolarını ihlal, milletlerarası hukukun üstünlüğü, kuvvet kullanma.

I. INTRODUCTION

In the three decades since the end of the Cold War, there have been at least 47 occasions where States militarily intervened in the internal conflicts of other States at the request of their beleaguered governments.¹ As widely acknowledged in the literature,² using force in the territory of another State at the request, or with the consent, of its government does not in principle present an immediate challenge to the prohibition on the use of force between States enshrined in Article 2(4) of

¹ See the author's forthcoming book *State Consent to Foreign Military Intervention during Civil Wars* (Brill).

² See, for example, ILA, 'Final Report on Aggression and the Use of Force' (Sydney Conference, 2018) 18; Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (OUP 1963) 317; Terry D Gill, 'Military Intervention with the Consent or at the Invitation of a Government' in Terry D Gill and Dieter Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations* (2nd edn, OUP 2015).

the Charter of the United Nations (UN), which prohibits States 'in their international relations' from using force 'against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations'.³

What gives rise to contention in the literature is the right of a government challenged by an internal conflict or civil war to request foreign military assistance in order to bolster its hand against the opposition. A potential limitation to such a government's right to request foreign military assistance is said to exist based on the argument that a consensual intervention that impacts on the outcome of a civil war would be inconsistent with the principle of non-intervention which safeguards States' political independence and the right to self-determination of peoples which deems the people of a State as the only arbiter of their political status. In the scholarship, in the course of time since the adoption of the UN Charter, both based on this reason and on State practice, there has been wide support or sympathy, though with certain variations, for the understanding that military interventions aimed at influencing the outcome of a purely internal conflict or civil war, be it in favour of the rightful government, are problematic.⁴ Against the backdrop

³ Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS 16, Article 2(4).

⁴ Ann Van Wynen Thomas and A J Thomas, *Non-Intervention: The Law and Its Impact in the Americas* (Sothorn Methodist University Press 1956) 215-40; Brownlie (n 2) finding the practice diverse and contradictory.; Rosalyn Higgins, 'International Law and Civil Conflict' in Evan Luard (ed), *The International Regulation of Civil Wars* (New York University Press 1972) 169-184 seeing the law as playing a small role in regulating the issue and reaching an elaborate conclusion based on practice.; Oscar Schachter, 'The Right of States to Use Armed Force' (1984) 82 MichLRev 1620, 1641; Louise Doswald-Beck, 'The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government' (1986) 56 BYIL 189; Antonio Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict* (Martinus Nijhoff Publishers 1993); Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law* (Volume 1, 9th edn, Longman 1996) 437-8; Pater Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (First published in 1970, 7th revised edn, Routledge 1997) 325-6; Georg Nolte, *Eingreifen auf Einladung* (With an English Summary, Springer 1999); Georg Nolte, 'Intervention by Invitation', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Last updated January 2010) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law->

of a common practice by the intervening States of presenting different purposes/objectives for their interventions indicating their avoidance of being seen as influencing an internal conflict, some among these authors find the purpose of the intervention particularly consequential in the sense that the compatibility of the objectives of a consensual military intervention with principles such as non-intervention and self-determination is instrumental for its legality.⁵

Another group of authors, on the other hand, read State practice altogether differently. They reach the conclusion that so long as the requirements for the validity of consent are met, whatever the scale of the internal conflict in which the consenting government is involved, international law does not prohibit any kind of foreign military assistance to a legally legitimate government.⁶ They thus either do not view that

9780199231690-e1702?prd=EPIL>; Olivier Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Christopher Sutcliffe tr, Hart Publishing 2010) Ch 5; Karine Bannelier and Theodore Christakis, 'Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict' (2013) 26 LJIL 855, 864, fn 46 citing their 2004 study in French; Tom Ruys and Luca Ferro, 'Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-led Military Intervention in Yemen' (2016) 65 ICLQ 61, 88-9; Karine Bannelier-Christakis, 'Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Basis of Consent' (2016) 29 LJIL 743; Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (4th edn, OUP 2018) 84-119 accounting and acknowledging the controversy surrounding the practice.; Quoc Tan Trung Nguyen, 'Rethinking the Legality of Intervention by Invitation: Toward Neutrality' (2019) 24 JC&SL 201.; Luca Ferro, 'The Doctrine of 'Negative Equality' and the Silent Majority of States' (2021) 8 JUFIL 4.

⁵ See Bannelier-Christakis (n 4) 745-7.

⁶ Christopher J Le Mon, 'Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested' (2003) 35 NYUJIntL&Pol 741; Yoram Dinstein, *Non-International Armed Conflicts in International Law* (CUP 2014) 78-9; Gregory H Fox, 'Intervention by Invitation' in Marc Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (OUP 2015) 828-9; Dapo Akande and Zachary Vermeer, 'The Airstrikes against Islamic State in Iraq and the Alleged Prohibition on Military Assistance to Governments in Civil Wars' (*EJIL: Talk!*, 2 February 2015) <<https://www.ejiltalk.org/the-airstrikes-against-islamic-state-in-iraq-and-the-alleged-prohibition-on-military-assistance-to-governments-in-civil-wars/>>; Pietro Pustorino, 'The Principle of Non-Intervention in Recent

general State practice indicates an avoidance from influencing by force the outcome of internal conflicts or that this avoidance inferred from the purposes presented by the States concerned is relevant for legal purposes. After all, State practice undertaken with extra-legal motives, ‘such as comity, political expediency or convenience’ cannot lead to the identification of a rule of customary international law.⁷

In respect to this controversy, the author of this article has shown in another study with reference to an extensive survey of State practice that from the involved States’ point of view, there barely is an instance where a consensual intervention has taken place in order to suppress a popular opposition group at the request of the government. Intervening States usually put forward claims such as that they intervene to counter terrorism, address a threat to their national security (sometimes with the claim of self-defence) or to the region, counter a prior illegal intervention, assist the inviting State in the exercise of its collective self-defence, rescue nationals or foreigners, maintain law and order, bring stability, protect vital infrastructure, prevent a humanitarian crisis or genocide, protect the democratically elected government, or ensure a secure environment for the elections, or that they are not taking a side in the internal conflict. The study in essence entrenches the purpose-based approach by showing why the objectives put forward for consensual interventions cannot be considered merely political and why they are also legally pertinent – a pertinence that comes from the fact that avoidance from influencing civil wars by force is what is in theory required by the principle of the political independence of States and the right to self-determination of peoples – and how the practice essentially confirms the existent law and what this entails. It also brings to light clear and ample evidence of *opinio juris* indicating the non-acceptance of influencing civil wars by force.⁸

Non-International Armed Conflicts’ 53 (2018) *QuestIntIL* 17, 20-1; ILA, ‘Final Report on Aggression and the Use of Force’ (Sydney Conference, 2018) 19; Erika de Wet, *Military Assistance on Request and the Use of Force* (OUP 2020) Ch 3.

⁷ ILC, ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries’ (2018) UN Doc A/73/10, Commentary to Conclusion 9, para 3.

⁸ See the author’s forthcoming book cited in n 1 above.

Turkey's 2020 intervention in the Libyan conflict at the invitation of the Libyan government reveals highly relevant and ample evidence of State practice and *opinio juris* (belief or acceptance of a practice as law), which are the components of customary international law, on the part of both the protagonists, Turkey and Libya, and third States, with regard to this controversy. Given its such importance, this article aims to assess the precedential value of this intervention for the purpose of contributing to determining the state of customary law on the subject, without necessarily attempting to assess all the relevant facts and circumstances in order to reach a conclusive judgement on the lawfulness of the intervention.

Another significance of this intervention comes from the fact that it gives rise to some important legal questions peripheral to the subject that are under-addressed and under-conceptualised in the literature. One of these questions is the legality of supporting a government in violation of an arms embargo in response to a prior breach of the embargo in support of the opposition. It comes from the fact that Turkey intervened in Libya in defiance of an arms embargo on the whole country imposed by the UN Security Council, in response to a prior intervention in violation of the embargo on the side of the opposition. The article in this respect attempts to show what this intervention reveals in regard to the question of non-compliance with an ineffective arms embargo.

Another such peripheral question the article seeks to shed light on is whether compliance of the consenting or the intervening State with its own domestic law matters for the purpose of the legality of an intervention under international law. It evaluates the matter against the backdrop of the criticism that the consent of the Libyan government to the Turkish intervention was expressed in a way that violated the Libyan Political Agreement signed by the key political players in the country.

The article begins with an account of the background to, the justifications for, and the international reaction to the intervention. It then respectively examines the implications of this invited intervention for the questions of intervention in civil wars, non-compliance with an ineffective arms embargo and non-compliance by the inviting or intervening state with its own domestic law.

Before beginning, however, it should be noted that consensual military interventions give rise to various doctrinal challenges that go beyond the above-mentioned issues such as those that relate to the conditions required for the validity of a consent given and for the legal legitimacy of a consenting government and its capacity to consent to

foreign military intervention. The scope of this article however is limited to the matters mentioned above.

II. BACKGROUND TO, JUSTIFICATIONS FOR, AND INTERNATIONAL REACTION TO, THE INTERVENTION

With the overthrow of the Gaddafi government in 2011 as a result of popular protests that eventually turned into an armed uprising, Libya was embroiled in a political conflict accompanied by armed violence over governmental power.⁹ On 17 December 2015, key political players, with the participation of armed groups and representatives from throughout the country, signed the Libyan Political Agreement providing the formation of a Government of National Accord (GNA).¹⁰ The UN Security Council welcomed the signing of the agreement forming the GNA ‘supported by the other institutions of state including the House of Representatives’, endorsed the GNA ‘as the sole legitimate government of Libya’ and ‘*call[ed] upon* Member States to cease support to and official contact with parallel institutions that claim to be the legitimate authority but are outside of the Agreement’. It moreover ‘*urge[d]* Member States to swiftly assist the [GNA] in responding to threats to Libyan security and to actively support the new government in defeating ISIL’ and all other entities associated with al-Qaeda, ‘upon its request’.¹¹

The signing of the Libyan Political Agreement, however, did not end the conflict in the country. Despite initially endorsing the Agreement in principle on 25 January 2016, the House of Representatives later failed to ratify the ministerial list for the GNA and instead opted to form its own rival government.¹² The House was elected in June 2014 and stipulated to be the legislative authority of the State in the Agreement.¹³ The rivalry between the House of Representatives and the GNA, both of which were

⁹ UCDP, ‘Libya: Government’ <<https://ucdp.uu.se/conflict/11346>>.

¹⁰ Libyan Political Agreement (signed 17 December 2015) <<https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/Libyan%20Political%20Agreement%20-%20ENG%20.pdf>>.

¹¹ UNSC Res 2259 (23 December 2015) UN Doc S/RES/2259, Articles 1, 3, 5 and 12.

¹² UCDP, ‘Libya: Government’ (n 9).

¹³ Libyan Political Agreement (n 10) Article 12.

engaged in the fight against other groups such as ISIL during 2016, led to armed clashes between the two in 2017, with the GNA being unable to assert real control outside the capital Tripoli.¹⁴ The hostilities between the two were triggered again in April 2019 when the Libyan National Army (LNA), the House of Representatives' major militia,¹⁵ launched an offensive to capture the capital from the GNA.¹⁶

Against the backdrop of this development, on 27 November 2019, the GNA and Turkish government signed a memorandum of understanding on security cooperation. Among others, it laid out the legal framework for the 'provision of training, consultancy, experience transfer, planning and material support by Turkey'.¹⁷

On 2 January 2020, the Turkish Parliament approved a Bill that allowed the deployment of Turkish troops to Libya and outlined the deliberations in light of which the decision had been taken. According to the Bill, the GNA is internationally recognised and the only and legitimate government of Libya in accordance with (the above-mentioned) UN Security Council Resolution 2259 (2015). The Resolution calls on member States to cease support to the parallel institutions outside the framework of the UN-facilitated Libyan Political Agreement, while urging them to support the GNA and other institutions referred to in the Agreement. Despite the efforts of political conciliation, the LNA, which bears an illegitimate characteristic for being outside the Libyan Political Agreement, continues its attacks with the support of foreign powers. The attacks by the LNA worsen the humanitarian situation while the hostilities benefit the terror groups ISIL and al-Qaeda. The LNA constitutes a threat to the region and Turkish companies and citizens, and other Turkish interests in Libya. The GNA requested military assistance in the fight against threats to the region, threats to the unity and stability of Libya, terrorist groups, illegal armed groups, illegal migration and

¹⁴ UCDP, 'Libya: Government' (n 9).

¹⁵ On the relationship between the two, see UCDP, 'Forces of House of Representatives' <<https://ucdp.uu.se/actor/5802>>.

¹⁶ UNSC, 'United Nations Support Mission in Libya – Report of the Secretary-General' (15 January 2020) UN Doc S/2020/41, para 2.

¹⁷ Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of National Accord-State of Libya on Security and Military Cooperation (signed 27 November 2019) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>>, Article 4.

human trafficking. Turkish troops will be deployed in response to the GNA's request based on these considerations and within the framework of international law. The aim of the deployment is to eliminate the threat against Turkish interests emanating from illegitimate armed groups and terrorist organisations, to provide security in the face of risks such as mass migration, and to deliver humanitarian aid, among others.¹⁸

On 6 January 2020, the Turkish President announced the beginning of the deployment of troops. He said that Turkey was not sending its own combat forces and that 'different teams' were undertaking coordination tasks and were providing training to the Libyan forces. The purpose of the intervention was 'not to fight' but 'support the legitimate government and avoid a humanitarian tragedy'.¹⁹ Turkey, however, did not rule out more direct involvement in the conflict. The President had earlier said that they 'will evaluate all kinds of military support including ground, marine and air options if necessary'. He also accused foreign countries of 'supporting an illegal warlord, who is the pawn of certain nations, instead of the UN-recognised government'.²⁰ He accused Russia of sending mercenaries to Libya without the approval of the GNA and said that Turkey would not remain silent over this, while also accusing Sudan of sending troops to the country. He said the difference was that '[t]hey are all helping a war baron, whereas we are accepting an invitation from the legitimate government.'²¹

There has been considerable criticism by some States against the legality of the Turkish intervention. Thus, Egypt in a letter to the UN rejected the mentioned memorandum of understanding on security

¹⁸ The Grand National Assembly of Turkey, Karar No: 1238 (02 January 2020), produced in the Official Gazette of the Republic of Turkey, Sayı: 30997 (3 January 2020) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/01/20200103-15.pdf>> (In Turkish).

¹⁹ 'Turkey Begins Deploying Troops to Libya, Says Erdogan' (*DW*, 5 January 2020) <<https://p.dw.com/p/3Vvk7K>>.

²⁰ 'Erdogan: Turkey will Increase Military Support to GNA if Needed' (*Al Jazeera*, 22 December 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/12/haftar-forces-seize-ship-libya-coast-turkish-crew-191222105449299.html>>.

²¹ 'Turkey to Send Troops To Libya Amid Warnings From Russia' (*RFE/RL*, 27 December 2019) <<https://www.rferl.org/a/erdogan-turkish-troops-libya-russia-opposition/30346782.html>>.

cooperation between Turkey and Libya on the ground that it was inconsistent with the Libyan Political Agreement for not being concluded by the Presidency Council as a whole and not being endorsed by the House of Representatives. Second ground was that the memorandum of understanding entails provisions that violate ‘the resolutions of the Security Council concerning Libya and, in particular’ the one imposing arms embargo.²²

Greece, Cyprus and Israel, in a joint statement, in addition to finding the deployment of troops by Turkey a violation of the UN arms embargo, the Libyan Political Agreement and related UN resolutions, stated that it was a threat to the region and would escalate the conflict. The statement also warned Turkey ‘from taking such action, which blatantly violates Libyan national sovereignty and independence’.²³

A statement by Saudi Arabia’s Foreign Ministry, finding ‘Turkish escalation’ a violation of UN Security Council decisions, affirmed that it ‘poses a threat to the security and stability in Libya and a threat to Arab and regional security, as it is an interference in the internal affairs of an Arab country in flagrant violation of international principles and covenants’.²⁴

²² UNGA, ‘Note Verbale Dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations Addressed to the Secretary-General’ (24 December 2019) UN Doc A/74/628.; For another Egyptian criticism of the intervention claiming the deployment of foreign terrorist fighters and militias by Turkey from Syria to Libya, see UNSC, ‘Note Verbale Dated 10 March 2020 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations Addressed to the President of the Security Council’ (11 March 2020) UN Doc S/2020/196.; For the Turkish response, see UNSC, ‘Letter Dated 23 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations Addressed to the President of the Security Council’ (24 March 2020) UN Doc S/2020/227.

²³ ‘Mitsotakis, Anastasiades and Netanyahu: The Turkish Decision to Deploy Troops in Libya Presents a Dangerous Threat to Regional Stability’ (*ANAMPA*, 3 January 2020) <<https://www.amna.gr/en/article/419459/Mitsotakis-Anastasiades-and-Netanyahu-The-Turkish-decision-to-deploy-troops-in-Libya-presents-a-dangerous-threat-to-regional-stability>>.

²⁴ ‘No Deal: Libya’s Parliament Votes Against Turkish Involvement’ (*Al Jazeera*, 4 January 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/01/deal-libya-parliament-votes-turkish-involvement-200104145706382.html>>.

A joint statement by the Foreign Ministers of France, Germany, Italy and the UK, without naming Turkey, urged States to ‘respect and enforce the UN arms embargo’ and warned that the ‘[c]ontinuing outside interference is fuelling the crisis.’ It also stated that ‘[t]he more the Libyan warring parties rely on foreign military assistance, the more they give external actors undue influence on sovereign Libyan decisions’.²⁵

The League of Arab States, in a resolution, without naming Turkey, stressed that sending troops would violate the Libyan Political Agreement and ‘relevant international resolutions’, and escalate the conflict. It also rejected ‘external interference, which facilitates the transfer to Libya of extremist foreign terrorist fighters and violates international arms embargoes and thereby threatens the security of that country’s neighbours and the region’.²⁶

In a UN Security Council meeting, France, referring ‘in particular to Turkey’, deplored the violations of the arms embargo and urged for foreign interference and military support that fuel the conflict to stop; Belgium denounced the mentioned memorandum of understanding for infringing ‘the democratic rights of other States’; and Tunisia emphasised that ‘it is important to respect the principle of non-interference in the internal affairs of countries’ and reiterated its ‘rejection of any external interference in the internal affairs of Libya or any acts that would further fuel the conflict’.²⁷

Cyprus, Egypt, France, Greece and the United Arab Emirates, in a joint statement, reiterated that the memorandum of understanding on security cooperation between Turkey and Libya was ‘in contravention of international law and the UN arms embargo in Libya’ and undermine the

²⁵ French Ministry for Europe and Foreign Affairs, ‘Joint Statement by the High Representative of the European Union for Common Foreign and Security Policy and the Ministers of Foreign Affairs of France, Germany, Italy and the United Kingdom’ (7 January 2020) <<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/libya/news/2020/article/libya-joint-statement-by-the-high-representative-of-the-european-union-for>>.

²⁶ UNGA and UNSC, ‘Identical Letters Dated 13 January 2020 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations Addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council’ (17 January 2020) UN Doc A/74/650–S/2020/84, Articles 4 and 5

²⁷ UNSC Verbatim Record (30 January 2020) UN Doc S/PV.8710, 8, 14 and 18.

regional stability. They also ‘condemned Turkey’s military interference in Libya, and urged Turkey to fully respect the UN arms embargo, and to stop the influx of foreign fighters from Syria to Libya’, stating that ‘[t]hese developments constitute a threat to the stability of Libya’s neighbours in Africa as well as in Europe.’²⁸

The criticism thus mainly revolved around the arguments that the intervention violated the arms embargo imposed by the UN Security Council;²⁹ was not consistent with the Libyan Political Agreement, for example, it was not endorsed by the House of Representatives; constituted an unlawful interference in Libya’s internal affairs; implicated or violated Libya’s sovereignty and independence; and escalated the crisis. There have also been some other statements by some States, such as the US, Turkey, Russia, Italy and Germany, similarly expressing a will for an end to foreign interference on any side in the internal conflict, including with an emphasis on the right of the Libyan people to determine their own future independently from foreign meddling.³⁰

To reflect the context of the criticism, it would be apt to note that among the countries that criticised the Turkish intervention, Greece, Cyprus, Israel and Egypt had already been critical of Turkey for signing with Libya a memorandum of understanding on maritime boundaries, which was in contradiction of their interests in the Mediterranean Sea.³¹ Also, some of the criticising States were publicly known for militarily, financially or politically backing the LNA against the GNA.³²

²⁸ Greek Ministry of Foreign Affairs, ‘Joint Declaration adopted by the Ministers of Foreign Affairs of Cyprus, Egypt, France, Greece and the United Arab Emirates’ (11 May 2020) <<https://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/joint-declaration-adopted-by-the-ministers-of-foreign-affairs-of-cyprus-egypt-france-greece-and-the-united-arab-emirates-11052020.html>> paras 6 and 7.

²⁹ See UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc S/RES/1970, Article 9 imposing an arms embargo on Libya.

³⁰ For the relevant sources, see Ferro (n 4) 19.

³¹ See, for example, ‘Turkish Navy Orders Israeli Ship out of Cyprus’s Waters’ (*Al Jazeera*, 15 December 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/12/turkish-navy-deports-israeli-ship-cyprus-territorial-waters-191215062253581.html>>.

³² See Ramy Allahoum, ‘Libya’s War: Who is Supporting Whom’ (*Al Jazeera*, 9 January 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/01/libya-war-supporting-200104110325735.html>>.

In response to the criticism of the League of Arab States which pointed out, among others, the breach of the UN arms embargo by Turkey, the Turkish Foreign Ministry stated that ‘the letter and spirit of the UN Security Council Resolution 2259, primarily, intend to support and strengthen the’ GNA. ‘On the other hand, contrary to the Libyan Political Agreement and UNSC Resolution 2259, it is obvious that the Arab League has remained silent and failed to decisively support international legitimacy against the months-long, foreign supported military offensive’ by the LNA.³³ Thus, despite not directly answering the criticism that its intervention was in breach of the UN arms embargo or not explaining in detail how its intervention constituted one of the exemptions to the embargo, Turkey seemed to have read the resolution 2259 calling for foreign support to the GNA in responding to threats to Libyan security allowing it to provide military support to the GNA despite the embargo. This seems to be the case also based on the above-mentioned Bill authorising the deployment of Turkish troops.

The GNA, for its part, confirmed its commitment to the UN Security Council resolutions, including the arms embargo they imposed. However, it complained about foreign support to ‘the aggression’ by the Haftar-led LNA in violation of the embargo and reiterated its right as the recognised and legitimate government ‘to defend the sovereignty and territory of Libya and protect the country’s citizens by entering ... into openly declared alliances, in accordance with international law and through legitimate and transparent channels’.³⁴ Its delegation in a UN Security Council meeting stated that ‘many States have violated’ the embargo ‘and supplied the aggressor forces attacking the city of Tripoli with sophisticated weapons ... even some States do not possess ... The actions that the [GNA] is taking to confront this aggression are an obligation in line with the natural right of every Government to defend its

³³ Turkish Ministry of Foreign Affairs, ‘Statement of the Spokesperson of the Ministry of Foreign Affairs, Mr. Hami Aksoy, in Response to a Question Regarding the Extraordinary Session of the League of Arab States on Libya at the Level of Permanent Representatives’ (31 December 2019) <http://www.mfa.gov.tr/sc_-83_-arap-ligi-konseyi-nin-libya-konulu-toplantisi-hk-sc.en.mfa>; Similarly see (n 22) UN Doc S/2020/227.

³⁴ UNSC, ‘Letter Dated 1 April 2020 from the Permanent Representative of Libya to the United Nations Addressed to the President of the Security Council’ (2 April 2020) UN Doc S/2020/269.

people.’³⁵ Thus, for Libya the UN arms embargo did not mean that it must refrain from procuring foreign military assistance when Libya was subjected to a foreign intervention in violation of the embargo and international norms; in such a situation, it can defend itself with the help of other States in the exercise of its right to sovereignty.

In respect of the criticism that the signing of the memorandum of understanding on security cooperation with Turkey was in contravention with the Libyan Political Agreement, the Libyan government, in respect of another memorandum of understanding signed with Turkey on maritime delimitation at which the same criticism was levelled, stated that ‘[i]ts actions were consistent with the Libyan Political Agreement ... which authorizes the Presidency Council of the Government of National Accord to sign memorandums of understanding as the supreme executive authority, the Constitutional Declaration issued in 2011, and national legislation that regulates the operation of the Government.’³⁶

The external interference in the country was so pervasive that the UN envoy to Libya in May 2019 described the situation as ‘a textbook example of foreign interference today in local conflicts’ with between ‘six and 10 countries are permanently interfering in Libya’s problem’ by funnelling arms, cash and military advice to the country.³⁷ The UN Panel of Experts on Libya found, in addition to other violations of the sanctions, that the majority of arms transfers to the opposition came from Jordan and the United Arab Emirates.³⁸ Its report states that it was ‘[i]n response to’ these ‘illicit transfers’ that the ‘GNA approached Turkey’ and received military material from it in violation of the arms embargo.³⁹

³⁵ UNSC Verbatim Record (18 November 2019) UN Doc S/PV.8667, 14.

³⁶ UNGA, ‘Letter Dated 26 December 2019 from the Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Libya to the United Nations Addressed to the Secretary-General’ (27 December 2019) UN Doc A/74/634, 3.

³⁷ ‘UN Envoy: ‘Libya a Textbook Example of Foreign Intervention’’ (*Al Jazeera*, 23 May 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/05/envoy-libya-textbook-foreign-intervention-190523164926246.html>>.

³⁸ UNSC, ‘Letter Dated 29 November 2019 from the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council’ (9 December 2019) UN Doc S/2019/914, para 61.

³⁹ *ibid* para 62.; Also see UNSC, ‘Letter Dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011)

The Panel also found that there had been Chadian and Sudanese armed groups in the country in support of both sides alike.⁴⁰

Seeking a political solution to the crisis, in the Berlin Conference on Libya held on 19 January 2020, 12 countries interested in the conflict, including Turkey, and the international organisations the UN, the AU, the EU and the League of Arab States, admitting that ‘the external interferences ... continue to be a threat to international peace and security’, ‘commit[ted] to refraining from interference in the armed conflict or in the internal affairs of Libya’. The participants, welcoming the ceasefire between the parties to the conflict in Libya, also committed to respect and implement the arms embargo established by the UN Security Council.⁴¹ The UN Security Council endorsed the conclusions of this conference and demanded ‘all Member States not to intervene in the conflict or take measures that exacerbate the conflict’.⁴²

After a ceasefire in October 2020 and the establishment of an interim Government in March 2021 mandated to prepare nationwide elections by the end of 2021, a second Berlin Conference on Libya was held in June 2021. It called for the withdrawal of all foreign forces and mercenaries from Libya – a call to which Turkey introduced a reservation – reaffirmed its ‘commitment to refrain from interference in the conflict or in the internal affairs of Libya and urge all international actors to do the same’, and committed to respect the arms embargo imposed by the UN Security Council.⁴³ The UN Security Council recalled this commitment not to interfere in the internal affairs of Libya, called ‘the

Addressed to the President of the Security Council’ (8 March 2021) UN Doc S/2021/229.

⁴⁰ *ibid* 2.

⁴¹ Annex to UNSC, ‘Letter Dated 22 January 2020 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations Addressed to the President of the Security Council’ (22 January 2020) UN Doc S/2020/63, Conclusions 4, 6, 9 and 18.

⁴² UNSC Res 2510 (12 February 2020) UN Doc S/RES/2510, Articles 2 and 10; Similarly see UNSC Res 2542 (15 September 2020) UN Doc S/RES/2542.; For a similar call without reference to the Berlin Conference, see UNSC Res 2509 (11 February 2020) UN Doc S/RES/2509, Article 6.

⁴³ Annex to UNSC, ‘Letter Dated 23 June 2021 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations Addressed to the President of the Security Council’ (24 June 2021) UN Doc S/2021/595, Conclusions 5, 8 and 35.

withdrawal of all foreign forces and mercenaries from Libya' in accordance with the October 2020 ceasefire agreement, and demanded 'all Member States not to intervene in the conflict or take measures that exacerbate the conflict'.⁴⁴

III. THE QUESTION OF INTERVENTION IN CIVIL WARS

As mentioned in Section I, whether a government embattled in a civil war can request foreign military assistance merely in order to bolster its hand against the opposition gives rise to controversy, with the principle of the political independence of States and the right to self-determination of peoples being at stake in such a situation. State practice concerning the Turkish intervention in Libya, the account of which was given in the previous section, supports the idea of the non-permissibility of fulfilling such a request. This is reflected in the fact that some States criticised the intervention for the reason that it constituted an unlawful interference in Libya's internal affairs, or implicated or violated Libya's sovereignty or independence. Some States emphasised the point that the Libyan people should determine their own future independently from foreign interference on any side. Such reaction to the intervention clearly reflects on the part of these States that a consensual intervention in a civil war could be unlawful on account of being a violation of the principle of the political independence of States or the right to self-determination of peoples. To be more precise, the language used by these States at the least shows that a valid consent by a rightful government does not necessarily make an intervention compatible with the relevant principles of international law such as non-interference in the internal affairs of States, respect for the political independence of States and the right to self-determination of peoples. The particularities of each case need to be taken into account to judge whether a consensual intervention complies with these principles and thus is lawful.

Not only third States' view but also Turkey's view gives weight to the idea that consensual interventions aimed at influencing a civil war should not be allowed. As mentioned in Section II, Turkey seemed to

⁴⁴ UNSC Res 2570 (16 April 2021) UN Doc S/RES/2570, Preamble, and Articles 12 and 13; Similarly see UNSC Res 2571 (16 April 2021) UN Doc S/RES/2571.

made a conscious effort not to be seen as intervening solely to influence a civil war, by depicting its intervention, in line with Libya's request, as one about countering a prior unlawful intervention in the country, countering terrorism, addressing the threats to the region and Turkish interests in Libya, preventing a humanitarian crisis, maintaining the unity and stability of Libya, and preventing illegal migration and human trafficking. This kind of behaviour, that is presenting different purposes/objectives for the intervention implying an avoidance to be seen as intervening solely to influence the outcome of a civil war, is already a common practice among States arguably with legal relevance as mentioned in Section I.⁴⁵

All in all, therefore, it could be said that the State conduct surrounding this intervention constituted a strong precedent for the view that foreign States are not allowed to intervene in civil wars merely to influence their outcome, be it at the valid request of the lawful government.

IV. THE QUESTION OF NON-COMPLIANCE WITH AN INEFFECTIVE ARMS EMBARGO

With Article 25 of the UN Charter, the UN member States have undertaken 'to accept and carry out' the Council's decisions in accordance with the Charter.⁴⁶ With Article 103, they have given superiority to their Charter obligations, and thus also those arising from the Council's decisions, over any other international agreement.⁴⁷ Accordingly, whatever agreement an intervening State makes with a consenting State where a civil war is waging, the obligations arising from a UN Security Council resolution addressing the conflict in question will supersede it. The Institute of International Law's resolution on military assistance on request which provides that the provision of assistance is prohibited when it 'would be inconsistent with a Security Council resolution relating to the specific situation, adopted under Chapter VII of

⁴⁵ See n 8 above and the surrounding text.

⁴⁶ UN Charter (n 3) Article 25.

⁴⁷ *ibid* Article 103; See Johann Ruben Leiaë and Andreas Paulus, 'Article 103' in Bruno Simma and others (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Volume II, 3rd edn, OUP 2012) 2123-2124.

the Charter of the United Nations'⁴⁸ thus merely reflects this obvious conclusion.

Under Chapter VII of the UN Charter, the UN Security Council is empowered to take measures to maintain or restore international peace and security. Under these powers, the Council, since the end of the Cold War, has increasingly been engaging in civil wars by, for example, reinforcing peace processes, authorising peacekeeping operations, or imposing financial sanctions or arms embargoes.⁴⁹ Arms embargoes, for example, can considerably limit the effectiveness of foreign interventions in civil wars. They could be imposed against the whole country and thus could prevent the supply of arms to any party, including the government,⁵⁰ as well as only against the opposition groups.⁵¹

However, the lack of political will may result in ineffective implementation by States of the arms embargoes imposed by the Council.⁵² Added to this is that the UN Security Council rarely takes effective measures against violations of arms embargoes, particularly when the interests of the permanent members of the Council are at stake.⁵³ Thus, it could very well be that an armed opposition group could be receiving foreign military assistance in its fight against the government in violation of an arms embargo imposed on the country, with the Council not being able to prevent it. The question is whether the law in such a situation entails the government to abide by the embargo and not to obtain any military assistance to defend itself against an unlawful foreign intervention which could result in its ousting.

⁴⁸ IIL, 'Military Assistance on Request' (Resolution, Session of Rhodes, 2011) Article 3(2).

⁴⁹ See James Cockayne, Christoph Mikulaschek and Chris Perry, 'The United Nations Security Council and Civil War: First Insights from a New Dataset' (International Peace Institute, September 2010) 30-1.

⁵⁰ See, for example, UNSC Res 1973 (17 March 2011) UN Doc S/RES/1973, para 13.

⁵¹ See, for example, UNSC Res 2216 (14 April 2015) UN Doc S/RES/2216, para 14.

⁵² See, for example, UN Doc S/2019/914 (n 38) accounting the non-compliance of sanctions by various States in respect to the civil war in Libya.

⁵³ Judith Vorrath, 'Implementing and Enforcing UN Arms Embargoes: Lessons Learned from Various Conflict Contexts' (SWP Comment, No.23, May 2020) 3.

On this point, it has already been convincingly argued in the literature, based on the textual interpretation of the UN Charter, preparatory works of the Charter, and State practice, that the measures taken by the UN Security Council under Chapter VII do not in themselves suspend the exercise of the right to self-defence of a State.⁵⁴ For such measures to prevent a victim State from receiving foreign military assistance in the exercise of its right to self-defence under Article 51 of the UN Charter, they must effectively prevent an armed attack from occurring. In other words, ‘the Council’s primacy is conditional upon its effectiveness’.⁵⁵ Recent State practice concerning the 1995 Croatian intervention by invitation in Bosnia and Herzegovina against the rebels claimed to be supported by Serbia and Montenegro and the 2011 Ethiopian intervention by invitation in Somalia against al-Shabaab confirms this position.⁵⁶

The point being the ‘effectiveness’ of the measures taken by the Council, it could also be argued that a government beset by a civil war is not obliged to conform to an arms embargo when the embargo is violated to its detriment and with disregard to the non-intervention principle, regardless of whether the intervention in support of the opposition reaches the level of an ‘armed attack’ warranting a response in self-defence under Article 51 of the UN Charter.

The Libyan government’s above-mentioned response to the criticism that its request of military assistance from Turkey violated the UN-imposed arms embargo reflects this point. The Libyan government

⁵⁴ Marco Roscini, ‘On the Inherent Character of the Right of States to Self-Defence’ (2015) 4 CJICL 634, 653-9; Terry D Gill, ‘Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter’ (1995) 26 NYIL 33, 94-106.

⁵⁵ Gill, ‘Legal’ (n 54) 97 drawing this conclusion from, among others, the fact that the text of the UN Charter refers to ‘effective’ collective measures and that the preparatory works of the Charter show that the understanding of the member States was that the Council would be able to take swift and effective measures in maintaining peace and security.; Also see Craig Scott and others, ‘A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council’s Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina’ (1994) 16 MichJIntlL 1, 63-7.

⁵⁶ See Chapter 7, Section 3.6 of the author’s forthcoming book cited in n 1.

claimed that while it was mindful of its obligations under the embargo, it could request military assistance despite the embargo in order to defend Libya in the exercise of its right to sovereignty and independence when it was subjected to a foreign intervention in violation of the embargo.⁵⁷ The fact that Libya did not seem to particularly invoke ‘self-defence’ under Article 51 of the UN Charter but claimed to ‘defend’ itself against the foreign intervention in support of the Haftar-led LNA’s ‘aggression’ should not change the conclusion. As said, it is about whether the embargo is *effectively* implemented or not.⁵⁸ It is not expected for a beleaguered government to stay put when the State it represents is subjected to a foreign military intervention in violation of both the non-intervention principle and a UN-imposed arms embargo. Being put at a disadvantage with the unfair implementation of the law could also go against the general principles of law concerning equality and fairness.

Sometimes, an apparent breach by a State of a UN Security Council-imposed arms embargo could also be about the interpretation of the Council’s relevant decisions on the part of that State. Thus, despite not directly answering the criticism that its intervention was in breach of the UN arms embargo or not explaining in detail how its intervention constituted one of the exemptions to the embargo, Turkey implicitly claimed that it had not violated the Council’s decisions by supporting the GNA, because the relevant resolution of the Council actually intended to urge foreign States to provide support to the GNA for Libya’s security and its intervention was in line with this resolution.⁵⁹ However, the UN Panel of Experts on Libya certainly was not in agreement with this interpretation, as it found Turkey in violation of the embargo.⁶⁰

V. THE QUESTION OF NON-COMPLIANCE WITH DOMESTIC LAW

It would be a tautology to state that a State has to comply with its own domestic law when requesting assistance from another State. Likewise, the assisting State is bound by its own domestic law when fulfilling that request. The relevant question is whether non-compliance

⁵⁷ See n 34-35 above and the surrounding text.

⁵⁸ See n 55 above and the surrounding text.

⁵⁹ See n 33 above and the surrounding text.

⁶⁰ See n 39 above and the surrounding text.

with domestic law can affect the legality of a requested intervention under international law. According to the principle of supremacy of international law, rules deriving from international law, such as those deriving from the agreement between the consenting and the intervening State, must prevail over domestic law.⁶¹ It follows that the intervening State can rely on the consent it received without having to conduct an inquiry into whether the consent comports to the consenting State's domestic law.⁶²

Article 3 of the International Law Commission's (ILC) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) also confirms the superiority of international law over domestic law. It provides that '[t]he characterization of an act of a State as internationally wrongful ... is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law.'⁶³ The Commentary to Article 20 of ARSIWA on consent, however, states that '[s]ometimes the validity of consent has been questioned because the consent was expressed in violation of relevant provisions of the State's internal law.'⁶⁴ The Institute of International Law's 2009 Report on intervention by invitation interprets this statement as enabling 'the conclusion that consent may only be given in accordance with obligations incumbent on the consenting State'.⁶⁵ However, it has to be noted that, as the Commentary to ARSIWA goes on to state, the validity of consent depends on the 'rules of internal law to which, in certain cases, international law refers'.⁶⁶ As such, when the two comments by the ILC are read in conjunction, it is understood that internal law can prevail over international law only to the extent that the latter defers to the former. The international agreement between the consenting and consented State, for example, may defer to certain rules of internal law on various aspects of the intervention, or may generally subject the international legality of the intervention to internal law.

⁶¹ See Ashley S Deeks, 'Consent to the Use of Force and International Law Supremacy' (2013) 54 *HarvIntLJ* 1, 3 and 6-8.

⁶² See *ibid.*

⁶³ ILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries' UN Doc A/56/10 (2001) Article 3.

⁶⁴ *ibid* Commentary to Article 20, para 5.

⁶⁵ IIL, 'Intervention by Invitation' (Rapporteur: Gerhard Hafner, Session of Naples, 2009) 395, para 71.

⁶⁶ ILC, 'Draft Articles' (n 63) Commentary to Article 20, para 5.

Otherwise, such a referral in international law is contained in Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). It permits a State to invoke its internal law to invalidate its consent to be bound by a treaty if the consent was given in manifest violation of a fundamentally important rule of its internal law 'regarding competence to conclude treaties'.⁶⁷ Such an exception thus is accompanied by strict conditions and only relates to the procedural but not substantial rules of domestic law. The VCLT, otherwise, as a general rule prohibits a State from invoking its internal law to justify its failure to perform its treaty obligations.⁶⁸

The application of this conclusion to State consent to intervention, at first sight, could be seen as doubtful. The VCLT governs treaties, that is, international agreements concluded between States in written form,⁶⁹ while the consent to intervention could be expressed both formally (in the form of a treaty)⁷⁰ and informally.⁷¹ However, the VCLT acknowledges that the fact that it does not apply 'to international agreements not in written form, shall not affect: (a) the legal force of such agreements; (b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention of which they would be subject under international law independently of the Convention'.⁷² Therefore, the rules of the VCLT could nevertheless apply to the informal agreement between the intervening and consenting State so long as those rules are also part of the customary international law applying to all international agreements.⁷³ State consent to the commission of an act by another State has the legal power to preclude the international wrongfulness of the act in question, so long as the act remains within the bounds of the consent given, as provided for in Article 20 of ARSIWA.⁷⁴ It would be apt, therefore, to

⁶⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, Article 46.

⁶⁸ *ibid* Article 27.

⁶⁹ See *ibid* Articles 1 and 2(1)(a).

⁷⁰ For examples of such treaties and intricacies that arise therefrom, see Eliav Lieblich, 'Intervention and Consent: Consensual Forcible Intervention in Internal Armed Conflicts as International Agreements' (2011) 29 *BostonUIntlLJ* 337, 357-62.

⁷¹ See Chapter 2, Section 5.2 of the author's forthcoming book cited in n 1.

⁷² The VCLT (n 67) Article 3.

⁷³ See Lieblich (n 70) 362-4.

⁷⁴ ILC, 'Draft Articles' (n 63) Article 20.

consider, in conjunction with other rules of customary international law, such as *pacta sunt servanda*, that State consent to intervention, given in whatever form, amounts to a legally binding international agreement to which the above-mentioned rules of the law of treaties, enshrined in the VCLT and arguably in customary international law, apply.⁷⁵

The debate around compliance with domestic law with respect to intervention by invitation is not merely one with hypothetical consequences. Finland's domestic law, for example, has in almost absolute terms prevented Finland from requesting military assistance from, or providing military assistance to, other States until a wide range of changes were introduced into its existing law in 2017.⁷⁶ To give an example of a potential breach of domestic law, the US's actions against al-Qaeda members in other States with their consent seem to have disregarded the host States' domestic laws protecting individuals from being rendered to another State, subjected to lethal force and detained in secret facilities.⁷⁷

Among others, based on such problems in practice producing undesirable consequences for the rule of law, Deeks proposes a change to the current positive international law – a change that could materialise through the modification of the VCLT or customary international law.⁷⁸ Accordingly, intervening States should be required to conduct an inquiry into the domestic law of the consenting State. If the latter's domestic law does not comport to the consent given or if the latter consents to the conduct of an act that it itself cannot undertake under its domestic law, the former has to abstain from fulfilling the wishes of the latter, such as putting down a rebellion.⁷⁹ However, so long as the incentives to preserve the supremacy of international law in international fora exist, and by the time a proposal such as that of Deeks becomes part of positive law, non-compliance with domestic law in consenting to foreign intervention remains to be only the problem of domestic law.

⁷⁵ Also see Lieblich (n 70) 362-4.

⁷⁶ See Heini Tuura, 'Finland's Changing Stance on Armed Measures: How Does it Correspond to International Law?' (2018) 87 *ActScandJurisGent* 154; Also see Deeks (n 61) 23, fn 79, citing Mexico's and Philippines's Constitutions restricting the governments' power to request the deployment of foreign troops to their territory.

⁷⁷ See Deeks (n 61) 27-30.

⁷⁸ *ibid* 57-8.

⁷⁹ *ibid* 33-60.

As for State practice, there is some internal law-based criticism or rejection of consensual interventions that generally relates to the consenting State's constitutional rules concerning competence to request military assistance. This seems to be in line with the above-mentioned right of a State to invoke a fundamentally important procedural rule of its internal law concerning competence to conclude agreements to invalidate its consent when the consent was given in manifest violation the rule to be invoked. However, while this right entitles the consenting State itself to invoke such a procedural rule, the mentioned criticism or rejection came from third States. Ukraine and the US, for example, criticised 2014 Russian intervention in Ukraine's Crimea region, among others, based on the fact that the Crimean authorities' consent to such an intervention was not acceptable under the Ukrainian Constitution.⁸⁰

In respect of Turkey's consensual intervention in Libya, some States claimed that the way in which the consent given by Libya's government was inconsistent with the Libyan Political Agreement signed by the key political players in the country that led to the formation of that government. It was claimed, for example, that the consent of Libya was not endorsed by the House of Representatives as required under the Libyan Political Agreement – even though the House at the time of the intervention was on the other side of the conflict.⁸¹ Libyan government, on the other hand, claimed in response that '[i]ts actions were consistent with the Libyan Political Agreement ... which authorizes the Presidency Council of the Government of National Accord to sign memorandums of understanding as the supreme executive authority, the Constitutional Declaration issued in 2011, and national legislation that regulates the operation of the Government.'⁸² Based on the above-mentioned principle of supremacy of international law, it remains doubtful whether *third States'* allegations of the violations of domestic law, even if manifest, would help render a consensual intervention illegal under international law.

⁸⁰ See UNSC Verbatim Record (3 March 2014) UN Doc S/PV.7125, 5 and 15.

⁸¹ See nn 22, 23 and 26 above and the surrounding text.

⁸² See n 36 above and the surrounding text.

VI. CONCLUSION

Using force in the territory of another State with the consent of its government does not in principle present an immediate challenge to the prohibition on the use of force between States. However it is controversial whether a government challenged by an internal conflict or civil war can request foreign military assistance to bolster its hand against the opposition. This is due to the alleged implications of such assistance for the principle of the political independence of States and the right to self-determination of peoples. Based on this reason and State practice, some authors found military interventions aimed at influencing the outcome of a purely internal conflict or civil war, be it in favour of the rightful government, legally problematic.

This article attempted to situate Turkey's 2020 consensual intervention in Libya within the bounds of this controversy, without necessarily attempting to assess all the relevant facts and circumstances to reach a final judgement on the lawfulness of the intervention. It found for the purpose of contributing to determining the state of customary international law on the subject that this intervention, which revealed highly relevant and ample *opinio juris* on the part of the involved States, constitutes a strong precedent against the legality of such interventions. This is reflected in the fact that some States criticised the intervention for the reason that it constituted an unlawful interference in Libya's internal affairs, or implicated or violated Libya's sovereignty or independence. Some States emphasised the point that the Libyan people should determine their own future independently from foreign interference on any side. The language used by these States at the least shows that a valid consent by a rightful government does not necessarily make an intervention compatible with the relevant principles of international law such as non-interference in the internal affairs of States, respect for the political independence of States and the right to self-determination of peoples. The particularities of each case need to be taken into account to judge whether a consensual intervention complies with these principles and thus is lawful.

Not only third States' view but also Turkey's view gives weight to the idea that consensual interventions aimed at influencing a civil war should not be allowed. Turkey seemed to make a conscious effort not to be seen as intervening solely to influence a civil war, by depicting its intervention, in line with Libya's request, as one about countering a prior unlawful intervention in the country, countering terrorism, addressing the

threats to the region and Turkish interests in Libya, preventing a humanitarian crisis, maintaining the unity and stability of Libya, and preventing illegal migration and human trafficking. This kind of behaviour, that is presenting different purposes/objectives for the intervention implying an avoidance to be seen as intervening solely to influence the outcome of a civil war, is already a common practice arguably with legal relevance long adhered to by other States.

Another significance of the Turkish intervention in Libya comes from the fact that it gives rise to some pertinent legal questions that are under-addressed and under-conceptualised in the literature. The first of these concerns the legality of supporting a government in violation of an arms embargo in response to a prior breach of the embargo in support of the opposition. On this point, it has already been convincingly argued in the literature, including with reference to State practice, that for the relevant binding measures, such as arms embargoes, taken by the UN Security Council to prevent a State victim of an armed attack from requesting foreign military assistance in the exercise of its right to self-defence, they must effectively prevent an armed attack from occurring.

In this respect, the Libyan government claimed that while it was mindful of its obligations under the embargo, it could request military assistance despite the embargo in order to defend Libya in the exercise of its right to sovereignty and independence when it was subjected to a foreign intervention in violation of the embargo. The fact that Libya did not seem to particularly invoke 'self-defence' under Article 51 of the UN Charter should not change the conclusion, as it is about whether the embargo is *effectively* implemented or not. It is not expected for a government to stay put in the face of an unlawful intervention against the country it represents in such a situation. Being put at a disadvantage with the unfair implementation of the law could also go against the general principles of law concerning equality and fairness.

Sometimes, an apparent breach by a State of a UN Security Council-imposed arms embargo could also be about the interpretation of the Council's relevant decisions on the part of that State, as Turkey seemed to interpret the relevant decisions of the Council as allowing it to provide military assistance to Libya in the particular situation, something the UN Panel of Experts on Libya appeared not to agree with.

The other question the article sought to shed light on is about whether the compliance of the consenting or the intervening State with its own domestic law matters for the purpose of the legality of an

intervention under international law. It evaluated the matter against the backdrop of the criticism that the consent of the Libyan government was expressed in a way that violated the Libyan Political Agreement signed by the key political players in the country, a criticism the Libyan government did not accept. Given the superiority of international law over domestic law in the positive law except for the situations where the relevant rules of international law defers to domestic law, the article argued that it remains doubtful whether third States' allegations of the violations of domestic law, even if manifest, would help render an intervention illegal under international law.

