

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
(SDÜHFD)

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**  
FACULTY OF LAW REVIEW



Cilt: **11**, Sayı: **2**, Yıl: **2021**  
Volume: **11**, No: **2**, Year: **2021**

**ISPARTA**



**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**  
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): **11**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2021, ISPARTA**  
ISBN: **2146-7129**

**DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER**



**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW REVIEW**

Cilt (Volume): **11**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2021, ISPARTA**  
ISBN: **2146-7129**

**Sahibi / Owner**

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Yüksel METİN

**Editör / Editor**

Prof. Dr. Yüksel METİN

**Editör Yardımcıları / Co-Editors**

Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER  
Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

**Yayın Kurulu / Editorial Board**

Prof. Dr. Yüksel METİN  
Prof. Dr. Faruk TURHAN  
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER  
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU  
Prof. Dr. Enver BOZKURT  
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ  
Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER  
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN  
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK  
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER  
Arş. Gör. Egemen ESEN  
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ

**Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language**

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY  
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI  
Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER  
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

**Kapak Tasarım / Cover Design**  
SDÜ Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

**Baskı / Published By**  
SDÜ Basımevi Isparta  
ISBN: 2146-7129

**İletişim Adresi / Contact Info**  
Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>  
E-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)  
Tel: 0 246 211 00 02  
Faks: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

### **Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇİŞİK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr Mariagiulia GIUFFRÉ	Edge Hill University / Ormskirk
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (<https://dergipark.org.tr/pub/sduhfd/writing-rules>).





## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucular,

Önceki sayılarımızda olduğu gibi akademisyenlerin ve araştırmacıların hukukî görüşlerini bildirdikleri kıymetli eserlerini yayımlama hedefimizi yirmi altı eser ile bu sayıda da gerçekleştirdik.

Dergimizin bu sayısında kamu hukuku makaleleri kısmında, Doç. Dr. Nimet Özbek'in İngilizce kaleme aldığı "Yatırım Yolu ile Vatandaşlık Üzerine Karşılaştırmalı Bir Araştırma: Türkiye Örneği" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Gülsün Ayhan Aygörmez'in "Orman Yakma Suçları (OrmanK m.110)" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Atila Erkal'ın "Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu ve Alman Hukukundaki Durum" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Adnan Küçük'ün "Başkanlık Sisteminin Uygulandığı Güney Kore'de Kanunların Yapımında Yasama ve Yürütmenin Etkinliği" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Ercan Yaşar'ın Almanca kaleme aldığı "Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Hatipoğlu'nun "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman Tekin'in "Olağanüstü Hâl Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Neslihan Özkerim Güner'in "İklim Değişikliği ve Dünya Mirasının Korunması" başlıklı araştırma makalesi, Av. Numan Karatepe ve Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre Tulay'ın "Hakaret Suçunda İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Muhammet Esat Bolat ve Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Hatipoğlu'nun "Vesayetçi Parlamenterizmden Yarı Başkanlık Sistemine: Yetki ve Sorumlulukta Paralellik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Dr. Fatih Güler'in "Siyasi Parti Kapatma Davalarında AİHM Kararı Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesini Yeniden Düşünmek" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ozancan Belci'nin "Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Neslihan Demirkol'un "Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Sezgin Baş'ın "Parlamento Kararlarının Yayımlanması ve Yürürlüğe Girmesi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Yeliz Neslihan Akın'ın "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında KentSEL Dönüşüm Kolluğu" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Ziya Koç'un "Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Türk Hukukunda Yağma Suçunun İhmalî Hareketlerle İşlenip İşlenemeyeceği Meselesi" başlıklı araştırma makalesi ile

Öğr. Gör. Emrah Duman ve Prof. Dr. Mehmet Aktel'in "Türkiye'nin E-Devlet Kapısı (Dijital Türkiye Portalı)" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında ise Doç. Dr. İştar Urhanoğlu'nun "Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanmanın Bir Koşulu Olarak Yapılan İşin ve İşyerinin Niteliğinin Yıllık Ücretli İzne Elverişli Olması" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Selin Sert Sütçü ve Av. Orkun Şahin'in "Gürültü Kirliliği Kavramı ve Gürültü Kirliliğine Sebep Olanların Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Süheyla Zorlu'nun "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklemenin Konusu Olan Değerler (TMK m.229) ve Yargıtay Uygulaması" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Nurten İnce Akman ve Dr. Öğr. Üyesi Özkan Özyakışır'ın "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman Kvasoğlu ve Arş. Gör. Tansu Gündoğdu'nun "Aile Araboluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Emre Kıyak ve Arş. Gör. Ahmet Şensöz'ün "Autopenle veya Dijital Ekranı Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ali Fuat Çiçekli'nin "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Seda Baş'ın "Limited Şirketlerde Payın Haczi, Rehni ve İntifa Hakkına Konu Olması" başlıklı araştırma makalesi ve son olarak Av. Muhammed Seyit İmir'in "Tacirin Elinde Bulunan Faturaya İstinaden İhtiyati Haciz" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Türkiye'de tüm hukuk dergilerinde yayınlanmış makaleleri okuyuculara sunmayı hedefleyen Jurix veri tabanından da erişebileceğiniz dergimizin on birinci cildinin ikinci sayısına çok kıymetli eserleriyle katkı sunan tüm yazarlarımıza teşekkür eder, bilim dünyasına faydalı olmasını temenni ederim.

*Editör*

**Prof. Dr. Yüksel METİN**

## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Doç. Dr. Nimet ÖZBEK.....	3
COMPARATIVE STUDY ON CITIZENSHIP BY INVESTMENT: EXAMPLE OF TURKEY YATIRIM YOLU İLE VATANDAŞLIK ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR ARAŞTIRMA: TÜRKİYE ÖRNEĞİ	
Doç. Dr. Gülsün AYHAN AYGÖRMEZ.....	21
ORMAN YAKMA SUÇLARI (ORMANK m.110) THE CRIMES OF SETTING FIRE TO FOREST (FOREST LAW ART. 110)	
Doç. Dr. Atila ERKAL.....	59
KORONAVİRÜS (COVID-19) TEDBİRLERİNİN HUKUKİLİĞİ SORUNU VE ALMAN HUKUKUNDAKİ DURUM THE PROBLEM OF LEGALITY OF CORONAVIRUS (COVID-19) MEASURES AND THE SITUATION IN GERMAN LAW	
Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK.....	97
BAŞKANLIK SİSTEMİNİN UYGULANDIĞI GÜNEY KORE'DE KANUNLARIN YAPIMINDA YASAMA VE YÜRÜTMENİN ETKİNLİĞİ THE ROLE OF LEGISLATIVE AND EXECUTIVE BRANCHES IN THE MAKING OF LAWS IN SOUTH KOREA WHERE PRESIDENTIAL SYSTEM IS IMPLEMENTED	
Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR.....	157
TÄTER OPFER AUSGLEICH IM TÜRKISCHEN RECHTSYSTEM VICTIM OFFENDER MEDIATION IN TURKISH CRIMINAL LAW TÜRK CEZA HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA	
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU.....	187
İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI ACCEPTING FILED CASE AS NON FILED IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION	
Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN.....	223
OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİ HUSUSUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İHTİYACI A NEED FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN STATE OF EMERGENCY REGIMES	
Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER.....	263
İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE DÜNYA MİRASININ KORUNMASI CLIMATE CHANGE AND THE PROTECTION OF WORLD HERITAGE	

<b>Av. Numan KARATEPE - Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY .....</b>	<b>289</b>
HAKARET SUÇUNDA İSNADIN İSPATI HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ	
<i>LEGAL NATURE OF THE RIGHT TO PROVE THE ALLEGATION IN INSULT CRIME</i>	
<b>Öğr. Gör. Muhammet Esat BOLAT - Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU .....</b>	<b>319</b>
VESAYETÇİ PARLAMENTARİZMDEN YARI BAŞKANLIK SİSTEMİNE: YETKİ VE SORUMLULUKTA PARALELLİK İLKEİ AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME	
<i>FROM TUTELARY PARLIAMENTARISM TO SEMI-PRESIDENTIAL SYSTEM: AN EVALUATION IN TERMS OF PRINCIPLE OF PARALLELISM</i>	
<b>Öğr. Gör. Dr. Fatih GÜLER.....</b>	<b>361</b>
SİYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARINDA AİHM KARARI SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK	
<i>RECONSIDERING THE RETRIAL IN POLITICAL PARTY CLOSURE CASES DUE TO EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' DECISION</i>	
<b>Arş. Gör. Ozancan BELCİ .....</b>	<b>379</b>
SPOR MÜSABAKALARINDA YASADIŞI BAHİS VE ŞANS OYUNU SUÇLARI	
<i>CRIMES OF ILLEGAL BETTING AND PLAYING GAMES OF CHANCE IN SPORTS COMPETITIONS</i>	
<b>Arş. Gör. Neslihan DEMİRKOL .....</b>	<b>419</b>
CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR SEBEP OLARAK AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ	
<i>FULFILLING THE ORDER OF THE SUPERIOR AS A SITUATIONS WHICH ELIMINATES CULPABILITY IN CRIMINAL LAW</i>	
<b>Arş. Gör. Sezgin BAŞ.....</b>	<b>471</b>
PARLAMENTO KARARLARININ YAYIMLANMASI VE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ	
<i>THE PUBLICATION AND ENFORCEMENT OF THE RESOLUTIONS OF PARLIAMENT</i>	
<b>Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKIN .....</b>	<b>489</b>
6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM KOLLUĞU	
<i>URBAN TRANSFORMATION LAW ENFORCEMENT UNDER THE LAW NO. 6306 ON THE TRANSFORMATION OF AREAS UNDER DISASTER RISK</i>	
<b>Dr. Ziya KOÇ .....</b>	<b>577</b>
ALMAN ÖĞRETİSİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER İŞİĞİNDA TÜRK HUKUKUNDA YAĞMA SUÇUNUN İHMALİ HAREKETLERLE İŞLENİP İŞLENEMEYECEĞİ MESELESİ	
<i>IN THE LIGHT OF THE OPINIONS PUT FORWARD IN THE GERMAN DOCTRINE, THE QUESTION OF WHETHER THE CRIME OF ROBBERY IN TURKISH LAW CAN BE COMMITTED BY NEGLIGENT ACTS</i>	

<b>Öğr. Gör. Emrah DUMAN - Prof. Dr. Mehmet AKTEL .....</b>	<b>613</b>
TÜRKİYE'NİN E-DEVLET KAPISI (DİJİTAL TÜRKİYE PORTALI)	
<i>TURKEY'S E-GOVERNMENT GATEWAY (DIGITAL TURKEY PORTAL)</i>	

## **ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW**

<b>Doç. Dr. İstar URHANOĞLU .....</b>	<b>645</b>
Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanmanın Bir Koşulu Olarak	
YAPILAN İŞİN VE İŞYERİNİN NİTELİĞİNİN YILLIK ÜCRETLİ İZNE ELVERİŞLİ OLMASI	
<i>As a Condition of Entitlement to Annual Paid Leave</i>	
<i>QUALITY OF THE WORK DONE AND THE WORKPLACE SUITABLE FOR ANNUAL PAID LEAVE</i>	
<b>Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ - Av. Orkun ŞAHİN.....</b>	<b>669</b>
GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİ KAVRAMI VE GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNE SEBEP OLANLARIN	
ÖZEL HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ	
<i>NOISE POLLUTION CONCEPT AND DETERMINATION OF THE RESPONSIBILITY OF THE</i>	
<i>CAUSES OF NOISE POLLUTION IN THE CONTEXT OF SPECIAL LAW</i>	
<b>Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU.....</b>	<b>695</b>
EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EKLEMENİN KONUSU OLAN DEĞERLER	
(TMK m.229) VE YARGITAY UYGULAMASI	
<i>VALUES WHICH ARE THE SUBJECT OF ADDING IN THE REGIME OF PARTICIPATION TO</i>	
<i>ACQUIRED GOODS (Turkish Civil Law Art.229) AND JURISDICTION APPLICATION</i>	
<b>Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN - Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR.....</b>	<b>725</b>
ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA	
BAŞLANGIÇ KİRA BEDELİNİN SINIRLANDIRILMASI MESELESİ	
<i>THE ISSUE OF LIMITING THE INITIAL RENTAL PRICE IN TURKISH LAW COMPARATIVELY</i>	
<i>WITH GERMAN AND SWISS LAW</i>	
<b>Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU - Arş. Gör. Tansu GÜNDOĞDU .....</b>	<b>771</b>
AİLE ARABULUCULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE ÜLKEMİZDEKİ MEVZUAT AÇISINDAN	
DEĞERLENDİRİLMESİ	
<i>HISTORICAL DEVELOPMENT OF FAMILY MEDIATION AND ITS EVALUATION IN TERMS OF</i>	
<i>TURKISH LEGAL LEGISLATION</i>	
<b>Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK - Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ.....</b>	<b>791</b>
AUTOPENLE VEYA DİJİTAL EKRANA ATILAN İMZA İLE ELLE ATILAN İMZANIN	
KARŞILAŞTIRILMASI	
<i>COMPARISON OF HANDWRITTEN SIGNATURE WITH SIGNATURE MADE USING</i>	
<i>AUTOPEN OR (HANDWRITTEN) SIGNATURE MADE ON DIGITAL SCREEN</i>	

<b>Arş. Gör. Ali Fuat ÇİÇEKLİ .....</b>	<b>839</b>
KAMBYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASININ NİTELİKLERİ	
<i>CHARACTERISTICS OF THE NEGATIVE DECLARATORY ACTION IN ENFORCEMENT PROCEDURE FOR BILL OF EXCHANGE</i>	
<b>Arş. Gör. Seda BAŞ .....</b>	<b>903</b>
LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN HACZİ, REHNİ VE İNTİFA HAKKINA KONU OLMASI	
<i>ATTACHMENT, PLEDGE, AND SUBJECT TO USUFRUCT OF CORPORATE SHARES IN LIMITED COMPANIES</i>	
<b>Av. Muhammed Seyit İMİR .....</b>	<b>941</b>
TACİRİN ELİNDE BULUNAN FATURAYA İSTİNADEN İHTİYATİ HACİZ	
<i>PRECAUTIONARY ATTACHMENT BASED ON THE INVOICE IN THE HANDS OF THE MERCHANT</i>	

**KAMU HUKUKU**

PUBLIC LAW





## COMPARATIVE STUDY ON CITIZENSHIP BY INVESTMENT: EXAMPLE OF TURKEY<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Nimet ÖZBEK<sup>(\*\*)</sup>

### ABSTRACT

Migration has been an endemic phenomenon throughout human history. If their progression among the priorities of the political agenda of Developed countries seems inexorable, their progression among the priorities of political philosophy is on the other hand slower. The idea of citizenship, that is to say the right to belong to the city, to participate in decisions relating to the political community made up of each of the individuals who compose it, is at the heart of this conception. This article will explore citizenship by investment as one of the most recent and most controversial mode of all. With Turkey as an example, a comparative study on how different countries offer their citizenship by investment or provision of special financial assets through the procedure of naturalization, will be established.

**Keywords:** Citizenship by Investment (CBI), Modes of Citizenship, Financial, Asset, Naturalization, Migration.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 15/11/2021.

Atıf Şekli: Nimet Özbek, "Comparative Study on Citizenship by Investment: Example of Turkey", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 3-19.

<sup>(\*\*)</sup> Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye; Ankara University Faculty of Political Sciences Associate Professor, Ankara, Turkey.

E-posta: ozbek@politics.ankara.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-5380-7778.

# YATIRIM YOLU İLE VATANDAŞLIK ÜZERİNE KARŞILAŞTIRMALI BİR ARAŞTIRMA: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

## ÖZ

Göç, insanlık tarihi boyunca endemik bir olgu olmuştur. Gelişmiş ülkelerin siyasi gündeminin öncelikleri arasında ilerlemeleri amansız görünüyorsa, siyaset felsefesinin öncelikleri arasında ilerlemeleri daha yavaştır. Vatandaşlık fikri, yani şehre ait olma, onu oluşturan bireylerin her birinden oluşan siyasi topluluğa ilişkin kararlara katılma hakkı bu anlayışın merkezinde yer alır. Bu makale, yatırım yoluyla vatandaşlığı, en yeni ve en tartışmalı modlardan biri olarak inceleyecektir. Örnek olarak Türkiye ile, farklı ülkelerin vatandaşlıklarını yatırım yoluyla veya özel finansal varlıkların vatandaşlığa kabul prosedürü yoluyla nasıl sundukları konusunda karşılaştırmalı bir çalışma oluşturulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Yatırım Yoluyla Vatandaşlık (CBI), Vatandaşlık Şekilleri, Finansal Varlık, Vatandaşlığa Alma, Göç.

## I. INTRODUCTION

The requirements that different states impose on foreign residents who wish to acquire nationality are indeed very diverse. Mainly, because some states have very different political cultures, national histories and moral conceptions of themselves. However, there are four main criteria that can nevertheless be distinguished on the basis of which practically all States base their decisions.<sup>1</sup> These are the length of residence, language proficiency, dual nationality and civic or cultural knowledge.

In Western Europe, the minimum length of residence before foreigners can apply for nationality varies from three years (in Belgium) to twelve (in Switzerland), with an average of seven years. Some states, notably Italy and Austria, also provide significantly shorter periods of residence for nationals of other European countries (four years instead of ten) and others similarly require shorter periods of residence for nationals of other European countries applicants from countries with which they are culturally or historically linked. Proficiency in the language of the place of residence is a very common condition, although it is not universal and the level of proficiency required, or the rigor with which it is tested, varies from country to country. However, basic knowledge seems essential in order to allow participation in the labor market and in civil society. As for dual nationality, it is officially tolerated in some countries and prohibited in others. In Europe for example, The UK is probably the country with the most liberal attitude towards newly naturalized people who wish to retain their original nationality, while Germany is, conversely, the least tolerant country. Finally, citizenship exams also come in a variety of forms, ranging from factual questions on basic civic knowledge to a more in-depth assessment of candidates' attitudes towards the culture and values of their new society, or even an assessment of their personal beliefs.

The naturalization procedures of various states are made even more complex due to the multitude of exemptions, restrictions and special privileges they reserve for the different categories of migrants who wish to acquire nationality. There are different arguments on the reasons to allow citizenship by naturalization procedure. In this article however we will discuss the economic argument which support the idea of providing citizenships to foreigners who are ready to invest in the countries they want to reside or acquire citizenship

---

<sup>1</sup> Herman R. Van Gunsteren, "Admission to Citizenship", *Ethics*, vol. 98, no 4, 1988, p. 736-737.

from. After exploring the economic argument of naturalization, we will establish a comparative study on granting citizenship by investment with focus of Turkey.

## II. THE ECONOMIC ARGUMENT OF NATURALIZATION

This argument lies on the economic contribution of migrants and argues that citizenship should be granted to foreign residents, because they make a significant economic contribution to their new society. The argument is of a conditional nature: citizenship is offered in return for a certain contribution. It is not granted because migrants actually produce international trade that a significant part of a country's economic wealth is produced abroad but rather as a reward for the work they do or for the effort involved in this work. The contribution argument appeals to the standard of reciprocity, a standard that appears intuitively fair and that meets with considerable popular appeal.<sup>2</sup>

The argument is further empirically plausible, since migrants are, for the most part, able, willing and determined to work (although most of them have, of course, no choice but to do so.). Low-skilled migrants often take low-paid jobs that locals are reluctant to do or do so-called "3D" jobs - disagreeable, difficult and dangerous. As for highly qualified migrants, such as doctors or business leaders, they bring considerable benefits to their countries of destination. Once established in their new society, some migrants start their businesses, thereby creating wealth and jobs. The contribution argument asserts that due to these various economic activities, it should be made easier for economically active migrants to acquire citizenship rights.

One of the main merits of the contribution argument is that it fits well with the attitudes and activities of migrants as well as with those of citizens. It nevertheless raises several issues.<sup>3</sup> An obvious objection to this argument is that if the contribution of foreign residents is of an economic nature, the notion of reciprocity only requires that they be granted rights of an economic nature the right to social benefits or to an education for their children for ex-

---

<sup>2</sup> White Stuart, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2003, chap. 4.

<sup>3</sup> Carens. J. H., "Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States", in Rogers Brubaker (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, Lanham, University Press of America, 1989, p. 31-49.

ample, and not all the rights attached to citizenship.<sup>4</sup> The right to vote, for example, should not be acquired that way. This objection, however, seems more apparent than real. It is the political debate that determines the nature and extent of different economic rights and it seems unfair, by denying them political rights, to deny foreign residents the opportunity to participate in the discussion on economic rights that they can claim. To put it simply, the people who contribute to the pool should have a say in how it is supposed to be used for their benefit.

A more serious problem is that not everyone contributes. Children of migrants do not contribute (although most of them will contribute in the future), as do retired migrants (although most of them have done so at least in their country of origin) and those who are severely disabled. This is not, however, an objection to the argument, as it suffices to state that only those from whom a contribution can reasonably be expected should provide one. One must also be careful not to adopt a too narrowly economic conception of the notion of contribution.<sup>5</sup> Parents who are not in paid employment make an essential social contribution by educating children who will normally become productive members of society. The same applies to migrants who work voluntarily in neighborhood associations or in support groups for their compatriots. A more problematic case is that of migrants who choose not to work or who do not engage in any meaningful activity, but who enjoy social benefits to which they are entitled as residents. The principle of contribution, however, implies that a penalty should be imposed on any person, whether citizen or foreign resident, who chooses not to make a productive contribution. The problem of asymmetries of treatment which affects the notion of contribution makes it difficult to see how an argument based on this notion could enjoy a public justification.

The last problem with the contribution argument is that it seems overly restrictive, as citizenship is not primarily an economic concept. However, many rights and obligations of citizenship can and have an economic dimension. They are about access to goods and resources, or what one has to do to gain that access. But citizenship is also a status; the rights and obligations that constitute it indicate the position of citizens in a given state and distinguish them

---

<sup>4</sup> White, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, 2003.

<sup>5</sup> White, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, 2003, Chap. 5.

from those who do not occupy the same position. Citizenship is therefore also a question of inclusion: one is a member of that state, regardless of whether one was born there or whether one was naturalized there, regardless of whether is still living there.

### III. ACQUISITION OF CITIZENSHIP BY FOREIGN INVESTORS

Economic citizenship, passport purchase, golden passports or citizenship for sale are expressions often used to refer to programs allowing wealthy foreigners and often their families to obtain a second nationality in exchange for a monetary contribution to the economy of the country.

The possibility of buying a passport first developed in the Caribbean, the oldest active program being that of Saint Kitts and Nevis which was developed in 1984. At present, about fifteen countries actively offer naturalization programs by investment. Nationality is now a US \$ 25 billion global industry and is the main source of income for some states. Unfortunately, most foreign passport holders do not even set foot in the country, so these programs are increasingly challenged from an economic point of view.<sup>6</sup>

What is the advantage of having a second passport? Contrary to popular belief, it is not the possibility of traveling to a large number of countries without a visa, but rather the security or more precisely the peace of mind in relation to certain uncertainties of life and the future, especially under the geopolitical angle. The second passport will thus constitute, for example, a tool of protection against the risks of persecution, policies, wars and more recently against health risks (epidemics, etc.). It could thus be an alternative to political asylum also offering the protection of an effective rule of law far from conflicts.<sup>7</sup>

In addition, these golden passports sometimes provide access to a better standard of living, better education for children and a better health and pension system.

Some people see the purchase of a passport as a betrayal; According to them, nationality is not a common commodity that can be cashed in. Internal

---

<sup>6</sup> Shachar Ayalet, "The Marketization of Citizenship in an Age of Restrictionism." **Ethics & International Affairs** 32, no. 1 (2018), p. 3-13.

<sup>7</sup> Thorup Mikkel, "Top six reasons why you need a second passport", **International Strategies for the Global Minded**, 2020, available: <https://www.escapeartist.com/blog/why-you-need-a-second-passport/08/11/2021>.

pressure from the populations is therefore sometimes strong to abolish these preferential regimes, especially if they do not really benefit the local economy and cause an artificial surge in property prices (rents and acquisition).<sup>8</sup>

Also, in theory, a long process of financial and criminal verification is put in place to obtain a citizenship title. But these procedures are sometimes not very transparent and undeniably lead to the question of acquiring a second citizenship through dirty money, especially from corruption or tax evasion. Several scandals, notably in Cyprus, Malta and Bulgaria have splashed the passport purchase programs in recent years so that the authorities now provide for the possibility of withdrawing nationality in proven cases of fraud or money laundering.<sup>9</sup> However, economic citizenship still has a bright future ahead: Portugal, for example, introduced a new citizenship by investment program last January, a “green visa”,<sup>10</sup> which seeks to attract foreign investment in organic farming, the ecotourism, renewable energy or other environmental projects.

In this section we are going to see how such citizenship is acquired in different countries or region of the world.

### A. European Union

Citizenship by investment programs enables individuals to gain a new citizenship after providing investment to the countries they are applying to. Currently, Bulgaria, Cyprus and Malta apply programs allowing investors to acquire the nationality of these countries under less strict conditions than those provided for by ordinary naturalization regimes.<sup>11</sup> No physical residence requirement or real link is required within these Member States before acquiring citizenship.

---

<sup>8</sup> Shachar, Ayalet, *The Marketization of Citizenship in an Age of Restrictionism*, 2018.

<sup>9</sup> IMF, “Citizen for Sale”, **Finance & Development**, June 2021, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2021/06/pdf/citizenship-for-sale-fernando-pampolina-sykes.pdf> (08.11.2021).

<sup>10</sup> X, “Portugal Not Only Refuses to Abolish the Golden Visa Scheme But Also Expands it with ‘Green Visas’”, January 14, 2019, online at <https://www.schengenvisainfo.com/news/portugal-not-only-refuses-to-abolish-the-golden-visa-scheme-but-also-expands-it-with-green-visas/> (12.10.2021).

<sup>11</sup> European Commission, “Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union”, Brussels, 23.1.2019, p. 4 [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com\\_2019\\_12\\_final\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2019_12_final_report.pdf) (14.10. 2021).

Since a Member State's decision to grant nationality in exchange for investments automatically conferring rights with regard to other Member States, the report drawn up by the Commission is of common interest to the whole of the European Union. The nationalized investor is in fact granted free movement as well as free access to the internal market of the EU for the purpose of performing commercial transactions, as well as the right to elections whether by voting or presenting a candidacy in the European and local elections. Consequently, CBI programs are often promoted as a shortcut to acquire the citizenship of the EU and all other privileges connected to it.

The EU Commission report acknowledged various issues concerning CBIs: with regard to security, the controls to which applicants are exposed are not adequately rigorous and the centralized information systems specific to the EU, such as the *Schengen Information (SIS)*, are not used as methodically as they have to be. In addition, reinforced controls ("vigilance measures") are necessary to guarantee the correct application of the rules on the fight against money laundering. With regard to tax fraud, it would be a question of ensuring that people do not benefit from these programs such as advantaged tax rules.<sup>12</sup>

The report identified the absence of transparency in the way these programs are managed, including the figure of received applications, rejected or successful ones and the countries from which the applicants come from. In addition, Member States do not disclose or share to other members any information regarding the persons applying for these programs.

Although the requirements over which citizenship is granted, are regulated by each Member state domestic laws, they still have to comply with the European Union law. The principles defined in international law framework impose the presence of a "genuine link" between the applicants and the state or its subjects.<sup>13</sup> Since having a citizenship of one EU member state is a prerequisite for Union nationality and access to all privileges available in the Treaties, the EU Commission has duties to report on programs regarding granting national citizenship to investors in the EU Member States. The issue of providing

---

<sup>12</sup> European Commission, *Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union*, 2019, p. 6.

<sup>13</sup> Sloane Robert, "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, Winter 2009, p. 1.



residence permits to foreign investors is not governed by the EU, it remains a subject of national laws.<sup>14</sup> Nevertheless, the Union law controls the entry requirements for some groups of other nationals outside the EU.

## B. Africa

In many African states, like in all other countries on other continents, nationality laws stand between two fundamental principles: *jus soli* (the right of soil), under which persons get the right to the nationality of a country because they were born in its territory, and *jus sanguinis* (right of blood), under the terms of which nationality is based on descent, that is to say arises from the fact of being a child of parents who themselves possess or have possessed the nationality in question. Apart from the above two concepts linked to birth, two other criteria can determine nationality for adults: marital status (getting the spouse's nationality), and residing within the borders of a country for a certain period of time. Few African states explicitly provide for a right to citizenship. In all African States only South Africa and Ethiopia provide in their constitutions that a child born or found in their territories, have a right to citizenship; while a small number of other countries recognize this right in parts of their legislation.<sup>15</sup>

No African country has yet officially positioned itself in a market of citizenship by investment that, over the past decade, has generated between \$ 20 billion and \$ 25 billion in direct investment. But the arrival of the Corona Virus pandemic has accelerated thinking among some, such as Mauritius who, on 28th October 2020, announced the creation of a premium visa for those who can telecommute away from home.

In Africa, apart from Mauritius and the Seychelles, few states can capitalize on their passports. To do this, it must be attractive, or "powerful" as the term used by the British firm Henley & Partners, which has published its world passport ranking every year since 2006, established according to the number of countries those passports authorize to visit without a visa. African countries are still few in number for the moment to take such a step, because the vast

---

<sup>14</sup> European Commission, "Evaluation according to European Commission's regulatory fitness and performance (REFIT) programme", [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legalmigration/fitness-check\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legalmigration/fitness-check_en) (15.10.2021).

<sup>15</sup> Manby Bronwen, *Les lois sur la nationalité en Afrique: Une étude comparée*, Open Society Institute, New York, 2009, p. 2-3.

majority of passports issued in Africa are far from being master keys and because countries like Ethiopia and Egypt even occupy the end of the ranking of powerful passports established by Henley & Partners, along with Yemen, Syria and Iraq.<sup>16</sup>

### C. Latin America and the Caribbean States

The year 1810 constitutes an important anniversary in Latin American history: for many of the countries in the region, it marks the bicentenary of the birth of national states, following the cycle started in the north by the United States and later by Haiti.<sup>17</sup> It is true that proper independence was not declared that year, and that 1810 was rather the beginning of a process which was to lead, a few years later, to the condition of sovereign countries, detached from the European countries.

Economically, there were no reasons to seek unity. There was certainly trade between the new countries, following the colonial heritage. But it was trade with England, which dominated the world economy and was not interested in making territorial conquests in Latin America, that was most important in the new stage.<sup>18</sup> Each country also hoped to receive foreign investment to stimulate its growth. Thus, when the construction of the railways began, the layout of the tracks was oriented more towards export ports than to link with neighboring countries. In this perspective, countries with many ports, especially, island countries gained more popularity in terms of tourism and foreign investments.<sup>19</sup>

The program of “citizenship by investment” was inaugurated in 1984 by the authorities of Saint Kitts and Nevis to finance the revival of the local sugar sector, then flourished in the micro-island states of the Caribbean, where they helped finance the development of tourism, as well as in small European countries in need of liquidity. Citizenship by investment plays a major role in the

---

<sup>16</sup> Henley & Partners, “Passport Index”, 2020, <https://www.henleyglobal.com/passport-index> (15.10. 2021).

<sup>17</sup> Tharoor Ishaan, “Haiti’s fate is intertwined with the U.S.”, **The Washington Post**, 8 July 2021. <https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/08/haiti-fate-america/> (25.10.2021).

<sup>18</sup> Rory Miller, “British Investment in Latin America, 1850-1950 A Reappraisal”, *ITINERARIO*, vol. 19, 1995, p. 21-52.

<sup>19</sup> Craigwell, R., *Foreign Direct Investment and Employment in the English- and Dutch-speaking Caribbean Port of Spain*, International Labour Office, 2006, p. 3-4.

development of the countries that adopted it. For example, in Dominica, US \$ 13 million of foreign direct investment (FDI) was received in 2018, 44.9% less than in 2017. After Hurricane Maria, which generated damages valued at US \$ 1.3 billion, the income from the Citizenship by Investment Program helped in the reconstruction.<sup>20</sup>

In the Organization of Eastern Caribbean States (OECS) (made up of *Antigua and Barbuda, Dominica, Grenada, Saint Kitts and Nevis, Saint Vincent and the Grenadines and Saint Lucia*), Citizenship by Investment Programs have been important in attracting investment towards projects approved by the Government and allow the financing of tourism and real estate development activities. Among the OECS countries, Saint Vincent and the Grenadines is the only one that does not have the Citizenship by Investment Program.<sup>21</sup> For the rest of South American countries, citizenship by investment is not popular as it is in the Caribbean microstates. The reason might be that the crime rate is too high and few migrants prefer moving to other countries than in these countries.<sup>22</sup>

#### D. Turkey

Turkey is among the countries that offer a citizenship by investment program.<sup>23</sup> The Turkish passport is particularly coveted by citizens of emerging countries as it will allow them to travel more easily: it allows visitors to visit more than 110 countries without a visa or with a visa on arrival.<sup>24</sup> The acquisition of Turkish nationality by investment is provided for in article 12 of the Law number 5901<sup>25</sup> on Turkish nationality dated 29.05.2009 (the "Law") and the conditions have been laid down, as a first step, in the Implementing Regula-

---

<sup>20</sup> Report by the Government of the Commonwealth of Dominica, "Post-Disaster Needs Assessment Hurricane Maria", November 15, 2017, p. 26, <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/dominica-pdna-maria.pdf> (25.10.2021).

<sup>21</sup> Addington Coppin, "Trade and Investment in the Caribbean Basin Since the CBI." *Social and Economic Studies*, vol. 41, no. 1, 1992, p. 21-43.

<sup>22</sup> Jaitman Laura-Machin Stephen, "Crime and violence in Latin America and the Caribbean: towards evidence-based policies", *CentrePiece Winter* 2015/16, p. 2-5.

<sup>23</sup> Gürhan, Ö. Belgin, "L'acquisition De La Nationalité Turque Par Investissement", Village de la Justice, 12 November 2019, <https://www.village-justice.com/articles/acquisition-nationalite-turque-par-investissement,32901.html> (15.10.2021).

<sup>24</sup> Henley & Partners, "Passport Index", 2021, <https://www.henleyglobal.com/passport-index> (15.10.2021).

<sup>25</sup> 29.05.2009 kabul tarihli, 12.06.2009 tarih ve 27256 sayılı R.G.'de yayımlanan 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu.

tions of the Law on Turkish Nationality entered into force by decision of the Council of Ministers numbered 2010/139 and dated 11.02.2010 (the “Implementing Regulations”). Then, these conditions were considerably relaxed by the recent changes dated September 19, 2018<sup>26</sup>. The purpose of this easing is to attract more talented persons and investments to Turkey.

There are several possibilities for obtaining Turkish citizenship by investment (a). However, the preferred route for foreigners to obtain Turkish citizenship is through real estate investment (b).

### 1. The Different Possibilities of Obtaining Turkish Nationality by Investment

The Law numbered 5901 on Turkish nationality dated 29.05.2009 provides in its article 12.1 the exceptional situations of acquisition of Turkish nationality: “Under the condition that there is no risk for national security and public order, foreigners specified below can acquire Turkish citizenship by decision of the President of the Republic:

- a. *Persons creating industrial establishments in Turkey or rendering or capable of rendering a service of a scientific, technological, economic, social, sporting, cultural or artistic nature and for whom a reasoned proposal has been made by the relevant Ministry.*
- b. *People with a residence permit in accordance with article 31.1.j of Law number 6458 on Foreigners and International Protection dated 04.04.2013 and foreigners holding the turquoise card, their foreign spouses and their minor children as well as the minor children of the spouse.*
- c. *People for whom the acquisition of Turkish citizenship seems compulsory*
- d. *People who are considered to be refugees.*

The acquisition of Turkish citizenship by investment falls under the provision of article 12.1.b of the above Law. Thus, article 20 of the Implementing Regulations relating to this form of acquisition of Turkish citizenship has been amended several times in order to make this route more attractive. The last amendment dates from September 19, 2018; the required conditions have been relaxed as the investment thresholds have been significantly lowered.

<sup>26</sup> 18.09.2018 tarih ve 106 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yürürlüğe konulması kararlaştırılan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.

There are six possibilities to obtain Turkish citizenship as part of citizenship by investment:

- The purchase of a property not less than \$ 250,000 with a ban on transfer for 3 years,
- The deposit of \$ 500,000 in a Turkish bank for 3 years,
- The investment of \$ 500,000 in government bonds for 3 years,
- The investment of \$ 500,000 in fixed capital,
- The provision of 50 jobs in Turkey.
- Purchasing a real estate investment fund participation share or venture capital investment fund participation of at least 500.000 US Dollars or equivalent in foreign currency or equivalent Turkish Lira<sup>27</sup>

## **2. Obtaining Turkish Citizenship by Investing in Real Estate**

Obtaining Turkish citizenship through real estate investment requires the property to have a minimum value of \$ 250,000 or its equivalent in Turkish lira. Before the 2018 reform, this amount was \$ 500,000. The lowering of the financial threshold has made it possible to attract many more foreign investors interested in Turkish citizenship, especially since the Turkish currency has lost a lot of value in recent years.

The investment can relate to a single real estate or several real estates, the total amount of which must be equivalent to at least 250,000 dollars. The purchase must be made after the entry into force of the new thresholds, i.e., September 18, 2018. Otherwise, the old threshold will apply.

The procedure for obtaining Turkish citizenship by investment consists of five stages:

- Obtaining a valuation report for the property,
- Obtaining a certificate of conformity,
- Application for a residence permit,
- Registration of an address,

---

<sup>27</sup> 18.09.2018 tarih ve 106 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı.

- Application for Turkish nationality.

Following general instructions published by the Directorate General of Cadaster and the Land Register linked to the Ministry of the Environment and Urban Planning which entered into force on March 4, 2019, the property valuation report is mandatory when foreigners are involved in the sale of real estate, whether they are buying or selling. The candidate for Turkish citizenship must, once having obtained the valuation report indicating a value of at least equal to \$ 250,000 for the property in question, obtain a certificate from the Department of Services for Foreigners of the General Directorate of Cadaster and the Land Register. The candidate for Turkish citizenship at this stage needs to apply for residence permit. Once the residence permit has been obtained, the person concerned must register their home address with the competent civil status authority. Once the residence permit has been obtained and the domicile address in Turkey has been registered, the candidate for Turkish nationality can submit his request for this purpose to the competent provincial authority, which will send the file to the General Directorate of Nationality and Civil Status under the Ministry of the Interior.

What is the difference between programs that grant citizenship by investment? To answer this question, we need to examine three things: the price, whether the candidate for this citizenship has to stay in the country she/he is applying for citizenship or not and for how long, and other conditions attached to where you invest and its changing status, as well as to how long you stayed in the country.

Some countries have more conditions than others. As we have mentioned above for example, you have to establish a residence in Turkey to acquire its nationality when you are a foreign investor at least during the first three years. However, other countries like Dominica used to offer nationality without having to live there. Other countries like United States, Canada, New Zealand and Australia offer a number of options to allow immigrants to obtain citizenship after a long period of living in those countries or an elite residence.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Millington Alison, "23 countries where money can buy you a second passport or 'elite residency'", *Business Insider*, Dec 27, 2018, <https://www.businessinsider.com/countries-where-you-can-buy-citizenship-residency-or-passport-2018-9?r=US&IR=T> (19.10.2021).

#### **IV. CONCLUSION**

Citizenship by investment is the process of obtaining a second citizenship and passport by investing in the economy of the host country. It is important to differentiate between citizenship and passport, these two terms are often mistakenly confused. Legally, citizenship represents an individual's relationship with a state. It is associated with a number of rights and obligations, while a passport is a travel document. For some, a second citizenship is a protection from persecution, an alternative to political asylum, safety for children, or even a solution in a region torn by conflict. Among the benefits of obtaining citizenship by investment, the most common reason is not the ability to travel visa-free, as one might think, but rather the security and peace of mind from all uncertainties behind the future. In Turkey, a second citizenship obtained by investment once gained levels with all other gained Turkish citizenships regardless of the acquisition modes.