REFERENCES

- ‘Erdogan: Turkey will Increase Military Support to GNA if Needed’ (*Al Jazeera*, 22 December 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/12/haftar-forces-seize-ship-libya-coast-turkish-crew-191222105449299.html>>.
- ‘Libya’s War: Who is Supporting Whom’ (*Al Jazeera*, 9 January 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/01/libya-war-supporting-200104110325735.html>>.
- ‘Mitsotakis, Anastasiades and Netanyahu: The Turkish Decision to Deploy Troops in Libya Presents a Dangerous Threat to Regional Stability’ (*ANA-MPA*, 3 January 2020) <<https://www.amna.gr/en/article/419459/Mitsotakis--Anastasiades-and-Netanyahu-The-Turkish-decision-to-deploy-troops-in-Libya-presents-a-dangerous-threat-to-regional-stability>>.
- ‘No Deal: Libya’s Parliament Votes Against Turkish Involvement’ (*Al Jazeera*, 4 January 2020) <<https://www.aljazeera.com/news/2020/01/deal-libya-parliament-votes-turkish-involvement-200104145706382.html>>.
- ‘Turkey Begins Deploying Troops to Libya, Says Erdogan’ (*DW*, 5 January 2020) <<https://p.dw.com/p/3Vvk7K>>.
- ‘Turkey to Send Troops To Libya Amid Warnings From Russia’ (*RFE/RL*, 27 December 2019) <<https://www.rferl.org/a/erdogan-turkish-troops-libya-russia-opposition/30346782.html>>.
- ‘Turkish Navy Orders Israeli Ship out of Cyprus’s Waters’ (*Al Jazeera*, 15 December 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/12/turkish-navy-deports-israeli-ship-cyprus-territorial-waters-191215062253581.html>>.
- ‘UN Envoy: ‘Libya a Textbook Example of Foreign Intervention’ (*Al Jazeera*, 23 May 2019) <<https://www.aljazeera.com/news/2019/05/envoy-libya-textbook-foreign-intervention-190523164926246.html>>.
- AKANDE, Dapo and VERMEER, Zachary, ‘The Airstrikes against Islamic State in Iraq and the Alleged Prohibition on Military Assistance to Governments in Civil Wars’ (*EJIL: Talk!*, 2

Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Non-Compliance with Domestic Law

February 2015) <<https://www.ejiltalk.org/the-airstrikes-against-islamic-state-in-iraq-and-the-alleged-prohibition-on-military-assistance-to-governments-in-civil-wars/>>.

BANNELIER, Karine and CHRISTAKIS, Theodore, 'Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict' (2013) 26 LJIL 855.

BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine, 'Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Basis of Consent' (2016) 29 LJIL 743.

BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States* (OUP 1963).

Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS 16.

COCKAYNE, James, MIKULASCHEK, Christoph and PERRY, Chris, 'The United Nations Security Council and Civil War: First Insights from a New Dataset' (International Peace Institute, September 2010).

CORTEN, Olivier, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Christopher Sutcliffe tr, Hart Publishing 2010).

DE WET, Erika, *Military Assistance on Request and the Use of Force* (OUP 2020).

DEEKS, Ashley S, 'Consent to the Use of Force and International Law Supremacy' (2013) 54 HarvIntLJ 1.

DINSTEIN, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law* (CUP 2014).

DOSWALD-BECK, Louise, 'The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government' (1986) 56 BYIL 189.

FERRO, Luca, 'The Doctrine of 'Negative Equality' and the Silent Majority of States' (2021) 8 JUFIL 4.

FOX, Gregory H, 'Intervention by Invitation' in Marc Weller (ed), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (OUP 2015).

French Ministry for Europe and Foreign Affairs, 'Joint Statement by the High Representative of the European Union for Common Foreign

and Security Policy and the Ministers of Foreign Affairs of France, Germany, Italy and the United Kingdom' (7 January 2020) <<https://www.diplomatie.gouv.fr/en/country-files/libya/news/2020/article/libya-joint-statement-by-the-high-representative-of-the-european-union-for>>.

GILL, Terry D, 'Legal and Some Political Limitations on the Power of the UN Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter' (1995) 26 NYIL 33.

GILL, Terry D, 'Military Intervention with the Consent or at the Invitation of a Government' in Terry D Gill and Dieter Fleck, *The Handbook of the International Law of Military Operations* (2nd edn, OUP 2015).

GRAY, Christine, *International Law and the Use of Force* (4th edn, OUP 2018).

Greek Ministry of Foreign Affairs, 'Joint Declaration adopted by the Ministers of Foreign Affairs of Cyprus, Egypt, France, Greece and the United Arab Emirates' (11 May 2020) <<https://www.mfa.gr/en/current-affairs/statements-speeches/joint-declaration-adopted-by-the-ministers-of-foreign-affairs-of-cyprus-egypt-france-greece-and-the-united-arab-emirates-11052020.html>>.

HIGGINS, Rosalyn, 'International Law and Civil Conflict' in Evan Luard (ed), *The International Regulation of Civil Wars* (New York University Press 1972).

III, 'Intervention by Invitation' (Rapporteur: Gerhard Hafner, Session of Naples, 2009) 395.

III, 'Military Assistance on Request' (Resolution, Session of Rhodes, 2011).

IIA, 'Final Report on Aggression and the Use of Force' (Sydney Conference, 2018).

IIA, 'Final Report on Aggression and the Use of Force' (Sydney Conference, 2018) 19;

IILC, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, With Commentaries' UN Doc A/56/10 (2001).

IILC, 'Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries' (2018) UN Doc A/73/10.

Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Non-Compliance with Domestic Law

JENNINGS, Robert and WATTS, Arthur (eds), *Oppenheim's International Law* (Volume 1, 9th edn, Longman 1996).

LEIÆ, Johann Ruben and PAULUS, Andreas, 'Article 103' in Bruno Simma and others (eds), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (Volume II, 3rd edn, OUP 2012).

Libyan Political Agreement (signed 17 December 2015)
<<https://unsmil.unmissions.org/sites/default/files/Libyan%20Political%20Agreement%20-%20ENG%20.pdf>>.

LIEBLICH, Eliav, 'Intervention and Consent: Consensual Forcible Intervention in Internal Armed Conflicts as International Agreements' (2011) 29 *BostonUIntlJ* 337.

MALANCZUK, Pater, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (First published in 1970, 7th revised edn, Routledge 1997).

Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of National Accord-State of Libya on Security and Military Cooperation (signed 27 November 2019)
<<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>>.

MON, Christopher J Le, 'Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested' (2003) 35 *NYUIntlL&Pol* 741.

NGUYEN, Quoc Tan Trung, 'Rethinking the Legality of Intervention by Invitation: Toward Neutrality' (2019) 24 *JC&SL* 201.

NOLTE, Georg, 'Intervention by Invitation', *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Last updated January 2010)
<<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1702?prd=EPIL>>.

NOLTE, Georg, *Eingreifen auf Einladung* (With an English Summary, Springer 1999).

PUSTORINO, Pietro, 'The Principle of Non-Intervention in Recent Non-International Armed Conflicts' 53 (2018) *QuestIntlL* 17.

ROSCINI, Marco, 'On the Inherent Character of the Right of States to Self-Defence' (2015) 4 *CJICL* 634.

Seyfullah HASAR

RUYS, Tom and FERRO, Luca, ‘Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-led Military Intervention in Yemen’ (2016) 65 ICLQ 61.

SCHACHTER, Oscar, ‘The Right of States to Use Armed Force’ (1984) 82 MichLRev 1620.

SCOTT, Craig and others, ‘A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council’s Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina’ (1994) 16 MichJIntL 1.

TANCA, Antonio, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict* (Martinus Nijhoff Publishers 1993).

The Grand National Assembly of Turkey, Karar No: 1238 (02 January 2020), produced in the Official Gazette of the Republic of Turkey, Sayı: 30997 (3 January 2020) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/01/20200103-15.pdf>> (In Turkish).

THOMAS, Ann Van Wynen and THOMAS, A J, *Non-Intervention: The Law and Its Impact in the Americas* (Sothorn Methodist University Press 1956).

Turkish Ministry of Foreign Affairs, ‘Statement of the Spokesperson of the Ministry of Foreign Affairs, Mr. Hami Aksoy, in Response to a Question Regarding the Extraordinary Session of the League of Arab States on Libya at the Level of Permanent Representatives’ (31 December 2019) <http://www.mfa.gov.tr/sc_-83_-arap-ligi-konseyi-nin-libya-konulu-toplantisi-hk-sc.en.mfa>.

TUURA, Heini, ‘Finland’s Changing Stance on Armed Measures: How Does it Correspond to International Law?’ (2018) 87 ActScandJurisGent 154.

UCDP, ‘Forces of House of Representatives’ <<https://ucdp.uu.se/actor/5802>>.

UCDP, ‘Libya: Government’ <<https://ucdp.uu.se/conflict/11346>>.

UNGA and UNSC, ‘Identical Letters Dated 13 January 2020 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations Addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council’ (17 January 2020) UN Doc A/74/650–S/2020/84.

Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Non-Compliance with Domestic Law

- UNGA, 'Letter Dated 26 December 2019 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Libya to the United Nations Addressed to the Secretary-General' (27 December 2019) UN Doc A/74/634.
- UNGA, 'Note Verbale Dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations Addressed to the Secretary-General' (24 December 2019) UN Doc A/74/628.
- UNSC Res 1970 (26 February 2011) UN Doc S/RES/1970.
- UNSC Res 1973 (17 March 2011) UN Doc S/RES/1973.
- UNSC Res 2216 (14 April 2015) UN Doc S/RES/2216.
- UNSC Res 2259 (23 December 2015) UN Doc S/RES/2259.
- UNSC Res 2509 (11 February 2020) UN Doc S/RES/2509.
- UNSC Res 2510 (12 February 2020) UN Doc S/RES/2510.
- UNSC Res 2542 (15 September 2020) UN Doc S/RES/2542.
- UNSC Res 2570 (16 April 2021) UN Doc S/RES/2570.
- UNSC Res 2571 (16 April 2021) UN Doc S/RES/2571.
- UNSC Verbatim Record (18 November 2019) UN Doc S/PV.8667.
- UNSC Verbatim Record (3 March 2014) UN Doc S/PV.7125.
- UNSC Verbatim Record (30 January 2020) UN Doc S/PV.8710.
- UNSC, 'Letter Dated 1 April 2020 from the Permanent Representative of Libya to the United Nations Addressed to the President of the Security Council' (2 April 2020) UN Doc S/2020/269.
- UNSC, 'Letter Dated 22 January 2020 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations Addressed to the President of the Security Council' (22 January 2020) UN Doc S/2020/63.
- UNSC, 'Letter Dated 23 June 2021 from the Permanent Representative of Germany to the United Nations Addressed to the President of the Security Council' (24 June 2021) UN Doc S/2021/595.
- UNSC, 'Letter Dated 23 March 2020 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations Addressed to the President of the Security Council' (24 March 2020) UN Doc S/2020/227.

Seyfullah HASAR

- UNSC, 'Letter Dated 29 November 2019 from the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council' (9 December 2019) UN Doc S/2019/914.
- UNSC, 'Letter Dated 8 March 2021 from the Panel of Experts on Libya Established Pursuant to Resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council' (8 March 2021) UN Doc S/2021/229.
- UNSC, 'Note Verbale Dated 10 March 2020 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations Addressed to the President of the Security Council' (11 March 2020) UN Doc S/2020/196.
- UNSC, 'United Nations Support Mission in Libya – Report of the Secretary-General' (15 January 2020) UN Doc S/2020/41.
- Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.
- VORRATH, Judith, 'Implementing and Enforcing UN Arms Embargoes: Lessons Learned from Various Conflict Contexts' (SWP Comment, No.23, May 2020).

İDARİ YAPTIRIM KAVRAMI VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

Zeliha ALPSOY*

ÖZ

Yasalar ile insanlar tarafından uyulması gereken kurallar ve bu kurallara uyulmaması halinde uygulanacak olan yaptırımlar ortaya konulmaktadır. Bu doğrultuda, Kabahatler Kanunu m. 16'da idari yaptırım türleri düzenlenmiştir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari yaptırım türü olan idari tedbirler arasında yer almaktadır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi bir yaptırım türü olduğu için çalışmada önce yaptırım kavramı ve çeşitli yaptırım türleri incelenmiş, idari yaptırımlarla diğer yaptırım türleri arasındaki farklar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Konu kavramsal bir temele oturtulduktan sonra çalışma konusu olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen müsadere işleminden farklı bir yaptırım türü olmakla birlikte bu yaptırımla benzer özelliklere de sahiptir. Bu nedenle çalışmada müsadere işlemine ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir. Bu açıklamalardan sonra mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi ayrıntılı olarak incelenmiş, konuya ilişkin tespit edilen eksikliklere ilişkin çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

* Öğr. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, E-Mail: zeliha.alpsoy@karatay.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5260-6117.

Makalenin Gönderim Tarihi : 23.02.2021.

Makalenin Kabul Tarihi : 25.11.2021.

Çalışma, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin düzenlenen; başvuru yolu, tekrür, içtima ve zamanaşımı başlıkların incelenmesiyle sonlandırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, müsadere, idari yaptırım, kabahat, idari tedbir.

ADMINISTRATIVE SANCTION CONCEPT AND TRANSFERRING PROPERTY TO THE PUBLIC

ABSTRACT

Legislation enacts the rules to be followed by people and the sanctions to be applied if these rules are not followed. Accordingly, the types of administrative sanctions have been regulated in Article 16 of the Law on Misdemeanors. The transfer of property to the public is among the administrative measures, which are a type of administrative sanctions. Since the transfer of property to the public is a type of sanction, firstly the concept of sanction and various types of sanctions were examined in the study, and the differences between administrative sanctions and other sanctions were tried to be revealed. After the subject was based on a conceptual basis, the sanction of the transferring property to the public, which is the subject of the study, was examined in the light of doctrine and judicial decisions.

The process of transferring the property to the public is a different type of sanction than the confiscation procedure regulated in the Criminal Procedure Code, but also has similar features with this sanction. Therefore, explanations regarding the confiscation process were also included in the study. After these explanations, the process of transferring the property to the public was examined in detail, and solution proposals were tried to be presented for the deficiencies on the subject. The study was concluded by examining the topics of remedy, repetition, conseil and prescription regarding the transfer of property to the public.

Keywords: Transfer of property to the public, confiscation, administrative sanction, misdemeanor, administrative measure.

I. GİRİŞ

İnsanlık tarihine bakıldığında toplumsal davranış kurallarını ihlal edenlere çeşitli yaptırımlar uygulandığı görülür. Yaptırımlar, toplumsal düzenin varlığının teminatı niteliğindedir. Yaptırımların önleyici etkisi,

hukuki değerlerin korunmasına hizmet etmektedir¹. Bir kuralı hukuk kuralı haline getiren şey kuralın maddi bir yaptırıma bağlanmasıdır. Yaptırımlar kamu gücünü kullanma yetkisine sahip kişi ya da kurumlar tarafından uygulanır².

Hukuk, kendi içerisinde farklı dallara ayrılmakta ve bu hukuk dalları genel olarak farklı hukuki menfaatleri korumayı amaçlamaktadır. Bu farklılıklar fiillere uygulanan yaptırım türlerinde de farklılaşmayı beraberinde getirmiştir. Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce kabahatler ve kabahatlere ilişkin ön görülen yaptırımların en azından genel bir çerçeve içerisinde düzenlenmesine ihtiyaç vardı. Kabahatler Kanunu, farklı hukuk disiplinleri ve kanunlar içerisinde kendisine yer bulan kabahatler ve idari yaptırımları tek çatı altında toplamaya yönelik atılan bir adım niteliğindedir.

Çalışmada mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmiştir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına ilişkin eksik yönler tespit edilmeye çalışılarak bu eksikliklere ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür.

II. YAPTIRIM KAVRAMI

Yaptırımlar bir diğer adıyla müeyyideler³ caydırıcı ve telafi edici yaptırımlar olarak kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır. Bununla birlikte bir yaptırım aynı anda caydırıcı ve telafi edici özelliğe sahip olabilir⁴. Yaptırımlarda, mevcut aykırılığı cezalandırma amacı ve tehdit ön plandadır⁵. Hem kamu hukuku hem de özel hukukta bireyi hukuksal

¹ AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 823.

² DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 7.

³ İl Han ÖZAY, Müeyyide ve yaptırım kavramlarının farklı anlamlar taşıdığı görüşündedir. Bakınız, ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3326, İstanbul 1985, s. 15.

⁴ ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 8-9.

⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 18, S. 2, Yıl: 1963, s. 129, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3169/44082>, Erişim Tarihi: 17.11.2020.

açından bir zorlamaya maruz bırakan çeşitli yaptırımlar bulunmaktadır⁶. Özel hukukta çok çeşitli yaptırım türleri olmakla birlikte bunlardan en çok karşılaşılanı; *tazminat, cebri icra ve geçersizliktir*⁷. Kamu hukuku yaptırımları ise *cezai yaptırımlar* ve *idari yaptırımlar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezai yaptırımlar ceza hukuku kapsamında uygulanmaktadır. İdari yaptırımlar ise kendi içerisinde *özel kişilere karşı yaptırımlar* ve *idarenin kendisine karşı yaptırımlar* olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel kişilere karşı yaptırımlar Kabahatler Kanunu m. 16'da sayılan *idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi* ve *diğer idari tedbirlerdir*. İdareye karşı yaptırımlarsa *yokluk, iptal ve tazminattır*⁸.

III. YAPTIRIM TÜRLERİ

A. Disiplin Yaptırımı

Disiplin yaptırımı, bir statü içinde bulunan kişilerin bu statüden kaynaklanan görevleri yerine getirmemesi, emir ve yasaklara uymaması gibi sebeplerle uygulanan yaptırım türüdür. Uyarma ve statüden çıkarma gibi çeşitli disiplin yaptırımları vardır⁹. Disiplin yaptırımları bazı grupların iç düzeninin bozulmasını önleme amacı taşır¹⁰. Bu yaptırımlar devlet organları meslek kuruluşları gibi bazı organizasyonların kendi içerisinde bir düzen sağlanması amacıyla başvurulan yaptırımlardır. Disiplin hukukunun uygulanabilmesi belli bir hiyerarşinin bulunmasına bağlıdır. Disiplin yaptırımları Kabahatler Kanunu'nun kapsamı dışındadır¹¹. Fakat bu yaptırımların Kabahatler Kanunu kapsamında

⁶ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1995, s. 118.

⁷ DURAL / SARI, s.7-8-9.

⁸ GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015, s. 383-384-385.

⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006, s. 51.

¹⁰ ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 61.

¹¹ OTACI, Cengiz / KESKİN, İbrahim: Türk Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 5.

düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş bulunmaktadır¹². Yine disiplin yaptırımlarını idari yaptırım olarak kabul eden yazarlar da vardır¹³. Fakat disiplin yaptırımları kabahatler için öngörülen idari yaptırımlardan farklı niteliktedir¹⁴.

Disiplin yaptırımlarında amaç kişileri cezalandırmak değil disipline etmektedir. Disiplin hukukundaki yaptırımlar uyarıcı ve uslandırıcı niteliktedir¹⁵. Disiplin yaptırımları ile kamu hizmetinin iyi ve düzenli işlemesi amaçlanırken, idari yaptırımlar ile kamu düzeninin sağlanması amaçlanır¹⁶. Disiplin yaptırımı uygulanabilmesi için kişilerin memur olmak gibi belli bir statü içinde olmaları gerekir¹⁷. Disiplin cezası olarak ancak kanunda sayılan cezaların uygulanmasına karar verilebilir. Bu nedenle disiplin cezalarında kanunilik ilkesi geçerlidir¹⁸. Fakat disiplin suçları açısından kanunilik ilkesi kabul edilmemiştir¹⁹.

Disiplin yaptırımı ile kabahatlere ilişkin öngörülen yaptırımların ortak noktası ikisinde de idare tarafından, yargılama faaliyeti yapılmadan bir yaptırım uygulanması söz konusudur²⁰. Farklı noktaları ise başlıca şu şekildedir; kabahat olarak kabul edilen haksızlıklar tüm topluma yönelikken disiplin hukuku kapsamındaki haksızlıklar belirli bir grup insana yöneliktir. Yine haksızlıklar tür, nitelik, ağırlık ve kanun yolları açısından da birbirinden farklıdır²¹. Bir fiil hem disiplin yaptırımına hem de ceza yaptırımına tabi ise her ikisinin de uygulanması söz konusuysen kabahatler açısından bu durum geçerli değildir. Buna göre bir fiil cezai ve

¹² EKİNCİ, Murat: Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 24, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/270847>, Erişim Tarihi: 17.11.2020.

¹³ AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 765.

¹⁴ KANGAL, Zeynel T.: Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 5.

¹⁵ MAHMUTOĞLU, s. 121.

¹⁶ ÇAĞLAYAN, s. 51.

¹⁷ GÖLCÜKLÜ, s. 159.

¹⁸ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 767-768.

¹⁹ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 769.

²⁰ ÖZEN, Mustafa: İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 6.

²¹ ÖZEN, s. 6.

idari yaptırımların uygulama alanına aynı anda giriyorsa bu fiile sadece cezai yaptırım uygulanır²².

B. Yargılama Hukuku Yaptırımı

Mahkemelerin bir düzen ve disiplin içerisinde işleyebilmesi için bazı yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yaptırımlara yargılama hukuku yaptırımları denilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 60'da tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinenler ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 151'de duruşma düzenini bozanlara ilişkin öngörülen disiplin hapsi bu yaptırım türüne örnek olarak gösterilebilir²³. Bu tür yaptırımlarda amaç kişileri cezalandırmak değil, duruşma ve yargılama işlemlerinin bir ciddiyet ve düzen içerisinde yapılabilmesidir²⁴. Kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlarda ise kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır²⁵.

C. Cezai Yaptırım

Ceza, farklı yazarlar tarafından birbirine benzer şekilde tanımlanmış bir kavramdır. Bu tanımlamalardan hareketle ceza; kanunda suç olarak tanımlanan bir fiilin işlenmesi nedeniyle yargı organları tarafından uygulanan yaptırım türüdür. Kural ihlali nedeniyle verilen ceza ödetici, önleyici ve ıslah edici özelliklere sahiptir²⁶. Yaptırım ise, ceza hukukunda suç olarak kabul edilen fiillere karşılık olarak öngörülen ve devlet tarafından uygulanan sonuçları ifade etmektedir. Ceza hukukundaki yaptırım çeşitleri ceza ve güvenlik tedbirleridir²⁷.

Suç ve kabahatlerin kökeni haksız fiillerdir. Suç ve kabahatler arasındaki fark, suç olarak kabul edilen fiillerin haksızlık derecesinin daha fazla olmasıdır. Haksızlık derecesindeki farklılıklar bu fiillere farklı yaptırımlar uygulanması sonucunu doğurmuştur. Fakat bu durum

²² KANGAL, s. 6-7.

²³ OTACI / KESKİN, s. 9.

²⁴ KUNTER, N; Mahkeme Hukuku..., No: 474, s. 846; Naklen, MAHMUTOĞLU, s. 122.

²⁵ KANGAL, s. 9.

²⁶ ÖZEN, s. 19.

²⁷ AKBULUT, Genel Hükümler, s. 823-824.

kabahatlerin ceza hukuku ile olan bağıını ortadan tamamen kaldırmamıştır²⁸.

Uygulanan yaptırım türüne bakılarak fiilin suç ya da kabahat olduğuna karar verilir. Bu nedenle bir eylemin kabahat niteliğinde olması ya da olmaması kanun koyucunun bu konudaki suç politikasına bağlıdır²⁹.

Her ceza bir yaptırım olmakla birlikte her yaptırım bir ceza niteliği taşımaz³⁰. Cezaların genel önleme ve özel önlemeye yönelik amaçları vardır. Buna göre genel önleme ile suç işlenmesinin önlenmesi ve fiilin bedelini ödetmek amaçlanırken özel önleme ile failin topluma tekrar uyum sağlaması amaçlanmaktadır³¹. Güvenlik tedbirleri, failin tehlike arz etmesi halinde, suç işlenmesini önlemek amacıyla uygulanmaktadır. Bu nedenle geleceğe yöneliktir³². İdari yaptırımlarda ise idarenin işlevini yerine getirebilmesi amaçlanır, cezalandırmadan ziyade caydırıcılık ön plandadır³³.

Cezai yaptırımlara yargı makamları karar verir ve yine yargı makamları tarafından, ceza hukukunda ön görülen usuller doğrultusunda yerine getirilir. İdari yaptırımlara idari makamlar tarafından karar verilir yargı kararı olmadan doğrudan idare tarafından idare hukuku usulleri doğrultusunda icra edilir. Cezai yaptırımlar hürriyeti bağlayıcı nitelikte olabilirken idari yaptırımlar Anayasa m. 38 gereği hürriyeti bağlayıcı nitelikte olamaz³⁴.

Kabahatler hukukunda idare tek taraflı bir işlemle yaptırım uygulamakta ceza hukukunda ise bir yargılama faaliyeti neticesinde yaptırım uygulanmaktadır. Ceza hukuku yaptırımları hakim ya da mahkeme tarafından verilirken kabahatler hukukunda valilik, belediye gibi çeşitli idari makamlar tarafından verilmektedir. Cezalar Cumhuriyet başsavcılığı tarafından, kabahatlere yönelik yaptırımlarsa idare tarafından

²⁸ ÖZEN, s. 14.

²⁹ MAHMUTOĞLU, s. 93.

³⁰ ULUSOY, s. 5.

³¹ MAHMUTOĞLU, s. 120.

³² ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 547.

³³ YILDIZ, Ferhat: İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 95, Yıl: 2014, s. 89.

³⁴ YILDIZ, İdari Yaptırımlar, s. 90.

infaz edilmektedir. Cezalar adli sicile kayıt edilirken kabahatler bu sicile kayıt edilmezler³⁵.

Cezai yaptırım ile idari yaptırımların ortak noktaları da bulunmaktadır. Bunlar³⁶; zor kullanma yetkisinin idare tarafından kullanılması (idari yaptırımlarda idare somut bir şekilde karşımıza çıkarırken cezai yaptırımlarda genel niteliktedir), gerçek ve tüzel kişilere uygulanabilmesi, önleme amacı taşıması³⁷, uygulama alanı bakımından genel nitelikli olma³⁸, yer aldıkları kanunların emredici ve yasaklayıcı normlar içermesidir³⁹.

D. İdari Yaptırımlar

1. Kabahat ve Kabahatler Hukuku Kavramları

Sözlük anlamı olarak kabahat; uygunsuz iş, kusur olarak tanımlanmaktadır⁴⁰. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) suçları, cürüm ve kabahat olarak ayırmıştı. Cürüm ile kabahatler arasında nitelik bakımından bir fark bulunmamakta olup fark suç türlerinin ağırlıklarından kaynaklanmaktaydı. Daha hafif cezalar ön görülen fiiller kabahat olarak kabul edilmekteydi. Kanuna göre hafif hapis, hafif para cezası, belli bir meslek ya da sanatın yapılmasının yasaklanmayı gerektiren suçlar kabahat olarak kabul ediliyordu⁴¹. Kabahatler Kanunu (KK) kabahat kavramını, “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” olarak tanımlamıştır (KK m. 2). “Haksızlık” kavramının maddede geçtiği haliyle kullanılması, kavramın sıfat olması nedeniyle eleştirilerek, bu kavram yerine “fiil” teriminin kullanılması gerektiği ifade edilmiştir⁴². Kanuna göre yaptırım olarak

³⁵ MAHMUTOĞLU, s. 129.

³⁶ ÖZEN, s. 32-33.

³⁷ AKBULUT, Berrin: Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 14.

³⁸ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 14-15.

³⁹ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 8-9.

⁴⁰ MAHMUTOĞLU, s. 11.

⁴¹ DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 198.

⁴² YURTCAN, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:317, Ankara 2016, s.

idari para cezası ve idari tedbir öngörülen fiiller kabahat olarak kabul edilmektedir⁴³. Kanunda kabahat olarak tanımlanan bu fiiller kanunun gerekçesinde “idari suç” olarak ifade edilmiştir.

Kabahatler hukuku *bazı eylemlerin suç olmaktan çıkartılıp yaptırımını idarenin belirlemesi ilkesi* uyarınca gelişen bir hukuk dalıdır⁴⁴. Kabahatler hukukuna konu fiil ile bireysel hukuki değerin ihlal edilmesi mümkün olmakla birlikte burada bireyüstü değerlerin korunması ön plandadır⁴⁵. Kabahatler hukuku farklı şekillerde tanımlanmakta olup bu tanımlar esas olarak birbirine benzer mahiyettedir⁴⁶.

Kabahatler Kanunu yürürlüğe girmeden önce kabahat olarak kabul edilen fiiller çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olup bu fiiller ve yaptırımları inceleyen hukuk dalı için farklı terimler kullanılmıştır⁴⁷. Kabahatler Kanunu’nun kabulüyle idare hukuku ve ceza hukukunun ortak noktasında yer alan bu hukuk dalı için başka hukuk dallarına yönelik bir çağrışım yapmaması nedeniyle “Kabahatler Hukuku” kavramının kullanılması daha yerindedir⁴⁸.

Kanunda kabahat olarak kabul edilen fiiller ve kabahatleri incelenen hukuk dalı olan kabahatler hukukuna ilişkin doktrinde farklı terimler de kullanılmaktadır. Özbek/Doğan/Bacaksız⁴⁹, Özen⁵⁰, Gölcüklü⁵¹, *idari*

15, <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/548.pdf>, Erişim Tarihi: 16.11.2020.

⁴³ HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 62.

⁴⁴ OTACI / KESKİN, s. 5.

⁴⁵ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 13.

⁴⁶ Örneğin İÇEL, idari ceza hukuku olarak ifade ettiği bu hukuk dalını, devletlerin idareye toplumsal düzeni korumak ve bu düzeni bozacak nitelikteki davranışları önlemek için verilen yetkilerini nasıl kullanılacağını, sosyal düzeni bozan davranışların ve bu davranışlar için öngörülen yaptırımların neler olduğunu düzenleyen hukuk dalı olarak tanımlamaktadır. İÇEL, Kayıhan: İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 50, Sayı: 1-4, Yıl: 1984, s. 117, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95829>, Erişim Tarihi 31.11.2020.

⁴⁷ Ayrıntılı Bilgi İçin Bakınız, ÖZEN, s. 7-8-9.

⁴⁸ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 36; OTACI / KESKİN, s. 4

⁴⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 49.

⁵⁰ ÖZEN, s. 11.

ceza hukuku terimini kullanmaktadır. Gölcüklü, idari ceza hukuku bünyesinde hakkında yaptırım ön görülen filleri idari suç olarak tanımlamıştır⁵². Gölcüklü'ye göre, idari suç terimindeki idari terimi, yaptırımın idare tarafından uygulanmasına atfen kullanılırken⁵³, suç kavramı teknik anlamda suçu ifade etmemekte olup müeyyidenin cezalandırıcı yönünü⁵⁴, ifade etmek için kullanılmaktadır. İdari suçlar; idare tarafından sağlanması gereken kamu düzeni, emniyet, asayiş ve halkın sağlığı gibi unsurların gerçekleşmesine engel olan fillerdir⁵⁵. İdari suçla idari bir menfaat ihlal edilmektedir⁵⁶. Mahmutoğlu, bu hukuk dalı için *düzene aykırılıklar hukuku* terimini tercih etmiş ve idari suç yerine *düzene aykırılık teşkil eden eylemler* ifadesini kullanmıştır⁵⁷. Çağlayan, kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi doğrultusunda ceza hukuku kavramları olan idari ceza ve idari ceza hukuku kavramlarının kullanılmaması gerektiği görüşündedir. Çağlayan'a göre; *idari suç* yerine *idari düzene aykırı eylem*, *idari ceza* yerine *idari yaptırımlar*, *idari ceza hukuku* yerine *idari yaptırımlar hukuku* kavramlarının kullanılması gerekir⁵⁸. Oğurlu, idari ceza hukuku yerine *idari yaptırım hukuku*⁵⁹, *idari suç* yerine *idari düzene aykırı eylem ve davranış* ya da *idari ihlal*, *idari ceza* yerine *idari yaptırım* kavramlarının kullanılması gerektiği görüşündedir⁶⁰. Kanunun gerekçesinde idari suç teriminin kullanılması sebebiyle kabahat yerine *idari suç* terimini kullanmayı tercih eden yazar da bulunmaktadır⁶¹.

İdari yaptırım gerektiren eylemlerin *idari suç*, *idari haksız fiil*, *polis suçları*, ya da *düzene aykırılık* gibi farklı şekillerde isimlendirilmesi

⁵¹ GÖKCÜKLÜ, s. 117.

⁵² GÖLCÜKLÜ, s. 118; Aynı yönde, KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 34.

⁵³ GÖLCÜKLÜ, s. 120.

⁵⁴ GÖLCÜKLÜ, s. 120, Dip not no: 4a.

⁵⁵ GÖLCÜKLÜ, s. 119.

⁵⁶ GÖLCÜKLÜ, s. 119, Dip not no:3.

⁵⁷ MAHMUTOĞLU, s. 101.

⁵⁸ ÇAĞLAYAN, s. 21.

⁵⁹ OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 1, Yıl: 1999, s. 148, <https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=753>, Erişim Tarihi: 16.12.2020.

⁶⁰ OĞURLU, s. 149.

⁶¹ EKİNCİ, Mustafa: Anlatımlı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s. 1.

kavram kargaşasına sebep olmaktadır. Kanun koyucu bu filleri kabahat olarak nitelendirmiş olup kabahat teriminin kullanılması daha yerindedir⁶². Çalışmada da kabahat kavramı tercih edilmiştir. Buna karşı Ayatar Kızılyar, kabahat teriminin ceza hukukuna özgü bir terim olması nedeniyle idari yaptırım öngörülen fiillere kabahat denilmesini eleştirmektedir⁶³. Eleştiri nitelendirmenin doğrudan kanun tarafından yapılmış olması nedeniyle yerinde değildir. Bir hukuk dalı bünyesinde yer alan kavramları temsil eden terimlerde birlik olması, hukuk dalının kendine has ilke ve kavramları ile büyümesi, hukuk dalında çalışma yapılması ve bu çalışmaların anlaşılması hususlarını kolaylaştıracaktır. Keza Akbulut⁶⁴ ve Mahmutoğlu⁶⁵ da bu hususlara vurgu yapmaktadır.

Kabahatler hukuku hem ceza hukuku hem de idare hukukuna özgü özellikleri bünyesinde taşıyan bir hukuk dalıdır⁶⁶. Kabahatler hukukuna ilişkin genel kurallar konulurken ceza hukukundan, ceza hukuku hükümlerinden yararlanılmış ve ceza hukuku kavramlarına yer verilmiştir. Bu nedenle kabahatler hukuku geniş anlamda ceza hukuku içerisinde yer almaktadır⁶⁷.

Kabahatler ile toplum sağlığı, güvenliği, huzuru gibi hukuksal yararların korunması esastır. Fakat bireyin korunmasını ön planda tutan kabahatler de vardır⁶⁸. Bir fiile ilişkin olarak Kabahatler Kanunu

⁶² Aynı Yönde, AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 36; OTACI / KESKİN, s. 4; GEDİK, Doğan/YÜCE, Ersoy: Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Legal Kitapevi, İstanbul 2011, s. 43; GÜÇLÜ, Yaşar: İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 35; ZAFER, Hamide: İdari Yaptırım Usulü, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu, İstanbul 2007, s. 670.

⁶³ AYATAR KIZILYAR, Sema: Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı Distinction Between Criminal and Administrative Sanction, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Sayı: Özel, Yıl: 2013, s. 1653, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179472>, Erişim Tarihi 30.11.2020.

⁶⁴ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 36.

⁶⁵ MAHMUTOĞLU, s. 101.

⁶⁶ MAHMUTOĞLU, s. 103.

⁶⁷ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 31.

⁶⁸ MAHMUTOĞLU, s. 88.

dışındaki bir kanunda idari yaptırım öngörülürse bu fiil de kabahat niteliği kazanır⁶⁹.

Kabahati işleyen kişiye ilişkin olarak Kabahatler Kanunu'nda (m. 5/2) ve doktrinde fail terimi kullanılmaktadır⁷⁰. Fail yerine “kabahatli” denilmesi kanunun yürürlüğe giriş amacına daha uygundur⁷¹. Fakat kanunda fail terimi kullanıldığı için kabahat işleyen kişiye fail denilmesi gerekir.

Kabahat olarak kabul edilen fiiller gerçek kişiler tarafından işlenebilir. Tüzel kişiler bir kabahatin faili olmaz. Fakat KK m. 8/1'de sayılan kişilerin işlediği kabahatler nedeniyle tüzel kişinin sorumluluğuna gidilebilir. Buna dayanarak tüzel kişiler hakkında idari yaptırım kararının uygulanması mümkündür. Tüzel kişinin organları, temsilcileri ya da tüzel kişinin faaliyetleri esnasında işlenen kabahatler nedeniyle TCK'dan farklı olarak Kabahatler Kanunu'nda cezaların şahsiliği ilkesi benimsenmemiştir⁷². Kabahat olarak kabul edilen ve yaptırım öngörülen fiillerin fail tarafından bilinmemesi yaptırım uygulanmasına engel teşkil etmez⁷³.

Kabahatler hukukunda amaç, düzeni bozacak nitelikteki davranışların önlenmesidir. Bu kapsamda uygulanan yaptırımlar teknik anlamda ceza niteliğinde olmayıp göreve aykırı hareket eden kişiye bir daha göreve aykırı hareket etmesin diye verilen bir uyarı niteliğindedir⁷⁴.

⁶⁹ YILDIZ, Ali Kemal: Kabahatler Kanunu-Uygulama ve Sorunlar, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri 10-11 Şubat 2006, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları No:33, Ankara 2006, s. 192-193; Zafer, s. 669.

⁷⁰ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 337 vd.; GEDİK / YÜCE, s. 50; YALÇIN, İsmail: Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 141.

⁷¹ YALÇIN, s. 59.

⁷² AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 351; ÖZEN, s. 53; Karşı görüş, KARABULUT, s. 151. KARABULUT, cezaların şahsiliği ilkesinin idari yaptırımlar açısından geçerli olduğu fakat katı bir şekilde uygulanmaması gerektiği kanaatindedir.

⁷³ YALÇIN, s. 45-46.

⁷⁴ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 50.

KK m. 4’de kanunilik ilkesi düzenlenmiştir⁷⁵. Maddeye göre kabahat olarak kabul edilen fiiller, kanunilik ilkesi doğrultusunda açıkça düzenlenebileceği gibi kanunda fiile ilişkin genel bir çerçeve konulup çerçevenin içi idari organ ve makamlar tarafından idari işlemlerle doldurulabilir. Bununla birlikte yaptırımlar açısından bu bakış açısı benimsenmemiş, kanunilik ilkesinin esnetilmeden uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir⁷⁶. Madde belirlilik ilkesi açısından değerlendirildiğinde, hem kabahat olarak kabul edilen fiiller hem de bu fiiller için öngörülen yaptırımlar belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Kabahatler hukukunda da keyfi uygulamalara yer verilmemesi gerekir⁷⁷. Bu durum kabahatler hukukunda, yaptırımda belirliliğin mutlak olduğu fakat kuralda belirliliğin mutlak olmadığı şeklinde ifade edilmektedir⁷⁸⁷⁹.

TCK’nın zaman bakımından uygulanmasına yönelik hükümleri kabahatler hakkında da uygulanır. Bununla birlikte idari yaptırım kararının yerine getirilmesi söz konusuysa derhal uygulama kuralı doğrultusunda hareket edilir (KK m. 5/1). Kabahat olarak kabul edilen fiile ilişkin olarak bir idari yaptırım kararı verilmeden, yaptırımda bir değişiklik yapılması yoluna gidilmişse lehe olanın olaya uygulanması gerekir. Derhal uygulama kuralı kesinleşmiş yaptırımlar hakkında

⁷⁵ KK m. 4 “(1) *Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*

(2) *Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.*”

⁷⁶ ÖZEN, s. 48; AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 134.

⁷⁷ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 144.

⁷⁸ ÖZEN, s. 51.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi bir kararında; otobüs hakkında verilen seferden men kararının kanuni dayanağı olarak 5216 sayılı Kanun m. 7/1-f fıkrasının gösterildiği, maddeye bakıldığında büyükşehir belediyesi tarafından alınabilecek idari tedbirlerin neler olduğu ve kimler tarafından alınabileceğinin açıkça düzenlenmediği, başvuruya konu yaptırım Yönerge’de “*taşımacılık faaliyetinin geçici olarak askıya alınması*” ile “*gözetim altında bulundurulması*” hükümlerine dayanmakta olup Yönerge hükümleri uyarınca mülkiyet hakkının kısıtlanması nedeniyle başvuruya konu olayda kanunilik unsurunun sağlanmadığını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Başvuru No: 2016/11371, KT. 21.7.2020. (Lexpera)

uygulanır⁸⁰. Kesinleşen kararlara ilişkin olarak değişen yaptırımın lehe olup olmaması önem arz etmemektedir⁸¹. Derhal uygulama kuralı idari yaptırımın nasıl infaz edileceği ile ilgilidir. Kabahatin unsurları ya da yaptırma ilişkin değişikliklerde lehe olan kuralın uygulanması gerekir⁸².

KK m. 20'de soruşturma zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Fakat soruşturma terimi ile tam olarak hangi zaman dilimin ifade edildiği CMK'da olduğu gibi açıkça ifade edilmemiştir. Doktrin deyse kabahat işlenmesinin öğrenilmesiyle başlayan süreç kabahat soruşturması olarak ifade edilmektedir⁸³. Kabahat soruşturmasını yürüten makamın yer yönünden yetkisi KK uyarınca CMK hükümlerine göre belirlenirken, madde yönünden yetkisi kabahatin düzenlendiği madde içeriğine göre belirlenmektedir. KK ya da özel kanunlar ile ortaya konulan madde yönünden yetki kurallarına Kanun'un 23 ve 24. maddeleri ile istisnalar getirilmiştir. Kabahat soruşturmalarında kişilere savunma hakkının tanınması hususu açıkça düzenlenmemiştir. Ceza yargılamasındaki savunma hakkının tüm unsurlarıyla kabahat soruşturmasında uygulanmaması kaydıyla⁸⁴ kişilere savunma hakkının tanınması gerektiği yönünde görüş bulunmaktadır⁸⁵. Kanunda açıkça düzenlenmese de ilgili kişi dilekçe ile yaptırım uygulayacak makama başvurarak aleyhine bir yaptırım uygulanması ihtimaline karşı savunmalarını ileri sürebilir. Anayasa Mahkemesi dilencilik kabahati nedeniyle icra edilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi işleminde başvurunun, etkin bir şekilde kendisini savunma imkanının olup olmadığı hususunda ayrıca bir değerlendirme yapmış ve başvurunun işleme iki aşamalı olarak itiraz edebildiğine, duruşmalı olarak incelenen itirazında kendisini vekil ile temsil

⁸⁰ MERAN, Necati: Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar (5728 s. Kanun Değişiklikleri ile), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 15.

⁸¹ OTACI/KESKİN, s. 44.

⁸² Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm, Başvuru No: 2012/731, KT. 15.10.2014. (Lexpera).

⁸³ GEDİK/YÜCE, s. 117.

⁸⁴ GEDİK/YÜCE, s. 121.

⁸⁵ KURT, Hayrettin: "İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 140, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789185>, Erişim Tarihi: 30.11.2020.

edebildiğine böylelikle işleme karşı etkin bir itiraz yapabildiğine karar vermiştir⁸⁶.

2. İdari Yaptırım Kavramı

İdari yaptırım, mahkeme kararı olmadan, yasalar tarafından verilen yetkiye dayanılarak, idare hukukuna has usullerle, idarenin aracı kullanmadan uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlanmaktadır⁸⁷. Doktrinde kavrama ilişkin benzer nitelikli farklı tanımlar da vardır⁸⁸⁹. İdare tarafından uygulanan tüm yaptırımlar kabahatler hukuku yaptırımı olarak kabul edilmemektedir⁹⁰.

Bir idari işleme uyulmasını sağlayacak en önemli unsur işlemin yaptırımıdır. Yaptırım öngörülmeyen idari işlemlerin uygulanması ve toplum tarafından ciddiye alınması noktasında sıkıntılar yaşanabilir⁹¹. Sosyal düzen cezai yaptırımlar ile korunurken idari düzen idari yaptırımlarla korunmaktadır⁹². Düzene aykırılık basit nitelikli ise karşılık olarak idari yaptırım öngörülmektedir⁹³. İdari yaptırımlar ile toplum

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı,1. Bölüm, Başvuru No: 2015/18986, KT. 25.12.2018. (Lexpera).

⁸⁷ ZAFER, s. 667.

⁸⁸ ÖZAY, idarî yaptırım kavramını “*idare içinde yer alan makam ve mercilerin idari işlem niteliğindeki kararları* olarak tanımlamıştır. Bakınız, Özay, s. 40. GÖLCÜKLÜ, belirli bir kişiye yönelik olan, cezalandırıcı özelliğe sahip, hâkim müdahalesi olmadan, idare tarafından re’sen uygulanan yaptırımlar olarak tanımlamıştır. Bakınız, GÖLCÜKLÜ, s. 135. ZANOBİNİ, “*tatbiki idari otoritelere bırakılan kanunlardan neş’et eden müeyyideler cezai değil idari müeyyidelerdir*” olarak tanımlamıştır. Bakınız, ZANOBİNİ, Guido: İdari Müeyyideler, Çeviren: H. Yılmaz Günel, Sevinç Matbaası, Ankara 1964, s. 27.

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi ise idarî yaptırım kavramını, “*idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara “idarî yaptırım”* denilmektedir.” şeklinde tanımlamıştır. Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 1996/48, K. 1996/41, KT. 23.10.1996 (Lexpera); Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2000/43, K. 2004/60, KT. 13.5.2004. (Lexpera).

⁹⁰ MAHMUTOĞLU, s. 123.

⁹¹ OĞURLU, s. 152.

⁹² ÇAĞLAYAN, s. 22; AYATAR KIZILYAR s. 1659.

⁹³ HAKERİ, s. 62.

disiplininin sağlanması amaçlanmaktadır⁹⁴. İdari yaptırımlar, önleyici ve zorlayıcı niteliktedir. Belli bir kişi hedef alınarak, idare tarafından idari usullerle uygulanır, yasal dayanağının bulunması gerekir⁹⁵.

Kabahatler hukukunda, toplumsal düzeni bozan fiillerin işlenmesinin önüne geçilmek istenmektedir. Burada kişilerin uyarılması söz konusudur⁹⁶. Anayasa ile çizilen sınırlara riayet edilmesi kaydıyla idarenin yaptırım uygulaması Anayasa'ya uygundur⁹⁷.

Kabahatler Kanunu genel kanun olup özel kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmaması halinde bu kanun hükümleri olaya uygulanır⁹⁸. Genel ilkelerin özel kanunlarda düzenlenen idari tedbirler açısından da uygulanmasının sağlanması gerektiği kanunun gerekçe kısmında ifade edilmiştir⁹⁹.

Kabahatler Kanunu'nda kabahat olarak düzenlenen fiillere uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar ile hukuki değer ihlalini önleme amacı taşınmaktadır¹⁰⁰. Kabahatler Hukuku'ndaki yaptırımlar teknik anlamda bir ceza yaptırımını niteliğine sahip değildir¹⁰¹.

İdari yaptırımlar idari işlem niteliğindedir¹⁰². İdari yaptırımlar idari işlem niteliğinde oldukları için *yetki, şekil, sebep, konu ve maksat* (amaç) unsurları açısından hukuka uygun olması gerekir (İYUK m. 2/1-a). İdari işlemlerin özellikleri, *icrailik, re'sen icra edilebilirlik, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmadır*. İcraailik, idarenin tek taraflı olarak açıkladığı irade beyanı ile hukuki sonuç doğurmasıdır. Buna göre işlemin hüküm ve sonuç doğurması muhatabın kabulüne bağlı değildir. Re'sen icra edilebilirlik, idare tarafından alınan kararların yine idare tarafından icra edilebilmesi, maddi dünyada değişiklikler yapabilmesini ifade eder. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanma ise işlemin iptal edilene kadar hukuka uygun varsayılmasını ifade eder. Fakat hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya kanun ile istisna getirilerek idari işleme karşı

⁹⁴ GÖLCÜKLÜ, s. 131.

⁹⁵ ÇAĞLAYAN, s. 23-24.

⁹⁶ MAHMUTOĞLU, s. 129.

⁹⁷ GÖLCÜKLÜ, s. 136.

⁹⁸ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 43.

⁹⁹ Kabahatler Kanunu m. 3 Gerekçe.

¹⁰⁰ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 15; İçel, s. 119.

¹⁰¹ AKBULUT, Kabahatler Kanunu, s. 31.

¹⁰² ÇAĞLAYAN, s. 28; GEDİK / YÜCE, s. 27.

başvuru yoluna gidilmesiyle işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilebilir¹⁰³.

Kabahatler Kanunu m. 16'da yaptırım türleri düzenlenmiştir. Buna göre kabahat karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerdir.

a. İdari Para Cezası

İdari para cezası¹⁰⁴, idari parasal yaptırımlar arasında yer almaktadır¹⁰⁵. Kabahat için öngörülen para cezası kanunda sabit olarak belirtilmiş ise bu maktu idari para cezasıdır¹⁰⁶. Miktarı önceden belirlenmeyip kabahat nedeniyle elde edilen yarar ya da ortaya çıkan zarar göz önüne alınarak belirlenen para cezasına ise nispi para cezası denilmektedir¹⁰⁷.

b. İdari Tedbirler

Kabahatler Kanunu ve 5252 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce idari yaptırımların daha ziyade idare hukukunun inceleme alanı içerisinde yer aldığı düşünülmekteydi. Değişikliklerle birlikte idari tedbirler kısmen idare hukukundan ayrılmıştır¹⁰⁸.

İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer tedbirler olmak üzerinde kendi içerisinde ikiye ayrılır (KK m. 16/2). Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kanununun 18. maddesinde, diğer tedbirler ise 19. maddesinde düzenlenmiştir. Çalışmada sadece mülkiyetin kamuya geçirilmesi incelenmiş olup diğer idari tedbirlere yer verilmemiştir.

¹⁰³ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017, s. 279-280-281-282-283-284.

¹⁰⁴ KK m. 17/1-2 "İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir. İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur".

¹⁰⁵ ÇAĞLAYAN, s. 53.

¹⁰⁶ KANGAL, s. 267.

¹⁰⁷ KANGAL, s. 279.

¹⁰⁸ OTACI/KESKİN, s. 1.

IV. MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

Bu başlık altında mülkiyetin kamuya geçirilmesi işleminin daha iyi anlaşılabilmesi ve müsadere işlemiyle olan farklı noktalarının ortaya konulabilmesi için önce müsadere işlemi ardından çalışma konusu olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi incelenmiştir.

A. Müsadere

TCK m. 54'ün gerekçe kısmında müsadere, “*bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırım*” olarak tanımlanmaktadır. Müsadere güvenlik tedbirleri arasında yer almaktadır. Müsadereye karar verilebilmesi için bir suçun varlığı şart olmakla birlikte suç nedeniyle birinin mahkûm olması aranmamaktadır. Bu durum da müsadereye güvenlik tedbiri olmasının bir sonucudur¹⁰⁹. Müsadere genel ve özel müsadere olarak ikiye ayrılır. Genel müsadere failin tüm mal varlığının müsadere edilmesi anlamına gelir. Anayasa m. 38 gereği genel müsadere hukukumuzda mümkün değildir¹¹⁰.

Müsadere eşya ve kazanç müsadere olarak ikiye ayrılır (TCK m. 54-55). Eşya müsadere TCK m. 54/1'de¹¹¹ düzenlenmiştir. Maddi bir varlığı olan, üzerinde hakimiyet kurulmasına uygun nesnelere eşya denir¹¹². Eşyanın suç ile olan ilişkisine göre eşyaya ilişkin farklı nitelendirilmeler yapılmaktadır. İcra hareketlerine katkıda bulunan, suçun işlenmesi noktasında kolaylık sağlayıcı nitelikte olan eşya, suçun işlenmesinde kullanılan eşyayı¹¹³; suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya, suçun icrasını kolaylaştırmak için hazırlanan fakat henüz suçta

¹⁰⁹ TCK m. 54 gerekçe.

¹¹⁰ DEMİRBAŞ, s. 643; ÖNDER, s. 536.

¹¹¹ TCK m. 54/1”*İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereye hükümlenir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı aynı hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.*”

¹¹² ÖZBEK/DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 629.

¹¹³ DEMİRBAŞ, s. 644.

kullanılmayan eşyayı¹¹⁴; suçtan meydana gelen eşya ise suç nedeniyle ortaya çıkan eşyayı ifade etmektedir¹¹⁵.

Eşya müsadere için eşyanın kasten işlenen bir suçun işlenmesinde kullanılması gerekir. Bu nedenle taksirle işlenen suçlarda eşya müsadere yoluna gidilmemektedir. Suç işlenmesine tahsis edilen ya da suçun işlenmesi neticesinde ortaya çıkan eşyanın müsadere mümkündür¹¹⁶. Tahsis için bir devamlılığın bulunması gerekir. Suç işlenmesine tahsis edilen eşyanın, suç işlenmesinde kullanılmaması müsadereye engel bir durum değildir¹¹⁷. Suça teşebbüs halinde eşya müsadere mümkünken hazırlık hareketleri aşamasında eşya müsadere mümkün değildir¹¹⁸. Bununla birlikte bahsi geçen eşya, *kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olma* niteliklerini taşıyorsa ortada suça ilişkin bir faaliyet bulunmasa dahi müsadereye karar verilebilir (TCK m. 54/1). Yine *üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir* (TCK m. 54/4). TCK m. 54/1 kapsamına giren eşyanın bir şekilde müsadere edilme imkanı kalmazsa bir miktar paranın müsadere yoluna gidilir. Paranın miktarı ise eşyanın değerine göre belirlenir (TCK m. 54/2). Müsadereye tabi eşya yerine malvarlığına giren değer müsadere kaim değer müsadere, müsadereye tabi değer malvarlığından çıkmasının ardından yerine bir değer girmese dahi malvarlığından müsadereye tabi değer kadar para müsadere edilmesine ise eşdeğer müsadere denilmektedir¹¹⁹. Suça iştirak eden kişi iyiniyetli üçüncü kişi olarak kabul edilmez. Bu durum da eşya müsadere engel oluşturmaz¹²⁰. Dosyada delil olarak saklanan eşya da müsadereye konu olamaz¹²¹.

Müsadere, suça oranla daha ağır sonuçlar doğurması nedeniyle hakkaniyete aykırı olacaksa eşyanın müsadere karar verilmeyebilir (TCK m. 54/3). Maddeye göre eşya müsadere oranlılık ilkesine

¹¹⁴ DEMİRBAŞ, s. 644.

¹¹⁵ DEMİRBAŞ, s. 644.

¹¹⁶ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 872.

¹¹⁷ ÖZGENÇ, s. 874.

¹¹⁸ HAKERİ, s. 678; ÖZGENÇ, s. 874.

¹¹⁹ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 633.

¹²⁰ AKBULUT, Genel Hükümler, s. 899.

¹²¹ HAKERİ, s. 681.

riayet edilesi gerekir¹²². Müsadere neticesinde kişinin hayatını sürdürebilmesi mümkün olmayacak ya da güçleşecekse müsadere yapılmaması gerekir¹²³.

Eşyanın bütününe zarar vermeden müsadere karar verilen kısmın eşyadan ayrılması mümkün ise belirtilen kısım ayrılarak müsadere işlemi gerçekleştirilir (TCK m. 54/5). En az iki kişinin paydaş olduğu eşyalarda suça iştirak edenin payının müsadere kararına hükümlenir (TCK m. 54/6).

Sanığın ölümünden sonra müsadere kararı verilebilir (TCK m. 64/1). Fakat bu kararın verilebilmesi ölümden önce müsadere kararının verilebilmesi için gerekli aşamaya gelmiş olmasına bağlıdır. Bunun yerine dosyada birden fazla sanık var ise yargılamaya bu sanıklara ilişkin olarak devam edilmesiyle de müsadere kararının verilmesi mümkündür¹²⁴. Hükümlünün ölümü müsadere kararının icrasına engel değildir (TCK m. 64/2).

Kazanç müsadere TCK m. 55/1¹²⁵'de; düzenlenmiştir. Maddede suçtan elde edilen ekonomik kazancın müsadere edilmesiyle suç işlemek suretiyle kazanç elde edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir¹²⁶. Suç işlenmesinden elde edilen mal varlığı değerleri aynı zamanda suçun konusunu da oluşturmaktadır¹²⁷. Maddi varlığı bulunan nesnelere eşya müsadere kararına konu olabilirken kazanç müsadere kararına ekonomik bir değeri bulunan tüm menfaatler konu olabilir¹²⁸.

Müsadereye konu olan eşya veya maddi menfaatlerin yerini almış olan değerlerin müsadere mümkündür (TCK m. 55/2). Suç işlenmesiyle ya da suçun işlenmesi için doğrudan elde edilen bir menfaat olması, mal

¹²² AKBULUT, Genel Hükümler, s. 896.

¹²³ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 632.

¹²⁴ HAKERİ, s. 680.

¹²⁵ TCK m. 55/1"..."suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere kararına karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir."

¹²⁶ TCK m. 55 gerekçe.

¹²⁷ ÖZGENÇ, s. 877.

¹²⁸ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 634.

varlığı değerinin müsadere için şart değildir¹²⁹. Müsadereye konu olan şey çeşitli sebeplerle müsadere edilememişse müsadereye konu ekonomik değer karşılığı olan paranın müsadere karar verilebilir¹³⁰. Kaim değere elkonulabilmesi haksız kazanca elkonulamaması şartına bağlıdır¹³¹. Müsadere edilmesi gereken eşyayı iyiniyetle elde eden kişi ile mağdurun hakları korunur ve kazanç müsadereye konu edilmez¹³² (TCK m. 55/3). Buna göre eşya, müsadere işleminden kaçırılmak amacıyla üçüncü kişilere devredilmişse yapılan devir müsadereye engel değildir¹³³. Maddede ceza hukukuna ait olmayan iyiniyet teriminin kullanılması eleştirilerek maddenin ceza hukukuna ait kavramlar ışığında düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiriler vardır¹³⁴.

Ortada bir suç olmadan yani bir mahkûmiyet kararı bulunmadan kazanç müsadere yoluna gidilemez. Ancak TCK m. 64/1’de olduğu gibi özel bir düzenleme olur ise mahkûmiyet kararı olmadan da kazanç müsadere karar verilebilir¹³⁵. TCK m. 64 sanığın ölmesi halinde müsadereyi mümkün kılmakla birlikte zamanaşımı halinde müsadere yapılmasına imkan vermemektedir¹³⁶. Elde edilen mal varlığı değerinin müsadere için fiilin suç olması şart olup failin kusurlu olması aranmamaktadır¹³⁷. Fakat Yargıtay’ın, yaş küçüklüğü sebebiyle sanığın cezalandırılmaması nedeniyle suçun işlenmesiyle elde edilen maddi menfaatin müsadere edilemeyeceğine ilişkin kararı da vardır¹³⁸.

Genel af halinde müsadere kararı verilmesi mümkün değilken özel af halinde müsadere kararı verilebilir¹³⁹. TCK m. 64 gereğince sanık müsadere kararı kesinleşmeden ölürse müsadere kararı icra edilmez. Fakat müsadere kararı kesinleştikten sonra ölürse müsadere işlemi icra edilir¹⁴⁰. Şikayetten vazgeçilmesi halinde müsadere kararı verilemez.

¹²⁹ ÖZGENÇ, s. 878.

¹³⁰ TCK m. 55 gerekçe.

¹³¹ DEMİRBAŞ, s. 646.

¹³² TCK m. 55 gerekçe.

¹³³ HAKERİ, s. 683.

¹³⁴ DEMİRBAŞ, s. 646; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 636.

¹³⁵ HAKERİ, s. 683.

¹³⁶ HAKERİ, s. 684.

¹³⁷ Eser, Schönke / Schröder (23) § 73, kn.4; Naklen, ÖZGENÇ, s. 878.

¹³⁸ ÖZGENÇ, s. 878, Dipnot 314.

¹³⁹ DALKILIÇ, Aysun: Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 97-98.

¹⁴⁰ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 1629; Naklen, DALKILIÇ, s. 97.

Fakat bahsi geçen eşya “*üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya*” niteliğinde ise müsadere kararı verilebilir¹⁴¹.

Dava zamanaşımının dolması halinde müsadereye karar verilemez¹⁴².

Müsadere işlemi gerçekleştikten sonra af veya şikayetten vazgeçme durumları gerçekleşse dahi müsadere edilen şey iade edilmez (TCK m. 74/1).

Suç konusu olamayan bir eşya söz konusu ise sulh ceza hakimi tarafından bu eşyanın müsaderesine karar verilir (CMK m. 259/1). Kararı sulh ceza hakimi verdiği için karara itiraz yoluna gidilebilir (CMK m. 267/1). Diğer hallerde mahkeme tarafından müsadere kararı verilir (CMK m. 256/1). Bu karara karşı istinaf yoluna gidilebilir (CMK m. 258/1).

B. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi İşleminin Unsurları

Mülkiyet hakkı, “*sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin tamamını veren ve herkese karşı dermeyer edilebilen, tam, mutlak, münhasır bir aynı haktır*”¹⁴³. Mülkiyet hakkı Anayasa m. 2, 13 ve 35’de ön görülen ilkeler doğrultusunda sınırlandırılabilir¹⁴⁴. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi, kamu yararı ya da genel çıkarların gerektirmesi nedeniyle, orantılılık ilkesine uygun ve iç hukukta ön görülen usul doğrultusunda hareket edilerek yapılmışsa işleminin, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) uygun olduğu kabul edilebilir¹⁴⁵. Maddede mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilirken orantılılık ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiğinin açıkça vurgulanmaması, bu ilkeye

¹⁴¹ DALKILIÇ, s. 100.

¹⁴² Eşya “*kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması*” ya da “*üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya*” niteliğinde ise müsadere kararı verilebilir. Aynı husus ceza zamanaşımı açısından da geçerlidir. DALKILIÇ, s. 99.

¹⁴³ EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 21.

¹⁴⁴ EREN, s. 21.

¹⁴⁵ ÇAĞLAYAN, s. 164-165; GEDİK, Doğan: Bir İdari Yaptırım Çeşidi Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 17, Yıl: 2008, s. 121.

aykırı işlem yapılabileceği sonucunu ortaya çıkarmamaktadır¹⁴⁶. Keza Anayasa Mahkemesi dilencilik kabahati nedeniyle icra edilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi işleminde mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken yapılan işlemin orantılı olup olmadığını da değerlendirmiştir¹⁴⁷. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmesi gerekirken bunun yerine, müsadereye karar verilmesi verilen kararı hukuka aykırı hale getirir¹⁴⁸.

Kasten ya da taksirle işlenen fiiller nedeniyle mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilir. Müsadere olduğu gibi manevi unsur kast ile sınırlandırılmamıştır¹⁴⁹. Teşebbüs aşamasında kalan fiiller nedeniyle mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmez¹⁵⁰.

Mülkiyetin konusu olabilecek şey eşyadır¹⁵¹. Türk Dil Kurumu eşyayı “*türlü amaçlarla kullanılan, insan yapısı, taşınabilir cansız nesnelere*” olarak tanımlamıştır¹⁵². Eşya kavramı taşınır için kullanıldığı için taşınmaz bir mal kabahatin konusunu oluştursa ya da kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilmiş olsa bile bu taşınmaz hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilemez. Ayrıca kabahat niteliğindeki bir fiil nedeniyle taşınmazın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi halinde işlem, Anayasa m. 13 ile güvence altına alınan ölçülülük ilkesine de aykırı olur.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi; toplumun düzeni, sağlığı ve güvenliğini korumak için düzene aykırı olarak kabul edilen bir fiile ilişkin olarak, yargı kararı olmadan, doğrudan uygulanma imkanı ve kişiye toplumsal yükümlülüklerini hatırlatıcı bir işlevi bulunan, engelleyici bir yaptırımdır¹⁵³. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilirken amaç devlet ya da kamu kurum ve kuruluşlarının mal elde etmesi olmamalıdır. Mal elde etmek amacıyla bu işleme karar verilmesi

¹⁴⁶ GEDİK / YÜCE, s. 81.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm, Başvuru No: 2015/18986, KT. 25.12.2018. (Lexpera).

¹⁴⁸ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2013/23506, K. 2014/2179, KT. 23.1.2014. (Kazancı).

¹⁴⁹ MERAN, s. 78; YERDELEN, s. 42.

¹⁵⁰ GEDİK, s. 119; YERDELEN, s. 42.

¹⁵¹ OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 326.

¹⁵² <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 11.11.2020.

¹⁵³ MAHMUTOĞLU, s. 153.

halinde işlemin amaç unsuru hukuka aykırı olur. İdari yargıya konu olan bir kararda, kamu sağlığı açısından oluşacak zararın ortaya konulmadığının altı çizilerek, gerçekleştirilen mülkiyetin kamuya geçirilme işleminin amaç unsuru açısından hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir¹⁵⁴.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi hakkında Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır. Bununla birlikte başvuru yolu açısından diğer kanunlarda başka bir yol öngörülmüşse o yol uyarınca hareket edilir (KK m. 3/1). Mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı kabahat olarak düzenlenen bazı fiiller için öngörülen mali idari nitelikte bir yaptırımdır. İdare, yargılama makamının bir kararı olmadan mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verebilir¹⁵⁵.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için kanunda açık bir düzenlemenin bulunması gerekir. Bu yaptırıma konu olan eşya ya kabahatin konusu olan ya da kabahatin işlenmesiyle elde edilen eşyadır (KK m. 18/1). Yargıtay bir kararında; yerel mahkeme tarafından hareketin TCK m. 170/1-c kapsamında yer aldığından bahisle verilen müsadere kararını, hareketin KK m. 36 kapsamında yer alması ve m. 36'da mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına yer verilmemiş olunması nedeniyle, eşyaların iadesine karar verilmesi gerektiğinin altını çizerek bozma kararı vermiştir¹⁵⁶. Yargıtay kararına konu başka bir olayda; avlanma esnasında kullanılan aracın "*kabahatin konusunu teşkil etmesi veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya*" niteliğinde olmaması nedeniyle mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilemeyeceği bu nedenle kararın bozularak aracın iadesine karar verilmiştir¹⁵⁷. Danıştay; 4733 Kanun m. 8 uyarınca tütün satımında kullanılan araç ve tütünlerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verildiği olayda, işleme dayanak gösterilen maddede mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilecek eşyanın bahsi geçen fiillerin konusunu oluşturan eşya olarak ifade edildiği, bu eşyaların satışında kullanılan

¹⁵⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 10. İDD, E. 2018/1643, K. 2019/148, KT. 30.1.2019. (Lexpera).

¹⁵⁵ GEDİK / YÜCE, s. 81.

¹⁵⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2008/6539, K. 2009/3413, KT. 9.3.2009 (Kazancı); YCGK, E. 2007/8-155, K. 2007/162, KT. 3.7.2007. (Kazancı).

¹⁵⁷ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2018/4332, K. 2019/8203, KT. 9.5.2019. (Kazancı).

aracın ise madde kapsamında yer almadığı gerekçesi ile araç açısından verilen kararı bozmuştur¹⁵⁸¹⁵⁹.

Kabahatin konusunu oluşturan eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilir. Üzerinde hareket icra edilen eşya kabahatin konusunu oluşturan eşyadır. Mağdura ya da kamuya ait eşya hakkında mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı uygulanmaz¹⁶⁰. Fail ya da iyiniyetli¹⁶¹ olmayan üçüncü kişiye ait eşya bu işleme konu olabilir¹⁶². İyiniyet ya da kötüniyet kişinin bir olay ya da olguya ilişkin olarak bilgi ve inancına yönelik olarak yapılan bir değerlendirmedir. Bunlar kişiye özel olup sübjektif nitelik taşımaktadır. Kişi bir olay ya da olguda iyiniyetli değil ise kötüniyetli olarak kabul edilir¹⁶³. İyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyaların kanunda açıkça zikredilmemiş olması sebebiyle mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemine konu olabileceğini ileri süren yazarlar vardır¹⁶⁴. Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, kabahat nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişiye ait eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi işleminde mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir¹⁶⁵. Karar, iyiniyetli üçüncü kişilerin eşyaları müsadereye konu olamazken, haksızlık içeriği daha az olan kabahatler nedeniyle bu kişilerin eşyalarının mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesine konu olabilmesi ölçülülük ilkesine aykırı bulunularak eleştirilmiştir¹⁶⁶. Fakat

¹⁵⁸ Danıştay 13. Daire, E. 2011/3788, K. 2017/4099, KT. 20.12.2017. (Lexpera).

¹⁵⁹ Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi bir kararında “*merkezî Av Komisyonu tarafından belirlenenler dışında ışık yayan araçla avlanma*” kabahatinin işlenmesi ve aracın “*avda kullanılmasına izin verilmeyen vasıta*” ve “*ışık yayan araç*” niteliklerini taşıması nedeniyle olayda verilen mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararı ile mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Başvuru No: 2014/5167, KT. 28.9.2016. (Lexpera).

¹⁶⁰ KANGAL, s. 309.

¹⁶¹ İyiniyet doktrinde “*bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması, yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilmemek ve halin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmamaktır*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bakınız, DURAL/SARI, s. 233.

¹⁶² GEDİK / YÜCE, s. 81; KANGAL, s. 309.

¹⁶³ DURAL / SARI, s. 233.

¹⁶⁴ OTACI / KESKİN, s. 19.

¹⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm, Başvuru No: 2013/1262, KT. 9.9.2015. (Lexpera).

¹⁶⁶ KANGAL, s. 3010-311-312.

kabahatler hukukunda, idari yaptırımlar için idari cezalar hakkında kabul edilen cezaların şahsiliği ilkesi kabul edilmemiştir¹⁶⁷. Bu nedenle iyiniyetli üçüncü kişilere ait eşyaların mülkiyetinin kamuya geçilmesinde işlemin, ölçülülük ilkesine aykırılık taşımadığının kabul edilmesi kabahatler hukukunun ilkelerine daha uygundur.

Yaptırım ile mülkiyet hakkına müdahale edildiği için genel düzenleyici işlemlerle mülkiyetin kamuya geçirilebilmesi benimsenmemiştir. Aksi bir düzenleme Anayasa m. 35 ile korunan mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelir¹⁶⁸. Kabahatin işlenmesiyle elde edilen eşyaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi suretiyle, kabahat yoluyla ekonomik kazanç elde etmek isteyenlerin caydırılması amaçlanmıştır¹⁶⁹.

Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi Anayasa ile korunan mülkiyet hakkına¹⁷⁰ ve AİHS'ne aykırı değildir¹⁷¹. AİHS'ndeki düzenleme ile kanunumuz kıyaslandığında ölçülülük ilkesinin kanunda açıkça düzenlenmediği görülmektedir. Bunu kanunumuz açısından bir eksiklik olarak değerlendiren yazarlar bulunmaktadır¹⁷². Anayasa m. 13'de temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlendiği için kanunda ayrıca belirtilmese de yapılan işlemin ölçülü olması gerekir. Bu nedenle uygulayıcılar karar verirken bu ilkeye dikkat etmelidir. Bu doğrultuda bir dilencinin tüm mal varlığının dilencilikten sağlandığından bahisle mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmemelidir¹⁷³.

Kabahatler Kanunu m. 18/2'de eşyanın; kullanılamayacak bir duruma getirilmesi, niteliğinin değiştirilmesi veya sadece belirli bir şekilde kullanılması koşullarından birinin, uygun görülen süre içerisinde yerine getirilmesi durumunda mülkiyetin kamuya geçilmesine karar verilmeyeceği düzenlenmiştir. Buradaki bekleme kararının idari tedbire karar verecek makam ya da kişi tarafından verilmesi gerekir. Koşulu

¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2019/1, K. 2019/14, KT. 14.03.2019. (Lexpera).

¹⁶⁸ GEDİK / YÜCE, s. 89; KANGAL, s. 307-308.

¹⁶⁹ KANGAL, s. 313.

¹⁷⁰ YERDELEN, Erdal: Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 84.

¹⁷¹ OTACI / KESKİN, s. 22.

¹⁷² OTACI / KESKİN, s. 23.

¹⁷³ OTACI / KESKİN, s. 23.

yerine getirecek olan ise hakkında idari yaptırım uygulanacak olan kurum ya da kişidir¹⁷⁴. Fail olmayan malik de belirlenen koşulu yerine getirerek eşyanın kendi mülkiyetinde kalmasını sağlayabilmelidir. Bir görüşe göre madde metnine bakıldığında koşulun ne olduğu hususunda bir açıklık bulunmamaktadır¹⁷⁵. Kanaatimce maddede zikredilen durumların her biri ayrı bir koşul niteliğindedir. Örneğin eşya hakkında kullanılmaz hale getirilmesi koşul olarak belirlenirse ve bu koşul belirlenen süre içerisinde yerine getirilirse eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmez. Maddede sayılan koşullardan hangisinin gerçekleştirilmesine karar verileceğiyle olayın özelliklerine göre değişiklik gösterir. Maddeyle eşyanın yeniden bir kabahatte kullanılmasının önüne geçilerek hem toplumun hem de eşyası mülkiyetinde kalan malikin menfaatine olan bir çözüm yolu bulunmuştur.

Süreyi belirleme hususunda ilgili makama bir takdir yetkisi verilmiş olup¹⁷⁶ sürenin uzunluğu işin mahiyetine göre farklılık gösterecektir¹⁷⁷. Bununla birlikte sürenin muhatabın koşulu gerçekleştirilmesine imkan tanıyacak kadar uzun olması gerekir.

Belirlenen koşulun yerine getirilmesiyle mülkiyetin kamuya geçirilmesi işleminin sebebini ortadan kalker. Bir idari işlem olan mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi sebepten dolayı eksikliğin olması işlemi hukuka aykırı hale getirir. Örneğin tüketime sunulmaması gereken bir gıda gerekli işlemlerden geçirilerek tüketime uygun hale getirilirse artık mülkiyetin kamuya geçirilmesine gerek kalmaz¹⁷⁸.

Belirlenen süre içerisinde koşul gereği yerine getirilmezse eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir¹⁷⁹.

Karar kesinleşene kadar eşyaya elkonulması mümkün olup bunun yerine eşyanın ilgili kişiye bırakılmasına da karar verilebilir (KK m. 18/3). KK m. 18/3'de her ne kadar eşyaya elkonulabileceği düzenlenmiş olsa da 2. fıkra kapsamına giren durumlarda, koşulun gerçekleştirilmesi için ön görülen süre dolana kadar eşyanın kişinin muhafazasına bırakılması gerekir. Eşyanın kişinin muhafazasına bırakılması durumunda

¹⁷⁴ GÜÇLÜ, s. 153.

¹⁷⁵ ÇAĞLAYAN, s. 166.

¹⁷⁶ GÜÇLÜ, s. 153.

¹⁷⁷ YERDELEN, s. 71; GÜÇLÜ, s. 153.

¹⁷⁸ YERDELEN, s. 70.

¹⁷⁹ GÜÇLÜ, s. 156; GEDİK, s. 124.

mülkiyetin kamuya geçirilmesini imkansız hale gelecekse eşyaya elkonulması gerekir.

CMK'da düzenlenen elkoyma işlemi geçici nitelikte ve mülkiyetin kaybı neticesini doğurmayan bir koruma tedbiridir. Yargılama devam ederken var olan suç şüphesine dayanılarak elkoyma kararı verilebilir¹⁸⁰. Elkoyma işlemiyle kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılır. Elkoyma, delillerin korunması ve müsadereye karar verilmesi halinde müsadereenin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla başvurulmuş geçici bir önlemdir¹⁸¹. Kabahatler Kanunu kapsamında icra edilen elkoyma işlemi ceza niteliği taşımayan bir tedbirdir. Elkoyma işlemi cezalandırma amacıyla icra edilirse işlem hukuka aykırı hale gelir¹⁸². Kabahatler Kanunu kapsamında düzenlenen elkoyma tedbiri ispat vasıtası olmaktan ziyade eşyanın ortadan kaybolmasının önüne geçilmeye yöneliktir¹⁸³.

Anayasa m. 20/2 ve 21'de hakim kararı olmadan icra edilen elkoyma işleminin hakim onayına sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Burada mal güvencesini sağlamak amacıyla elkoyma işlemi için hakim kararının varlığı aranmaktadır¹⁸⁴. Elkoyma işleminin hakim denetiminden geçmemesi AİHS¹⁸⁵ ve Anayasa m. 20/2¹⁸⁶'ye aykırıdır. Elkoyma işleminin Kabahatler Kanunu kapsamında icra edilmesi, suç ile ilişkili olarak CMK kapsamında icra edilmesinden daha kolaydır. Bu durum pratik bir çözüm yolu gibi görünse de temel hak ve özgürlüklere getirilen güvencelere aykırıdır¹⁸⁷. Maddeye elkoyma sonrasında işlemin, mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verecek olan organın onayına sunulması şeklinde bir ekleme yapılması da maddedeki Anayasa'ya

¹⁸⁰ ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 626-627.

¹⁸¹ CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 1052-1053; GEDİK/YÜCE, s. 95-96.

¹⁸² ULUSOY, s. 182-183.

¹⁸³ OTACI / KESKİN, s. 20.

¹⁸⁴ SOYASLAN, Doğan: Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri 10-11 Şubat 2006, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları No:33, Ankara 2006, s. 231.

¹⁸⁵ YERDELEN, s. 91.

¹⁸⁶ ÇAĞLAYAN, s. 61; KANGAL, s. 317; OTACI / KESKİN, s. 20; ŞEN, Ersan / ERYILDIZ, Sefa: Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 282.

¹⁸⁷ YILDIZ, Kabahatler Kanunu, s. 199.

aykırılığı ortadan kaldırmaz. Çünkü Anayasa işlem için hakim kararının ya da onayının varlığını şart koşmuştur. Anayasa'daki düzenleme gereği eşya üzerindeki tasarruf yetkisini tamamen ortadan kaldırmaya yetkili olanların eşya üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamaya karar verme yetkileri yoktur.

Maddedeki Anayasa'ya aykırılığın, elkoyma işleminin hakim onayına sunulması ya da mahkeme kararının alınması suretiyle ortadan kaldırılabilmesi yönünde görüş¹⁸⁸ bulunmaktadır. Fakat işleme yönelik olarak hakim onayının getirilmesi kanunun, kabahatlere ilişkin işlemlerin yargı teşkilatının üzerinden alınması amacıyla örtüşmemektedir. Anayasa'da kabahatlere ilişkin olarak yapılan elkoymaya mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verecek organlarca karar verilebileceğine ilişkin bir değişiklik yapılmasının ardından, Kabahatler Kanunu'nda elkoyma kararının mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verecek organlar tarafından verilmesi ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile elkoyma işleminin yapılabilmesi ve bu merciin kararının belirtilen süre içerisinde mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verecek organların onayına sunulmasına ilişkin düzenleme yapılarak Anayasa'ya aykırılık ortadan kaldırılabilir¹⁸⁹.

Maddede karar kesinleşinceye kadar eşyaya elkonulabileceği düzenlenmiş olup burada verilmiş bir karardan mı yoksa verilmesi muhtemel bir karardan mı bahsedildiği açık değildir. Maddenin bu belirsizliğin ortadan kaldıracağı şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda vardır.

Elkoyma işlemi gerçekleştikten sonra eşyaya ilişkin bir karar verilmesi gerekir. Aksi halde herhangi bir karar olmadan eşyanın iade edilmemesi mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurur¹⁹⁰.

Zilyetin eşyayı rızası ile teslim etmesi halinde yapılan işlem muhafaza altına alma işlemidir. Maddede sadece elkoyma işleminde bahsedilmiş olup muhafaza altına almaya ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Muhafaza altına alma işleminin icrası için bir karar ya

¹⁸⁸ OTACI / KESKİN, s. 21.

¹⁸⁹ ŞEN / ERYILDIZ, Kabahatler Kanunundaki bu Anayasaya aykırılığın kabahatler kanununun Anayasaya uygun hale getirilmesi ya da Anayasanın Kabahatler Kanununa uygun hale getirilmesi suretiyle ortadan kaldırılması gerektiği görüşündedir. Bakınız, ŞEN / ERYILDIZ, s. 281.

¹⁹⁰ Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Başvuru No: 2014/11503, KT. 1.2.2017. (Lexpera).

da emrin varlığı aranmadığından madde kapsamında muhafaza altına alma işlemine de başvurulabilir¹⁹¹. Arama ve yakalama işlemlerine ilişkin madde içerisinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu işlemlerin yapılabilmesi özel şartlara tabi olduğu için kabahatlere ilişkin olarak arama ya da yakalama işlemlerine başvurulmaması gerekir¹⁹².

Eşyanın kişinin muhafazasında bırakılmasına karar verecek makam mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verecek olan makamdır¹⁹³. Eşya hakkında kişinin muhafazasına bırakılmaya karar verilmiş ise kanunda açıkça yazılmamakla birlikte kişiden bir teminat alma yoluna gidilebilir. Fakat teminat alınması bir zorunluluk değildir¹⁹⁴.

Bu madde kapsamında elkonulan eşyaların muhafaza masraflarına kimin katlanacağı ve bu masrafların tahsil işlemin nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik¹⁹⁵. Eşyaya elkonulmasının güç ya da masraflı olduğu durumlarda eşyanın fail ya da üçüncü kişilerin muhafazasına bırakılmasına karar verilebilir. Eşya muhafazasına bırakılan kişi muhafaza görevini kötüye kullanırsa TCK m. 289 uyarınca işlem yapılır¹⁹⁶.

Kanunda açık hüküm bulunan haller dışında mülkiyet Devlete geçer. Mülkiyetin ilgili kamu kurum ya da kuruluşuna geçebilmesi için bu hususun açıkça düzenlenmesi gerekir (KK m. 18/4). Burada her iki durumun da gerçekleşme ihtimali bulunması nedeniyle kavram karmaşasının önüne geçmek için müsadere kavramı yerine mülkiyetin kamuya geçirilmesi kavramı tercih edilmiştir¹⁹⁷. Eşyanın mülkiyetinin ilgili kamu kurum ya da kuruluşuna geçebilmesi için bunların tüzel kişiliğinin bulunması gerekir¹⁹⁸.

Fail hakkında başka bir idari yaptırıma hükmolunmasa da mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilir (KK m. 18/5). İdari para cezası verilebilmesi için failin kusurlu hareket etmesi ve onbeş yaşını doldurması gerekirken mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için bu şartlar aranmamaktadır. Yine kişinin akıl

¹⁹¹ GEDİK / EKİNCİ, s. 95.

¹⁹² GEDİK / EKİNCİ, s. 122.

¹⁹³ KANGAL, s. 317.

¹⁹⁴ EKİNCİ, Kabahatler Kanunu, s. 80.

¹⁹⁵ GÜÇLÜ, s. 155.

¹⁹⁶ KANGAL, s. 317.

¹⁹⁷ Kabahatler Kanunu m. 16 Gerekçe; MERAN, s. 51; GÜÇLÜ, s. 96.

¹⁹⁸ GÜÇLÜ, s. 156-157.

hastalığının bulunması idari para cezası verilmesine engel olabileceksen mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına karar verilmesine engel bir durum değildir¹⁹⁹. Bu maddeye göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı diğer yaptırımlardan bağımsız bir yaptırım olup tek başına uygulanması mümkündür.

Şartları oluşmuşsa kaim değere ilişkin olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilir (KK m. 18/6). Kabahatler Kanunu kaim değer kavramını tanımlamamıştır. Kanunun gerekçesine bakıldığında kaim değer kavramı için TCK'da eşya ve kazanç müsaderesinin düzenlendiği 54. ve 55. maddeler ile maddelerin gerekçelerine bakılması gerektiği belirtilmiştir. TCK'nın gerekçe kısmında kaim değer "...müsadere konusu ekonomik değerlerin harcama, imha, tüketme gibi hareketlerle müsaderesinin imkansız kılınması halinde, karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir." şeklinde açıklanmıştır. TCK'ya göre şartları oluşmuşsa kaim değer müsaderesine karar verilmesi gerekir hakime burada bir taktir yetkisi tanınmamıştır²⁰⁰. TCK gerekçesinde kaim değerlerin parayla sınırlanması nedeniyle kaim değerlerin para olması halinde maddenin uygulanması söz konusudur²⁰¹. Kangal'a göre, kabahatin konusu ya da kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya ortadan kaldırılmış, elden çıkarılmış, tüketilmiş veya mülkiyetinin kamuya geçirilmesi artık imkansız hale gelmişse eşyanın değeri kadar para ya da eşyanın yerine konulan diğer eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilir²⁰². Anayasa Mahkemesi kaim değerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi için bu hususun kanunda özel olarak düzenlenmesi gerektiği görüşündedir²⁰³. Fakat KK m. 18/6'da genel bir düzenleme var olduğu için kaim değerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi için özel kanunlarda ayrıca bir düzenlemenin var olması şart değildir²⁰⁴. Doktrinde kaim değerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi için açık bir düzenlemenin var olması gerektiği yönünde de görüş bulunmaktadır²⁰⁵. Kanunda sadece kaim değer ifadesi

¹⁹⁹ KANGAL, s. 308-309; GEDİK / YÜCE, s. 98-99; OTACI / KESKİN, s. 24; GÜÇLÜ, s. 158; GEDİK, s. 124.

²⁰⁰ YERDELEN, s. 63.

²⁰¹ GEDİK, s. 125.

²⁰² KANGAL, s. 314.

²⁰³ Anayasa Mahkemesi, 1. Bölüm, Başvuru No: 2014/13677, KT. 20.9.2017. (Lexpera).

²⁰⁴ KANGAL, s. 314-315-316.

²⁰⁵ GÜÇLÜ, s. 152.

kullanıldığı için eşdeğer müsadere hükümleri doğrultusunda kabahatle ilgili olmayan bir eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmemesi gerekir. Bu bir eksiklik olup kanunda buna ilişkin bir düzenleme yapılarak eşdeğer eşyaların da mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin mümkün olması gerekir.

Eşyanın mülkiyeti kamuya geçtikten sonra eşyanın hukuka uygun bir amaç için kullanılması mümkün değilse imhasına karar verilir (KK m. 18/7). Eşya, değerlendirilmesi mümkün bir eşya ise değerlendirilmek suretiyle kullanılır²⁰⁶. Fakat burada eşyanın kamu yararına olacak şekilde kullanılması gerekir. Eşyanın ekonomik bir değer taşıması şart değildir²⁰⁷. Bu maddeye göre mülkiyeti kamuya geçirilen eşyadan bir fayda sağlanamayacak olması işlemin yapılmasına engel değildir. Maddeye göre işleme konu eşyanın imha edilebilmesi için önce mülkiyetin el değiştirmesi gerekir. İmha işlemine mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararıyla birlikte karar verilebilir. Fakat duruma göre daha sonra da imhaya karar verilebilmelidir. Açık bir hüküm bulunmamakla birlikte eşyanın imhası halinde masrafların failden tahsil edilmesi gerekir²⁰⁸. Bir görüşe göre kamu yarına uygun olması halinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı kesinleşmeden imha işlemi yapılabilir²⁰⁹. Maddede imha işlemi için mülkiyetin kamuya geçirilmesini ön koşul olarak düzenlendiği için bu görüş kanuna uygun değildir. Konuya ilişkin maddede açık bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

Karar kesinleştikten sonra kararın gereği yerine getirilir (KK m. 18/8). Süresi içerisinde yapılan itiraz ya da başvurular kararın kesinleşmesini engeller²¹⁰. Karar, işleme karşı kanun yoluna başvurulmadığı ya da yapılan başvurunun reddedilmesi halinde kesinleşir²¹¹. Bir görüşe göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin süreç devam ederken bahsi geçen eşyanın bozulması söz konusu olacaksa bu eşya satılarak bedeli emanete alınıp kesinleşme gerçekleşince paranın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilir²¹². Kanunda buna yönelik açık bir düzenleme yapılmasında fayda vardır.

²⁰⁶ KANGAL, s. 320.

²⁰⁷ YALÇIN, s. 97; GÜÇLÜ, s. 152.

²⁰⁸ GÜÇLÜ, s. 159.

²⁰⁹ GÜÇLÜ, s. 159.

²¹⁰ GEDİK/YÜCE, s. 45.

²¹¹ KANGAL, s. 319; GEDİK / YÜCE, s. 45.

²¹² GÜÇLÜ, s. 155.

C. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kararını Verme Yetkisi

Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi neticesinde kabahatlere ilişkin yaptırım uygulama yetkisi idareye verilmiştir. Böylelikle haksızlık derecesi daha az olan fiillere ilişkin daha hızlı bir şekilde yaptırım uygulanması sağlanmıştır²¹³. Kabahatler çok çeşitli kanunlarda düzenlenmiş olup dağınık yapıdadır. Bu nedenle kabahatlere ilişkin olarak idari yaptırım kararı verecek yetkililer hakkındaki mevcut düzenleme kabahatlerin yapısına uygundur²¹⁴.

İdari yaptırım kararları yaptırımın düzenlendiği kanunda belirtilen *idari kurul, makam veya kamu görevlileri* tarafından verilir (KK m. 22/1). Yetki açıkça bir idari kurul, makam veya kamu görevlisine verilmemişse karar, bahsi geçen kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri tarafından verilir (KK m. 22/2). Bir idari yaptırım olan mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilirken Kabahatler Kanunu m. 22'de belirtilen hususlar uyarınca hareket edilmesi gerekir.

Bir soruşturma kapsamında kabahat işlendiği öğrenilirse ya da soruşturmaya konu fiilin kabahat niteliğinde olduğu anlaşılırsa Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı verebilir (KK m. 23/1-2-3). Savcının kararı idari nitelikte bir karardır²¹⁵. Yargılama esnasında fiilin kabahat niteliğinde olduğu anlaşılırsa mahkeme idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir (KK m. 24/1). Mahkeme tarafından verilen idari yaptırım kararı yargısal nitelik taşımaz idari nitelikte bir karardır²¹⁶. Mahkeme tarafından idari yaptırım kararı verilebilmesine ilişkin düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi, kabahate ilişki uyumsuzluğun kısa sürede sonuçlandırılmasının amaçlanmış olması gerekçesiyle

²¹³ GİŞİ, Selçuk: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 132, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307980>, Erişim Tarihi: 17.11.2020.

²¹⁴ YURTCAN, s. 141-142.

²¹⁵ ÇAĞLAYAN, s. 64; TÜZÜN, Duygu: Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 3331.

²¹⁶ ÇAĞLAYAN, s. 64; TÜZÜN, s. 3331.

düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²¹⁷. Bu düzenlemeler ışığında mülkiyetin kamuya geçirilmesine yaptırımın düzenlendiği maddede belirtilen *idari kurul, makam veya kamu görevlileri* tarafından karar verilebileceği gibi savcı ya da mahkeme tarafından da karar verilebilir.

D. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kararı

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına ilişkin tutanakta Kabahatler Kanunu m. 25'de sayılan hususların yer alması gerekir. Madde içerisinde açıkça belirtilmese de kararın gerekçelendirilmesi gerekir. Bazı özel kanunlarda kararda gerekçenin bulunması gerektiği ayrıca belirtilmiştir²¹⁸. Keza Anayasa m. 141/3 ve İYUK m. 24/1-e'de mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir. Hukuki açıdan iyi hazırlanmış bir gerekçe kişilerin yapılan işlemin hukuka uygunluğuna olan inancını artıracaktır. Bu da idari yaptırımlara karşı yapılan başvuruların azalmasına sebep olabilir²¹⁹.

E. Kararların Tebliği

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararları 7201 sayılı Kanun uyarınca tebliğ edilir. Tebligatta karar nedeniyle başvurulabilecek kanun yolu, mercii ve süresinin belirtilmesi gerekir (KK m. 26/1). Kararın tebliğ edilmemesi kararın hüküm ve sonuç doğurmasını engeller²²⁰. Maddede sayılan hususlarda eksiklik bulunması halinde m. 27/2 uyarınca eski hale getirme yoluna başvurulabilir²²¹.

F. Kararın İcrası

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verildikten sonra kabahati işleyen kişinin ölümü²²² ve kabahatin affa uğraması halleri kararın icrasına engel değildir²²³.

²¹⁷ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2005/108, K. 2006/35, KT. 1.3.2006. (Lexpera).

²¹⁸ YALÇIN, s. 120-121.

²¹⁹ KARABULUT, s. 53.

²²⁰ YURTCAN, s. 170; ZAFER, s. 674.

²²¹ ÖZEN, s. 156.

²²² YALÇIN, s. 123; GÜÇLÜ, s. 263.

V. BAŞVURU YOLU, TEKERRÜR, İÇTİMA VE ZAMANAŞIMI

A. Başvuru Yolu

Diğer kanunlarda idari yaptırım kararlarına karşı bir kanun yolu öngörülmesi ise o yola başvurulur. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması halinde Kabahatler Kanunu'nda gösterilen usule göre idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna gidilir (KK m. 3/1). İdari yaptırımlara ilişkin olarak idari yargı yoluna başvuru yapılması gerektiği açıkça düzenlenmemiş ise bu yaptırımları denetlemekle adli yargı kolu görevlidir²²⁴.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı kararın, tebliğ ya da tefhiminden itibaren on beş gün içerisinde başvuru yapılabilir. Başvurunun sulh ceza hakimliği'ne yapılması gerekir. Süre içerisinde başvuru yapılmaması kararın kesinleşmesi sonucunu doğurur (KK m. 27/1). Sulh ceza hakimliği'nin başvuru mercii olarak belirlenmesi kanunun ceza mahkemelerinin iş yükünü azaltma amacıyla çelişmesi nedeniyle eleştirilmektedir²²⁵.

Kanunda açıkça idari yargı yolunun gösterildiği durumlarda idari yargı yoluna başvurulması gerekir²²⁶.

Karar mahkeme tarafından verilmiş ise itiraz yoluna gidilebilir (KK m. 27/5). Mahmutoğlu, Kabahatler Kanunu kapsamında düzenlenen itiraz müessesesinin CMK kapsamında düzenlenen itirazdan ayırt edilmesi için itiraz terimi yerine “*karşı gelme*” teriminin kullanılması gerektiği görüşündedir²²⁷. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen bir karar söz konusu ise karara karşı yapılan başvuru sulh ceza hakimi tarafından incelenir (KK m. 27/6).

Görüldüğü gibi kararı veren mercii'nin niteliğine göre farklı mercii'lere başvurulması mümkündür. Esasında bu kafa karıştırıcı bir durum olmakla birlikte karara karşı yanlış mercii'ye başvurulması halinde başvurunun re'sen doğru mercii'ye gönderilmesi gerektiği için bir hak

²²³ YALÇIN, s. 125.

²²⁴ GİŞİ, s. 147.

²²⁵ YILDIZ, Kabahatler Kanunu, s. 196.

²²⁶ YALÇIN, s. 147.

²²⁷ MAHMUTOĞLU, s. 159.

kayıbı yaşanmayacaktır²²⁸ (3071 sayılı Kanun m. 5). Bir olayda adli yargı ve idari yargının görev alanlarına giren idari yaptırım kararları birlikte uygulanırsa idari yargıya başvurulması gerekir²²⁹.

Temyiz kanun yoluna sadece hükümlere karşı başvurulabileceğinden idari tedbir niteliğindeki kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaz²³⁰. Bu nedenle tek başına mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı temyiz yoluna başvurmak mümkün değildir.

B. Tekerrür

Kabahatler arasında tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için Kabahatler Kanunu'nda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat özel kanunlarda düzenlenen kabahatlerde ve Kabahatler Kanunu'nda bulunan özel düzenlemelerde tekerrüre ilişkin düzenlemeler mevcuttur²³¹.

C. İçtima

KK m. 15'e göre; bir fiil ile birden fazla kabahat işlenmişse ve fiile ilişkin olarak idari para cezası dışında kalan idari yaptırımlar öngörülmüşse bu yaptırımların hepsinin uygulanmasına karar verilir (KK m. 15/1). Kabahat oluşturan fiil aynı zamanda suç da oluşturuyorsa sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanır. Olayda suça ilişkin yaptırım uygulanamamış ise kabahat açısından yaptırım uygulanabilir (KK m. 15/3). Bununla birlikte fiilin kabahat boyutuna ilişkin olarak ceza verilmesi gerektiği ayrıca düzenlenmiş ise bu madde hükmü olaya uygulanmaz. Trafik suçları açısından ise fikri içtima kuralları uygulanmaz her fiil için ayrı ceza verilir (2918 sayılı Kanun m. 114/2)²³².

İdare hukukunda aynı fiile iki farklı yaptırım uygulanması mümkündür²³³. Anayasa Mahkemesi bir kararında aynı fiilden dolayı iki

²²⁸ 3071 Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun m. 5 “Dilekçe, konusuyla ilgili olmayan bir idarî makama verilmesi durumunda, bu makam tarafından yetkili idarî makama gönderilir ve ayrıca dilekçe sahibine de bilgi verilir.”

²²⁹ DEMİRBAŞ, s. 205.

²³⁰ YCGK, E. 2009/7-112, K. 2009/157, KT. 9.6.2009. (Kazancı).

²³¹ KANGAL, s. 355.

²³² DEMİRBAŞ, s. 202.