**BIBLIOGRAPHY**

- 18.09.2018 tarih ve 106 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile yürürlüğe konulması kararlaştırılan Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.
- ACT NO. 5901, Turkish Citizenship Law, *Official Gazette*, 2009-06-12, No. 27256.
- ADDINGTON, Coppin, "Trade and Investment in the Caribbean Basin Since the CBI." *Social and Economic Studies*, vol. 41, no. 1, 1992, pp. 21-43.
- CARENS, J. H., "Membership and Morality: Admission to Citizenship in Liberal Democratic States", in Rogers Brubaker (ed.), *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, Lanham, University Press of America, 1989, pp. 31-49.
- CRAIGWELL, R., *Foreign Direct Investment and Employment in the English- and Dutch-speaking Caribbean Port of Spain*, International Labour Office, 2006, pp. 3-4.
- HERMAN, R. Van Gunsteren, "Admission to Citizenship", *Ethics*, vol. 98, no 4, 1988, pp. 736-737.
- JAITMAN, Laura-MACHIN, Stephen, "Crime and violence in Latin America and the Caribbean: towards evidence-based policies", *CentrePiece Winter* 2015/16, pp. 2-5.
- MANBY, Bronwen, *Les lois sur la nationalité en Afrique: Une étude comparée*, Open Society Institute, New York, 2009.
- RORY, Miller, "British Investment in Latin America, 1850-1950 A Reappraisal", *ITINERARIO*, vol. 19, 1995, pp. 21-52.
- SHACHAR, Ayalet, "The Marketization of Citizenship in an Age of Restrictionism." *Ethics & International Affairs* 32, no. 1 (2018), pp. 3-13.
- SLOANE, Robert, "Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality", *Harvard International Law Journal*, vol. 50, Winter 2009, pp. 1-60.
- WHITE, Stuart, *The Civic Minimum: On the Rights and Obligations of Economic Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Değerleme Kapsamında 15.02.2019 Tarihli 1795 Sayılı Tapu ve Kadastro Müdürlüğü Genelgesi.



**Electronic Sources**

- EUROPEAN COMMISSION, "Evaluation according to European Commission's regulatory fitness and performance (REFIT) programme", [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legalmigration/fitness-check\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/legalmigration/fitness-check_en) (15.10.2021).
- EUROPEAN COMMISSION, "Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union", Brussels, 23.1.2019, p. 4 [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com\\_2019\\_12\\_final\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/com_2019_12_final_report.pdf) (14.10. 2021).
- GÜRHAN, Ö. Belgin, "L'acquisition De La Nationalité Turque Par Investissement", Village de la Justice, 12 November 2019, <https://www.village-justice.com/articles/acquisition-nationalite-turque-par-investissement,32901.html> (15.10.2021).
- HENLEY & PARTNERS, "Passport Index", 2020, <https://www.henleyglobal.com/passport-index> (15.10. 2021).
- MILLINGTON, Alison, "23 countries where money can buy you a second passport or 'elite residency'", *Business Insider*, Dec 27, 2018, <https://www.businessinsider.com/countries-where-you-can-buy-citizenship-residency-or-passport-2018-9?r=US&IR=T> (19.10.2021).
- Report by the Government of the Commonwealth of Dominica, "Post-Disaster Needs Assessment Hurricane Maria", November 15, 2017 <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/dominica-pdna-maria.pdf> (25.10.2021).
- THAROOR, Ishaan, "Haiti's fate is intertwined with the U.S.", *The Washington Post*, 8 July 2021. <https://www.washingtonpost.com/world/2021/07/08/haiti-fate-america/> (25.10.2021).
- THORUP, Mikkel, "Top six reasons why you need a second passport", *International Strategies for the Global Minded*, 2020, available: <https://www.escapeartist.com/blog/why-you-need-a-second-passport/08/11/2021>.
- X, "Portugal Not Only Refuses to Abolish the Golden Visa Scheme But Also Expands it with 'Green Visas'", January 14, 2019, online at <https://www.schengenvisainfo.com/news/portugal-not-only-refuses-to-abolish-the-golden-visa-scheme-but-also-expands-it-with-green-visas/> (12.10.2021).



## ORMAN YAKMA SUÇLARI (ORMANK m.110)<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Gülsün AYHAN AYGÖRMEZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Orman suçları uzun bir süre ceza hukuku biliminin ilgisini tam olarak çememiş ve tıpkı diğer çevre suçları gibi üvey evlat muamelesi görmüştür. Orman suçları içerisinde de orman yakma suçları, hem yarattığı toplumsal tepki hem de içerisinde barındırdığı çeşitli sorunlar nedeniyle özellikle tartışmaya muhtaç bir suç türüdür. Orman kavramının lafzi ve biyolojik anlamda tanımları orman idare ve ceza hukuku mevzuatı tanımlarından farklılaşabilmektedir. Bunun yanında orman ceza hukuku açısından ayrı bir değerlendirilmede bulunmak gerekecektir. En nihayetinde orman suçları kapsamının *de lege ferenda* genişletilmesi de icap etmektedir. Bu bağlamda makale kapsamında orman yakma suçlarına ilişkin tartışmalı bazı ana hususlara içtihatlar da göz önünde bulundurulurak değinilmeye çalışılacak, olması gereken hukuk açısından da bazı önerilerde bulunulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Orman Yakma, Orman Ceza Hukuku, Orman.

---

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22/11/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 10/12/2021.

Atıf Şekli: Gülsün Ayhan Aygörmöz, "Orman Yakma Suçları (OrmanK m.110)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 21-58.

(\*\*) İstanbul Gedik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: gulsun.aygormez@gedik.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-3386-2470.

## **THE CRIMES OF SETTING FIRE TO FOREST (FOREST LAW ART. 110)**

### **ABSTRACT**

Forest crimes have not attracted the attention of criminal law science for a long time, and just like other environmental crimes, they were treated as a stepchild. Among the forest crimes, crimes of setting forests on fire are a type of crime that needs discussion especially because of the social reaction it creates and the various problems it contains. The literal and biological definitions of the concept of forest may differ from the definitions of forest administration and criminal law legislation. In addition, it will be necessary to make an evaluation in terms of forest criminal law. As a *de lege feranda* it is necessary to expand the scope of forest crimes. In this context, within the scope of the work, some of the main controversial issues related to crimes of setting fire to forest will be tried to be addressed by taking into consideration the jurisprudence, and some suggestions will be made in terms of the law that should be.

**Keywords:** Setting Fire to Forest, Forest Criminal Law, Forest.

## GİRİŞ

Orman yakma suçları, Orman Kanunu (OrmanK) kapsamında düzenlenmiştir, kamu oyunda çok büyük yankı uyandıran suçlarının başında gelmektedir ve sonuçları da oldukça ağırdır. 2018 yılı içinde 2.167 adet orman yangını çıkmış ve bu yangınlarda 5.644 hektar orman alanı zarar görmüştür. 2018 yılında çıkan orman yangınlarının %45'inin çıkış nedeni belirlenememiş ise de Türkiye'de çıkan orman yangınların büyük çoğunluğunun insan kaynaklı olduğu kabul edilmektedir. Orman yangınlarının %32'si ihmal-kaza, %19'u doğal sebepler, %4'ü kasit sonucu meydana gelmektedir.<sup>1</sup> Türkiye Adalet ve Adli İstatistiklerinde ne yazık ki Orman Kanunu suçları özelinde ayrı veriler yer almamaktadır. Ancak Orman Kanunu kapsamında 2020 yılında işlenen suç sayısı 18.468 olarak belirtilmiştir. Bu sayı Türk Ceza Kanunu ve Özel Kanunlar içerisindeki suç toplamının %3,5'ine denk gelmekte, Orman Kanunu cezai bakımdan en çok ihlal edilen 6. özel ceza kanunu olmaktadır.<sup>2</sup>

Orman yangınlarının toplumda ciddi tepkilere yol açtığı da bir gerçektir. Ormanların ekosisteme temiz hava, iklimin korunması, erozyonun önlenmesi vs. gibi katkıları bir yana, orman yangınlarında telef olan hayvanlar kamu hayatında ciddi yaralar açmaktadır. Orman yakma suçları da dahil orman suçlarının ceza hukukçuları tarafından daha fazla ele alınması ve reform önerileriyle daha anlaşılır ve koruyucu olmasına katkı sunulması sağlanmalıdır.

Mevcut makalede orman suçlarından orman yakma suçları incelemeye alınmaktadır. Öncelikle orman kavramından orman ceza hukukunda ne anlaşılması gerektiği ortaya konulacaktır. Zira orman yakma suçları bakımından tartışılması gereken en önemli husus orman kavramına yüklenecek anlamdır. Bunun ardından orman yakma suçlarına yönelik yeni suç türleri önerilerinde bulunulacaktır. Makalenin ikinci kısmında, orman yakma suçlarına dair kısa açıklama ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

## I. ORMAN KANUNU M. 110 KAPSAMINDAKİ SUÇLAR

Orman Kanunu m.110'da hem orman yakma suçları hem de ormanda gelemeye ilişkin bir kabahat düzenlenmiştir. OrmanK m.110 l'de "76'ncı maddenin (a) bendinde belirtilen fiili işleyenlere elli Türk Lirası idarî para cezası veri-

<sup>1</sup> <https://cevreselgostergeler.csb.gov.tr/orman-yanginlari-i-85850> (19.09.2021).

<sup>2</sup> <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020HIZMETEÖZELKİTAP.pdf> (19.09.2021).

*lir. a) Devlet ormanlarında; orman idaresince belirlenen konak yerlerinden başka yerlerde geceleme*” kabahati norma bağlanmıştır. OrmanK m.110 II’de orman yakınında kasten ateş yakma; OrmanK m.110 III’te taksirle orman yakma, OrmanK m.110 IV’te kasten orman yakma suçu yer almaktadır. Bu makalede kabahatler değil sadece bu madde suçları ele alınacaktır. OrmanK m.100’daki suçlardan ormanda, orman yakınında kasten ateş yakma da - bu çalışma kapsamında ormanda kasten ateşle iştiligal olarak anılacaktır- seçimlik hareketli bir suç olduğundan oldukça kapsamlıdır. Anılan tüm suçlar yapıları ve doğaları gereği birbirinden oldukça farklıdır.

Ormanda kasten ateşle iştiligal (OrmanK m.110 II): “76’ncı maddenin (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen fiilleri işleyenler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolunur. TCK m.76: b) Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terketmek; c) Ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atmak; d) Ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun’un 31’inci ve 32’nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakmak yasaktır. Atıf normu niteliğindeki bu hükmün şu şekilde okunması icap eder: Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakan veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terkeden; ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atan; ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun’un 31’inci ve 32’nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakan hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolunur.

Taksirle orman yakma (OrmanK m.110 III): *Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verenler iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları veya meydana gelen zararın azlığı göz önünde bulundurularak, verilecek ceza yarısına kadar indirilir. Zararın belirlenmesinde yangın sonucu tamamen yanan ağaç ve ağaççıkların değeri, kısmen yanan ağaç ve ağaççıkların değerinde meydana gelen azalma, alt tabaka orman örtüsünün yanması nedeniyle oluşan zarar ve toprağın humuslu tabakasının yanması nedeniyle meydana gelen verim kaybı dikkate alınır.*

Kasten orman yakma (OrmanK m.110 IV): *Kasten orman yakan kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faali-*

*yeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

OrmanK m.110 V. fıkrada “Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” hükmü yer almaktadır. OrmanK m.110 VI. fıkrada ise bu suçlarla birlikte ölüm/yaralama neticelerinin meydana gelmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı norma bağlanmıştır: “Bu maddede yazılı suçların işlenmesi sebebiyle, ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, **ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur.**” Bu durumda OrmanK m.110 kapsamındaki suçlarla beraber ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi durumunda, hem bu suçlardan hem de öldürme/yaralama suçlarından dolayı ceza verilmesi gerekecektir. Bunun dışında ölüm/yaralama olmaksızın, ormanda kasten ateşle iştilal neticesi orman yangını meydana gelirse, anılan suç (taksirli ya da kasten) orman yakma suçu içerisinde erimiş olduğundan, bu farklı fıkra suçlarından ayrı ayrı değil, bilakis sadece (taksirli ya da kasten) orman yakma suçundan dolayı ceza vermek icap edecektir.

## II. ORMANK M. 110 SUÇLARININ KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER

Normlar sistematik ve lafzi anlamda değerlendirildiğinde, orman yakma suçlarının koruduğu hukuki değer çevre için en esaslı doğal kaynaklardan olan **ormandır**. Birinci fıkradaki ormanda kasten ateşle iştilal suçu ormanları yangın tehlikesinden korumayı; ikinci ve üçüncü fıkra ise ormanları yok olmalarına neden olacak yangın neticelerinden korumayı hedeflemektedir.

Bu suçların koruduğu “orman”dan bir hukuki değer olarak ne anlaşıldığının ortaya konulması gerekmektedir. Ormanlar her şeyden önce ekolojik anlamda çok önemli bir zenginlik kaynağıdır.<sup>3</sup> Dünyanın önemli su, toprak, enerji, biyolojik zincir ve çeşitlilik, maden gibi kaynaklarını bünyesinde barındıran, çevreyi, iklim, topografik ve biyo-coğrafik yönden etkileyen, kompleks, klimaks komuniteler (ortak) hayat alanları olup, yerkürenin karmaşık ve birbiri ile bağlantılı ekolojisini temsil ederek, küresel ekosistemin korunmasını sağlarlar.<sup>4</sup> Ormanlar

<sup>3</sup> Mehmet Ünal - Veysel Başpınar, *Orman Hukuku*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 3.

<sup>4</sup> Mehmet Korkmaz, *Ormanlık Alanlar ve Orman Ekolojisi Üzerine Bir Değerlendirme*, iç: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/450532>, s. 99; Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 2, 3.

hem su kaynakları sağlayıcısı hem de koruyucusudur. Ormanlar yağmur bulutlarını çeker ve suyun muhafazasına yardım ederek, su kaynaklarının ve düzenli ırmakların oluşumuna hizmet eder.

Ormanların ayrıca esaslı kamusal yararları<sup>5</sup> bulunmaktadır. Ormanlar doğal felaketlerden koruyucudur.<sup>6</sup> Sel, su baskınları ve erozyonlara engel olarak, toprakların akıp gitmesini ve kayalıkların aşınması önlemekte, toprak varlıklarını korumaktadır. İklim değişiklikleri üzerinde de olumlu etkileri olduğu gibi ormanların özümleme olayı (fotosentez) sonucu bir yandan karbondioksit (CO2) tüketirken; diğer yandan oksijen üretmeleri hem oksijen deposu olmalarını sağlamakta hem de kirli havanın arınmasına katkı sunmaktadır.<sup>7</sup>

Ormanlar tüm bunların yanında, insanların temel ihtiyaçlarına cevap veren pek çok aslı ve talı ürünleri içinde barındıran (konut, gemi inşaatı, kağıt imalatı, sinai, kimyasal işletme hammaddesi vs. gibi asli ürünler ile reçine, tanen, sığla yağı, mantar, çam fıstığı, kestane vs. gibi tali ürünler) maddi ve ekonomik değerleri olan kaynaklardır.<sup>8</sup> Orman ürünlerinin kullanılmadığı sektör adeta yok gibidir.<sup>9</sup>

Ormanların varlık sebebi göz önünde bulundurulduğunda ormanın, ağaçlar, su kaynakları, oti bitki ve rekreasyon alanları, av ve yaban hayvanları gibi canlı ve cansız sayısız organizmadan oluşan, organizasyon düzeyi yüksek ve kendini yenileyebilen bir **varlık** olarak kabul edildiği ifade edilebilir.<sup>10</sup> Dolayısıyla ormanın korunması ile sadece orman varlığı olan “ağaçlar” değil, tam tersine bunların ev sahipliğindeki tüm diğer bitkiler, canlılar vs. ile tüm bunların toplamından ortaya çıkan temiz su, hava, hammadde vs. kaynak teşkil eden ekolojik sistem (orman ekosistemi) korunmaktadır. Bu nedenle hukuki değer olarak “orman” ile kast edilen de bu değerler toplamı olacaktır.

<sup>5</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 2.

<sup>6</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 2, 3.

<sup>7</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 2, 3.

<sup>8</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 1.

<sup>9</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 1.

<sup>10</sup> Bkz. İsmet Daşdemir, *Orman Mühendisliğine Giriş (Ders Notu)*, Bartın, 2016, s. 1, iç: [https://www.researchgate.net/publication/298721711\\_Orman\\_Muhendisligine\\_Giris\\_Ders\\_Notu/link/5d34203da6fdcc370a51e330/download](https://www.researchgate.net/publication/298721711_Orman_Muhendisligine_Giris_Ders_Notu/link/5d34203da6fdcc370a51e330/download) (01.08.2021); Mustafa Toprak, *Açıklamalı - İçtihatlı Orman Suçları*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 22; Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 20.



### III. “ORMAN” KAVRAMI

Hukuki değer olarak “orman” dan ne anlaşılması gerektiğine değinildikten sonra orman yakma suçlarının en önemli maddi unsuru olan “orman” kavramına da normatif bir tanımlamanın yapılması icap etmektedir. Ancak orman kavramını açık bir şekilde tespit etmek fevkalade güçtür. Zira orman kavramından biyolojik veya lafzi anlamda anlaşılabilir ile orman idare hukuku anlamında anlaşılabilir birbirinden farklıdır. Bu farklılığa bir de mevzuatta orman sayılan ve sayılmayan yerler hükümlerinin karmaşık yapısı ve teknikliği eklenince, durum içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Aşağıda öncelikle orman idare hukukundaki orman kavramı tespit edilmeye ve ayrıntılarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bunun ardından biyolojik ve sözlük anlamında orman ile öğretici ve içtihatlardaki orman kavramlarına değinilerek, orman yakma suçu bakımından ormandan ne anlaşıldığı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

#### A. Orman İdare Hukukunda “Orman” Kavramı

OrmanK m.1’e göre “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*” Tanımda geçen topluluk kavramı 20/11/2012 tarihli Orman Kadastrosu ve 2/B Uygulama Yönetmeliği (Kısaca: 2/B Yönetmeliği) m.14 ç içerisinde şu şekilde ifade edilmektedir: *Topluluk, ağaç ve ağaççıkların veya her ikisinin beraberce buldukları saha üzerinde tabii olarak %10 ve daha fazla kapallık teşkil etmesi halidir. Bir yerin orman olup olmadığının tayininde, topluluk unsuru, diğer unsurlarla birlikte mütalâa edilir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, orman kapsamı içinde bulunan bir sahada kapallık %10’dan aşağı bulursa ve hatta çeşitli sebeplerle üzerindeki orman örtüsü tamamen kaldırılmış olsa da bu sahalar yine de orman sahası olarak muhafaza edilir. Ormandan beklenen teknik, ekonomik ve müşterek faydaları asgarî şekilde dahi olsa yerine getirebilen ve ormancılık ilim ve tekniği bakımından devamlı şekilde veya muayyen dönemlerde teknik müdahaleyi icap ettiren ağaç ve ağaççıkların bir arada bulunması topluluk halidir. Ayrıca topluluk ile birlikte, sahanın orman rejimi içinde olup olmadığı, meylî, erozyon şiddeti iklim ve su rejimine olan tesir dereceleri, seri ve bölme bütünlüğü gibi esaslar da dikkate alınır. Dağınık olma, ağaç ve ağaççıkların işgal ettikleri kısımlarda kapallılığın tabii olarak %10 dan az olmasıdır (2/B Yönetmeliği m.14 k).* Bu durumda belli bir sıklıkta (%10) ve yoğunlukta olmayan, dağınık ağaç-ağaççıklardan oluşan alanlar orman olarak kabul edilemeyecektir.<sup>11</sup> OrmanK m.1’deki orman tanımda geçen ağaç ve ağaççık kavramları da 2/B Yönetmeliği m.14 a, b içeri-

<sup>11</sup> Krş. Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 17.

sinde tanımlanmaktadır. Buna göre *en az sekiz metre ve daha yukarı boy yapabilen kökü, gövdesi, tepesi olan, odunsu bitkilere, yaşı, çapı ne olursa olsun ağaç; yan dallarının çoğalması ve fazlaca gelişmesi neticesinde tepesi yayvanlaşan, genel olarak genişliğine bir büyüme şekli gösteren, boyu sekiz metreyi bulmayan, uzun ömürlü odunsu bitkilere çapı ve yaşı ne olursa olsun ağaççık* denir. Yurdumuzda tabii olarak yetişen orman ağaçlarına, ibrelî (iğne yapraklı) ağaçlardan ardıç, çam, karaçam, kızılçam, sarıçam, göknar, ladin, porsuk, sedir; yapraklı ağaçlara çınar, gürgen, ıhlamur, kayın, kavak, kestane, meşe, söğüt vs.; yapraklı ağaççıklara alıç, fındık, frenk üzümü, gül, hanımeli, kızılıçık, leylak, muimula, mürver, orman asması; ibrelî ağaççıklara bodur ardıç; maki ve funda grubu ağaççıklara erguvan, funda, ılgın, katırtırnağı, keçiboynuzu-harnup, zakkum, yenidünya, yabani kuşkonmaz, yaban zeytini, sandal, sakız, menengiç, laden vs. örnek verilebilir.<sup>12</sup>

OrmanK m.1'deki orman geçen "yerleri" kavramı, 2/B Yönetmeliği m.14 d içerisinde "Ağaç ve ağaççıkların veya her ikisinin kapladığı yerler ile ağaç ve ağaççıkların tabii veya suni etkilerle kaldırılmış sahalar" olarak tanımlanmıştır. Şu halde OrmanK m.1'de yerleri ile birlikte orman sayılır ifadesi sebebiyle, ilgili yerde orman bitki örtüsü bir şekilde (yangın, kesim vs.) yok edilse bile yer olarak orman olma özelliğinin devam edecek; arazi orman arazisi olma özelliğini kaybetmeyecektir.<sup>13</sup> 7/8570 Orman Sınırlan Dışına Çıkarılacak Yerler Hakkında Tüzük<sup>14</sup> (OrmanT) m.4a gereği yanan yerler orman vasfını korumaktadır. Buna karşın orman bitki örtüsünden yoksun, bilimsel açıdan ormanlık vasfını yitirmiş addediler yerler artık orman sayılamayacaktır. Buna göre OrmanT m.5 gereği "Hayat birliği ve bu birliğe dahil unsurları kaybolacak şekilde üzerindeki ağaç ve ağaççık toplulukları kaldırılan ve toprağında müş'ir bitkiler, refakat florası, dip kütükleri, ölü örtü ve toprağın bir metre derinliğine kadar olan kısmında, kalın ve ince kök kalıntıları veya bunların çürümesinden hasil olan içi humus veya gevşek mineral madde dolu kanallar bulunmayan ve çevre sorunları, ormancılık fâaliyetleri ve ekonomisi yönlerinden yeniden orman kurulmasında zorunluluk ve yarar olmayan yerler, bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş sayılır." Orman kavramına idare hukuku tarafından getirilen bu geniş

<sup>12</sup> Ayrıntılı açıklama ve diğer örnekler için bkz. Celal Aras, **Orman Kanunu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 11 vd.

<sup>13</sup> Krş. Mustafa Toprak, **Açıklamalı - İctihatlı Orman Suçları**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 22; Ünal - Başpınar, **Orman Hukuku**, s. 20.

<sup>14</sup> 22.07.1974 tarihli 14953 sayılı Resmî Gazete.

tanımlamanın, orman ceza hukukunca doğrudan üstlenilip üstlenilemeyeceğinin aydınlatılması gerekmektedir. Zira ceza hukukunda kanunilik ve belirlilik ilkesi egemendir. Maddi unsura dair bir tanımlamanın sınırları belirli ve öngörülebilir olması zorunludur.

OrmanK m.1 içerisinde orman kavramına dâhil edilmeyenler de ayrıca tek tek anılmıştır. Öncelikle sazlıklar, step nebatlarıyla örtülü yerler, her çeşit dikenlikler, parklar, şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler, özel kanunu gereğince Devlet ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanun'da tasrih edilen yabancı veya aşılınmış fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar, funda veya makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler, orman sayılmayan alanlardır.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Bunların tanımları da 2/B Yönetmeliği m.14 vd. hükümleri içerisinde ayrıca öngörülmüştür: Buna göre sazlık, bataklıklarda yetişen bir senelik veya birkaç senelik otsu veya yarı odunsu bitkilerle kaplı yerdir. Step bitkileri ile örtülü yerler, step formasyonu, ağaçsız ve yazın kuruyan toprağı muntazam bir tarzda ve seyrekçe örten bitki örtüsüyle kaplı yerlerdir. Dikenlik, stepten sonra devam eden cılız ve monoton görünümlü odunsu bitkilerle kaplı yerdir. Park, köy, kasaba ve şehirlerde kamu idareleri veya kamu tüzel kişiliklerince orman kurma amacı dışında rekreasyon veya çevreye güzellik vermesi amacıyla tefrik veya tesis edilmiş ağaç ve ağaçlık ihtiva eden yerdir. Mezarlık, köy, kasaba ve şehir halkının ölülerini defnettği yerdir. Kadimden beri mezarlık olarak kullanılmış veya kullanılan yerler de mezarlık sayılır. Maki ve funda, kserofil bünyeli, her dem yeşil, sert ve çoğu zaman dikenli yapraklı ağaçlıkların teşkil ettiği bitki formasyonu olup, Mersin (*Myrtus communis*), Defne (*Laurus nobilis*), Sandal (*Arbutus andrachne*), Kocayemiş (*Arbutus unedo*), Pırnal Meşesi (*Quercus ilex*), Kermes Meşesi (*Quercus coccifera*), Katran Ardıcı (*Juniperus oxycedrus*), Katır Tırnağı (*Spartium junceum*), Kurtbağrı (*Ligustrum vulgare*), Keçiboğan (*Calicotome spinosa*), Erguvan (*Cercis siliquastrum*), Tesbih çalısı (*Styrax officinalis*), Karaçalı (*Paliurus aculeatus*), Herdemtaze (*Ruscus aculeatus*), Keçiboynuzu (*Ceratonia siliqua*), Peruka çalısı (*Cotinus coggygria*), Akçakesme (*Phillyrea media*), Geniş Yapraklı Akçakesme (*Phillyrea latifolia*), Menengiç (*Pistacia terebinthus*), Sakız (*Pistacia lentiscus*), Boyacı sumacı (*Rhus cotinus*), Yabancı Zeytin - Delice (*Olea europea* var. *oleaster*), Kocarçalı (*Anagyris foetida*), Zakkum (*Nerium oleander*), Pembe çiçekli Laden (*Cistus creticus*), Beyaz çiçekli laden (*Cistus salvifolius*), Tüylü Laden (*Cistus villosus*), Badem Yapraklı Ahlat (*Pyrus amygdaliformis*), Yabancı kuşkonmaz (*Asparagus acutifolius* ve benzeri bitkilerdir. Funda, ağaç fundası (*Erica arborea*) ve pembe çiçekli funda (*Erica verticillata*), *Erica* cinsi bitkilerdir. Otlak (Mera), üstünde hayvan otlayan, otsu bitkilerin tabii olarak yetiştiği açık alanlar olup, bir veya daha fazla köy ve belde halkına ait hayvanların ot ihtiyacını temin etmek maksadıyla tahsis edilmiş veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazidir. Yaylak, bir veya birkaç köy veya belde ahalisinin hayvanları ile birlikte geçici olarak çıkıp, hayvanlarını otlatmak üzere kadimden beri kullanılan ağaçsız, otlu, orman içi veya orman dışı münferit yerlerdir. Kışlak, hayvanların kışı geçirmek üzere indikleri otu bol olan kuytu yerler, köylülerin hayvanlarını otlatmak ve sulamak üzere kadimden beri bir veya daha ziyade köy ve beldeye tahsis edilmiş ılıman iklimli ve fazla yüksek olmayan yerlerdir. Orman ve toprak mu-

OrmanK m.1 kapsamındaki orman kavramına dâhil edilmeyenler bunlardan ibaret değildir:

OrmanK m.1/E'ye göre sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaççık nevilerinin bulunduğu yerler, orman sayılmaz. Bu durumda dört tarafı ormanla çevrili sahipli arazide bulunan veya her hangi bir yönden devlet ormanı ile sınırdan geçen yerdeki ağaç veya ağaççıklar (mesela kestane), o çevredeki ormanda tabii olarak yetişen ağaç ve ağaççık türünden değilse (mesela çam), söz konusu yer orman sayılmayacak, tersi durumda ise orman olarak kabul edilecektir.<sup>16</sup> Sahipli kavramı, ilgili mevzuatta öngörölmüş olan belgelerle ispatlanmış mülkiyet veya zilyetlik hali olarak tanımlanmaktadır.<sup>17</sup> Sahiplilik, kişilerin taşınmazlar üzerindeki mülkiyet iddialarını; orman sınırları içinde ve bitişğinde tapu ile, bitişik alanlar dışında ise her türlü tasarruf belgesi ve kayıtlarla ispatlamaları halidir (2/B Yönetmeliği m.14 ı).

OrmanK m.1/F'ye göre orman sınırları içinde veya bitişğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağınık veya yer yer küme ve sıra halinde ki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtölü yerler orman sayılmaz. Ormana bitişik olmama, Devlet ormanlarından; tarla, bağ, bahçe gibi kültür arazileri, hususi orman, tahsisli mera ve toplu yerleşim alanları, 6831 sayılı Kanun'un 1'inci maddesi istisna bentlerine göre orman sayılmayan arazi çeşitleri, nehir, ırmak, yaz kış devamlı akan ve genel olarak yatağı değişmeyen dere, 5658 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel mevcut olan Devlet karayolu ve demiryolu ile yarıntı ve kayalıklarla ayrılma halidir (2/B Yönetmeliği m.14 I). Şu halde özel mülkiyet konusu bir yer ile devlet ormanı arasında yerleşim alanları, orman sayılmayan yerler, mera, nemi, ırmak yatağı, değişmeyen dere, kara veya demiryolu, yarıntı veya kayalıklar varsa, o yer orman bitişğinde değil, orman dışında sayılır.<sup>18</sup>

---

hafaza karakteri, üzerindeki bitki formasyonu ile taşkınları, şiddetli yağış sonrası oluşan zararlı akışları, toprak erozyonunu, toprağın strüktür ve tekstürünün bozulmasını önleyici, su verimini artırıcı etkisi bulunan ve eğimi yüzde on ikiden fazla olan yerlerdir. Orman içi açıklık, orman içinde kültür arazileri dışında, insan müdahalesi olmaksızın kendiliğinden oluşan, doğal olarak ağaç ve ağaççık içermeyen, genel olarak otsu bitki ve bazı durumlarda yer yer odunsu bitkiler içeren alanlardır (2/B Yönetmeliği m.14 vd.).

<sup>16</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 28, 29 vd.

<sup>17</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 28.

<sup>18</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 29, 30.

OrmanT m.8 içerisinde tarımsal arazi “*üzerinde ekim, dikim, bakım, yetiştirme yapılarak veya doğrudan doğruya doğal faktörlerden yararlanılarak tarımsal, sınaî ve hayvan yemi olarak bitkilerin üretimine elverişli olan veya ıslah edilmek suretiyle üretime elverişli hale getirilmiş bulunan arazi*” olarak tanımlanmıştır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu m.3d’ye göre ise tarım arazisi, *toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretim yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ihya, ıslah edilerek tarımsal üretim yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazileri* ifade etmektedir. Tarımsal arazi olarak kullanılmalarında yarar bulunan yerler OrmanT m.9 içerisinde sayılmaktadır: *Sürekli ürün alınan ve tarla, bağ, meyvalık, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antepfıstığı), çay bahçesi ve benzeri haline getirilmiş olan ve bu şekilde kullanılmaları orman haline dönüştürülmelerinden daha yararlı bulunan yerler, tarımsal arazi olarak kullanılmalarında yarar bulunan yerlerdir.* OrmanT m.10 içerisinde tarla *“Üzerindeki doğal bitki örtüsü (vejetasyon) giderilmiş, karıştırılmak suretiyle genetik horizonu homojen hale getirilmiş, üst işleme horizonu oluşmuş, üst toprağı işlenerek organik madde kaybı suretiyle rengi açılmış, eğimi %15’ten az, erozyonu üst toprak tabakasında en fazla %50, efektif toprağı kurak bölgelerde en az 50, ana madde gevşek ise yağışlı bölgelerde en az 30 Cm. olan, hâkim toprak niteliği bakımından kumlu tınlı ve daha ince bünyeye sahip yerler, tarla niteliği olan yerler”* olarak öngörülmüştür. OrmanT m.11 kapsamında bağ *“Tarımsal arazi haline dönüşmüş ve uygulama gününde dekarında en az 110 omca olacak şekilde kültüre tabi tutulmuş yerler, bağ niteliği olan yerlerdir.”*

Dağınık, yani ağaç ve ağaççıkların işgal ettikleri kısımlarda kapalılığın tabii olarak %10 dan az olan, veya küme, yani kapalılık derecesi %10’dan fazla 3 hektardan küçük olan ağaç ve ağaççıklarla kaplı olan, sıra (yani küme vasfını taşımayan ağaç ve ağaççıkların bir veya birkaç sıra halinde birbiri ardına yer alması) olan yerler anlamına gelmektedir (Kapalılık, ağaç ve ağaççıkların buldukları sahaya göre toprağı siperleme oranıdır) (2/B Yönetmeliği m.14c,i,j,k).

OrmanK m.1/G’ye göre orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler de orman sayılmamaktadır.

OrmanK m.1/H’ye göre orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dahil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaççıklar orman sayılmaz. OrmanK m.1/İ’ye göre sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinlik-

ler de orman sayılmaz. Bunun yanında özel kanunu gereğince Devlet ormanlarından tefrik edilmiş yani ayrılmış ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanun'da tasrih edilen yani belirtilen yabancı veya aşılınmış fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar.

OrmanT m.13 kapsamında, tarımsal arazi haline dönüşmüş ve uygulama gününde dekarında zeytin (en az 8 adet), antepfıstığı (en az 8 adet), kestane (en az 5 adet), harnup (en az 10 adet), incir (en az 6 adet), armut, elma, Trabzon hurması (en az 10 adet), badem, kiraz (en az 15 adet), ayva, nar (en az 20 adet), erik, kayısı, zerdali (en az 15 adet), muşmula, malta eriği (en az 25 adet), şeftali, vişne (en az 20 adet), muz (en az 30 adet), ceviz, dut (en az 5 adet), üvez, hünnap, kızılıklık (en az 15 adet), limon, portakal, grape-fruit, turunç (en az 15 adet), mandalina (en az 20 adet), avocado (en az 10 adet), fındık (en az 40 ocak), gül (en az 200 kök) gibi cinslerden en az bir cinsi anılan azgari sayıda ağaç, ocak veya kök bulunan yerleri, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (antepfıstığı) ve güllük niteliği olan yerler olarak sınıflandırılmaktadır.

Tüm bu nitelikler orman idare hukukunda bir yerin biyolojik anlamda orman niteliğini haiz olup olmaması bakımından belirleyici iken, bir yerin bir de hukuki anlamda orman olarak tespiti bakımından belirleyici başka diğer hususlar da bulunmaktadır. Bunların başında ise orman kadastro işlemi gelmektedir. **Kadastr**o, ülke koordinat sistemine göre memleketin kadastral veya topoğrafik kadastral haritasına dayalı olarak taşınmaz malların, ormanların vs. sınırlarını arazi ve harita üzerinde belirterek hukukî durumlarını tespit etmek suretiyle ilgili mevzuatın öngördüğü sicilleri kurmak, mekânsal bilgi sisteminin alt yapısını oluşturmak üzere yapılan işlemler bütünüdür. Orman kadastrasına ilişkin hususlar OrmanK ile 3402 sayılı Kadastr Kanunu kapsamında ele alınmaktadır. Bir yerin orman olarak tespiti bakımından söz konusu alanın kesinleşmiş orman kadastrası sınırları içerisinde olup olmadığı önemli bir role sahiptir. Eğer ilgili alan kesinleşmiş orman kadastrası sınırları içerisinde ise burası orman sayılan yerlerden kabul edilecektir.<sup>19</sup> Orman kadastrası yapılmamış yerlerde ise orman niteliğinin tespiti, 2/B Yönetmeliği'nin 16 ve devamı maddelerine göre belirlenmektedir.<sup>20</sup> 2/B Yönetmeliği m.16 devlet

<sup>19</sup> Toprak, *Orman Suçları*, s. 18, 19.

<sup>20</sup> Bu Yönetmeliğin amacı; orman alanlarının ve 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine göre orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin geometrik ve hukukî durumlarının tayin ve tespiti ile bu suretle sınırlandırılan ormanların ve orman sınırları dışına çıkartılan alanların tapu siciline tescillerini sağlamak ve orman kadastrası bilgi sisteminin altlığını oluşturmaktır (2/B Yönetmeliği m.1).

ormanı olarak sınırlandırılacak yerler, m.17 devletten başkasına ait ormanların kadastrosu, m.18 mülkiyet anlaşmazlığı nedeniyle mahkemeye intikal etmiş sahalarda orman kadastrosu ve 2/B uygulaması, m.19 tapulaması ve kadastrosu yapılmış yerlerde orman kadastrosu, m.20 makilik sahalarda orman kadastrosu, m.21 yabancı zeytinlik sahalarda orman kadastrosu hususlarına ilişkindir.

Buna karşın burada belirtilen sahaların herhangi bir şekilde sınırlama dışı bırakılmış veya orman sayılmamış olması bu yerlerin orman olma vasfını ortadan kaldırmayacağı 2/B Yönetmeliği m.16 içerisinde açıkça düzenlenmiştir. Orman tahdit veya kadastrosu yapılmış olsun ya da olmasın, tapulama veya kadastro sonucu ya da hükmen orman vasfı ile Hazine adına tescil edilen, 6831 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre orman rejimine alınmış, 6831 sayılı Kanunun 24 üncü maddesine göre kamulaştırılanlarla diğer suretle orman yetiştirilmek üzere kamulaştırılan, Devlet ormanı olduğuna dair kesinleşmiş mahkeme kararı bulunan yerlerin orman sınırları dışında kaldığının tespit edilmesi halinde ise Şube Müdürlüğü kontrolünde Orman Kadastro Başmühendisliği tarafından haritasına işlenir. Araziye orman sınırları buna göre düzeltilir. Tutanak defterinin sırası gelmiş sayfasında da durum etraflıca izah edilir. Düzenlenen yeni haritalar, alanlar cetveli ve tutanak örnekleri Şube Müdürlüğüne orman kadastro dosyası dağıtılan tüm birimlere gönderilir (2/B Yönetmeliği m.16 II, III).

Tüm bu aktarılanlardan ortaya çıkmaktadır ki, orman kavramının orman idare hukuku bakımından içeriksel ve kapsal olarak tespiti oldukça karmaşık ve zordur. Ayrıca uzmanlık gerektiren teknik de bir iştir. Bu nedenle bir yerin orman olup olmadığı ancak, konusunda uzman orman mühendisi ve fen bilirkişisi nezaretinde, davaya konu alanda keşif yapılarak tespit edilebilecektir. Hatta bu keşiften önce, davaya konu yerde orman kadastrosu yapıp yapılmadığının ilgili idareden sorulması ve orman kadastrosu yapılmış ise, kadastro tutanakları ile tahdit haritasının getirilerek ilgili incelemelerin yapılmasının isabetli olacağı belirtilmektedir.<sup>21</sup> Yargıtayın bu hususta sayısız kararı bulunmaktadır: *“Saniğin savunmasında, suça konu emvali kendi tapulu arazisinden kestiğini iddia etmesi ve tapusunu ibraz etmesi karşısında, suça konu emvalin kesildiği yerin tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespitine ilişkin, ibraz edilen tapunun ve memleket haritası ile amenajman planının saniğin arazisine uygulanarak fen ve orman bilirkişileri ile keşif yapıldıktan sonra saniğin hukuki durumunun belirlenmesi*

<sup>21</sup> Toprak, *Orman Suçları*, s. 18.

gerektiği gözetilmeden, yalnızca emval üzerinde keşif yapılmak suretiyle eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması"<sup>22</sup>; "Suç tutanağı eki belgelerde, orman kadastro haritasının bulunmasına karşılık mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda, davaya konu yerde kesinleşmiş orman kadastrosu bulunmadığının bildirilmesine göre orman idaresinden suça konu yerde orman kadastrosu yapılıp yapılmadığının, yapılmışsa hangi tarihte kesinleştiğinin sorularak çelişkinin giderilmesinden sonra bir hüküm tesisi gerektiğinin gözetilmemesi"<sup>23</sup>; "Orman Kanunu'na aykırılık (işgal ve faydalanma) suçunda; keşif sonucu tanzim edilen bilirkişilerin imzaladıkları raporda kesinleşmiş orman kadastro çalışmalarının yapıldığı sonuç kısmında ise kesinleşmiş orman kadastrosunun davaya konu yerden geçmediği belirtilerek çelişki bulunduğu anlaşılmasına göre raporu imzalayan fen ve orman mühendisine bu çelişki sorulmadan gerektiğinde mahallinde üç kişilik bilirkişi kurulu tarafından keşif yapılarak davaya konu alanın tereddüde yer vermeyecek şekilde kesinleşmiş orman sınırları içerisinde kalıp kalmadığı hususu belirlenmeden hüküm kurulması hukuka aykırıdır."<sup>24</sup>; "Orman Kanunu'na aykırılık suçunda; suça konu yerde kesinleşmiş orman kadastrosu olduğu belirtildiğine göre, kadastronun kesinleşme tarihi sorulup tespit edilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekir."<sup>25</sup>.