²³³ ÖZAY, s. 64.

kez yargılama olmaz ilkesinin mutlak olmadığını aynı eylem için hem idari yaptırım hem de ceza uygulanabileceğini ifade etmiştir²³⁴. Anayasa Mahkemesi bir kararında ceza hukuku ile kabahatler hukukundaki yasak ve yaptırımların konu ve unsur açısından farklı olabileceğini, bu durumlarda *aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama* hakkının söz konusu olmayacağını ifade ederek buna ilişkin yapılan başvurunun kabul edilmez olduğuna karar vermiştir²³⁵.

D. Zamaşımı

Kabahatler Kanunu'nda soruşturma ve yerine getirme olmak üzere iki çeşit zamaşımı süresi öngörülmüştür (KK m. 20-21). Bununla birlikte özel kanunlarda da zamaşımına ilişkin düzenlemeler vardır²³⁶. İdari para cezaları için soruşturma zamaşımı öngörülmekle birlikte idari tedbirler için soruşturma zamaşımı öngörülmemiştir²³⁷. İdari tedbirler açısından soruşturma zamaşımı süresinin kabul edilmemesi bireylerin lehine olan bir düzenlemeden tek taraflı olarak vazgeçilmesi anlamına gelir. Bu durumda zamaşımı müessesesinin özüne aykırı olması nedeniyle eleştirilmekte²³⁸ ve eksiklik olarak değerlendirilmektedir²³⁹. Kanunun gerekçe kısmında neden böyle bir ayrıma gidildiğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. İdari tedbirler açısından böyle bir belirsizliğin kabul edilmesi keyfi işlemlere neden olabileceği için hukuk devleti ilkesi aykırıdır²⁴⁰. Fakat Yargıtay bir kararında 6284 sayılı Kanun'da zamaşımına dair bir düzenleme bulunmaması sebebiyle Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına gerek olmadığına karar vermiştir²⁴¹.

²³⁴ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul, E. 2014/124, K. 2015/24, KT. 5.3.2015. (Lexpera).

²³⁵ Anayasa Mahkemesi, 2. Bölüm, Başvuru No: 2014/72, KT. 25.3.2015. (Lexpera).

²³⁶ HAKERİ, s. 729.

²³⁷ HAKERİ, s. 730.

²³⁸ ÖZEN, s. 145.

²³⁹ ÇAĞLAYAN, s. 171.

²⁴⁰ Aynı yönde, Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/14488, K. 2016/561, KT. 19.1.2016 (Muhalefet Şerhi). (Kazancı).

²⁴¹ Yargıtay 19. Ceza Dairesi, E. 2015/14488, K. 2016/561, KT. 19.1.2016. (Kazancı).

Kabahat aynı zamanda suç olarak da kabul edilmiş ise olaya suça ilişkin dava zamanaşımı süresi uygulanır (KK m. 20/5).

Tüm idari tedbirler için yerine getirme zamanaşımı süresi kabul edilmiştir²⁴². Yerine getirme zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için kararın kesinleşmesi gerekmele birlikte kararın kesinleşmesi zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için yeterli değildir. Süre, kararın kesinleştiği yıldan sonraki yılın başından itibaren işlemeye başlar (KK m. 21/4). Yerine getirme zamanaşımı dolmuş ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı artık icra edilemez (KK m. 21/1). Bu süre mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımında on yıldır (KK m. 21/3). On yıllık süre eylemin işlendiği tarihten başlamaktadır. Eylemin işlenmesinden itibaren on yıl içerisinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususunda karar verilmesi gerekir²⁴³. İdari tedbir idari para cezası yaptırımının eki niteliğinde ise idari tedbire ilişkin olarak idari para cezası için öngörülen zamanaşımı süresi uygulanır²⁴⁴.

VI. SONUÇ

Kabahatler Kanunu m. 16 gereği kabahat kavramı tam olarak anlaşılmadan idari yaptırım kavramının anlaşılması oldukça güçtür. Bununla birlikte doktrinde kabahat ve kabahatler hukuku kavramlarının mübadili farklı kavramlar kullanılmakta olup bu durum konunun anlaşılmasını güçleştirmektedir.

İdari yaptırım türü olan idari tedbirler kendi içerisinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idari tedbirler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi KK m. 18'de düzenlenmiştir. Madde kapsamına bakıldığında mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi bünyesinde düzenlenen elkoyma işleminin Anayasa'ya aykırı olduğu görülmektedir. Bu aykırılığın Anayasa ve Kabahatler Kanunu'nda yapılacak değişikliklerle ortadan kaldırılması gerekir.

Madde kapsamında düzenlenen, mülkiyetinin kamuya geçirilmesi işlemi öncesinde yapılan muhafaza masrafları ve eşyanın imhası halinde

²⁴² HAKERİ, s. 730.

²⁴³ Yargıtay 3. Ceza Dairesi, E. 2012/22277, K. 2012/28705, KT. 5.7.2012. (Kazancı)

²⁴⁴ Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2013/10034, K. 2014/4005, KT. 11.3.2014. (Kazancı)

imha masraflarının kim tarafından karşılanacağına ilişkin açık düzenlemelere ihtiyaç vardır. Kanun mülkiyetin kamuya geçmesinden sonra eşyanın imhasına izin vermekte olup belli şartlar altında karar kesinleşmeden de imhanın mümkün olabileceğine ilişkin düzenleme yapılması gerekir.

Kanuna göre kaim değerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilebilmesi mümkün olmakla birlikte kanunda eşdeğerlere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda eşdeğerlerin mülkiyetinin kamuya geçirilebileceğine ilişkin bir ekleme yapılmasında yarar vardır.

Konuya ilişkin son olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemine ilişkin soruşturma zamanaşımı süresinin öngörülmemesi bir eksiklik olup bu eksikliğin giderilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- AKBULUT, Berrin: Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014. (Kabahatler Kanunu)
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- AYATAR KIZILYAR, Sema: Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı Distinction Between Criminal and Administrative Sanction, Journal of Yaşar University, Cilt: 8, Sayı: Özel, Yıl: 2013, s. 1637 – 1667, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179472>, Erişim Tarihi: 30.11.2020.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu), Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2006.
- DALKILIÇ, Aysun: Türk Ceza Hukukunda Müsadere, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- DURAL, Mustafa / SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- EKİNCİ, Murat: Ceza Hukuku İlkeleri Açısından İdari Yaptırımlar, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 19-54, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/270847>, Erişim Tarihi: 17.11.2020. (Ceza Hukuku İlkeleri).
- EKİNCİ, Mustafa: Anlatımlı-Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar, Adalet Yayınevi, Ankara 2005. (Kabahatler Kanunu).
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

- GEDİK, Doğan: Bir İdari Yaptırım Çeşidi Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 17, Yıl: 2008, s. 113-127.
- GEDİK, Doğan / YÜCE, Ersoy: Bir İdari Yaptırım Türü Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, *Legal Kitapevi*, İstanbul 2011.
- GİŞİ, Selçuk: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, Yıl: 2017, s. 129–152, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/307980>, Erişim Tarihi: 17.11.2020.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt: 18, S. 2, Yıl: 1963, s. 115-182, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ausbf/issue/3169/44082>, ET. 17.11.2020.
- GÖZLER, Kemal: *Hukuka Giriş*, 12. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2017.
- GÜÇLÜ, Yaşar: *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- HAKERİ, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- İÇEL, Kayıhan: *İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 50, Sayı: 1-4, Yıl: 1984, s. 117–131, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95829>, ERİŞİM TARİHİ: 31.11.2020.
- KANGAL, Zeynel T.: *Kabahatler Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- KARABULUT, Mustafa: *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- KURT, Hayrettin: “İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 1, Yıl: 2014, s. 131–178, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/789185>, Erişim Tarihi: 30.11.2020.

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1995.
- MERAN, Necati: Açıklamalı-İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar (5728 s. Kanun Değişiklikleri ile), 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.
- OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 1, Yıl: 1999, s. 143-194, <https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/?p=753>, Erişim Tarihi: 16.12.2020.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- OTACI, Cengiz / KESKİN, İbrahim: Türk Kabahatler Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3326, İstanbul 1985.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZEN, Mustafa: İdari Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- SOYASLAN, Doğan: Muhafaza Altına Alma ve Elkoyma, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri 10-11 Şubat 2006, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları No:33, Ankara 2006, s. 231-240.
- ŞEN, Ersan / ERYILDIZ, Sefa: Elkoyma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- TÜZÜN, Duygu: Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, Yıl: 2020, s. 3315-3335.

Zeliha ALPSOY

ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.

YALÇIN, İsmail: Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

YERDELEN, Erdal: Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

YILDIZ, Ali Kemal: Kabahatler Kanunu-Uygulama ve Sorunlar, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulanmalarının Değerlendirilmesi Semineri Tebliğleri 10-11 Şubat 2006, Eğitim Daire Başkanlığı Yayınları No:33, Ankara 2006, s. 191-200. (Kabahatler Kanunu)

YILDIZ, Ferhat: İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 95, Yıl: 2014, s. 87-94. (İdari Yaptırımlar)

YURTCAN, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:317, Ankara 2016, <http://tbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/548.pdf>, Erişim Tarihi: 16.11.2020.

ZABOBİNİ, Guido: İdari Müeyyideler, Çeviren: H. Yılmaz Günel, Sevinç Matbaası, Ankara 1964.

ZAFER, Hamide: İdari Yaptırım Usulü, Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul Barosu, İstanbul 2007, s. 667-680.

TÜRK HUKUKUNDA MÜKERRİRLERE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ

Celal Hakan KAN*

ÖZ

“Ceza” kavramı, kanunlar ile belirlenen ve yasak olarak ifade edilen hususlara karşı aykırı davranışları gerçekleştiren bireylere uygulanan bir yaptırım çeşidi olarak bilinmektedir. Ancak bu yaptırım/yaptırımlarda ceza genel ismi kullanılsa da her fiil için uygulanan ceza veya yaptırımın aynı olmadığını anlatmakta fayda vardır. Bu noktada temel belirleyici olarak ifade edilen hususlar, meydana gelen suçun niteliği, bu suçu işleyen suç olarak değerlendirilen olaydaki kusur oranı ve benzeri konulardır. Bununla birlikte suçun ağırlığı olarak ifade edilen bir olgudan da bahsetmek yerinde olacaktır ki bu da meydana gelen suçun toplum içinde oluşturduğu etki olarak değerlendirilmektedir. Tüm bu kriterlerle beraber faile verilecek olan cezanın tespit edilmesi noktasında failin yaşı, akli sağlık durumu, olayda hafifletici nedenlerin var olup olmaması ile beraber tekerrür gibi hususların da dikkate alındığı bilinmektedir.

Türk Ceza Hukuku bünyesinde “tekerrür” kavramı ile bu kavramın çeşitli yönleri ve “mükerrirlere özgü infaz rejiminin” incelendiği bu çalışmada;

* Cumhuriyet Savcısı, E-Mail: hakankan_31@msn.com, ORCID ID: 0000-0002-0621-4195.

Makalenin Gönderim Tarihi : 23.08.2021.

Makalenin Kabul Tarihi : 03.12.2021.

cezanın infaz süresinin uzamasına neden olan unsurlar arasında sıralanan ve daha önce belirli bir suç nedeniyle hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan birinin kanunlarda düzenlenen süreler dahilinde yeni bir suç işlemesine karşılık gelen tekerrür uygulamaları ele alınmıştır. Bu doğrultuda hazırlanan çalışma; çalışma konusu ile ilgili kanun metinleri ve açıklamalardan faydalanılarak düzenlenen derleme bir çalışma niteliğindedir.

Anahtar Kelimeler: Tekerrür, mükerrir, ceza ve tekerrür, ceza artırımı, kanunda tekerrür.

EXECUTION REGIME SPECIFIC TO REPEATS IN TURKISH LAW

ABSTRACT

The concept of “punishment” is known as a type of sanction applied to individuals who act against the things determined by the laws and expressed as prohibited. However, although the general name of punishment is used in these sanctions/sanctions, it is useful to explain that the penalty or sanction applied for each act is not the same. At this point, the main determinants are the nature of the crime, the fault rate of the perpetrator in the incident, which is considered a crime, and similar issues. In addition to this, it would be appropriate to mention a phenomenon that is expressed as the gravity of the crime, which is considered as the effect of the crime on society. Along with all these criteria, it is known that in determining the punishment to be given to the perpetrator, the age of the perpetrator, his mental health status, whether there are mitigating factors in the event, as well as the repetition are also taken into account.

In this study, in which the concept of “repetition” and various aspects of this concept and the “executive regime specific to recidivists” are examined within the scope of Turkish Criminal Law; The repetition practices, which are listed among the factors that cause the length of the sentence to be prolonged, and who have a finalized conviction for a certain crime before, commit a new crime within the periods regulated by the laws are discussed. The study prepared in this direction; It is a compilation study, which is organized by making use of the law texts and explanations related to the study subject.

Keywords: Repetition, recidivism, punishment and repetition, penalty increase, repetition in law.

I. GİRİŞ

Ceza kavramı ile ilgili olarak doktrin incelendiğinde kavramın; bireylerin kanunlar tarafından yasaklanan herhangi bir konuda itaatsiz davranmaları nedeniyle kendilerine uygulanan yaptırım olarak ifade edildiği görülmektedir. Ancak ceza kavramı ile ilgili standart bir uygulama ya da yaptırım şeklinin olmadığı da bilinmektedir. Bu bağlamda her suç için aynı yaptırım şeklinden söz etmek mümkün değildir. Belirtilen doğrultuda değerlendirildiğinde, kanunlar tarafından yasaklanan hususlara itaatsizlik konusunda bu itaatsizliği gösteren bireye uygulanacak olan yaptırım oranının işlenen suç fiiline göre değişiklik gösterdiği bilinmektedir. Bahsedilen değişiklik ise suçun niteliği ya da failin suçun işlenmesi konusundaki kast veya kusurunun ağırlığı ile orantılı biçimde artış sergilemektedir. Yaptırımın değişmesine neden olan hususlar arasında sıralanan suçun ağırlığı ise eylemin toplumsal anlamda meydana getirdiği etkiyi ifade etmektedir. Bu hususlara ek olarak cezanın tespit edilmesi konusunda failin yaşı, akıl sağlığı, hafifletici sebepler ve tekrür gibi birtakım farklı kıstaslarda etkilidir.

Bu çalışmada, daha önceki bir zaman dilimi içerisinde herhangi bir suç nedeniyle mahkûm olan bireyin kanunlarda belirlenen süreler dahilinde yeni bir suç ya da suçlar işlemesini ifade eden tekrür müessesesi ile bu kavrama özgü infaz rejiminin nasıl olacağı Türk hukukuna göre ele alınmıştır. Doktrin incelendiğinde tekrür ve bu kavramla uzantılı infaz rejimi, hem birinci defa suç işleyen kişilerin tekrar suç işlemesinin engellenmesi konusunda hem de toplumsal yapının suçlardan arındırılması noktasında önemli bir uygulama olarak görülmektedir.

II. TEKERRÜR MÜESSESESİNİN KAVRAMSAL AÇIDAN İNCELENMESİ

Tekerrür kavramı etimolojik olarak Türkçeye Arapçadan geçen bir kelimedir¹. Türkçede sıklıkla kullanılan “tekrar” kelimesinin eş anlamlısı olarak da değerlendirilebilecek olan “tekerrür” kavramının Arapçada “yeniden gerçekleşme veya tekrarlanma” gibi anlamlara geldiği

¹ BOZDAĞ, Ahmet: Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 21.

ifade edilmektedir. Bu bağlamda Türk Ceza Hukuku açısından değerlendirildiğinde, kavramın bu hukuk yapısı içinde de asli anlamına benzer anlamlara karşılık gelecek şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Türk hukuk sistemi içinde tekerrür, bireyin herhangi bir cezaya dair mahkum edilmesinin ardından tekrar suç işlemesini belirtmek maksadıyla kullanılmaktadır ki bu da kavramın asli anlamı olan yeniden gerçekleşme şeklinde ifade edildiğinin göstergesidir². Tekerrür, fiili ifade eden bir kavramdır. Bu açıdan tekerrürle ilgili olarak bu duruma sebep olan, diğer bir deyişle faili ifade eden bir kavram olduğu da görülmektedir ki doktrinde tekerrüre sebep olan fail mükerrir olarak adlandırılmaktadır.

Ceza hukuku açısından mükerrir kavramı değerlendirildiğinde ise herhangi bir bireyin mükerrir olarak kabul edilebilmesi için farklı sebeplerin bir arada gerçekleşmesi gerektiği hususuna değinilmektedir. Mükerrir kavramı ile ilgili olarak doktrin incelendiğinde ise bireyin mükerrir olarak kabul edilebilmesi konusunda üzerinde durulan sebeplerin genel ve özel sebepler olarak iki ana başlık altında toplandığı anlaşılmaktadır. Bu ayrımda genel sebepler olarak belirtilen hususlar, suçluluğun genel sebepleri olarak da kabul edilen sefalet, serserilik ve benzeri durumlar olarak ifade edilmektedir. Özel sebepler ise yalnızca tekerrüre neden olan durumlar şeklinde değerlendirilmektedir.

Bu bağlamda mükerrirliğin özel sebeplerini;

- mahkumların infaz kurumlarında uygulanan politikalar nedeniyle beklenen düzeyde ıslah olmamaları³,
 - toplumun, infaz kurumundan çıkan bireylere dair yaklaşımları nedeniyle eski hükümlü pozisyonunda olan kişilerin sosyal ve ekonomik anlamda sorunlar yaşamaları,
- şeklinde sıralamak mümkündür.

² WYSS, Oscar: Der Rückfall in den Kantonalen Strafgesetzbüchern und in den Vorentwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Dissertation, Bern, 1927, s. 25; ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, C. III, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 644, (Akt. ÜZÜLMEZ, İlhan: “1997 Tarihli TCK. Tasarısında Tekerrür”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S: 4, Ekim 2000, s. 701).

³ ÖZBEY, Özcan: “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri”, TBB Dergisi, S: 88, 2010, s. 55.

Tekerrür kavramı uygulama açısından ele alındığında da farklı açılardan önemli görülen bir yapı olarak kabul edilmektedir. Nitekim tekerrürün hem bireysel hem de toplumsal etkileri olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda bireylerin yeniden suça yönelmelerine engel olunması açısından tekerrürün bireysel faydalarından, toplumsal anlamda ise tehlikeli olarak kabul edilen suçlulara karşı bir koruma sağlaması yönüyle toplumsal faydalarından söz etmek mümkündür⁴. Türk Ceza Kanunu'nda tekerrür kavramı 58. maddede “suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular başlığı altında düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tekerrür ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde, ilk göze çarpan hususun tekerrürün gerçekleşmesi için bireyin daha önce işlemiş olduğu suça dair cezasının infaz edilmesi konusunda gereklilik şartının aranmamasıdır. Bu ise bireyin işlemiş olduğu suç nedeniyle kesin hüküm giymesinin ardından yeni bir suç işlemesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği anlamına gelmektedir. Yine ilgili madde bünyesinde daha önce işlenmiş olan suçla alakalı tekerrüre dair açıklamalar da yer almaktadır. Bu açıklamaları;

- bireye verilen hapis cezasının beş yıldan fazla olması halinde, cezanın infazının ardından beş yıl,
- bireye verilen hapis cezasının beş yıl olması ya da beş yıldan az olması veya bireyin işlemiş olduğu suç nedeniyle adli para cezasına mahkum edilmesi durumunda cezanın infazının gerçekleşmesinin ardından üç yıl geçmesi şartıyla işlenen suçlara tekerrür hükümleri uygulanmaz.
- belirtilen süre dahilinde tekerrürün gerçekleşmesi halinde yeni işlenen suçlarla ilgili olarak suçun düzenlenmiş olduğu kanun metninde hapis cezası ya da adli para cezası şeklinde seçimlik bir cezanın öngörülmesi durumunda, tekerrürün ortaya çıkmış olması nedeniyle hakim suçu işlemiş olan kişi ile ilgili olarak hapis cezası yönünde hüküm verir. Tekerrür hükümleri, taksirli suçlar ile kasıtlı suçlar ve askeri suçlar ile diğer suçlar arasında da uygulanmaz. Ayrıca kasten işlenen insan öldürme, yaralama gibi suçlar ile dolandırıcılık, uyuşturucu ya da uyarıcı maddelerin üretilmesi ve satılması suçlarının yanı sıra damgada sahtecilik

⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan: “1997 Tarihli TCK. Tasarısında Tekerrür”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 4, Ekim 2000, s. 700.

gibi eylemlerin dışında kalan ve yabancı ülkelerin mahkemeleri tarafından verilen hükümler de tekerrür uygulaması kapsamı dışında tutulur ve tekerrüre esas alınamaz.

- tekerrür hükümlerinin uygulanmadığı bir diğer hal ise failin suç işlediği dönem ya da zaman itibarıyla 18 yaşını doldurmamış olması durumudur. Nitekim 18 yaşını doldurmamış kişilerin işlemiş oldukları suçlar nedeniyle tekerrür hükümleri uygulanmaz. Tekerrürün ortaya çıkması durumunda suça dair verilecek olan cezanın uygulanma şekli normal uygulamanın aksine mükerrirlere özgü infaz rejimine göre belirlenecektir. Buna ek olarak tekerrürü meydana getiren diğer bir ifade ile mükerrir olarak cezasını tamamlayan kişiler açısından denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanması yönünde karar verilebileceği de ifade edilmektedir. Ancak mükerrirliğe özgü infaz rejimi ve tedbirler, birey ile ilgili mahkumiyet kararının verildiği aşamada belirtilmelidir. Verilen kararların uygulanması ise kanunlar bünyesinde düzenlenen şekilde olmalıdır.
- mükerrirlere özgü olduğu ifade edilen infaz rejimlerinin denetimli serbestlik uygulamaları, suçu meslek haline getiren kişiler, ihtiyati suçlular ya da örgüt mensubu olanlar hakkında da uygulanması gerekmektedir.
- mükerrirlere özgü infaz rejimi CGTİHK'nun 108. maddesinde düzenlenmiştir. 6545 Sayılı Kanun'un 82. maddesi ile CGTİHK'na eklenen 108/8 ve 108/9. maddelerinde mükerrir olma durumuna bakılmadan bazı suçları işleyen bireyler açısından özel infaz rejimlerinin getirildiği görülmektedir. Mükerrir olup olmadıklarına bakılmadan 108/1. maddede öngörülen koşullu salıverme süreleri, cinsel saldırı (TCK'nun 102/2. fıkrası), küçüklerin cinsel istismarı, küçük yaştaki mağdur ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişki (TCK'nun 104/2 ve 104/3. fıkraları) ve uyuşturucu madde ticareti yapma suçlarından dolayı verilen hapis cezaları açısından da uygulanır. Yani yasada tahdidi bir şekilde sayılan bu suçlar nedeniyle hükmedilen süreli hapis cezalarının 3/4'ü infaz edildikten sonra koşullu salıvermeden istifade edilir. Ayrıca küçük yaştaki bireylere karşı gerçekleştirilen eylemler nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmiş ise 39 yıl, müebbet hapis cezasına hükmedilmiş ise 33 yıl geçtikten sonra koşullu

salıvermeden yararlanılır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, mağdur olan bireyin yaşı ile tahdidi bir şekilde sayılan suçların toplumda yarattığı etkileri dikkate alarak pozitif ayrımcılık yapmış ve haklı olarak cezaevinde geçirilmesi gereken süreyi uzatmıştır.

III. TEKERRÜRÜN HUKUKİ MAHİYETİ VE TEKERRÜR ÇEŞİTLERİ

A. Tekerrürün Hukuki Mahiyeti

Tekerrürün hukuki mahiyeti açısından öncelikli olarak üzerinde durulması gereken konu, tekerrürün suç işleyen bireyin daha önce gerçekleştirmiş olduğu eylem sebebiyle yaşadığı mahkumiyetten etkilenmediğini gösteren bir husus olduğudur. Bununla birlikte yine tekerrüre konu olan suç nedeniyle bireyin mahkumiyetinin sonlanmasından sonra yeniden suç işlemesi, kendisine verilen cezanın ıslahını sağlamadığını ya da kişinin suç işleme konusunda ısrarcı olduğunu gösteren hususlar olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulaması, bireyin suç işleme konusunda tehlikeli olarak değerlendirilmesi neticesinde ortaya çıkmaktadır⁵.

Bahsedilen bu hususlara göre ve Türk Ceza Hukuku'ndan hareketle tekerrürün, bireyi ilk defa suç işleyen diğer bireylere göre suç işleme konusunda daha tehlikeli olarak değerlendirme sonucunu ortaya çıkaran bir unsur olduğu söylenebilir. Bu nedenle mükerririn cezasının artırılması yerine onunla ilgili olarak belirli güvenlik tedbirlerinin ve farklı bir infaz rejiminin uygulanması yoluna gidilmektedir. Ceza artırımı yerine güvenlik tedbirleri ve farklı bir infaz rejimi uygulanması yoluna gidilmesi mükerrirlere özgü bir infaz rejimi geliştirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu infaz rejimine ek olarak cezanın infazından sonra başlayacak olan bir denetimli serbestlik tedbiri uygulaması da öngörülmüştür⁶.

⁵ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 839.

⁶ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 625.

B. Tekerrür Türleri

Tekerrürün çeşitleri ile ilgili olarak doktrin ve Türk Ceza Kanunu karşılaştırıldığında, doktrinde Türk Ceza Kanunu'na göre daha fazla tekerrür çeşidine yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda doktrinde yer alan tekerrür çeşitlerini;

- genel – özel tekerrür,
- gerçek – mefruz tekerrür,
- zorunlu – ihtiyari tekerrür,
- süreli – süresiz tekerrür,
- milli (Ulusal) – milletlerarası (Uluslararası) tekerrür

şeklinde sıralamak mümkündür. Ancak Türk Ceza Kanunu'nda tekerrür çeşitleri doktrinde yer verildiği kadar farklı şekillerde ele alınmamıştır⁷.

Genel – Özel Tekerrür: Tekerrür hükümlerinin uygulanması noktasında ilk suç ile ikinci suç arasında ayniyetin aranmaması halinde genel tekerrür söz konusu olacaktır. Bu durumun tersine, gerçekleşen iki suç arasında ayniyet aranıyor ise bu durumda özel tekerrürden söz edilecektir⁸. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda özel tekerrüre ilişkin hükümler vardı. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise yalnızca genel tekerrür şeklindeki uygulama kabul edilerek ikili ayırmadan vazgeçilmiştir. Böylelikle yeni dönemde iki suç arasında ayniyet aranmadığı hususu net bir şekilde ifade edilebilir.

Gerçek – Mefruz Tekerrür: Gerçek tekerrürün en temel özelliği tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için işlenmiş olan suça yönelik olarak verilen cezanın “tamamen infaz edilmesinden” sonra yeni bir suç işleme gerekliliğinin aranmasıdır. Ancak yeni bir suçun gerçekleşmesi halinde yalnızca ilk suçla alakalı “kesinleşmiş” bir mahkumiyet hükmünün bulunması şartı aranıyorsa bu durumda mefruz tekerrürden

⁷ BIYIKLI Hasan: Sosyal Ceza Hukuku, İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1983, s. 272.

⁸ ÖNDER, K. Orhan: “Tatbikatta ‘Mutlak ve Mukayyet Tekerrürün’ İçtimar”, Adalet Dergisi, Y. 51, S. 2 – 6, Ankara, 1960, s. 173

söz edilir⁹. Görüldüğü üzere ilk suç nedeniyle verilen cezanın infaz edilmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından ilk mahkumiyet hükmünün sadece kesinleşmesi şartını aramaktadır. Böylelikle yeni TCK'nın mefruz tekerrürü kabul ettiği ve tekerrüre esas alınan ilk hükmün infaz edilmesi gibi bir koşulu aramadığı kesin bir şekilde anlaşılmaktadır.

Ulusal – Uluslararası Tekerrür: Tekerrüre konu olan suç belirli bir ülkenin kanunlarına göre verilmiş ve yine sadece o ülke bakımından tekerrüre esas bir durum olarak kabul ediliyorsa bu durumda milli ya da ulusal tekerrürden söz edilir. Bununla birlikte verilen ceza farklı ülkeler açısından da tekerrüre esas teşkil ediyor ise bu durumda uluslararası tekerrürden söz edilir¹⁰. Konu, Türk Ceza Hukuku açısından değerlendirildiğinde, genel manada ulusal bir tekerrür uygulaması benimsense de uluslararası tekerrüre yönelik düzenlemelerin olduğu da görülmektedir. Yeni TCK'nun 58/4. maddesinde “*Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.*” şeklindeki düzenleme dikkate alındığında, tahdidi olarak sayılan bu suçların dışındaki diğer eylemler yurt dışında işlenmiş ise tekerrüre esas alınmaz. Görüldüğü üzere yeni TCK sınırlı sayıdaki suç açısından uluslararası tekerrürü kabul etmiştir.

Zorunlu – İhtiyari Tekerrür: Kanunlarda tekerrüre dair öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde tekerrürün uygulanma zorunluluğunun olması zorunlu tekerrür olarak ifade edilir. Ancak bahsedilen şartların ortaya çıkmasına rağmen tekerrürün uygulanması konusunda hakimın takdir yetkisi söz konusu ise bu durum ihtiyari tekerrür olarak adlandırılır¹¹. Yeni TCK'nun 58/1. maddesinde “*Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun*

⁹ ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 115.

¹⁰ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 705.

¹¹ EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s. 653.

işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Görüldüğü üzere şartların oluşması halinde hakim tarafından tekerrüre ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Bu hususta hakimin takdir yetkisi yoktur.

Sürelî – Süresiz Tekerrür: Sürelî tekerrürde, tekerrüre dair yasa maddelerinin uygulanabilmesi için sonraki eylemin, ilk suçla ilgili verilmiş olan mahkumiyet kararının ya da cezanın infaz edilmesinin ardından belirlenmiş olan zaman diliminde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Şayet ilk suç ile ikinci suçun gerçekleşme zamanı arasında bir süre şartı yok ise bu durumda süresiz tekerrür söz konusu olacaktır. Ancak süresiz tekerrürde bir zaman dilimi olmadığı için ikinci suç ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin tekerrür hükümleri uygulanır¹². Sürelî ve süresiz tekerrür açısından Türk Ceza Kanunu incelendiğinde, genel manada sürelî tekerrürün kabul edildiği görülmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde tekerrüre esas olan süreler 3 – 5 yıl olarak düzenlenmiştir¹³.

IV. TEKERRÜRÜN KOŞULLARI

765 sayılı Türk Ceza Kanunu, tekerrürün şartları açısından değerlendirildiğinde ilgili kanunda bu şartların; genel tekerrür, özel tekerrür ve tekrarlanmış özel tekerrür şeklinde sıralandığı görülmektedir. Bununla birlikte tekerrüre dair 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesi incelendiğinde, bu maddedeki şartların;

- bireyin daha önce herhangi bir suçtan mahkum olmasını ifade eden mahkumiyet şartı,
 - bireyin ilk suçu işlemeden sonra yeni bir eylemin gerçekleştirilmesini ifade eden ikinci bir suçun işlenmesi şartı,
 - yeni suçun belirli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmiş olmasını ifade eden süre şartı,
- olarak sıralandığı görülmektedir.

¹² ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 16.

¹³ EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s. 668.

A. Mahkumiyet Koşulu

Tekerrürden söz edilebilmesi için aranan ilk şartlardan biri, birey tarafından daha önceki bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirdiği bir eylem nedeniyle kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı verilmiş olmasıdır¹⁴. Ancak mahkumiyet kararı verilen cezanın hapis cezası ya da adli para cezası olması tekerrür uygulamalarında önemli olarak değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte daha önce işlenmiş olan bir suç nedeniyle bireyin sadece adli para cezasına mahkum olması ve bu cezanın kanunlara göre kesin bulunması gibi hususlardan kaynaklı olarak bu mahkumiyet kararı ile ilgili temyiz ya da istinaf yolunun kapalı bulunduğu hallerde de bahsedilen ceza, tekerrür hükümlerinin uygulanması konusunda dikkate alınmamaktadır¹⁵.

Bahsedilen doğrultuda değerlendirildiğinde, birey hakkında verilen mahkumiyet kararının Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen bir suça karşılık gelmesi gerekmektedir. Buna göre idari para cezaları tekerrüre esas teşkil etmeyen yaptırımlar arasındadır. Çünkü idari para cezaları kamu hukukunun bir dalı olan kabahatler hukukunda düzenlenmiştir. Bununla birlikte idari soruşturmalar neticesinde hükmedilen disiplin cezaları ile Trafik Kanunu gereğince verilen cezalar da tekerrür uygulamalarında dikkate alınmaz. Bu bağlamda herhangi bir birey ile ilgili olarak daha önceden gerçekleşmiş olan bir suç nedeniyle güvenlik tedbiri yönünde hüküm tesis edilmiş ise daha sonra gerçekleşen suç nedeniyle tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını söylememiz yerinde bir değerlendirme olacaktır. Bununla birlikte herhangi bir şahsın daha önce gerçekleştirmiş bulunduğu bir eylem nedeniyle kısa süreli bir hapis cezasına çarptırılması ve bunun da TCK'nun 50/5. maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımlardan birine dönüştürülmesi halinde uygulamada dikkate alınması gereken esas husus çevrilen bu seçenek yaptırım olacaktır. Yine mahkumiyetin tamamen yani bihakkın infaz edilmesinin ve neticelerinin sona ermesinin ardından kişi tarafından işlenen ikinci suçla alakalı olarak daha önceki mahkumiyet kararı tekerrür

¹⁴ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 2120.

¹⁵ ARTUK – GÖKCEN – YENİDÜNYA: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, 2. Bası, s. 2123.

hükümlerinin uygulanması açısından esas teşkil etmemektedir¹⁶. Ancak kısa süreli olarak nitelendirilen hapis cezalarının seçenek tedbir olarak adli para cezasına dönüştürülmesi halinde dönüştürülen yaptırımın da bir ceza olması nedeniyle bu ceza ya da yaptırım tekrüre esas teşkil eden bir husus olarak kabul edilecektir¹⁷. Buna karşılık Türk Ceza Kanunu 57. maddede yer verilen akıl hastalarına dair güvenlik tedbirleri ile 56. maddede düzenlenen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri tekrüre esas teşkil etmez. Bunların yanı sıra Kabahatler Kanunu'na göre verilen idari para cezasından kaynaklanan mahkumiyet ve disiplin cezaları da ceza mahkemeleri tarafından verilse bile tekrüre esas alınmaz¹⁸.

Daha önce gerçekleşmiş olan bir suç nedeniyle ön ödeme usulünün uygulanması halinde soruşturma aşamasında şüpheli hakkında kovuşturmaya gerek olmadığı yönünde karar verilir. Ancak ön ödeme kovuşturma safhasında gerçekleşirse Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesine göre mahkeme tarafından kamu davasının düşürülmesi yönünde karar verilir. Ön ödemenin gerçekleşmesi halinde herhangi bir mahkumiyet kararı verilemeyeceği için önceden işlenmiş olan ve ön ödemenin uygulandığı suçlar kesinlikle tekrüre esas kabul edilemez¹⁹. Bahsedilen hususlar dışında tekrür ile ilgili kuralların uygulanabilmesi için mahkumiyet kararının kesin ve uygulanma kabiliyetinin mevcut olması gerekir. Şayet mahkumiyet kararları kesinleşmemiş ise işlenmiş olan suç sayısı ne olursa olsun tekrür hükümleri uygulanamaz²⁰. Ayrıca kanunlarda yapılan değişiklikler ile daha önce suç olarak kabul edilen fiilin suç olmaktan çıkması ya da genel af uygulamaları gibi hususlar

¹⁶ ÖZGENÇ, s. 840; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 706.

¹⁷ KOCA - ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 629.

¹⁸ EREM Faruk: "Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, Ankara, 1945, 191 – 210; KARAOK, Hasan: Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Tekerrür Hükümlerinin Tatbikatı, Bingöl Matbaası, Elazığ, 1952, s. 152.

¹⁹ GÜNAY Erhan: Cezada Tekerrür Uygulaması (Pratik), Adil Yayınevi, Ankara, 1996, s. 79.

²⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 479.

nedeniyle²¹ mahkumiyetin tüm neticelerinin ortadan kalkması veya sona ermesi sonucunda da tekrür hükümleri uygulanamaz²².

Tekrür hükümlerinin uygulanamayacağı durumlardan bir diğeri ise şikayete dayalı suçlarda şikayetin geri alınması hususudur. Bu durumda davacı olan bireyin şikayetinden vazgeçmesi hükmün kesinleşmesine kadar mümkün olduğu için şikayetin geri alınması halinde bir mahkumiyet kararı ortaya çıkmayacağından kesinleşmiş bir ceza ilamının olmaması nedeniyle tekrür hükümleri uygulanamaz. Ancak uygulamada istisnai durumlar arasında sıralansa da hükmün kesinleşmesinden sonra da şikayetten vazgeçilmesi mümkün olabilmektedir. Bahsedilen söz konusu durumun ortaya çıkması halinde şikayetten vazgeçilmesine bağlı olarak cezanın düşecek olması nedeniyle düşen ceza ya da ilam ikinci mahkumiyet açısından tekrüre esas kabul edilemez²³.

Zamanaşımı da tekrür hükümlerinin uygulanamayacağı durumlar arasında sıralanmaktadır. Mahkemeye yansıyan davanın zanaşımına uğraması sonucunda mahkumiyet gerçekleşmeyeceği için tekrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir²⁴. Zanaşımı konusunda iki farklı husus üzerinde durmakta yarar vardır ki bunlar dava zanaşımı ile ceza zanaşımıdır. Ceza zanaşımı açısından tekrür hükümleri ile ilgili uygulama, dava zanaşımına göre farklılık arz etmektedir. Çünkü bu durumda kesinleşmiş bir ceza olmasına rağmen infaz ile alakalı olarak bir uygulama yapılamaması hali ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kesinleşmiş ve infaz aşamasına geçmiş bir ilam olduğu için tekrüre engel bir husustan söz edilemez²⁵. Buna ek olarak cezanın özel af²⁶ ve benzeri bir uygulama ile ertelenmesi halinde de daha

²¹ ERDURAK, Yılmaz Güngör, Türk Ceza Kanunu, Savaş Yayınları, Ankara, 1991, s. 185.

²² ÖZBEY, a.g.m, s. 69.

²³ EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s. 659.

²⁴ EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e., s. 658.

²⁵ HAKERİ, s. 706.

²⁶ Bu konu ile ilgili olarak Öztürk, özel ve genel af ayırımına değinerek özel af uygulamasının genel aftan farklı olarak ceza ile ilgili bütün sonuçları ortadan kaldırmayacağını ifade etmektedir. Bu bağlamda öze af uygulamasında mahkûmiyet durumunun olduğu gibi kalacağına da değinmektedir. (Bkz: ÖZTÜRK, a.g.e. s. 276). Buna göre, özel af uygulaması sonrasında mahkûmiyet durumunun kalması Türk Ceza

önceki bir zaman dilimi içerisinde verilen bir mahkumiyet söz konusu olduğu için tekrür hükümlerinin uygulanabileceğine değinilmektedir²⁷.

Bahsedilen hususlar dikkate alındığında, tekrür hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikli olarak ilk suçla alakalı kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün olması ve bunun ardından kişinin yeni bir suç işlemesi şeklinde bir takım hususların gerekli olduğu söylenebilir. Bu husus 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulamada olduğu dönem açısından ele alındığında, tekrür hükümlerinin uygulanması konusunda görüş ayrılıklarına düşüldüğü dikkat çekmektedir. Bahsedilen dönem itibariyle tekrür hükümlerinin uygulanmasında, mahkumiyete konu olan cezanın infaz edilmesi yönünde bir şartın olup olmadığı hususu yasanın düzenlenmesindeki tutarsızlık nedeniyle tartışılmış ve uygulamalar doktrinde bazı görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bu görüş ayrılıkları içinde belirli bir kesimi oluşturan araştırmacılar, tekrür hükümlerinin uygulanması konusunda mahkumiyete dair hüküm verilmesinin yeterli olduğunu savunmuş, bir kısım araştırmacılar ise mahkumiyet kararına ek olarak infazın da gerekli olduğunu belirtmişlerdir²⁸. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulamada olduğu dönemde Yargıtay tarafından verilen kararlar incelendiğinde de, tekrür ile ilgili hükümlerin cezanın infaz edilmiş olması şartına bağlandığı ve kararların bu yönde verildiği görülmektedir²⁹.

B. Yeni Bir Suç İşleme Koşulu

Tekrür hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak aranan bir diğer şart meydana gelen yeni suçun belirli bir süre içerisinde gerçekleştirilmesidir. Bu koşul TCK'nun 58. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede birey tarafından daha önce işlenmiş olan bir suçla dair

Kanunu'nun 81. maddesinde yer verilen süreler dâhilinde tekrar suç işlenmesi hâlinde tekrür uygulanmasını gündeme getirecektir.

²⁷ ARTUK - GÖKÇEN – YENİDÜNYA: a.g.e., s. 2121.

²⁸ BAYRAMOĞLU, Reşad: “Tekrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır, Değil midir?”, Adalet Dergisi, 1944/12, s. 1002 – 1008; TAN, Hadi: “Tekrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Tekrüre Esas Tutulan Cezanın Çektirilmiş Olması Şarttır”, Adalet Dergisi, 1945/4, s. 336 – 345.

²⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2005/4-30 Esas – 2005/43 Karar sayılı ilamı, www.yargitay.gov.tr, e.t. 05.12.2021.

kesin hüküm verilmesinden sonra kişi tarafından yeni bir suç işlenmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği hususu açıkça belirtilmiştir. Buna göre Türk Ceza Kanunu'nda işlenen suçun türü ve benzeri konularda herhangi bir ayrıma gidilmeden tekerrür hükümlerine dair genel bir sistemin benimsendiği görülmektedir.

Bu şarta yönelik olarak Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde yer verilen düzenlemeden hareketle, tekerrüre konu olan fiiller ile ilgili olarak herhangi bir ayrıma yer verilmemesi nedeniyle tekerrür müessesesi açısından Türk Ceza Kanunu'nda genel bir sistemin uygulanmasının öngörüldüğü söylenebilir.

Şayet kişiye işlemiş olduğu ikinci suç nedeniyle adli para cezası verilmiş ve bu para cezasının süresinde ödenmemesi nedeniyle ilgili yaptırım tekrar hapis cezasına çevrilmiş ise adli para cezasının karşılığı olarak infaz edilen hapis cezası bakımından koşullu salıverme hükümlerinin uygulanması yoluna gidilemeyecektir³⁰. Bahsedilen uygulama her ne kadar mahkumiyet olarak değerlendirilse de bu konuda kesinleşen asıl hüküm adli para cezasıdır ve mahkumiyet ise bu adli para cezasının karşılığı şeklinde çekilmektedir. Bu bağlamda adli para cezasının, hapis cezasına dönüştürülmesi bu cezanın ödenmesine yönelik bir taziyik hapsi niteliğindedir³¹. Bu durumda tekerrür hükümleri uygulanamaz.

Aktarılan bu suç tiplerinin yanı sıra Türk Ceza Kanunu'nun 58/4. maddesinde kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar ve sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı da ifade edilmektedir. Kasti şekilde insan öldürme ve yaralama, uyuşturucu madde imal ve ticareti, dolandırıcılık, kalpazanlık ve benzeri suçlar dışında yabancı ülke mahkemelerinde görülen davalar dolayısıyla verilen hükümler de tekerrüre esas teşkil etmez. Bunlara ek olarak suç olarak nitelendirilen fiilin işlendiği dönemde failin 18 yaşını doldurmamış olduğu suçlar nedeniyle de tekerrür hükümleri uygulanamaz³². Tekerrür

³⁰ ARTUK - GÖKÇEN - YENİDÜNYA, a.g.e., s. 2121.

³¹ ARTUK - GÖKÇEN - YENİDÜNYA, a.g.e., s. 2120; Hakeri, a.g.e., s. 709, KOCA – ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 635.

³² ARTUK - GÖKÇEN – YENİDÜNYA: a.g.e., s. 2119.

hükümlerine dair yaş sınırı uygulaması Yargıtay kararları ile de sabit görülen bir uygulamadır³³.

C. Süre Koşulu

Türk Ceza Kanunu incelendiğinde, tekerrür hükümlerinin uygulanması konusunda yeni bir suçun işlenmesi ile beraber bu suçun belli bir süre içinde işlenmesi şartına da yer verildiği anlaşılmaktadır.

Bu husus TCK'nun 58/2. maddesinde;

“Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkumiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkumiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl,

Geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.” biçiminde düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 58/2-a ve 58/2-b maddelerinde bu süre şartının 3 ile 5 yıllık süreler şeklinde belirlenmiş olduğu görülmektedir. Ancak belirlenen bu süreler tahmini veya farazi süreler değildir. Diğer bir ifade ile bu sürelerin tespit edilmesi noktasında belirli hususlar göz önüne alınmaktadır. Buna ek olarak bu sürelerin belirlenmesinde kişinin mahkumiyet süresinin de etkili olduğu kaydedilmektedir. Şayet kişinin işlemiş olduğu suçla ilgili almış olduğu ceza 5 yıldan fazla bir süreye tekabül ediyor ise bu cezanın infazının ardından tekerrür süresi beş yıl olarak belirlenmiştir. Ancak mahkumiyetin süresi 5 yıldan daha az veya yalnızca adli para cezası ise tekerrüre esas olan süre 3 yıl olarak tespit edilmiştir. Bu sürelerin tekerrüre esas kabul edilebilmesi için ise cezanın infaz edilmiş olması şartı aranmaktadır. Diğer bir ifadeyle bireyin işlemiş

³³ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 28.10.2021 tarih ve 2021/20761 Esas – 2021/16602 Karar sayılı ilamında, sanığın daha önce gerçekleşen ve tekerrüre esas olarak kabul edilecek olan mahkûmiyetiyle ilgili suçun meydana geldiği zaman diliminde 18 yaşından küçük olması nedeniyle bu hükmün 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde 58/5. maddesine göre tekerrüre esas alınamayacağı ifade edilmiştir. portal.uyap.gov.tr, e.t. 05.12.2021.

olduğu suç nedeniyle aldığı cezanın tamamen yani bihakkın infaz edilmesinden sonra tekerrüre esas süreler işlemeye başlar ve infazın sona erdiği tarihe göre ikinci suç açısından tekerrür durumu değerlendirilir. Ancak bireyin almış olduğu cezasının infaz edilememesi tekerrüre esas sürelerin işlemeye başlamasına engel bir husus olarak kabul edilir³⁴. Bununla birlikte doğrudan verilen adli para cezaları kesin sınır olan 3000 TL'nin altında ise tekerrüre esas alınamaz. Adli para cezalarının tekerrür uygulamalarında dikkate alınabilmesi için kesin hüküm niteliğinde olmaması gerekmektedir. Bugün ki uygulamamızda 3000 TL'nin altındaki adli para cezaları kesin hüküm olarak kabul edilmektedir.

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli görülen en temel husus meydana gelen ve suç teşkil eden ikinci fiilin kanunlarda belirlenen süre dahilinde gerçekleşmesidir. Bunun dışında ikinci suçla ilgili olarak tesis edilen mahkumiyet kararının tekerrür süreleri içinde verilmesi gerekli deđildir³⁵.

V. MÜKERRİRLER AÇISINDAN HAPİS CEZALARININ İNFAZI

Haklarında TCK'nun 58. maddesi uygulanarak mükerrirlere özgü infaz rejimine karar verilen hükümlüler ile ilgili olarak CGTİHK'nun 108. maddesine göre infaz işlemleri gerçekleştirilecektir.

Mükerrirlere özgü infaz rejimi 5275 sayılı CGTİHK'nun 108. maddesinde:

“Mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri

(1) Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının, b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının, c) (Ek:14.4.2020-7242/49 md.) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde en fazla otuz iki yılının, d) Süreli hapis cezasının üçte ikisinin, infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir. (Ek cümle:14.4.2020-7242/49 md.) Ancak, koşullu salıverilme oranı üçte

³⁴ HAKERİ, s. 707, KOCA – ÜZÜLMEZ: a.g.e., s. 632.

³⁵ EREM - DANIŞMAN - ARTUK, a.g.e. s. 668.

ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır.

(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.

(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez. (Ek cümle:14.4.2020-7242/49 md.) Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.

(4) İnfaz hakimi, mükerrer hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.

(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.

(6) İnfaz hakimi, mükerrer hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.

(7) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrerler, infaz hakimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

(8) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkumiyet halinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.

(9) (Ek: 18.6.2014-6545/82 md.) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında da uygulanır. (Ek cümle:14/4/2020-7242/49 md.) Ancak, süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, cezanın infazı

sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hakimi tarafından karar verilir: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

(10) (Ek:18.6.2014-6545/82 md.) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

(11) (Ek:18.6.2014-6545/82 md.) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Tekerrür kavramı 5237 sayılı TCK'nun 58. maddesinde bir güvenlik tedbiri şeklinde yer almıştır³⁶. Tekerrür hükümleri uygulandığı zaman ceza infaz kurumunda fiili olarak geçirilmesi gereken sürenin artmasına neden olur. Bu düzenleme sonucunda mükerrer suçların, ilk defa suç işleyen kişilere göre koşullu salıvermeden yararlanmaları için cezaevinde geçirmeleri gereken süre artmıştır. Tekerrürün uygulanabilmesi için önceki cezanın kesinleşmiş olması yeterlidir³⁷. Ayrıca önceki cezanın infaz edilmesine gerek yoktur³⁸.