Bu derece zor ve karmaşık bir konuda ceza hukukunun kanunilik ilkesi gereği daha temkinli yaklaşması ve toplumu oluşturan ortalama insan kesiminin öngörebileceği açıklıkta tanımlamalarda bulunabilmesi gerekmektedir.

## B. Orman Ceza Hukuku Bakımından Orman Kavramı

Sözlükte<sup>26</sup> "ağaçlarla örtülü geniş alan" olarak geçen orman<sup>27</sup>, öğretide "kendi kendine veya emek sarfı ile yetişmiş olup da, kanunda sayılan istisnalara

<sup>22</sup> 19. CD, E 2015/9428, K 2017/1460, T 22.2.2017.

<sup>23</sup> 3. CD, E 2012/29908, K 2013/24888, T 13.6.2013.

<sup>24</sup> 3. CD, E 2012/29903, K 2013/24733, T 13.6.2013.

<sup>25</sup> 3. CD, E 2010/9262, K 2011/19273, T 28.11.2011.

<sup>26</sup> <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>27</sup> Ormanlar kaliteleri itibarıyla koruluk ve baltalık olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır: Yapacak kereste veren ormanlar koruluk, yakacak odun veren ormanlar da baltalık olarak tanımlanmakta, koruluk ormanların kaliteli, baltalık ormanlar ise kalitesiz sayıldığı ifade edilmektedir bkz. Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 5; Osmanlı zamanında yapılan yasal düzenlemelere göre araziler, mülk araziler (arazi-i memluke), miri araziler (arazi-i emiriye), sahih vakıf arazileri (arazi-i mevkufe-i sahiha), terkedilmiş araziler (arazi-i metruke) ve ölü araziler



*girmeyen, boy verebilen, belli yapı ve yükseklikte, belli sıklık ve yoğunluktaki (kapalılıktaki) ağaç ve ağaççık toplulukları ile onların işgal ettikleri yerler”<sup>28</sup>; “ağaçlarla birlikte diğer bitkiler, hayvanlar, mikroorganizmalar gibi canlı varlıklarla toprak, hava, su, ışık ve sıcaklık gibi fiziksel çevre faktörlerinin birlikte oluşturdukları karşılıklı ilişkiler dokusunu simgeleyen, kendine özgü yaşam beraberliği olan ve organizasyon düzeyi yüksek bir ekosistem”<sup>29</sup>, “geniş alanlarda kendine özgü bir iklim oluşturabilen, belirli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikro organizmalar ve çeşitli böcekler ve hayvanlarla orman toprağının birlikte oluşturduğu bir yaşam birliği”<sup>30</sup> olarak tanımlanmaktadır. Biyolojik bakımdan orman, “geniş alanlarda kendine özgü bir iklim yaratabilen, belli yükseklik, yapı ve sıklıktaki ağaçların, ağaççık, çalı ve otsu bitkiler, yosun, eğrelti ve mantarlar, toprağın altında ve üstünde yaşayan mikro organizmalar*

---

(arazi-i mevad) olarak ayrılmıştır, ormanlar ise, altı kategoride ele alınmaktadır: mülk ormanlar, miri ormanlar, vakıf ormanlar, metruk ormanlar, mevat ormanlar, cibali mübaha ormanlardır, ayrıntılar için bkz. Ünal - Başpınar, **Orman Hukuku**, s. 8 vd.; Toprak, **Orman Suçları**, s. 17, 18, ormanları intifa ve işletme tarzı bakımından ormanlar ile mülkiyet bakımından ormanlar olmak üzere ikili bir tasnife tabii tutmaktadır. İntifa ve işletme tarzı bakımından ormanlar da kendi içinde üçe ayrılır: Muhafaza ormanları, millî parklar, işletme ormanları. Muhafaza ormanları, kamuya doğrudan doğruya fayda sağlayan, toprağın suyun ve iklimin korunmasına hizmet eden, bu yüzden her türlü işletmeye kapalı olan ormanlardır. Millî parklar, tabiatı muhafaza etmek, bilim ve sanata hizmet etmek, yurt güzelliğini sağlamak, toplumun spor ve dinlenme ihtiyacını karşılamak, turistik faaliyetlere katkıda bulunmak için yetiştirilip bu amaçlara tahsis edilen ormanlık alanlardır. İşletme (istihsal) ormanları, orman ürünü veren ve bu maksatla işletilebilen ormanlardır. Mülkiyet bakımından ise ormanlar, devlet ormanları, kamu tüzel kişilerine ait ormanlar ve özel ormanlar olmak üzere üç türe ayrılmıştır. Devlet ormanları, mülkiyeti, yetiştirilmesi, işletilmesi, diğer şekillerde tasarruf edilmeleri ve yönetimleri devlete ait olan ormanlardır. Kamu tüzel kişilerine ait ormanlar, kamu tüzel kişilerinince yetiştirilen ormanlardır. Belediyelere veya üniversitelere ait ormanlar vs. Özel ormanlar, özel mülkiyete konu olan ormanlardır. 6831 sayılı Orman Kanununun I/G maddesi uyarınca her türlü ağaç ve ağaççıklarla kapalı özel kişilere ait bir yerin yüzölçümü 3 hektarı aşmıyorsa bu yerler orman sayılmayacaktır. Bir yerin özel orman olabilmesi için, bir taşınmazın, ağaç ve ağaççıklarla örtülü olması, bu alanın 3 hektardan fazla olması gerekmektedir. Ayrıca böyle bir yerin özel orman olarak nitelendirilebilmesi için ağaç ve ağaççık topluluğunun arazi üzerinde birbirinin devamı niteliğinde ve bir bütünlük arz etmesi gerekmektedir. Aksi halde bir bütünlük oluşturmayan her bir parça ayrı ayrı değerlendirilir. Orman Kanunu I/G maddesi gereğince bir yerin özel orman olması, o yerin tapuda sahibi adına tescil edilmesine bağlıdır. Tapuda sahibi adına orman olarak kayıtlı olmayan yerler özel orman kabul edilmezler. Yine bu kaydın hukukî değerini yitirmemiş olması da gerekir.

<sup>28</sup> Ünal - Başpınar, **Orman Hukuku**, s. 19.

<sup>29</sup> Daşdemir, **Orman Mühendisliğine Giriş**, s. 1.

<sup>30</sup> Toprak, **Orman Suçları**, 16; Yusuf Güneş, **Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları**, 2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 144.

ve çeşitli böcek ve hayvanlarla orman toprağının birlikte oluşturduğu bir yaşam birliği” olarak ifade edilmektedir.<sup>31</sup>

Gerek lafzi ve biyolojik anlamda gerekse öğretisel olarak orman kavramına, ağaç/ağaççıklarla kaplı olma ve yaşam birliği olma bakımından işlevsel bir anlam yüklediği görülmektedir. Bu bağlamda işlevsel anlamda orman ağaç, ağaççık gibi tüm orman bitki örtüsünü içinde barındıran, tüm orman bitki, hayvanları olmak üzere canlılara ev sahipliği yapan, bunların işgal ettiği ve yaşam birliği kurduğu yerdir.

Yargıtay orman kavramını geniş yorumlamakta, orman sınırları dışında kalmakla beraber sonradan orman bitki örtüsünün oluştuğu yerlerin bilimsel ve teknik özellikleri ile orman sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle de ormana işlevsel açıdan yaklaşarak, orman idare hukukuna göre orman sayılmayan bir alanın işlevsel olarak orman özelliklerini bünyesinde barındırması halinde ceza hukuku bakımından orman olarak kabul edileceğini ifade etmektedir: “Mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında olay günü çıkan yangın sonucu 850 m<sup>2</sup>'lik sahada bulunan 7-11 yaşlarında toplam 55 adet kızılçam fidanlarının yandığı, suç konusu yerin 1948 yılında kesinleşmiş orman tahdidi dışında kalan Maliye Hazinesine ait yer olduğunun ifade edilmesine karşılık orman tahdidi dışında kalmakla beraber sonradan orman bitki örtüsünün oluştuğu yerlerin de orman sayılması lazım geldiği şeklindeki dairemizin istikrarlı uygulamaları karşısında suç yerinin bilimsel ve teknik özellikleri itibarıyla orman olup olmadığı yapılacak keşifle bilirkişiye açıklattırılıp, orman olmadığının anlaşılması halinde davanın Maliye Hazinesine ihbar edilerek hazırlıkta ifadeleri alınan ve olayın görgü tanıkları olduğu anlaşılan Y. ve S'nin duruşmadaki yeminle dinlenerek tanıklardan saniğin ağaçların dibinde birikmiş yaprak yığınlarını kasten mi ateşlediği yoksa sigarayı yakıp kibriti söndürmeden rastgele atması sonucu mu yangının oluştuğu etraflıca sorulup sonucuna göre saniğin hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...”<sup>32</sup>.

### C. Görüşümüz

Orman maddi unsuru sebebiyle orman yakma suçları açısından orman idare hukukuna bağımlılık söz konusu olmaktadır. Bu bağımlılık nedeniyle orman kavramının ilgili mevzuat göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekecek,

<sup>31</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 16.

<sup>32</sup> 3. CD, E 2004/885, K 2004/9468, T 6.10.2004.

bununla beraber bu bağımlılık, mutlak surette orman idare hukukuna tabii olma anlamına gelmeyeceği göz önünde bulundurulacaktır. Suç olarak tanımlanan normların bir ceza normu olduğu göz ardı edilmeden, bunların yorumlamasında ceza hukukunun kendine haslığı, özerkliği ve var oluş ile koruma amaçları vs. mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Hukuk düzeni bir bütündür, ancak bunun yanında hukuk dallarının da özerkliği bulunmaktadır. Bu iki unsurun birbiri ile dengeli olması gerekmektedir.<sup>33</sup> Bu nedenle ceza hukuku bakımından orman kavramı, orman hukukunun, idare ve ceza hukuku normlarıyla bir bütün olduğu, dolayısıyla da orman idare hukuku normları göz ardı edilmeden; ancak bunun yanında iki hukuk dalının özellikleri de gözden kaçırılmadan tespit edilmelidir.

Bu bağlamda OrmanK m.1 kapsamındaki “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır.*” tanımlaması, orman kavramının lafzı, biyolojik anlamı ile kavrama yönelik öğretisel yorumlar esas alınarak tanımlama yapılması yoluna gidilmelidir. Bir yerin ceza hukuku bakımından orman olarak kabul edilebilmesi için o bölgede orman idare hukuku tanımlamalarına uygun ağaç, ağaççık topluluklarının mevcudiyeti mutlaka aranmalıdır. Kasten/taksirle orman yakma suçlarının koruma amacı, bir bütün olarak orman olup, orman örtüsü de bu bütünü oluşturur. Orman örtüsü, alt tabaka orman örtüsü bakımından diri ve ölü alt tabaka örtüsü olarak ikiye ayrılmaktadır.<sup>34</sup> Alt tabaka orman örtüsünün diri kısmını, toprak üzerinde mevcut ağaç, ağaççık, çalı, fidan, çayır, ot, ibre, yaprak ve yosun; ölü kısmını ise, canlı bitkilerin zamanla hayat fonksiyonlarını kaybettiklerinde toprağın altında meydana gelen organik bir örtüdür.<sup>35</sup> Orman idare hukukuna göre orman kabul edilen (kesme, yanma vs. sonucu ağaçsız kalmış) ve orman vasfını yitirmemekle beraber, ağaç ve ağaççıklardan oluşan bir orman bitki örtüsünü bünyesinde barındırmayan yerlerin orman yakma suçları bakımından orman kavramına dâhil edilmemesi gerekir. Orman idare hukukuna katı bağımlılığın sonucu olacak bu durum, orman kelimesinin biyolojik anlamı ile lafzına, dolayısıyla da işlevine terstir. Buna ek olarak, biyolojik ve lafzi anlamda orman kabul edilecek yerler ile idari anlamda orman sayılacak yerin içerisinde barındırdığı “korunmaya layık unsur ve değerler” birbirinden farklıdır. Biyolojik ve lafzi anlamdaki bir orman içerisinde, ağaç ve ağaççıkların da bulunduğu tüm orman canlıları için bir yaşam birliği olarak daha fazla korunmaya değer unsur bulunmaktadır. Buna karşın örneğin yandığı ya da kesildiği

<sup>33</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gülsün Ayhan Aygörmez, *Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler*, Cilt 1, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2021, s. 46 vd.

<sup>34</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 219, 220.

<sup>35</sup> Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 219, 220.

için üzerinde ağaç ve/veya ağaççık bulunmamakla beraber, bunların toprağında müş'ir bitkiler, refakat florası, dip kütükleri, ölü örtü ve toprağın bir metre derinliğine kadar olan kısmında, kalın ve ince kök kalıntıları veya bunların çürümesinden hâsıl olan içi humus veya gevşek mineral madde dolu kanallar bulunan bu nedenle üzerinde orman bitecek alanlarda ağaç/ağaççık, buna bağlı bulunan orman bitki örtüsü ve orman hayvanları bulunmamaktadır. Buna ilaveten ağaçlardan yoksunluk bunların ekosisteme kattığı değerlerden de yoksunluğa sebep olmaktadır. Bu bağlamda korunan hukuki değer bir bütün olarak değerlendirildiğinde aralarında ciddi farklar ortaya çıkmaktadır. Anılan tüm bu nedenlerle bu alanların orman yakma suçlarındaki orman kavramının dışında kalması, orman kabul edilmemesi icap eder.

Gözden kaçırılmaması gereken diğer bir husus hukuki değerler bakımından doğan bu farkın ayrıca haksızlık ve kusur içeriği bakımından da açık bir fark yaratmış olacağıdır. Netice haksızlığı, hareket haksızlığı ile birlikte faile isnad edilen kusura esas teşkil etmektedir. Bu da faile verilecek cezayı orantılı kılacak en önemi husustur. Hareket haksızlığı eşit ancak netice haksızlığı korunan hukuki değer zayıfladığı için daha düşükse, bu durumda haksızlığın yoğunluğu azalacak, buna göre de cezanın miktarı da orantılık ilkesi gereği düşecektir. Bu, ölçülülük ve kusur ilkesi gereğidir. Tüm bu nedenlerle bu alanların *de lege lata* ceza hukuku bakımından orman kavramı dışında tutulması gerekir. Ancak bu durum, bu alanların hukuki korumadan yoksun bırakılması anlamına da gelmemelidir. Bu alanlara verilen zararlar ya da buralara ilişkin yaratılan tehlikeler, daha az cezayı gerektirecek bir başka suç olarak kanunda *de lege feranda* mutlaka yerini almalıdır.

Bunun dışında orman kavramını Orman Kanunu'ndan tamamen bağımsız düşünmemek de gerekir. Her ağaç ve ağaççıktan oluşan alanın orman olarak nitelendirilmesi, belirlilik ilkesine aykırı olacaktır. Bunun belirli ölçütlerinin olması kanunilik ilkesinin gereğidir. Bu nedenle OrmanK tarafından orman olarak kabul edilemeyen alanlar, orman yakma suçları kapsamında değerlendirilmemelidir. Mesela OrmanK m.1/G'ye göre orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaççıklarla örtülü yerler de orman sayılmamaktadır ve burada yangın çıkarma OrmanK m.110 kapsamında değerlendirilmemelidir. Ancak orman sayılmayan alanların yakılmasına yönelik yeni suç türlerinin *de lege feranda* mutlaka Orman Kanunu kapsamında ele alınması gerekir. Bu alanların ceza hukuku korumasından yoksun bırakılmaması icap etmektedir.

Sonuç olarak yakılan yerin ceza hukuku bakımından orman rejimine tabi olması yeterli olup, yanan yerin devlet ormanı vs. özel ya da kamu tüzel kişilerine ait olması herhangi bir fark yaratmamaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken tek husus orman yakma suçunun nitelikli halini öngören OrmanK m.111

kapsamındaki yerlerin söz konusu olması halidir. Bu bağlamda OrmanK m.3 ile orman rejimi altına alınan yerlerde ve m.23, 24, 25 gereğince muhafaza ormanı ve milli park olarak ayrılmış ormanlarda, ormanlara mütaallik suçları işleyenlerin müstahak olacakları ceza iki misli olarak hükmolunur.<sup>36</sup>

#### IV. ORMANDA KASTEN ATEŞLE İŞTİĞAL (ORMANK m.110 I) SUÇU

*Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terkeden; ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atan; ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun'un 31'inci ve 32'nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakan, hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve adli para cezasına hükmolunur.*

Ormanda kasten ateşle iştiğal (OrmanK m.110 I) suçu, OrmanK m.76lb,c,d bentlerine açıkça atıfta bulunan bir atıf suçudur.<sup>37</sup> Suç, orman idare hukuku normlarına (OrmanK m.76lb,c,d ile m.31, 32) açık atıfla, orman idare hukukuna ve idare hukuku kavramlarına bağlanmıştır.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> 19. CD, E 2015/9241, K 2016/14011, T 29.3.2016: "Dosyada mevcut olay yeri görgü ve tespit tutanağında belirtilen yer ile birleştirilmesine karar verilen dosyada mevcut suç tutanağındaki yerin aynı yer olup olmadığının araştırılmaması, aynı yer ise bu tutanaklar yönünden eylemin tek suç oluşturacağına gözetilmemesi doğru değildir. Öte yandan, mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen orman mühendisi bilirkişi raporunda, davaya konu yerde orman kadastrosu yapılmamış olduğunun, sanığın işgal ve faydalanmada bulunduğu toplam alanın bir kısmının memleket haritasında yeşil alan olarak gözüken ve orman sayılan yerlerden olduğunun belirtilmesine karşılık fen bilirkişisinin raporunda A harfi ile gösterilen alanın kadastro paftasına göre orman içinde kaldığının belirtilmesine göre; tespit tutanağı ile suç tutanağında belirtilen alanların ne kadarının orman sayılan yerler içinde kaldığının belirlenmemesi ve bilirkişi raporları arasındaki çelişkinin giderilmemesi, yine, orman idaresine ait yazıda davaya konu yerde arazi kadastrusunun yapılmış olduğunun belirtilmesine göre; 6831 Sayılı Kanun'un 93/2. maddesinin uygulama yeri bulunup bulunmadığının tesbiti yönünden 3402 Sayılı Kanun'un 4. maddesine göre yapılmış arazi kadastrosu bulunup bulunmadığı sorulup bulunuyor ise hangi tarihte kesinleştiği de araştırılarak arazi kadastrasına dair tutanak ve haritalar getirtilip mahallinde yeniden zabıt mümzilerinin yer gösterimiyle farklı 3 kişilik orman mühendisi ve harita mühendisi bilirkişiler marifetiyle keşif yapılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik kovuşturmayla karar verilmesi hatalıdır. Diğer yandan, orman idaresine ait yazıda davaya konu yerin muhafaza ormanı olduğunun belirtilmesi karşısında yerin Bakanlık kararı ile muhafaza ormanı olarak ayrılıp ayrılmadığının, muhafaza ormanı olarak ayrılmışsa mahallinde ilan edilip edilmediğinin ve 6831 Sayılı Kanun'un 111. maddesinin uygulama şartları bulunup bulunmadığının araştırılmaması isabetsizdir."

<sup>37</sup> Atıf türleri ve atıf suçları hakkında bkz. Aygörmez, **Çevre Ceza**, s. 35.

<sup>38</sup> Bu bağlılığın anayasa hukuku bakımından yarattığı sorunlar hakkında bkz. Aygörmez, **Çevre Ceza**, s. 40 vd.

OrmanK m.110 I içerisinde OrmanK m.76 I b, c ve d bentlerinde belirtilen ormanda kasten ateşle iştigal suçu seçimlik hareketli bir suç olup, suçta dört adet seçimlik hareket yer almaktadır. Bu seçimlik tipik fiillerin hepsi hareket suçuna vücut vermektedir. Seçimlik hareketlerden hiçbirisi faile özgü nitelikler öngörmediğinden, suç genel suç kapsamındadır, bu nedenle suçun faili herkes olabilir.

Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakmak veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terketmek (OrmanK m.76 I b); ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde atmak (OrmanK m.76 I c); ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun'un 31. ve 32. maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakmak (OrmanK m.76 I d) fiilleri, soyut tehlike suçudur. Anız veya benzeri bitki örtüsü yakmak, her ne kadar söz konusu arazi bakımından zarar meydana getirirse de çevredeki ormanlar bakımından yanma tehlikesi yaratmaktadır, burada da korunan hukuki değer, doğrudan anız yakılan topraklar değil, tam tersine orman olduğundan, bu suç soyut tehlike suçu teşkil etmektedir. Tüm bu nedenlerle anız yakılması, yanan ateşin söndürülmeden mahallin terk edilmesi vs. bu suçun oluşması için yeterlidir; bu tipik hareketler dolayısıyla orman yangını çıkması ya da somut olarak orman yangını çıkma tehlikesinin yaratılmış olması ayrıca aranmaz.<sup>39</sup>

## A. Tipiklik

### 1. Maddi Unsurlar

**Ateş yakmak** sözlükte<sup>40</sup> “*tutuşmuş olan cisim, “yanıcı cisimlerin tutuşmasıyla belirlen ısı ve ışık, od, nâr”* olarak ifade edilmektedir. “Yakmak” ise sözlükte<sup>41</sup> “*yanmasını sağlamak veya yanmasına yol açmak, tutuşturmak haricinde ateşle yok etmek, ısı etkisiyle zarar vermek, kurutmak, zarar vermek vs.*” anlamına da gelmektedir.

<sup>39</sup> Tehlike suçları hakkında ayrıntılar için bkz. Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 118, 119; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 214; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 261; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 252; Uğur Ersoy, “Türk Ceza Hukuku’nun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 41, Ocak 2020, s. 27 vd.; Elvan Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçları Tehlike Suçu mudur?”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Sa. 2, 2021, s. 433 vd.; Alman ceza hukuku bakımından bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Baskı, Beck Yayın Evi, Münih, 2006, s. 337.

<sup>40</sup> <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>41</sup> <https://sozluk.gov.tr>.

*Ormanlarda izin verilen ve ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yakma veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terk etmede, ateş yakmanın, sadece bir sigara tutuşturma şeklinde küçük çaplı olmaması tersine ormanı tutuşturabilecek bir seviyede olması aranmalıdır. Zira kanun koyucu bu yöndeki iradesini sigara yakmayı değil, sönmemiş sigarayı ormana atmakla göstermiştir. Bu durumda kişinin ormanda izin verilmeyen yerlerde bir şey tutuşturmadan sadece çakmak çakması bu suç kapsamındaki hareketlere uymayacaktır. Ancak bu şekilde çıktığı çakmak, bir şekilde elinden yanar şekilde düşer veya herhangi bir nedenle etraftaki yapraklara erişip, tutuşmalarına neden olursa, işte bu durumda ormanda izin verilmeyen yerlerde ateş yakma suçu işlenmiş olacaktır. Bu son örnekte gözden kaçmaması gereken husus bu suçun kasıtlı bir suç olduğudur. Dolayısıyla bu örnekteki failin izin verilmeyen yerde çakmak çakarken elindeki çakmağın ateşi ile etraftaki yaprakları tutuşturabileceğini öngörmesi ve buna rağmen bu tutuşma ihtimaline katlanması gerekmektedir. Bu durumda olası kasıtlı hareket etmiş olacaktır. Bunun tersine öngörmeye rağmen, talihine ve her şeyin iyi gideceğine basiretsizliği nedeniyle güvenmiş olursa (bilinçli taksir) ya da hiçbir şekilde böyle bir tutuşma olasılığını aklına dahi getirmese (bilinçsiz taksir), o zaman fiilinin bu maddenin ikinci fıkrasındaki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verme suçu bakımından ele alınması gerekecektir.*

Anız, sözlükte “*ekin biçildikten sonra tarlada kalan köklü sap; ekin biçildikten sonra sürülmemiş tarla*” olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda tarladaki kuru otlar anız mahiyetindedir.<sup>42</sup> Anız veya benzeri bitki örtüsünü, ormanlara dört kilometre mesafede<sup>43</sup> veya bu Kanun’un 31’inci ve 32’nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde yakmak yasaktır.

Yargıtay içtihatları ile de sabit olduğu üzere ormanlara dört kilometre mesafe ise olay yerine en yakın ormana olan mesafe olup, mesafe kuş uçuşu değil, arazi üzerinde yapılacak tespitle belirlenecek fiili uzaklık olarak kabul edilmektedir: “[...] 6831 Sayılı Kanununun 76. ve 110. maddelerinde yer alan düzenlemeye göre, failin cezalandırılabilmesi için yasaklanan eylemlerin ormanlara 4 km. mesafede gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi zorunludur. Kanununun 76. maddesinde öngörülen dört

<sup>42</sup> 19. CD, E 2016/6912, K 2017/1196, T 15.2.2017.

<sup>43</sup> Bu 4 km. mesafenin anayasa aykırı olduğu iddiası ile yapılan başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından reddetmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalarla bkz. Ünal - Başpınar, *Orman Hukuku*, s. 217, 218.

kilometrelik mesafenin tespitine dair olarak 'kuş uçuşu' veya başkaca bir ölçüm şekline yer verilmediğinden, anız veya benzeri bitki örtüsü yakılan yer ile orman arasındaki mesafenin kuş uçuşu değil, arazi üzerinde yapılacak tespitle belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim anız veya bitki örtüsünün yakıldığı yerin en yakın devlet ormanına mesafesinin tespiti ile ilgili olarak öğretide de; '6831 Sayılı Kanunun 76 d bendinde belirtilen 4 km'lik mesafe ormana, arazinin ölçümü neticesi bulunacak fiili uzaklıktır. Kuşbakışı uzaklık değildir.' şeklinde görüşlere yer verilmiştir. (M. Mestav, Orman Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2009, 2. Baskı, 1. Cilt, s. 732; Kerim Tosun, M. Artunç, Türk Hukukunda Suçlar ve Kabahatler ile Tüm Özel Ceza Yasaları, 4. baskı, Cilt 2, s. 1881; C. Aras, Orman Kanunu, 3. Baskı, 2013, s. 1082) [...] Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Anız yakılan yerin en yakın Devlet ormanına olan mesafesi kolluk tarafından tutulan tutanakta 8 km, orman muhafaza memurlarınca tutulan tutanakta 7 km. ve keşif sonucu orman yüksek mühendisince verilen bilirkişi raporunda ise 2,5 km. olarak belirtilmiş olup, anız yakılan yer ile en yakın devlet ormanı arasındaki mesafe konusunda çelişki oluşmuştur. Bu sebeple teknik bilirkişi refakatinde mahallinde yeniden keşif yapılarak arazi üzerinden yapılacak bir ölçüm neticesinde davaya konu yerin ormana olan mesafesinin tereddütte yer vermeyecek şekilde belirlenmesi amacıyla bilirkişi raporu kaldırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini zorunludur." [...]"<sup>44</sup>. Benzer bir kararda da: "Ormana yakın durumdaki tarlasında anız yakmak suretiyle genel güvenliğin kasten tehlikeye sokma suçundan sanık hakkındaki yargılamada, C.G.K. çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; 6831 Sayılı Kanunun 76/d maddesinde yazılı mesafenin tespitiyle ilgili eksik araştırma olup olmadığının belirlenmesine ilişkindir. Olay yeri görgü ve tespit tutanağında, anız yakıldığı ihbarı üzerine jandarmanın olay yerine geldiği esnada sanığa ait tarlada anız yangınının devam ettiği, müdahale edilerek söndürüldüğü, olay yerinin Karaköy kasabasına 5 km, Ebecik köyüne 3 km, en yakın orman arazisine ise takriben 8 km. mesafede olduğu, suça konu yerde orman kadastrounun yapıldığı, arazi kadastrounun ise yapılmadığı, 10.12.2007 günü yapılan keşif sonucu orman yüksek mühendisi bilirkişi tarafından düzenlenen raporda; suça konu yerin orman sayılmayan alanlardan olduğu, çevrede herhangi bir orman ya da tarım arazisinin zarar görmediği, orman tahdit haritasını zemine uyguladığı, anız yakılan tarlanın en yakın devlet ormanına kuş uçuşu 2,5 km. mesafede olduğu tespitlerinin yapıldığı, Orman muhafaza memurlarınca düzenlenen 7.12.2007

<sup>44</sup> CGK, E 2013/8-128, K 2014/108, T 4.3.2014.



*tarihli tutanakta, anız yangınının çevrede bulunan ormanlara herhangi bir zararının olmadığı ve ormana uzaklığının 7 km. olduğunun ifade edildiği, ifade edilmiştir. Anız yakılan yerin en yakın Devlet ormanına olan mesafesi kolluk tarafından tutulan tutanakta 8 km, orman muhafaza memurlarınca tutulan tutanakta 7 km. ve keşif sonucu orman yüksek mühendisince verilen bilirkişi raporunda ise 2,5 km. olarak belirtilmiş olup, anız yakılan yer ile en yakın devlet ormanı arasındaki mesafe konusunda çelişki oluşmuştur. Bu sebeple teknik bilirkişi refakatinde mahallinde yeniden keşif yapılarak arazi üzerinden yapılacak bir ölçüm neticesinde davaya konu yerin ormana olan mesafesinin tereddütte yer vermeyecek şekilde belirlenmesi amacıyla bilirkişi raporu kaldırılması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini zorunludur. Yerel mahkeme kararı bozulmalıdır.”<sup>45</sup>*

## **2. Manevi Unsur: Kasıt**

Suçun manevi unsuru kasıt olduğundan kişinin ormanlarda izin verilen ocak yeri olarak belirlenen yerler dışında ateş yaktığını veya izin verilen yerlerde yakılan ateşi söndürmeden mahalli terkettiğini, ormanlara sönmemiş sigara veya yangına dolaylı olarak yol açabilecek madde attığını, ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun’un 31’inci ve 32’nci maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yaktığını bilmesi ve bunu istemesi gerekir. Seçimlik hareketlerden oluşan bu suçlar olası kasıtle da işlenebilir. Dolayısıyla kişi hareketiyle bu suçlardan birine vücut verdiğini öngörmeli ve buna rağmen buna katlanmalı, olacaksa olsun demelidir.

Her ne kadar failin, ormanlara dört kilometre mesafede veya bu Kanun’un 31. ve 32. maddeleri kapsamına giren köyler hudutları içinde anız veya benzeri bitki örtüsü yakması kasten icra edilebilir bir suç olsa da, anız yakmakla oluşan yangının ormanlara sirayet etmesi de mümkündür. Bu gibi durumlarda fail kasten anız yakar, ancak bu yangın ormana sirayet edecek olursa, failin anız yakarken sahip olduğu kastın, orman yakmaya da yönelik olup olmadığına incelenmesi icap eder. Fail anız yakarken, mevcut yangının ormana da sirayet edebileceğini öngörmüş, buna rağmen buna katlanmış, orman yanarsa da yansın demiş ise bu durumda en az olası kasıtle hareket etmiş olacağından, artık bu suçtan değil, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kasten orman yakma suçundan dolayı bir cezai sorumluluk doğması gerekir. Tam tersine anız yakarken bilinçli taksirle ya

<sup>45</sup> CGK, E 2013/8-128, K 2014/108, T 4.3.2014; krş. benzer 2. CD, E 2003/21114, K 2005/1025, T 7.2.2005.

da bilinçsiz taksirle hareket etmişse bu durumda aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında taksirli orman yakma suçundan dolayı incelemenin yapılması lazımdır. Bu hususta Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir: *“Saniğa ait tarladaki kuru otların yakılması sonucu büyüyerek kontrolden çıkan ve orman alanına sirayet ederek 18 hektar orman alanının yanarak zarar görmesine neden olan olayda, saniğin, olay günü kendi arazisinde hayvan yaymaları sebebiyle aralarında tartışma meydana gelen ..., ... ve ...’nın kendi tarlasındaki otları yakarak kaçtıklarına dair savunmasının, bizzat saniğin tartıştığı ve tarlasındaki otları yaktığını iddia ettiği ... tarafından jandarmanın aranarak ormanda yangın çıktığına dair olayın ihbar edilmesi, üstelik ..., ... ve ...’nin, saniğin kendileri ile kendi tarlasında hayvan otlatma meselesinden dolayı tartıştıktan sonra sinirlenerek tarlasındaki otları ateşe verdiğiğine dair beyanları ile yangın yerine ulaşan tanıkların beyanlarından da ..., ... ve ...’nin hayvanlarını yangın yerinden uzaklaştırmaya ve yangını söndürmeye çalıştıklarının anlaşılması, bu kişilerin, yangını çıkarmaları durumunda jandarmayı arayarak yangın ihbarında bulunmalarının ve hayvanları kuru otların içinde bulunan tarlayı yakmalarının hayatın olağan akışına uygun düşmemesi ve saniğin savunmasının aksine, yangının çıkması üzerine kaçmayarak yangının söndürülmesine de çalıştıklarının ifadelerinden ve tanık ...’in soruşturma evresindeki beyanından anlaşılması, ayrıca saniğin gösterdiği tanıkların beyanlarının da saniği suçtan kurtarmaya yönelik ve çelişkili ifadeler içermesi karşısında, saniğin üzerine atılı bulunan taksirle orman yangınına neden olmak suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçe ile yazılı şekilde beraatine karar verilmesi kanuna aykırı...”<sup>46</sup>*

Failin kasten anız yakmanın ardından, söndürdüğünü zannederek olay yerinden uzaklaşması neticesinde, aslında içten içten devam eden yangının ormana sirayet etmesi durumunda, yine somut olay merkezli incelemede bulunulmalıdır. Failin söndüğünü zannettiği anızların dikkatsizlik ve özensizlik sonucu fark edilmeyerek aslında içten içe yanması söz konusu olmuş ise fail kasten yaktığı ateşi taksirle tam olarak söndürmediği ve bu sebeple de yakındaki ormanın yanmasına sebep olması ile taksirli orman yakma suçundan cezalandırılması gerekecektir. Ancak tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen söndü zannedilen ateşin, hayatın olağan akışına ters olarak öngörülemez ve kaçınılamayacak bir şekilde yanmaya devam etmesi durumunda taksirli orman yangınından söz etmek mümkün olmayacaktır. Bununla beraber burada dikkat edilmesi gereken husus, buradaki taksir incelemesinin yani dikkatsizlik ve tedbirsizlikten dolayı kinamanın

<sup>46</sup> 19. CD, E 2016/6912, K 2017/1196, T 15.2.2017.

dayanak noktasının, ateşi tam olarak (taksirle) söndürememe yani söndürmeden gitme anı olduğudur. Failin hem taksirli davrandığı an hem de dikkatli ve özenli davranmasının beklendiği an, dolayısıyla da fiilin işlendiği an burasıdır. Dolayısıyla fiilin işlendiği an hali hazırda anız yakma anı ise, tüm bu incelemeler o an merkezli gerçekleştirilmelidir. Yargıtay kararına konu olan aşağıdaki, fındık kökleri üzerinde anız yakma olayı buna güzel bir örnektir. Burada fail fındık alanında temizlik yaptıktan sonra anızı, toprak altındaki fındık köklerinin üzerinde yakmıştır. Sonrası ateş söndü düşüncesi ile olay yerini terk etmiş, birkaç gün sonra ise olay yerine yakın ormanda yangın çıktığı fark edilmiştir. Somut olayda her ne kadar üzerinde ateş yakılan kökten mevsim koşulları itibarıyla alt damarlarında ateş kalıp birkaç gün içinde dağılarak toprağın üzerine çıkarak yangına sebep olup olamayacağı kesin bir şekilde ortaya konulamamış olsa da aşağıdaki açıklamalar bu yönde bir tespit olduğu ve sonradan çıkan orman yangının bundan kaynaklandığı varsayımına dayalı olarak yapılacaktır:

Toprak altındaki kök üzerine anız yakma anı kapsamında fiil ele alındığında, failin anızla birlikte kökleri de yaktığını bilip bilmemesine göre hareket edilmelidir. Eğer anızla birlikte toprağın altındaki kökleri de yaktığını biliyor ya da bunu öngörüyor ve buna yine de katlanıyorsa köklerin yanması bakımından olası kasıtlı hareket etmiş olur ki bu da ona, sonradan kökleri de söndürme yükümlülüğü yükler. Tam tersine bunu bilmiyor ya da öngörmüyor ise, anız yakma anında toprak altındaki köklerin yanmasının hayatın olağan akışı içerisinde öngörülebilir ve kaçınılabilecek olup olmadığını ayrıca ele almak gerekir. Eğer anızla beraber toprak altındaki fındık köklerinin yanması öngörülebilir ise, failin bu öngörüye rağmen olayın iyi gideceğine, köklerdeki yanmanın söneceğine güvenmesi dolayısıyla bilinçli taksirle hareket edip etmediğinin incelenmesi gerekir. Bu husus failce öngörülmemiş ancak öngörülebilir bir durum teşkil ediyor (mesela bu husus her sıradan çiftçinin öngörebileceği basit bir bilgiden ibaretse) ve fail tarafında da aslında kaçınılabilecek idiyse o zaman failin hareketi taksirli kabul edilerek, taksirli orman yakma suçundan sorumluluğu, kasten anız yakma fiilinin vuku bulunduğu anda başlatılmış olacaktır. Buna karşın tarla üzerinde anız yakmanın toprak altındaki kökleri yakması hayatın olağan akışına ters, olağanüstü bir husus ise bu hiç kimse tarafından öngörülebilir mahiyette olamayacağı için failin taksirinden de söz edilemeyecektir: *“Davanın dayanağını oluşturan suç tutanağında yangın ihbarı üzerine olay yerine gidildiğinde sanığın yangını söndürmeye çalışırken görüldüğünün; sanığın dumanı görüp geldiğini; kök üzerindeki anızları birkaç gün önce kendisinin yaktığını beyan ettiğinin; yapılan incelemede; fındıklıkta temizlik yapıp ormana yakın yerde kökün üzerinde anız yakıldığının, köklerin toprak için-*

*de yanarak yangına sebebiyet verdiğinin tespit edildiğinin; Jandarma Olay Yeri Tespit Tutanağında da sanığın otları yolun kenarında biriktirerek yakıp, söndüğünü sanarak gittiğinin, ancak toprağın altında bulunan fındıklık köklerindeki ateşin sönmeyip bu köklerdeki yangının birkaç gün içinde dağılarak toprağın üzerine çıkıp neticede yangına sebebiyet verdiğinin yazılı bulunmasına; sanığın olayın akabinde Jandarma tarafından alınan ifadesinde; birkaç gün önce otları yolun kenarında biriktirip yaktığını; olay günü fındıklığın oradaki ormanda duman görüp hemen olay yerine giderek ateşi söndürmeye çalıştığını; mahkemede ise bakım için tekrar fındıklığa gittiğinde ormanda dumanı görüp söndürmeye çalıştığını beyan etmesine göre konusunda uzman bilirkişiler marifetiyle mahallinde keşif yapıp üzerinde olaydan birkaç gün önce üzerinde ateş yakılan kökten mevsim koşulları itibarıyla alt damarlarında ateş kalıp birkaç gün içinde dağılarak toprağın üzerine çıkarak yangına sebep olup olamayacağını; sanığın çalıştığı fındıklık ile dumanı gördüğü yer arasındaki mesafenin, ateşin başkası tarafından yakılması halinde bunu görebilecek uzaklıkta olup olmadığının tespit edilip delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir hüküm tesisi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve araştırmayla yazılı şekilde hüküm tesisi<sup>47</sup>.*

## **B. Hukuka Aykırılık**

Hukuka aykırılık unsuru açısından bu suçta meşru müdafaa ya da rıza gibi bir hukuka uygunluk sebebinin suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayacağı sabittir. Zira meşru müdafaa ormanın yangın tehlikesinden korunması gibi evrensel bir hukuki değer açısından söz konusu olamaz. Aynıısı, rıza için de geçerlidir. Anılan hukuki değer üzerinde rıza yoluyla tasarrufta bulunulması söz konusu olamaz.

## **C. Kusurluluk**

Kusurluluk unsuru bakımından ise bu suç açısından herhangi bir aykırılık bulunmamaktadır. Zorunluluk hali gibi bir mazeret sebebinin ancak çok sınırlı ve dar bir alanda uygulama bulması söz konusu olabilir.

Bu suçta kastı ya da kusuru kaldıran **hatanın** mevcut olması mümkündür. Özellikle alanın orman vasfı ya da ormana mesafe gibi hususların bu iki hata türüne kaynak teşkil etmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenledir ki orman kavramına ceza hukuku bakımından nasıl bir anlam yüklendiği oldukça önemlidir.

<sup>47</sup> 3. CD, E 2004/8910, K 2005/4010, T 5.5.2005.

## V. TAKSİRLE ORMAN YAKMA SUÇU (ORMANK m.110 II)

*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verenler iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları veya meydana gelen zararın azlığı göz önünde bulundurularak, verilecek ceza yarısına kadar indirilir. Zararın belirlenmesinde yangın sonucu tamamen yanan ağaç ve ağaççıkların değeri, kısmen yanan ağaç ve ağaççıkların değerinde meydana gelen azalma, alt tabaka orman örtüsünün yanması nedeniyle oluşan zarar ve toprağın humuslu tabakasının yanması nedeniyle meydana gelen verim kaybı dikkate alınır.*

OrmanK m.110 II kapsamındaki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak orman yangınına sebebiyet verme netice ve dolayısıyla zarar suçudur. Zira “yakmak” kelimesinin sözlük<sup>48</sup> anlamı da aynı zamanda “yanmasını sağlamak veya yanmasına yol açmak, tutuşturmak haricinde ateşle yok etmek, ısı etkisiyle zarar vermek, kurutmak, zarar vermek vs.” anlamına da gelmektedir. Yangın, “geniş bir alana yayılan veya yayılmak istidadını gösteren, söndürülmesi zorluk arzeden ve bir şeyin bütününe ya da önemli bir kısmını kapsamına alan bir ateş yakılması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>49</sup> Madde içerisinde ayrıca zararın aza indirgenmesi yaptırım üzerinde etkili olmaktadır. Tüm bu nedenlerle suç netice ve zarar suçudur. Ayrıca suç herkes tarafından işlenebilen bir genel suçtur.

### A. Tipiklik

#### 1. Objektif Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Suç kapsamında taksirli hareket değil, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık esas alınmıştır. Ormanda yangın çıkarmak, belirli yoğunlukta bir ateş yakmak veya ateş ortaya çıkararak ormanda orman varlıklarına sirayet edecek şekilde yangın boyutuna ulaşmış ateş yakma işlemidir. Ateşin büyük alevler halini alması değil, içten hafifçe yanması da mümkündür. Suçta orman yangınına sebebiyet verme arandığından burada ateşi bizzat yakmak özellikle aranmayacak, kişinin ateşe sebep olacak nedensellik sürecini bizzat başlatmış olması yeterli olacaktır. Örneğin sıcakta kolay yangın çıkmaya sebep olacak bir maddeyi, dikkatsiz ve tedbirsizce ormanlık alanda güneşe bırakmak fiili böyledir.

<sup>48</sup> <https://sozluk.gov.tr> (18.07.2021).

<sup>49</sup> Polat, “Genel Güvenliğin”, s. 140.

Taksir, TCK m.22 II içerisinde şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.*” Bu tanımda geçen, dikkat yükümlülüğü, özen yükümlülüğünün ilk basamağını oluşturur. Dolayısıyla özen yükümlülüğü dikkat yükümlülüğünü içine alan bir üst kavramdır.<sup>50</sup> Özenli hareket daha doğrusu özen yükümlülüğü öncelikle, hukuk kuralları, normları, genel tecrübe ilkeleri ya da oturmuş genel kurallardan çıkarılabilir.<sup>51</sup> Orman ceza hukukunda taksire ilişkin özen yükümlülüğü orman hukuku mevzuatından, günlük yaşam kaidelerinden vs. çıkarılabilecektir.

Özen yükümlülüğünün sınırı öncelikle, izin verilen risk ya da sosyal uygunluk kurallarına göre çizilecektir.<sup>52</sup> Bazı tehlikeli, riskli faaliyetler çeşitli sebeplerle faydalı ve gerekli görülür ve sadece izin verilen riskin aşılması yaptırıma bağlanır.<sup>53</sup> Dolayısıyla bir tehlike somut olayda, kendisine tanınan nesnel özen sınırlarının içinde kalıyor ve izin verilen riski aşmıyorsa, özen yükümlülüğüne meydana gelmiş olmaz. Buna ek olarak, izin verilen risk kapsamında kalmaya yarayacak hususlardan biri de güven ilkesidir. Güven ilkesine göre, kurallara uygun olarak hareket eden, bir başkasının da aynı şekilde kurallara uygun hareket edeceğine güvenebilmelidir; ancak burada güveni sonlandıracak olan, karşısındaki kurallara uygun hareket etmediğinin açıkça ortada olmasıdır.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> Gülsün Ayhan Aygörmez, “Fahrlässigkeit” im türkischen Strafgesetzbuch” *Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich- Beiträge zur Rechtsvergleichung- Band: IV. 4. Deutsch-Türkisches Symposium „Fünf Jahre Türkisches Strafgesetzbuch“*: Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver, Istanbul, 2011, s. 205; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 186.

<sup>51</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 203, 204; davranış kuralları bakımından ayrıntılı Nur Centel, Hamide Zafer - Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Baskı, Beta İstanbul, 2020, s. 385 vd.; Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Şahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 433 vd.; Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, 205 vd.; Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 452 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 216 vd.; taksirli suçlar öğretisi hakkında bkz. Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Doğmatikliği*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 10 vd.; Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, 1. Baskı, İstanbul Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s. 5 vd.

<sup>52</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 208; Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 442, 445 vd.; Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 205.

<sup>53</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 208; Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 442 vd.; Türk ve Alman kaynaklara atıflarla bkz. Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 205.

<sup>54</sup> Ayrıca bkz. Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 207; Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 445 vd.; Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 205.

Özen kavramı, nesnel ölçütlere göre belirlenmelidir. Gösterilecek özenin şekli ve miktarı, taksirli eylemde bulunanın eylem çevresindeki, makul ve dikkatli kişiden çıkarılır (ait olunan toplum kesimindeki birey ortalaması).<sup>55</sup> Kusurlulukta ise, failin bireysel yeteneklerine göre, özellikle, nesnel ölçüğe uygun olarak belirlenmiş özeni yerine getirebilecek öznel durumu var mı idi sorusuna yanıt aranacaktır.<sup>56</sup>

Özen yükümlülüğüne aykırılığın tespitinde öngörülebilirlik esaslı bir yere sahip olup, **ayrılmaz esaslı bir parçasıdır**.<sup>57</sup> **Öngörülebilirlik**, fiilin gerçekleştirildiği mevcut koşullar altında ve fiilin yapılması sırasında neticenin failce tahmin edilebilir olması olarak tanımlanmaktadır.<sup>58</sup>

Özen yükümlülüğünü ihlal eden hareketle, meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir. Bu da **koşul kuramına** göre belirlenecektir.<sup>59</sup> Bu bağlamda varlığı olmaksızın neticenin bu şekliyle meydana gelmeyeceği her koşul, sonuç için “*nedenseldir*”. Bu tespitin ardından hukuki bir değerlendirme ile objektif isnadiyet incelemesi yapılmalıdır. Neticenin nesnel yüklenebilirliği incelemesinde ilk sırada, neticenin somut şekliyle, nedensellik bağının da esaslı öğeleriyle *öngörülebilirliği* gelir.<sup>60</sup> Buna göre, olağan hayat tecrübelerinin dışında kalan sıradışı (atipik) nedensellik gidişatları öngörülebilirliği engellerler.

Sonraki aşamada, “*yükümlülüğe (doğrudan) aykırılık bağlantısı*” değerlendirmeye alınır.<sup>61</sup> Burada, failin özen yükümlülüğüne aykırılığıyla gerçekleşen izin verilmeyen tehlikenin, fail eylemindeki yükümlülük ihlalinin neticede kendini bulması, yani *doğrudan* gerçekleşmiş olup olmadığı saptanır. Netice, *doğrudan doğruya* fail eylemindeki *özen aykırılığına* dayanmıyorsa, bu durumda yükümlülüğe (doğrudan) aykırılık bağlantısı kurulmaz. Bu bağın tespitinde, “*kaçınılı-*

<sup>55</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 205; Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 230.

<sup>56</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 196; Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 235.

<sup>57</sup> Centel, Zafer - Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 387 vd.; Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 211 vd.; Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 443 vd.; Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 234; CGK, E 1970/4-361, K 1979/432, T 28.12.1970.

<sup>58</sup> Ayrıntılar için Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 234.

<sup>59</sup> Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 441; diğer görüşler için Centel, Zafer - Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 389 vd.

<sup>60</sup> Türk ve Alman hukukundan kaynaklarla ayrıntılı bkz. Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 205.

<sup>61</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 213 vd.; Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 444 vd.

*bilirlik kuramı*<sup>62</sup> uygulanmalıdır. Bu kurama göre, neticenin özen yükümlülüğüne uygun seçimlik (alternatif) eylemde kaçınılabılır olduğu, “*kesinlik sınırında bir olasılığa*” göre tespit edilemiyorsa, “*yükümlülüğe doğrudan aykırılık bağlantısı*” kurulamaz. Üçüncü aşamada, koruma amacı bağlantısı incelenir. Burada, faile, uyulmayan normun koruma amacının dışında kalan neticeler yüklenemezler. Böylece, aslında yükümlülüğe aykırı ancak, somut olayda gerçekleşen değil de, başka tipe uygun bir neticenin gerçekleşmesini engellemek zorunluluğunda olan “normun” ihlalini içeren eylem çeşitleri, nesnel olarak faile yüklenemezler.<sup>63</sup> Böylelikle yani, taksirli eylemde bulunana sadece, “onun eseri” olarak sıfatlandırılacak neticeler yüklenebilirler. Son olarak da, birçok farklı olay öbeklerinin göz önüne alınması da gerekmektedir. Bunlardan ilki, mağdurun kendi sorumluluğunda (özgür iradesiyle) kendi kendine zarar vermesi ve kendini tehlikeye sokmasıdır. İkinci olarak ise, yabancıların olurlu bir şekilde mağduru tehlikeye sokması gelir. Neticenin nesnel yüklemesinde üçüncü inceleme basamağında ise üçüncü kişilerin sorumluluk alanına giren olaylar gelir. Bu olaylarda, üçüncü bir kişinin kasıtlı ve kusurlu ya da özen yükümlülüğüne aykırı bir eylemi ya da taksirli bir eylemi söz konusu olabilir.<sup>64</sup>

## 2. Hukuka Aykırılık

Taksirli suçlarda da hukuka uygunluk olanağı tanınmalıdır. Bu nedenle taksirli suçlarda hukuka uygunluk sebepleri açısından ayrıca bir özellik yoktur.<sup>65</sup> Ancak rızanın taksirli bir suçta devreye giremeyeceği yapısı gereği malumdur.<sup>66</sup>

## 3. Kusurluluk

Nesnel tipikliğin tespitinden sonra kusurluluk aşamasında, kişisel özen yükümlülüğü ihlali incelenir. Burada taksirli hareket edenin, kişisel yeteneklerine, kişisel hayat tecrübelerine, kişisel zihinsel gelişimine, eğitim durumuna, sosyal ve ekonomik durumuna, hayat şekline, yaşına göre, gerekli özeni yerine getir-

<sup>62</sup> BGHSt 11 1 (7); 24 31 (34); Almanya’da bu kuramı savunanlar için bkz. Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, 211; karşı görüşte Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 218 vd.

<sup>63</sup> Türk ve Alman kaynaklara atıfla bkz. Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 211; Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 91.

<sup>64</sup> Ayrıntılı açıklamalar bkz. Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 447 vd.

<sup>65</sup> Aynı görüşte ayrıntılı açıklamalar bkz. Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 451.

<sup>66</sup> Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 234.



me imkanına sahip olup olmadığı saptanacaktır.<sup>67</sup> Bu durumda hukuka aykırı tipiklik öğelerinin gerçekleştirilmesinin normativ olarak kınanabilmesi için önemli olan, kişisel öngörebilirlik ve kaçınabilirliktir.

Kusurluluk basamağında ayrıca, “*norma uygun seçimlik eylemin beklene-mezliğini*”, *kusuru kaldıran bir husus* olarak kabul etmek gerekir.<sup>68</sup> Beklenemezlik sıklıkla, haksızlığa ait sınırın çok küçük bir oranda aşıldığı hafif taksir hallerinde kabul edilmektedir. Burada özellikle, failin içinde bulunduğu kişisel halin yanında, “*olayın yaşandığı durumun özelliklerinin*” de “*mutlaka*” gözetilmesi gerekmektedir.<sup>69</sup> Bu “*norma uygun seçimlik eylemin beklenezliğinde*” temelde, tipikliğe uygun bir eylemi kusurluluk aşamasında sınırlandıran ve “*kendine has yapısı olan bir mazeret sebebi*” söz konusudur.

Yeni TCK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, taksirli suçlar için, özel bir cezasızlık (ve cezada indirim) sebebi, TCK m.22 VI içerisinde norma bağlanmıştır. Buna göre, belirli ve çok özel koşullar altında, taksirli neticeden bizzat kendisi de mağdur olan failerde, hâkim cezayı (bilinçli taksirli suçlarda) azaltabilecek ya da tamamıyla ortadan kaldıracabilecektir (bilinçsiz taksirde). Kanun koyucu bu kurumla, uygulamada sıklıkla dava konusu yapılan olayları gözetmeyi amaçlamıştır. Bu gibi olaylarda, fail ve ailesi, taksirli neticeden öyle ağır yara almışlardır ki, taksirli suçtan verilecek ceza anlamını tümünden yitirmiştir. Bu durumda ise verilecek ceza sadece, taksirli suçun yarattığı neticenin yarasının daha da derinleşmesine, ailenin ve ayrıca failin de anlamlı bir şekilde daha fazla mağdur olmasına yol açacaktır. Bu özel sebep, failin kişisel ve ailevi durumunu kapsayan bir sınırlamayı koşula bağlamıştır. Yani fail, mağdurla kişisel ve ailevi bir bağ içerisinde bulunmalıdır. Kanun metninin “*veya*” yerine seçmiş olduğu “*ve*” kelimesi, çok açık bir şekilde kişisel ilişki yanında *mutlaka* ailevi ilişkiyi de aramaktadır.<sup>70</sup> Bu ailevi ilişki sebebiyle bu sebebin taksirle orman yakma suçunda devreye girmesi mümkün gözükmemektedir.

**Taksirle orman yakma suçu (OrmanK m.110 II) kapsamında ayrıca özel bir cezada indirim hali öngörülmüştür. “Ancak failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları veya meydana gelen zararın azlığı**

<sup>67</sup> 2. CD. E 2003/24588, K 2005/1537, T 10.02.2005; krş. Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 451 vd.; Aygörmez, *Çevre Ceza*, s. 235.

<sup>68</sup> Koca - Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 228; beklenebilirlik tespitinin objektif olması yönünde bkz. Artuk, Gökçen, Şahin - Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 454; Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 218.

<sup>69</sup> Krş. 2. CD, 21968/21924, T 13.12.2001; 2. CD, 22635/3214, T 16.04.2003.

<sup>70</sup> Ayrıca bkz. Aygörmez, *Fahrlässigkeit*, s. 205 vd.

*göz önünde bulundurularak, verilecek ceza yarısına kadar indirilir. Zararın belirlenmesinde yangın sonucu tamamen yanan ağaç ve ağaççıkların değeri, kısmen yanan ağaç ve ağaççıkların değerinde meydana gelen azalma, alt tabaka orman örtüsünün yanması nedeniyle oluşan zarar ve toprağın humuslu tabakasının yanması nedeniyle meydana gelen verim kaybı dikkate alınır.”*

Failin yangının söndürülmesine ve etkilerinin azaltılmasına yönelik çabaları ve ya meydana gelen zararın azlığı “veya” bağlacı sebebiyle birlikte değerlendirilmelidir. Yargıtay da yangının söndürülmesine yardımcı olma eyleminin ve zarar miktarlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmektedir.<sup>71</sup> Buradaki yangın sonucu doğan zarar, “orman alanına ait gerçek zarar”dır.<sup>72</sup> Bu nedenle yangın sonucu orman alanında meydana gelen gerçek zarar, *orman alanındaki yanan ağaçlar, süceyrat, tohumlar, bitki örtüsü ve toprağın verim gücündeki azalma, canlı varlıkların yok olması gibi unsurlar nazara alınarak hesaplanmalıdır.*<sup>73</sup> Zira 110. madde de yer alan zarar orman alanında yangın sonucu meydana gelen zarardır. *Zararın hesabında yangın sonucu sahadaki ekonomik değeri bulunmayan orman emvalinin zarar görüp maddi tazminat hesabına katılması ise hatalıdır.*<sup>74</sup> Gerçek zarar, orman alanında yanan ağaçlar, süceyrat, tohumlar, bitki örtüsü canlı varlıkların yok olması ve hatta yangın nedeniyle yanan alandaki toprağın verim gücünün azalması gibi unsurlar dikkate alınmak suretiyle teknik bilirkişi tarafından tespit edilmelidir.<sup>75</sup> Dolayısıyla *söz konusu zarar içinde yanan ağaçlar, süceyrat, tohumlar, bitki örtüsü hatta yangın nedeniyle toprağın verim gücünde azalma, yok olan canlı varlıklar gibi unsurların varlığı söz konusu edilebilse de idarece yapılan ve yapılacak masrafların yanan sahada meydana gelen zararının belirlenmesinde bu masrafların nazarı itibare alınması yasanın amacına uygun olmaz. Yangın nedeniyle idarenin uğradığı zarar daha kapsamlı olup ağaçlandırma ve söndürme masrafları gibi alanla ilgili gerçek zarar içermekle beraber cezanın artırılıp eksiltilmesi ile ilgili zarar içinde mütalası mümkün değildir. Yani ağaçlandırma ve yangın söndürme masrafları tazminat olarak hükmedilebilirse de ceza artırım ve eksiltilmesinde yapılacak değer tesbitinde nazara alınamaz.*<sup>76</sup>

<sup>71</sup> 3. CD, E 2010/795, K 2011/12647, T 22.9.2011.

<sup>72</sup> 3. CD, E 2010/795, K 2011/12647, T 22.9.2011; 3. CD, E 2004/8133, K 2005/2738, T 13.4.2005.

<sup>73</sup> 3. CD, E 2006/7239, K 2007/5380, T 28.6.2007.

<sup>74</sup> 3. CD, E 2010/795, K 2011/12647, T 22.9.2011.

<sup>75</sup> 3. CD, E 2005/10242, K 2006/1559, T 9.3.2006.

<sup>76</sup> 3. CD, E 2004/8133, K 2005/2738, T 13.4.2005.

## VI. KASTEN ORMAN YAKMA SUÇU (ORMANK m.110 III)

***Kasten orman yakan kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.***

Kasten orman yakma suçu, failinin herkes olabileceği genel bir suçtur, aynı zamanda zarar ve netice suçudur. Yukarıda da aktarıldığı üzere yangın, “geniş bir alana yayılan veya yayılmak istidadını gösteren, söndürülmesi zorluk arzeden ve bir şeyin bütününe ya da önemli bir kısmını kapsamına alan bir ateş yakılması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>77</sup> Ormanda yangın çıkarmak, belirli yoğunlukta bir ateş yakmak veya ateş ortaya çıkararak ormanda orman varlıklarına sirayet edecek şekilde yangın boyutuna ulaşmış ateş yakma işlemidir. Ormanın yapı taşı unsurlar olan ağaç, ağaççık ve bunlara esas teşkil eden fidanlar ile diğer orman örtüsüne ateşle esaslı bir zarar verilmiş olması durumunda yakmadan söz edilmelidir. Ateşin büyük alevler halini alması değil, içten hafifçe yanması da mümkündür.

Suç, TCK m.21 I 1. cümle gereği kasten işlenebilen bir suç olup, doğrudan ya da olası kasıtle işlenebilir. Failin hareketiyle bu suç içerisindeki maddî unsurları gerçekleştirdiğini bilmeli (olası kasit için bunu öngörmeli) ve ayrıca bunu istemelidir (olası kasit için buna katlanmalı). Orman yakma suçu herhangi bir özel kasit (amaç vs.) aramadığından, ormanın hangi amaçla yandığının suçun oluşmasına bir etkisi yoktur. Bu nedenle ev yakmak amacıyla kasten orman yakılması, kasten orman yakma suçuna vücut verecektir. Yargıtay kararları da aynı yöndedir: “babasından kalma evde, eniştesi olan B. ve ailesiyle birlikte ikamet eden sanık İ. ile B. arasında, evin iki aileye yetmemesi nedeniyle tartışmalar çıktığı, sanık İ.’in bu tartışmaların etkisi ile birlikte oturulan evi yakmaya karar verdiği, bu amacını gerçekleştirmek için evin yukarısındaki orman alanına giderek, kurumuş otları tutuşturduğu, ancak ateşin eve doğru değil, ormana doğru ilerlediği, sonuçta İzmir L-20-94 pafta no.lu memleket haritasında orman içinde kaldığı saptanan ve amenajman planında da 143 no.lu bölmede bozuk meşe baltalığı olduğu belirlenen 875 mt’lik orman alanının yandığı, yanan alanın eve en yakın noktadan olan uzaklığının 15 metre olduğu, iki nokta arasında çalı çırpı bulunmaması ve zeminin engebeli olması nedeniyle, eve en yakın noktada yangının çıkması halinde dahi evin yanma olasılığının bulunmadığı saptanmıştır. Sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de toplanan kanıtlardan yangının baş-

<sup>77</sup> Polat, “Genel Güvenliğin”, s. 140.

*ladığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibariyle yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağını öngörmesine rağmen, hareketinden vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğunu maksat dışında kalsa bile, amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kast) kurallar çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.”<sup>78</sup>*

Bunun haricinde Kanun bazı hususları nitelikli hal saymıştır. Bu bağlamda OrmanK m.110/5 gereği “Devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde devlet ormanlarını yakan kişi müebbet hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.” Terör amacı tespit edilemiyorsa, bu nitelikli hal uygulanamaz.

**Hukuka aykırılık ve kusurluluk unsurları** bakımından taksirle orman yakma suçunda yapılan açıklamalar burada da geçerlidir.

OrmanK m.110 4. fıkrada bu suçlarla birlikte ölüm/yaralama neticelerinin meydana gelmesi durumunda gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı norma bağlanmıştır: “Bu maddede yazılı suçların işlenmesi sebebiyle, ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya hükmolunur.”

Kasten orman yakma suçunda ispata ilişkin zorluklar bulunmakla birlikte, burada da usul hukukuna ilişkin genel hükümler uygulama bulmaktadır. “Görüldüğü gibi, sanığın mahkûmiyetine esas teşkil eden tek kanıt, sanıkla birlikte yakalanan tanıklar A.Z. ve A.’nın, kollukta alınan beyanları ve bu beyanlara dayalı olarak düzenlenen tutanaklar ve tutanak tanıklarının tutanakların içeriğine ilişkin tanıklıklarıdır. Bu kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde, kollukta tanık sıfatıyla beyanları saptanan A.Z. ve A., esasen bu suçla ilgili olarak yakalanan üç şahıstan ikisi dolayısıyla, suç şüphelileridir, bu aşamada alınan beyanlarının özgür iradelerine dayandığı kuşkulu olduğu gibi, her iki tanığın da, beyanlarının aynı kelimelerle, birbirinin tekrarı olması ve bu beyanların daha sonraki aşamalarda geri alınması olguları beyanların, doğruluğu yönünde ciddi kuşkular doğurmaktadır. Diğer yönden, olaydan sonra düzenlenen tutanaklar da, olayın oluşumu ile ilgili çelişkili bilgiler taşımaktadır. Yakalanan üç şahıs olay yerinin yaklaşık bir kilometre uzağında yakalanmışlar, üzerlerinde veya giysilerinde

<sup>78</sup> CGK, 2002/3-197-288, T 09.07.2002; benzer başka bir karar için bkz. 3. CD, 2002/6743-6226, T 27.05.2002.

*yangınla ilgili hiçbir iz ve emareye rastlanılmamış böyle bir saptamada yapılmamış, olayda kullanıldığı bildirilen çakmak dahi tutanaklarda yer almamış, dolayısıyla nasıl ele geçirildiği tam olarak belirlenememiştir. Ayrıca tutanaklarda olayın oluşumu ile ilgili çelişkili bilgilerin yanında, saptanan bir diğer olgu ise olay yerinin piknik alanı olduğu gerçeğidir, ceza yargılamasının en önemli ilkelereinden biri olan 'in dubio pro reo' kuşkudan sanık yararlanır kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer veremeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Şüpheli ve aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak hüküm tesis edilemez. Ceza mahkumiyeti bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat teorikte olsa hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermemelidir. Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermektir. O halde ceza yargılamasında mahkumiyet, büyük veya küçük bir ihtimale değil, kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilmesinin tek yolu budur. Bu itibarla sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, birbiriyle çelişkili, kesin bir kanaat vermekten uzak kanıtlara dayanılarak, sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsiz olup, direnme hükmünün bu nedenlerle bozulmasına, bozmanın niteliği dikkate alınarak, yerel mahkeme kararındaki diğer hukuka aykırılıkların bu aşamada değerlendirilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.”<sup>79</sup>*

Orman yakma ister kasten ister taksirli olarak işlenmiş olsun, bu fiilden bir zarar doğmuşsa, zararın “**gerçek zarar üzerinden**” tazmini her zaman için istenebilir (OrmanK m.112). OrmanK m.112 içerisinde meydana gelen zarar için ayrıca genel hükümlere göre hukuk mahkemesinde bulunulacak gerçek zarar tazminatına esas alınacak unsurlara ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir.

## SONUÇ

Mevcut orman ceza hukuku bakımından orman kavramı üzerinde durularak, bu maddi unsurdan ceza hukuku bakımından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Orman kavramı, hem suçun konusunu hem de korunan hukuki değeri oluşturması bakımından suçun oluşup oluşmadığının tespitinde belirleyici bir role sahiptir. Bu nedenle bu kavramın orman ceza hukuku bakımından ve her bir suç türü açısından ayrıca ele alınması gerekmektedir. Zira her normun koruma amacı bir diğerinden farklıdır.

<sup>79</sup> CGK, E 2006/3-35, K 2006/97, T 4.4.2006.

Bu makale kapsamındaki suçların ormanlar dışındaki orman sayılmayacak doğal varlıkları korumaktan uzak oldukları da saptanmıştır. Bu alanların korunması için hareket ve netice haksızlıkları da göz önünde bulundurularak ölçülülük ilkesine uygun yaptırımlarla yeni “yakma” suç türlerinin mutlaka orman ceza hukuku mevzuatına girmesi gerekmektedir.

Makalenin son kısmında orman yakma suçlarına dair kısa açıklama ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu suçların oluşumunda bilirkişilik kurumuna bağımlılık sabittir. Bilirkişiliğe bağımlılığın yüksek olduğu, tespiti teknik olan ve uzmanlık bilgisi gerektiren bu tür özel kanun uygulamalarında, toplumu oluşturan ortalama insan kesiminin kolaylıkla hataya düşmesi ve suç faili olmasının önüne geçilmesi gerekir. Bunun için de kanun dilinin öngörülebilirlik ve belirlilik ölçütlerine, kanunilik ilkesi gereklerine uygun şekilde anlaşılır olması gerekmektedir. Bunun yanında burada hata kurumunun da göz ardı edilmemesi icap etmektedir. Belirsiz kavramlara yer veren normlarda maddi ve/veya hukuki hataya düşülmesi ihtimali çok yüksektir. Böyle durumlarda kanunu bilmemek mazeret sayılmaz emri getiren TCK m.4 normunun mutlak anlaşılması, TCK m.30 hükümlerinin somut olaylarda değerlendirmeye alınmasına da en büyük engeli yaratacaktır. Bu sebeple ceza hukuku bakımından “orman” kavramının sınırlarının netleştirilmesi çok büyük önem arz etmektedir.

**KAYNAKÇA**

- ARAS, Celal, **Orman Kanunu**, 3. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, ŞAHİN, Mehmet Emin, ÇAKIR - Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2020 (14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara).
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, „Fahrlässigkeit“ im türkischen Strafgesetzbuch”, iç: Das Strafrecht im Deutsch-Türkischen Rechtsvergleich- Beiträge zur Rechtsvergleichung- Band: IV. 4. Deutsch-Türkisches Symposium „Fünf Jahre Türkisches Strafgesetzbuch“: Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Prof. Dr. Dr. h.c. Yener Ünver, İstanbul, 2011.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan, **Çevre Ceza Hukuku, Çevre Ceza Genel Hükümler**, Cilt 1, 1. Baskı, Oniki Levha, İstanbul, 2021.
- CENDEL, Nur, ZAFER, Hamide - ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2020.
- DAŞDEMİR, İsmet, *Orman Mühendisliğine Giriş (Ders Notu)*, Bartın, 2016 (iç: [https://www.researchgate.net/publication/298721711\\_Orman\\_Muhendisligine\\_Giris\\_Ders\\_Notu/link/5d34203da6fdcc370a51e330/download](https://www.researchgate.net/publication/298721711_Orman_Muhendisligine_Giris_Ders_Notu/link/5d34203da6fdcc370a51e330/download), son erişim: 01.08.2021).
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara 2021.
- ERSOY, Uğur, **Türk Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 11, Sayı: 41 (Ocak 2020), s. 27-64.
- GÜNEŞ, Yusuf, **Orman ve Arazi Mülkiyeti Uyuşmazlıkları**, 2018 (2. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2018), 144.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015 Ankara.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk**, 1. Baskı, İstanbul Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, **Taksirli Suçun Doğmatığı**, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, **Sırf Hareket Suçları Tehlike Suçu mudur?**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXV, Y. 2021, Sa. 2, s. 433-464.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- KORKMAZ, Mehmet, **Ormanlık Alanlar ve Orman Ekolojisi Üzerine Bir Değerlendirme**, iç: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/450532>, E.T: 1.09.2021.
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Baskı, Ankara 2021.
- POLAT, Halil, **Genel Güvenliğin Tehlikeye Sokulması Suçu ile Bu Suçun Diğer Suçlarla İctimai**, TAAD 2010, s. 135-166.

- ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre, 4. Baskı, Münih 2006.
- TOPRAK, Mustafa, **Açıklamalı - İçtihatlı Orman Suçları**, 3. Baskı, Adalet yayınevi, Ankara, 2019.
- ÜNAL, Mehmet - BAŞPINAR, Veysel, **Orman Hukuku**, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** TCK m.1-75, 8. Baskı, İstanbul 2021.



# KORONAVİRÜS (COVID-19) TEDBİRLERİNİN HUKUKİLİĞİ SORUNU VE ALMAN HUKUKUNDAKİ DURUM<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Atila ERKAL<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Salgın hastalıklarla mücadele etmek devletin asli görevleri arasında yer almaktadır. Yaşam ve sağlık hakkı yanında diğer hakları da tehdit eden salgının önlenmesi ve bitirilmesi için tedbirler alınması şüphesiz kamu yararına. Ancak alınacak tedbirler ile temel hak ve özgürlüklere müdahale hukuk devleti sınırları içinde gerçekleşmelidir. Türkiye’de koronavirüs salgını ile mücadele yoğun bir şekilde devam ederken, alınan kararların mevcut anayasal ve kanuni hükümlerle uyduğu söylenemez. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınırken, uygulamada tedbirler genelgelerle alınmaktadır. Alınan kararlar Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve İl İdaresi Kanunu’na dayandırılmakla birlikte, bu kanunların hüküm içermemesi ve mevcut hükümlerin belirsiz olması sebebiyle birçok kararın hukuka aykırılığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Alman hukukunda ise alınacak tedbirler genelgelerle değil, kanunla belirlenmiştir. Salgın ile mücadelede nispeten yeni olan kanunda, koronavirüsle daha etkili mücadele amacıyla, değişikliklere de gidilmiştir. Kanunda salgınla mücadelede alınacak tedbir ve kararlar tek tek sayılmış ve idarelere sınırlı kararname çıkartma yetkisi tanınmıştır. Almanya’da salgınla mücadelede diğer idarelerin yanında asli görev Sağlık Bakanlığına verilmiştir.

Alman salgınla mücadele kanununun farklı maddelerinde alınabilecek tedbirlere ilişkin olarak hangi temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi açıkça belirtilmiştir.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15/11/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 14/12/2021.

Atıf Şekli: Atila Erkal, “Koronavirüs (Covid-19) Tedbirlerinin Hukukiliği Sorunu ve Alman Hukukundaki Durum”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 59-95.

<sup>(\*\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye.

E-posta: atilaerkal@sakarya.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-7394-5414.

Alman Anayasa'sında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında kanuna dayanma hükmü yanında seyahat özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı hakkının salgın sebebiyle de sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Almanya'da alınan kararlara karşı açılan idari davalarda mahkemeler açık kanuni dayanağa işaret ederek tedbirlerin hukuka uygunluğuna karar vermektedir. Ayrıca alınan kararlar sebebiyle uğranılan zararların giderileceği kanunda düzenlenmektedir.

Koronavirüsün ortaya çıkmasından günümüze uzun bir süre geçmesine rağmen salgın bitirilememiş ve dönemsel olarak artışlar yaşanmaktadır. Avrupa'da kaldırılan tedbirler geri getirilmekte, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılmaktadır. Türkiye'de de tedbirlerin tekrar getirilmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması olasıdır. Bu nedenle alınacak kararların hukukiliğini güvence altına alabilmek için kanun koyucunun Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nu güncel şartlara uyarlaması ya da yeni bir kanun çıkartması, ayrıca diğer kanunlarda da değişikliklere gitmesi elzemdir.

**Anahtar Kelimeler:** Koronavirüs Tedbirleri, Koronavirüs Kararlarının Hukukiliği, Covid-19 Kararlarının Dayanağı, Almanya'da Koronavirüs Tedbirleri, Almanya'da Covid-19 ile Mücadelede Hukuki Dayanak.

# **THE PROBLEM OF LEGALITY OF CORONAVIRUS (COVID-19) MEASURES AND THE SITUATION IN GERMAN LAW**

## **ABSTRACT**

Fighting pandemic is one of the most primary duties of the state. It is undoubtedly in the public interest to take measures to prevent and end the epidemic, which threatens other rights as well as the right to life and health. However, the measures to be taken for the interference of fundamental rights and freedoms must comply with the rule of law. While the fight against the coronavirus pandemic continues intensively in Turkey, it cannot be said that the decisions taken comply with the Constitution and statutes. While the Constitution stipulates that fundamental rights and freedoms may be limited by law, in practice, measures are taken by circulars. Although the decisions taken are based on the Public Health Law and the Provincial Administration Law, there is an illegality problem for decisions taken because of ambiguous or lack of or provisions in the law.

In German law, the measures to be taken are determined by law, not by circulars. The law, which is relatively new in the fight against the pandemic, has also been amended to combat the coronavirus more effectively. In the law, the measures and decisions to be taken in the fight against the pandemic were counted one by one and the administrations were authorized to issue limited decrees. In the fight against the pandemic in Germany, the main responsibility was given to the Ministry of Health, inter alia.

In German Law on Fight Against Coronavirus Pandemic, the measures are clearly stated while restricting fundamental rights and freedoms. According to German Constitution, fundamental rights and freedoms may only be limited by law and the right to freedom of travel and the right to housing may only be limited due to pandemics. In Germany, the courts rule on the legality of the measures by pointing to a clear legal basis. In addition, it is regulated in the law that the damages incurred due to the decisions taken will be compensated.

Although a long time has passed since the pandemic outbreak, it has not been finished yet and there are periodic increases. The measures were lifted in Europe are being brought back into force, and fundamental rights and freedoms are limited. It is possible to reintroduce the measures in Turkey and limit fundamental rights and freedoms. For this reason, to ensure the legality of the decisions to be taken, the

legislator needs to modify the Public Health Law to current conditions or to enact a new law, and also to make changes in other laws.

**Keywords:** Coronavirus Measures, The Legality of the Coronavirus Decisions, The Basis of the Covid-19 Decisions, The Coronavirus Measures in Germany, The Legal Basis in the Fight Against Covid-19 In Germany.

## GİRİŞ

Son yılların tehlikeli salgın hastalığı Koronavirüs (Covid-19) Çin’de ortaya çıkmış ve bütün dünyayı etkilemiştir. Birçok kişinin ölümüne neden olmuş ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmiştir. Devletler pandemiyle mücadele için sıkı tedbirlere başvurmuştur. Bu tedbirler bir taraftan ülke içine yönelik alınırken, diğer taraftan mal, hizmet, ithalat ve ihracat ile seyahatlerde olduğu gibi uluslararası alana da yönelik olmuştur. Alınan bu tedbir ve kararlarla birçok temel hak ve özgürlüğe sınırlama getirilmiştir. Bu tedbirlerin aynı zamanda toplumun yaşam şekline, alışkanlıklarına ve sosyal ilişkilerine etkisi olmuştur. Dünyada pandemi ile mücadelede farklı hukuki yollar izlenmiştir. Bazı devletlerde yasama organı hızlı hareket ederek kanun çıkartmış ve pandemiyle mücadelede kanuni dayanağı hazırlamıştır. Hatta bazı ülkeler olağanüstü hâl ilan etmiş ve olağanüstü halin tanıdığı yetkiler çerçevesinde mücadele için gerekli kararları almıştır. Türkiye’de ise Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve bakanlıkların çıkarttığı genelgeler ve kamu kurum ve kuruluşlarının düzenleyici işlemleri ile gerekli tedbirler alınmıştır. Alınan tedbirler temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirdiğinden pozitif hukukta bunun kanuni dayanağının olduğu yönündeki yaklaşımın yanında, ağırlıklı görüş haklı olarak kanuni dayanağın olmadığı ve anayasa ile çeliştiği yönünde olmuştur.

Koronavirüsün ortaya çıkmasından bu yana neredeyse iki yıl geçmesine rağmen tehlikeli bir salgın hastalık olarak varlığını devam ettirmektedir. Tıbbi müdahalelerde ve aşısındaki gelişmeler her ne kadar salgın ve ölümleri azaltsa da virüsün ortaya çıkan farklı ve yeni varyantları, tehlikeyi sona erdirmemektedir. Pandemiyle mücadelede alınan yasaklayıcı kararlar bulaşın artış hızına göre bazen azaltılmakta veya kaldırılmakta bazen ise geri getirilmektedir. Aşılar bu varyantlara karşı korumayı sağlayacak şekilde geliştirilmeye çalışılsa da mücadelede etkili bir yol olarak ulusal ve uluslararası seyahat kısıtlamaları, sokağa çıkma yasakları, eğitime ara verme, maske takma zorunluluğu, toplu ve kapalı alanlara girişlerde kısıtlama veya yasaklama, hatta toplu kapanmaya kadar tedbirler alınmaya devam edilmektedir.

Bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele devletin temel görevlerinden biridir. Anayasa’nın 56. maddesi herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı tanırken, devlete herkesin hayatını benden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi yüklemektedir. Kişilerin yaşam, sağlık hakkının ve ayrıca diğer haklarının korunması için pandemi ile mücadele yapılması zorunludur. Ancak bu mücadelede idarenin aldığı kararların kanuni dayanağının olması

gerekmektedir. Özellikle de idarenin temel hak ve hürriyetlere müdahale edebilmesi için kanunla yetkilendirilmesi zorunludur. Bunun yanında anayasanın ilgili maddelerinde yer alan sebeplere bağlı ve ölçülü bir şekilde kural konulması gerekir. Ülkemizde genelge yoluyla ve umumi hıfzıssıhha kurulu ile valilik kararlarıyla alınan tedbirlerin hukuka uygunluğu tartışmaları devam ederken, karşılaştırmalı hukukta Almanya daha farklı bir hukuki süreç yürütmektedir. Salgının ilk günlerinde Federal Meclis salgınla mücadele kanununda hızlı bir değişikliğe giderek, idarenin alacağı kararlar için hukuki dayanağı sağlamlaştırmıştır. Bu çalışmada alınan tedbirlerin hukukiliği sorunu üzerinde durularak, Alman Hukuku'nda koronavirüsle mücadele kapsamında alınan tedbirler ve hukuki dayanakları ile kişilerin tazmin hakları üzerinde durulacaktır.