Tekerrür müessesesi yalnızca hapis cezaları için uygulanabilir. Bu madde açısından adli para cezaları için tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir. Çünkü adli para cezaları, koşullu salıverme hükümleri uygulanmaksızın bihakkın infaz edilir³⁹. Lakin bir kısım ilamlarda adli para cezasına hükmedildikten sonra sehven tekerrür

³⁶ ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 434.

³⁷ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: Vergi Ceza Hukuku, Yeniden Yazılmış B.3, Külcüoğlu Kültür Merkezi Yayınları, Afyonkarahisar, 2006, s. 160.

³⁸ AKIN, Abdülkadir: İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2016, s. 108.

³⁹ ÇOLAK Haluk, ALTUN Uğurtan: “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB Dergisi, S: 69, 2007, s. 241 – 338.

müessesesinin uygulanmasına da karar verilmektedir. Bu durumun mahkemeden talep edilecek ek karar ile düzeltilmesi mümkündür.

Tekerrür süreleri “TCK’da üç ve beş yıllık sürelerle” tabi kılınmıştır. Bu süreler önceki cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 3 ve 5 yıllık sürelerin geçmesi ile sona erer.

5 yıl ve daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkumiyet halinde bu cezaların infaz edildiği tarihten itibaren 3 yıl, 5 yıldan fazla süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde ise bu cezanın infaz tarihinden itibaren 5 yıl geçtikten sonra tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Anlaşılacağı üzere ceza yasası sistemimiz “süreli tekerrür” ilkesini kabul etmiştir⁴⁰. Tekerrüre esas alınan eylemin teşebbüs aşamasında kalması dahi bu müessesenin uygulanması açısından yeterli olarak kabul edilmektedir⁴¹.

7242 Sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki CGTİHK’nun 108/1-d maddesine göre 01.06.2005 - 14.04.2020 tarihleri arasında tekerrür hükümlerinin uygulandığı süreli hapis cezalarının koşullu salıverme süreleri 3/4 oranı dikkate alınarak hesaplanıyordu. 14.04.2020 tarih ve 7242 Sayılı Yasa ile CGTİHK’nun 108/1. maddesi değiştirilerek tekerrür hükümlerinin uygulandığı süreli hapis cezalarına ilişkin koşullu salıverme sürelerinin 2/3 oranına göre hesaplanacağı şeklinde bir düzenleme getirildi.

Bu düzenleme lehe olması sebebiyle geriye dönük bir şekilde uygulanacağı için eski uygulamayı ortadan kaldırmıştır. Halen infaz aşamasında olan ve tekerrür hükümleri içeren ilamlar 2/3 oranı dikkate alınarak yerine getirilecektir. Görüldüğü üzere 30.03.2020 tarihi itibarıyla infaz aşamasında olan ve tekerrür hükümlerini içeren hapis cezaları (30.03.2020 tarihinden önce veya sonra olması fark etmeksizin) 2/3 oranı dikkate alınarak infaz edilecektir⁴².

Önemli olan hususlardan biri de tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktarın tekerrüre esas alınan cezanın en

⁴⁰ ÜZÜLMEZ, İlhan: “5237 sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 4, Ağustos, 2005, s. 375 – 396.

⁴¹ ÜZÜLMEZ, a.g.e., s. 216.

⁴² KAN, Celal Hakan: Koşullu Salıverme - Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda, , 2. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2020, s. 194.

ağırından fazla olamayacağıdır. Daha anlaşılabilir bir ifadeyle koşullu salıverme süresinin üstüne eklenecek olan miktarın, tekerrüre esas alınan önceki mahkumiyet süresini geçemeyeceği şeklinde karar alınmıştır⁴³.

Bu durumu bir örnek ile açıklamak gerekirse; tekerrüre esas alınan birinci (önceki) ilamdaki ceza 6 ay hapis cezası (tekerrüre esas alınan ilam), infaza verilen ikinci (sonraki) ilamdaki ceza 6 yıl hapis cezası olsun (infaza verilen ilam). İnfaza verilen ilamdaki cezaya 1/2 oranı uygulandığında, $6 / 2 = 3$ yıl cezaya denk gelmektedir. 2 / 3 oranı uygulandığında ise $6 / 3 = 2$ yıl, $2 \text{ yıl} \times 2 = 4$ yıl cezaya tekabül etmektedir. 6 yıl hapis cezasına 1/2 ve 2/3 oranları ayrı ayrı uygulandığında 3 ve 4 yıllık hapis cezalarına ulaşılmaktadır. 1/2 ve 2/3 oranları arasında 1 yıllık fark vardır. Tekerrüre esas alınan birinci ilamdaki 6 ay hapis cezası ise 1 yıllık farkın altında kalmaktadır. Bu nedenle tekerrüre esas alınan ilamdaki 6 ay hapis cezası daha lehe olduğu için koşullu salıverme süresinin üzerine eklenecektir. Bu nedenle 6 yıl hapis cezası: $6 \text{ yıl} / 2 = 3 \text{ yıl} + 6 \text{ ay}$ (birinci ilamdaki ceza) = 3 yıl 6 ay hapis cezası olarak infaz edilecektir⁴⁴.

Cumhuriyet savcısı tekerrüre esas olan 6 ay hapis cezasını sadece koşullu salıverme süresinin üzerine ekleme yapmalıdır. Bu süre bihakkın tahliye tarihine uzatıcı bir etki yapmayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere tekerrüre esas olan hapis cezası yalnızca koşullu salıverme süresine eklenecektir.

Koşullu salıverme müessesesinde tekerrür açısından uygulama alanı bulan diğer bir önemli husus ise adli para cezasıdır. Lakin bu hususta koşullu salıverme süresinin üstüne eklenecek olan miktar için azami sınırın ne olduğu konusunda yasada ayrıntılı bir bilgiye rastlanılmamaktadır. Bilindiği üzere süreli hapis cezalarının kısa olanları günlüğü 20 - 100 TL arasında öngörülen bir miktar üzerinden adli para cezasına dönüştürülmektedir. Kesin hüküm niteliğinde bulunmayan ve adli para cezasını ihtiva eden bir mahkeme ilamı tekerrüre esas alınmış ise daha önceden belirlenen günlük miktara göre yeniden hapis cezasına çevrilir. Bu işleme istinaden belirlenen süre, ikinci suç için verilen cezaya eklenecektir. CGTİHK'nun geçici 1. maddesinde ise "26.09.2004 tarihli

⁴³ ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2095, 2014.

⁴⁴ KAN, a.g.e., s. 194 – 195.

ve 5237 sayılı TCK dışındaki diğer kanunlarda yer alan adli para cezalarının ödenmemesi halinde bir günün 100 TL olarak hesaplanacağı ve bu şekilde hapis cezasına dönüştürüleceği” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Böylelikle özel ceza yasalarında düzenlenen adli para cezalarının ödenmemesi halinde günlük 100 TL üzerinden hapis cezasına dönüştürüleceği anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki örnekte olduğu gibi 1/2 ve 2/3 oranları dikkate alınarak yapılan iki ayrı hesaplama sonucunda ortaya çıkan fark, tekerrüre esas alınan ilamdaki cezadan fazla ise bu ilamdaki süre ikinci ilamda yer alan cezanın üstüne eklenerek mahkumun yatacağı süre tespit edilir.

Ayrıca 7242 Sayılı Yasa ile CGTİHK’nun 108/1-c. fıkrasında yapılan değişikliğe istinaden “mükerrirler hakkında birden fazla süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde en fazla 32 yılın ceza infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi durumunda koşullu salıvermenin uygulanacağı” düzenlenmiştir.

14.04.2020 tarihinden önceki CGTİHK’da “birden fazla süreli hapis cezasına mahkum edilen mükerrir hakkında infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre” net bir şekilde belirtilmemiştir. Bizce de kanun koyucu yerinde bir düzenleme ile tereddütleri gidermiştir.

Bununla birlikte bir kişi hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmiş olmakla birlikte bu ilam tekerrür hükümlerini de ihtiva ediyor ise hükümlü ceza evinde 39 yıl geçirdikten sonra koşullu salıvermeden yararlanır. Şayet müebbet hapis cezasına hükmedilmiş ise 33 yılını cezaevinde geçirdikten sonra yasada öngörülen diğer şartları da taşımak kaydıyla koşullu salıvermeden yararlanabilir.

Bu husus yeni CGTİHK’nun 108/1. maddesinde “*Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan;*

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının... infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir. (Ek cümle:14.4.2020-7242/49 md.)” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere belirtilen süreler geçirilmiş olsa bile hükümlü iyi halli olmadığı sürece koşullu salıvermeden yararlanamaz. Bihakkın tahliye tarihine kadar infaz kurumunda tutulabilir.

A. İkinci Defa Tekerrür Hükümlerinin Uygulanması Durumunda İnfaz Rejimi

Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda ise koşullu salıvermeden yararlanılamayacaktır⁴⁵. Adi suçlar olarak nitelendirilen suç fiillerinde suçun üçüncü defa gerçekleşmesi söz konusu olursa bu durumda tekerrürün tekerrürü olarak değerlendirilen bir durum ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle sanık hakkında birinci tekerrürün koşullarının gerçekleşmesi nedeniyle tekerrür hükümleri uygulandıktan ve tekerrür müessesesi uygulanan bu hükmün kesinleşmesinden sonra sanık yeniden tekerrür hükümlerinin uygulanmasını sağlayan bir suç işlerse ikinci defa mükerrir olarak kabul edilir.

Bu suretle ikinci defa mükerrir sayılabilmek için yasada öngörülen süre ve koşullar içerisinde 3 suçun işlenmesi gerekmektedir⁴⁶. Bu durumun gerçekleşmesi sonucunda ise CGTİHK'nun 108/3. maddesinde koşullu salıverme hükümlerinin uygulanamayacağına yer verilmektedir⁴⁷.

Bu mahrum kalma durumu bireyin kendi suçu nedeniyle bir hakkın yitimini ifade etmektedir. Ancak bu hususta tekerrürün kanunda belirlenen sürelerde gerçekleşmesi gerekmektedir ki bu da belirli bir süre geçtikten sonra işlenen suçların tekerrüre esas alınmayacağı anlamına gelmektedir. İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulandığı durumlarda da ilgili kişi hakkında CGTİHK'nun 108/5. maddesi gereğince denetimli serbestlik tedbiri uygulanacaktır⁴⁸.

Mahkeme ilamında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulandığı mutlak suretle açık ve net bir şekilde belirtilmelidir⁴⁹. Mahkeme ilamında tekerrüre ilişkin bir hüküm yok ise sanığın aleyhine olacak şekilde mahkemedeki ek karar talep edilerek tekerrür hükümlerinin uygulanması

⁴⁵ ÇALIŞKAN, Suat, GÜREL, Ali: Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 234.

⁴⁶ YERDELEN, Erdal: Türk Ceza Hukuku Yapıtları ve İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 310.

⁴⁷ ÇALIŞKAN, GÜREL, a.g.e., s. 227.

⁴⁸ ÖZGENÇ, İzzet: Gazi Şerhi Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s. 704.

⁴⁹ ÇALIŞKAN, GÜREL, a.g.e., s.235.,

yoluna gidilemez. Lakin tekerrürün sanık aleyhine yanlış ya da hatalı bir şekilde uygulandığı tespit edilmiş ise ek karar ile tekerrüre ilişkin kısmın hükümden çıkarılması mahkemeden talep edilebilir.

Uygulamada Cumhuriyet savcılarının büyük bir kısmı mahkemelerden ek karar talebinde bulunarak hükümlü lehine sonuç doğuran kararların alınmasına neden olmaktadır. Ek karar talepleri mahkemeler tarafından reddedilen bir kısım Cumhuriyet savcıları ise şayet ilgili ilam istinaf ya da temyiz incelemelerinden geçmeden kesinleşmiş ise kanun yararına bozma diye tabir edilen yola müracaat ederek tekerrüre ilişkin kısmın hükümden çıkarılmasını sağlamaktadırlar.

İkinci defa tekerrür uygulaması ile ilgili olarak Yargıtay 17. Ceza Dairesi çok önemli bir karar vermiştir. Daire 2019/13073 Esas – 2019/15707 Karar sayılı ilamında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için tekerrüre konu önceki iki suçun da işlenme tarihlerinin 08/07/2005'den sonra olması gerektiğine hükmetmiştir. Suçlardan biri 08/07/2005 tarihinden önce işlenmiş ise ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesi de 24/03/2021 tarihli ve 2019/3147 Esas – 2021/948 Karar sayılı ilamı ile aynı yönde hüküm tesis ederek Yargıtay 17. Ceza Dairesi'nin 2019/13073 Esas – 2019/15707 Karar sayılı ilamına atıf yapmıştır⁵⁰.

B. Terör ve Örgüt Suçları Açısından Hapis Cezalarının İnfazı

Haklarında 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu uygulanan hükümlülerin koşullu salıverme süreleri 3/4 oranı dikkate alınarak hesaplanacaktır⁵¹. Yani terör suçlarından hüküm giyen kişiler verilen süreli hapis cezalarının dörtte üçünü infaz ettikten sonra koşullu salıvermeden yararlanabilirler. Terör hükümlüleri açısından koşullu

⁵⁰ Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 2019/13073 Esas – 2019/15707 Karar sayılı ilamı ve Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 24/03/2021 tarihli ve 2019/3147 Esas – 2021/948 Karar sayılı ilamı, portal.uyap.gov.tr, e.t. 23.08.2021.

⁵¹ AKKAYA, Çetin: Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 587.

salıverme süreleri ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması bakımından CGTİHK'nun 107/4. fıkrası ile 108. maddesi uygulanmalıdır.

Kendileriyle ilgili olarak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu uygulanmayan ve suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan hüküm giyen kişilerin koşullu salıverme süreleri CGTİHK'nun 107/4. maddesine göre 2/3 oranı dikkate alınarak hesap edilecektir⁵². 14.04.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7242 Sayılı Yasa'da, bu suçlara ilişkin oranın 2/3 olarak dikkate alınacağı net bir şekilde düzenlenmiştir. Lakin bu tarihten önce söz konusu suçlardan hüküm giyen kişiler verilen süreli hapis cezalarının dörtte üçünü infaz ettikten sonra koşullu salıvermeden yararlanıyorlardı.

Örgüt kurmak, yönetmek ve örgüt üyeliği suçlarında TCK'nun 58/9. maddesine istinaden mahkemeler tarafından doğrudan mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar verilmektedir. Doktrinde, örgüte yardım eden kişi hakkında ise Türk Ceza Kanunu'nun 58/9. maddesinin uygulanamayacağı görüşü hakimdir⁵³. Örgüte yardım etme suçundan hüküm giyen kişilerin, Türk Ceza Kanunu'nun 6/1-j. bendinde belirtilen örgüt mensubu suçlular arasında sayılmamaları nedeniyle haklarında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan hüküm giyen kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağı kanunda net bir şekilde belirtilmektedir. Görüldüğü üzere bu suçlardan hüküm giyen kişiler daha önceden herhangi bir suç işlememiş olsalar dahi yasa gereği haklarında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacaktır. Bu nedenle yargılamayı yapan mahkeme hüküm kurarken ceza verdiği kişinin örgüt mensubu olduğunu ya da gerçekleştirdiği eylemin terör suçu kapsamında kaldığını kararında kesin bir şekilde belirtmelidir⁵⁴. Kanaatimizce kanun koyucu söz konusu suçların toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak bu suçları ilk defa işleyen kişiler hakkında dahi tekerrür hükümlerinin ve buna bağlı olarak mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağı yönünde irade

⁵² AKKAYA, a.g.e., s. 487.

⁵³ AKKAYA, a.g.e., s. 494.

⁵⁴ ÖZGENÇ, a.g.e., s. 698, ÖZBEY, Özcan: "Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri", TBB Dergisi, S: 88, 2010, s. 91. 55 – 105.

ortaya koymuştur. Söz konusu suçların işleniş şekli ve yarattığı etki dikkate alındığında bunun yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

C. Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejiminde Denetimli Serbestlik Uygulaması

Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesinde düzenlenen tekerrür müessesesinin uygulandığı kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimine ve buna bağlı olarak denetimli serbestlik tedbirlerine de hükmedilir⁵⁵.

Bu husus CGTİHK'nun 108/4. maddesinde “İnfaz hakimi, mükerrer hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.” şeklinde düzenlenmiştir.

Denetimli serbestlik tedbiri mükerrer suçlular açısından cezanın tamamen infaz edilmesinden sonra gündeme gelir ve bihakkın tahliye tarihinden itibaren uygulanmaya başlar.

Yani cezanın tam olarak infaz edilmiş olması gerekmektedir. İnfaz hakimi, birinci defa mükerrer olanlarla ilgili olarak cezanın infazının bihakkın tamamlanmasından sonra bir yıldan az ve beş yıldan fazla olmamak üzere denetim süresi belirler⁵⁶.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu ise CGTİHK'nun 108/7. maddesinde yer alan “Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklere ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrerler, infaz hakimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.” şeklindeki düzenlemedir.

Görüldüğü üzere hükümlü bihakkın infazdan sonra başlayan denetim süresi içerisinde kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirmez ya da yasaklara aykırı davranışlar içine girer ise 15 günden az

⁵⁵ ÖZBEK, a.g.e., s. 441.

⁵⁶ 14.04.2020 tarihli ve 7242 Sayılı Kanun'un 49. maddesiyle bu fıkarda yer alan “Hâkim” ibareleri “İnfaz Hâkimi” şeklinde değiştirilmiştir.

ve 3 aydan fazla olmamak kaydıyla infaz hakimî tarafından disiplin hapsine mahkum edilir⁵⁷.

Mükerrer suçlular açısından denetim süresi, cezanın bihakkın tahliye tarihinden sonra işlemeye başlayacaktır⁵⁸. Bu nedenle tekerrür hükümlerinin uygulanmadığı süreli hapis cezaları açısından uygulama alanı bulan koşullu salıvermenin geri alınması müessesesi mükerrer suçlular açısından söz konusu olmayacaktır. Oysaki koşullu salıverildikten sonra başlayan denetim süresi içerisinde herhangi bir suç işlenmesi durumunda ikinci suçun işlendiği tarih ile bihakkın tahliye tarihi arasındaki sürenin aynen çektirilmesi şeklinde bir durum ortaya çıkmaktadır⁵⁹. Bu husus denetim süreleri, bihakkın tahliye tarihinden sonra başlayan mükerrer suçlular açısından söz konusu olamayacaktır. Çünkü mükerrer hükümlü pozisyonunda bulunan kişi hakkında verilen denetimli serbestlik kararı, hapis cezasının bihakkın sona ermesinin ardından infaz edileceği için aslında geride kalan bir ceza yoktur⁶⁰. Denetim süresi içerisinde işlenen yeni bir suç sadece ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması ve hükümlünün koşullu salıvermeden yararlanamaması açılarından sonuç doğuracaktır.

D. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanamayacağı Haller

TCK'nun 58/4 ve 58/5. maddelerinde “*Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.*”

Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.” şeklinde düzenlemeler bulunmaktadır.

⁵⁷ ÖZBEK, a.g.e., s. 442.

⁵⁸ AKIN, a.g.e., s. 111.

⁵⁹ YETGİN, Feridun: Açıklamalı İçtihatlı İnfaz Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 474.

⁶⁰ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 844, HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 709.

TCK'nun 58/4. maddesi gereğince kasıtlı suçlar ile taksirli suçlar ve sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamaz⁶¹. Örneğin failin tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet verme suçundan 1 yıl 8 ay hapis cezası ile mahkum edildiğini düşünelim. Bu karar kesinleştikten sonra fail yasada öngörülen 3 yıllık süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlese bile ilk mahkumiyete ilişkin ilam ve ceza tekerrüre esas alınamayacaktır. Çünkü ilk suç taksirle, ikinci eylem ise kasten gerçekleştirilmiştir.

Ayrıca kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas alınamaz⁶². Görüldüğü üzere kanunda katalog suçlar tahdidi bir şekilde sayılmıştır. Bunların dışındaki eylemler nedeniyle yabancı mahkemeler tarafından verilen kararların tekerrüre esas alınması mümkün değildir.

Bununla birlikte 18 yaşından önce işlenen suçlar nedeniyle verilen ilamlar tekerrüre esas alınamayacaktır⁶³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cürüm ve kabahat şeklindeki ayırımdan vazgeçilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda sadece suçlar düzenlenmiş olup kabahatler ise Kabahatler Kanunu olarak adlandırılan ayrı bir yasa metninde kaleme alınmıştır⁶⁴. Önceki eylemin kabahat niteliğinde olması halinde bu durum tekerrüre esas alınamayacaktır. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesine göre tekerrüre esas alınan önceki eylemin mutlaka suç niteliğinde olması gerekmektedir⁶⁵.

Ayrıca yasa yolu açık olmayan ve verildiği anda kesin olan hükümler ile istinaf ya da temyiz sınırı altında kalan adli para cezalarının tekerrüre esas alınması mümkün değildir⁶⁶.

⁶¹ YETGİN, a.g.e., s. 225.

⁶² YERDELEN, a.g.e., s. 300.

⁶³ AKKAYA, a.g.e., s. 505.

⁶⁴ CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 230.

⁶⁵ ÇALIŞKAN/GÜREL, a.g.e., s.224.

⁶⁶ YERDELEN, a.g.e., s. 301.

VI. SONUÇ

Tekerrür müessesinin Türk hukuk sistemi içindeki yeri incelendiğinde hem 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hem de 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olduğu ancak bu iki ceza kanununda da farklılıklar arz ettiği görülmektedir. Bu farklılıklardan en belirginini tekerrür müessesesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ceza açısından artırım sebepleri arasında değerlendirilmesidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu açısından değerlendirildiğinde ise tekerrürün bir infaz rejimi şeklinde ele alındığı görülmektedir.

Türk hukuk sistemi içinde ceza kanunlarında açık şekilde düzenlenen tekerrür müessesinin uygulamaları değerlendirildiğinde ise bazı aksaklıkların yaşanmasının olası olduğunu belirtmekte yarar vardır. Bu bağlamda hem olası aksaklıkların yaşanmaması hem de uygulamalar açısından daha sağlıklı bir yapıya ulaşılabilmesi açısından öncelikle tekerrürün uygulanması konusunda göz önüne alınan hususların daha belirgin bir hale getirilmesinde yarar olduğu kanaatindeyiz.

Bu açıdan tekerrürün uygulanma noktasında, sanık pozisyonunda olan bireyin sabıka kaydının bütünsel şekilde değerlendirilmesinin daha sağlıklı bir uygulama yapısı ortaya çıkaracağını söylemek gerekir. Nitekim yapılacak olan incelemede göz önüne alınacak hususların tamamı açısından mahkumiyet ilamları içinden tekerrüre esas kabul edilecek olanların kesin ve net bir şekilde belirlenmesi gerekir. Yapılacak olan tespitin bir diğer önemli noktası ise şartlı salıverme konusunda sürenin belirlenmesi açısından ortaya çıkmaktadır.

Sanıkla ilgili olarak mahkemeye ulaşan ilamlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmasına esas bir hususun tespit edilmesi durumunda sevk maddelerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 108. maddesinin eklenmesi gerekir.

Tekerrür uygulamalarında göz önüne alınması gereken bir diğer husus ise sanığın yaşıdır. Nitekim sanığın 18 yaşını doldurmuş olması hususu kendisi hakkında verilmiş olan ilk mahkumiyet kararı itibariyle dikkate alınmalıdır.

Ayrıca ikinci mahkumiyet kararı açısından tekerrür müessesesinin uygulanabilmesi için bu kararın niteliği de önem arz etmektedir. Nitekim adli para cezaları açısından tekerrür hükümleri ile

mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması mümkün değildir. Çünkü adli para cezaları, koşullu salıverme hükümleri uygulanmaksızın bihakkın infaz edilir. Lakin bir kısım ilamlarda adli para cezasına hükmedildikten sonra sehven tekerrür müessesesi ile buna özgü infaz rejiminin uygulanmasına da karar verilmektedir. Bu durumun mahkemeden talep edilecek ek karar ile düzeltilmesi mümkündür. Fakat bu aksaklığın ek karar ile düzeltilebileceğine dair yasada herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ek karar ile düzeltme durumu uygulamada kendiliğinden gelişmiştir. Yasada bu konuda bir hüküm bulunmaması nedeniyle bir kısım hakimler ek karar taleplerini doğal olarak reddediyorlar. Bu ise infaz sürecinin uzamasına ve hükümlünün aleyhine sonuçların doğmasına neden olmaktadır.

Özellikle şu konuya da vurgu yapılması gerekmektedir ki mahkeme ilamında tekerrüre ilişkin bir hüküm yok ise sanığın aleyhine olacak şekilde mahkemeden ek karar talep edilerek tekerrür hükümlerinin uygulanması yoluna gidilemez. Lakin tekerrürün sanık aleyhine yanlış ya da hatalı bir şekilde uygulandığı tespit edilmiş ise ek karar ile tekerrüre ilişkin kısmın hükümden çıkarılması mahkemeden talep edilebilir.

Uygulamada bir kısım Cumhuriyet savcıları ise ilamda bulunmamasına rağmen hükümlünün aleyhine olacak şekilde ek karar vasıtası ile tekerrür hükümlerinin uygulanmasını mahkemelerden talep ediyorlar. Bu durumun kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü ilamda bulunmayan ve aleyhe sonuç doğurur bir unsurun sonradan karara eklenmesi telafisi mümkün olmayan neticelerin doğmasına yol açacaktır. Bu ise cezalandırma yetkisinin keyfi ve sınırsız bir şekilde genişlemesini sağlayacaktır.

Yukarıda zikredilen sorunların en önemli nedenlerinden biri Cumhuriyet savcıları ile ilgili işbölümlerinin kısa süreli aralıklarla değişmesidir. Bu ise infaz hukuku gibi tecrübe ve uygulama pratiğini gerektiren teknik alanlarda işlerin aksamasına ve infazı hukukunu öğrenme sürecinde olan bir Cumhuriyet savcısının işlere, mevzuata ya da emsal yargı kararlarına vakıf olamadan başka bir büroda görevlendirilmesine neden olmaktadır. Oysa, infaz hukuku uzmanlık gerektiren bir alandır. Kanaatimizce infaz bürolarında görev yapan Cumhuriyet savcılarının zorunlu olmadıkça görev yerleri değiştirilmemelidir. Sürekli yapılan işbölümü değişiklikleri neticesinde mükerrir durumda olanların infazında da yanlış uygulamalar ortaya çıkmakta veya hükümlülerin eksik ya da fazla yatırılması gibi sorunlar

baş göstermektedir. Tekerrür kavramı ve buna bağlı infaz rejimi teknik bilgiyi gerektiren bir konu olduğu için bu alanda uzun yıllar çalışan hukukçuların gerekmedikçe başka bürolarda görevlendirilmemeleri doğru bir yaklaşım olacaktır.

Bilindiği üzere tekerrür, suç işleme konusunda ısrar eden kişiler için yasalarda düzenlenmiş bir kavramdır. Tekerrür hükümleri uygulandığı zaman ceza infaz kurumunda fiili olarak geçirilmesi gereken sürenin artmasına neden olur. Bu düzenleme sonucunda mükerrir suçluların, ilk defa suç işleyenlere göre koşullu salıvermeden yararlanmaları için cezaevinde geçirmeleri gereken süre artmıştır. Kanaatimizce ilk defa suç işleyenler ile suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin farklı infaz rejimlerine tabii olmaları ve mükerrir durumda olanların infaz kurumunda daha fazla kalmaları yerinde bir uygulamadır.

3713 sayılı TMK'da düzenlenen suçlar ile suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan hüküm giyen kişiler hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanacağı kanunda net bir şekilde belirtilmektedir. Görüldüğü üzere bu suçlardan hüküm giyen kişiler daha önceden herhangi bir suç işlememiş olsalar dahi yasa gereği haklarında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacaktır. Bu nedenle yargılamayı yapan mahkeme hüküm kurarken ceza verdiği kişinin örgüt mensubu olduğunu ya da gerçekleştirdiği eylemin terör suçu kapsamında kaldığını kararında kesin bir şekilde belirtmelidir.

Kanaatimizce kanun koyucu söz konusu suçların toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak bu suçları ilk defa işleyen kişiler hakkında dahi tekerrür hükümlerinin ve buna bağlı olarak infaz rejiminin uygulanacağı yönünde irade ortaya koymuştur. Söz konusu suçların işleniş şekli ve yarattığı etki dikkate alındığında bunun yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- AKIN, Abdülkadir: İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2016.
- AKKAYA, Çetin: Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner: Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: Vergi Ceza Hukuku, Yeniden Yazılmış B.3, Külcüoğlu Kültür Merkezi Yayınları, Afyonkarahisar, 2006.
- BAYRAMOĞLU, Reşad: “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır, Değil midir?”, Adalet Dergisi, 1944/12, s. 1002 – 1008; TAN, Hadi: “Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Tekerrüre Esas Tutulan Cezanın Çektirilmiş Olması Şarttır”, Adalet Dergisi, 1945/4, s. 336 – 345.
- BIYIKLI Hasan: Sosyal Ceza Hukuku, İşçinin Ceza Yoluyla Korunması, Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1983.
- BOZDAĞ, Ahmet: Türk Ceza Hukukunda ve Vergi Ceza Hukukunda Tekerrür, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- CENDEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- ÇALIŞKAN, Suat, GÜREL, Ali: Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÇOLAK Haluk, ALTUN Uğurtan: “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”, TBB Dergisi, S: 69, 2007, s. 241 – 338.
- ERDURAK, Yılmaz Güngör: Türk Ceza Kanunu, Savaş Yayınları, Ankara, 1991.

- EREM Faruk: “Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 2, Ankara, 1945, s. 191 – 210.
- GÜNAY Erhan: Cezada Tekerrür Uygulaması (Pratik), Adil Yayınevi, Ankara, 1996.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KAN, Celal Hakan: Koşullu Salıverme - Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda, , 2. Baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2020.
- KARAOĞ, Hasan: Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Tekerrür Hükümlerinin Tatbikatı, Bingöl Matbaası, Elazığ, 1952.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KUNTER, Nurullah: Suçluların Terbiye ve Islahı, Adalet Dergisi, VIII, 1943, s. 624 – 661.
- ÖNDER, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri, C. III, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖNDER, K. Orhan: “Tatbikatta ‘Mutlak ve Mukayyet Tekerrürün’ İçtima”, Adalet Dergisi, Y. 51, S. 2 – 6, Ankara, 1960, s. 173 – 177.
- ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZBEY, Özcan: “Suçta Tekerrür ve Mükerrirlere Özgü Güvenlik Tedbirleri”, TBB Dergisi, S: 88, 2010, s. 55 – 105.
- ÖZGENÇ, İzzet: Gazi Şerhi Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008.

ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

portal.uyap.gov.tr.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “1997 Tarihli TCK. Tasarısında Tekerrür”, Yargıtay Dergisi, C. 26, S. 4, Ekim 2000, s. 700 – 719.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “5237 sayılı Yeni TCK’da Suçta Tekerrür ve Özel Tehlikeli Suçlular”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S: 4, Ağustos, 2005, s. 375 – 396.

www.yargitay.gov.tr

WYSS, Oscar: Der Rückfall in den Kantonalen Strafgesetzbüchern und in den Vorentwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Dissertation, Bern, 1927

Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 2019/13073 Esas – 2019/15707 Karar sayılı ilamı ve Adana Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 24/03/2021 tarihli ve 2019/3147 Esas – 2021/948 Karar sayılı ilamı

YERDELEN, Erdal: Türk Ceza Hukuku Yaptırımları ve İnfazı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

YETGİN, Feridun: Açıklamalı İçtihatlı İnfaz Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

ÖZEL HUKUK

MENFİ TESPİT DAVASININ İSTİRDAT DAVASINA DÖNÜŞMESİ

İbrahim AŞIK*

Ömer Faruk DEMİR**

ÖZ

Menfi tespit davasında tedbir kararının (İİK m. 72/2-3) verilmemiş olması nedeniyle, takibe devam edilmiş ve takip konusu borç alacaklıya ödenmişse, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşür (İİK m. 72/6). Yani menfi tespit davası sonuçlanmadan önce borcun alacaklıya ödenmesiyle, menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilir. Bu makalede, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi ve bu değişimin sonuçları incelenecektir.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: ibrahim.asik@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5830-5179.

** Dr. Öğr. Üyesi, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: farukomercandemir@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0254-1890.

Makalenin Gönderim Tarihi : 16.12.2019.

Makalenin Kabul Tarihi : 25.11.2021.

Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Doktora Programı'nda, Prof. Dr. İbrahim AŞIK danışmanlığında hazırlanan "İstirdat Davası" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Menfi tespit davası, istirdat davası, kendiliğinden istirdat davasına dönüşme, borç olmayanın icrası, borçlunun maddi hukuk bakımından korunması.

DIE UMWANDLUNG DER NEGATIVEN FESTSTELLUNGSKLAGE IN EINE RÜCKFORDERUNGSKLAGE

ZUSAMMENFASSUNG

Die negative Feststellungsklage wandelt sich automatisch in eine Rückforderungsklage um, wenn in der negativen Feststellungsklage keine einstweilige Verfügung getroffen wurde und deshalb das Verfahren fortgesetzt werden konnte, so dass die zu vollstreckende Schuld an den Gläubiger bezahlt wurde. Mit anderen Worten die negative Feststellungsklage wird als Rückforderungsklage fortgesetzt, wenn die Forderung vor der Entscheidung an den Gläubiger bezahlt worden ist. In diesem Aufsatz werden die Umwandlung der negativen Feststellungsklage in die Rückforderungsklage und die Folgen dieser Umwandlung untersucht.

Stichwörter: Negative Feststellungsklage, Rückforderungsklage, Umwandlung automatischen in einen Rückforderungsklage, Betreibung Einer nichtschuld, Schutz des Schuldners im Materiellen Recht.

I. GİRİŞ

Şeklilik ilkesi neticesinde meydana gelen zararları bertaraf etmek ve menfaat dengesinin sağlanması amacıyla İİK m. 72’de menfi tespit ve istirdat davası düzenlenmiştir¹. Menfi tespit davası takip devam ederken borçluyu koruma ve maddi hukuk yönünden meydana gelen/gelebilecek hak ihlallerini önlemek için düzenlenmişken, istirdat davası ise, icra tehdidi altında ödenen ve esasen borçlu olunmayan paranın iadesi

¹ Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s. 233 vd.

amacıyla yani borçlunun uğradığı zararın telafisi amacıyla İİK'da düzenlenmiştir².

İİK m. 72 ve 89/3'te menfi tespit davasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Menfi tespit davası, her ne kadar İİK'da düzenlenmişse de davacının (borçlunun) maddi hukuk bakımından borçlu olmadığına tespiti için açılan bir dava türüdür³. Bu nedenle menfi tespit davası, dava konusu itibariyle icra hukukuna ilişkin olmayıp maddi hukuka ilişkindir⁴.

Menfi tespit davasının yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararının (İİK m. 72/2-3) verilmemiş olması nedeniyle, takibe devam edilmiş ve takip konusu borç alacaklıya ödenmişse, menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilir (İİK m. 72/6). Yani mevcut menfi tespit davası sonuçlanmadan önce borcun alacaklıya ödenmesiyle, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşür.

II. BİR DAVA TÜRÜ OLARAK MENFİ TESPİT DAVASI

Tespit davası, bir hak ve hukuki ilişkinin mevcut olduğu ya da olmadığına tespiti için açılan davadır⁵. Davacı, bir hak ya da hukuki ilişkinin mevcudiyetinin tespiti için tespit davası açarsa müspet tespit davası; bir hak ya da hukuki ilişkinin mevcut olmadığına tespiti için tespit davası açarsa da menfi tespit davası söz konusu olur⁶.

Tespit davalarının konusunu, sadece bir hak ya da hukuki ilişkinin mevcudiyetinin olup olmadığı teşkil eder⁷. Maddi vakıalar ise

² Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder, *Schuldbetreibung und Konkurs SchKG I*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1984, s. 277 vd; Melanie Huber, s. 117.

³ Luca Tenchio, *Feststellungsklagen und Feststellungsprozess Nach Art. 85a SchKG*, s. 25 vd.

⁴ Karl Spühler, s. 206.

⁵ Timuçin Muşul, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, s. 9.

⁶ Karl Spühler, s. 207; "Bir hukuki ilişkinin ya da ondan doğan bir hak veya yetkinin mevcut olmadığına, bir belgenin sahteliğinin ya da herhangi bir nedenle hükümsüzlüğünün tespiti için, hukuki yarar bulunması koşuluna bağlı olarak açılan ve sonucunda herhangi bir mahkûmiyet istemini içermeyip, konusunu teşkil eden hususun bir kararla tespitini amaçlayan bir davadır." HGK, T. 05.05.2010, E. 2010/3-238, K. 2010/253, (www.kazanci.com) (24.07.2018).

⁷ Luca Tenchio, s. 51.

(tek başına) tespit davasına konu olamazlar⁸. Aynı şekilde delillerin tespiti için de tespit davası açılmaz⁹. Bir hakkın ya da hukuki bir ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılan davaya, menfi tespit davası denir¹⁰. Davacı (borçlu olduğu iddia edilen kişi), değişik sebeplerle borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit davasını açabilir. Bu sebepler, icra hukukuna ilişkin olmayıp maddi hukuka ilişkindir¹¹.

İcra hukukunda kural olarak maddi gerçeklik bakımından alacaklının talebinde gerçekten haklı olup olmadığının tespiti için bir inceleme yapılmamaktadır. Aleyhine başlayan takipte borçlunun ödeme emrine süresinde itiraz etmemesi veya itiraz edip de bu itirazını kanunda belirtilen belgelerle ispat edememesi neticesinde takibin kesinleşmesiyle, maddi hukuka aykırı bir durum gerçekleşmiş olabilir¹². İcra hukukundaki bu şekli kurallar neticesinde maddi hak bakımından zarara uğrayan borçlu, bu zararlarını takip konusu borcu ödedikten sonra istirdat davasını açarak telafi edebilir¹³. Fakat istirdat davası takibin neticelenmesinden sonra açılabilirdiği için, çoğu zaman geç kalınmış olacaktır. Bu sebeple,

⁸ Hans Ulrich Walder, *Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zurich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen*, 4. Auflage, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996, s. 232 vd. “Tazminat davası sonunda verilen kararın davacılar vekiline tebliğine ilişkin belgenin sahte olduğu (tebliğ belgesindeki imzanın başkasına ait olduğu) ve bu nedenle tebliğatin hükümsüz bulunduğu ve bu hususun tespiti istenmektedir. Bu isteğin nitelikçe, maddi bir vakıanın (sahtelik olgusunun) tespitine ilişkin bulunduğu ise ortadadır. Maddi olgular (vakıalar), tek başlarına tespit davasına konu olmazlar.” HGK, T. 30.06.1982,13-1612/748, Timuçin Muşul, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, s. 11.

⁹ Timuçin Muşul, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, s. 10.

¹⁰ Baki Kuru, *Tespit Davaları*, s. 21.

¹¹ Menfi tespit davasına misaller: “Dava, İcra İflas Kanunu 72. maddeye göre açılmış bir menfi tespit davasıdır. Dava dilekçesindeki isteğin “senet iptali” veya “senedin iadesi” ya da “borçlu olmadığının tespiti” şeklinde olması sonucu değiştirmeyip bu istemlerin İİK m. 72 kapsamı içinde olduğunun kabulü gerekirken...” 11. HD, T. 18.03.1991, E. 637/1908, (www.e-uyar.com); “İpoteğin iptali (terkini) talebiyle açılan dava, İİK m. 72 anlamında menfi tespit davasıdır.” Baki Kuru, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, s. 15.

¹² Kurt Amonn/Dominik Gasser, s. 137 vd.

¹³ Melanie Huber, s. 117.

henüz takip neticelenmeden önce de borçluya maddi hukuk açısından kendisini savunma imkanını menfi tespit davası vermektedir¹⁴.

Menfi tespit davası ile borçlunun, maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı genel mahkemelerce tespit edilmekte ve neticesinde de kesin hüküm elde edilmektedir¹⁵. Ayrıca takip konusu borcun mevcut olup olmadığı ya da ertelendiğine ilişkin mahkemenin vereceği tespit kararı, doğrudan derdest olan takibe de etki edecektir¹⁶. Böylelikle hem maddi hukuk bakımından korunma hem de aleyhine başlatılan takibe karşı koyma fırsatı verilmesinden dolayı, menfi tespit davası, borçluya iki türlü avantaj sağlamaktadır¹⁷.

İİK’da menfi tespit davasının açılabilirdiği diğer bir durum, kambiyo senetlerine mahsus başlatılan takipteki durumdur¹⁸. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe ilişkin hükümlerin yer aldığı İİK m. 170/b’de İİK m. 72’ye yapılan yollamadan menfi tespit davasının açılabilirdiği açıkça anlaşılmaktadır¹⁹. Ayrıca İİK m. 169/VI ve 170/III’te,

¹⁴ İlhan Postacıoğlu, İcra ve İflas Kanunu’nun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası, İHFM, 1966/2-4, s. 824-845.

¹⁵ “Kesin hükmün menfi fonksiyonu, kesin hükmün üç unsuru olan; tarafları, konusu ve sebebi (HMK m. 119) aynı olan ikinci bir davanın sonradan açılmasına, engel olmasıdır (HMK m. 303).” Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 36.

¹⁶ Thomas Hirt/Johann Christoph Rudin, Schuldbetreibungs und Konkursrecht, Zürich: Orell Füssli Verlag, 1999, s. 77 vd.

¹⁷ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 36 vd; Kurt Amonn/Dominik Gasser, s. 140.

¹⁸ “Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna ilişkin özel hükümler, takibin kesinleşmesine kadar geçen sürece ilişkindir. Takibin kesinleşmesinden sonraki süreçte, genel haciz yoluna ilişkin hükümler kıyasen uygulanır.” Ergün Mecvi, Kambiyo Senetlerine özgü Takip Yolları, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1989, s. 153.

¹⁹ “Kambiyo senedindeki mahsus haciz yoluyla takipteki bu hükümler, yalnızca takip hukukuna ilişkin olup, borçlunun maddi hukuka dayanan savunma sebeplerini bertaraf ettiği kabul edilemez. Bu nedenle, kambiyo senetlerine mahsus takip yolu bakımından kanunda menfi tespit davası için açıkça yollama yapılmasaydı dahi, borçlu maddi hukuk bakımından borçlu olmadığı tespitini için yine de menfi tespit davasını açabilecekti.” Ahmet Türk, Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler,

takibe konu yapılan kambiyo senetlerine karşı menfi tespit davası açılmasının borca (veya imzaya) itiraz prosedürüne yapacağı etkiye ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte menfi tespit davasının açılmasının taşıdığı önem (sağlayacağı fayda) daha büyüktür. Çünkü bu takip türünde alacaklı daha elverişli bir durumda bulunmakta ve ticari hayatın gerektirdiği çabukluk ihtiyacı, daha hızlı ve elverişli çalışan özel bir takip türü ile karşılanmaktadır²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki, uygulamada açılan menfi tespit davalarının büyük bölümünü kambiyo senetlerine karşı açılan menfi tespit davaları oluşturmaktadır²¹.

İİK'da menfi tespit ve istirdat davasının düzenlendiği m. 72'ye karşılık gelen İsviçre İİK m. 86'da, sadece istirdat davasına ilişkin hükümlere yer verilmiş olup, menfi tespit davasına ilişkin hükümlerine (İİK m. 72'nin ilk beş fıkrası) mehz İsviçre İİK m. 86'da yer verilmemiştir²² (SchKG Art. 86). Fakat İsviçre İİK'da 1994 yılında yapılan değişikliklerle, menfi tespit davasına ilişkin hükümlerin yer aldığı 85/a maddesi Kanun'a eklenmiş ve böylece borçlunun, borçlu olmadığına ya da borcunun ertelendiğinin tespiti için menfi tespit davasını açabileceği kabul edilmiştir²³. Ayrıca hukukumuzda İİK m. 89/3'te düzenlenen özel menfi tespit davasına ilişkin hükümlere de, İİK m. 89'a karşılık gelen mehz İsviçre İİK m. 99'da yer verilmemiştir²⁴.

İsviçre İİK'da menfi tespit davasına ilişkin hükümlere, takibin iptali kurumunu düzenleyen maddede yer verilmiştir (SchKG Art. 85/a). Bu kanun maddesine göre, borçlu, yalnızca takibin iptali ve taliki prosedüründe ispat edemediği hususları menfi tespit davasına konu

[Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 7, Özel Sayı 2005](#), s. 307.

²⁰ Ahmet Türk, Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, 308.

²¹ Ahmet Türk, Menfi Tespit Davası, s. 309.

²² Karl Spühler, s. 206-208.

²³ Luca Tenchio, s. 25 vd; Sema Taşpınar Ayvaz, İsviçre Kanunu'nun Getirdiği Değişikliklere Genel Bir Bakış, Baki Kuru 75. Yaş Armağanı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004, s. 618.

²⁴ Sunar Gülcan, Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin Sonuçları, s. 337.

yapabilecektir²⁵. Yani borçlu, borcun mevcut olmadığı, borcun sona erdiği veya borcun ertelendiği iddiaları ile sınırlı olmak üzere menfi tespit davasını açabilmektedir²⁶ (SchKG Art. 85/a). Ayrıca belirtmek gerekir ki, İsviçre'deki bu durum, aleyhine iflas takibi başlatılmış olan borçlu için, yalnızca iflasın açılması zamanına kadar mümkündür²⁷.

III. MENFİ TESPİT DAVASIYLA İSTİRDAT DAVASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

İcra hukukundaki şeklilik ilkesi neticesinde, taraflar arasında bozulan bu dengeyi sağlamak amacıyla, İİK'da menfi tespit ve istirdat davası düzenlenmiştir²⁸. Borçlu maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını bu iki dava vasıtasıyla genel mahkemelerde tespit ettirme imkanına sahiptir. Bu davalar, icra hukukunun nihai amacına (maddi hukuka elverişli sonuca) ulaşmakta temel vasıta niteliğindedir²⁹.

Menfi tespit ve istirdat davası, esasen aynı amaçla düzenlenmiş iki davadır. Her iki davanın da amacı, borçlunun maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını genel mahkemelerce tespit ettirilmesidir. Her iki dava arasındaki temel fark; menfi tespit davasının borçlunun borcu ödemesi anına kadar açılabilmesi ve borcun ödenmesinden sonra ise artık menfi tespit davasının değil istirdat davasının açılabilmesidir³⁰. Yani borçlunun borcunu ödemiş olması iki davayı birbirinden ayıran temel kıstastır.

Bu ayırım noktası, iki davanın ne zaman (ne zamana kadar) açılacağı, davanın konusu ve davanın etkisi bakımından belirleyici olmaktadır. Örneğin istirdat davasında icra-inkar tazminatının dava konusu edilmesi mümkün değilken menfi tespit davasında mümkündür. Bunun yanında, menfi tespit davası tespit hükmü içerdiğinden kesinleşmeden icraya konulamazken, istirdat davası eda hükmü içerdiğinden kesinleşmeden icraya konulabilmektedir. İspat yükü

²⁵ Thomas Hirt/Johann Christopf Rudin, s. 77.

²⁶ Thomas Sprecher/Rolf P. Jetzer, 26.

²⁷ Philip Talbot, (Jaeger Kommentar, Yolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg)), s. 1117; Sema Taşpınar Ayvaz, s. 619.

²⁸ Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s. 233.

²⁹ Kurt Amonn/Dominik Gasser, s. 137 vd.

³⁰ Melanie Huber, s. 115-116.

bakımından da bazı farklılıklar mevcuttur; istirdat davasında davacıya (borçluya) kolaylık sağlanarak borçlu, sadece takip konusu parayı ödeme mecburiyetinde olmadığını ispatlamakla yükümlüyken, menfi tespit davasında ispat yükü, kural olarak alacaklıda olup alacaklının alacağını ispatlaması gerekmektedir³¹.

Menfi tespit davası, istirdat davasının öncüsü niteliğindedir³². Dolayısıyla istirdat davası, aslında menfi tespit davasının devamı niteliğinde bir dava olup, sadece borçlu tarafından icra tehdidi altında borcun ödenmiş olması durumunda, bu paranın iadesi için açılan dava olması nedeniyle artık borçlu menfi tespit yerine istirdat davası açması gerektiği İİK'da düzenlenmiştir (İİK m. 72/VII).

Borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararının alınmaması nedeniyle, icra takibi devam ederek kesinleşmiş ve borç (alacaklıya) ödenmişse, menfi tespit davası (kendiliğinden) istirdat davasına dönüşür ve artık istirdat davası olarak yargılamaya devam edilir (m. 72/VI).