## I. KORONAVİRÜSLE MÜCADELEDE ALINAN TEDBİRLER

Koronavirüs'ün Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkması sebebiyle ilk alınan tedbir bu kent ile İstanbul arasında yapılan uçuşların durdurulmasıydı. Ancak virüsün bulaşıcılığı ve tehlikesinin ağır boyutlarının ortaya çıkmasıyla ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak ilan edilmesiyle birlikte, özellikle İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan çok sayıda genelge ile bir çok tedbir alınmış, umumi hıfzıssıhha kurullarına ve valiliklere gerekli kararları alması yönünde talimatlar verilmiştir.<sup>1</sup> Bu genelgelerin bir kısmı idarenin işleyişine yönelik<sup>2</sup> olmakla birlikte büyük bir kısmı toplumun geneline yönelik çıkartılmıştır.<sup>3</sup> Toplumun geneline yönelik alınan kararlar temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına, hatta bazıları durdurulmasına yöneliktir. Bu bağlamda önce kısmi sokağa çıkma yasakları<sup>4</sup>, daha sonra tam kapanmaya<sup>5</sup> gidilerek kişi hürriyeti ve ayrıca seyahatlerde kısıtlamalara gidilerek yerleşme ve seyahat hürriyeti sınırlandırılmıştır. Ayrıca genelgelerde uzun bir istisnalar listesine yer verilerek özellikle çalışma koşuluyla sokağa çıkma yasağı yumuşatıl-

<sup>1</sup> Söz konusu genelgelerin kronolojisi ve içeriği için bkz. mersin.gov.tr/korona; giresun.gov.tr/koronavirüs-genelgeleri, (03.11.2021).

<sup>2</sup> Örneğin İçişleri Bakanlığı'nın 13.03.2020 tarih ve 5229 sayılı izin genelgesi; Sevk ve nakillerde alınacak temizlik ve hijyen tedbirlerine ilişkin 14.3.2020 tarih ve 5254 sayılı genelge.

<sup>3</sup> İçişleri Bakanlığınca alınan bu kararların yetki bakımından sakatlığı konusunda bkz. Betül Güler, "İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020/2, Covid-19 Özel Sayısı, Y. 19, S. 38, s. 194; Mine Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 11(2), s. 554 vd.

<sup>4</sup> Örneğin İçişleri Bakanlığı'nın 14.04.2021 tarih ve 6638 sayılı genelgesi.

<sup>5</sup> İçişleri Bakanlığı'nın 27.4.2021 tarih ve 7576 sayılı genelgesi.

mıştır. Sokağa çıkma yasakları dışında, tedbirlere uymayanlara idari para cezası verilmiş, lokantalar gibi bazı iş yerleri kapatılarak gelir getirici faaliyetleri durdurulduğundan çalışma ve mülkiyet hakkına müdahale edilmiştir. Eğitime ara verilmiş, eğitim hakkı sınırlandırılmıştır. Yurtdışından seyahat edenlere ve temaslılar zorunlu karantinaya tabi tutularak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahale edilmiştir. Sağlık verileri ilgili kurum ve kişilerle paylaşarak kişisel verilerin korunması hakkına müdahale söz konusu olmuştur. Ayrıca camilerde ibadet ve toplu cenaze namazları sınırlandırılarak inanç ve ibadet hürriyetine müdahale edilmiştir. Bu örnekleri artırmak mümkündür. Genelgelerle İçişleri Bakanlığı'nın aldığı kararların yanında il ve ilçe umumi hıfzıssıhha kurullarına karar alma ve alınan kararları genişletme yetkisi de tanınmıştır.<sup>6</sup> Diğer taraftan tam kapanmayla birlikte kanunla hukuki ilişkilere, yargılama sürecine ve icra takiplerine ilişkin geçici düzenlemeler yapılmıştır.

Pandemiyle mücadele kapsamında çıkartılan çok sayıda genelge kendi içinde çelişkilere, anlaşılabilir ifadelerle, belirsizliklere ve uygulamada yorum farklılıklarına neden olmuştur. Örneğin hafta sonları sokağa çıkma yasağına ilişkin genelgenin<sup>7</sup> md.3 uyarınca sokağa çıkma kısıtlaması getirilen süre ve günlerde (hafta içi ve hafta sonu uygulanacak) zorunlu hallerde şehirlerarası seyahat kısıtlamasına istisna getirilmiş, maddede sayılan hallerde valilik ya da kaymakamlıktan alınan izinle özel araç ile seyahat imkânı tanınmıştır.<sup>8</sup> Madde 3/2'de ise sayılan mazeretleri taşımayanların toplu ulaşım araçları ile seyahat edebilmelerine izin verilmiştir. Bulduğu şehre son 5 gün içerisinde gelmiş olmakla beraber, kalacak yeri olmayıp ikamet ettikleri yerleşim yerlerine dönmek isteyen kişilere seyahat belgesi verileceği açıkça belirtilmesine rağmen ve genelgede hafta içi-hafta sonu ayrımı yapılmadığı halde, dönüşün hafta sonuna tekabül ettiği gerekçesiyle ikametgaha dönüşte, valilikler seyahat izin belgesi

<sup>6</sup> Örneğin İçişleri Bakanlığı'nın 18.11.2020 tarih ve 19161 sayılı genelgesi.

<sup>7</sup> İçişleri Bakanlığı'nın 30.11.2020 ve 20076 sayılı genelgesi.

<sup>8</sup> Genelge md.3.1 zorunlu haller; *“tedavi olduğu hastaneden taburcu olup asıl ikametine dönmek isteyen, doktor raporu ile sevk olan ve/veya daha önceden alınmış doktor randevusu/kontrolü olan, Kendisi veya eşinin, vefat eden birinci derece yakınının ya da kardeşinin cenazesine katılmak için veya cenaze nakil işlemine refakat edecek olan (en fazla 4 kişi); bulunduğu şehre son 5 gün içerisinde gelmiş olmakla beraber kalacak yeri olmayıp ikamet ettikleri yerleşim yerlerine dönmek isteyen (5 gün içinde geldiğini yolculuk bileti, geldiği araç plakası, seyahatini gösteren başkaca belge, bilgi ile ibraz edenler), ÖSYM tarafından ilan edilen ve diğer merkezi sınavlara katılacaklar ve refakatçileri; Askerlik hizmetini tamamlayarak yerleşim yerlerine dönmek isteyen; Özel veya kamudan günlük sözleşmeye davet yazısı olan; Ceza infaz kurumlarından salıverilen”*. Benzer hükümlere sokağa çıkma kısıtlaması öngören diğer genelgelerde de yer verilmiştir.

talebini reddedebilmiştir. İkametgaha dönüş için izin verilmezken, otel rezervasyonu ile seyahat iznine gerek kalmadan özel aracıyla ikametgahından başka yerlere seyahate imkân tanınmıştır. Yine kendi aracı ile ikametgahına dönüş ya da seyahat izni verilmezken, toplu taşıma ile birden çok kişinin aynı araçta seyahatine izin verilerek salgın hastalıkla mücadelede çelişkili kararlar alınmıştır. Genelgelerde mağduriyetlerin önlenmesi açıkça belirtildiği halde, çelişkili kararlarla kişi mağduriyetlerine neden olunmuştur.

Söz konusu düzenleme ve kararlar bir tarafa, dayanağı konusu da hukuki açıdan sıkıntılıdır. Genelgelerin düzenleyici bir idari işlem olması sebebiyle, kanunla öngörülen unsurlara uygun olarak çıkartılması gerekmektedir.<sup>9</sup> Ancak bundan daha da önemlisi temel hak ve özgürlüklere müdahale için kanunun yetki tanınması gerekmektedir.

Düzenleyici işlemlerin hepsinin Resmî Gazete’de yayımlanma zorunluluğu olmasa da kamuyu ilgilendiren yönetmeliklerin yayınlanması zorunludur.<sup>10</sup> Genelgeleri de kapsayan diğer düzenleyici işlemlerin Resmî Gazete’de yayımlanması, Resmî Gazete Hakkında 10 sayılı CBK ile buna istinaden çıkartılan Resmî Gazete Hakkında Yönetmeliğe göre mümkündür. Yayımlanma konusunda her ne kadar Cumhurbaşkanlığının takdir yetkisi olsa da ülke çapında uygulanacak ve özellikle kişi haklarına müdahale eden düzenleyici işlemlerin ve bu bağlamda genelgelerin Resmî Gazete’de yayımlanması zorunlu olmalıdır.<sup>11</sup> Ağırlıklı olarak il valiliklerine hitaben yazılmış ve İçişleri Bakanlığı’nın web sitesinde duyurulmuş olmakla birlikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin genelgelerin Resmî Gazete’de yayımlanması gerekir. Bu bağlamda kanuni dayanağı yanında, genelgelerin şekli açıdan da sakat olduğu ifade edilebilir. Kaldı ki temel hak ve özgürlüklere müdahale ağırlaştıkça buna ilişkin düzenleme ve kararların denetiminin de zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.<sup>12</sup> Düzenleyici işlemlerde dava süreleri ilan tarihinden başladığından, ülke çapında yürürlüğe giren genelgelerin Resmî Gazete’de yayımlanma zorunluluğunun diğer bir sebebidir. Temel hakları sınırlandıran genelgelerin Web sayfasında ilan edilmesi ya da duyurulması dava sürelerinin başlamasında kıstas olamaz. Alınan tedbirlerin büyük bir çoğunluğu kademeli

<sup>9</sup> Genelgeyi normlar hiyerarşisi dışında değerlendiren farklı bir bakış ve genelgelerdeki belirsizlikler ve sorunlar için ayrıntılı olarak bkz. Kemal Gözler, “Genelge Devleti Hukukta Şeklin Önemi Üzerine”, <https://www.anayasa.gen.tr/genelge-devleti.htm>, (02.10.2021).

<sup>10</sup> 3011 Sayılı Resmî Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun md.1.

<sup>11</sup> Benzer yönde bkz. Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasakları”, s. 555.

<sup>12</sup> Christoph Gusy, “Katastrophenrecht, *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*, 2020, s. 107.



normalleşme genelgesi ile kaldırılmış olsa da seyahatlerde ve alışveriş merkezlerinde olduğu gibi toplu alanlara girişte HES kodu gösterme zorunluluğu, kapalı alanlarda maske takma zorunluluğu gibi tedbirlerin uygulanmasına devam edilmektedir.<sup>13</sup> Salgının devam etmesi ve yeni varyantların çıkması sebebiyle birçok tedbirin tekrar getirilmesi olasıdır. Nitekim Avrupa’da kaldırılan birçok tedbir vaka sayılarının artması ve yeni varyantların tehlikeli boyutu sebebiyle geri getirilmiştir.

İdarenin düzenleyici işlemlerinde ve alınan kararlarda dayanak olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve İl İdaresi Kanunu gösterilmektedir. Tedbirlere uymayanlara ise Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve Kabahatler Kanunu mucibince ceza verilmektedir.

### **A. Salgınla Mücadelede Alınacak Tedbirler ile Temel Hak ve Özgürlüklere Müdahale Yetkisinin Kanuna Dayanması**

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (UHK) md.1 salgın hastalıklarla mücadeleyi devletin genel hizmetleri arasında saymakla birlikte, 2. madde mücadele ve 64. madde alınacak tedbirler konusunda Almanya’da olduğu gibi Sağlık Bakanlığını yetkilendirmektedir. Bu mevcut hükme göre salgında tedbirlerin İçişleri Bakanlığı tarafından ya da illerde vali tarafından alınması yetki unsuru bakımından sakatlığa neden olmaktadır.<sup>14</sup> Her ne kadar illerde umumi hıfzıssıhha kurulu kararlarını valilik uygulasa da tam kapanmada ve ülke çapında kapanmada İçişleri Bakanlığı, il bazında kapanmada ise kurulların yetkisinin kabulü de birbiri ile çelişmektedir. Diğer taraftan sokağa çıkma yasağı kararının Sağlık Bakanlığı tarafından alınması da bakanlıklar arası iş bölümü ve görev tanımlarıyla uyumsuzdur.<sup>15</sup> UHK’nın yürürlüğe girmesinden günümüze hukuk ve idari teşkilatta büyük değişiklikler olmuştur. UHK neredeyse hiç güncellenmediğinden mevcut idari teşkilat görev ve yetkileri ile de uyumsuzluklar ortaya çıkmaktadır. Salgın ile mücadelede asıl yetki Sağlık Bakanlığında olacak şekilde, onun koordinasyonunda diğer bakanlık ve idareler tarafından karar alınmasını öngören kanuni düzenlemeler şarttır.

<sup>13</sup> İçişleri Bakanlığının 27.6.2021 tarih ve 10530 sayılı genelgesi,

<sup>14</sup> Çiğdem, Sever, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, s. 222; Sırrı Düğür, “Koronavirüs Salgını Sebebiyle Alınan İdari Kolluk Tedbirlerinin Hukuka Uygunluğu ve Farklı Ülkelerdeki Durum ile İlgili Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 20, S. 1, s. 139; Kasapoğlu Turhan, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasakları”, s. 554; Güler, “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı”, s. 192.

<sup>15</sup> Görev, yetki ve sorumluluklar konusunda Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı hakkında 1 sayılı CBK md.254 vd. İçişleri Bakanlığının, md.352 vd. Sağlık Bakanlığının görevlerini düzenlemektedir.

Koronavirüsün bir salgın hastalık olduğu Dünya Sağlık Örgütü tarafından ilan edilmiştir. UHK md.57 salgın hastalıkların neler olduğunu saymıştır.<sup>16</sup> Koronavirüs ise bunlar arasında yer almamaktadır. Covid-19'un yeni bir salgın olması, Kanunun 1930 tarihli olması sebebiyle yer almaması da normaldir.<sup>17</sup> Ancak Sağlık Bakanlığı salgın hastalıkları yönetmeliklerle güncellemektedir.<sup>18</sup> Bulaşıcı Hastalıklar ve Sürveyans Kontrol Esasları Yönetmeliğinin, Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesi başlıklı Ek-1'e Covid-19 (yeni koronavirüs hastalığı) eklenmiştir.<sup>19</sup> Yönetmeliğe bakıldığında kanunda sayılan bulaşıcı hastalıklar dışında yenilerinin eklendiği görülmektedir. Ancak Kanunda hastalıkların yönetmelik ile belirleneceğine yönelik bir hüküm ve yetkiye yer verilmemiştir. UHK md.64 salgın hastalıkları kıyas yoluyla belirleme ve Sağlık Bakanlığına kanunda sayılan tedbirleri alma yetkisi tanımaktadır. Hastalıkların kıyas yoluyla belirlenerek buna istinaden temel hak ve hürriyetlere müdahale yetkisinin kullanılması ve yükümlendirici işlemler tesis edilmesi de hukuk devleti açısından sorunludur. İdare hukukunda yükümlendirici işlemler bakımından kıyas yasağının geçerli olması, hastalıkların kıyas yoluyla belirlenerek kısıtlamalara gidilmesi önünde engel teşkil etmektedir.<sup>20</sup> Diğer taraftan yönetmelikle salgın hastalığın belirlenerek, kanunda öngörülen tedbirlerin alınmasında da hukuki sürecin ters işlenmesi anlamına gelmektedir. Any. md.124 kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla yönetmelik çıkartılacağını belirtmektedir. Kanunda yer almayan yü-

<sup>16</sup> Buna göre salgın hastalıklar şunlardır: "Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevzin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılması, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

<sup>17</sup> Kanun her ne kadar ayrıntılı düzenleme içerse de 1930'lu yılların şartlarında çıkartılmış günümüze kadar güncellenmemiştir. Günümüz ihtiyaçlarını karşıladığını söylemek de güçtür. Tolga Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, s. 79.

<sup>18</sup> Güler, "İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı", s. 190.

<sup>19</sup> RG. 22.04.2020, Sy. 31107.

<sup>20</sup> Guy Beaucamp, "Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2009, 134/1, s. 134; A. Şeref Gözübüyük- Turgut Tan, *İdare Hukuku C. 2, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 60,

kümlendirici bir hususun yönetmelik ile getirilememesi yanında, burada yönetmeliğin uygulanmasının kanunla sağlanması gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Diğer taraftan sokağa çıkma yasağı gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan müdahaleler için kanunun açık bir yetki tanınması zorunludur. Kanuni idare ilkesi gereği idare, yasama organı tarafından konulan kurallar ile bağlıdır ve bu idarenin keyfiliğini önlemektedir.<sup>21</sup> Ayrıca idarenin kanuna dayanması olarak anlaşılır, dolayısıyla idarenin bir tasarrufta bulunabilmesi için kanunla yetkilendirilmesini zorunlu kılar.<sup>22</sup> Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahale konusunda idarenin anayasal temelde kanunla yetkilendirilmesi özel bir yetkidir.<sup>23</sup> Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin temel kurallara yer vermektedir. Buna göre; “*temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”. İdari tasarruflarda yetki kamu düzenine ilişkin olduğundan yetki istisna ve yetkisizlik kuralı kabul edilmekte ve dar yoruma tabi tutulmaktadır.<sup>24</sup> Koronavirüs tedbirleri bağlamında alınan kararların, sokağa çıkma yasağı, maske takma zorunluluğu gibi yükümlülükler getirmesi sebebiyle kanunun kıyasen uygulanması da mümkün görülmemektedir. Yararlandırıcı işlemlerde kıyas mümkün<sup>25</sup> olsa da yükümlendirici işlemlerde yasaktır.<sup>26</sup> Bunun dışında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının Anayasanın 13. maddesine uygun şekilde kanunla düzenlenmesi zorunludur. Kanun koyucunun görev alanına giren bu konunun genelge ya da diğer düzenleyici

<sup>21</sup> Bahtiyar Akyılmaz-Murat Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2021, s. 116; Matthias Jastaedt, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in: Ehlers/Pünder, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, de Gryter, Berlin Boston, 2016, s. 329; Winfried Kluth, *Gesetz-mäßigkeit der Verwaltung*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht I*, München 2017, s. 335; Maximilian Wallerath, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 2009, s. 218.

<sup>22</sup> Hartmut Maurer-Christian Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, München, 2020, s. 120 vd.; Wilfried Erbgut-Anette Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2019, s. 103 vd.

<sup>23</sup> Erbgut-Guckelberger, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, s. 105; Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C. H. Beck, München, 2020, s. 71.

<sup>24</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, *İdare Hukuku*, s. 376; Danıştay 12. Dairesinin 20.10.2006 tarihli ve E. 2003/4620, K. 2006/4153 sayılı kararı.

<sup>25</sup> Wallerath, *Verwaltungsrecht*, s. 219.

<sup>26</sup> Beaucamp, “Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht”, s. 134; Gözübüyük- Turgut, *İdare Hukuku C. 2*, s. 60.

işlemlerle düzenlenmesi hukuka aykırılık teşkil etmekte, fonksiyon gaspı nedeniyle yokluk müeyyidesine tabi kılınması gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle sınırlandırılabilir. OHAL dışında tehlikeli salgın hastalıklar ile mücadele amacıyla bir sınırlama nedenine yer verilmediğinden, buna dayanarak sınırlama yapılamayacaktır.<sup>27</sup> Genelge ve diğer düzenleyici işlemlerle alınan pandemi tedbirleri kanunla öngörülmüş olsa bile, olağan dönemde genel sağlık sebebine dayanarak kanunla sınırlama mümkün olmadığından bunlarda da hukukilik sorunu doğar.<sup>28</sup>

Anayasa md.13 temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması "*anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı*" olarak yapılacağını açıkça düzenlediğinden, ilgili maddelerde salgın sebebiyle sınırlamaya açıkça yer verilmesi gerekmektedir. Ancak Ohal kanunu ile de her hak ve özgürlük sınırlandırılmaz. Kanunda salgın sebebiyle alınacak tedbirlere ilişkin hükümlerle sınırlı olarak müdahale yapılabilir.<sup>29</sup> Almanya'da ise aşağıda yer verildiği üzere sadece seyahat özgürlüğü ve konut dokunulmazlığının salgın sebebiyle sınırlandırılabilirliği anayasada düzenlenmektedir. Almanya, salgın döneminde diğer hak ve özgürlükleri de sınırlandırmıştır. Ancak bu yetkiyi yine Anayasa md.19/1. fıkrasından almaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasını düzenleyen bu madde uyarınca, bir kanuna dayanarak temel hakkın sınırlandırılabilmesi için, ilgili kanun sınırlandırılacak temel hakkı ve anayasa maddesini açıkça düzenlemelidir.<sup>30</sup> Alman salgınıyla mücadele kanununda da alınacak tedbirlere, sınırlandırılabilirlik temel hak ve özgürlükler ile ilgili anayasa maddelerine açıkça yer vermektedir.

Pandemi döneminde il bazındaki kararlarda UHK md.27 il umumi hıfzıssıhha kurulunun yetkisine yer vermiş ve md.72'de alınabilecek kararlar sayılmıştır. Koronavirüs ile mücadelede İçişleri Bakanlığı ve umumi hıfzıssıhha kurulları bu maddelere dayanarak tedbir almaktadır. UHK md.28 uyarınca vali ve kaymakamlar kurulların aldığı kararları icra etmektedir. Md.72 salgınla mücadelede somut tedbirlere yer vermekle birlikte karantina dışında diğer temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Ayrıca İl İdaresi Kanunu md.11/C valilere ilde, md.32/Ç kaymakamlara ilçede huzur ve güvenliğin sağlanması için gereken

<sup>27</sup> Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (5.11.2021); Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklar", s. 64.

<sup>28</sup> Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (5.11.2021).

<sup>29</sup> Kemal Gözler, "Anayasasızlaştırma", <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, s. 4 (5.11.2021); Kemal Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm>. (5.11.2021).

<sup>30</sup> Peter M. Huber, **Art.19**, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, **Grundgesetz Kommentar**, C. H. Beck, München 2018, s. 1795.

karar ve tedbirleri alma yetkisi tanımaktadır. Buna göre; kamu düzeni ve güvenliğinin olağan hayatı durduracağına veya bozulacağına ilişkin ciddi belirtiler bulunursa, valiler 15 günü geçmemek üzere bunu bozma şüphesi olan kişilerin belli yerlere giriş ve çıkışını sınırlandırabilmektedir. Yine kamu düzeni ve güvenliğini korumak amacıyla belli yer veya saatte kişilerin dolaşması, toplanması ve araç seyirleri düzenlenebilmekte veya kısıtlanabilmektedir. Genel sağlık bir tarafa bu hüküm belli yaş grupları veya meslek grupları için kısmi ya da genele ilişkin tam sokağa çıkma kısıtlaması getirilmesi yönünde bir düzenleme içermemektedir.<sup>31</sup> Diğer taraftan bu tedbirler kamu düzenine ilişkin alınmakta, belli kişiler için belirlenen yerlere giriş çıkış yasaklanmakta, belli saatlerde kişilerin dolaşması ya da toplanmasına izin verilmemektedir. Genel sağlık da kamu düzeni içerisinde yer almakla birlikte<sup>32</sup> maddenin düzenlenişinden kapsamının şiddet olaylarına ilişkin olduğu söylenebilir.<sup>33</sup> Kamu düzeni geçen her hükmün içine genel sağlığı da katmak, zaten belirsiz olan kavramı diğer belirsiz kavramlarla daha belirsiz hale getirmesi sonucu doğurur ve idarenin tek bir kanun hükmüyle birçok konuda yetkilendirilmesi gibi bir sonuç çıkar. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması istisna olduğundan, belirsizlik ve tereddüt durumunda yetki dar yorumlanacağından, salgın döneminde alınacak tedbirlerin özellikle de sokağa çıkma yasağı veya belli kişiler için belli yerlere giriş çıkış yapma, toplanmayı yasaklama kararlarının kanunda şüpheye yer vermeksizin açıkça düzenlenmesini icap eder.<sup>34</sup> Bahsi geçen hükümlerde birtakım sınırlamalar dışında sokağa çıkma yasağına açıkça yer verilmemektedir.<sup>35</sup> Belirsizlik durumunda kişi hak ve özgürlüğü lehine yorum yapılacağından temel hak ve özgürlükler aleyhine yükümlülük getiren işlemler için hukuki dayanak olarak yorumlanamaz. Dolayısıyla ilgili hükümlerden sokağa çıkma yasağı kararı alma sonucu çıkartılamaz.<sup>36</sup> Hukuk devletinde toplumu etkileyen ve salgını

<sup>31</sup> Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklar", s. 105.

<sup>32</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, İdare Hukuku, s. 592.

<sup>33</sup> Şirin, "Tehlikeli Salgın Hastalıklar", s. 104; Sever, "COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku", s. 224.

<sup>34</sup> Kanun koyucu kural koyarken, uygulanacağı olayların özelliğine göre, kuralın amacına da gözönünde bulundurarak olabildiğince açık ve belirli bir şekilde kaleme almalıdır. BVerfGE 49, 168, s. 18; Gözler, "Anayasasızlaştırma", <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, s. 6; Güler, "İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı", s. 192; Sever, "COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku", s. 220.

<sup>35</sup> Emine Cin Karagöz, "Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. XX, S. 2, s. 637.

<sup>36</sup> Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (5.11.2021); Seçkin Yavuzdoğan, "Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Bir Kaç Not", 2020/1, *Adalet Dergisi*, Y. 147, S. 64, s. 132.

da kapsayan büyük felaketlerde<sup>37</sup> idarenin ani ve etkili hareket etmesi beklenirken, alacağı kararların da demokratik düzen açısından meşru olması gerekir.<sup>38</sup>

Koronavirüsle olağanüstü hâl ilan edilerek mücadele edilmesi de mümkündür.<sup>39</sup> Anayasa md.119 Cumhurbaşkanına tehlikeli salgın sebebiyle olağanüstü hâl ilan yetkisi tanımaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile olağanüstü halin gerektirdiği konularda temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme yapılabilmekte, dolayısıyla koronavirüs pandemisi ve ilan süresiyle sınırlı kalmak kaydıyla Any. md.104/17. fıkradaki sınırlamalara tabi olmadan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler konabilmektedir. Olağanüstü dönemde pandemi ile mücadelede alınacak tedbirlerin kanunla öngörülmesi zorunlu değildir.<sup>40</sup> Tedbir alma konusunda kanunla düzenleme zorunluluğu olmasa da Any. md.119/5'e göre "*Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15'inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir*" hükmüne istinaden çıkartılan Ohal Kanununa uygun davranılması gerekir. Ohal Kanunu md.9 salgın hastalıklara ilişkin alınacak tedbirleri sınırlı biçimde düzenlemektedir.<sup>41</sup> Bu madde sokağa çıkma yasağı konusunda bir hüküm içermediğinden bu yönde karar alınması da güçtür. Buna karşılık md.11 şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler arasında sokağa çıkma sınırlamasını veya yasaklamasını açıkça düzenlemektedir. Pandemi döneminde genelge ve diğer işlemlerle alınan ve kısaca yukarıda yer verilen kararlara bakıldığında sokağa çıkma yasağı konusunda bunu aşsa da, genel olarak Ohal seviyesinde olduğu söylenebilir.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Afet hukukunun sadece deprem heyelan, sel, yangın gibi afetlerle sınırlı olmadığı, salgının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. Hans-Heinrich, Trute, "Pandemien als potentiell globale Katastrophe", *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*, 2018, s. 125; Gusy, Katastrophenrecht, s. 104.

<sup>38</sup> Gusy, Katastrophenrecht, s. 102.

<sup>39</sup> Japonya, Fransa, İspanya gibi ülkeler olağanüstü hal ilan ederek koronavirüsle mücadelede yöntemini seçmiştir.

<sup>40</sup> Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (5.11.2021).

<sup>41</sup> Yavuzdoğan, "Tehlikeli Salgın Hastalık", s. 130; Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasakları", s. 561 vd.

<sup>42</sup> Cin Karagöz, "Özel Güvenlik Bölgesi", s. 628 vd., Kasapoğlu Turhan, "Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasakları", s. 560; Düğger, "Koronavirüs Salgını Sebebiyle Alınan İdari Kolluk Tedbirleri", s. 125.

## B. Salgın Sebebiyle Bazı Hukuki İlişki ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Koronavirüs salgınıyla mücadele kapsamında ülke genelinde uygulanan kısıtlamalar dikkate alınarak yargı ve diğer alanlarda hak kayıplarını önlemek amacıyla 7226 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici md.1 ile düzenlemeye gidilmiştir. Geçici md.2 ile işyeri kiralarının belli bir süre feshedilemeyeceği, geçici md.3 ile çeklerin ibraz sürelerinin ve vadesi gelmiş kambiyo senetlerine ilişkin icra takibinin geçici süreliğine başlamayacağı, başlayacakların ise duracağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamanaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler ile İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki süreler 13.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, İcra ve İflas Kanunu ile takip hukukuna ilişkin diğer kanunlarda belirlenen süreler ve bu kapsamda işlemler 22.3.2020 (bu tarih dâhil) tarihinden, itibaren 30.4.2020 (bu tarih dâhil) tarihine kadar durdurulmuştur. Bu sürelerin, durma süresinin sona erdiği günü takip eden günden itibaren işlemeye başlayacağı da hüküm altına alınmıştır. Ayrıca salgının devam etmesi halinde Cumhurbaşkanına durma süresini altı ayı geçmemek üzere bir kez uzatma ve bu döneme ilişkin kapsamı daraltma yetkisi tanınmıştır.

İdari kolluk tedbirlerinden farklı olarak yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler ile yukarıda sayılan hususlar kanunla yapılarak hak kayıpları önlenmeye çalışılmıştır. Yargılamaya ilişkin kanunla düzenlenme şartı yerine getirilmiştir. Diğer taraftan kanunla getirilen bu düzenlemeler Any. md.13'te yer alan sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilirliğinden mülkiyet hakkı, seyahat hürriyeti, hak arama ve sözleşme hürriyeti gibi hak ve hürriyetlerin Anayasada genel sağlık sebebi ile sınırlandırılmasına yönelik bir hüküm bulunmadığından Anayasaya aykırılık içermektedir.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Gözler, "Korona Virüs Salgınıyla Mücadele", <https://www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm> (5.11.2021).

## II. ALMANYA'DA KORONAVİRÜS TEDBİRLERİ VE HUKUKİ DAYANAK

Koronavirüsle etkili mücadele yapan ülkeler arasında Almanya ön sıralarda yer almaktadır.<sup>44</sup> Almanya, koronavirüsün yayılmaya başlamasıyla birlikte mücadele için öncelikle kanuni altyapıyı hazırlamıştır. 2001 yılında sil baştan yenilenerek yürürlüğe giren “İnsanlarda Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve Mücadelesi Kanunu”na (IfSG)<sup>45</sup> yeni maddeler eklenmiş ve mücadelede ihtiyaca göre “ulusal çerçevede halkın salgından korunmasına ilişkin kanun”<sup>46</sup> adı altında değiştirilmeye ve güncellenmeye devam etmektedir. IfSG’de yapılan değişiklikler yanında “Uluslararası Sağlık Hükümlerinin Uygulanmasına dair Kanun”<sup>47</sup>, Sosyal Güvenlik Kanunu (SGB)<sup>48</sup> ve İmar Kanunu gibi kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır. Federal Meclis, hızlı süreç işletilerek kanunu bir günde çıkartmıştır.<sup>49</sup> Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik idareye yeni yetkiler tanınmış, ayrıca koronavirüs tedbirlerine özel olarak yer verilmiştir. Alman Anayasası (GG) md.19 temel hakların sınırlandırılmasını hüküm altına almaktadır. Buna göre bir temel hakkın kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanarak sınırlandırılabilmesi için kanunun münferit olaylara yönelik özel nitelikte değil (burada özel-somut nitelikte şekli kanunlar kasdedilmektedir), genel olması gerekmektedir.<sup>50</sup> Ayrıca bir kanuna dayanarak temel hakkın sınırlandırılabilmesi için ilgili kanun, sınırlandırılacak temel hakkı ve anayasa maddesini somut olarak düzenlemelidir.<sup>51</sup> Bu hükümlerle sadece sınırlandırılacak

<sup>44</sup> Robert Koch Enstitüsü ve diğer kuruluşların yayınladığı hasta vakası ve ölüm sayılarına ilişkin verilerde Almanya nüfus oranına göre diğer ülkelere nazaran daha düşüktür. Bkz. [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Fallzahlen.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html) (13.11.2021); <https://www.ecdc.europa.eu/en/geographical-distribution-2019-ncov-cases> (13.11.2021).

<sup>45</sup> Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000, BGBl. I S. 1045.

<sup>46</sup> Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von Tragweite; 27.3.2020, 19.05.2020, 18.11.2020, 22.04.2021 tarihlerinde olmak üzere dört kez eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır.

<sup>47</sup> Gesetz zur Durchführung der Internationalen Gesundheitsvorschriften, BGBl. I S. 566.

<sup>48</sup> Örneğin SGB V. kitabına eklenen md.219a/6. fıkrası uyarınca Avrupa Birliği ile İngiltere ve Kuzey İrlanda vatandaşlarının Almanya’da covid 19 tedavisi görme imkanı getirilmiştir.

<sup>49</sup> Miriam Meßling, “Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020”, *NZS*, 2020, s. 323.

<sup>50</sup> Michael Antoni, *Artikel 19*, in: Hömmig/Wolff, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden Baden 2018, s. 277; Helge Sodan, *Art.19*, in: Sodan, *Grundgesetz*, C. H Beck, München 2018, s. 235.

<sup>51</sup> Anayasadaki bu madde, yasama organına hangi temel hakların sınırldığını ilgili anayasa maddelerine de yer verecek şekilde kanunda düzenleme yükümlülüğü yüklemektedir. Antoni, *Artikel 19*, s. 276; Sodan, *Art.19*, s. 234; Huber, *Art.19*, s. 1795.



temel haklara müdahale edilmesi, diğer haklara dokunulmaması güvence altına alınmaktadır.<sup>52</sup> Bunun dışında md.11/2. fıkrasında seyahat özgürlüğünün, md.13/7. fıkrada ise konut dokunulmazlığının salgın nedeniyle sınırlandırılabilmesi açıkça düzenlenmektedir. Diğer hakların sınırlandırılmasında ise kanunlara atıf yapılmaktadır. Örneğin sokağa çıkma yasağına ilişkin anayasada salgın sebebi öngörülmemişse de GG md.1/2'de kişi özgürlüğünün kanunla sınırlandırılabilmesi hüküm altına alınmaktadır. Aşağıda yer verileceği üzere IfSG alınacak tedbirlerde hangi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesini açıkça düzenlemektedir. Ancak Almanya'da sokağa çıkma yasağında olduğu gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda kanunda açık bir düzenleme olsa da anayasal bir yetkilendirmeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir.<sup>53</sup>

Pandemi sebebiyle hak kayıplarını ve mağduriyetleri önlemek amacıyla Almanya'da da "Medeni, İcra-İflas Hukuku ve Ceza Usul Hukukunda Covid-19 Salgınının Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun"<sup>54</sup> ile düzenlemeler yapılmıştır. Bu kanun da çok hızlı bir şekilde yürürlüğe konulmuş, salgın sebebiyle çıkartıldığından uygulanması belli süreler ile sınırlandırılmıştır.<sup>55</sup>

Bu kısımda kısaca hak mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla yapılan düzenlemeler ele alınacak, akabinde Alman İnsanlarda Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi ve Mücadele Kanununun Sağlık Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına tanıdığı salgınla mücadele yetki ve tedbirlerine yer verilecek daha sonra da koronavirüs salgınının ortaya çıkmasıyla getirilen hükümler incelenecektir.

#### **A. Salgın Sebebiyle Bazı Hukuki İlişki ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanuni Düzenlemeler**

Almanya'da Medeni, İcra-İflas Hukuku ve Ceza Usul Hukukunda Covid-19 Salgınının Sonuçlarının Hafifletilmesi Hakkında Kanun (Covid-19-G) ile birçok alanda düzenlemeye gidilmiştir. Kanunda sözleşme hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmiş ve taraflara birtakım haklar tanınmıştır. Sözleşme, 8.3.2020 tarihinden önce akdedilmişse ve edimler salgın sebebiyle yerine getirilemiyorsa

<sup>52</sup> Sodan, **Art.19**, s. 236.

<sup>53</sup> Gusy, *Katastrophenrecht*, s. 107.

<sup>54</sup> Gesetz zur Abmilderung der Folgen COVID-19 Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht ("COVID-19-Gesetz"), BGBl. I 2020, S. 569,

<sup>55</sup> Elena Dubovitskaya, "Das Krisengesetz als Ideengrube für die künftige virtuelle Hauptversammlung", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2020, s. 648.

tarafına 30.6.2020 tarihine kadar edimden kaçınabilme hakkı tanınmıştır.<sup>56</sup> Örneğin konaklama veya seyahat sözleşmelerinde salgın sebebiyle tüketicilere sözleşmeden bedelsiz cayma hakkı tanınmış, hizmet sunan işyerlerine de salgın sebebiyle edimini yerine getirmesi imkansız olması durumunda sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.<sup>57</sup> Kira sözleşmelerinin pandemiye dayalı olarak kira bedellerinin ödenmemesi sebebiyle kanunda belirlenen süre zarfında feshedilemeyeceği öngörülmüştür. Tüketici kredilerinde ödemeler ertelenmiştir. Ticari şirketlerin toplantılarını online yapma zorunluluğu getirilmiştir. Toplantılar yanında itirazların da elektronik ortamda yapılması öngörülmüştür.<sup>58</sup> Bu düzenleme salgının önlenmesi amacıyla yüz yüze toplanmayı kısıtlarken, diğer taraftan şirketlerin işleyişi üzerinde önemli etkileri olmuştur.<sup>59</sup> Dernek ve vakıflara ilişkin düzenlemeler de yapılmıştır. Yönetim kurulu üyelerinin görevi sona erse de yenisi seçilene kadar devam edeceği öngörülmüştür. Yine toplanma, karar alma ve uygulama bakımından da birtakım değişiklikler yapılmıştır.

Kanun, İcra ve iflas taleplerini 30 Eylül 2020'ye kadar askıya almıştır. Bu sürenin uzatılması konusunda Adalet ve Tüketicinin Korunması Bakanlığına kararname çıkartma yetkisi tanınmıştır (md.4). Ceza yargılamasına ilişkin süreler 2 ay süreyle durdurulmuştur. Ayrıca kanunda koronavirüs salgını sebebiyle kişilerin hak kayıplarının ve mağduriyetlerin önüne geçilmesi, salgının yayılmasının önlenmesi yönünde diğer düzenlemelere de yer verilmiştir.

## B. Salgınla Mücadelede Yetkili Organlar

Almanya'da pandemi ile mücadelede eyalet meclisleri ve eyalet kurumları, özellikle eyalet sağlık bakanlığı ve sağlık kurumları yetkilidir. Ancak ulusal çerçevede halkın salgından korunmasına ilişkin kanun değişikliğiyle federal makamlar yetkilendirilmiştir. Bunun sebebi de eyalet hukukunun yer ve zaman olarak sınırlı olması, tüm eyaletleri kapsayan büyük olaylarda federal ya da eyaletler arası iş birliği hukukuna dayanan eyaletler üstü kurallar gerektirmesidir.<sup>60</sup> Federal Sağlık Bakanlığına tanınan bu yetkiler, kriz dönemi şartlarında

<sup>56</sup> Stefanie Bergmann, **§8 Reiserecht**, in: Krois, **Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis**, Nomos, Baden Baden, 2020, s. 260.

<sup>57</sup> Bergmann, §8 Reiserecht, s. 256 vd.

<sup>58</sup> Dubovitskaya, "Das Krisengesetz", s. 652.

<sup>59</sup> Ingrid Anders-Adela Kujović, "Anfechtungs- und Haftungsrisiken bei Hauptversammlungen nach dem COVID-19-Gesetz", **Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht**, 2020, s. 213.

<sup>60</sup> Gusy, Katastrophenrecht, s. 102.

hukuk devletinin sınırlarını zorlasa da, bu sınırlar içinde kalmasını sağlamaktadır.<sup>61</sup> Eyaletler ise salgınla mücadelede kararname çıkartarak emir ve yasak getirebilmektedir.<sup>62</sup>

IfSG md.1/2 salgınla etkili mücadele için Devlet'e destek ve teşvik verme görevi yüklemektedir. Buna göre federal ve eyalet idareleri ile mahalli idareler, doktorlar, veterinerler, hastaneler, bilimsel kuruluşlar ile mücadelede yer alacak diğer katılımcıların birlikte çalışma ve katılımını sağlamak amacıyla, tıp ve epidemiyoloji biliminin ve teknolojinin en güncel imkanları ile donatılmalı ve desteklenmelidir. Ayrıca salgının önlenmesi ve mücadelesinde sivil toplum kuruluşları, gıda şirketleri, sağlık kuruluşlarının sahip ve yöneticileri ile bireylerin sorumlulukları netleştirilerek mücadeleye destek vermesi teşvik edilmektedir.