IV. MENFİ TESPİT DAVASININ İSTİRDAT DAVASINA DÖNÜŞMESİ

Menfi tespit davasının yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararının (İİK m. 72/2-3) verilmemiş olması sebebiyle³³, takibe devam edilmiş ve takip konusu borç alacaklıya ödenmişse, menfi tespit davasına artık istirdat davası olarak devam edilir³⁴ (İİK m. 72/6). Yani mevcut

³¹ Luca Tenchio, s. 113.

³² Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s. 201.

³³ Melanie Huber, s. 119. Şayet borçlu aleyhine icra takibi devam ettiği esnada borçlunun açtığı menfi tespit davasında takibin durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilmişse (İİK m. 72/2-3), takibe devam edilip takip konu borcun ödenmesi söz konusu olamayacağından, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi de söz konusu olmayacaktır. Luca Tenchio, s. 117.

³⁴ İsaak Meier, s. 39; Borçlunun menfi tespit davasında takibin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı talep etmemiş olması ya da tedbir talebinin mahkemece reddedilmesi durumunda, menfi tespit davası devam ederken takip konusu borç ödenmişse, menfi tespit davası artık istirdat davasına dönüşür. Dominik Vock/Martina Aepli-Wirz, s. 534; Luca Tenchio, s. 115.

menfi tespit davası sonuçlanmadan önce borcun alacaklıya ödenmesiyle, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşür³⁵. Mehaz İsviçre hukukunun doktrin ve uygulamasında da bu husus genel olarak kabul görmektedir³⁶.

Menfi tespit davası, borcun ödenmesiyle kanuni düzenlemeden (İİK m. 72/6) dolayı kendiliğinden istirdat davasına dönüşeceğiinden, bu hususta davacının (borçlunun) talepte bulunması şart değildir³⁷. Borcun ödenmesiyle menfi tespit davasına bakan mahkeme, kendiliğinden menfi tespit davasına artık istirdat davası olarak devam eder³⁸. İİK m. 72/6'daki düzenleme gereği, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüştüğünden, davacının neticeyi talebini değiştirmesi için ıslah yoluna başvurmasına ya da karşı tarafın (alacaklının) muvafakatine gerek yoktur.

Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi durumunda, mevcut davaya istirdat davası olarak kaldığı yerden devam edilir. Artık mahkeme, mevcut menfi tespit davasına istirdat hükümlerine göre devam edip karara bağlamalıdır. Yargılama neticesinde mahkeme davayı kabul ederse, vereceği hükümde istirdat davasına ilişkin hükümlere yer vermelidir.

³⁵ Belirtmek gerekir ki tedbir kararı ile takip durdurulmadığından takibe devam edilip borç ödenmişse, mevcut takip sona erer. İstirdat davasına dönüşen dava üzerinden, yargılamaya kaldığı yerden devam edilir. BGE 72 III 7; Luca Tenchio, s. 115.

³⁶ Bernhard Bodmer, Basler Kommentar (Art. 85a), s. 807; Daniel Staehlin, Neuerungen im Bereich des Zahlungsbefehls, des Rechtsvorschlages, der Rechtsöffnung und der Einstellung der Betreibung, Referat an der Tagung des Schweizerischen Institutes für Verwaltungskurse vom 23 Juni 1995 zum Revidierten SchKG, s. 13; Luca Tenchio, s. 115.

³⁷ Bizim hukukumuzdaki düzenlemenin aksine, Mehaz İsviçre İİK'da (SchKG) menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi hususunda dönüşmenin '*kendiliğinden*' gerçekleşeceğine ilişkin bir hüküm düzenlenmemiştir (SchKG art. 86). Menfi tespit davası devam ederken takip konusu borcun ödenmesi durumunda, hâkim, borçluya (davacıya) (menfi) tespit davasına istirdat davası olarak devam edip etmeyeceğini (davasını istirdat davasına dönüştürüp dönüştürmeyeceğini) sorar. Luca Tenchio, s. 141.

³⁸ Hasan Erdoğan, s. 792; Baki Kuru, Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi, Yasa Hukuk Dergisi, 1987/1, C. 10, S: 1, s. 334.

İİK m. 72/7’de belirtilen borcun ödenmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde istirdat davasının açılması şartı, burada uygulanmaz³⁹. Menfi tespit davası devam ederken, mahkeme, hataen davayı istirdat davasına dönüştürmeyip karara bağlarsa, borcun tamamen ödenmesinden itibaren bir yıldan fazla süre geçmiş olsa dahi, borçlu, bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olmaksızın istirdat davasını açabilir. Hak düşürücü sürenin geçmesinden dolayı istirdat davası, süre bakımından (usulden) reddedilmez⁴⁰. Zira sonradan açılacak bu istirdat davası, esasen menfi tespit davasının devamı niteliğindedir⁴¹.

Menfi tespit davası devam ederken borcun ödenmesi sebebiyle, dava mahkemece kendiliğinden istirdat davasına dönüştürülmemiş ve taraflarca da talep edilmemişse, borçlunun sonradan istirdat davası açmasında, hukuki yarar olmadığı gibi, kesin hüküm engeli de söz konusu olacaktır. Buna rağmen, borçlu ayrı bir istirdat davası açarsa, bu iki davanın (menfi tespit davası ile istirdat davasının), HMK m. 166’ya gereğince birleştirilmesi ve karara bağlanması gerekir⁴². Şayet, davalar birleştirilmemiş (HMK m. 166 hükmü gereği) ve ayrı ayrı görülmüşse, menfi tespit davasının kabulü (borçlu lehine sonuçlanması) kararı, istirdat davası bakımından kesin delil teşkil edecektir (HMK m. 204).

Menfi tespit davası görülürken borçlu, takip konusu borcun bir kısmını öderse (İİK m. 138/1), menfi tespit davası sadece ödenen kısım için istirdat davasına dönüşür; ödenmeyen kısım için davaya menfi tespit davası olarak devam edilir⁴³. Zira İİK’da menfi tespit davasının istirdat

³⁹ “Menfi tespit davasına devam edildiği sırada uyuşmazlık konusu bono bedelinin davalı tarafından tahsil edildiği anlaşılmış olmasına göre mahkemece İİK m. 72/6 uyarınca davaya istirdat davası olarak devam etmek ve senet bedelinin istirdadına karar vermek gerekirken menfi tespit isteminin kabulüne karar vermekle yetinilmiş olması doğru görülmemiş...” 11. HD, T. 29.11.1982, K. 4890, E. 5027, (www.e-uyar.com).

⁴⁰ Baki Kuru, Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi, s. 338.

⁴¹ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 472.

⁴² Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 471.

⁴³ “İcra takip dosyasına davacı tarafından ödemeler yapılmış olmakla, mahkemece yapılan bu ödemelerin miktarı saptanıp, İİK’nın 72/6 maddesi gözetilerek, sabit olan davadan yapılan ödeme miktarının istirdat davası olarak, ödenmeyen miktar yönünden ise borçlu olunmadığına karar verilmesi gerekirken...” 19. HD, T. 18.01.1993, E. 8675/ K. 7760, (www.e-uyar.com).

davasına dönüşmesi için borcun tamamen ödenmesi şartı aranmamıştır (İİK m. 72/6). Dolayısıyla menfi tespit davası devam ederken borçlu tarafından kısmi ödeme gerçekleştirilmişse, ödenen kısım için dava kendiliğinden istirdat davasına dönüşür⁴⁴. Dava dosyasından ödemenin kısmi yapıldığı mahkemece tespit edilirse (ve borçlu dava sonunda haklı görülürse), mahkemece, re'sen ödenen kısmın istirdadına ve geri kalan kısmın ise, menfi tespitine şeklinde karar vermelidir⁴⁵.

İİK m. 72/5 uyarınca, borçlunun açmış olduğu menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanıp kesinleşmesi halinde, icra dairesi, ayrıca herhangi bir hükme gerek kalmadan alacaklıya ödemiş olduğu parayı, icranın iadesi yoluyla alacaklıdan geri alarak borçluya iade eder (İİK m. 72/5). Menfi tespit davasına ilişkin ilamın kesinleşmesi üzerine, hükmün içeriğine göre başkaca bir hükme gerek kalmadan icranın kısmen ya da tamamen eski hale iadesi gerçekleştirilir (İİK m. 72/5). Örneğin, borçlunun mallarına haciz konulmuşsa, hacizler kaldırılır, mahcuz mallar satılmışsa, icra dairesi, satış bedelini alacaklıdan alıp borçluya iade eder⁴⁶. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İİK m. 72/5'te öngörülen icranın eski hale iadesi, icra takibi ve menfi tespit davasının tarafları (alacaklı ve borçlu) için olup, üçüncü kişiler bakımından geçerli değildir⁴⁷ (İİK m. 40).

Dolayısıyla menfi tespit davasına ilişkin ilamının kesinleşmesi üzerine, borçlu, ödediği borcunun iadesi için (istirdat davası açmadan) icranın eski hale iadesini talep edebilir⁴⁸. Esasen menfi tespit davasının yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararı alınmaması sebebiyle borçlu, takip konusu borcu öderse, menfi tespit davasının istirdat davası olarak görülmesi gerekir (İİK m. 72/6). Fakat davanın istirdat davasına dönüştüğü hususu, mahkemece re'sen nazara alınmamış ve taraflarca da ileri sürülmemiş ve menfi tespit davasına devam edilip sonuçlandırılmışsa, artık bu durumda borçlu, ödediği paranın iadesi için

⁴⁴ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 476.

⁴⁵ HGK, T. 17.10.2012, E. 2012/14- 476, K. 2012/720, (www.e-uyar.com).

⁴⁶ Saim Üstündağ, İcra, s. 135.

⁴⁷ Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, s. 124.

⁴⁸ 12. HD, T. 28.04.1980, E. 2316/3752, Yasa Hukuk Dergisi, 1980/12, s. 1758.

istirdat davasına gerek kalmadan⁴⁹, lehine elde ettiği ilamı icra dairesine sunarak icranın iadesini talep edebilecektir (İİK m. 72/5). Borçlunun menfi tespit davasının lehine sonuçlanıp ilam elde etmesinden sonra, (artık) istirdat davası açmasında hukuki yarar yoktur⁵⁰. Fakat belirtmek gerekir ki, menfi tespit davasına ilişkin ilamın kapsamı dışında kalan ve borçlunun ödemek zorunda kaldığı miktar (ve işlenecek faiz) için ve ayrıca takip harç ve masrafları için istirdat davası açılabilir⁵¹.

Menfi tespit davasının (kendiliğinden) istirdat davasına dönüşmesi durumunda bir takım farklılıklar (özellikler) arz etmektedir. Örneğin, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi neticesinde borçlu haklı görülürse, bu durumda, alacaklı aleyhine (şartları mevcutsa) tazminata hükmedilir (İİK m. 72/5). Zira menfi tespit davasında haksız çıkan tarafın tazminata mahkûm edilmesi düzenlendiğinden, dava devam ederken borcun ödenmiş olması, alacaklı aleyhine tazminata hükmedilmesi engel teşkil etmeyecektir⁵². Hatta haksız çıkan tarafın tazminata mahkûm edilmesindeki amaç, burada açıkça gerçekleşmiş olacaktır. Zira burada borçlu, alacaklının haksız (ve kötü niyetli olarak) başlattığı takibinde icra tehdidi altında borçlu olmadığı bir borcu ödemek zorunda kalmakta ve zarara uğramaktadır. Buna karşılık, istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasının alacaklı lehine sonuçlanması durumunda, bir ihtiyati tedbir kararı ile takip durdurulmadığı ve borçlu borcunu

⁴⁹ “Dava Bağ-Kur emekli maaşına konulan haciz nedeniyle davalı alacaklıya ödenmek üzere icra müdürlüğü kasasında bulunan paranın istirdadına ilişkindir. İİK'nun 361. maddesinde fazla verilen paranın geri alınması düzenlenmiştir. İcra hukuk mahkemesi tarafından davacının emekli maaşı üzerine konulan haczin kaldırılmasına karar verildiğine göre yapılan kesintilerin iadesi işlemi, icra müdürü tarafından talep üzerine yapılması gerektiğinden davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken...” 19. HD, T. 10.3.2016, E. 2015/13272, K. 2016/4404, (www.kazanci.com) (31.10.2018)

⁵⁰ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 474.

⁵¹ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 475.

⁵² “Dava kanun gereği (kendiliğinden) istirdat davasına dönüştüğü için... İİK 72/5. maddesindeki unsurlar gerçekleştiğinden, karşılıksız senedi icra takibine koyan davalı aleyhine ve davacı yararına % 40 (şimdi; % 20) nispetinde tazminata hükmedilmesi gerekirken...” 15. HD, T. 15.12.1994, E. 2459/7585, (www.kazanci.com) (31.10.2018).

ödediğinden, alacaklının bir zararı söz konusu olmayacağından, bu durumda tazminata hükmedilmez⁵³.

Borçlunun açtığı menfi tespit davası, niteliği gereği bir eda davası olmadığından, bu davanın kabulüne ilişkin verilen ilam kesinleşmeden ilamlı takibe konu yapılamaz⁵⁴. Aynı sebeple, bu davada hükmedilen tazminat, vekalet ücreti ve yargılama giderleri için ilam kesinleşmeden ilamlı icraya başvurulamaz⁵⁵. Zira bu hususlara ilişkin hüküm ile menfi tespit davasına ilişkin hüküm bir bütün olduğundan, menfi tespit hükmü kesinleşmeden bu hususlar da ilamlı icraya konulamaz. Menfi tespit davasının reddi halinde, alacaklı lehine hükmedilen inkar tazminatının tahsili için de ilamın kesinleşmesi gerekir⁵⁶ (İİK m. 72/4).

Borçlu, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi durumunda da ilam kesinleşmeden mahkemece verilen ilamı icraya konu yapamayacaktır. Borçlu, İstirdat davasına dönüşen menfi tespit davasının kabulü halinde faiz, kötü niyet tazminatı ve yargılama giderlerine ilişkin hükümler için, istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasındaki nihai kararın kesinleşmesinden sonra ilamlı icra yoluna başvurabilir (İİK m. 32). Bu hususlar için, ilam kesinleşmeden ilamlı takip yoluna başvurulamaz⁵⁷. Yargıtay, menfi tespit davasının istirdat davasına

⁵³ Baki Kuru, İcra, s. 560; Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 474.

⁵⁴ “Borçlunun, borçlu olmadığını kanıtlamak için açtığı menfi tespit davası sonunda alınan ilamın yargılama gideri ve tazminata ilişkin bölümleri, davanın kabulü ya da reddine ilişkin bölümü ile bir bütündür. Bu kalemlerin kesinleşmesi ve infazı (icraya konulması) ancak bir bütün olarak ilamın kesinleşmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla, ilamın esas hakkındaki hükmü kesinleşmeden vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine ilişkin hüküm bölümü ayrıca infaz ve icra takibine konu edilemez.” HGK, T. 05.10.2005, E. 12/534/, K. 554, (www.kazanci.com) (30.10.2018).

⁵⁵ Mustafa Serdar Özbek, Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, S: 1, 2016, s. 56-57.

⁵⁶ Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, s. 124.

⁵⁷ “Menfi tespit davası sonunda alınan ilamdaki davacının, davalı alacaklıya borçlu olmadığını hükme bağlayan bölümü, tespit niteliğinde olduğundan, İİK m. 72/5 gereğince, kesinleşmeden infaz edilmesi (icraya konulması) mümkün değildir.” HGK, T. 07.11.1990, E. 1990/12446, K. 564; Ayrıca, İİK m. 72/6 gereğince, istirdada dönüşen isteminde temeli menfi tespit davası olduğu için, bu ilamda yer alan alacağın da ilam kesinleşmeden takip

dönüşmesi neticesinde verilen ilam için kesinleşme şartı aramışken⁵⁸, müstakil ve bağımsız bir şekilde açılan istirdat davası bakımından, ilamın kesinleşmesi şartını aramamıştır⁵⁹. İstirdat davasının eda hükümlerini içermesi sebebiyle, Yargıtay, (müstakil olarak açılan) istirdat davasının neticesinde verilen ilamın, kesinleşmeden de takibe konu yapılabileceğini belirtmiştir.

Esasen, Yargıtay kararlarında, bağımsız olarak açılan istirdat davasının ilam kesinleşmeden de icraya konulabilmesinin kabul edilip; menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi sonucunda verilen hükmün (ilamın) kesinleşmeden icraya konulamamasının kabul edilmesi şeklindeki ayrımının, hukuki bir temeli bulunmamaktadır. Zira istirdat davasının, menfi tespit davasının devamı niteliğinde olması, yani, menfi tespit davasının istirdat davasının öncüsü niteliğinde olması sebebiyle, bu ayrımın hukuki bir dayanağı mevcut değildir⁶⁰. Ayrıca istirdat davası, ister bağımsız olarak açılsın, isterse menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi şeklinde olsun, dava sonucunda verilecek ilamda aynı hükümlere yer verileceğinden, Yargıtay'ın böyle bir ayrıma gitmesinin hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır⁶¹. Dolayısıyla, Yargıtay'ın istirdat davasına ilişkin verilen ilamın icra konulması bakımından kesinleşme şartının aranması hususunda, böyle bir ayrım yaptığı içtihadına katılmamaktayız.

Kanımızca, istirdat davasının konusunun para alacağı olması ve eda hükmünü içermesi sebebiyle, kesinleşme şartı aranmaksızın her halükarda icraya konulabilmesi gerekir⁶². Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi durumunda, dava her ne kadar menfi tespit davası

konusu yapılmasına olanak yoktur.” 12. HD, T. 23.01.2004, E. 2005/23345, K. 2006/152, (www.e-uyar.com).

⁵⁸ “İİK m. 72/6 gereğince, istirdata dönüşen (davanın) temeli, menfi tespit davası olduğu için, bu ilamda yer alan alacağın da kesinleşmeden takip konusu yapılmasına olanak yoktur.” 12. HD, T. 23.01.2006, E. 2005/23345, K. 2006/152, (www.kazanci.com) (30.10.2018).

⁵⁹ “Takip dayanağı ilam müstakilen açılan istirdat davası niteliğinde olup, kesinleşmeden takip konusu yapılabilecek nitelikteki ilamlardandır.” 12. HD, T. 12.09.2005, E. 12765/16778, (www.kazanci.com) (30.10.2018).

⁶⁰ Baki Kuru, Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, s. 201.

⁶¹ Mustafa Serdar Özbek, Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcra Konulması, s. 57.

⁶² Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, s. 128.

olarak açılmışsa da, dava görülürken borcun ödenmesiyle artık istirdat davasına (kendiliğinden) dönüştüğünden (İİK m. 72/6), dava neticesinde verilecek ilamda, haksız ödenen paranın iadesine şeklinde hükme yer verilecektir. Böylelikle dava, niteliği itibariyle tespit davası (HMK m. 106) olmaktan çıkıp, konusu para alacağıın iadesi olan bir eda davası (HMK m. 105) niteliğine kavuşmuş olmaktadır⁶³ (İİK m. 72/7). Dolayısıyla eda hükmünü içeren ilamlar hakkındaki kesinleşmeden icraya konulma kuralının, burada da uygulanması gerekir. İstirdat davasına dönüşen menfi tespit davası neticesinde verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesini gerektiren bir durum söz konusu değildir. Kesinleşmeden ilamlı icraya konu yapılamayacak bir ilam mevcutsa, icra memurunun bu ilama ilişkin başvuru ilamlı takibi reddetmesi gerekir. Zira kesinleşmeden icraya konulamayan ilamlarda kesinleşme, bir ön koşul olduğundan, bu ön koşul gerçekleşmeden takip başlatılırsa, kanunun emredici hükmü ihlal edileceğinden, kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve süresiz şikayete konu olacaktır⁶⁴.

Menfi tespit davası neticesinde verilen ret kararına karşı, kanun yoluna başvurulmuş ve kaldırılma (veya bozma) kararı verilmişse, bu bozma kararı ile devam eden icra takibi kendiliğinden durmaz. Yani İİK m. 40'ta düzenlenen hüküm (kaldırılma veya temyizden bozma kararı üzerine takibin olduğu yerde durması), burada uygulanmaz. Fakat istinaf mahkemesinin kaldırma (veya temyiz mahkemesinin bozma) kararı üzerine, ilk derece mahkemesi bu karara uyar ve ihtiyati tedbir kararı da verirse, takibin durdurulması mümkündür (İİK m. 72/2-3). Eğer bu süreçte (takibe devam edilip) takip konusu borç ödenmişse, artık menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşeceğiinden (İİK m. 72/6), artık takibin durdurulmasına (veya paranın alacaklıya ödenmemesine) ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemez. Bu durumda borçlu, haksız yere ödediği paranın iadesi için, istirdat davası hükümleri çerçevesinde (istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasında) talepte bulunmalıdır⁶⁵ (İİK m. 72/6).

Son olarak, menfi tespit davası görülürken aynı zamanda alacaklı itirazın kaldırılması talebinde bulunmuş ve itirazın kaldırılması talebi

⁶³ Luca Tenchio, s. 116 vd.

⁶⁴ Mustafa Serdar Özbek, Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması, s. 42.

⁶⁵ Baki Kuru, Menfi Tespit ve İstirdat Davası, s. 120.

reddedilip kesinleşmişse, takip sonuçsuz kalacaktır. Alacaklının artık bu takibe devam edip sonuçlandırma imkanı olmayacaktır. Bu süreçte, menfi tespit davası alacaklı lehine sonuçlansa dahi, ilamsız icra takibini devam ettiremez veya borçluya karşı yeni bir ilamsız takip başlatamaz. Alacaklı, ayrı bir eda davası açıp elde edeceği ilama dayanarak ilamlı takip yoluna başvurmalıdır. Ayrıca bu ihtimalde (itirazın kaldırılması talebinin reddi ihtimalinde), menfi tespit yargılaması devam ederken borç ödenirse, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi ve istirdat davası hükümlerine göre paranın borçluya iadesi de mümkün değildir. Zira borçlunun istirdat davası hükümlerine göre ödemek zorunda kaldığı paranın kendisine iade edilebilmesi için, bazı şartların mevcut olması gerektiği, İİK m. 72’de düzenlenmiştir. Bu şartlardan bir tanesi de kesinleşmiş bir takibin mevcut olmasıdır. Oysa bahsettiğimiz bu ihtimalde, itirazın kaldırılması talebi, icra mahkemesince reddedildiğinden, kesinleşmemiş bir icra takibi söz konusudur. İstirdat davasının takip hukukuna ilişkin bu şartı gerçekleşmediğinden, borçlu, ödediği paranın iadesini (menfi tespit davasının dönüştüğü) istirdat davası hükümlerine göre talep edemez⁶⁶.

İcra dairesinin yanlış hesaplama (şekli) hatası neticesinde alacaklıya fazla para ödenmesi durumunda, borçlu, esasen ödeme mecburiyeti altında olmadığı bir parayı alacaklıya ödemiş olacaktır. Bu durumda, borçlu istirdat davası hükümlerine göre mi ödeme mecburiyetinde kaldığı bu parayı geri alabilecek, yoksa İİK m. 361 hükmü gereğince, hiçbir hükme gerek olmaksızın icra dairesi kendiliğinden mi alacaklıya fazla ödediği kısmı alacaklıdan geri alacaktır? Bu husus, uygulamada karışıklığa sebep olmaktadır.

Kanımızca, bu tartışmaların temel noktası, menfi tespit davasının kendiliğinden istirdat davasına dönüştüğü (İİK m. 72/6) durumlarda,

⁶⁶ “İtirazın kaldırılması talebinin reddine ilişkin karar kesinleşmekle takip sonuçsuz kalmıştır. Artık alacaklının bu takibi devam ettirme olanağı yoktur. Eda davası açıp lehine karar alması ve bu ilâma dayalı takibe girişmesi gerekir. Merciiin, İİK m. 72/6’ya göre menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edileceği davanın borçlu lehine sonuçlanması halinde paranın iade edileceği görüşünde de isabet bulunmamaktadır. Bilindiği üzere, istirdat davasının takip hukuku bakımından iki koşulu vardır. Birincisi, paranın icra tehdidi altında ödenmesi; İkincisi ise, takibin kesinleşmiş bulunmasıdır.” HGK, T. 13.03.1996, E. 1996/12-3, K. 1996/148, (YKD, 1996/10, s. 1541-1543).

mahkemenin bu dönüşümü re'sen nazara almayıp, menfi tespit olarak devam edip hüküm vermesinden kaynaklanmaktadır. Zira menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü mahkemece dikkate alınmamış ve menfi tespit davasına ilişkin verilen hüküm kesinleşirse⁶⁷, artık ayrıca bir hükme (ilama) gerek olmaksızın, icra dairesi kendiliğinden menfi tespit davasındaki hükme (ilama) göre alacaklıdan paranın iadesini zorla (icraen) gerçekleştirebilir (İİK m. 72/5, İİK m. 361)⁶⁸.

Menfi tespit davasında, tedbir kararı (İİK m. 72/3) alınmadığından, takibe devam edilip borcun ödenmesinden sonra menfi tespit davası borçlu lehine kesinleşirse, icra dairesi, eski hale iade için, parayı alacaklıdan zorla alabilir mi? Yoksa borçlu, icra tehdidi altında borcu ödemesi sebebiyle istirdat davası hükümlerine göre mi geri alabilecektir? Yani menfi tespit davası devam ederken borcun ödenmesi sebebiyle istirdat davasına dönüşen menfi tespit davası hükümlerine (İİK m. 72/6) göre mi, yoksa İİK m. 361'deki hüküm gereği, icra dairesi, hiçbir işleme (İİK m. 72/5 ve İİK m. 40'da belirtilen durum) gerek olmaksızın alacaklıya ödenen paranın iadesini yapacaktır?

Menfi tespit davası devam ederken tedbir kararı alınmaması sebebiyle takip devam etmiş ve borç ödenmişse, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşür (İİK m. 72/6). Dolayısıyla, bu durumda alacaklıya ödenen paranın iadesi için istirdat davasının hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu noktada, İİK m. 361 hükmünün uygulanması hatalıdır. Fakat uygulamada, bu hususa ilişkin Yargıtay'ın aksi yönde kararları mevcuttur⁶⁹.

⁶⁷ Timuçin Muşul, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, s. 384.

⁶⁸ Talih Uyar, Olumsuz (Menfi Tespit) ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, s. 433.

⁶⁹ Örneğin, "Takip, menfi tespit davasının kısmen borçlu lehine sonuçlanıp kesinleşmesi sebebiyle, İİK'nun 72/5. maddesi hükmü uyarınca icranın eski hale iadesine ilişkindir. Bu maddeye göre icranın eski hale getirilmesi icra müdürlüğüne ait olup, icra müdürlüğüne verilecek kararlara karşı İcra Tetkik Merciiine şikâyet yoluyla başvurulabilir." 19. HD, T. 7.2.1992, E. 173/90, (www.kazanci.com) (01.10.2018).

V. SONUÇ

İcra hukukunda taraflar arasında menfaat dengesi gözetilmiştir. İİK'da, icra hukukuna hakim olan şekli kurallar nedeniyle maddi hukuka ilişkin hakkı zedelenen borçluya, gerçekte borçlu olmadığının tespiti için menfi tespit ve haksız ödenen paranın iadesi için de istirdat davası düzenlenmiştir. Genel hükümlere göre genel mahkemelerde borçlu olmadığının tespiti imkanının borçluya tanınmasıyla menfaat dengesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Esasen menfi tespit davası, istirdat davasının öncüsü niteliğinde bir davadır. İki dava arasındaki temel ayrım noktası, menfi tespit davasının borcun ödenmesine kadar açılıp, borcun ödenmesinden sonra istirdat davasının açılabilmesidir. Bu ayrım noktası, iki davanın ne zaman (ne zamana kadar) açılabileceği, davanın konusu ve davanın etkisi bakımından belirleyici olmaktadır.

Menfi tespit davasının yargılaması devam ederken ihtiyati tedbir kararının (İİK m. 72/2-3) verilmemiş olması nedeniyle, takibe devam edilmiş ve takip konusu borç alacaklıya ödenmişse, menfi tespit davasına istirdat davası olarak devam edilir (İİK m. 72/6). Yani mevcut menfi tespit davası sonuçlanmadan önce borcun alacaklıya ödenmesiyle, menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüşür.

Menfi menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi neticesinde borçlu haklı görülürse, bu durumda, alacaklı aleyhine (şartları mevcutsa) tazminata hükmedilir (İİK m. 72/5). Haksız çıkan tarafın tazminata mahkûm edilmesindeki amaç, burada açıkça gerçekleşmiş olacaktır. Zira burada borçlu, alacaklının haksız (ve kötü niyetli olarak) başlattığı takibinde icra tehdidi altında borçlu olmadığı bir borcu ödemek zorunda kalmakta ve zarara uğramaktadır. Buna karşılık, istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasının alacaklı lehine sonuçlanması durumunda ise, bir ihtiyati tedbir kararı ile takip durdurulmadığı ve borçlu borcunu ödemediğinden, alacaklının bir zararı söz konusu olmayacağından, borçlu aleyhine tazminata hükmedilmeyecektir.

Borçlu, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi durumunda da ilam kesinleşmeden mahkemece verilen ilamı icraya konu yapamayacaktır. Yargıtay, menfi tespit davasının istirdat davasına dönüşmesi neticesinde verilen ilam için kesinleşme şartı aramışken, müstakil ve bağımsız bir şekilde açılan istirdat davası bakımından, ilamın kesinleşmesi şartını aramamıştır.

Menfi tespit davasının kendiliğinden istirdat davasına dönüşmesi neticesinde borçlu (davacı) lehine verilen hüküm kesinleşirse, borçlu lehine olan istirdat davasına ilişkin ilamın icraya konulması ile alacaklıya ödenen paranın iadesi gerçekleştirilir. Bu durumda, alacaklıya ödenen paranın iadesi istirdat davası hükümlerine göre gerçekleştirilecek olup, bunun için de öncelikle istirdat davasının kesinleşmesi gerekir (İİK m. 72/6 vd.). İcra dairesinin hiçbir hükme gerek olmadan paranın alacaklıdan geri alınması (İİK m. 361) işleminin yapılabilmesi, burada söz konusu olmayacaktır.

Menfi tespit davasının reddi kararına karşı kanun yoluna başvurulmuş ve bu ret kararı bozulmuşsa, bozma kararı üzerine devam eden icra takibi kendiliğinden durmaz. Yani İİK m. 40 hükmü bu durumda uygulanmaz. Fakat bozma kararı üzerine, yerel mahkeme bozma kararına uyarsa, ihtiyati tedbir kararı vererek icra takibinin durdurulmasını sağlayabilir (İİK m. 72/2-3). Şayet devam eden takip neticesinde takip konusu alacak borçludan tahsil edilip alacaklıya ödenmişse, artık bu para alacaklıdan alınıp icra dairesi veznesine (veya borçluya) verilmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı verilemez. Zira bu durumda menfi tespit davası kendiliğinden istirdat davasına dönüştüğünden (İİK m. 72/6), artık borçlu, paranın kendisine iade edilmesini, istirdat davasına dönüşen menfi tespit davasının görüldüğü mahkemeden istirdat davası hükümlerine göre talep etmelidir (İİK m. 72/6 vd.).

KAYNAKÇA

- AMONN Kurt / Gasser Dominik: Grundris des Schuldbtreibungs und Konkursrecht, Sechsten Auflage, Bern: Stampfli Verlag, 1997.
- BODMER Bernhand: Bundesgesetz über Schuldbtreibung und Konkurs Ergänzungsband zur 2. Auflage, Basler Kommentar (Art. 85a), Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.
- ERDOĞAN Hasan: Borçtan Kurtulma, Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi 3. Bası, Ankara 2003.
- FRITZSCHE Hans / Walder Hans Ulrich: Schuldbtreibung und Konkurs SchKG, Band I, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1984.
- HIRT Thomas / Rudin Johann Christopf: Schuldbtreibungs und Konkursrecht, Zürich: Orell Füsli Verlag, 1999.
- HUBER Melanie: Die Vollstreckung von Urteilen nach der Schweizerischen ZPO, Dike Verlag AG, Zürich 2016.
- KURU Baki: Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2003.
- KURU Baki: Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi, YHD, C. 10, S: 1, s. 334, Ocak, 1987.
- LORANDI Franco: Schuldbtreibung und Konkurs (SchKG), 3. Auflage, Zürich: Dike Verlag AG, 2017.
- MEIER Isaak: Aktuelle Probleme der Zwangsvollstreckung aus Sicht des Schweizerischen und Türkischen Rechts, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçular Toplantısı IIV (Haluk Konuralp'ın Anısına), İzmir/Çeşme 2008, Ankara: TBB Yayınları.
- MEVCİ Ergün: Kambiyo Senetlerine özgü Takip Yolları, Ankara: Yetkin Yayınevi, 1989.
- MILANI Dominik: Kommentar zum Bundesgesetz über Betreibung und Konkurs SchKG (Jaeger Kommentar, Yolanta Kren Kostkiewicz / Dominik Vock (Hrsg)), Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- MUŞUL Timuçin: Menfi Tespit ve İstirdat Davası, İstanbul: Adalet Yayınevi, 2014.

- ÖZBEK Mustafa Serdar: Kesinleşmeden İcra Edilemeyecek İlamların Kesinleşmeden Önce İcraya Konulması, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, S: 1, 2016.
- PEKCANITEZ Hakan / Özkes Muhammet / Akkan Mine / Taş Korkmaz Hülya: Medeni Usul Hukuku III Cilt (Pekcanitez Usul), İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- POSTACIOĞLU İlhan: İcra ve İflas Kanunu'nun Muaddel Hükümlerine Göre Menfi Tespit Davası, İHFM, 1966/2-4.
- SPRECHER Thomas / Jetzer Rolf P.: Einführung in das neue Schuldbetreibuns und Konkursrecht der Schweiz, Zürich: Schulthess Verlag, 1997.
- SPÜHLER Karl: Schuldbetreibungs und Konkursrecht I, 5. Auflage, Zürich: Schulthess Verlag, 2011.
- SPÜHLER Karl / Pfister Susanne B.: Schuldbetreibung und Konkursrecht (SchKG), Zürich: Schulthess Verlag, 1999.
- STAEHLIN Daniel: Neuerungen im Bereich des Zahlungsbefehls, des Rechtsvorschlages, der Rechtsöffnung und der Einstellung der Betreuung, Referat an der Tagung des Schweizerischen Institutes für Verwaltungskurse vom 23 Juni 1995 zum revidierten SchKG, s. 13.
- SUNAR Gülcan: Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar, Ergün ÖNEN'E Armağan, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2003.
- TALBOT Philip: Kommentar zum Bundesgesetz über Betreuung und Konkurs SchKG Art. 187 (Jaeger Kommentar, Yolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg)), Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- TAŞPINAR Ayvaz Sema: İsviçre Kanunu'nun Getirdiği Değişikliklere Genel Bir Bakış, Baki Kuru 75. Yaş Armağanı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004.
- TENCHIO Luca: Feststellungsklagen und Feststellungsprozess Nach Art. 85a SchKG, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1999.

- TÜRK Ahmet: Kambyo Senedi Borçlusu tarafından Açılan Bedelsizliğe ve hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler, DEUHFD, Cilt: 7, Özel Sayı, 2005.
- TÜRK Ahmet: Menfi Tespit Davası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- UYAR Talih: Olumsuz (Menfi Tespit) ve Geri Alma (İstirdat) Davaları, 4. Baskı, Ankara: Bilge Yayın Evi, 2015.
- ÜSTÜNDAĞ Saim: İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- VOCK Dominik / Aepli-Wirz Martina: Kommentar zum Bundesgesetz über Betreuung und Konkurs SchKG (Jaeger Kommentar, Yolanta Kren Kostkiewicz / Dominik Vock (Hrsg)), Zürich: Schulthess Verlag, 2017.
- WALDER Hans Ulrich: Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zurich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 4. Auflage, Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1996.
- YILDIRIM, Kamil / Deren-Yıldırım, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

İŞ YARGISINDA BİLİRKİŞİLİK KURUMU

Yavuz Kağan YASIM*

ÖZ

İş yargısı, hukuk yargısı içinde oldukça geniş bir yer tutmaktadır. Buna ilaveten, iş yargısı, kamusal niteliği ve kendine has özellikleri de dikkate alınarak, ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe giren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş yargısında zorunlu arabuluculuk gibi önemli düzenlemeler yapılmıştır. İş yargısında davaların çözümüne yönelik mahkemelerin sıklıkla başvurduğu araçlardan biri olan bilirkişilik kurumu da, 24.11.2016 tarihli Resmi gazetede yayımlanan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile önemli değişikliklere uğramıştır. Bilirkişiliğin kurumsallaşmasına yönelik ciddi adımlar atılmış, daha önceki dönemde yapılan eleştiriler dikkate alınarak bilirkişilerin seçimi, atanması, denetimi gibi konular yeniden düzenlenmiştir. İş yargısında ve bilirkişilik kurumunun tartışmalı alanlarına yönelik düzenlemeler yapılmasına karşın, iş yargısında sorunlar var olmaya devam etmektedir. Özellikle zorunlu arabuluculuk uygulaması ve bilirkişi raporlarının kanuna aykırı bir şekilde hukuki değerlendirme içermesi, literatürde sıklıkla tartışılmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle iş yargısının işleyişi tartışılmış, daha sonra ise zorunlu arabuluculuk ve bilirkişilik kurumuna yer verilmiştir. İş yargısında bilirkişilik

* Doç. Dr., Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Öğretim Üyesi, E-Mail: yavuzkaganyasim@hitit.edu.tr, ORCID ID: 0000000235425493.
Makalenin Gönderim Tarihi : 08.05.2020.
Makalenin Kabul Tarihi : 25.11.2021.

kurumunun işleyişi literatür ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiş, yeni düzenlemelere ihtiyaç olduğu tespiti yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İş yargısı, İş Mahkemeleri Kanunu, bilirkişilik kurumu, Bilirkişilik Kanunu, zorunlu arabuluculuk.

EXPERT WITNESS SYSTEM IN LABOR JUDICIARY

ABSTRACT

In the legal judiciary, the labor judiciary has a wide coverage. In addition, labor judgment is regulated by a separate law, taking into account its public nature and unique characteristics. The Law No. 7036 on Labor Courts, which came into force on 25.10.2017, brought important regulations such as compulsory mediation. The expert witness institution, which is one of the tools frequently used by the courts for the settlement of cases in labor justice, has undergone important changes with the Law No. 6754 on Expertise published in the Official Gazette dated 24.11.2016. Serious steps were taken towards the institutionalization of the expert witness, considering the criticisms made in the previous period, issues such as the selection, appointment, and supervision of experts were rearranged. Despite the regulations regarding the controversial areas of the labor judiciary and the expert witness system, problems still exist in the labor judiciary. In particular, the practice of compulsory mediation and the unlawful legal evaluation of expert reports are frequently discussed in the literature. In this study, firstly, the functioning of labor judgment was discussed, then take stock of the compulsory mediation and the expert witness institution. The functioning of the expert witness system in the labor judgment was evaluated within the framework of the literature and judicial decisions, and it was determined that new regulations were needed.

Keywords: Labor judiciary, Labor Courts Law, expert witness system, Expert Law, compulsory mediation.

I. GİRİŞ

Çalışma hayatının koşulları endüstri devrimiyle birlikte büyük bir değişim geçirmiş, bu değişim küreselleşme ile birlikte hızlanmış ve işçi-işveren ilişkileri farklılaşmıştır. Çalışma hayatını düzenleyen mevzuat da, bu değişimlere ayak uydurmaya çalışmış, sürekli daha iyiyi, daha adil olanı bulma çabasına devam etmiştir. İş hukukuna giren konuların

çoğunun kanunlaştırılmasıyla iş hukuku, işçileri koruma amacını günümüzde de sürdüren ve gerçekleştiren ayrı bir hukuk alanı haline gelmiştir¹. Bu alan, çalışma hayatının yoğun, karmaşık ve değişen yapısı nedeniyle birtakım tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaları minimize etmek için iş yargısına önemli görevler düşmektedir. Yoğun iş yükü altındaki iş yargısı, adaleti sağlamanın ötesinde çalışma barışı açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu önem, onun ve sonuca ulaşmak için sıklıkla başvurduğu bilirkişilik kurumunun da ayrıca ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

İş mahkemelerinin iş yoğunluğunun fazla olması ve farklı alanlarda uzman bilgiye ihtiyaç duyması, sıklıkla bilirkişilere başvurulmasına neden olmaktadır. “Günümüzde hukuki ihtilafların giderek çeşitlenen karmaşık ve çözüm için teknik bilgi gerektiren yapısı, bilirkişilik kurumunun yargı faaliyetleri içindeki rolü ve önemini daha da artırmaktadır. İyi işleyen bir bilirkişilik kurumu, yargı sisteminin etkin ve hızlı işleyişinde belirleyici olmakta, aksi durum sadece yargılamaların uzaması sonucunu doğurmakla kalmayıp adalet beklentisi içinde bulunan kişilerin hak kayıplarına da neden olmaktadır²” gerekçesiyle hazırlanan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu 03.11.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş, fakat yapılan tüm düzenlemelere karşın yargıda istenilen etkinliğe ulaşamamıştır. *Canbolat*³, bu durumun nedenlerini eğitim, işyükü ve bilirkişilikten kaynaklanan sorunların giderilmemiş olması olarak ifade etmektedir.

II. İŞ YARGISI

A. İş Mahkemelerinin Teşkilat Yapısı ve Görevi

Çalışma hayatında ortaya çıkan uyuşmazlıklar sadece o uyuşmazlığın taraflarını etkilememekte, çalışma barışı, sosyal adalet ve hatta ülke ekonomisi üzerinde etkilere neden olmaktadır. Dolayısıyla iş

¹ Çelik, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 14; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2002, s. 116.

² Bilirkişilik Kanunu Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0687.pdf> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

³ Canbolat, Talat: Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası Özel Sayı, 2016, s.252.

hukukunun kamu düzenini ilgilendiren yönünün bulunduğu⁴ kabul edilmelidir. Bu durum, iş uyuşmazlıklarını diğer hukuki uyuşmazlıklara nazaran daha önemli hale getirmektedir. Bu nedenle, iş hukukunun işçiyi koruyucu karakteri ve iş hukukunun uzmanlık gerektiren bir hukuk dalı olması⁵ göz önüne alınarak söz konusu uyuşmazlıkların, daha kolay, daha çabuk ve daha ucuz olarak giderilmesi amacıyla, genel mahkemelerden ayrı, özel iş mahkemeleri kurulmuştur⁶. Yargıtay'ın 1960 tarihli içtihadı birleştirme kararına göre iş mahkemelerinin kuruluş amacı, iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardan kaynaklanan davaların bu konularda özel bilgiye sahip mahkemelerde görülmesidir⁷.

Hukumumuzda iş mahkemeleri ilk olarak 30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla, belirli sanayi bölgelerinde kurulmuştur⁸. Başlangıçta toplu mahkeme olarak kurulan iş mahkemeleri, birisi işçi sendikası temsilcisi, diğeri işveren sendikası temsilcisi, üçüncüsü ise hakim sınıftan başkan olmak üzere üç kişiden oluşmaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi hakim sınıftan olmayan kişilerin yargılama sürecinde yer almasını Anayasa'ya aykırı bularak bu düzenlemeyi 1971 yılında iptal etmiştir⁹. Böylece 1963 yılından beri zaten tek hakimli olarak çalışan iş mahkemelerinin fiili durumu yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur¹⁰. Sonraki süreçte ise iş mahkemelerine

⁴ Kar, Bektaş: İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel S., 2013, s.869.

⁵ Şahlanan, Fevzi: İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1-4, 1976, s. 377.

⁶ Çelik, Nuri/ Caniklioğlu, Nurşen/ Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayın, 2018, s. 42; Gülver, Ender: İş Yargılamasında Görev, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 49, 2011, s. 371; Yürekli, Sabahattin: İş Yargısında Kesin Hüküm Durumunun Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S.31, 2011, s. 973; Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 54.

⁷ Özdemir, Eda Manav: İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, S.4, 2015, s. 189.

⁸ Yürekli, s. 975; Akyiğit, s.54; Şahlanan, s. 378.

⁹ Bozkurt, Argun: İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2010, s.191; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 42; Süzek: s. 116.

¹⁰ Gülver, s. 379.

ilişkin bu kanun, yetki ve göreve ilişkin hükümleri dışında neredeyse uygulanma alanı bulmamıştır. İlgili Kanun'un birçok hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması, diğer bazı hükümlerinin HMK' ya aykırılık teşkil etmesi nedeniyle içi boşalmış, sadece görünüşte iş yargılamasına ilişkin ayrı bir kanun görüntüsünde kalmıştır¹¹. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girdiği 1971 yılından sonra iş yargılaması alanında yeni bir yasaya duyulan ihtiyaç¹², 2017 yılında çıkarılan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) ile karşılanmaya çalışılmıştır¹³.

25.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İMK, 5521 sayılı eski İş Mahkemeleri Kanunu'nu bütün hükümleriyle birlikte yürürlükten kaldırmıştır. Yeni İMK'nın genel gerekçesine bakıldığında, mahkemelerin iş uyuşmazlıklarından kaynaklanan yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların kısa sürede sonlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kanun, bu gerekçelerle iş yargısında önemli değişiklikler getirmiştir. Bunlardan birisi, sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıkların bazıları için öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. İMK'nın 4. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur.

Bir uyuşmazlığın iş mahkemesinde görülebilmesi için öncelikle uyuşmazlığın iki unsurunun bulunması gereklidir; bunlar şahıs unsuru ve konu unsurudur. Şahıs unsuruna göre, işçiler hangi kanun kapsamında yer alırsa alsın, bunların işveren veya işveren vekilleri arasında iş ilişkisi

¹¹ Canbolat, s. 263; Özeker, Muhammet / Atalı, Murat: 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, 23 Aralık 2017, 2018, On İki Levha Yayıncılık, s. 43; Çil, Şahin: 6100 Sayılı HMK' ya Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S. 2, 2014, s. 102.

¹² Özeker / Atalı, s. 43.

¹³ Soyer, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.57,2018, s. 39.

nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin davalar iş mahkemesinde görülecektir. İMK md. 5/I (a) hükmü uyarınca, iş mahkemelerinin görevli olabilmesi için tarafların “işçi” ve “işveren” veya “işveren vekili” sıfatına sahip olması yeterli değildir. Düzenleme doğrultusunda aranan diğer şart, uyuşmazlığın kaynağına ilişkindir. Konu unsuru olarak ifade edebileceğimiz bu şarta göre, hukuk uyuşmazlığının iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan kaynaklanıyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları, iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğundan, bu kaynaklardan doğan uyuşmazlıklarda da iş mahkemelerinin görevli olduğu kabul edilmelidir¹⁴.

7036 sayılı İMK’na göre (md. 5/1-a) iş mahkemeleri; 5953 sayılı Kanuna tabi gazeteciler, 854 sayılı Kanuna tabi gemiadamları, 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu’na veya 11.1.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun ikinci kısmının altıncı bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına bakmakla görevlidir. Böylece 7036 sayılı Kanunla iş mahkemelerinin görev kapsamı genişletilmiştir. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun (TBK) ikinci kısmının “hizmet sözleşmeleri” başlıklı altıncı bölümünde, “genel hizmet sözleşmesi”, “pazarlamacılık sözleşmesi”, “evde hizmet sözleşmesi” düzenlenmiş olduğundan, sadece TBK md.393-447’de düzenlenmiş olan genel hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda¹⁵ değil, pazarlamacılık ve evde hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda da görevli mahkeme iş mahkemesi olmuştur¹⁶.

İMK md. 5/c’ye göre diğer kanunlarda iş mahkemelerinin görevli olduğu belirtilen uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işler de iş mahkemesinin görev alanına girmektedir. Örneğin, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda (STİSK) (md.79), “bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar iş davalarına bakmakla görevli ve

¹⁴ Mutlay, Faruk Barış / Işık, Melih: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 68, C. 3, 2019, s. 613; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, 43-50.

¹⁵ Daha önce Borçlar Kanunundan kaynaklanan hizmet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmekteydi.

¹⁶ Mutlay / Işık, s. 582.

yetkili mahkemelerde görülür” ifadesi yer almaktadır¹⁷. Kanuna ilişkin olarak gerekçede ayrıca 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun (KGSTSK) 6. maddesine de atıf yapılmıştır. Dolayısıyla gerek 6356 sayılı STİSK, gerekse 4688 sayılı KGSTSK ile ilgili uyuşmazlıklarda¹⁸ yetkili mahkeme iş mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Bunun yanısıra, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında çalışan kapsam dışı personel ile bu teşebbüs ve bağlı ortaklıkları arasında iş ilişkisi nedeniyle kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan her türlü dava ve işler de yine iş mahkemesinde görülecektir¹⁹.

İMK’ nu md. 5/b’ye göre ayrıca “idari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar hariç olmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu veya Türkiye İş Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara da iş mahkemeleri bakacaktır. Bu maddeye göre idari para cezalarına ilişkin davalara hangi mahkemenin bakması gerektiği konusunda soru işaretleri vardır. Zira *Mutlay / Işık*’ a göre maddenin lafzı karışıklığa sebebiyet verecek niteliktedir. Çünkü, ilgili ifadeden iki sonuç çıkabilmektedir. Buna göre düzenlemeden, “idari para cezalarına itirazlar ile 5510 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıklar istisna tutulmuştur” anlamı dışında, “sadece 5510 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesi kapsamındaki uyuşmazlıkların hariç tutulduğu anlamı” da çıkmaktadır. *Mutlay / Işık*²⁰, “maddenin lafzı ve amacıyla bir sonuca ulaşılamamakla birlikte, kanun koyucunun taslak metinde güttüğü

¹⁷ Bozkurt, 2010, s. 192.

¹⁸ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Md. 6: Tüzüğün veya bu maddede sayılan belgelerin içerdikleri bilgilerin kanuna aykırılığının tespit edilmesi ya da bu Kanunda öngörülen kuruluş koşullarının gerçekleşmediğinin anlaşılması halinde, ilgili valilik eksikliklerin bir ay içinde tamamlanmasını ister. Tamamlanmadığı takdirde sendika veya konfederasyonun faaliyetinin durdurulması için ilgili valilik bir ay içinde iş mahkemesine başvurur. Md. 16: Üyenin, sendikadan çıkarılma kararı sendika merkez genel kurulunca alınır. Çıkarma kararı, çıkarılana ve işverene yazı ile bildirilir. Çıkarma kararına karşı üye, bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde görevli iş mahkemesine itiraz edebilir.

¹⁹ Rüzgar, Orhan / Taş, Yunus: İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s. 26.

²⁰ *Mutlay / Işık*, s. 629.

amacını açıkça ortadan kaldıran bir durumun belirlenememesi nedeniyle, taslak metinde güdülen amacın yasalaşan metinle daha genişletilmek istendiği ve bu bakımdan idari para cezalarına itirazlar açısından da görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu sonucuna varmak daha isabetli olacaktır” ifadesini kullanmaktadır.

İş mahkemeleri, özel görevli (ihtisas) mahkemelerden olup, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 4. maddesine göre genel mahkemeler asıl olarak asliye hukuk mahkemesi ve sayılan haller için sulh hukuk mahkemeleridir. İş mahkemelerinin olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri, iş mahkemesi sıfatıyla davalara bakar. Dolayısıyla bu mahkemelerde açılacak iş davalarının “iş mahkemesi sıfatıyla” açılması gerekir²¹. Birden fazla iş mahkemesinin kurulduğu yerlerde, iş mahkemeleri arasında, işbölümü ilişkisi bulunmaktadır. Buna karşılık, bir yerde kurulmuş olan iş mahkemesi ile genel mahkemeler arasındaki ilişki ise görev ilişkisidir²². Görev, uyuşmazlığı bir yerdeki ilk derece mahkemelerinden hangisi tarafından inceleneceğini ifade eden bir kavramdır²³. İş mahkemesinde görülmesi gereken bir davanın genel veya başka bir özel görevli mahkemede açılması halinde; mahkemenin görevsiz olduğu itirazı, HMK md. 115/1’e göre davanın tarafları olan işçi veya işveren tarafından yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir.

İş mahkemeleri, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 2. md. ne göre, Hakimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Ara derece (istinaf) ve temyiz mahkemelerinde ise ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi ayrı bir iş mahkemesi bulunmamakla birlikte, iş davalarına bakmakla görevlendirilmiş daireler bulunmaktadır. İstinaf mahkemesi olarak Bölge Adliye Mahkemelerindeki görev dağılımı, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 7035 sayılı Kanun ile değişik 35. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılmaktadır. Bölge Adliye Mahkemelerinde “İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Daireleri” nin yanısıra “Medeni Hukuk Daireleri”, “Gayrimenkul Hukuku Daireleri”, “Ticaret ve

²¹ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 43; Bozkurt, 2010, s. 191.

²² Gülver, s.378; Çelik / Caniklioğlu/ Canbolat, s. 46.

²³ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 44.

Borçlar Hukuku Daireleri” olmak üzere dört ihtisas alanı bulunmaktadır. Temyiz mahkemesindeki görev dağılımı ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunun iş bölümüne ilişkin 23.01.2020 tarih ve 2020/1 sayılı kararı ile yapılmış, 9. ve 22. Hukuk Dairelerinin temel görev alanı iş hukuku olarak belirlenmişken, sosyal güvenlik hukuku alanında ise 10. ve 21. Hukuk Daireleri görevlendirilmiştir.

İş yargısı bir uzmanlık alanı olmasının yanı sıra kendine özgü bir takım ilkelere de sahiptir. Bu ilkeler normatif olarak düzenlenmese de, uluslararası hukuk uygulamasında kabul gören ilkelere sahiptir. Bunları kolaylık, çabukluk, ucuzluk, emredicilik (res’en araştırma) ve zayıfın (işçinin) korunması olmak üzere beş başlık altında toplayabilmek mümkündür²⁴.

Özellikle kolaylık, çabukluk ve ucuzluk ilkelerinin, HMK’ da kural olarak düzenlenen usul ekonomisi ilkesinin alt unsurları olduğu açıktır. Bu nedenle, usul ekonomisi ilkesi iş yargılamasında oldukça önemlidir. Usul kuralları hatta kimi zaman maddi hukukun da önüne geçebilmektedir²⁵. Usul ekonomisi bakımından belirtilen “çabukluk” ilkesinin amacı, adaletin, hakkın bir an önce yerini bulmasının sağlanmasıdır. Çabukluk ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde, “makul sürede yargılanma hakkı” olarak karşımıza çıkmakta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda somut ölçütler getirmektedir. Ancak ülkemizde iş uyuşmazlıklarının öngörülen sürelerde sona erdirilemediği görülmekte, bu durum adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır²⁶. Ülkemizde iş davalarında süreçler, yargılama kurallarının sıkı şekil şartlarına bağlı olması ve mahkemelerin ağır iş yükü gibi sebeplerle oldukça uzun sürmektedir. Örneğin, 2005-2015 yılları arasında asliye hukuk mahkemelerinde bir davanın görülme süresi ortalama 218 gün iken; iş mahkemelerinde bu süre 434 gündür²⁷.

Ucuzluk ilkesi, iş yargılamasındaki bir diğer önemli ilkedir. Bu ilkeye göre yargılama harç ve giderlerinin hak arama özgürlüğünü

²⁴ Kar, s. 870.

²⁵ Bozkurt, Argun: İş Mahkemelerinde Birlikçilik, Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S.2, 2009, s. 118.

²⁶ Kar, s. 872.

²⁷ Kaya, Sedat: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.22, S. 1-2, 2018, s. 210.

kısıtlayıcı nitelikte olmaması gerekir. Özellikle 6100 sayılı HMK ile dava koşulu olarak getirilen gider avansının iş ve sosyal güvenlik uyuşmazlıklarında katı olarak uygulanması, sosyal ve ekonomik açıdan zayıf konumda olan çalışanın, hak aramasını zorlaştırmaktadır²⁸. İş davalarında yargılama giderlerine, zorunlu arabuluculuk masraflarının ve hemen hemen tüm davaların bilirkişiye gönderilmesi nedeniyle bilirkişi ücretinin de yansmasıyla ucuzluk ilkesi sekteye uğramaktadır. Bilirkişilik ücreti ile ilgili sorun Almanya’ da maddi kaynakları yeterli olmayan tarafın ücretinin adli yardım kurumu tarafından ödenmesi ile çözülmektedir²⁹.

Bir diğer ilke olan res’en araştırma ilkesi ise hukuk yargılamasında istisnai hallerde uygulanmaktadır ve taraflarca hazırlama ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. İş hukukumuzda re’sen araştırma ilkesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın, Yargıtayın re’sen delil toplanabileceği yönünde kararları bulunmaktadır³⁰. Yargıtay, açık hüküm olmamasına rağmen istikrarlı olarak özellikle hizmet tespit davaları ve iş kazasına ilişkin davalarda “*İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ile ilgili düzenlemeler nitelikçe kural olarak kamu düzeni ile ilgili olduğundan, kusur ve hesap raporlarının alınması ve sair hususların incelenmesi ile gerçeğin saptanması yönünden tarafların istemlerine bakılmaksızın re’sen yerine getirilmelidir*” yönünde kararları bulunmaktadır³¹. Keza aynı şekilde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na göre iş kolu ve yetki tespit davaları da kamu düzenine ilişkin olduğu için bu davalarda da resen araştırma ilkesi geçerlidir. İş yargısının amacı, özellikle sosyal güvenlik açısından işvereni denetlemek ve hukuka uygun davranmasını sağlamaktır.

²⁸ Kar, s. 873-874.

²⁹ Manav, A. Eda: Alman ve Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması, TBB Dergisi, S. 119, 2015, s. 496.

³⁰ Kılınc, Ayşe: İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, TBB Dergisi, S.86, 2009, s. 398.; Yargıtay 21. H.D. 2018/7023 E, 2019/5826 K.; Yargıtay 21. H.D. 2018/1677 E., 2019/1981 K.; Yargıtay 10. H.D. 2018/1751 E., 2019/1053 K.; Yargıtay 21. H.D. 2016/3770 E., 2018/3321K. karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 26.06.2020).

³¹ Kar, s. 877; Yargıtay 21. H. D. 2018/6674 E. , 2019/6309 K.; Yargıtay 21. H. D. 2016/1643 E. , 2017/4148 K. karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 26.06.2020).

Dolayısıyla bu denetimde kamu yararının varlığı tartışmasıdır. Bu amaçla yapılan uygulamalar incelendiğinde, bazı bilgi ve belgelerin taraflardan veya ilgili diğer yerlerden istenmesi ve uyumsuzluğa ilişkin, işlem ve sicil dosyaları ile diğer mahkemelerce verilen kararların getirilmesi gibi res'en inceleme yöntemlerine başvurulduğu görülmektedir. Öte yandan keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması da en çok başvuru alan re'sen inceleme yöntemlerindedir³².

İş yargılamasında uyulması gereken ilkelerden bir diğeri de zayıfın korunması ilkesidir. Aslında güçlü karşısında güçsüzün korunması, hukukun genel ilkelerindedir. Bu ilke çalışma ilişkilerinde iş hukuku ile daha da güçlenmektedir. Çünkü iş hukukunun doğuş amacı, güçlü olan işveren karşısında güçsüz konumda olan işçiyi korumaktır³³. Çalışma ilişkileri içinde işçiler işverene ekonomik, hukuki ve kişisel olarak bağımlıdırlar. Bu da onları işveren karşısında zayıf düşürmekte ve korunması gereken bir sınıf haline getirmektedir. Bu yüzden Yargıtay kararlarında da belirtilmiş olduğu gibi, delillerin hüküm vermeye yeterli olmadığı ya da kesinlik göstermediği, delil ve karşı deliller değerlendirildiğinde, birine üstünlük verilemediği durumlarda işçinin korunması ve işçi lehine yorum ilkelerinden hareket edilmelidir³⁴. Herhangi bir yorum gerektirmeyecek kadar açık bir iş yasası kuralının işçi lehine yorumla kuralın sözüne aykırı sonuç doğuracak biçimde uygulanması mümkün değildir³⁵.

B. İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk

Son dönemde hemen her ülkede iş uyumsuzluklarının kavgacı yollardan önce barışçı yollar denilen birtakım yöntemlerle çözümü benimsenmektedir³⁶. Alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemleri olarak ifade edilen bu barışçıl yolların değişik türleri olmakla birlikte, temelde üç türü bulunmaktadır. Bunlar, müzakere-uzlaştırma “negotiation”,

³² Kar, s. 876.

³³ Günay, İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 67; Akyiğit, s. 45; Aktay, Nizamettin /Arıcı, Kadir /Senyen, Tuncay Kaplan: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 45.

³⁴ Kar, s. 880; Akyiğit, s. 46; Aktay /Arıcı / Senyen, s. 46.

³⁵ Süzek, 22; Kar, 879.

³⁶ Akyiğit, s. 606.

arabuluculuk “mediation”, ve tahkim-hakem “arbitration”dir. Diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ise bu üç yöntemin harmanlanmasından doğduğu belirtilmektedir³⁷. Öğretide arabuluculuk, “ tarafların, bağlayıcı bir çözüm önerisi getirme veya karar verme yetkisine sahip olmayan bir üçüncü kişinin (arabulucu) yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, ortak menfaatlerini gözeterek aralarındaki uyuşmazlığı çözümlenmeleri” olarak tanımlanmıştır³⁸.

Arabuluculuk yöntemi Türk hukuk sistemine ilk kez 22/06/2012 tarihli 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile girmiştir³⁹. HUAK md. 2/b’ye göre arabuluculuk; sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. “

Arabuluculuğun temel ilkelerini eşitlik, iradilik, tarafsızlık ve gizlilik oluşturmaktadır⁴⁰. Arabuluculuk, 6100 sayılı HMK’nın 137., 140/2. ve 320. maddelerinde ve HUAK’ın “Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi” başlıklı 15/2. maddesinde iradi bir yöntem olarak belirlenmiştir. İsteğe bırakılan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin arzu edilen sonucu doğurmaması, iş yargısında arabuluculuğun bir dava şartı olarak getirilmesine neden olmuştur. İMK’ nın 3. md. ile, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, öncelikle arabulucuya başvurmak zorunlu hale gelmiştir. İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları

³⁷ Kurt, Resul: İş Yargısında Arabuluculuk, TBB Dergisi, S. 135, 2018, s. 344.

³⁸ Yağcıoğlu, Kaan Muharrem: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 464.

³⁹ Peksan, Selcan / Delen, Meltem / Yorgun, Sayım: İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum, C. 1, 2020, s. 323.

⁴⁰ Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 70.

ise bu zorunluluğun dışında tutulmuştur. 01.01.2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren bu dava şartı, iş yargısında zorunlu arabuluculuk öngörmesi nedeniyle hukukumuzda da bir ilktir⁴¹. Kanun koyucunun iş yargılamasında arabuluculuk şartını getirmesindeki temel amaç, iş mahkemelerinin, bölge adliye mahkemelerinin ve Yargıtay'ın iş yükünü hafifletmek ve uyuşmazlıkları kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözmektir⁴². Bu yöntemle iş uyuşmazlıklarının mahkeme sürecine gelmeden çözülmesi ve iş yargısının yükünü hafifletmesi beklenmektedir.

Buna karşın literatürde zorunlu arabuluculuk uygulamasına ilişkin, arabuluculuğun yargı ile rakip haline geleceği⁴³, iş hukukunun emredici düzenlemelerinin pazarlık edilebilir hale geleceği⁴⁴, 6325 sayılı kanunda arabuluculuğa ilişkin en temel ilkelerden biri olarak açıkça ifade edilen ihtiyarilik ilkesinin göz ardı edildiği⁴⁵, yargılama sürecini uzattığı⁴⁶ gibi eleştiriler de yapılmaktadır. Zorunlu arabuluculuk uygulamasıyla uyuşmazlığın taraflarının biraraya getirilerek anlaşmaya varmaları teşvik edilse de, bilgi, tecrübe ve maddi güç olarak birbirine eşit olmayan tarafların bilek güreşinde işçinin kaybedeceğini tahmin etmek güç olmayacaktır. Nitekim *Kaya*⁴⁷, arabuluculuğu bir alternatif uyuşmazlık çözümü olarak “*yargısal yolların yanında yer alan, tarafların iradi olarak başvurması halinde işlerlik kazanan, ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini amaç edinen, adil ve hakkaniyete uygun bir karardan*

⁴¹ Korkmaz, Erkan: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Açısından İncelenmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.59, 2018, s. 937; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat, s. 72; Peksan / Delen / Yorgun, s. 323.

⁴² Yağcıoğlu, s. 459.

⁴³ Yücel, Yeliz: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulmasının Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi Üzerine bir İnceleme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 15, S. 60, 2018, s. 1367; Özekes / Atalı, s. 47.

⁴⁴ Peksan / Delen / Yorgun, s. 325; Yenisey, Kübra Doğan: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK Yayını, 2016, s. 175.

⁴⁵ Erdoğan, Ersin / Erzurumlu, Nurbanu: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Bazı Düşünceler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.13, S. 52, 2016, s. 1870.

⁴⁶ Peksan / Delen / Yorgun, s. 332.

⁴⁷ Kaya, s. 214.

ziyade, tarafların optimal menfaatleri çerçevesinde uyumsuzluğun sona erdirilmesini hedefleyen yöntemler bütünü” olarak ifade etmiştir. Bu durum haklı konumda bulunan işçi için adaletin sağlanmasını güçleştirmektedir. Tarafların ekonomik ya da hukuki durumlarındaki eşitsizlikler de bu sürece olumsuz katkı sağlamaktadır⁴⁸. İşçi, maddi gerekçeler, bilgi eksikliği ve/veya mahkeme süreçlerinin uzun sürmesi gibi nedenlerle kanundan veya iş sözleşmesinden kaynaklanan bazı alacak haklarından vazgeçebilmektedir⁴⁹. Özveri⁵⁰,nin ifadesiyle, işçinin haklarını çalışırken vermeyen bir işverenin arabuluculuk aşamasında vermesi olası görülmemektedir. Böylece zorunlu arabuluculuk kurumu işverenler için fırsat yaratmakta, adaletsiz davranışa zemin hazırlamaktadır. Oysa ki iş hukukunun emredici hükümleri, iş sözleşmesinin dayandığı sözleşme serbestisinin sınırını çizmektedir⁵¹. Ayrıca sendikal haklar veya ayrımcılığın yasaklanması gibi kazanılması uzun mücadelelerden sonra mümkün olmuş olan işçilerin temel hak ve hürriyetlerinin müzakere konusu yapılması sadece ekonomik açıdan değerlendirilmemelidir. Bu yöntem aynı zamanda işçinin korunması ilkesinin törpülenmesi gibi bir sonucu da doğurmaktadır.

Dünyada arabuluculuğun uygulandığı ülkelere bakıldığında, yalnızca Arjantin ve Malezya’ da zorunlu olarak uygulandığı görülmektedir⁵². İtalya’ da ise iş uyumsuzluklarında getirilen zorunlu arabuluculuk, başlarda mahkemelerin iş yükünü azaltsa da, dava sürecinin uzamasına neden olduğu için tekrar ihtiyari arabuluculuğa dönmüştür⁵³. Yapılan tüm eleştirilere karşın zorunlu arabuluculuk uygulamasının iş mahkemelerinin iş yükünü azalttığı Adalet Bakanlığı istatistiklerine yansımaktadır. İş Uyuşmazlıklarda Dava Şartı

⁴⁸ Yücel, s. 1380; Soyer, s. 30; Yenisey, s. 178; Namlı, Mert: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK Yayını, 2016, s. 158.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, s. 30-31.

⁵⁰ Özveri, Murat: İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 2, 2020, s. 923.

⁵¹ Çelik, N.,s. 19; Peksan / Delen / Yorgun, s. 326.

⁵² Özekes / Atalı, s. 87; Korkmaz, s. 940; Kurt, s. 420.

⁵³ Korkmaz, s. 940; Kurt, s. 420.

Arabuluculuk İstatistiklerine⁵⁴ göre 01.01.2018 - 10.09.2021 tarihleri arasında 1.257.966 dosyaya arabulucu görevlendirilmiş ve bunların %59'u (709.940) anlaşmayla sonuçlanmıştır. İtalya' da zorunlu arabuluculuğun söz konusu olduğu dönemde ise bu oran %46' dır⁵⁵.

Kaya, arabuluculukla ilgili “beş yıllık mesleki tecrübesi bulunan ve iş hukuku alanında uzmanlık eğitimini tamamlamış uzman arabulucunun, süreç sonunda uyuşmazlığın nasıl ve nerede ortaya çıktığı, nasıl geliştiği ve gelecekte nasıl bir yola gidilebileceği gibi konularda tarafları bilgilendirip, kendi çözüm önerisini de ihtiva eden değerlendirme tutanağını taraflara vermesi, buna rağmen tarafların anlaşma sağlayamaması halinde bu tutanak bulunmaksızın dava açılmayacağına düzenlenmesi” şeklinde öneri getirmektedir. Uzman arabulucunun gerekliliğinin gerekçesi olarak da pek çok bireysel iş uyuşmazlığında dava sürecinde çeşitli alacak kalemlerinin hesaplanması amacıyla bilirkişiye başvurulmasını göstermektedir. Uzman arabulucu sayesinde mahkeme aşamasından önce yapılacak hesaplamalar, tarafların daha somut veriler üzerinden pazarlık etme imkanına kavuşmasını sağlayacaktır. Henüz sürecin başında bu türden alacak kalemleri bakımından gerekli hesaplamaların yapılmış olması süreçleri kısaltacak, maliyetleri düşürecektir⁵⁶. Ayrıca tarafların arabuluculuk sürecinden her halükarda karlı çıkmalarına neden olacağı için motivasyonu da artıracaktır. Böyle bir uygulama için bilirkişi listesinin iş, sosyal güvenlik, sendikalar ve toplu iş sözleşmesi mevzuatı kaynaklı nitelikli hesaplamalar alt uzmanlık alanında yer alan “uzman” olarak belirlenmiş kişilerin de arabulucu olarak görevlendirilebilmesi yararlı olacaktır. Dava süreci içerisinde bilgisine başvuru yapılan bilirkişilerin, dava başlamadan sürece dahil edilmesi uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözümüne katkı sağlayacaktır.

⁵⁴ <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/6122021095721i%9F%20%2001.12.2021.pdf> (E.T. 06.12.2021).

⁵⁵ Erdoğan / Erzurumlu, s. 1871.

⁵⁶ Kaya, s. 222.

III. BİLİRKİŞİLİK KURUMU

A. Genel Olarak Hukuk Yargısında Bilirkişilik

Hukuk kurallarının uygulanması, mantıksal bir süreçtir. Ancak bazen bunların uygulanması, teknik bilgilere ihtiyaç gösterebilmektedir. Kural olarak hakimlerin, hukuk kurallarının uygulanmasında ihtiyaç duyacakları teknik bilgilere sahip olmaları beklenmemektedir. Dolayısıyla, bu ihtiyaç, yargı teşkilatı dışında yer alan kişilerden yararlanılarak giderilmektedir⁵⁷. Bu amaçla en sık başvuru yöntemi “bilirkişilik” tir. Öyle ki bilirkişinin yargılama sonucuna etkisi de büyüktür.

Bilirkişilik müessesesi öncelikle, yargılama hukukuna ait ve bu hukuk alanı ile anılan (hatta özdeşleşen) bir müessesedir⁵⁸. HMK’ nın 28. maddesinin gerekçesine göre bilirkişilik görevi, klasik bir kamu hizmeti olan adli hizmetlerin ifasına yahut işleyişine katkı sağlamaya yönelik bir görevdir. Keza Fransız hukukunda bilirkişi, adalet yardımcısı olarak kabul edilmektedir. Çünkü bilirkişi ne tarafların vekili, ne de görevlisidir. Aksine kamunun geçici olarak görevlendirdiği bir elemandır⁵⁹.

Bilirkişilik kurumunun yargı sistemi içerisinde kullanımı, yargı sistemlerine ve ülkelere göre farklılaşmaktadır. Genel bir sınıflama yapılmak istendiğinde bilirkişileri; “yargı yetkisi bulunan bilirkişi”, “danışılan bilirkişi”, “beyanları bağlayıcı olmayan bağımsız bilirkişi” ve “taraflarca temin edilen bilirkişi” olmak üzere dört gruba ayırabilmek mümkündür⁶⁰. Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde bilirkişiler dendiğinde asıl olarak, taraflarca temin edilen ve delil olarak mahkemeye

⁵⁷ Demirkapı, Ertan: Anglo - Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2; 2003, s. 39.

⁵⁸ Karaburun, Gökhan: Karar Örnekleriyle Yargıtay’ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları, Adli Tıp Bülteni, C.22, S.3, 2017, s. 200.

⁵⁹ Yalabık, Fulya Teomete: Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2121.

⁶⁰ Demirkapı, s. 40-41; Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarındaki bilirkişilik kurumuna alternatif olarak üretilmiş bilirkişi türleri için bkz. Yalabık, s. 2132-2154.

getirilen bilirkişiler (party expert) anlaşılmakta⁶¹ iken ülkemizde ve genel olarak Kara Avrupa sisteminde (Almanya, Avusturya, Polonya, İsveç, İsviçre ve Belçika’da) “beyanları bağlayıcı olmayan bağımsız bilirkişilik sistemi” uygulanmaktadır⁶². Bu tip bilirkişiler mahkemeler tarafından atanır ve tarafsız olmaları beklenir. Buna karşın beyanlarının hakimler açısından bağlayıcılığı yoktur. Dolayısıyla bilirkişi raporları, sadece takdiri delil niteliği taşımaktadır. Bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 282’nci maddesinde, “hakim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir” ifadesiyle yer bulmuştur. Türk hukukunda mahkeme bilirkişi incelemesine kendiliğinden karar verebileceği gibi, taraflardan birinin talebi ile de karar verebilmektedir⁶³.

24 Kasım 2016 tarihli 29898 sayılı Resmî Gazete’ de yayımlanan 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu (BK) bilirkişiyi, “*çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi*” olarak tanımlamıştır. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce bilirkişilik kurumuna özgü, bağımsız bir kanun bulunmamakla beraber, yargı sistemimizde bilirkişilik kurumunun tarihçesi oldukça eskidir. Bilirkişilik, ilk olarak 18.06.1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda yer almıştır. Kanunun 275. maddesinde “Ehlivukuf” olarak geçen bilirkişinin, 286. md. de takdiri delil olduğunu ifade eden “Ehlivukufun rey ve mütalaaları, hakimi takyit etmez” ifadesi yer almaktadır. Daha sonra bilirkişilik kurumu, 12.01.2011 tarihinde kabul edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun “İspat ve Deliller” adını taşıyan 4. kısım 5. bölümünde, bir ispat aracı olarak düzenlenmiştir. HMK’nın 266. maddesine göre mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez. Ayrıca bilirkişinin hukukî sorumluluğu düzenlenirken, hakimlerin hukukî sorumluluğuna benzer şekilde, devletin birinci

⁶¹ Demirkapı, s. 50.

⁶² Karaburun, s. 200.

⁶³ Yalabık, s. 2130.

derecede sorumlu olması öngörülmüştür (HMK m. 285). Bilirkişi raporu dışındaki diğer deliller açısından bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bilirkişinin yargılamadaki konumunu da önemli hale getirmektedir.⁶⁴

Bilirkişilik CMK, HMK, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Bankacılık Kanunu, Kadastro Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu gibi kanunların yanısıra, yönetmelikler ile de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sayıştayca Bilirkişi ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik, Oda ve Borsalarda Hakem, Bilirkişi ve Ekspertiz Listelerini Düzenleme Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bilirkişi Yönetmeliği bunlardan birkaçıdır. Bilirkişilik konusunun aynı zamanda Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Kaza Araştırma ve İnceleme Kurulu Tarafından Bilirkişi Görevlendirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliği'nde olduğu gibi tebliğ ile de düzenlendiğini görmek mümkündür⁶⁵.

Bilirkişilerin görevlendirilmesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarınca oluşturulan listelerde yer alan serbest bilirkişiler arasından yapılmakta, bu listelerde istenilen uzmanlık alanında bilirkişinin bulunmaması halinde gerekçesi belirtilmek suretiyle liste dışından da bilirkişi görevlendirilebilmekteydi. Bilirkişi listesine kayıt 08.04.2012 tarih 28258 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik” e göre yapılmaktaydı. Buna karşın özellikle bilirkişilerin seçimi, nitelikleri ve denetimi konularında yaşanan sıkıntılar sistemin yeniden düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Nitekim Adalet Bakanlığı ile Avrupa Birliği arasında 2013-2015 yılları arasında yürütülen “Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi” kapsamında, yaşanan sorunların çözümü için bilirkişilerin sertifikasyonu, eğitimi, denetimi ve performans ölçümlerinin

⁶⁴ Erdoğan, Ersin/ Üçüncü, S. Hilal: Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1 , s.359.

⁶⁵ Akcan, Recep: Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C.2, 2015, s. 656.

yapılması, bilirkişilere yönelik düzenleyici ve denetleyici bir yapının kurulması ihtiyacı vurgulanmıştır⁶⁶. Bu taleplere paralel olarak 24 Kasım 2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile bilirkişilik kurumuna yapılan eleştiri ve eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. Bu yasa ile bilirkişiliğin kurumsal bir kimlik kazanması, oluşturulan başkanlık ve kurulların görev ve yetkilerinin belirlenmesi, bilirkişiliğin tanımı, niteliği ve denetlenmesi ile bu müessesenin etkin ve verimli kullanılması amaçlanmıştır⁶⁷.

Yeni bilirkişilik kanunun TBMM'ye sunulan genel gerekçesinde⁶⁸;

Günümüz hukukî ihtilaflarının giderek çeşitlenen karmaşık ve çözüm için teknik bilgi gerektiren yapısı, bilirkişilik kurumunun yargı faaliyetleri içindeki rolü ve önemini daha da artırmaktadır. İyi işleyen bir bilirkişilik kurumu, yargı sisteminin etkin ve hızlı işleyişinde belirleyici olmakta, aksi durum sadece yargılamaların uzaması sonucunu doğurmakla kalmayıp, adalet beklentisi içinde bulunan kişilerin hak kayıplarına da neden olmaktadır.

Bilirkişilik uygulamalarında temel sorunlardan biri, mevzuatta açıkça yasaklanmış olmasına rağmen, hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgi ile çözümlenebilecek konularda hukukçu bilirkişilere müracaat edilmesi, bilirkişilerin raporlarında hukukî değerlendirmelere ve hukukî sonuçlara yer verilmesi ve bilirkişilerin teknik ve özel bilgi gerektiren konularda görüş bildirmekle yetinmek yerine, uyuşmazlığın esasına ilişkin kesin hukukî yargıda bulunmalarıdır.

Bilirkişilerin temel nitelikleri ile uzmanlık alanlarına yeterince dikkat edilmeden yapılan atamalar, uygulamada gereksiz yere birden fazla bilirkişi incelemesi yapılmasına ve rapor alınmasına yol açabilmekte, bu durum yargılamadaki makul süre eşliğinin aşılmasına ve yargılama maliyetlerinin artmasına neden olmaktadır.

Bilirkişilik Üst Kurulu ve uygulayıcı birim olarak da bilirkişilik bölge kurulları oluşturulmak suretiyle bilirkişilik konusunda yukarıda

⁶⁶ Karaburun, s.207.

⁶⁷ Yazar, Ahmet / Karaca, Coşkun: Bilirkişilik Müessesesi ve Vergilendirilmesi, 2017, s.160.

⁶⁸ https://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/bilirkisilik_tasarisi.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

açıklanan sorunların çözümlenmesi için kurumsal bir yapı oluşturulması amaçlandığı yer almaktadır.

Bu gerekçelerle, Bilirkişilik Kanunu'yla öncelikle bilirkişiliğin kurumsal bir yapıya dönüştürülmesi için Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde “Bilirkişilik Daire Başkanlığı” kurulmuştur. Bu Kanunla aynı zamanda Bölge Adliye Mahkemelerinin olduğu yerlerde Bilirkişilik Bölge Kurulları oluşturulmuştur. 2020 yılının Ocak ayı itibarıyla Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Sakarya, Samsun, Trabzon ve Van olmak üzere 15 bölgede Bölge Bilirkişilik Kurulu bulunmaktadır. Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 31. maddesine göre kurulun görevleri arasında “bilirkişilik hizmetlerinin ilgili mevzuata ve belirlenen ilkelere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak, bilirkişiliğe kabule ve bilirkişilerin sicile ve listeye kaydedilmesine karar vermek, sicile kayıtlı bilirkişilerin temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bölge listesini oluşturmak” yer almaktadır. Bölge kurulu karar verirken sicile kayıt bakımından öncelikle başvuranın 10 uncu maddedeki şartları taşıyıp taşımadığını değerlendirmeli ve şartları taşıyanlar arasından başvuranın mesleki tecrübesini, katıldığı meslek içi eğitimleri veya uzmanlığı gösteren belgeleri dikkate alarak en liyakatli olanları seçmelidir (BK, md. 11/3).

Bilirkişilik Daire Başkanlığı, 6754 sayılı BK' nun 6. maddesi uyarınca; bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını tespit etmenin yanı sıra, temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri de belirlemektedir. Bilirkişilik Kanununun 10. maddesinde bilirkişiliğe kabul şartları şu şekilde sıralanmıştır:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık, gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık yapma, yalan tanıklık ve yalan yere yemin suçlarından mahkûm olmamak.

b) Terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı olmamak.

c) Daha önce kendi isteği dışında bilirkişilik sicilinden çıkarılmış olmak.

ç) Disiplin yönünden meslekte veya memuriyetten çıkarılmamış ya da sanat icrasından veya mesleki faaliyetten geçici ya da sürekli olarak yasaklanmamış olmak.

d) Başka bir bölge kurulunun listesine kayıtlı olmamak.

e) Bilirkişilik temel eğitimini tamamlamak.

f) Bilirkişilik yapacağı uzmanlık alanında en az beş yıl fiilen çalışmış olmak ya da daha fazla çalışma süresi belirlenmiş ise bu süre kadar fiilen çalışmış olmak.

g) Meslek mensubu olarak görev yapabilmek için mevzuat tarafından aranan şartları haiz olmak ve mesleğini yapabilmek için gerekli olan uzmanlık alanını gösteren diploma, mesleki yeterlilik belgesi, uzmanlık belgesi veya benzeri belgeye sahip olmak.

ğ) Bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen yeterlilik koşullarını taşımak.

Böylece daha önce 3 yıl olarak aranan mesleki deneyim en az 5 yıla çıkarılmış, temel bilirkişilik eğitimi almanın yanı sıra temel ve alt uzmanlık alanlarına göre belirlenen yeterlilik koşullarını taşıma şartı getirilmiştir. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından 31.05.2021 tarihinde yapılan ilanda, bilimsel yeterliliğini ulusal veya uluslararası alanda ispat etmiş kişilere bilirkişilik temel eğitiminin zorunlu tutulmasının amaca hizmet etmeyeceği değerlendirilmesini yaparak, yargı mercilerinin bu nitelikteki bilirkişilerden doğrudan istifade edebilmelerini sağlamak amacıyla, bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarında profesör veya doçent unvanına sahip olanların Bilirkişilik Yönetmeliğinin 30 uncu maddesinde belirtilen bilirkişilik temel eğitiminden muaf tutulmaları yönündeki kararını açıklamıştır⁶⁹. Böylece doçent ve profesör ünvanı taşıyan akademisyenlerin uzmanlıklarından daha fazla faydalanılması imkanı sağlanmıştır.

⁶⁹ <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/muaf-tutulacaklar31052021045413>, (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

Bölge Bilirkişilik Kurulunun görevleri arasında, bilirkişilerin denetimini yapmak ve performansını ölçmek de yer almaktadır. Bu göreve istinaden bilirkişiler hakkında Bölge Kurulu tarafından denetim ve performans değerlendirmelerinin kaydı tutulmaktadır. Kanunun 72. md. sine göre kayıtlarda yer alacak hususlardan bir diğeri de bilirkişilerin hukuki konularda görüş beyan edip etmedikleridir ki bu konu literatürde en çok tartışılan konulardan biridir.

Kanun koyucu HMK'ın 266. maddesi ile mahkemelerin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiden görüş alabileceğini düzenlemiştir. Buradaki “özel bilgiden” kasıt, hukuk bilimi dışındaki belli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgidir⁷⁰. Bu bilgi, bilimsel araştırmaların ve deneylerin sonuçlarına veya özel bir meslek ya da sanat icrası veya ticari faaliyet sonucunda benimsenen genel anlayışa ilişkinse hakim, bu bilgilerin sağlanması için bilirkişiye başvurabilir.

HMK'nın 266. maddesi ile paralel olarak md. 279/IV ile de bilirkişilerin hukuki konularda görüş bildirmeleri yasaklanmıştır. Bilirkişinin üstlenmiş olduğu işlev, uyumsuzluğun hukuki değil maddi boyutuna yani vakıalara yöneliktir⁷¹. Ancak uygulamada HMK yürürlüğe girdikten sonra dahi avukat veya öğretim elemanı olan hukukçuların bilirkişi listelerinde yer aldıkları ve mahkemelerce bu kişilerden hukuki konularda görüş istendiği görülmektedir. Bu durumun en yaygın gerekçesi olarak mahkemelerin iş yükü gösterilmektedir⁷². İstatistiklere bakıldığında da bu yükü görebilmek mümkündür. Yargıtay'ın 2014 yılındaki işyükünün %30,58'i iş ve sosyal güvenlik hukuku davalarından oluşmaktadır⁷³. Adli yargıda iş yükünde sürekli bir artış olmasına karşın son yıllarda hakim sayısındaki artışa paralel olarak, 2008 yılında 1087 olan hakim başına düşen dava sayısı 2018 yılında 806'ya düşmüştür. Buna karşın 2018 yılında gelen 3.701.265 dosyadan 1.651.067 si sonraki

⁷⁰ Tanrıver, Süha: Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi? TBB Dergisi, C.92, 2011, s. 379.

⁷¹ Akil, Cenk: Yargıtay Genel Hukuk Kurulunun Hakimin Bilirkişi Raporlarıyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu Kararın Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 701-702.

⁷² Canbolat, s. 266; Akcan, s. 655; Tanrıver, s. 379.

⁷³ Canbolat, s. 252.

yıla devretmiştir. İş mahkemelerine gelen dosyaların ise sadece %37,9' u karara bağlanabilmiştir. Ayrıca davaların ortalama görülme süresi 629 gündür. Bu sayı hukuk mahkemelerinde ortalama 283 gündür. Aynı durum yüksek yargı için de geçerlidir. 2018 yılında Yargıtay' a gelen dosyaların %29'u iş yargısına aittir ve bu dosyaların %54'ü bir sonraki yıla devretmiştir⁷⁴. Böyle bir durumda dosyalara ayrılabilen vakit az olduğu için, hukuki konularda bile, bilirkişiye başvuru kaçınılmaz olmaktadır⁷⁵. *Kök*'e göre hukukçu bilirkişilere başvurmadaki diğer nedenler, hakimlerin hukuki-teknik konu ayırımını iyi bilmemesi ve eski alışkanlıkların kolay terkedilememesidir. Aynı zamanda hakimlerin dosyayı hukukçu bilirkişiye yönlendirerek en azından özetlenmesini sağladığı ve böylece dosyaya ayıracağı süre sorununu çözmeye çalıştığı da bilinen bir gerçektir⁷⁶. Hakimler bu yöntemle bilirkişileri adeta bir hakim yardımcısı gibi kullanmaktadır.

Bu durumun pratikte önüne geçebilmek için Bilirkişilik Kanunu ile hukukçu kişilerin bilirkişi listelerine yazılması önlenerek, raporlarda hukuki değerlendirme engellenmeye çalışılmıştır. BK md. 11/3' e göre, hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirdiği takdirde bilirkişi olarak sicile kayıt edilebileceklerdir. Bu şekilde, daha önce olduğu gibi hukukçuların “tazminat uzmanı”, “iflas uzmanı” vb. sıfatlar belirtip bilirkişi listelerine giriminin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Yargıtay birçok kararında hakimin kendisini bilirkişi veya bilirkişi kurulu yerine koyamayacağını, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda şahsi bilgisi ile kusur belirleyemeyeceğini ifade etmektedir⁷⁷. Dolayısıyla özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurmak bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında “*Bilirkişi müessesesi tenkit edilebilir, verdikleri raporlar hukuki çerçevede yok sayılabilir. Ama o müessese kaldığı sürece yeniden rapor alınmasını gerektiren durumlarda, başka bir*

⁷⁴ http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455_istatistik2018.pdf (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

⁷⁵ Akcan, s. 655.

⁷⁶ Kök, Ahmet Nezi: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Neler Getirdi?, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2017, s. 450.

⁷⁷ Akil, s. 695-714.

bilirkişi heyetinden rapor aldırılabilir. Yoksa hakim bilirkişi heyeti yerine geçirilemez. Özel veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda da şahsi bilgisine göre kusur belirlenmesi sonucu karar vermesi istenilemez. Şimdiye kadar da hukuk dairelerinin tümü bilirkişi incelemesi yapılmasını icap ettiren hallerde bilirkişiden rapor alınmasının şart olduğunu içtihat etmişlerdir ⁷⁸ ifadelerini kullanmıştır. İçinde yaşadığımız toplumun bir üyesi olan ve kendisine biçilmiş sosyal rolün gereği olarak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla yükümlü bulunan hakimin, tıp, mühendislik, mimarlık, muhasebe, matematik, istatistik gibi uzmanlık gerektiren konularda, uyuşmazlığın temelini oluşturan olayların tespiti ya da açıklığa kavuşturulmasında konunun uzmanı olan kişilerin oy ve görüşlerine başvurması kaçınılmazdır. Zira bir hakimin hukuk bilgisinin dışında kalan konular hakkında istisnai haller dışında bilgi sahibi olması mümkün değildir⁷⁹.

Bilirkişilik Yönetmeliğinin bilirkişinin görev alanının belirlenmesi ve bilirkişiye bilgi verilmesi başlıklı 51. maddesine göre, görevlendirilen bilirkişiye, inceleme yaptırılacak konunun kapsamı ve sınırları yazılı olarak bildirilir ve açıkça anlatılır; bu yazıda, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi gerekmekte ve bilirkişinin cevaplaması gereken sorular yer almalıdır. Dolayısıyla mahkeme dosyayı bilirkişiye tevdi ederken istediği şeyleri açıkça anlatmalı, sınırlarını çizmelidir. Bilirkişinin yetkisi, kural olarak kendisine verilen görevle sınırlıdır. *Karaburun'* a göre, hukuk davalarında HMK' nın 25-26 ve 273. maddelerindeki ilkeler bilirkişiyi de bağlar ve inceleme yapılacak konunun kapsam ve sınırları dışına çıkamaz. Ancak; inceleme sırasında, konunun olağan kapsamı ve uzantısı içinde bulunan bir durum ortaya çıktığında, bunu da inceleyip raporunda açıklamalıdır. Kendisine görev olarak verilen konunun çözümüne ilişkin birden çok olasılık varsa; bilirkişi, her seçeneği ayrı ayrı inceleyip gerekçesi ve dayanakları ile birlikte kullandığı teknik terim ve ifadelerini raporunu sunduğu merci ve taraflarında anlayabileceği bir sadelikte raporunda açıklamalıdır. Bilirkişi yalnızca yanıtını bildiği soruları cevaplamalı, kendi alanı ve bilgisiyle açıklayamayacağı konularda yorum yapmamalıdır. Kendi alanında tartışmalı olan konularda ise konuyu tüm

⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel K. 24.12.2008 G. ve E. 2008/4-734, K. 2008/766. karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.05.2020).

⁷⁹ Akil, s. 699.

boyutlarıyla ele aldıktan sonra kendi görüşünü rapora yazmalıdır. Dolayısıyla bilirkişinin raporları bilime, kendi meslek disiplini ile dosya kapsamına uygun olmalıdır⁸⁰. Bilirkişi raporu açıklayıcı ve somut verilere dayalı olmalıdır⁸¹. Bilirkişi, raporunda belirlediği olguları ve bunları hangi teknik ve bilimsel yöntemlere ve kurallara göre belirlediğini açıklayarak değerlendirme yapmalıdır. Nitekim Yargıtay, bilirkişi raporlarında ulaşılan sonucun maddi dayanaklarının denetime elverişli olmasını aramaktadır⁸².

Bir diğer mesele ise, hakimin özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişiye başvurduktan sonra onun raporunu yetersiz görmesi nedeniyle bu rapora aykırı düşecek bir karar verebileceği mi, yoksa mutlaka bir başka bilirkişiye mi başvurması gerektiği meselesidir. Doktrinde bu konu tartışmalıdır. Bilirkişi raporunun hakimi bağladığı ve dolayısıyla rapora aykırı karar veremeyeceği iddiasının yanısıra, rapor hakimi bağlamaz görüşünü savunanlar da bulunmaktadır⁸³. Yargıtay'a göre böyle bir durumda hakim, bizzat karar veremez; mutlaka bir başka bilirkişiye başvurması gerekir. Bu iki rapor arasında farklılık bulunması durumunda ise Yargıtay, hakimin birinci veya ikinci raporlara göre karar veremeyeceğini, bu durumda hakimin yeniden yani üçüncü kez bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiğini ifade etmektedir.

*Akil*⁸⁴, bu görüşe katılmanın mümkün olmadığını ifade etmektedir. *Akil*'e göre, bilirkişi raporunun amacı hakimin ihtiyaç duyduğu özel veya teknik bilgi hakkında onu bilgi sahibi yapmak olduğuna göre, hakimin bilirkişiye başvurmak zorunda olması, bilirkişinin hakimin yerine dava hakkında nihai kararı vermesi gibi bir sonuç ortaya çıkarır ki, bu durum, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı yönündeki Anayasa'nın 9. maddesine aykırı

⁸⁰ Karaburun, s. 207.

⁸¹ Manav, s. 488.

⁸² Yargıtay 9. H.D. 2016/19214 E., 2020/7115 K.; Yargıtay 9. H.D. 2016/18233 E., 2020/6977 K.; Yargıtay 9. H.D. 2016/19730 E., 2020/6966 K.; Yargıtay 9. H. D. 2020/1089 E., 2020/5198 K., karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 06.11.2020).

⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çayan, Gökhan: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 191, İstanbul, 2013, s. 112-115.

⁸⁴ Akil, s. 707-717.

düŒer. Nitekim *Çayan*⁸⁵ da hakimin bilirkiŒi raporuyla bağlı olmadığını savunmakta ise de, bu durumun hakimin raporu keyfiyetle değerlendirebileceği anlamına gelmediğini de ifade etmektedir.

B. İş Yargısında Bilirkişilik Kurumu

İş yargısı, yüzlerce çeşit davayı içermekle birlikte büyük oranda fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin alacağı, kıdem tazminatı, prim alacağı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, TİS kaynaklı alacaklar, işe başlatmama tazminatı gibi davaları içeren, geniş bir disiplindir⁸⁶. Bu davaların büyük oranda hesaplama gerektirmesi iş mahkemelerinin sıklıkla bilirkişii incelemesine başvurmasına neden olmaktadır. İş yargısında hesaplama gerektiren dava türlerinin yanısıra hizmet tespiti, yetkili sendikanın tespiti, Sosyal Güvenlik Kurumu kararlarıyla ilgili uyuşmazlıklar gibi hukuki değerlendirme gerektiren davaların da bulunduğu görölmektedir. Buna karşın iş yargısı içinde hesap bilirkişiliği ve kusur bilirkişiliği baskın rol oynamaktadır⁸⁷. İş kazalarından kaynaklanan davalarda ve rücu davalarında kazadaki kusur dağılımı, işverene zarar veren işlemde işçinin kusur derecesinin tayini kusur bilirkişileri tarafından yerine getirilmektedir⁸⁸. *Çelik*⁸⁹ e göre tazminat ve alacak hesabı bir “uzmanlık” işidir ve hakimler, davayı sonuçlandırabilmek için uzman bilirkişiden hesap raporu almalıdır⁸⁹. Fakat bu alanlara özgü ayrı bir bilim dalı bulunmamaktadır. Dolayısıyla hesap ve kusur bilirkişiliği, aslen farklı alanlarda uzmanlaşmış olmakla beraber, bu konular işinin bir parçası olan uzman kişiler tarafından yapılmaktadır.

Bugüne kadar özellikle iş davaları gibi bazı dava türlerinde sıklıkla avukatlara bilirkişii olarak başvurulduğu görölmektedir. Ancak 6754 sayılı BK, hukukçuların ancak bir alt uzmanlığa sahip olmaları halinde bilirkişii siciline kaydedilebilmesine olanak sağlamaktadır (md.

⁸⁵ Çayan, s. 115.

⁸⁶ Bozkurt, 2009, s. 117; Manav, s. 471.

⁸⁷ Manav, s. 481.

⁸⁸ Bozkurt, 2009, s. 117.

⁸⁹ Çelik, Ahmet: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S. 31, 2011, s. 1033.

10/4). *Atalı*⁹⁰, hukukçuların bilirkişi listelerine yazılmalarını imkansız kılacak bir düzenleme getirilmesini eleştirmektedir. Nitekim yapılan değişiklik ile avukatların bilirkişi listelerine kaydolamaması, yargıda bilirkişi açığının oluşmasına ve yargı sürecinin uzamasına neden olmuştur. Bu gelişmeler neticesinde Bilirkişilik Daire Başkanlığı, 29.11.2017 tarihli Bilirkişiliğe Kabule ve Bilirkişilik Başvuru Usul ve Esaslarına İlişkin Duyuru ekinde yer alan temel ve alt uzmanlık alanları ile uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerde aranacak niteliklerde, bir kısım güncellemeler ve değişiklikler yapmıştır. Yeni temel ve alt uzmanlık alanları ihdas edilmiş, “Nitelikli Hesaplamalar temel alanı adı altında farklı alanlarla ilgili yeni alt uzmanlık alanları oluşturulmuş, hukukçuların da bu alanlara başvurabilmesi imkanı sağlanmıştır. Yeni düzenleme ile iş yargısını doğrudan ilgilendiren “İş Mevzuatından Kaynaklı Nitelikli Hesaplamalar”, “Sosyal Güvenlik Mevzuatından Kaynaklı Nitelikli Hesaplamalar” ve “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Mevzuatından Kaynaklı Nitelikli Hesaplamalar” alt uzmanlık alanları ihdas edilmiştir.