Almanya'da yapılan diğer önemli bir değişiklik ise sağlık çalışanı ihtiyacını karşılamaya yöneliktir. Ulusal çapta salgınla mücadelede özellikle doktor müdahalesinin zorunlu olmadığı durumda, sağlık alanında faaliyette bulunan bazı meslek gruplarına iyileştirici faaliyette bulunma izni verilmiştir. Böylece doktorların yoğunluğu da azaltılmaya çalışılmıştır.<sup>63</sup> IfSG md.5a'ya göre yaşlı bakıcıları, sağlık ve çocuk hasta bakıcıları ile hasta bakıcılar, acil sağlık personeli ve hemşireler bu kapsamda yer almaktadır. Sosyal Güvenlik Kanunu 11. Kitabına (SGB XI) eklenen md.150a ile hasta ve yaşlı bakımevleri gibi yerlerde çalışanlara, korona döneminde gösterdikleri özel çabalar karşılığında bir defaya mahsus prim ödenmesi zorunluluğu getirilmiştir.<sup>64</sup>

### 1. Federal Meclis ve Yetkili İdareler

Koronavirüs salgınının başlamasıyla birlikte IfSG md.5 değiştirilerek Federal Meclis ve Federal Sağlık Bakanlığına yeni görevler verilmiştir. Federal Meclis (Bundestag) md.5/6'ya göre salgını ulusal çapta belirleyip ilan etme ve şartlar kalktığına salgın durumunu sona erdirmeye yetkisine sahiptir. Ulusal çapta pandemi tüm Almanya üzerinde kamu sağlığını ciddi şekilde tehlike arz eden, Dünya Sağlık Örgütü tarafından ilan edilip Almanya'yı tehdit etme durumunda; ya da salgın, bir hastalığın tehdit edici şekilde yayılması ve diğer ülkeler üzerinden Almanya'yı tehdit etmesi veya Almanya'da görülmesi durumunda söz konusu

<sup>61</sup> Meßling, "Gesetz zum Schutz der Bevölkerung", s. 321.

<sup>62</sup> Patrik Aligbe, "Neues Infektionsschutzrecht im Zweiten Gesetz zur epidemischen Lage von nationaler Tragweite", *Arbeitsschutz in Recht und Praxis*, 2020, s. 182.

<sup>63</sup> Meßling, "Gesetz zum Schutz der Bevölkerung", s. 322.

<sup>64</sup> Aligbe, "Neues Infektionsschutzrecht", s. 186.

olmaktadır. Pandeminin ilanı ve sona erdirilmesi Alman Resmî Gazete'sinde ilan edilmek zorundadır. Ayrıca Federal Hükümet pandemi süresince Alman Federal Meclisini düzenli bir şekilde sözlü olarak bilgilendirmek zorundadır.

Federal Meclis tarafından ulusal çapta pandemi ilanı ile birlikte, Federal Sağlık Bakanlığı'nın yetkileri IfSG md.5/2 uyarınca ülke çapında eyalet sağlık bakanlıklarının yetkilerini de kapsayacak şekilde genişlemektedir.<sup>65</sup> Bu hükümle Federal Sağlık Bakanlığı'nın, federal düzeyde hızlı tedbir alabilmesi amaçlanmıştır. Mücadelede asıl yetkili Sağlık Bakanlığı olsa da IfSG eyalet idareleri ile yerel yönetimlere de görevler yüklemektedir.<sup>66</sup> Federal bakanlık, federal çerçevede kararname, eyalet bakanlığı ise eyalet çerçevesinde kararname çıkartma yetkisine sahiptir.<sup>67</sup> Kararnamelerin konusuna göre içeriği, amacı, kapsamı ve süresi IfSG'nin bir çok maddesinde düzenlenmekte ve kararnameler bu maddelerle sınırlı olarak çıkartılabilmektedir.<sup>68</sup>

IfSG'de Sağlık Bakanlığı ve diğer idarelerin görev ve yetkileri farklı maddelerde düzenlenmektedir. Ancak md.5/2 Federal Sağlık Bakanlığı'nın tıbbi cihaz ve ilaçlar ile diğer ihtiyaçların giderilmesi konusunda Federal Konseyin onayını almadan kararname çıkartma yetkisi tanınmaktadır. Buna göre ilaçlar, aşular, uyuşturucu ürünler, tıbbi ürünler, laboratuvar ihtiyaçları, yardımcı araçlar, koruyucu giysiler ve ürünler, dezenfektan ürünleri ve kanunda sayılan diğer ihtiyaçların karşılanması amacıyla bunların üretimi ve nakliyesi konusunda doğrudan kararname çıkartabilmektedir. Kısaca Federal Sağlık Bakanı, ilaçların üretimi, izni, kullanılması ithalatı ve ihracatı konularında karar alma yetkisiyle donatılmıştır.<sup>69</sup>

<sup>65</sup> Gusy, Katastrophenrecht, s. 102; Meßling, "Gesetz zum Schutz der Bevölkerung", s. 322.

<sup>66</sup> Felix, Koehl, **§13 Verwaltungsrecht**, in: Krois, **Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis**, Nomos, Baden Baden, 2020, s. 337.

<sup>67</sup> Bazı eyaletler örneğin Hessen, kanunlarında değişikliğe giderek belediye meclislerinin yetkilerini pandemi ile mücadelede daha etkin hale getirmek için düzenlemişlerdir. Bu bağlamda acil durumlarda belediye finans kurulu (Finanzausschuss) meclis yerine karar alabilmekte, düzenleyici işlem tesis edebilmektedir. Sascha Gourdet-Alexander Heger, "Eilentscheidungsrechte anstelle der kommunalen Parlamente- Ausgestaltungsmöglichkeit am Beispiel des §51 a HessGO", **Kommunaljurist**, 2020, s. 165.

<sup>68</sup> Alman Anayasası'nın md.80/1. fıkrasında kararname çıkartma yetkisi tanınmaktadır. İçerik amaç ve kapsamının bir kanunla belirlenmesi gerekir. Bizde parlamenter sistemde çıkartılan Kanun Hükmünde kararnameyle benzer yönleri bulunmaktadır,

<sup>69</sup> Diğer kararnamelerden farklı olarak, bu konuda tanınan kararnamelerin içerik ve kapsamında somut belirleme yapılmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Meßling, "Gesetz zum Schutz der Bevölkerung", s. 324.

Federal İçişleri Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı'nın muvafakati ile alabileceği kararlar ise IfSG md.5/2-3. bendinde düzenlenmişti, ancak bunlar kaldırılmıştır. Kısaca koronavirüsle mücadelede asıl yetkili sağlık bakanlığı olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta IfSG md.5/3-1 uyarınca ülke dışından virüsün girmesini önlemek amacıyla uluslararası seyahatler konusunda karar ve tedbir alma ve bu kararların uygulanması konusunda turizm organizatörleri, şirketleri ve havalimanlarına yükümlülük getirme yetkisi de verilmişti, bu da kanun değişikliği ile kaldırılmıştır.

Şehir ölçeğinde ise ilgili sağlık kurumları yanında diğer kurumlar aracılığıyla da mücadele yapılmaktadır. Alman idari teşkilatının farklı olması sebebiyle bizdeki gibi il ve ilçe sağlık müdürlükleri bulunmamaktadır. IfSG 2/14'e göre sağlık kurumu eyalet hukuku çerçevesinde IfSG'de öngörülen görevleri yerine getiren ve bir kamu doktorunun başında yer aldığı idare olarak tanımlanmaktadır. Bahsi geçen maddede her ne kadar IfSG'de öngörülen görevlerden bahsedilse de sağlık kurumları sadece IfSG'de yer verilen görevlerle sınırlı değil, sağlık alanındaki hizmetleri yerine getirmekle görevli bir idaredir.

Salgınla mücadele kapsamında kişilere yönelik yükümlülükler, düzenleyici idari işlem, genel karar veya birel idari işlemlerle getirilebilmektedir. Örneğin salgından koruma amacıyla alınan zorunlu kararlar belli bir gruba (gastronomi işyeri veya belli meslek grubu gibi) yönelik ve belli süreyle alındığından genel karar olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>70</sup> Belli bir kişiye yönelik karantina kararı ise bireysel idari işlemdir. Bireysel kararlar hastalık taşıyan ya da şüphesi olanlara yönelik alınabileceği gibi, herhangi bir hastalık taşımayanlara ilişkin de alınabilir.<sup>71</sup> Alınan kararlardaki usul sürecinde de istisnalar söz konusudur. Örneğin İdari Usul Kanunu md.28'de öngörülen dinlenilme hakkı uygulanmamaktadır. Alınan kararlara karşı idari yargı mercilerinde dava açılabilir.<sup>72</sup>

## 2. Robert Koch Enstitüsü

Almanya'da salgınla ilgili önemli görevler üstenden diğer bir kurum Robert Koch Enstitüsüdür. Türkiye'deki Sağlık Bakanlığı Bilim Kurulundan farklı olarak, geçici değil daimî bir enstitü olarak görev yapmaktadır. IfSG md.4'te yer verilen Robert Koch Enstitüsü salgın hastalıkların önlenmesi, erken zamanda tespiti ve yayılmasını engellemek amacıyla kurulmuş ulusal bir kamu kurumudur. Epidemiyolojik ve labo-

<sup>70</sup> Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 336.

<sup>71</sup> VG Schleswig-Hollstein, BeckRS 2020, s. 4048.

<sup>72</sup> Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 339.

ratuvar analizleri yapmak, salgının kaynağı ve nedenine, teşhisi ve önlenmesine ilişkin araştırma yapma yetkisi de bulunmaktadır. Kararları tavsiye niteliğinde olabileceği gibi bağlayıcı nitelikte de olabilmektedir. Koronavirüs pandemisi ile birlikte Enstitünün görevlerinde kanunla değişiklikler yapılmış ve artışlara gidilmiştir.<sup>73</sup>

Ulusal çapta pandemi durumunda Enstitü, yetkili federal ve eyalet idareleriyle, ulusal referans merkezleri ile diğer bilimsel ve uzman kuruluşlarla birlikte çalışmaktadır. Ayrıca enstitüde, eyaletlerin kamusal sağlık hizmetlerini yerine getiren kurumlar ile iletişimi sağlayacak birim bulundurulur. Enstitü pandemiyle mücadelede diğer kamu kurum ve kuruluşları ile koordinasyonu da sağlamaktadır. IfSG md.4'e eklenen 1a fıkrasıyla Federal Sağlık Bakanlığına en geç 31.3.2021 tarihine kadar Federal Meclis ve Konseye koronavirüsün sebep olduğu salgına ilişkin rapor sunma görevi verilmiştir. Raporda kanuni düzenlemelere, altyapıya ve personelin güçlendirilmesi konusunda Robert Koch Enstitüsü ve gerektiğinde diğer yetkili idarelerin kanunun amacına ulaşmaya yönelik tavsiyelerine yer verileceği öngörülmüştür. Federal ve eyalet sağlık bakanlıkları pandemi ile mücadelede Enstitü ile sıkı bir iş birliği içinde çalışmaktadır.

Enstitünün temel görevlerine IfSG md.4/2'de yer verilmektedir. Buna göre; yetkili federal idarelerin uzman gruplarıyla istişare ederek salgın hastalıkların tespit edilmesi ve önlenmesi amacıyla sağlığın korunmasına yönelik önleyici tedbirler alma, düzenleyici işlemler yapma ve tavsiye kararları alma, broşürler ve diğer bilgileri hazırlama yetkisi bulunmaktadır. Yine Kanun kapsamında bildirim yükümlülüğü bulunan bulaşıcı hastalıklar konusunda elde edilen verileri epidemiyolojik açıdan değerlendirmekte ve elde ettiği sonuçları ilgili federal makamlar, Alman Silahlı Kuvvetler Tıbbi Hizmetler Komutanlığı, eyalet yüksek sağlık idareleri, sağlık kurumları, eyalet tabip odaları, sağlık sigortası üst kuruluşları, Hekimler İçin Sağlık Sigortası Birliği, Alman Kanuni Kaza Sigortası İş Sağlığı ve Güvenliği Enstitüsü ve Alman Hastaneler Birliği ile paylaşmaktadır.

Ayrıca elde ettiği bu epidemiyolojik veri ve değerlendirme sonuçlarını düzenli periyotlarla yayınlamak zorundadır. Enstitünün diğer bir görevi ise salgının kontrolü çerçevesinde eyalet ve diğer kişilerin kanunla öngörülen görevlerini yerine getirmesine destek sağlamasıdır. Yine Enstitü, IfSG md.1/1 uyarınca kanunun amaçladığı insanlardaki salgın hastalıkların önlenmesi, enfeksiyonların erken tespiti ve yayılımının önlenmesi için yurt dışı kuruluşları ve uluslararası organizasyonlarla ve ayrıca Dünya Sağlık Örgütü ile birlikte çalışma yetkisine sahiptir.

<sup>73</sup> Meßling, "Gesetz zum Schutz der Bevölkerung", s. 321.

### III. ALMANYA'DA SALGIN HASTALIKLARLA MÜCADELE VE ALINACAK TEDBİRLER

IfSG salgın hastalıkların önlenmesi ve hastalıkla mücadeleyi ayrı bölümlerde düzenlemektedir. Salgın hastalığın henüz ortaya çıkmasından önce önlenmesi amacıyla alınacak tedbirler bağlamında IfSG md.16 vd. idareye genel ve özel yetkiler vermektedir.<sup>74</sup> Salgınla mücadele ise IfSG md.24 vd. hüküm altına alınmaktadır. Bu bölümde bulaşıcı hastalıkların belirlenmesi ve tedavi edilmesine yönelik alınabilecek tedbirlere yer verilmekte ve bu yönde idareye kararname çıkartma yetkisi tanınmaktadır. Özellikle IfSG md.28 salgınla mücadelede alınacak koruyucu tedbirleri belirterek, devamı maddelerde koronavirüs salgını için getirilen özel tedbirlere yer vermektedir. Alınan tedbirlere uymayanlara IfSG md.73 uyarınca idari para cezası verilmekte, ayrıca md.74 uyarınca da kişilerin cezai sorumluluğu doğabilmektedir.

#### A. Salgın Hastalıkların Önlenmesi

Salgın hastalıkların önlenmesi amacıyla idareye genel ve özel yetkiler tanınmaktadır. Bu tedbirler farklı maddelerde düzenlenmiştir. Ancak gerek genel yetkiler gerekse özel yetkiler kanunda belirtilen maddelerle sınırlı olarak hastalığın önlenmesi amacıyla alınabilmektedir.

##### 1. Salgın Hastalıkların Önlenmesinde Genel Tedbirler ve İdarenin Yetkileri

IfSG md.16/1'e göre bulaşıcı bir hastalığın ortaya çıkmasına sebep olabilecek ya da yol açabilecek olayların tespit edilmesi durumunda yetkili idare, bireyi veya toplumu tehdit eden tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirler bağlamında yetkili idare kişisel verileri toplayabilir ve sadece bu kanunun öngördüğü çerçevede işleyebilir.<sup>75</sup>

IfSG md.16/2 yetkili idare ve Sağlık Bakanlığı görevlilerine, alınan tedbirlerin uygulanması ve gerekli araştırma ve soruşturmanın yapılabilmesi amacıyla taşınmazlara, mekanlara, tesis ve kuruluşlara, her türlü taşıma araçlarına girme yetkisi tanımaktadır. Bu bağlamda belgeleri inceleme, kopyasını çıkartma ve diğer nesnelere inceleme, araştırma yapmak için numune isteme ya da alma yetkisine de sahiptir. Maddeye göre muhataplar, ilgili yerlere giriş izni vermek zorundadır. Aksi durumda IfSG md.73 uyarınca idari para cezası verilmekte, md.74 uyarınca kişinin cezai sorumluluğu doğmaktadır.

<sup>74</sup> Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 354.

<sup>75</sup> Aligbe, "Neues Infektionsschutzrecht", s. 185.

Bulaşıcı bir hastalığın ortaya çıkmasına sebep olabilecek ya da yol açabilecek olaylar konusunda bilgi sahibi olanların, talep üzerine özellikle işletmenin kendisi, işleyişi ve kontrolü hakkında gerekli bilgi ve belgeleri paylaşmak ve ayrıca işletmeyle ilgili güncel teknik planları vermek zorundadır. İlgili kişinin ve Alman Hukuk Muhakemesi Kanunu (ZPO) md.383/1- (1-3)'de yer verilen kişilerin cezai takibatı ya da düzene aykırılıklar (kabahat) sebebiyle sorumluluğunu gerektiriyorsa, ilgili bilgi ve belgeleri vermekten kaçınabilmektedir. Yetkili idare, salgın durumunun açıklığa kavuşturulması için gerekli olduğu takdirde elde edilen bilgi, belge ve numunelerin araştırılma ve muhafazası amacıyla kamusal sağlık enstitülerine ya da eyalet tarafından belirlenen kuruluşlara gönderilmesine karar verebilmektedir.

IfSG md.16/4. fıkra; bu madde bağlamında (2 ve 3. fıkralarla sınırlı olmak üzere) konut dokunulmazlığının sınırlandırıldığını açıkça hüküm altına almaktadır. IfSG md.16/7. fıkrayla acil ve tehlike durumlarında ilgili il veya ilçe sağlık kurumlarına gerekli tedbirleri doğrudan alma ve yetkili idareyi gecikmeksizin bilgi verme görevi yüklemektedir. Verilen bilgi üzerine yetkili idarenin bu tedbiri değiştirme veya kaldırma yetkisi bulunmaktadır. Bilgilendirme sonrası alınan kararlar iki iş günü içinde kaldırılmazsa, artık yetkili idare tarafından alınmış bir karar olarak kabul edilmektedir.

Salgın hastalıkların önlenmesini düzenleyen bu madde, muhtemel bir salgına ilişkin belirtilerin ortaya çıkması durumunda bunu henüz yerinde önlemeye yönelik idareye geniş yetkiler tanımaktadır. Buna ilişkin olarak da konut dokunulmazlığı kanunla açıkça sınırlandırılmakta, konutlardan ticari tesislere kadar birçok yerde inceleme araştırma, bilgi, belge ve numune toplama yetkisi tanımaktadır. Koronavirüsün laboratuvarda üretildiği iddiaları düşünüldüğünde, böyle bir hüküm sadece doğal olarak ortaya çıkan salgınlarda değil, aynı zamanda laboratuvar ortamında üretilen virüslerin neden olabileceği salgınlara tespiti ve mücadelesinde önem taşımaktadır.

## **2. Salgın Hastalıkların Önlenmesinde Özel Tedbirler ve İdarenin Yetkileri**

IfSG md.17 idareye salgının önlenmesi amacıyla özel tedbir alma yanında kararname çıkartma yetkisi de tanımaktadır. Özellikle md.16 bağlamında yapılan inceleme ve araştırmada elde edilen bilgi, belge ve numunelerde, salgına ilişkin somut veriler elde edilmişse bu kararlar alınabilmektedir. IfSG md.17/1'e göre de nesnelere, bildirim kapsamında yer alan hastalığın patojenlerine maruz kalmışsa veya bunun varsayılması durumunda, ortaya çıkacak tehlikeleri önlemek amacıyla yetkili idarenin bunları imhaya kadar varabilen gerekli tedbirleri



alma görevi bulunmaktadır. Nesnelerin dezenfekte edilmesi, sağlığa zararlı organizmalardan arındırılması ya da yok edilmesi gerekiyorsa, nesnenin kendisinin, bulunduğu mekanların ve arazilerin kullanılması, buralara giriş çıkış yapılması yasaklanabilir. Maddeye göre sağlığa zararlı organizmaların bulaşıcı olduğunun tespitinden sonra, yetkili idarenin gerekli tüm tedbirleri alması zorunludur. Bu tedbirler sağlığa zararlı organizmaların ortaya çıkması, çoğalması, yayılması ve yok edilmesine ilişkin mücadeleyi kapsayan kararları içermelidir.

IfSG md.17/4, eyalet hükümetlerine salgın hastalıkların önlenmesi için md.16 bağlamında kararname çıkartma yetkisi tanımaktadır. Böylece genel ve soyut nitelikte emir ve yasaklar düzenlenebilmektedir. Eyalet hükümetleri bu yetkilerini diğer idarelere devredebilmektedir. Maddede kararname ile yapılabilecek düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre nesnelerin sahiplerine, kullanım hakkı olanlara, zilyetlere ya da bakımını yapanlara yükümlülükler getirilebilmektedir. Bu çerçevede; sağlığa zararlı organizmaları tespit etmek veya edilmesini sağlamak ve yetkili idareye bildirmek; sağlığa zararlı organizmalarla mücadele etmek veya ettirmek; belediye ve mahalli idare birliklerine insanları da kapsamak üzere sağlığa zararlı organizmaları tespit etme ve bunlarla mücadele görev ve yetkisi verme; mücadelenin çeşit ve kapsamı, uzmanların görevlendirilmesi gibi maddede yer verilen konularda düzenlemeler yapılabilmektedir. IfSG md.17/son fıkrası, bu maddenin uygulanmasında kişi özgürlüğünün (GG md.2/2-2. cümle); seyahat özgürlüğünün (GG md.11/1), toplanma özgürlüğünün (GG md.8) ve konut dokunulmazlığının (GG 13/1) sınırlandırılması konusunda idarelere açık yetki tanımaktadır.

## **B. Salgın Hastalıklarla Mücadele**

Salgın hastalığın ortaya çıkmasından sonra yapılacak mücadele IfSG md.24 vd. düzenlenmektedir. Bu bağlamda öncelikle salgın hastalığın tespit edilmesi, bunun tedavisi ve mücadelesi amacıyla alınacak tedbirler belirlenmiştir. Ayrıca kararname çıkartma yetkisi de özel olarak düzenlenmektedir.

### **1. Salgın Hastalığın Belirlenmesi ve Tedavisi ile Kararname Çıkartma Yetkisi**

IfSG md.24'e göre, kanunun farklı maddelerinde yer alan salgın hastalıkların ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların tespiti ve tedavisi, ancak hekim tarafından yapılabilmektedir. Buna karşılık HIV, Hepatit C, Sars CoV-2 ve maddede sayılan hususlarda patentli hızlı testlerle belirlenmesine ilişkin istisnalara yer vermektedir. Sağlık Bakanlığına, Federal Konseyin muvafakati ile maddede yer alan konularda ayrıca kararname çıkartma yetkisi tanımaktadır.

## 2. Salgından Etkilenenlerin Tespiti ve Alınacak Tedbirler

IfSG md.25'e göre bir kişinin hasta olduğu, hastalık şüphesi taşıdığı ya da asemptomatik olduğu tespit edilirse ya da ölen kişinin hastalığı taşıdığı, hastalıktan şüphelenildiği ya da asemptomatik olduğu düşünülüyorsa, sağlık kurumu gerekli incelemeleri yapmak zorundadır. Özellikle hastalığın çeşidi, sebebi, salgının kaynağı ve hastalığın yayılmasının araştırılması gerekmektedir. Bunun yanında aşı ya da diğer yollarla sağlığı etkilediği yönünde bulgular varsa bunun araştırmasını da yapabilir. Söz konusu durumlarda kişiler üzerinde dıştan müdahale yapılarak gerekli tetkikler ve kan tahlili ya da ciltten numune alınması gibi hususlara yer verilmiş ve kişilerin buna tahammül etmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bunun dışında uyuşturmayı gereken müdahaleler ile vücuda yapılacak invaziv- cerrahi müdahalelerde kişinin rızası gereklidir. IfSG md.25/3 uyarınca inceleme ve tetkiklerde elde edilen kişisel veriler, sadece bu kanun kapsamında işlenebilmektedir.

Salgının tespiti amacıyla yapılacak araştırma ve kişiler üzerindeki tetkikler bağlamında hangi temel hakların sınırlandırılabilceği de düzenleme altına alınmaktadır. IfSG 25/5 uyarınca vücut dokunulmazlığı (GG md.2/2-S1), kişi özgürlüğü ve konut dokunulmazlığı sınırlandırılabilir.

### C. Salgın Hastalıkla Mücadelede Koruma Amaçlı Tedbir Alma Yetkisi

IfSG md.28 ortaya çıkmış olan salgının yayılmasını önlemeye yönelik alınacak koruma amaçlı tedbirlere yer vermektedir.<sup>76</sup> Bunun yanında koronavirüs salgınında alınacak tedbirler özel olarak 28a, 28b ve 28c maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

IfSG md.28'e göre hastalar, hastalık şüphesi ile hastalığı yayma şüphesi ve asemptomatik olanlar tespit edilmişse ya da ölen kişinin hastalığı taşıdığı, hastalık şüphesi taşıdığı ya da asemptomatik olduğu tespit edilmişse, yetkili idare salgın hastalığın yayılmasının önlenmesi amacıyla tedbirleri gerekli en kısa sürede almalıdır. Bu bağlamda kişilere bulunduğu yeri terk etmeme ya da belli koşullarda terk etme veya kamusal yerlerde dahil olmak üzere belli yerlere belli şartlarda girilmesi yönünde yükümlendirici kararlar alınabilmektedir. Kanunun ilgili madde ve fıkralarıyla sınırlı kalmak kaydıyla insanların toplanmasını ve etkinliklerini sınırlama veya yasaklayabilme yetkisi de bulunmaktadır. Yüzme havuzları ve md.33'te sayılan ve özellikle küçüklere yönelik kreşlere, çocuk yuvalarına, anaokulu gibi yerlere, okullar

<sup>76</sup> Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 354.

ve mesleki eğitim kurumlarına, yurtlar ve tatil yerlerine giriş çıkışı yasaklayabilme veya sınırlandırma yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda vücut dokunulmazlığının, toplanma özgürlüğünün, seyahat özgürlüğünün ve konut dokunulmazlığının sınırlandırılabilmesi açıkça hüküm altına alınmaktadır.<sup>77</sup> Alınacak kararlarda müdahalenin ağırlık ve kapsamı da ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır.<sup>78</sup> Almanya'da mahkemeler perakende satış yapan dükkanların kapatılmasını, Fitnes ve spor stüdyolarının kapatılmasını, kamusal alanlara iki hafta süreyle girişin yasaklanmasını, restoranların kapatılmasını, getirilen kısıtlamaların aşılmasını da kapsamamasını, toplu dini ibadetlerin yasaklanmasını, hasta ve yaşlı bakımevlerine ziyaretlerin yasaklanmasını ölçülü ve hukuka uygun bulmuştur.<sup>79</sup> Ayrıca IfSG md.34'te diğer salgın hastalıklara yer verilerek, hangi tür tedbirlerin alınabileceği de tek tek sayılmıştır.

#### IV. KORONAVİRÜSLE MÜCADELE KAPSAMINDA ÖZEL HÜKÜMLER

Salgın hastalıklarla mücadelede yukarıda yer verilen pozitif düzenlemeler yanında Federal Meclis koronavirüsle daha etkili mücadele etmek, yayılmasını önlemek amacıyla yukarıda da ifade edildiği üzere IfSG'de değişikliklere gitmiştir. Kanunla koronavirüste alınacak tedbirler ayrıca sayılmış ve eklenen maddelerle sınırlı olmak üzere idareye kararname çıkartma yetkisi tanınmıştır. Almanya'da koronavirüsle hem IfSG de sayılan salgınla mücadele hükümleri, hem de getirilen özel hükümlerle gerekli tedbir ve kararlar alınmaktadır. Her bir tedbirde hangi temel hakkın sınırlandırıldığı madde madde kanunda hüküm altına alınmaktadır. Koronavirüsle mücadele kapsamında getirilen hükümlerin daha spesifik ve mevcut ihtiyaçlara yönelik daha somut olduğu görülmektedir.

IfSG md.28a koronavirüs (Covid-19) hastalığının önlenmesi ve yayılmasının engellenmesine ilişkin salgın süresince koruma amaçlı özel tedbir alınmasını düzenlemektedir. IfSG md.28b federal çerçevede alınacak yeknesak tedbirlere yer vermekte ve kararname yetkisini düzenlemektedir. Md. 28c ise federal hükümete kararname çıkartma yoluyla aşılana test olanlara ve bunlarla karşılaştırılabilir kişilere yönelik özel hükümler getirme yetkisi tanımaktadır. İlgili maddeler kapsamlı düzenlemelere ve istisnalara yer vermektedir. Türkiye'de alınan tedbirlerle karşılaştırma amacıyla IfSG md.28a ile getirilen tedbirlere yer vermek faydalı olacaktır.

<sup>77</sup> Maddenin daha önceki halinde hangi tedbirlerin alınacağı ve hangi temel hakların sınırlandırılacağı konusunda belirsizlikler bulunmaktaydı. Gusy, Katastrophenrecht, s. 106.

<sup>78</sup> Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 341.

<sup>79</sup> Kararlar için bkz. Koehl, §13 Verwaltungsrecht, s. 341 vd.

Bu maddeye göre özellikle şu yükümlülükler getirilebilmekte ve tedbirler alınabilmektedir;

- Kamusal alanda kişiler arası belli mesafe belirlenmesi,
- Ağız ve burnu kapatan maske takma yükümlülüğü,
- Aşı, antikor ya da PRC testi gösterme yükümlülüğü,
- Özel ve kamusal alanlarda sokağa çıkma ve temas sınırlaması,
- İşyerleri, kuruluşlar veya toplu taşıma için hijyen konsepti oluşturma ve uygulama yükümlülüğü,
- Eğlence ve diğer etkinlikleri yasaklama,
- Eğlence alanında faaliyette bulunan işletme ve kuruluşların kapanması veya sınırlandırılması,
- Kültürel etkinliklerin yasaklanması veya sınırlandırılması,
- Spor etkinlikleri ve spor müsabakalarının yasaklanması veya sınırlandırılması,
- Kamusal alanlarda ya da kamuya açık işletmelerde kapsamlı ya da belli zamanla sınırlı olmak üzere alkol satışı ve kullanımının sınırlandırılması,
- Etkinliklerde, toplantılarda, toplanmalarda dini veya ideolojik bir araya gelmelerin yasaklanması veya mesafe koşuluna bağlanması,
- Seyahatlerin özellikle de turistik seyahatlerin yasaklanması veya sınırlandırılması,
- Konaklamanın yasaklanması veya sınırlandırılması,
- Gastronomiye yönelik işletmelerin kapatılması ya da sınırlandırılması,
- İşletmelerin, ticarethanelerin perakende ya da toptan satış yapan yerlerin kapatılması ya da sınırlandırılması,
- Sağlık ve sosyal kurum ve kuruluşlarında ziyaretin ya da girişin yasaklanması ya da sınırlandırılması,
- IfSG md.33 sayılan ve özellikle küçüklere yönelik kreşler, çocuk yuvası, anaokulu gibi yerler, okullar ve mesleki eğitim kurumları, yurtlar ve tatil yerleri, yükseköğretim kurumları, yetişkinlerin eğitimine yönelik okul hari-cindeki kuruluşlar ya da benzer kuruluşların kapatılması,

- Muhtemel koronavirüs salgın zincirinin takibi ve tespitinin yapılabilmesi için müşteri, misafir ya da etkinliğe katılanların iletişim bilgilerinin tutulmasına ilişkin yükümlülük getirilmesi.

Yukarıda yer verilen sınırlamaların ve yasaklamaların istisnaları da bulunmaktadır. Ayrıca birçok özel hüküm yer almaktadır. Yukarıdaki tedbirlere bakıldığında farklılıklar olsa da genel olarak Türkiye’de alınan tedbirler ile benzeştiği görülmektedir.

## V. SALGIN DÖNEMİNDE ELDE EDİLEN KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Almanya’da Avrupa Kişisel Veri Koruma Tüzüğü ve bu bağlamda çıkartılan Federal Kişisel Veri Koruma Kanunuyla kişisel verilerin korunması ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.<sup>80</sup> Salgın döneminde kişisel verilerin işlenmesi çok boyutlu olarak karşımıza çıkmaktadır. Hasta veya hastalık şüphesi bulunanlara ilişkin verilerin işlenmesi, işverenlerin hastalığı taşıyan ya da şüphelenilen çalışanlarının sağlık verilerini işlemesi, cep telefonu uygulamalarıyla birçok verinin işlenmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak sağlık verileri hassas nitelikte olduğundan, işlenmesi kural olarak yasaklanmakta sadece istisnai durumlarda mümkün olmaktadır.<sup>81</sup> IfSG, salgınla mücadele konusunda elde edilen sağlık ve diğer kişisel verileri istisnai görmekte ve işlenmesine izin vermektedir.

Salgın döneminde elde edilen sağlık ve diğer kişisel veriler, IfSG’de somut olayla sınırlı olarak kanunun öngördüğü çerçevede işlenebilmektedir. Örneğin IfSG md.4 uyarınca Robert Koch Enstitüsü, IfSG md.16 uyarınca yetkili idare kişisel verileri işleyebilmektedir. Bunun yanında IfSG md.25/3’te olduğu gibi hangi kişisel verilerin işlenebileceği de hüküm altına alınmaktadır. IfSG md.23a işverenlere, çalışanlarının salgın hastalık ve aşılama durumuna ilişkin verileri işleme yetkisi tanımaktadır.<sup>82</sup>

Salgının yayılımını önlemek, salgın zincirinin tespitini kolaylaştırmak ve salgın ve insan hareketliliğini tespit etmek amacıyla teknolojik imkanlardan da faydalanılmaktadır. Bunlar arasında cep telefonu uygulamaları ile kişisel verile-

---

<sup>80</sup> Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Atila Erkal, “Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2020, C. 37, S. 2, s. 208 vd.

<sup>81</sup> Cemil, Kaya, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, (2011), C. LXIX, S. 1-2, s. 323.

<sup>82</sup> Çalışanların Kişisel verilerinin işlenmesine özellikle memur ve diğer kamu görevlileri açısından ayrıntılı olarak bkz. Erkal, “Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı”, s. 222 vd.

rin işlenmesi de yeni bir yöntem olarak karşımıza çıkmıştır. Türkiye’deki “hayat eve sığar (HES)” uygulamasına benzer cep telefonu uygulamaları Almanya’da da yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Bununla birlikte kişisel verilerin işlenmesi ve bunların hukukiliği tartışılmıştır. Özellikle kişilerin sağlık durumlarına, seyahat ettikleri yer ve konumlara, temas halinde oldukları kişiler gibi birçok verinin işlenmesi tartışmaların odağında yer almıştır. Salgınla mücadelede bu uygulamalar aracılığıyla kişisel verilerin işlenmesi, kişisel verilerin korunmasında azami tedbirleri almak ve kullanımı serbest olmak kaydıyla hukuka uygun kabul edilmektedir.<sup>83</sup> Bunun için veri sahibi kişilerin kimliğine erişimin önlenmesi ve anonimleştirilmesi zorunludur.<sup>84</sup>

Robert Koch Enstitüsü de serbest kullanıma dayalı “korona veri bağı”, “temas önleme” gibi isimlerle uygulamalar geliştirmiştir.<sup>85</sup> Bunun haricinde salgınla mücadelede insan hareketliliğini ölçmek ve salgın durumunu tespit amacıyla Alman Telekom’undan cep telefonu verilerini almıştır. Burada sadece insan hareketliliğini ölçme amaçlandığından kişilerin kimliğinin tespitini önleyecek şekilde verilerin toplanması ve anonimleştirilerek salgın takip edilmiştir.<sup>86</sup> Kişisel verilerin korunması hakkına müdahale söz konusu olduğundan cep telefonu uygulamalarına ilişkin özel bir kanun çıkartılması önerilmektedir.<sup>87</sup>

## VI. SALGINLA MÜCADELE KAPSAMINDA ALINAN TEDBİRLER NEDENİYLE UĞRANILAN ZARARLARIN TAZMİN EDİLMESİ

Almanya’da salgın dönemlerinde IfSG ile idareye tazmin sorumluluğu getirilmiştir. IfSG md.56 vd. hem genel sorumluluğa hem de somut durumlar bağlamında özel sorumluluğa yer verilmektedir. İdarenin aldığı tedbirler sebebiyle uğranılan zararların tazmini md.65, idarelerin ihtiyaçları karşılamaması sebebiyle

<sup>83</sup> Alexander Roßnagel, “Tracing-App: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Kriterien für ihren Einsatz”, *ZD-Aktuell*, 2020, 07118; Jürgen Kühling, Roman Schildbach, “Corona-Apps-Daten- und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, s. 1549 vd.; Michael Fuhlrott, “Corona-Warn-App: Nutzungspflicht für Arbeitnehmer?”, 2020, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, s. 276. Jonathan Stoklas, “Datenschutz in Zeiten Corona”, *ZD-Aktuell*, 2020, 07093; Christian L. Geminn, “Datenschutz nach Corona-was ist da, was bleibt, was kommt?”, 2020, *ZD-Aktuell*, 2020, 07073.

<sup>84</sup> Kühling/Schildbach, “Corona-Apps-Daten- und Grundrechtsschutz”, s. 1546, 1548.

<sup>85</sup> Uygulamada akıllı saat ve telefonlarla kalp atışı, tansiyon, uyku saatleri, aktivite, vücut sıcaklığı gibi sağlık verilerini ölçebilecek imkanlar da sunulmuştur. Kühling,/Schildbach, “Corona-Apps-Daten- und Grundrechtsschutz” s. 1546.

<sup>86</sup> Stoklas, “Datenschutz in Zeiten Corona”, 07093; Geminn, “Datenschutz nach Corona, 07073.

<sup>87</sup> Roßnagel, “Tracing-App”, 07073.

le uğranılan zararlar md.64, aşılama veya benzere müdahaleler sebebiyle zarar doğmuşsa md.60, tedavi sebebiyle zararlar md.62'ye göre tazmin edilmektedir. Hatta asemptomatik kişiler hakkında alınan tedbirler sebebiyle uğradığı zararların giderilmesi md.59'da özel olarak düzenlenmektedir. Bunlar Sosyal Güvenlik Kanunu 3. Kitabı uyarınca bedensel engelli olarak kabul edilmekte ve burada yer alan mali haklardan faydalanmaktadır.

Salgında idare tarafından alınan tedbirler ve bu nedenle uğranılan zararların tazmini kanunda sayılmakla birlikte, kişilerin mesleklerini icra edememeleri veya çalışamamaları sebebiyle uğradıkları gelir yoksunluklarının tazmini özel olarak IfSG md.56'da hüküm altına alınmaktadır. Tazmin edilecek zararlar için de belli şartların oluşması gerekmektedir. Zarara uğrayanlar; genel olarak sokağa çıkma yasağı ilanı ile elde edecekleri gelirden yoksun olanlar, hastalık veya şüphesi sebebiyle karantinaya alınanlar ve çocuk bakımı yapan kreş, anaokulu gibi yerlerin kapatılması nedeniyle çocuklarını gönderemeyen ebeveynlerin uğradığı zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### **A. Faaliyetin Yasaklanması ve Karantina Nedeniyle Uğranılan Zararların Giderilmesi**

Salgınla mücadele çerçevesinde işyerlerinin kapatılması ve faaliyetin yasaklanması sebebiyle kişilerin mesleğini icra edememesinden kaynaklanan gelir yoksunluğu IfSG md.56/1. fıkrası uyarınca giderilmektedir. Ayrıca hastalığa yakalananlar veya hastalık şüphesiyle karantinaya alınanlar, karantina süresince çalışamama sebebiyle uğradıkları zararları talep edebilmektedir. Çalışanlar her iki durumda idare tarafından alınan kararlar sebebiyle çalışmadıkları için yoksun kaldıkları gelirleri isteyebilmektedir.<sup>88</sup> IfSG zarar bağlamında yapılacak ödeme miktarını, öngördüğü iki farklı süreye göre belirlemektedir. Md. 56/2 ilk altı hafta boyunca çalışanın yoksun kaldığı tüm gelirlerin gerçek karşılığının ödeneceğini, yedinci haftadan itibaren ise genel hastalık sebebiyle çalışamayanlar için öngörülen meblağın ödeneceğini hüküm altına almaktadır.

#### **B. Çocuk Bakım Yerlerinin Kapatılması Sebebiyle Çalışan Ebeveynlerin Uğradığı Zararlar**

Koronavirüsle mücadele bağlamında çocuk bakım yerleri kapatılmış, çalışan ebeveynler evde çocuklara bakmak zorunda kalmışlar, mesleklerini icra edememişlerdir. Bu sebeple kalınan gelir yoksunluklarının ödeneceği IfSG

<sup>88</sup> Aligbe, "Neues Infektionsschutzrecht", s. 183.

md.56/1a ile hüküm altına alınmıştır. Bu haktan yararlanmak ve zararların giderilmesinin istenebilmesi için ebeveynlerin çalışıyor olması ve çocuk bakım yerlerinin kapanması sebebiyle mesleğini icra edememesi şarttır. Ayrıca çocukların 12 yaşını tamamlamamış olması veya yardıma ihtiyaç duyacak şekilde engelli olması gerekmektedir. Bu durumda ödenecek meblağ aylık 2016 avroyu geçmeyecek şekilde çalışan ebeveynlerin gelirinin %67'sidir.

## SONUÇ

Koronavirüs son yıllarda ortaya çıkmış ölümcül ve tehlikeli bir salgın hastalıktır. Tıp bilimi ve teknolojinin sunduğu bütün imkanlar kullanılarak bu hastalıkla mücadele edilmektedir. Aşı araştırmalarında kısa sürede başarılı bir sonuç elde edilmiş, dünyada olduğu gibi ülkemizde de vatandaşlar aşılana devam edilmektedir. Ancak virüsün yeni versiyonları çıkmakta, aşılara buna göre uyarlanmasını gerektirmektedir. Tüm bu mücadelelere rağmen salgın sona ermemiştir. Uzmanlar tarafından yapılan açıklamalar salgının uzun sürebileceği yönündedir. Salgının devam etmesi ve hızının artmasıyla devletler başta sokağa çıkma yasakları olmak üzere diğer tedbirlere başvurmaya devam etmektedir.

Salgınla mücadele edilmesi de bir zorunluluktur. Salgının bir an önce son bulması ve olağan hayata geri dönmek için alınan tedbirlere bireylerin uyması gerekmektedir. Ancak bu tedbirlerin hukuk devletinin öngördüğü çerçevede alınması da zorunluluktur. Alınan tedbirler temel hak ve hürriyetlere yönelik olduğundan anayasanın öngördüğü sınırlar içinde kanunla açık yetki verilmelidir. Temel Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda Türk ve Alman Anayasalarında benzerliklerin yanında farklılıklarda mevcuttur. Temel hak ve hürriyetler Türkiye'de Any. md.13 uyarınca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak sınırlandırılabilir. Anayasanın ilgili maddelerinde ise salgın sebebiyle sınırlamaya açıkça yer verilmediğinden bu konuda yapılan sınırlama anayasa ile bağdaşmaz. Buna karşılık Any. md.20'de olduğu gibi bazı hakların genel sağlık sebebiyle sınırlandırılabilirliği hüküm altına alınmaktadır. Ancak salgın döneminde alınan sokağa çıkma yasağı, seyahat hürriyetinin kısıtlanması gibi hakların genel sağlık sebebiyle sınırlandırılması düzenlenmemektedir. Almanya'da ise sadece seyahat özgürlüğü ve konut dokunulmazlığının salgın sebebiyle sınırlandırılabilirliği anayasada düzenlenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen md.19/1. fıkrası ise bir kanuna dayanarak temel hakkın sınırlandırılabilirliğini, ancak ilgili kanunun sınırlandırılacak temel hakkı ve anayasa maddesini hüküm altına alması gerektiğini belirtmektedir. Buna istinaden Alman salgınıla mücadele kanununda sınır-



landırılabilir temel hak ve özgürlükler ile ilgili anayasa maddelerine açıkça yer vermektedir. Ayrıca IfSG Bakanlıklara kararname çıkartma yetkisi tanımakla birlikte, içeriği, amacı, kapsamı ve süresi yine salgının somut gelişimi ve durumuyla sınırlandırılmıştır. Türkiye’de ise salgınla mücadelede dayanak alınan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ya da İl İdaresi Kanunu, anayasanın hangi madde-sindeki hangi temel hakkın sınırlandırılabilirliğini düzenlememektedir.

Anayasa’da özel sebebe bağlı sınırlandırma ve kanunlarda hangi temel hakların sınırlandırılacağına anayasanın ilgili maddelerine yer vererek açıkça düzenlenmesi bir tarafa Türkiye’de salgınla mücadelede dayanan mevcut kanunlarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda da bir belirsizlik bulunmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve İl İdaresi Kanunu sokağa çıkma yasakları ve diğer tedbirlerde kanuni dayanak konusunda da açık yetki tanımamaktadır. Bu tedbirlere uymayanlara yönelik verilen para cezası her ne kadar UHK ve Kabahatler Kanununa dayansa da, bakanlık ve valiliklerin aldığı kararlar hukuki dayanaktan yoksun olduğundan bu işlemlerin sebebini de geçersiz kılmakta ve hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Türk hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin alınan kararlarda kanun hükümlerinin anlam ve kapsamı aşarak hukuk devleti sınırlarını aşan şekilde mücadele edilmektedir. Buna karşılık Alman hukukunda nispeten yeni tarihli olan ve temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi ayrıntılı bir şekilde düzenleyen salgınla mücadele kanununda görülen eksiklikler Federal Meclisin hızlı hareket etmesiyle giderilmiştir. Koronavirüsün hala devam etmesi ve daha uzun süreceğinin öngörülmesi sebebiyle TBMM’nin de idarenin hukuk devleti sınırları içinde mücadele yapmasını sağlayacak şekilde Umumi Hıfzıssıhha Kanununu güncellemesi ya da koronavirüsle mücadelede yeni bir kanun çıkartması gerekmektedir. Türkiye’de alınan kararların hukukiliğinin tartışılması ve belirsizliklerin sona erdirilmesi yasama organının çıkartacağı kanunla mümkünken ve idarenin tedbirlerinde hukukiliği sağlayabilecekken bu konuda hareketsiz kalması da anlaşılabilir değildir. Umumi Hıfzıssıhha Kanunu da çıkartıldığı dönemin şartlarını yansıttığından günümüzde yetersiz kalmaktadır. İdare de mevcut kanuni düzenlemeleri dayanak olarak almak zorunda kalmıştır. Karşılaştırmalı hukukta ise Almanya’da yasama organı üstüne düşen görev ve yükümlülüğü yerine getirerek daha koronavirüs salgını başında yaptığı değişiklik ve eklemelere ihtiyaç doğrultusunda devam etmektedir.

Türkiye’de kanunlardaki belirsizlikler sebebiyle koronavirüsle mücadelede de yetki sorunları yaşanmaktadır. UHK Sağlık Bakanlığını görevlendirirken, Tür-

kiye’de tedbirler ağırlıklı olarak İçişleri Bakanlığı tarafından alınmıştır. İl bazında ise Umumi Hıfzıssıhha kurulları ve valiler gerekli tedbirleri almıştır. Buna karşılık Almanya’da öncelikle Federal Meclis salgının varlığını resmi olarak tespit etmiş ve ülke çapında Pandemi ilan etmiş ve Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Buna istinaden de kanunun verdiği yetkiler çerçevesinde kararlar alınmaktadır. Almanya’da Sağlık Bakanlığına düzenli aralıklarla meclisi bilgilendirme görevi verilmiştir. Diğer bir ifadeyle bakanlıklar salgınla mücadele konusunda elde edilen verileri, salgının yayılma durumunu, mücadelesi gibi konularda meclisi bilgilendirmektedir.

Almanya’da salgınla mücadelede Sağlık Bakanlığı ve şehirlerdeki (il ve ilçelerdeki) sağlık kurumları gerekli kararları almaktadır. Türkiye’deki idari teşkilatlanma ve İçişleri Bakanlığı’nın mevcut ve kapsamlı yetkileri, il bazında valilerin yetkileri ve sağlık müdürlüklerinin mülki amire bağlı olması ve il hıfzıssıhha kurullarının kararlarının yine vali tarafından yerine getirilmesi sebebiyle salgın tedbirlerinin sadece Sağlık Bakanlığı’nın kararı ile alınması ve uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Salgında iki bakanlığın koordineli çalışmasını zorunlu kılmaktadır. Sağlık Bakanlığı’nın salgınla mücadelede asli yetkili hale gelebilmesi, ancak yetki, görev ve yapısal değişikliği ile mümkün olabilecektir.

Kanunla ya da genelgeyle düzenlenmesi bir tarafa, alınan tedbirlere bakıldığında ise genel olarak Türkiye ile Almanya’da alınan tedbirler birbirine benzemektedir. Ancak bazılarında temel farklılıklarda bulunmaktadır. Örneğin Almanya’da seyahat özgürlüğü kısıtlanır veya yasaklanırken, özellikle de turistik seyahatler açısından bu öngörülmüştür. Buna karşılık Türkiye’de istisnalar dışında seyahat özgürlüğü kısıtlanırken turistik seyahatler serbest bırakılmış, hatta seyahat izin belgesinden muaf tutulmuştur.

Almanya’da koronavirüs ile mücadelede alınan tedbirler sebebiyle uğranılan zararların giderilmesi kanunla öngörülmektedir. Kanunda zararların giderilmesine yönelik özel hükümlere de yer verilmektedir. Özellikle bir faaliyetin yasaklanmasına dayalı olarak kişilerin mesleğini icra edememesi veya çalışmaması sebebiyle yoksun kalınan gelirler, kapanma sebebiyle yoksun kalınan gelirler ve çocuk bakım yerlerinin kapatılmasına dayalı olarak çocuğunu gönderebilmemesi sebebiyle evde kalmak zorunda kalan çalışan ebeveynlerin yoksun kaldıkları gelirler devlet tarafından ödenmektedir. Kapanma veya sınırlama döneminde psikolojik yönden menfi olarak etkilenen toplumu, en azından bu süre içinde gelir ve geçim derdini sorun etmekten kurtarmıştır. Ayrıca Almanya pandemi döneminde sosyal yardımları da artırmıştır.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar- SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Kitabevi, Ankara, 2021.
- ALİGBE, Patrik, "Neues Infektionsschutzrecht im Zweiten Gesetz zur epidemischen Lage von nationaler Tragweite", *Arbeitsschutz in Recht und Praxis*, 2020, ss. 182-187.
- ANDERS, Ingrid- KUJOVIĆ Adela, "Anfechtungs- und Haftungsrisiken bei Hauptversammlungen nach dem COVID-19-Gesetz", *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, 2020, ss. 213-217.
- ANTONI, Michael, **Artikel 19**, in: Hömmig/Wolff, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Nomos, Baden Baden 2018.
- BEAUCAMP, Guy, "Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2009, 134/1, s. 134.
- BERGMANN, Stefanie, **§8 Reiserecht**, in: Krois, *Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis*, Nomos, Baden Baden 2020.
- CHRISTOPH Gusy, "Katastrophenrecht", *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*, 2020, ss. 101-109.
- CİN KARAGÖZ, Emine, "Özel Güvenlik Bölgesi ve Sokağa Çıkma Yasağı İlanının Hukuki Niteliği ve Uygulamadan Kaynaklı Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Y. 2016, S. 2, ss. 625-645.
- DETERBECK, Steffen, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, C.H. Beck, München, 2020.
- DUBOVITSKAYA, Elena, "Das Krisengesetz als Ideengrube für die künftige virtuelle Hauptversammlung", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2020, ss. 647-653.
- DÜĞER, Sırrı, "Koronavirüs Salgını Sebebiyle Alınan İdari Kolluk Tedbirlerinin Hukuka Uygunluğu ve Farklı Ülkelerdeki Durum ile İlgili Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 20, S. 1, ss. 117-153.
- ERBGUT, Wilfried - Guckelberger, Anette, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Nomos Verlag, Baden Baden, 2019.
- ERKAL, Atila, "Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2020, C. 37, S. 2, ss. 205-253.
- GEMINN, Christian L., "Datenschutz nach Corona-was ist da, was bleibt, was kommt?", 2020, *ZD-Aktuell*, 2020, 07073.
- Gourdet, Sascha- Heger, Alexander, "Eilentscheidungsrechte anstelle der kommunalen Parlamente- Ausgestaltungsmöglichkeit am Beispiel des §51a HessGO", *Kommunaljurist*, 2020, ss. 165-169.

- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-TAN Turgut, *İdare Hukuku C. 2, İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.
- GÜLER, Betül, “İdarenin Covid-19 Pandemisine İlişkin Sokağa Çıkma Yasağı Kararlarının Kanuni İdare İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2020/2, Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, Y. 19, S. 38 (Covid-19 Özel Ek) ss. 180-201.
- HUBER, Peter M., **Art.19**, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München 2018.
- JASTAEDT, Matthias, *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in: Ehlers/Pünder, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, de Gryter, Berlin Boston, 2016.
- KASAPOĞLU TURHAN, Mine, “Covid-19 Pandemisinde İlan Edilen Sokağa Çıkma Yasaklarının İdare Hukuku Yönüyle Değerlendirilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, 11(2), ss. 550-566.
- KAYA, Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, C. LXIX, S. 1-2, ss. 317-334.
- KLUTH, Winfried, *Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht I*, C.H. Beck, München 2017.
- KOEHL, Felix, **§13 Verwaltungsrecht**, in: Krois, *Rechtsprobleme durch COVID-19 in der anwaltlichen Praxis*, Nomos, Baden Baden 2020.
- KÜHLING, Jürgen- SCHILDBACH, Roman, “Corona-Apps-Daten- und Grundrechtsschutz in Krisenzeiten”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, ss. 1545-1551.
- MAURER, Hartmut - WALDHOFF, Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 2020.
- MEBLING, Miriam, “Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020”, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2020, ss. 321-325.
- Michael Fuhlrott, “Corona-Warn-App: Nutzungspflicht für Arbeitnehmer?”, 2020, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht*, ss. 275-278.
- ROBNAGEL, Alexander, “Tracing-App: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Kriterien für ihren Einsatz”, *ZD-Aktuell*, 2020, 07118.
- SEVER, Çiğdem, “COVID-19 Günlerinde İdare Hukuku: Salgınla Mücadelede Kolluk Yetkileri Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, ss. 187-238.
- SODAN, Helge, **Art.19**, in: Sodan, *Grundgesetz*, C.H Beck, München 2018.
- STOKLAS, Jonathan, “Datenschutz in Zeiten Corona”, *ZD-Aktuell*, 2020, 07093.

ŞİRİN, Tolga, “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2020, C. 9, S. 17, ss. 43-146.

TRUTE, Hans-Heinrich, “Pandemien als potentiell globale Katastrophe”, *Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht*, 2018, ss. 125-133.

WALLERATH, Maximilian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2009.

YAVUZDOĞAN, Seçkin, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Birkaç Not”, *Adalet Dergisi*, 2020/1, Y. 147, S. 64, ss. 125-139.



# BAŞKANLIK SİSTEMİNİN UYGULANDIĞI GÜNEY KORE'DE KANUNLARIN YAPIMINDA YASAMA VE YÜRÜTMENİN ETKİNLİĞİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Güney Kore'de, 1987 yılından bu yana, başkanlık sistemi demokratik haliyle başarılı şekilde uygulanmaktadır. Bu ülkede, kanunların yapımında yasama ve yürütmenin etkinliği konusunda kendine mahsus bazı uygulamalar mevcuttur. Kanun önerisinde bulunma yetkisinin, hem yürütmeye, hem de Yasama Meclisi üyelerine aittir. Son yıllarda yasama organının kanunların kabul edilmesi konusunda etkinliğinin artmakta olduğu görülmektedir. Bunda, bu ülkede mevcut olan yasama prosedürünün de etkili olduğu söylenebilir. Başkanlık sisteminin uygulandığı bazı Latin Amerika ülkelerinde bölünmüş hükümetler zamanında yaşanan yasama-yürütme gerilimleri Güney Kore'de yaşanmamaktadır. Bunda, anayasal kurumsal yapı birinci derecede etkili olmaktadır. Son yıllarda Yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin, yürütme tarafından verilen kanun önerilerine kıyasla daha fazla kanunlaşması ve yürütme tarafından verilen çoğu kanun önerilerinin Meclis'te değiştirilerek kabul edilmesi bu tespiti doğrulamaktadır. Kanun önerilerinin hazırlanması prosedürü konusunda bazı sorunlar vardır. Bunların giderilmesi halinde, kanunların kabulü konusunda verimliliğin artacağı söylenebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Güney Kore'de Yasama, Yasama Prosedürü, Birleşik Hükümet, Bölünmüş Hükümet, Kanun Önerisi Verme Yetkisi.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07/07/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 07/09/2021.

Atıf Şekli: Adnan Küçük, "Başkanlık Sisteminin Uygulandığı Güney Kore'de Kanunların Yapımında Yasama ve Yürütmenin Etkinliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 97-155.

<sup>(\*\*)</sup> Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku, Anabilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye.

E-posta: adnankucuk@kku.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-3755-3189.

# **THE ROLE OF LEGISLATIVE AND EXECUTIVE BRANCHES IN THE MAKING OF LAWS IN SOUTH KOREA WHERE PRESIDENTIAL SYSTEM IS IMPLEMENTED**

## **ABSTRACT**

The presidential system has been successfully implemented in its democratic form in South Korea since 1987. The country has its own specific practices regarding the efficiency of the legislative and the executive branches in making laws. The power to propose laws rests with both the executive and the members of the Legislative Assembly. In recent years, the efficiency of the legislative branch in the making of laws has increased. The reason for this can partly be the current legislative procedure in the country. The legislative-executive tensions experienced during the divided governments in some Latin American countries where the presidential system is implemented are not experienced in South Korea. It is because the constitutional institutional structure is primarily effective in South Korea. This finding is confirmed by the fact that more bills given by the members of the Legislative have passed in recent years than the bills given by the executive, and again lately most bills given by the executive have been changed and then accepted in the Parliament. The drafting procedure of legislative proposals raises some problems. If these problems are eliminated, then the efficiency in the passing of laws will increase.

**Keywords:** Legislation in South Korea, Procedure of Legislation, United Government, Divided Government, Power of Proposing a Law.



## GİRİŞ

Güney Kore’de, 1948 yılında yapılan kurucu Anayasa ile ilk demokratik başkanlık sistemi kabul edildi<sup>1</sup>. 1948-1987 yılları arasında, ilk dönemlerde kısa süreli demokratik uygulamalardan (1950’li yılların başları) sonra, bazı dönemlerde askerî, bazı dönemlerde de sivil görünümlü otoriter rejim uygulamaları ortaya çıktı. 1987 Anayasa değişikliğinden (6’ncı Cumhuriyet Anayasası) itibaren de başkanlık sistemi demokratik haliyle tekrardan uygulama alanı buldu<sup>2</sup>. Otoriter rejim dönemlerinde, askeri vesayet mercileri, bazı kereler doğrudan yönetimi üstlendiler, bazı kereler de vesayetçi kimliği ile sivil görünümlü otoriter yönetimler üzerinde belirgin bir şekilde etkili oldular<sup>3</sup>.

1987 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile (25.02.1988’de yürürlüğe girdi)<sup>4</sup> Güney Kore’de tekrardan demokratik başkanlık sistemine geçildi.

Güney Kore’de, saf başkanlık sisteminin temelini teşkil eden “kuvvetler ayrılığı” ilkesi ölçütünde kanunların yapımında, yasama ve yürütme organlarının etkinliği konusunda yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmalar bağlamında Başkan’ın yasama üzerindeki etkinliği de vurgulanarak, bu ülkede “delegasyoncu demokrasi”nin olduğu bile ifade edilmektedir<sup>5</sup>.

Bu ülkede, yasama ve yürütme organlarının, kanunların kabul edilmesi konusundaki etkinlik derecelerinin belirlenmesinde, “bölünmüş hükümet”ler, “birleşik hükümet”ler, “parti disiplini”nin mevcut olup olmaması, yasama meclisine üye olacak adayların belirlenmesi usulü, uygulanan seçim sistemi, yürütmenin

<sup>1</sup> Chaihark Hahm - Sung Ho Kim, “To Make ‘We the People’: Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 4, October 2010, s. 830, <https://academic.oup.com/icon/article/8/4/800/667104> (ET: 22.06.2019); Adnan Küçük, “Güney Kore’de Kendine Özgü Demokratik Başkanlık Sistemi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. 9, S. 2, Y. 2019, (pp. 1-82), s. 9.

<sup>2</sup> Küçük, Güney Kore’de, s. 8-17.

<sup>3</sup> İbid., s. 8-17; Jürgen Rüland - Clemens Jürgenmeyer - Michael H. Nelson - Patrick Ziegenhain, “Parliaments and Political Change in Asia”, January 2005, s. 32, 164, [https://www.researchgate.net/publication/290027951\\_Parliaments\\_and\\_political\\_change\\_in\\_Asia](https://www.researchgate.net/publication/290027951_Parliaments_and_political_change_in_Asia), (ET: 15.08.2021).

<sup>4</sup> Aurel Croissant, “Electoral Politics in South Korea”, *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, (Edt: Aurel Croissant - Gabi Bruns - Marei John), Library of the Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, s. 236, <https://library.fes.de/pdf-files/iez/01361008.pdf>, (ET: 12.06.2019).

<sup>5</sup> Guillermo O’Donnell, “Delegative Democracy” *The Helen Kellogg Institute for International Studies*, (April 1993), s. 1, <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/172.pdf>, (ET: 15.08.2021); Dongwoo Kim, “A Tool for Delegative Governance? South Korea’s National Security Law and Delegative Democracy”, (August 2016), s. 11, <https://open.library.ubc.ca/soa/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0307410>, (ET: 15.08.2021).

kanun önerisinde bulunma yetkisinin mevcut olup olmaması, yasamada temsil olunan partilerin sayısı vb. etkenlerin belirli olduğu söylenebilir. Bütün bu etkenler çerçevesinde, 1987 yılı sonrası Güney Kore’de, yasamanın 1987 öncesi dönemde olduğu gibi tamamen yürütmenin etkilemesi altında olup olmadığı, kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti açısından önem arz etmektedir.

Burada makalemizin konusu iki açıdan önem arz etmektedir. *Birincisi*, bölünmüş hükümetler döneminde, yürütmenin düzenleme yapma yetkisinin yasama işlemleri karşısında ne ölçüde etkilendiği ve buna paralel olarak kanunların çıkarılmasının yürütmenin etkinliğinden ne ölçüde kurtulduğu. *İkincisi*, birleşik hükümetler döneminde yürütmenin yasama işlemleri üzerindeki etkinlik derecesinin belirlenmesi. Bunlardan birincisi, bölünmüş hükümetler döneminde başkanlık sisteminin uygulandığı Latin Amerika ülkelerinde yaşanan yasama-yürütme çatışmasının, bu ülkede de yaşanıp yaşanmaması, bunun bir yönetim ya da sistem krizine dönüşüp dönüşmemesi açısından önemlidir. İkincisi de, genelde parti disiplini içinde birleşik hükümetler döneminde, yürütmenin yasama üzerindeki baskın etkinliğinin bu ülkede mevcut olup olmadığının, bu konuda zaman içerisinde değişimlerin yaşanıp yaşanmadığının belirlenmesi açısından önemlidir. Çünkü genellikle birleşik hükümetler dönemi için getirilen önemli eleştirilerden biri de, “kuvvetler ayrılığı”nın, yasama aleyhine bozulduğu yönündedir. Güney Kore’de bu eleştiriyi haklı çıkaracak uygulamaların mevcut olup olmadığı konusu, anayasa hukuku açısından önem arz etmektedir.

Güney Kore Anayasasına göre, Millet Meclisi üyeleri yanında yürütmenin de kanun önerisinde bulunma yetkisi mevcuttur (md.52). Yürütme organının kanun önerisini hazırlaması belirli süreçlerden sonra söz konusu olmaktadır. Bu süreçlerin yaşanması, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin niteliğini artırabileceği için bunların kabul edilebilme ihtimali değişen ölçülerde artmaktadır.

Yasama işlevi kapsamında kanunların yapımında, yasama ve yürütme organlarından hangisinin daha etkili olduğunun belirlenmesinde, yürütme ve yasama tarafından verilen kanun önerilerinin, sayılarına, değiştirilmeksizin kabul edilip edilmemelerine, kabul edilen kanunların ne kadarının yürütme tarafından, ne kadarının Millet Meclisi üyeleri tarafından verilen kanun önerisi olduğu gibi konulara ilişkin veriler esas alınacaktır.

Güney Kore’de, yasama üyeleri ve yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşması bağlamında, Meclis tarafından çıkarılan kanunların kabulünde yasamanın ve yürütmenin etkinliğinin belirlenmesine ilişkin çok sayıda veri tabloları mevcuttur. Kanunların kabulünde hangi organın etkin olduğunun belirlenmesinde bu veriler esas alınacaktır. Fakat bu verilerin bir kısmında, kanun

önerisi vermeye yetkili olanların tamamının vermiş oldukları kanun önerileri ve kanunlaşma sayıları, bir kısmında sadece yasama üyeleri ile yürütme tarafından verilen kanun önerileri ve kanunlaşma sayıları, bir kısmında da siyasi partiler ve Başkan'ın bloku tarafından verilen kanun önerileri ve kanunlaşma sayıları söz konusudur. Ben burada, iki tür veriye yer vereceğim. *Birincisi*, 1988-2000 yılları arasında, sadece kanun önerisi verme yetkisine sahip yürütme organı ile Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerine ve bunların kanunlaşmasına ilişkin verilerdir. Bu verilere yer vermekle asıl maksadım, kanunların yapımında her iki organın etkinlik derecesinin belirlenmesidir. *İkincisi*, 1988-1995 yılları arasında, hem birleşik, hem de bölünmüş hükümet dönemlerinde, Başkan, Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip partiler, muhalif partiler ve Başkan'ın bloku tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşmasına ilişkin verilerdir.

Diğer yandan Türkiye'de 2017 Anayasa değişikliği ile benimsenen ve 24 Haziran 2018 seçimlerinden sonra da fiilen uygulanmaya başlanan başkanlık sistemine yönelik en önemli eleştirilerden biri de, birleşik hükümetler döneminde yürütmenin yasama üzerinde kuvvetler ayrılığını yok edecek derecede baskın olacağı yönündedir. Başkanlık sisteminin uygulandığı bu ülkede kuvvetler ayrılığını yakından ilgilendiren ve dengeler fazla etkilenmeksizin işleyen sistemin varlığı, ülkemiz açısından da esin kaynağı olabilmesi açısından önem arz etmektedir.

Bu makalede, Güney Kore'de kanunların yapılması konusunda yasama ve yürütmenin etkinliğine ilişkin anayasal ve kanunî düzenlemeler yanında, siyasî, sosyal, kültürel vb. bağlamlarda kendine özgülük teşkil eden yönlerle fiilî pratiklere de yer verilecektir.

## I. SERT KUVVETLER AYRILIĞI OLARAK NİTELENEN SAF BAŞKANLIK SİSTEMİNDE YASAMA VE YÜRÜTME İLİŞKİLERİ

### A. Kuvvetler Ayrılığı

Hukuk devletinin şekli gereklerinden biri de "kuvvetler ayrılığı"dır. Anayasa ve siyaset bilimi literatüründe genellikle başkanlık sisteminden "*sert kuvvetler ayrılığı*" olarak bahsedilir. Başkanlık sistemlerinde, kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri, hem "*işlevsel*", hem de "*organik*" olarak birbirlerinden ayrılmıştır<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Adnan Küçük, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, 2. B., Adalet y., Ankara, 2021, s. 27.

Klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine göre, kuvvetlerin “işlevsel ayrılığı”, yasama ile yürütmenin yerine getirdikleri işlevlerin birbirinden farklı olmasıdır. Bu ilke icabı, bir hukukî işlev olarak yasama ve yürütmenin birbirinden bağımsız ve farklı olmaları gerekir<sup>7</sup>. Bu sistemde, her bir kuvvet, sadece anayasal olarak kendisine tahsis edilen işlevi yerine getirir; bu işlevlerin birbirlerine veya bir kuvvetin diğerine karışması söz konusu olamaz<sup>8</sup>. Buna göre, yasama, kanunları çıkarmak suretiyle “kural koymak”, yürütme de, kural olarak, kuralları (kanun) uygulamak ve hükümet etmek (yönetmek)” işlevleridir<sup>9</sup>. Saf başkanlık sisteminde<sup>10</sup>, her bir kuvvet, kendisine tahsis edilmiş işlevi yerine getirir; bu işlevleri yerine getiren kuvvetlerden biri prensip olarak diğerine karışamaz<sup>11</sup>. Bu ilkenin bir gereği olarak, yürütme organı, yasama organı tarafından konulan kuralların konulma sürecine katılamaz<sup>12</sup>. Bu ilkeye göre, yürütme ve yasama organlarının her biri kendi işlerinde maksimum etkinliğe ve güce sahip olmalıdır<sup>13</sup>.

*Kuvvetlerin organik ayrılığına göre, yasama ve yürütme işlevlerinin, ayrı ayrı organlar tarafından yerine getirilmesi, bu organların birbirlerinden bağımsız olmaları<sup>14</sup>, her iki organın birbirinden ayrı olarak seçilmeleri; bir diğer ifadeyle göreve geliş bakımından birbirlerinden bağımsız olmaları; yasama ve yürütmenin görev sürelerinin anayasal ve/veya yasal olarak belirlenen sürelerde sabit olması, bu sürelerin fesih ya da siyasi sorumluluk kapsamında azil yoluyla kısaltılmaması<sup>15</sup>; yasama yetkisinin, üyeleri halk tarafından seçilen temsilî bir Meclis'e, yürütme yetkisinin ise doğrudan ya da doğrudan benzeri bir usulle halk tarafından seçilen yürütmeye ait olması gerekir<sup>16</sup>.*

<sup>7</sup> Mustafa Erdoğan, “Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak”, *Liberal Düşünce D.*, S. 2, Bahar 1996, s. 5.

<sup>8</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 12. B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 454; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 7. B., Orion y., Ankara, 2011, s. 19.

<sup>9</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 453-454; Erdoğan, Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak, s. 5.

<sup>10</sup> Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev.: Ergun Özbudun), Yetkin y., Ankara, 1997, s. 113-117; Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, (Çev.: Ergun Özbudun - Ersin Onulduran), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasal İlimler Derneği Ortak y., Ankara, 1989, s. 44-48; Nur Uluşahin, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin y., Ankara, 1999, s. 27-51; Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 28-55.

<sup>11</sup> Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, s. 19.

<sup>12</sup> Burhan Kuzu, “Türkiye İçin Başkanlık Sistemi I”, *Liberal Düşünce D.*, C. 1, S. 2, Bahar 1996, s. 23.

<sup>13</sup> Kuzu, agm., s. 23.

<sup>14</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 454.

<sup>15</sup> İbid., s. 454.

<sup>16</sup> Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, s. 19; Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 27.

Makalemizin temel konusu, “kanunların yapımında yasama ve yürütmenin etkinliği” olduğu için burada “*kuvvetlerin işlevsel ayrılığı*” ölçütü belirgin olarak öne çıkmaktadır. Kuvvetlerin işlevsel ayrılığı ilkesinin cari olduğu saf başkanlık sistemine göre, kuralları uygulama işlevini icra eden yürütmenin, kuralların konulması sürecine etkin bir şekilde iştirak etmemesi, bu bağlamda yürütmenin yasama organının çalışmalarına katılmaması; yasama organının toplantılarında görüş beyan etmemesi, kanun önerisinde bulunamaması gerekir<sup>17</sup>.

### **B. Yasama ve Yürütme İlişkileri Bağlamında Kanunların Yapımında Fiili Uygulamalar**

Günümüzde egemen olan siyaset ve anayasa teorisinde “kuvvetler ayrılığı” diye ifade edilen anlayışın, Montesquieu tarafından geliştirilen klasik kuvvetler ayrılığı telakkisinin “saf” halinden oldukça farklılık arz etmekte olduğu görülmektedir. Siyaset ve anayasa teorisinde, akademik ve gündelik söylemlerde, klasik “kuvvetler ayrılığı” ilkesinden, özünü “meşru cebir gücü ile donatılmış devlet iktidarının, keyfi kullanımının sınırlandırılması suretiyle, birey hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınması, bu yolla devlet iktidarının bireylerin hak ve hürriyetleri lehine tahdit edilmesi” esasının teşkil ettiği anayasacılık düşüncesi ile bağlantılı hukuk devletinin zorunlu bir şekli gereği olarak söz edilmekte idi<sup>18</sup>. Günümüzde yaygın olarak benimsenen anlayış çerçevesinde genellikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin, hükümet sistemlerinin tasnif edilmesinde belirleyici ölçüt olarak kullanıldığı görülmektedir.

Erdoğan’ın ifade ettiği üzere, “kuvvetler ayrılığı” doktrininin “başına gelen” bir talihsizlik neticesinde, bu ilkenin, zamanla orijinal anlamını yitirerek “devletin hukukî işlevleri”nin tasnifinin teknik bir araçından ibaret hale dönüştüğü görülmektedir. Bir diğer ifadeyle günümüz anayasa ve siyaset teorilerinde “kuvvetler ayrılığı”nın vazgeçilmezliği, “hukuk devleti/anayasal yönetim” konusundaki hassasiyetten ziyade, onun hükümet sistemlerinin tasnifinde yerine getirdiği “araçsal işlevi”nden kaynaklanmaktadır<sup>19</sup>.

Siyasî partilerle parti disiplininin ortaya çıkmasıyla birlikte, özellikle “kuvvetlerin işlevsel ayrılığı” ilkesinde değişen ölçülerde aşınmalar meydana geldi. Teziç’e göre, kuvvetler ayrılığının klasik halinin, çağımız siyasi rejimleri ile uyumlu olmasının nedeni, bu teorinin ileri sürüldüğü tarihlerde, henüz modern anlamda

<sup>17</sup> Kuzu, agm., s. 23; Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 27.

<sup>18</sup> Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Seçkin y., Ankara, 2005, s. 21-22, 28, 36, 39.

<sup>19</sup> Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 451-452; ERDOĞAN, *Anayasa Hukuku*, s. 14.

siyasi partilerin bulunmayışıdır. Kuvvetler ayrılığı teorisinin ortaya konulduğu dönemlerde iktidarla ilgili başlıca sorunlar, kurumsal nitelikteydi. Değişik organlar, bunların yetkileri ve ilişkileri ile ilgili olarak, kuvvetler ayrılığı teorisi, arzulanan dengeyi sağlayabiliyordu. Günümüzde ise, siyasi hayata yön veren siyasi partiler olup, kurumlar, bunlara yalnızca biçimsel bir çerçeve sağlamaktadır<sup>20</sup>.

Siyasi iktidarın yürütme kanadının siyasî partilerin etkinliği altındaki hükümetler tarafından kullanılıyor olması, yürütmede etkin belirleyici unsur olan siyasi partilerin, parti disiplini yoluyla yasama meclisindeki üyeleri vasıtasıyla yasama işlevi üzerindeki etkinliği, yürütmeyi yasama üzerinde daha baskın ve belirleyici hale getirmektedir. Bu durumun bir neticesi olarak, klasik kuvvetler ayrılığı ilkesinin dönüşüme uğramasıyla birlikte iki kuvvet arasında işbirliği ve etkileşim öne çıkmıştır. Bu işbirliği ve etkileşim, parlamenter sistemlerde maksimum düzeye çıktığı halde, başkanlık sistemlerinde, ülkelerin uygulamalarına bağlı olarak değişen ölçülerde azalmaktadır.

Başkanlık sisteminin tatbik edildiği ABD<sup>21</sup> ve bazı ülkelerde<sup>22</sup>, kuvvetlerin işlevsel ayrılığı ilkesi ile uyumlu olarak, yürütme organına kanun önerisinde bulunma ve yasama faaliyetlerine iştirak etme yetkisi verilmediği halde, bu sistemin cari olduğu bazı ülkelerde, yürütme organına, kanun önerisinde bulunma ve kanunların kabulü sürecinde değişik yetkiler verilerek<sup>23</sup>, “kuvvetlerin işlevsel ayrılığı” ilkesinden sapıldığı görülmektedir.

## II. GÜNEY KORE’DE KANUNLARIN YAPILMASINDA YASAMA VE YÜRÜTMENİN ETKİNLİĞİ

### A. 1987 Öncesi Dönem

Güney Kore’de, 1987’de demokrasiye geçişten önceki dönemlerde, kısa süreli demokratik uygulamalar (1948-1950’li yılların başları) hariç, otoriter rejim uygulamaları söz konusu olduğu için sistem içerisinde baskın aktör yürütmeydi. Yürütme, hem yasanın hem de yürütmenin etkin belirleyicisi konumunda idi.

<sup>20</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014, s. 476.

<sup>21</sup> Kuzu, agm., s. 16; Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 107.

<sup>22</sup> Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliğine göre, sadece milletvekillerine kanun önerisi verebilir (AY. md.88).

<sup>23</sup> Venezuela (AY. md.204), Uruguay (AY. md.133, 168), Peru (AY. md.107), Brezilya (AY. md.61), Arjantin (AY. md.77), Meksika (AY. md.71), Şili (AY. md.65), Kosta Rika’da (AY. md.123, 140), Ekvator (AY. md.134), Kolombiya (AY. md.154), Bolivya (AY. md.158) ve Honduras’ta (AY. md.213) yürütmenin de kanun önerisinde bulunma yetkisi mevcuttur. Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 371-373.

1987 öncesi otoriter rejim döneminde yasama organının, zayıf olarak tasarlanmasının bir neticesi olarak, Millet Meclisi'nin, otoriter yönetim altında rolüne getirilen anayasal veya yasal kısıtlamalar neticesinde, kilit işlevlerinden biri olarak kabul edilen kanun yapma faaliyetleri üzerinde yürütme, önemli bir etkiye sahip hale gelmiştir<sup>24</sup>. Bu vesileyledir ki, yürütme yetkisinin sahibi olan emperyal Başkan'ın yasama organı üzerinde çok belirgin bir etkisi vardı. Otoriter yapıya uygun olarak gücün kendisinde toplandığı Başkan (yürütme), parti disiplini vasıtasıyla kendisine tabi kıldığı partili üyeler vasıtasıyla, yasama organına mutlak olarak egemen oldu<sup>25</sup>. Bu dönemde, uygulanan otoriter yönetim uygulamaları ile uyumlu olarak, Millet Meclisi'nin, yürütme tarafından getirilen kanun önerilerini, yeterince inceleme yapmadan ve muhtevasını değiştirmeden kabul ettiği görülmüştür. Dolayısıyla, yasama organının bu dönemde, yasama yetkisini, yürütmenin etkilemelerinden bağımsız olarak etkin bir şekilde kullanmadığı görülmektedir. Nitekim, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilme oranı, 1971-1972 yıllarında %94,3 olmuştur. Bu dönemde çıkarılan toplam 40 Kanundan, 33'ü (%82,5) yürütmenin verdiği önerilerden, 7'si de Millet Meclisi üyelerinin verdiği önerilerden olmuştur. 1973-1979 yıllarında yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilme oranı %96 olmuştur. Bu dönemde çıkarılan toplam 544 kanundan, 460'ı (%84,55) yürütmenin verdiği önerilerden, 84'ü Millet Meclisi üyelerinin verdiği önerilerden olmuştur. 1979-1980 yıllarında yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilme oranı %78,4 olmuştur. Bu dönemde çıkarılan toplam 101 kanundan, 98'i (%92,02) yürütmenin verdiği kanun önerilerinden, 3'ü Millet Meclisi üyelerinin verdiği önerilerden olmuştur. 1981-1985 yıllarında yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilme oranı %89,5 olmuştur. Bu dönemde çıkarılan toplam 341 kanundan, 257'si (%75,36) yürütmenin verdiği önerilerden, 84'ü Millet Meclisi üyelerinin verdiği önerilerden olmuştur. 1985-1988 yıllarında yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilme oranı %92,9 olmuştur. Bu dönemde çıkarılan toplam 222 kanundan, 156'si (%70,27) yürütmenin verdiği önerilerden, 66'sı Millet Meclisi üyelerinin verdiği öneriler-

<sup>24</sup> Jin Seok Bae, "The Effect of Democratization on Election-Oriented Economic Policy: Evidence from South Korea", (Committee: Raul Madrid - Brian Roberts - Tse-min Lin - David Kang) *The University of Texas at Austin*, December 2015, s. 93, <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/33504/BAE-DISSERTATION-2015.pdf?sequence=1>, (ET: 15.08.2021).

<sup>25</sup> "South Korean National Assembly: the Role of Committee Staffers as Information Providers and Network Managers in the Scrutiny of Government Law Bills, s. 13, <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/27837/SeoD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (ET: 15.08.2021).

den olmuştur. Bu rakamlar<sup>26</sup> yürütmenin otoriter zeminde yasamanın gündemine ne ölçüde hâkim olduğunu ortaya koymaktadır. 1987 Yılı öncesi dönemlerde yasama organının, yasama işlevinin yerine getirilmesinde yürütmenin etkilemesi karşısındaki pozisyonunu ifade etmek için “yasama, yürütmenin gönderdiği kanun önerilerini basitçe onaylayan bir *‘lastik damga’*ya (rubber stamp) dönüştü” nitelendirmesi yapılmıştır<sup>27</sup>.