2020 yılına ait güncel bölge bilirkişi listeleri incelendiğinde iş yargısı ile ilgili alt uzmanlık alanlarına kayıtlı olan bilirkişilerin, iş müfettişi, mali müşavir, akademisyen gibi mesleklere sahip olduğu görülse de, büyük bir kesimini avukatlar oluşturmaktadır. Bu durum anlaşılabilir bir gerekçeden kaynaklanmaktadır. Nitelikli hesaplamalar temel alanına ilişkin bu düzenleme ile aslında yargının ihtiyacı olan hesaplamaları yapacak hukukçuların bilirkişi listelerine kaydı sağlanmıştır. Nitekim işçilik tazminat ve alacaklarının hesabının karmaşıklığı, yasanın aradığı anlamda özel bilgi olarak değerlendirilebilir ve bu bilginin bulunduğu kişiler, hukukçulardır. Alman uygulamasında bu hesabın hakimler tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda Almanya’da hesap bilirkişiliği uygulaması yoktur. Ancak ülkemizde iş mahkemeleri hakimlerinin iş yükü nedeniyle bu hesapları kendilerinin yapabilmeleri mümkün olmamaktadır⁹¹. *Çil*’e göre, işçilik alacakları hesabı konusunda belli bir uzmanlık derecesine varmış olan avukat, mali müşavir, iş müfettişinden hesap raporu alınmasında yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Hatta bazen çözümü teknik bilgiyi gerektiren hallerde

⁹⁰ Atalı, Murat: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 3282.

⁹¹ Manav, s. 484-493.

dahi, teknik uzmanların arasında hukukçu bilirkişinin varlığı, bilgilerin uyumsuzluğunun çözümüne uygun biçimde şekillenmesi için faydalı olmaktadır⁹². Nitekim Yargıtay'ın, içinde hukukçu bilirkişinin bulunduğu bir bilirkişi kurulundan rapor alınması gerektiğine⁹³ yönelik kararları bulunmaktadır.

Hesaplamalar dışında sosyal güvenlik mevzuatının karışıklığı ve sık sık değişmesi de hukukçu bilirkişiye duyulan ihtiyacı artırmaktadır. Adalı⁹⁴, sosyal güvenlik mevzuatının okunabilirlik düzeyine ilişkin yapmış olduğu çalışmada kanun, yönetmelik ve tebliğ olmak üzere toplamda 72 adet mevzuat metninin okunabilirlik düzeylerini hesaplamış ve “çok zor” çoğunlukta olmak üzere “zor” ve “çok zor” metinler olduklarını tespit etmiştir. Bu durum, kurum ile sigortalılar veya hak sahipleri arasında uyumsuzlukların artmasına neden olmaktadır. Nitekim kurum, mevzuatın nasıl uygulanacağına yönelik sık sık çıkardığı genelgelerle de uygulamalara açıklık getirmeye çalışmakta, hatta bazen yeni bir yasal düzenleme olmadığı halde⁹⁵, uygulama değişikliklerine gitmekte, bu durum uyumsuzlukları daha da artırmaktadır. Böyle bir durumda mahkemeler için hukuk bilirkişisine başvurmak kaçınılmaz olmaktadır.

⁹² Çil, s. 98.

⁹³ Yargıtay 22. H. D. 2017/26532 E., 2020/361 K., Yargıtay 3. H. D. 2019/1908 E. , 2019/10066 K., karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 15.05.2020).

⁹⁴ Adalı, Ahmet: Sosyal Güvenlik Mevzuatının Okunabilirlik Düzeyi ve Buna İlişkin Bir Uygulama, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2018.

⁹⁵ “*Sosyal Güvenlik Kurumu 2011/58 sayılı genelgesinin 90. sayfasında yer alan örnek:3 te, “5434 sayılı Yasaya göre eşten ve 1479 sayılı Yasaya göre babadan 5510 sayılı Yasanın 4/1-a maddesinden aynı anda ölüm aylığı alınabileceğini, ... örnek göstermiştir. Davalı Kurum, yeni bir yasal düzenleme olmadığı halde 2013/ 26 sayılı Genelgesiyle farklı uygulamaya başlamış, 1479 sayılı Yasa ile ilgili olarak, 01.10.1972-03.10.2000 ve 08.08.2001-01.08.2003 dönemleri içerisinde ölen sigortalılar yönünden, sigortalının geçimini sağlayacak bir geliri bulunmama koşulu varsa aylık bağlanacağını kabul etmiştir...*” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2017/2562 E., 2017/8339 K., karararama.yargitay.gov.tr, (Erişim Tarihi: 26.05.2020).

C. Bilirkişilik Kurumuna Yönelik Eleştiriler

1. Bilirkişilerin Hukuki Görüş Bildirmesi

Bilirkişilik kurumuna yönelik yapılan en yaygın eleştiri, basit hukuki konular dahil olmak üzere hemen her konuda bilirkişilere başvurulduğu, bilirkişilerin hakim yerine geçerek onun yetkisini kullandığı yönündedir⁹⁶. İş davalarında bilirkişi, sahip olduğu teknik veya özel bilgiyi genellikle somut uyuşmazlık açısından önem taşıyan ve taraflar arasında çekişmeli bir vakıaya uygulamak suretiyle varmış olduğu sonucu mahkemeye bildirmektedir⁹⁷. Toplumsal yaşamda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların hukuk sistemi içerisinde çözülmesi görev ve yetkisine münhasıran hakim sahiptir. Kural olarak hakim, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuk bilgisi ile önüne gelen hukuki uyuşmazlığı çözerek herkesin payına düşeni belirleyip adaletin dağıtılmasını sağlamak zorundadır⁹⁸. Dolayısıyla, hakim en yetkin uzman olduğu kabul edilen bir alanda; yani hukukî sorunlarda, bir başka kişiyi, bilirkişi sıfatıyla görevlendirmek suretiyle bu yetkisini devredemez; hakim böyle bir davranış içerisine girmesi, hak dağıtmaktan kaçınmak şeklinde dahi algılanıp yorumlanabilir⁹⁹. Bu durum, yargı yetkisinin üçüncü kişilere devredilmesi gibi bir sonucu ortaya çıkarmaktadır ki, Anayasanın, yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin 9. maddesine, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını emreden 141/4 maddesine ve hakim Türkiye hukukunu re'sen uygulayacağını hükme bağlayan HMK'nın 33. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Mevcut düzenlemeler ile bilirkişi raporlarında hukuki değerlendirme talep edilmesi veya bilirkişinin hukuki değerlendirmede bulunması yasaklanmış olsa da, halen hukuki konularda değişik sebeplerle bilirkişiye gidildiği görülmektedir. Buradan yola çıkarak *Canbolat*, sorunun hukuk metinlerinde değil, hukukçularda aranması

⁹⁶ Papakçı, Acun: Hukuki Bilirkişilik, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, s. 436.

⁹⁷ Erdoğan / Üçüncü, s. 360.

⁹⁸ Kök, s. 446.

⁹⁹ Tanrıver, s. 380.

gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁰. *Canbolat*, Yargıtay onursal üyesi Çetin Aşcıoğlu' na atıf yaparak, sorunun bilirkişilerden çok yargılamanın üç ögesi olan hakim, savcı ve avukatlardan kaynaklandığını, yasalardan kaynaklanmadığını, aksine yasanın emredici kurallarının uygulanmamasından kaynaklandığını ifade etmektedir. Dolayısıyla mevcut durum değişmedikçe yeni Bilirkişilik Kanunu'nun hukuki görüş bildirme sorununa çözüm olması iyimser bir beklenti olarak görülmektedir. Nitekim halen dahi, hakimlerin nitelikli hesaplama bilirkişisinden dosyanın bilirkişiye tevdiine ilişkin duruşma tutanaklarında “dava konusu hakkında rapor tanzim edilmesi, dosya kapsamına göre rapor hazırlanması, tarafların iddiaları kapsamında rapor hazırlanması” gibi ara kararlarla bilirkişiden davanın geneli ile ilgili hukuki görüş talep etmeye devam ettikleri görülmektedir. Uygulamada mahkemelerce davacının iddialarına ilişkin şahitlerin farklı beyanlarının hakim tarafından değerlendirilip, hukuki ihtilaf giderildikten sonra bilirkişiden bir hesaplama talep edilmesi gerekirken, hiçbir ara karar oluşturulmadan dosyaların bilirkişiye gönderilmesi ile, talep edilen hususlar net bir şekilde belirtilmeyip, görev kapsamı muğlak bırakılmaktadır¹⁰¹. Tarafların bilirkişi raporuna istinaden istenilen ek raporların da yine aynı şekilde “tarafların itirazlarının dikkate alınarak ek rapor hazırlanması” şeklinde, Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 51. maddesinde yer alan, “inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi” ve “bilirkişinin cevaplaması gereken sorular” sınırlamalarına uygun olmayan talepleri, bilirkişinin hukuki değerlendirmede bulunmasına ve süreçlerin uzamasına neden olmaktadır. Bu durum aynı zamanda, hakimin kullanması gereken takdir yetkisinin bilirkişiye bırakıldığı ve bilirkişinin hukuki değerlendirmede bulunduğu itirazlarına neden olup tarafların adalete güvenini sarsmaktadır.

Oysa ki, bilirkişilerin hukuki nitelendirme ve değerlendirmede bulunması, ilgili hakkında sicilden ve listeden kalıcı olarak veya geçici olarak çıkarma ya da uyarma gibi disiplin işlemlerine uğraması hatta

¹⁰⁰ *Canbolat*, s. 266-267.

¹⁰¹ *Karaburun*, s. 206; *Aras, Bahattin: Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği Düzenlemeler*, *Legal Hukuk Dergisi*, Mayıs 2008, C. 6, S. 65, s. 1615; *Rüzgar / Taş*, s. 195.

şartlarının bulunması halinde haklarında adli soruşturma için suç duyurusunda bulunulması gibi risklere de yol açabilmektedir¹⁰².

Hakimlerin mevcut düzenlemelere karşın halen dahi hukuki konularda bilirkişilerden görüş almaya devam etmelerinin bir takım gerekçeleri bulunmaktadır. Bu gerekçelerden biri, bilirkişiden alınan görüşlerin aynı zamanda hakimleri sorumluluktan da kurtarmasıdır. Hakimler her ne kadar bilirkişilerin beyanları ile bağlı olmasalar da, uygulamada bilirkişiden görüş alınan davaların hemen hepsinde, bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu kararlar verilmektedir. *Papakçı*' ya göre hukuki bilirkişinin beyanına aykırı karar veren bir hakimin kararının, bilirkişinin görüşüne uygun karar veren bir hakimin kararından daha fazla eleştiriye açık olduğu bir gerçektir. Bu durum hakimlerin bilirkişi raporlarına uygun karar vermesini teşvik etmektedir. Türkiye'de hükme esas alınan bilirkişi raporlarının oranıyla ilgili açıklanan bir istatistik bulunmamaktadır. Buna karşın Bilirkişilik Yönetmeliği'nin Bilirkişilik Sicili başlıklı 45/o maddesinde, bilirkişinin hükme esas alınan rapor sayısının bilirkişinin sicilinde kayıt altına alınacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla önümüzdeki dönemde bu oranların açıklanabilmesi mümkündür. Almanya' da mahkemelerin %97 oranında bilirkişilerin görüşleri ile uyumlu karar verdiği¹⁰³ bilinmektedir.

Hakimlerin mevcut anlayışlarını sürdürmelerinin bir diğer nedeni de yüksek yargının mevcut durumu destekler nitelikte vermiş olduğu kararlardır. Yargıtay, kanuna aykırı bu uygulamaları engellemek yerine, verdiği kararlarda aralarında hukukçu bir bilirkişinin bulunduğu bilirkişi heyetinden rapor alınmamış olmasını ve hukuki konuda rapor alınan bilirkişinin konunun uzmanı olmamasını bozma sebebi olarak kabul etmekte, hukukçu bilirkişi atanması için masraf yatırılmadığı gerekçesiyle esasa dahi girmeden reddedilen davalara ilişkin kararları onayarak hukukçu bilirkişiden görüş alınmasını ilk derece mahkemeleri için zorunlu hale getirmektedir¹⁰⁴.

Buna karşın Yargıtay'ın aksi yönde kararlarını da görebilmek mümkündür. Örneğin, bazı yüksek yargı kararlarında, "*icra hakiminin*

¹⁰² 3.8.2017 tarih 30143 sayılı R.G. Bilirkişilik Yönetmeliği md. 62; <https://ankarabbk.adalet.gov.tr/bilirkişi-raporlarinin-hazirlanmasindadikkat-edilmesi-gereken-bazi-hususlara-dair-aciklama> (Erişim Tarihi: 30.04.2021).

¹⁰³ *Papakçı*, s. 447.

¹⁰⁴ *Kök*, s.450; *Papakçı*, s. 440; *Manav*, s. 485.

genel ve hukuki bilgisi ile çözümlenmesi gereken konuda bilirkişi incelemesi yapılarak sonuca gidilmesi hakimlik mesleği ile bağdaşmayacağı gibi yasaya aykırılık da teşkil etmektedir¹⁰⁵”, “hukukçu bilirkişiden rapor alınmasına gerek görülmesi ve bilirkişi giderinin yatırılmasının istenilmesi hatalı olmuştur¹⁰⁶”, “HMK’ nun 266. maddesine aykırı olacak şekilde bir hukukçunun bilirkişi olarak görevlendirilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılan husus bilirkişi tarafından değil, hakim tarafından incelenip sonuçlandırılacak bir husustur¹⁰⁷”, “hükme esas alınan teknik yeterliliği olmayan ve HMK hükümlerine göre dinlenmesi mümkün olmayan hukukçu bilirkişi raporunda...¹⁰⁸” gibi gerekçelerle mahkeme kararlarının bozulduğu görülmektedir.

Uygulamada yoğun iş yükünden¹⁰⁹ dolayı hakimlerin kendi hukuksal ve özel bilgileri ile çözebilecekleri konularda dahi bilirkişiye başvurdukları, raporlarında bilirkişileri fiilen hukuki değerlendirme yapmaya zorladıkları görülmekte ise de yukarıdaki kararlarla açıklandığı gibi Yargıtay bu hususu özellikle denetlemektedir¹¹⁰. Ayrıca, Bölge Bilirkişilik Kurulları denetim görevini yaparak hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunulmaması gerektiği yönünde uyarıda bulunmaya¹¹¹ devam etmektedir. Bu sorunun çözümüne yönelik olarak, Papakçı, hukuki bilirkişiye başvurulmasının mutlak bir istinaf ve temyiz sebebi olacağı yönünde bir düzenleme önermektedir¹¹². Bu yönde yapılacak bir düzenlemenin hakimler ve bilirkişiler açısından caydırıcı olması muhtemeldir.

¹⁰⁵ Yargıtay 12. H. D. T. 03.07.2013, E. 2013/17721, K. 2013/24968, karararama.yargitay.gov.tr, (E.T. 16.05.2020).

¹⁰⁶ Yargıtay 23. H. D., T. 14.01.2014, E. 2013/8864, K. 2014/63, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 16.05.2020).

¹⁰⁷ Yargıtay 19. H. D., T. 18.12.2019, E. 2019/2549, K. 2019/5602, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 16.05.2020).

¹⁰⁸ Yargıtay 15. H. D., T. 16.12.2019 E. 2019/1890, K. 2019/5183, karararama.yargitay.gov.tr, (E. T. 16.05.2020).

¹⁰⁹ Aras, s. 1616; Özekes / Atalı, s. 63.

¹¹⁰ Karaburun, s. 202.

¹¹¹ <http://samsunbbk.adalet.gov.tr/sayfalar/11-11-2019-hukuki-nitelendirme.html> (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

¹¹² Papakçı, s. 454.

Atalı'ya göre kanunun açık hükümleri yanında genel yaygın kabule zıt olmakla birlikte, hem bu zamana kadarki fiili uygulama ve hem de olması gereken hukuk açısından, hukuki konularda bilirkişiliğe başvurulmasının gerçekten sanıldığı kadar sakıncalı olmadığı, hatta bazı durumlarda zaruri olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirmelerde bulunması hiçbir durumda yargı yetkisinin devri sonucunu doğurmayacaktır. Zira, verdiği raporda belirttiği görüş hakim için bağlayıcı olmayacak olan bir bilirkişinin, hukuki konuda kanaat belirttiği takdirde yargı yetkisini üstlendiğinden söz edilmesi bir çelişkidir. Ayrıca *Atalı*'ya göre, kendisi hukukçu olan hakimin en rahat denetleyebileceği rapor, olsa olsa hukuki konuda yapılmış değerlendirmeleri içeren bir rapor olabilir. Öte yandan, bilirkişi raporunda hukuki değerlendirmeler bulunması, mevcut uygulamalar bakımından, farkında olmadan bir işlev görmektedir. Şöyle ki, ancak böyle bir rapor sayesinde ki taraflar, mahkemenin kararının muhtemelen hangi hukuki değerlendirme esas alınarak verileceğine dair, üzerinde tartışabilecekleri, neden yanlış yahut doğru bulduklarını izah edebilecekleri bir zeminden haberdar olabilmektedirler¹¹³.

2. Bilirkişilerin Hakim Yardımcısı Olarak Kullanılması

Uygulamada, dosyaların çokluğu ve hukuki konuların çetrefilli olması sebebiyle, hukukçulara bilirkişi olarak başvurulmaya devam edilmektedir. Hakimler uygulamada var olan zaman sorununu hukukçu bilirkişiler aracılığı ile çözmekte, hukukçu bilirkişilerce hazırlanan dosyaların özetini hukuki değerlendirmeler ışığında okuma fırsatına sahip olmaktadır¹¹⁴. Pek çok yargı çevresinde hakimler, kendilerinden beklenen sürat ve isabet derecesini, ancak hukukçu bilirkişileri adeta “hakim yardımcısı” pozisyonunda “istihdam ederek” yakalayabilmektedirler¹¹⁵. Gerçekten de raporunda iddiaları ve delilleri kanun düzenlemeleri açısından tartışan bir bilirkişinin, dosyaya hakimden daha fazla zaman ayırdığı bir gerçektir. Bilirkişiler önlerine gelen dosyayı ayrıntılı olarak incelemekte, yeni tarihli yüksek yargı kararlarını taramakta, literatürü incelemekte ve iki tarafın iddialarını tarafsız bir şekilde ortaya

¹¹³ *Atalı*, s. 3278-3279.

¹¹⁴ *Papakçı*, s. 447.

¹¹⁵ *Atalı*, s. 3280.

koymaktadır. Bu açılardan bakıldığında bilirkişiler kendilerini bir nev-i hakim yardımcısı olarak konumlandırmaktadır. Keza karşılaştırmalı hukuk açısından Alman hukukuna bakıldığında, bilirkişi dava konusu uyuşmazlığa karar vermek konusunda hakimin yardımcısı olarak nitelendirilmekte ve hakimin sahip olmadığı tecrübeler, sanat, bilim, teknik, ticaret, grafik, trafik gibi hakimin hukukî bilgisi dışındaki konularda bilirkişiye başvuru kabul edilmektedir¹¹⁶. Fransız hukukunda da aynı şekilde bilirkişiler görevini hakimden alan adli sistemin bir yardımcısı gibi hareket etmektedir¹¹⁷. Anglo-Amerikan ispat hukukunda ise bilirkişinin yargılamadaki konumu hakimden çok, davanın taraflarına yakındır. Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik “expert witness”, yani uzman tanıklık olarak anılarak bilirkişilik kurumu tanık delili kavramı içinde incelenmektedir. Böylece bilirkişi bu yönü ile mahkemeye yardımcı olma işlevini taşısa da, Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişiyi “hakim yardımcısı” konumuna yükseltmemektedir¹¹⁸.

Literatürde, bilirkişileri hakim yardımcısı olarak kullanmak yerine, mesleğe başlayanların belli bir süre hakim yardımcılığı yapmalarından sonra hakimliğe atanması önerilmektedir¹¹⁹. Mesleğe genç yaşta giren hakimlerin uzmanlaşabilmesi için bir geçiş kariyer basamağına ihtiyaç duyulmaktadır. Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 2010/01 no’lu Hakim Adaylığı Sürecinin İrdelenerek Bu Sürecin Daha Verimli ve Etkin Hale Getirilmesi İçin İcap Eden Değişikliklerin Tespitine İlişkin İnceleme Raporu’nda hakimlik mesleğine giriş yaşı ile ilgili olarak bir takım tespitler yapılmıştır. İlgili raporda, hakimlik mesleğinin layıkıyla yapılabilmesi için ilgilinin kişilik ve karakterinin oturmuş olması, belirli düzeyde hayat tecrübesinin bulunması gerektiği, bunun da yaşla doğrudan ilgisi olduğu, ülkemizdeki kadar genç yaşlarda hakim olabileme imkanının örneklerine diğer gelişmiş ülkelerde pek rastlanılmadığı eleştirileri yapılmıştır. Bu durum, mevzuatta adaylığa başvuru için üst yaş sınırı belirlenmiş olmasına karşın, alt yaş sınırı öngörülmemiş olmasına bağlanmıştır¹²⁰. Rapora göre,

¹¹⁶ Manav, s. 460.

¹¹⁷ Yalabık, s. 2129.

¹¹⁸ Yalabık, s. 2119.

¹¹⁹ Canbolat, s. 252.

¹²⁰ Konca, Nesibe Kurt: Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, SETA Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2016, s. 48.

Türkiye’ de hakimlik mesleğine giriş yaşı erkendir. Hakimlik görevini yerine getirecek kişilerin ortalama bir bireyden daha fazla olgunluğa ve sorumluluğa sahip olması beklendiğinden, hakimlik mesleğine giriş yaşının en az otuz olması gerektiği ifade edilmektedir. Daha erken yaşta mesleğe adım atanlar için aradaki sürenin hakimlik öncesi bir kariyer basamağı olan hakim yardımcısı olarak tamamlanması mümkündür. Dolayısıyla hakim yardımcılığı, iş yükünün azaltılması ve daha nitelikli hakimlerin yetiştirilmesi amaçlarının her ikisini de karşılayan önemli bir kariyer aşaması olarak önerilmektedir¹²¹.

Nitekim ülkemizde 2012-2013 yıllarında yürütülmüş olan “Mahkeme Yönetim Sisteminin Güçlendirilmesi Projesi” nin sonuçları bu görüşü desteklemektedir. Bu proje ile 2012 yılında hakim adayları beş pilot adliyede adli yardımcı olarak görevlendirilmiştir. Uygulamanın analiz raporuna göre, adli yardımcı ile birlikte çalışan hakim ve savcılar, adli yardımcılarının 1,5-2 ay sonra kendilerine yardımcı olabilecek hale geldiklerini, adli yardımcılarının kendilerine basit iddianame ve takipsizlik kararları, dosya inceleyip özetleme, karar taslaklarını ve basit kararları yazma, tensip hazırlama gibi konularda yardımcı olmaya başladıklarını ifade etmişlerdir¹²². Raporla, hakim ve savcılar üzerinde bulunan iş yükünün bir kısmının adli yardımcılara devredilmek suretiyle nitelikli işlere daha fazla zaman ayırmaları ve iş yüklerinin hafifletilmesinin sağlanacağı belirtilmiştir.

Güncel haberlere göre konuyla ilgili çalışmaların halen devam ettiği anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanı ve Bakanlık sözcüsü, dört yıllık bir hakim yardımcılığının ardından hakimlik sınavının yapılacağını, başarılı olamayanlara bakanlıkta başka görevler önerileceği ifade etmektedir¹²³. *Konca*’ya göre özellikle ihtisas mahkemelerinde uzmanlık alan bilgisine sahip hakim yardımcılarının çalıştırılması, bilirkişilerin hukuki konularda değerlendirmede buldukları yönündeki şikayetleri önleyecektir¹²⁴. *Manav* da bu görüşe paralel bir şekilde hakimlerin iş yüklerini dikkate alarak özellikle iş davalarının yoğun olduğu büyük şehirlerde hakim yardımcılığı

¹²¹ Konca, s. 52-55.

¹²² Konca, , s. 53.

¹²³ <https://www.memurlar.net/haber/886068/hakim-ve-savci-yardimcileri-5-yil-teorik-egitim-alacak.html> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

¹²⁴ Konca, s. 57.

müessesinin bir an önce hayata geçirilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁵.

*Özekes / Atalı*¹²⁶ ise, kısa süre içinde hakim yardımcılığı sisteminin uygulamaya sokulamayacak olması nedeniyle, iş mahkemelerinde veya çalışma il müdürlükleri nezdinde iş ve sosyal güvenlik hesaplama uzmanları istihdam edilmesini önermektedir.

3. Uzmanlaşmış Hakim İhtiyacı

6754 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde günümüz hukuki ihtilaflarının giderek çeşitlenen karmaşık yapısından bahsedilmektedir. *Atalı*' ya göre bu ifade, ilgili karmaşık hukuki yapıda hakimın uzman hukukçudan (bilirkişi olarak) yararlanabileceğine ilişkin beklenti oluşturmaktadır¹²⁷. Bu beklentiye paralel olarak literatürde, hakimlerin kendi bilgi ve tecrübelerini değerlendirerek bilirkişiye başvurmak konusunda serbestçe karar vermeleri gerektiği, modern hayatın değişim hızı ile uyumlu yeni uzmanlık alanları oluştuğu, hakimlerin farklı mahkemelere atanması nedeniyle tecrübe ve bilgi eksikliğinin söz konusu olabileceği, her türlü uyuşmazlığı çözebilecek bir hakim profili olamayacağı ve bu nedenle hukuki bilirkişiliğe izin verilmesi gerektiği yönünde görüşler mevcuttur¹²⁸.

Bu ihtiyaç ancak hakimlerin uzmanlaşması yolu ile giderilebilir. Çünkü hukuk alanı sürekli genişleme göstermektedir. Bu genişleme sonucu uzmanlaşmış mahkemeler artış gösterse de, bu mahkemelerde görev yapan hakimler için bir uzmanlaşma söz konusu değildir. Ayrıca *Atalı*'ya göre ihtisas mahkemelerinin kurulmadığı küçük yargı çevrelerindeki genel mahkemelerden, özel mahkemelerin görevine giren davalara özel mahkeme sıfatıyla bakmaları görevini verip, onlardan ilgili ihtisas alanında da aynı isabet derecesinde karar vermelerini beklemek çelişki oluşturmaktadır¹²⁹.

¹²⁵ Manav, s. 485.

¹²⁶ *Özekes / Atalı*, s. 65.

¹²⁷ *Atalı*, s. 3280.

¹²⁸ Papakçı, s. 436.

¹²⁹ *Atalı*, s. 3280.

İş uyuşmazlıkları nitelikleri gereği uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklardır. Bu yüzden iş davalarına bakacak hakimlerin iş hukukunun özelliklerini bilmeleri ve bu konuda uzmanlaşmış olmaları önemlidir¹³⁰. *Manav*, yargılamada bilirkişiliğe ilişkin problemlerin ortadan kaldırılabilmesi için hakimlerin uzmanlaşması ve uzmanlaştığı alanlarda yetkilendirilmelerinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Nitekim hakimlerin konularında uzman olmaları, dosyaların daha çabuk sonuçlandırılmasını, hakimlerin hukukî konularda bilirkişiye gitmeden hesaplama yapabilmelerini ve bilirkişiye gidilmesi, raporun beklenmesi, itiraz prosedürü gibi bir sürecin yaşanmaması nedeniyle yargılamanın hızlanmasını sağlayabilecektir¹³¹.

Mevcut düzenlemelere bakıldığında uzmanlaşmaya yönelik cılız adımların atıldığı görülmektedir. 13.09.2018 tarih 30887 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan “Hakim ve Savcı Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik “ ile ilgili yönetmeliğe “*Hakimliğe atanacak adaylar, görev stajlarında uzmanlaşmalarını sağlamaya yönelik, dördüncü fıkranın (b) bendinin (1) numaralı alt bendinde sayılan mahkemeler yerine veya bu mahkemelere ilaveten istekleri, bilgi ve becerileri dikkate alınarak aile, iş, ticaret, tüketici, fikri ve sınai haklar, kadastro, icra ve çocuk mahkemelerinde süresi belirtilmek suretiyle ilgili Komisyonlarca görevlendirilebilirler*” fıkrası eklenmiştir. Hakimleri uzmanlaştırmaya yönelik bu düzenlemeler yetersizdir. Hakim ve Savcı Adaylarının Staj Dönemi ile Staj Mahkemelerine İlişkin Yönetmeliğin 7. md. ne göre, adli yargı hakim ve savcı adayları ile idari yargı hakim adaylarının staj dönemi süresi sadece onyediy aydır ve bu süreyi farklı mahkemelerde tamamlamaktadır. Bu sürenin bir kısmının ihtisas mahkemelerinde geçirilmesi uzmanlaşma için yeterli olmayacaktır.

¹³⁰ Özdemir, s. 198; Rüzgar / Taş, s. 196.

¹³¹ *Manav*, s. 484.

4. Bilirkişiliğin Bir Meslek Olarak Görülmesi

Yeni Bilirkişilik Kanunu'nun TBMM'ye sunulan genel gerekçesinde, uygulamada bilirkişiliğin bir meslek haline dönüştüğüne yönelik eleştiriler bulunmaktadır. Bilirkişilik, kendi uzmanlık alanı ile ilgili aslen yapılan bir mesleğin yanında, bir yerde adalete katkı sağlamayı amaçlayan, bunun yanısıra verilen emeğin karşılığı olarak da gelir katkısı getiren bir faaliyet olmalıdır. Fakat bilirkişilik bazen bir meslek ve asıl gelir kaynağı olarak görülmektedir.

Hukuki-teknik konu ayırımı yapılmaksızın davaların %90'ından fazlasının bilirkişiye gönderilmesi¹³², bilirkişi talebini ve dolayısıyla bilirkişiliği asli geçim kaynağı olarak görenleri artırmaktadır. Uygulamada, bilirkişiliği meslek haline getirmiş, kalemleri dolaşan, hakimleri ziyaret eden kişilerin bulunması eleştirilmektedir¹³³. Bunlara bilirkişiliğin tevdi halinde, fazla dosya sayısından dolayı ya rapor süresi gecikmekte veya bürodaki uzman olmayan diğer elemanlara dosya verilmektedir¹³⁴. Aynı bilirkişilerde dosya yığılmasını ve raporların gecikmesini önlemek için Bilirkişilik Yönetmeliği'ne eklenen 52/3. madde ile bilirkişinin, kendisine verilen asıl veya ek süre dolmasına rağmen mazeretsiz olarak raporunu sunmaması halinde, raporunu verinceye kadar kendisine yeni bir bilirkişilik görevi verilemeyeceğine yönelik hüküm getirilmiştir. Bu amaca yönelik olarak yapılan yeni bir düzenleme ise kota uygulamasıdır. 6754 Sayılı BK' nun 6 maddesinin ikinci fıkrasının (h) bendinde “Temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin aylık olarak bakacağı iş sayısını belirlemek.” Bilirkişilik Daire Başkanlığının görevleri arasında sayılmıştır. Bu hüküm gereğince; 01.01.2021 tarihinden itibaren bilirkişilerin aylık bakacağı iş sayısı normal dosyalarda 30, seri dosyalarda 60 olarak belirlenmiştir¹³⁵. Böylece dosyaların hep aynı bilirkişilere tevdi edilmesi yerine listeye kayıtlı diğer bilirkişilere başvurulmasıyla sürecin hızlanması beklenmektedir.

Genel olarak hukuk yargısında, özel olarak da iş yargısında, sorunu sadece bilirkişilere veya hakimlere yüklemek de doğru değildir.

¹³² Canbolat, s. 252.

¹³³ Atalı, s. 3276.

¹³⁴ Akcan, s. 659.

¹³⁵ https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1132021173629/Uya_p%20G%C3%BCncelleme.pdf, (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

Canbolat'a göre avukatların tutumu da bilirkişilik kurumunun yozlaşmasında önemli ölçüde etkilidir¹³⁶. *Aras*, bir avukatın duruşmalarda avukat sıfatı ile yer aldığı ve dava takip ettiği mahkemelerde, mahkeme heyeti tarafından bilirkişi olarak belirlenmesinin, hem hakimin hem de bilirkişinin tarafsızlığını şüpheye düşüreceğini, aynı zamanda bu görevin iş yükünü artırması nedeniyle hem bilirkişilik hem de avukatlık gereklerini tam olarak yerine getiremeyeceğini ifade etmektedir¹³⁷. Ayrıca özellikle küçük yargı çevrelerinde, aynı baroya kayıtlı avukatlardan birinin davanın tarafı iken diğerinin bilirkişi olarak atanması adalete güveni zedelemektedir.

Bunların dışında, nitelikli bilirkişiye ulaşmak bir diğer sorun alanıdır. *Rüzgar / Taş*, bilirkişilere gerekli değer verilmediğinden dolayı, gerçekte bilirkişilik yapması gerekenlerin bu görevden kaçındıklarını, bu yüzden nitelikli bilirkişi bulmakta güçlük çekildiğini ifade etmektedir¹³⁸. Gerçekten de gerek hakimlerin, gerekse taraf avukatlarının bilirkişiye yönelik yaklaşımları, hakimlerin bilirkişilerden dosyaların özetlenmesini beklemeleri sebebiyle dosya incelemelerinin çok vakit alması, dosyaların bilirkişilere tevdi esnasında taleplerin net belirtilmemesi dolayısıyla bilirkişiden kendini hakimin yerine koyarak karar verilmesinin beklenmesi, tespit edilen bilirkişilik ücretlerinin kimi zaman hakkaniyete uygun olmaması gibi nedenler, akademisyenler gibi nitelikli kişilerin bilirkişiliğe sıcak bakmamasına neden olmaktadır.

IV. SONUÇ

Hakimlerin soyut hukuk kurallarını somut olaylara uygulayabilmek için kimi zaman özel veya teknik bilgiye ihtiyaç duymaları kaçınılmazdır. Bu bilgiyi sağlayacakları yer ise bilirkişilik kurumudur. Buna karşın bilirkişilik kurumu literatürde ve yargı çevrelerinde oldukça fazla eleştirilmektedir.

Bilirkişilik ile ilgili en yoğun eleştirilerden biri raporlarda hukuki değerlendirmeye yer verilmesidir. 1927 yılında yürürlüğe giren 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan, 2016 yılında yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu da dahil olmak üzere yapılan tüm

¹³⁶ *Canbolat*, s. 267.

¹³⁷ *Aras*, s. 1622.

¹³⁸ *Rüzgar /Taş*, s. 201.

düzenlemelerde hukuki konularda bilirkişiden görüş istenilmesi yasaklanmış olmasına karşın, fiili durumda bir değişme olmamıştır. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile yapılan düzenlemede hukukçuların ancak başka bir uzmanlık alanına sahip olması halinde bilirkişilik siciline kaydedilmesi mümkün olacak iken, geldiğimiz noktada hukukçular ve özellikle avukatlar, nitelikli hesaplamalar bilirkişisi adı altında sicile kaydedilmeye devam etmektedir. Bu düzenlemenin bir ihtiyaçtan doğduğu tartışmasızdır. Yapısal olarak hazırlanmamış bir yargı sistemi içerisinde, yapılacak mevzuat düzenlemeleri ile hukukçulara bilirkişi olarak başvurmanın önlenmesi mümkün görünmemektedir. Bu ihtiyacın temel olarak iki gerekçesi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi iş yargısının yükünün oldukça ağır olması, ikincisi ise uzman hakim eksikliğidir.

İş kanununun mutlak emredici kurallarının dahi törpülenmeye çalışıldığı bir çalışma hayatı içinde yargıya oldukça fazla iş düşmesi doğaldır. Çalışma etiğinin zayıf olması, denetim yetersizliği ile birleşince dava sayıları her geçen gün artış göstermekte, bunlara sosyal güvenlik mevzuatının sık değişmesi ve karmaşık yapısı da eklenince dava sayılarındaki artış kaçınılmaz olmaktadır.

İş yükünün azaltılmak için en iyi çözüm yöntemi, ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkları ortaya çıkmadan engellemektir. Bunun için çalışma hayatının mevzuata uygun biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Çalışma etiğinin oluşturulması bu açıdan önemlidir. Fakat genel olarak etik anlayışının zayıf olduğu bir toplumda bunun sağlanabilmesi oldukça uzun zaman isteyen bir çaba gerektirir. Özellikle işveren kesiminin “işçinin karnını ben doyuruyorum” algısını değiştirebilmek oldukça zordur. Nitekim bu algı işverenlerin hukuk kurallarını kulak ardı etmesine ve çalışanları kendilerine kayıtsız itaat etmesi gereken bir mal olarak görmelerine yol açmaktadır. Bu çözüm yolundaki başarısızlık, kamu gücünün daha etkin ve etkili kullanılmasını gerektirmektedir. Çalışma hayatını denetleme görevi bulunan Sosyal Güvenlik Kurumu bu konuda yetersiz kalmaktadır. Türkiye’de işsizlik oranlarının yüksek olması nedeniyle çalışanlar kayıtdışı çalışmanın yanısıra, kanun gereği olan mutlak haklarını dahi eksik alarak çalışmayı kabul etmektedirler. Bu kabul, işten ayrılma sürecine kadar devam etmektedir. Çalışan işverene bağımlılığını kaybettiği andan itibaren geçmişe dönük alacaklarının peşine düşmektedir. Bu durum da iş yargısının yükünü artırmaktadır. Henüz çalışırken denetleyici kurumlar tarafından yapılacak tespit ve

kesilecek cezalar, uyuşmazlıkların nispeten azalmasına katkı sağlayacak, bu durum iş yargısının yükünü azaltacaktır.

Her ne kadar zorunlu arabuluculuk uygulaması ile yargı aşamasına geçen uyuşmazlıklar azaltılmaya çalışılsa da, bu yöntem aynı zamanda eleştirilerin de hedefi olmaktadır. Barışçı bir yöntem olan arabuluculuğun zorunlu olarak sisteme eklenmesi, güçlerin eşit olmadığı tarafların mücadelesinde, zayıf olan taraf için hak kayıplarına neden olabilmektedir.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında yargı aşaması ayrı bir sorun alanıdır. Yapılan detaylı mevzuat düzenlemeleri çalışma hayatı pratikleri içerisinde ortaya çıkan sorunlara kimi zaman net çözümler sunamamaktadır. Ortaya çıkan açıklar yüksek yargı kararları ile doldurulmaya çalışılsa da içtihat farklılıkları ayrı bir kafa karışıklığına neden olmaktadır. Bu durum iş mahkemelerinin işini daha da zorlaştırmaktadır. Bu aşamada hakimlerin ellerinde bulunan tek imkan hukukçu bilirkişidir. Günümüz hukuk sisteminin geniş ve karmaşık yapısı nedeniyle hakimlerin her hukuki konuda uzmanlık derecesinde bilgi sahibi olabilmesi bu sistemde mümkün değildir. Her ne kadar hakimlerin uzmanlaşmasının gerekliliği açık olsa da, ayrıca bir yardımcıya da ihtiyaç duymaktadırlar. Bu ihtiyacın mesleğe genç yaşta giren hakimler için bir hakimlik öncesi kariyer basamağı koyularak çözülebilmesi mümkündür. Böylece bir yandan davayla ilgili hukuki ön hazırlığı yapacak bir yardımcıya kavuşurken bir yandan da hakimlerin uzmanlaşması sağlanabileceği gibi hukuki konularda bilirkişiye olan talep de azalacaktır.

Tüm eleştirilere karşın bilirkişiler adalet sisteminin vazgeçilmez yardımcılarıdır. İş yargısında bilirkişiler, birçok bilinmeze karşın adalete katkı sağlamaya çalışmaktadırlar. Ücret, mesai saatleri, kıdem süresi gibi hesaplamalardaki temel kriterlerden birçoğu mahkeme tarafından netleştirilmeden, bilirkişiden sadece birbirleriyle çelişen tanık ifadelerinin yer aldığı duruşma tutanaklarından yola çıkarak hesaplama yapması beklenmektedir. Mecburiyetler karşısında bilirkişiler, kimi zaman kendisini hakim yerine koymakta ve adalete yardımcı olmaya çalışmaktadırlar. Özellikle uzun dönemleri kapsayan işçilik alacaklarında, kimi zaman alternatif seçenekler sunarak yapılan hesaplamalar yoğun mesai harcanmasına neden olmaktadır. Verilen emeğin karşılığının alınmaması ve bilirkişilere gereken değerin verilmemesi akademisyen gibi işin uzmanlarının bilirkişilikten uzak durmasına yol açmaktadır.

Böyle bir durumda avukatlar bilirkişilik için tek alternatif haline gelmektedir. Avukatların sistem içerisinde hem arabulucu, hem vekil, hem de bilirkişi olarak yer alması, kuruma karşı güvensizlik yaratmaktadır. Bu sorunun çözümü için bu üç ünvanın birbirinden ayrılması gerekmektedir. Hukuk mezunlarına sadece bu görevlerden birini yapma hakkının verilmesi, arabuluculuk ve bilirkişiliğin de kurumsallaşmasına katkı sağlayacaktır.

Bu önerilerin tek başına başarılı olabilmesi uzun süreçte mümkün değildir. Mevcut çalışma hayatı koşulları içerisinde, iş yargısında yapılan tüm düzenlemelere karşın süreçlerin kısılması ve bilirkişiye ihtiyacın azalması zor görünmektedir. Çünkü, çalışma hayatı birçok yapısal sorun barındırmaktadır. Sık değişen mevzuat, işsizlik oranlarının ve kayıtdışılığın yüksek olması, yetersiz denetim ve ceza sistemi, etik anlayışı düşük bir toplumsal yapı üstüste geldiğinde iş uyuşmazlıklarında artış kaçınılmaz olmaktadır. Mevcut koşullar altında iş yargısının yükü ne kadar azaltılmaya çalışılırsa çalışılsın, artmaya devam edecektir. Dolayısıyla mevzuat değişimlerinden önce, yapısal değişimler gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ADALI, Ahmet: Sosyal Güvelik Mevzuatının Okunabilirlik Düzeyi ve Buna İlişkin Bir Uygulama, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Denizli, 2018.
- AKCAN, Recep: Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel S., C.:2, 2015, s. 653-664.
- AKİL, Cenk: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakimın Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu Kararın Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 3, 2011, s. 693-731.
- AKTAY, Nizamettin / ARICI, Kadir / SENYEN, Tuncay Kaplan: İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- ARAS, Bahattin: Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği Düzenlemeler, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2008, C. 6, S. 65, s. 1613-1652.
- ATALI, Murat: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 3271-3282.
- BOZKURT, Argun: İş Mahkemeleri ve Yargılama Yöntemi, Ankara Barosu Dergisi, C. 68, S. 2, 2010, s. 191-206.
- BOZKURT, Argun: İş Mahkemelerinde Bilirkişilik, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2009, s. 117-125.
- CANBOLAT, Talat: Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, Özel S., 2016, s. 251-268.
- ÇAYAN, Gökhan: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 191, 2013, İstanbul.
- ÇELİK, Ahmet: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Ne Tür Davalar Açılabilir, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S. 31, 2011, s. 1031-1045.

- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2013.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayın, 2018.
- ÇİL, Şahin: 6100 Sayılı HMK'YA Göre İş Yargısında İspat Yükü ve Deliller, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, 2014, s. 87-102.
- DEMİRKAPI, Ertan: Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2; 2003, s. 39-76.
- ERDOĞAN, Ersin / ERZURUMLU, Nurbanu: İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Bazı Düşünceler, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.13, S. 52, 2016, s. 1861-1912.
- ERDOĞAN, Ersin/ ÜÇÜNCÜ, S. Hilal: Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, s. 354-387.
- GÜLVER, Ender: İş Yargılamasında Görev, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 49, 2001, s. 371-419.
- GÜNAY, İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- KAR, Bektaş: İş Yargılamasına Hakim Olan İlkeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 15, Özel S. 2013, s. 869-882.
- KARABURUN, Gökhan: Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları, Adli Tıp Bülteni, C. 22, S. 3, 2017, s. 200-207.
- KAYA, Sedat: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 1-2, 2018, s. 209-261.
- KILINÇ, Ayşe: İş Mahkemeleri ve İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, TBB Dergisi, S. 86, 2009, s. 383-404.
- KONCA, Nesibe Kurt: Hakim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye' de Uygulanabilirliği, SETA, Siyaset Ekonomi ve Toplum Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2016.

- KORKMAZ, Erkan: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Hürriyeti Açısından İncelenmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.59, 2018, s. 933-958.
- KÖK, Ahmet Nezh: 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Neler Getirdi?, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 5, S. 10, 2017, s. 445-454.
- KURT, Resul: İş Yargısında Arabuluculuk, TBB Dergisi, 2018, s. 337-376.
- MANAV, A. Eda: Alman ve Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması, TBB Dergisi, S. 119, 2015, s. 457-502.
- MUTLAY, Faruk Barış / IŞIK, Melih: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 3, 2019, s. 565-634.
- NAMLI, Mert: İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı İle Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK Yayını, 2016, s. 151-165.
- ÖZDEMİR, Eda Manav: İş Mahkemelerinin İşleyişi ve Bireysel İş Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yöntemleri, Çalışma ve Toplum, S. 4, 2015, s. 185-222.
- ÖZEKES, Muhammet / ATALI, Murat: 7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, 23 Aralık 2017, 2018, On İki Levha Yayıncılık.
- ÖZVERİ, Murat: İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, C. 2, 2020, s. 917-937.
- PAPAKÇI, Acun: Hukuki Bilirkişilik, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 1, 2016, s. 433-456.
- PEKSAN, Selcan / DELEN, Meltem / YORGUN, Sayım: İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların

- Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma, Çalışma ve Toplum, C. 1, 2020, s. 321-346.
- RÜZGAR, Orhan / TAŞ, Yunus: İş Mahkemelerinin Görevi ve Yargılama Usulü, Dora Yayınları, Bursa, 2018.
- SOYER, Polat: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Bazı Düzenlemeler Hakkında Genel Bir Değerlendirme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.15, S.57, 2018, s. 21-46.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2002.
- ŞAHLANAN, Fevzi: İş Yargılaması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 42, S. 1-4, 1976, s. 377-421.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Fakültesi Öğretim Üyeleri (Elemanları) Mahkemelerce Bilirkişilik Görevini Kabule Zorlanabilirler mi?, TBB Dergisi, C.92, 2011, s. 377-383.
- YAĞCIOĞLU, Kaan Muharrem: Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Arabuluculuk ve Arabuluculuğun İş Yargılamasına Etkileri; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, 2018, s. 457-486.
- YALABIK, Fulya Teomete: Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel S., 2014, s. 2115-2162.
- YAZAR, Ahmet / KARACA, Coşkun: Bilirkişilik Müessesesi ve Vergilendirilmesi, International Conference on “Scientific Cooperation for the Future Economics and Administrative Sciences” Thessaloniki, 6th-8thSeptember 2017.
- YENİSEY, Kübra Doğan: İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK Yayını, 2016, s. 167-194.
- YÜCEL, Yeliz: 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile İş Hukukunda Arabulucuya Başvurulmasının Dava Şartı Olarak Düzenlenmesi Üzerine bir İnceleme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 15, S. 60, 2018, s. 1351-1398.
- YÜREKLİ, Sabahattin: İş Yargısında Kesin Hüküm Durumunun Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 8, S.31, 2011, s. 971-996.

İnternet Kaynakları

Bilirkişilik Kanunu Tasarısı, <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0687.pdf> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

<http://www.adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/istatistikler> (Erişim Tarihi: 28.04.2020).

https://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/bilirkisilik_tasarisi.pdf (Erişim Tarihi: 29.04.2020).

<http://www.adliscil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1982019170455istatistik2018.pdf> (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

<http://samsunbbk.adalet.gov.tr/sayfalar/11-11-2019-hukuki-nitelendirme.html> (Erişim Tarihi: 12.11.2020).

<https://sgb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/yrs> (Erişim Tarihi: 05.11.2020).

<https://www.memurlar.net/haber/886068/hakim-ve-savci-yardimcileri-5-yil-teorik-egitim-alacak.html> (Erişim Tarihi: 01.05.2020).

<https://ankarabbk.adalet.gov.tr/bilirkisi-raporlarinin-hazirlanmasinda-dikkat-edilmesi-gereken-bazi-hususlara-dair-aciklama> (Erişim Tarihi: 30.04.2021).

<https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1132021173629Uyap%20G%C3%BCncelleme.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.05.2021).

<https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/6122021095721i%C5%9F%20%2001.12.2021.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.12.2021).