## B. 1987 Sonrası Dönem

Güney Kore’de 1987 sonrası dönemde yasama yanında yürütmenin de, yasama faaliyetleri kapsamına dâhil olan “kanunî düzenlemelerin yapılması” üzerindeki etkinliğinin mevcut olduğu görülür. Her iki organın, burada bahsi edilen etkinliklerinin derecesinin belirlenmesi konusunda değişik ölçülerde etkileyici mahiyette bazı anayasal, kanunî, siyasî, kurumsal, fiilî vb. özellikler vardır. Bunlar bilinmeksizin, kanunî düzenlemelerin yapılmasında tarafların reel zeminde etkinlik derecelerinin belirlenebilmesi oldukça zordur ya da bu gibi durumlarda yanıltıcı sonuçlara ulaşılabilmesi mümkün ve muhtemeldir. Bunlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

## C. Yasama İşlemlerinin Yapılmasında Yürütmeyi Etkin Kılan Uygulamalar

### 1. Parti Disiplini

Kanunların yapılmasında yürütmenin etkinliğini sağlayan siyasî kültürel özelliklerden biri, parti disiplininin olup olmamasıdır. Parti disiplini, bir partinin Yasama Meclisi’ndeki üyelerinin, önemli parlamento kararlarının alınmasında, mensubu oldukları parti yönetiminin belirlediği yön ve çizgide oy kullanmalarıdır<sup>28</sup>. Hükümeti destekleyen parti ya da partilerin Meclis’te yeterli sayıda milletvekili çoğunluğuna sahip oldukları durumlarda, milletvekilleri oylarını disiplin altında verecekleri için hükümet, parlamentodaki çoğunluğun desteği sayesinde kanunların çıkarılmasında zorlanmamaktadır. Parti disiplininin mevcut ol-

<sup>26</sup> Bae, agm., s. 94-95.

<sup>27</sup> İbid., s. 94; Woojin Moon, “The Executive Legislative Relationship and Executive Dominance in Law Production in South Korea”, *Korean Political Science Review*, Vol. 54, No. 6, Winter 2020, (pp. 5-29), s. 7; South Korean National Assembly, s. 13; Kyung-hwa Kim, “Presidential Instability in a Developing Country: Reassessing South Korean Politics From a State-Society Relations Perspective”, *Dissertations*, June 2017, s. 140, <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1711&context=etd>, (ET: 15.8.2021); Rüländ vd., agm., s. 33.

<sup>28</sup> Maurice Duverger, *Siyasal Partiler*, (Çev.: Ergun Özbudun), 2. B., Bilgi y., Ankara, 1974, s. 261.



madığı ABD<sup>29</sup> ve Brezilya<sup>30</sup> gibi bazı başkanlık sistemleri hariç, başkanlık sisteminin uygulandığı çoğu ülkelerde de değişen ölçülerde parti disiplini vardır<sup>31</sup>. Parti disiplini zayıfladığı ölçüde yasama üyelerinin bağımsızlıkları ve şahsî inisiyatifleriyle oy kullanma ihtimalleri artmaktadır<sup>32</sup>.

Güney Kore’de her ne kadar çoğu kereler, rakip partiler arasında “merkezci politika” söylemleri dillendirilse de bu yöndeki söylenenlerin çoğu zaman söylemenden öteye geçmediği belirtilmektedir. Partizanlığın belirgin şekilde etkili olduğu bu ülkede siyasî aktörler arasındaki ilişkilerde demokratik ılımlılığın nadiren rastlanılan bir durum olduğu belirtilmiştir<sup>33</sup>. Bu vesileyle bu ülkede, Millet Meclisi’ndeki partilerin bazı istisnâ uygulamalar hariç, büyük ölçüde disiplinli oldukları vurgulanmaktadır<sup>34</sup>. Dolayısıyla, partilerin, Meclis’teki üyelerini disipline etme yönünde çaba sarf etmeleri neticesinde, Meclis’teki parti gruplarına üye olan yasama üyelerinin oy kullanma davranışları çoğu kereler parti yönetimlerinin iradelerinden farklı olmaktadır<sup>35</sup>. Bu durum, ana siyasî partilerin üyelerinin tercihlerindeki yüksek hetero-

<sup>29</sup> İbid., s. 280-281; Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 159-163; Teziç, *age.*, s. 515.

<sup>30</sup> Nebi Miş - Ali Aslan - M. Erkut Ayvaz - Hazal Duran, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (Rapor)*, 2. B., SETA y., Ankara, 2016, s. 62.

<sup>31</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 240, 258, 360; Miş ve diğerleri, *age.*, 2016, s. 59.

<sup>32</sup> Seong-Ho Lim, “Neither Gridlock nor Moderation, but Administrative Recharge: The Irony of Divided Government in South Korea”, *The Korean Journal of International Relations*, Vol. 45, No. 5, Y. 2005, s. 241, [http://kaisnet.or.kr/resource/down/3\\_10.pdf](http://kaisnet.or.kr/resource/down/3_10.pdf), (ET: 01.07.2019).

<sup>33</sup> İbid., s. 241.

<sup>34</sup> Han Soo Lee - Hee Min - Jungkun Seo, “Legislative Response to Constituents’ Interests in New Democracies: The 18th National Assembly and Income Inequality in Korea”, *Government and Opposition*, Vol. 53, No. 2, April 2018, s. 5. [http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO\\_online\\_version\\_08.15.16.pdf](http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO_online_version_08.15.16.pdf), (ET: 04.07.2019); Jun-Young Choi, “What Makes Legislators Introduce Bills?”, *The Journal of 21st Century Political Science Association*, Vol. 6, No. 20, 2006, s. 307-326; Jeong Hun Han, “Legislation Conflicts in the Korean National Assembly: Focusing on the Health and Welfare Policies”, *Journal of Korean Politics*, Vol. 22, No. 3, 2013, s. 35-62; Kap-Yun Lee - Hyeon Woo Lee, “Partisan Influence on Congressional Voting: In Cases of the 17th Korean National Assembly”, *Journal of Korean Politics*, Vol. 20, No. 2, 2011, s. 1-27.

<sup>35</sup> Ik Hyeon Rhee, “Alignment of the Government Legislative Process for the Quality of Laws”, *Innovation of Legislative Process*, (Edt: Ik Hyeon Rhee - Wim Voermans), IAL, November 15, 2018, s. 42, <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/01/INNOVATION-OF-LEGISLATIVE-PROCESS.pdf>, (ET: 12.12.2019); Hae Won Jun - Simon Hix, “The Meaning of Conflict in the Korean National Assembly”, *Political Science and Political Economy Working Paper*, No. 4/2006, s. 5-6, 20, <http://www.lse.ac.uk/government/Assets/Documents/pdf/research-groups/pspe/working-papers/PSPE-WP4-06.pdf>, (ET: 04.07.2019); Simon Hix - Hae-Won Jun, “Party Behaviour in the Parliamentary Arena the Case of the Korean National Assembly”, *Party Politics*, Vol. 15, No. 6, November 2009, s. 674, 688, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.2243&rep=rep1&type=pdf>, (ET: 04.07.2019).

jenliğe ve Meclis üyelerinin büyük ekseriyetinin tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemine göre seçilmiş olmalarına rağmen böyle olmaktadır<sup>36</sup>.

Fakat son zamanlarda yapılan bazı çalışmalara göre<sup>37</sup>, bu ülkede parti disiplininin her zaman aynı düzeyde katı olmadığı, istisnâ olarak bazı kereler bu disiplinde nispi esnemeler olduğu, bu bağlamda bazı üyelerin yasama faaliyetlerinde verdikleri oylarda seçmenlerin taleplerinin de etkili olduğu belirtilmiştir<sup>38</sup>. Kırsal alanları temsil eden yasama üyelerinin, 16. Dönem Millet Meclisi'nde, üyesi oldukları parti yönetimlerinin yönlendirmelerine itibar etmeksizin, Şili ile Serbest Ticaret Anlaşması'na karşı çıkmaları<sup>39</sup>, büyük şirketlerin bulunduğu Metropol bölgelerden seçilen yasama üyelerinin, 18. ve 19. Dönem Meclis'lerinde, parti yönetimlerinin yönlendirmelerine itibar etmeksizin satın alma vergisinin seviyesinin azaltılmasını öngören kanun önerileri lehine oy kullanmaları, bu yöndeki bazı misallerdir<sup>40</sup>.

## 2. Seçim Sisteminin Yasama Meclisi Üyelerinin Davranışları Üzerindeki Etkileri

Her bir seçim çevresinde tek kişi seçileceği tek isimli tek turlu basit çoğunluk sisteminde, seçmenlerle temsilciler birebir ilişki ve etkileşim içerisinde olacakları için yasama üyelerinin, kısmen de olsa parti yönetimlerinin merkezci politikaları yerine seçmenlerin hassasiyet ve etkilemelerine bağlı olarak güçlenmelerine katkı sağlayabilir<sup>41</sup>. Fakat buradaki kısmi güçlenmenin, parti disiplininin ortadan kaldırılması neticesini ortaya çıkaracak düzeyde olabileceği söylenemez. Buna en bariz misal olarak İngiltere'deki uygulamalar gösterilebilir<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Jun - Hix, agm., s. 20.

<sup>37</sup> Juhn Young Jeon, "A Study of Members' Voting Behaviour in the Tax Bill", *Journal of Legislative Studies*, Vol. 12, No. 1, 2006, s. 131-139; Hyeon Woo Lee, "Comparative Analysis on Roll-Call Voting in the Korean Assembly and the U.S. House: On the Free Trade Agreement", *Korean Journal of International Relationship*, Vol. 45, No. 3, 2005, s. 105-126; Hyun Soon Park - Juhn-Young Jeon, "Analyzing Voting Records for Corporate Tax Bills in the National Assembly", *Korean Political Science Review*, Vol. 49, No. 5, 2015, s. 235-261.

<sup>38</sup> Lee - Min - Seo, agm., s. 5-6.

<sup>39</sup> İbid., s. 5; Lee, Comparative Analysis on, s. 105-126.

<sup>40</sup> Lee - Min - Seo, agm., s. 5; Park - Jeon, agm., s. 235-261. Benzer mahiyetteki bazı uygulamalar için bkz.: Hojun Lee, "Presidentialization and Procedural Rules Change: The Case of the South Korean National Assembly", *Journal of East Asian Studies*, Vol. 19, No. 1, 3, February 2019, s. 1, [https://www.researchgate.net/publication/330846518\\_PREIDENTIALIZATION\\_and\\_PROCEDURAL\\_RULES\\_CHANGE\\_The\\_CASE\\_of\\_the\\_SOUTH\\_Korean\\_NATIONAL\\_ASSEMBLY](https://www.researchgate.net/publication/330846518_PREIDENTIALIZATION_and_PROCEDURAL_RULES_CHANGE_The_CASE_of_the_SOUTH_Korean_NATIONAL_ASSEMBLY), (ET: 18.12.2019).

<sup>41</sup> Adnan Küçük - Yasin Aydoğdu, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri", *Liberal Düşünce D.*, Y. 23, S. 90, Bahar 2018, s. 24.

<sup>42</sup> İbid., s. 24.

Tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemini tamamlayıcı mahiyette olmak üzere, yasama üyesi adaylarının, seçim çevresindeki partili delegeler tarafından değil de partiye kayıtlı seçmenler tarafından seçilmesi de yasama üyelerinin tabanla olan ilişkilerini artıracaktır.

Güney Kore’de Yasama Meclisi üyeleri, salt nispî temsil seçim sistemine göre değil, iki tür seçim sisteminin bir arada tatbik edilmesiyle belirlenmektedir<sup>43</sup>. Birisi tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi, diğeri nispî temsil seçim sistemidir. Millet Meclisi üyelerinin çoğunluğu (253 üye), tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi ile<sup>44</sup>, 47 üye de Ülkenin bütününe tek seçim bölgesi kabul edildiği<sup>45</sup> nispî temsil sistemi ile belirlenmektedir<sup>46</sup>. Meclis üyelerinin %84’ü tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi ile seçildiği için teorik olarak, bu sistemle seçilen yasama üyelerinin, bu seçim sisteminin mantığı ile uyumlu olarak, seçmenlerin eğilimlerine daha duyarlı olmaları beklenir. Fakat Güney Kore’de, yasama üyeleri ile seçmenler arasındaki bağlantı ve etkileşimler ileri düzeyde değildir. Parti liderlerinin, aday seçim süreçleri yoluyla yasama üyeleri üzerindeki ağır basan belirleyicilikleri sebebiyle, sonuçta temsilcilerin parti yönetiminin yönlendirmelerinden bağımsız olmaları ve seçmenleriyle bağlantı kurarak onlarını yönlendirmeleri yönünde oy vermeleri zorlaşmaktadır. Bu sebeple, Güney Kore’de, mevcut seçim sistemine rağmen, kanunların kabulünde, parti disiplininin çoğu kereler baksın olduğu, bu vesileyle, yasama üyelerinin üyesi oldukları partilerin yönlendirmeleri haricine çıkamadıkları görülmüştür<sup>47</sup>.

### 3. Çok Partililik

Parlamentoda temsil olunan siyasî partilerin sayısının artması, bazı kereler yasama faaliyetlerini etkileyerek, yasamayı yürütme karşısında zayıflatabilmektedir. Disiplinsiz parti sistemlerinde, eğer Yasama Meclisi’nde temsil olunan partilerin sayısı, yasadaki çoğunluğun sağlanmasını zorlaştıracak kadar fazla

<sup>43</sup> Kyle Pope - Adam Pepin-Hall, “Can South Korea Enact Electoral Reform in Time”, *The Diplomat*, (April 2, 2019), <https://thediplomat.com/2019/04/can-south-korea-enact-electoral-reform-in-time/>, (ET: 25.06.2019).

<sup>44</sup> “Public Official Election Act”, md.21, 22, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/05\\_resourcecenter/02\\_01.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/02_01.jsp), (ET: 08.07.2019); “National Assembly Elections”, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/02\\_elections/01\\_04.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp), (ET: 08.07.2019).

<sup>45</sup> Public Official Election Act, md.20.

<sup>46</sup> Public Official Election Act, md.189/1; National Assembly Elections; Pope - Hall, agm.

<sup>47</sup> Lee - Min - Seo, agm., s. 5; Jun - Hix, agm., s. 20; Han, agm., s. 35-62; Lee - Lee, agm., s. 1-27.

(Brezilya’da olduğu gibi)<sup>48</sup> ve aralarında uzlaşma sağlama kültürü de zayıfsa, Başkan’ın yasama karşısındaki gücü artmakta, Başkan’ın istemediği kanunî düzenlemelerin kabulü zorlaşmaktadır<sup>49</sup>. Muhalif partilerin sayısı çok olmakla birlikte, ülkede katı ideolojik çatışmalar yoksa ve gerek partiler, gerekse yasama üyeleri arasında uzlaşma kültürü gelişmiş ise yasamanın kanunların çıkarılması konusunda etkinliği artabilmektedir.

Disiplinli partilerin mevcut olduğu “bölünmüş hükümet” dönemlerinde, yasamada temsil olunan partilerin sayısındaki çokluk sebebiyle muhalif partiler arasında uzlaşmanın sağlanamadığı durumlarda, Başkan’ın yasamaya karşı etkinliği artabilecektir. Çünkü her ne kadar muhalifler, yasamada çoğunluğa sahip olsalar da, Başkan’a karşı ittifak edemiyorlarsa; kanunların yapılmasında Başkan’a karşı güçlü olabilmeleri oldukça zordur.

Güney Kore’de bazı dönemlerde, Yasama Meclisi’nde temsil olunan partilerin aşırıya varan düzeyde parçalanmışlık sergilediklerine şahit olunmuştur. Nitekim 2000’de 8, 2004’de 10, 2008’de 12 parti Millet Meclisi’ne temsilci göndermiş, 2008’de 25 bağımsız üye Millet Meclisi’ne seçilmiştir<sup>50</sup>. Yasama Meclisi’ndeki çok partili yapının da etkisiyle bazı dönemlerde bölünmüş hükümet uygulamaları ortaya çıkmış, bu çok partililik zemininde bazı kereler Meclis’in kanunî düzenlemelerin kabulünde etkinliği kısmen de olsa zayıflama göstermiştir<sup>51</sup>.

#### 4. Başkan’ın Partilerle Olan İlişkisi

Farklı hükümet sistemlerinin uygulandığı ülkelerde, devlet başkanları ile siyasî partiler arasındaki ilişkiler aynı düzeyde değildir. Bazı ülkelerde devlet başkanlarının belli bir siyasî parti ile olan ilişkileri, hem formel, hem de informal olarak oldukça mesafelidir<sup>52</sup>. Bazı ülkelerde devlet başkanının belli bir parti ile

<sup>48</sup> Brezilya’da, Millî Kongre’de temsilcisi olan parti sayısı, 2002 yılında 17, 2006 yılında 21, 2009 yılında 9’un üzerinde olmuştur. KÜÇÜK, *ABD ve Latin Amerika*, s. 225-226; Miş ve diğerleri, *age.*, s. 62.

<sup>49</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 475.

<sup>50</sup> Young-Tae Jung, “Democracy and Election After Democratization in South Korea”, *Identity, Culture and Politics*, Vol. 10, No. 2, 2009, s. 37, file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/Jung\_Young-Tae.pdf, (ET: 13.06.2019).

<sup>51</sup> Lim, *agm.*, s. 232-244.

<sup>52</sup> Adnan Küçük, *Türkiye’de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi*, 2. B., Adalet y., Ankara, 2021, s. 485-490.

ilişkisi formel olarak devam etmektedir. Bu durumda partili devlet başkanlığı ortaya çıkmaktadır<sup>53</sup>. Demokratik başkanlık hükümeti sistemlerinde devlet başkanının yetkileri ve siyasî etkinlikleri en üst düzeye çıkmaktadır. Başkan'ların siyasî etkinliklerinin üst düzeye tırmandığı başkanlık sistemlerinde, Başkan'ların belli bir siyasî parti ile ilişkisi ya formel ve informal olarak vardır<sup>54</sup> ya da formel olarak yasak olsa da informal olarak devam etmektedir<sup>55</sup>.

Güney Kore'de formel olarak partili başkanlık sistemi mevcut değildir. Başkanlığa aday olacak kişinin, eğer siyasî parti veya yasama üyeliği gibi herhangi bir siyasî partiye aidiyeti mevcutsa, seçimlerden en az bir yıl önce bu siyasî aidiyet ilişkisini sona erdirmesi mecburidir<sup>56</sup>. Bu bağlamda, teorik olarak, Başkan'ın, yürütme faaliyetlerinin devamında ve yasama ile olan ilişkilerinde tarafsız kalması mecburidir<sup>57</sup>.

Her ne kadar Anayasa'da Başkan'ın siyasî tarafsızlığı öngörülmekte ise de fiiliyatta güçlü bir parti yapılanması ve parti aidiyeti ilişkisi var olduğu için Başkan'ın, resmî olarak üyeliğinden ayrıldığı parti ile ilişkisi informal olarak güçlü bir şekillerde devam etmektedir<sup>58</sup>. Hatta belli bir partiden formel olarak ayrılmak zorunda kalan bir kişinin, Başkan seçilmesi halinde, daha önce üyesi olduğu partinin fiilen liderliğini sürdürmekte olduğu belirtilmiştir<sup>59</sup>. Bu ilişkilerin yasama faaliyetlerini etkilememesi mümkün değildir. Başkan'lar, partileri ile olan informal ilişkiler kapsamında, kanunların kabulü evresinde partili yasama üyelerinin oy verme iradelerini etkileyebilmektedir.

##### 5. Bölünmüş Hükümet Dönemleri

Başkanlık sisteminin tatbik edildiği ülkelerin bazılarında, Yasama Meclisi'ndeki çoğunluğun siyasî eğiliminin Başkan'ın siyasî eğiliminden farklı olduğu "bölünmüş hükümet" dönemlerinde, bazı kereler yasama-yürütme arasında gerilimler, bazı

<sup>53</sup> İbid., s. 485.

<sup>54</sup> Brezilya, Arjantin ve Meksika'da partili başkanlık sistemi vardır. Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 216-217, 240, 266.

<sup>55</sup> Şili'de Başkan'ın partisiyle informal olarak ilişkisi mevcuttur. İbid., 289-290; Miş ve diğerleri, *age.* s. 64-65.

<sup>56</sup> "Güney Kore", [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney\\_Kore](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney_Kore), (ET: 25.12.2016).

<sup>57</sup> Soon-Yang Kim, "The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun", *The Korean Social Science Journal*, Vol. 39, No. 2, Y. 2012, s. 86, <https://pdfs.semanticscholar.org/befd/708552ea30721df83f9785cea26550f87945.pdf>, (ET: 06.07.2019); Küçük, Güney Kore'de, s. 27.

<sup>58</sup> Miş ve diğerleri, *age.*, s. 65; Küçük, Güney Kore'de, s. 28.

<sup>59</sup> Lee, *Presidentialization and Procedural*, s. 2.

kereler çatışmalar söz konusu olabilmektedir<sup>60</sup>. Bu gerilim ya da çatışmaların çoğu kereler yasama yürütme ilişkilerinde kanunların yapılması sürecini etkilediği görülmektedir. “Birleşik hükümet”lerin<sup>61</sup> de yasama faaliyetleri kapsamında kanunların çıkarılmasında kolaylaştırıcı yönde etkiler meydana getirdiği söylenebilir. Fakat özellikle parti disiplininin mevcut olup olmaması, bu performansta etkili olabilmektedir<sup>62</sup>.

Her ne kadar, parti disiplininin olmaması, Başkan’ın partili yasama üyeleri üzerindeki etkinliğinin çoğu kereler zayıf olması, katı ideolojik çatışmaların yaşanmaması, partilerin genellikle iki parti şeklinde şekillenmesi vb. kendine mahsus bazı özellikler sebebiyle, ABD’de bölünmüş hükümetler döneminde yaşanan gerilimlerde sistemin işleyişi tıkanma noktasına ulaşmasa da<sup>63</sup>, parti disiplininin ve partiler arasında katı ideolojik farklılıkların mevcut olduğu, uzlaşa kültürünün anlamlı bir şekilde gelişmediği çoğu Latin Amerika ülkelerinde, bölünmüş hükümetler döneminde, yasama ve yürütme arasında yaşanan çatışmalar sebebiyle çoğu kereler sistemin işleyişinin kilitlendiği, bu gibi durumlarda, Başkan’ların kanunî düzenlemelerin yapılması konusunda etkinliğinin zayıflaması sebebiyle istediği kanunlar çıkarılmadığı durumlarda kararnamelere yöneldikleri belirtilmiştir<sup>64</sup>.

Güney Kore’de 1987’de demokrasiye geçildikten sonra bazı dönemlerde bölünmüş hükümetler ortaya çıktığına şahit olunmuştur<sup>65</sup>. Demokratikleşmenin

<sup>60</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 153-154.

<sup>61</sup> Tek Meclis’li yasama organında, Meclis’teki çoğunlukla Başkan’ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu, iki Meclis’li yasama organında, her iki Meclis’teki çoğunlukla Başkan’ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu durumlarda “birleşik hükümet”in varlığından söz edilir. Frank Baumgartner - Sylvain Brouard - Emiliano Grossman - Sébastien Lazardeux - Jonathan Moody, “Divided Government, Legislative Productivity, and Policy Change in the USA and France”, *Governance*, Wiley, Vol. 26, No. 4, Y. 2013, s. 424-425, <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053724/document>, (ET: 07.07.2019). Parti disiplininin zayıf olduğu yasama organında, kanun önerileri ve değişikliklerinin verildiği durumlarda, yasama üyelerinin bireysel tercihlerine göre oy verebildikleri durumlarda, geleneksel anlamda birleşik hükümet yoktur. Josep M. Colomer, “Policy Making in Divided Government: A Pivotal Actors Model with Party Discipline”, *Public Choice*, December 2005, s. 263, [https://www.researchgate.net/publication/220007312\\_Policy\\_Making\\_in\\_Divided\\_Government](https://www.researchgate.net/publication/220007312_Policy_Making_in_Divided_Government), (ET: 20.12.2019).

<sup>62</sup> William Howell - Scott Adler - Charles Cameron - Charles Riemann, “Divided Government and the Legislative Productivity of Congress, 1945-94”, *Legislative Studies Quarterly*, Vol. XXV, No. 2, May 2000, s. 263 vd., <http://home.uchicago.edu/~whowell/papers/Divided.pdf>, (ET: 20.12.2019).

<sup>63</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 154-155.

<sup>64</sup> Sartori, *age.*, s. 212-214.

<sup>65</sup> Doo-Rae Kim, “Executive-legislative Competition in Agenda Setting: an Analysis of Longitudinal Changes in South Korea”, *Asian Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 3, 2017, (pp. 383-400), s. 385.

başlamasından bu yana, Başkan'ın eğiliminde olan partilerin yasama organındaki ortalama sandalye payı yüzde 50 eşliğinin belirgin bir şekilde altında olmuştur<sup>66</sup>. Bu dönemlerde seçmenler, Başkan'ı bir partiden seçtikleri halde, Yasama Meclisi'nde Başkan'a muhalif başka bir parti ya da partilere mensup yasama üyelerine çoğunluğu vermişlerdir. Bazı kereler bölünmüş hükümetler döneminde, yasama-yürütme ilişkilerinde istikrarın sağlanabilmesi, bu bağlamda Başkan'ın istediği kanunların aksama olmaksızın çıkarılmasının sağlanabilmesi amacıyla, sun'i olarak "birleşik hükümet" in üretilmesi için seçim sonrasında yoğun çabalar sarf edilmiştir. Bazı yıllarda, "bölünmüş hükümet"lerle "birleşik hükümet"ler arasında belirli aralıklarla dönüşümler yaşanmıştır<sup>67</sup>. Bazı kereler Başkan'ın eğiliminde olan Partiler, bir veya daha fazla muhalefet partisiyle birleşerek, diğer partilerden milletvekillerini partisine çekerek<sup>68</sup> yasamada üyelerin çoğunluğunun desteğini sağlamayı başaramışlardır<sup>69</sup>.

Güney Kore'deki bölünmüş hükümet uygulamaları ile ABD'deki uygulamalar, netice itibarıyla büyük ölçüde farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda, Güney Kore uygulamalarında, ABD ve Latin Amerika eksenli bölünmüş hükümetlerden farklı uygulamaların ortaya çıkmasına şahit olunmuştur. ABD'deki uygulamalar ekseninde yürütülen bölünmüş hükümetler hakkındaki tartışmaların, büyük ölçüde, ya "yasama-yürütme ilişkilerinin kilitlenmesi" ya da "bu ilişkilerdeki ılımlılık" üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Buna alternatif olabilecek bir başka ihtimal pek fazla ilgi görmemiştir. Güney Kore örneğinde ise bölünmüş hükümetler dönemine ilişkin "yasama-yürütme ilişkilerinde 'tikanma' veya 'ılımlılık'" tartışmalarının sınırlarının aşıldığı görülmektedir. Bu ülkede bölünmüş hükümet uygulamaları döneminde, yasama-yürütme arasında, "ılımlılık" ya da "sistemin kilitlenmesi" durumu yerine "yönetişimin diğer alanlarında değişikliklerin yapılması" durumu ortaya çıkmıştır. Bu ülkede bölünmüş hükümet söz konusu olduğunda, yasamada

<sup>66</sup> Aurel Croissant, "Legislative Powers, Veto Players, and the Emergence of Delegative Democracy: A Comparison of Presidentialism in the Philippines and South Korea", *Democratization*, Vol. 10, No. 3, Autumn 2003, (pp. 68-98), s. 79.

<sup>67</sup> Küçük, Güney Kore'de, s. 35; Lim, agm., s. 240.

<sup>68</sup> 1998'de, the National Congress for New Politics ve United Liberal Democrats iktidar koalisyonu, enerjilerini the Grand National Party'den bazı milletvekillerini yanlarına alarak Millet Meclisi'ndeki statülerini genişletme ve güçlendirme yoluna gitti. The Grand National Party, 1998'in başlarında Meclis'te çoğunluğu (229 koltuktan 162'si) sağladığı halde, bu partinin 27 üyesi iktidar kampına geçtiği için, koltuk sayısı Eylül 1998'de 136'ya düştü. Sunhyuk Kim, "Korea: The Politics of Three Transitions", *Korea Economic Institute of America*, (Edt: The Political Economy of Korean Reconciliation and Reform), Washington, 2001, (pp. 110-120), s. 113.

<sup>69</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 79.

çoğunluğun desteğine sahip olmayan yürütme, yasamaya dayalı kilitlenme veya ılımlılık şeklindeki ikili çatallanma dışında kalacak şekilde aktif hale getirilmiştir<sup>70</sup>. Bu farklılaşma, yasama yürütme ilişkilerinde, kanunların yapılması süreci üzerinde de etkiler meydana getirebilmektedir.

#### **D. Yasama ve Yürütmenin Kanunların Kabulü Sürecinde Sahip Oldukları Güçler**

Kanunların yapılması bağlamında yasama gücü, kanun önerilerinin, yasama Meclisine gönderilmesi, görüşülmesi ve kabul edilmesi gücü ve kanunları yayınlama veya veto etme gücü vb. faaliyetleri ihtiva eder. Kanun önerilerini görüşme ve kabul etme yoluyla kanunlaştırma gücü yasama organına, kanunları yayınlama ve/veya veto etme gücü yürütme organına aittir. Güney Kore’de kanun önerilerini Millet Meclisi’ne gönderme gücü, hem Millet Meclisi üyelerine, hem de yürütme organına aittir (AY. md.52).

Güney Kore’de, kanunların kabulüne ilişkin genel yasama süreci kabaca şu şekildedir: yasama üyeleri ve yürütme, kanun önerilerinin, hazırlayarak Millet Meclisi’ne verilmesinden sorumludur. Meclis, kanun önerilerinin, müzakere ve oylama yaparak kabul edilmesinden sorumludur. Yürütme de, Millet Meclisi tarafından vetosuz ya da veto aşılma suretiyle kabul edilen kanunları ilan ederek yürürlüğe girdirmekten sorumludur (AY. md.40, 52, 53).

#### **E. Yürütmenin Kanunların Kabulünde Sahip Olduğu Anayasal Etkileme Araçları**

Başkan, gerek birleşik hükümetler gerekse bölünmüş hükümetler zamanında olsun, Meclis’te kanunların yapılması konusunda tam manasıyla etkisiz eleman olarak hareket etmemektedir. Yürütme, kanun önerisinde bulunma ve sonraki evrelerde, kanunların kabul edilerek yürürlüğe girdirilmesinde etkili yetkilere sahiptir. Yürütmenin bu yöndeki etkinliğini sağlayabilmesi için sahip olduğu Anayasal yetkiler şunlardır:

##### **1. Başkan’ın Millet Meclisi’ne Mesaj Verme Yetkisi ve Diğer Etkileme Yolları**

Güney Kore’de, Anayasaya göre, Başkan, Millet Meclisi’ne katılabilir, Meclis üyelerine hitap edebilir veya görüşlerini yazılı mesajla Meclis’e iletebilir<sup>71</sup>. Başkan, bu yolla, çıkarılmasını istediği kanunların kabul edilmesi için Meclisi

<sup>70</sup> Lim, agm., s. 233; Küçük, Güney Kore’de, s. 36.

<sup>71</sup> “Constitution of the Republic of Korea”, md.81, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4dd14.html>, (ET: 08.12.2019).



etki altına almak istemektedir. Bu etkileme hukukî ve anayasal olarak bağlayıcılıktan uzak ise de parti disiplininin olduğu bu ülkede, bu şekilde verilen mesajlar tamamen etkisiz değildir. Her ne kadar bölünmüş hükümetler zamanında, bu konuşma ve mesajların Meclis üyeleri üzerindeki etkisinin çoğunluğu sağlayacak düzeye ulaşmasının zor olacağı söylenebilir de birleşik hükümetler zamanında, informal olarak etkileşim içerisinde olduğu partili milletvekilleri üzerinde bu tür mesajların oldukça etkili olacağı söylenebilir.

## 2. Başkan Dışındaki Yürütme Görevlilerinin Meclis'te Görüşlerini Beyan Etmeleri

Yürütmenin, kanunların kabulü konusunda yasamayı etkilemesini mümkün kılan bir diğer anayasal etkileme yöntemi de Başkan dışındaki diğer yürütme görevlilerinin Millet Meclisi'ne katılarak görüşlerini beyan edebilmeleridir. Anayasaya göre, Başbakan, Kabine üyeleri veya hükümet delegeleri, Millet Meclisi veya Meclis'te görev yapan komitelerin toplantılarına katılabilirler ve devlet idaresi hakkında raporlar verebilirler veya görüş ve soruları cevaplayabilirler<sup>72</sup>. Bu şekilde Yasama Meclisi'ne katılan Başbakan, Kabine üyeleri ya da diğer hükümet delegeleri, özellikle komitelerde kanun önerilerine ilişkin verecekleri bilgiler ve yönlendirmelerle, kanunların kabulü konusunda etkili olabilmektedirler.

## 3. Yürütmenin Kanun Önerisi Verme Yetkisine Sahip Olması

Başkanlık sisteminin mevcut olduğu Güney Kore'de, ABD ve Türkiye'deki başkanlık sistemlerden farklı olarak, "kuvvetlerin işlevsel ayrılığı" ilkesi ile uyumlu olmaksızın, yürütmenin kanun önerisi verme yetkisi vardır (AY. md.52)<sup>73</sup>. Bu yetki, yürütme organına kanunların kabulünde etkili olma imkânı sağlamaktadır.

Millet Meclisi üyeleri tarafından verilen kanun önerileri ile yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin Meclis'e verilmesi evresine ilişkin farklı yöntemleri ve prosedürleri vardır. Fakat her iki kanun önerisi türünün, Meclis'te müzakere ve oylama işlemleri ile kabul edildikten sonra Başkan tarafından onaylanarak ilan edilme süreci aynıdır<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> "National Assembly Act", md.120-121, [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?hseq=25732&lang=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=25732&lang=ENG), (ET: 11.12.2019).

<sup>73</sup> Miş ve diğerleri, *age.*, s. 61; Croissant, *Legislative Powers*, s. 76.

<sup>74</sup> Wan Sik Hong, "Rationalization of Government Legislation Procedures", *Innovation of Legislative Process*, (Edt: Ik Hyeon Rhee - Wim Voermans), IAL, November 15, 2018, s. 97, <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/01/INNOVATION-OF-LEGISLATIVE-PROCESS.pdf>, (ET: 12.12.2019).

#### 4. Yürütme Tarafından Verilen Kanun Önerilerine İlişkin Yasama Prosedürü

Güney Kore’de, kanun önerilerinin hazırlanması, Meclis’te kabul edilmesi ve Başkan tarafından yayımlanması belli prosedürlere tabidir. Buna yasama prosedürleri denir. Kanun önerisi taslaklarının hazırlanması, bunların kanun önerisine dönüştürülmesi, önerinin Meclis’e verilmesi, müzakere edilmesi, oylanarak kabul edilmesi, kabul edilen kanunun Başkan tarafından onaylanarak ilan edilmesi veya veto edilmesi halinde, kanunun tekrardan görüşülerek kabul edilmesi ve kabul edilen kanunların onaylanarak yayımlanması yasama prosedürlerini oluşturur. Bu başlık altında, yürütme tarafından verilen kanun önerilerine ilişkin yasama prosedürünün Meclis’e verilmesine kadarki evre üzerinde durulacaktır.

Yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin hazırlanma prosedürü şu şekildedir<sup>75</sup>:

*Yasama Planının Oluşturulması.* Yürütme tarafından verilecek kanun önerilerinin ilk evresini teşkil eden “yasama planının oluşturulması” kapsamında, kanun önerilerinin plana uygun olarak zamanında verilmesini kolaylaştırmak, kanunların plana uygun çıkarılması için gerekli süreyi göz önünde bulundurmak ve zamanı geldiğinde yapılması lüzumlu görülen kanunî düzenlemeleri yapmak amacıyla, hükümet, kanunî düzenlemelere ilişkin genel bakış açısını yansıtan bir plan yapar<sup>76</sup>. Hükümet tarafından verilen kanun öneri taslakları için yetkili Bakanlıklar, ilk önce kanunî düzenlemenin gerekliliğine ilişkin kararlarını ortaya koyarak her yılın başında bir yasama planı oluştururlar<sup>77</sup>.

Hükümet, yasama planı vasıtasıyla her yıl karşılaşılabileceği mevzuat taleplerinin neler olduğu üzerinde tahminlerde bulunur ve çıkarılması tasarlanan kanunların neler olması gerektiği konusu üzerinde inceleme yapma imkânına kavuşur<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> İbid., s. 97-98, 114; Rhee, agm., s. 48-49; “Legislative Process(a)”, [http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Legislative\\_process?ckattempt=1](http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Legislative_process?ckattempt=1), (ET: 12.12.2019).

<sup>76</sup> Hong, agm., s. 114. 2014 yılında hükümetin yasama planına göre, Ağustos ayının sonunda, toplam 365 kanun önerisinin verilmesi planlandı, bunlardan 165 kanun önerisi geçici oturumlarda ve 200 kanun önerisinin de Millet Meclisi’nin düzenli oturumlarında görüşülmesi planlanmıştır. Yasama planının uygulanmasını zorunlu kılacak bir tedbir yoktur ve hükümet bu planın gereklerini yerine getirmek zorunda değildir. Rhee, agm., s. 50.

<sup>77</sup> Hong, agm., s. 99.

<sup>78</sup> Rhee, agm., s. 49.

*Kanun Önerisi Taslağının Hazırlanması.* Yürütmeden gelen kanun önerilerinin hazırlanmasından ilgili ve yetkili bakanlıklar sorumludur<sup>79</sup>. Kanunları yürürlüğe koyma, değiştirme ve kanun önerisi taslağı oluşturma çalışmaları, üst düzey veya çalışma düzeyindeki yetkililerin görüşlerinden de istifade edilerek departman başkanının sevk ve idaresi altında gerçekleşir. Kanun önerinin hazırlanması, her bir departmanın sorumluluğu altında ilerler<sup>80</sup>.

*Kanun Önerisi Taslağı Hakkında Departmanlar Arasında Görüş Alış Verişlerinin Yapılması.* Hükümet tarafından verilecek bir kanun önerisi taslağı formüle edilirken, taslağın içeriğinin birden fazla Bakanlığın yetki alanıyla ilgili olduğu durumlarda, kanun önerisi taslağının formüle edilmesinden sorumlu her bir departmanın, kanun taslağı hazırlamanın başlangıcından itibaren, taslakla düzenlenecek konularla ilgili diğer Bakanlıklardaki yetkili departmanlara danışarak bilgi vermelerini isteyerek onlardan geri bildirim alması gerekir<sup>81</sup>.

Kanun önerisi taslağının muhtevası mahallî idare birimlerini etkilediği durumlarda, ilgili departman, ilgili mahallî idare birimlerine de bildirim gönderir ve geri bildirim ister<sup>82</sup>.

Görüşlerine müracaat edilen bakanlıklardaki departmanlarla kanun önerisi taslağı üzerinde mutabakat sağlayamadığı durumlarda, anlaşmazlıkların gerekçeleri belirtilerek kanun önerisi taslağı Kabinenin önüne konulur<sup>83</sup>.

*Kanun Taslağının Hazırlanmasına Yardımcı Olmak Üzere Uzman Heyet Teşkil.* Yeni bir kanuni düzenleme yapmak veya birçok karmaşık içeriğe sahip konuların düzenlendiği bir kanun önerisi hazırlamak maksadıyla, bakanlıklar bünyesinde yer alan idarî departmanlar haricinde, belli alanlarda uzmanlığa sahip kişilerden oluşan “uzmanlar heyeti” kurulabilir<sup>84</sup>.

*Kanun Önerisi Taslakları Hakkında Hükümetle Partiler Arasında İstişare Yapılması.* Hükümet tarafından verilecek bir kanun önerisi formüle edildikten

---

<sup>79</sup> “Overview of Legislation System of the Republic of Korea”, (05.08.2003), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011552.pdf>, (ET: 28.06.2019).

<sup>80</sup> Rhee, agm., s. 51; Hong, agm., s. 88.

<sup>81</sup> Hong, agm., s. 99, 114; Legislative Process(a); Legislation Operational Regulation, Article 11, Section 1.

<sup>82</sup> Legislation Operational Regulation, Article 11, Section 2.

<sup>83</sup> Legislative Process(a).

<sup>84</sup> Rhee, agm., s. 51.

sonra, ihtiyaç duyulduğu takdirde, partilerle hükümet arasında istişare yapma yoluna gidilir<sup>85</sup>. Bir kanun önerisi taslağı Devlet ve vatandaşların hayatındaki politika konularını büyük ölçüde etkiliyorsa, hükümet, taslak konusunu partilere danışabilir, onlarla işbirliği yapmak isteyebilir<sup>86</sup>. Bir kanun önerisi, taslağı üzerinde departmanlar arasında ihtilafın ortaya çıkması ve bu ihtilafın özellikle de kanunî ilkeler üzerinde olması halinde, Yasama Ofisi’ndeki Mevzuat Politika-sı Konseyi’nden arabuluculuk yapması istenebilir<sup>87</sup>.

*Kanun Önerisi Taslaklarının Kamuoyunun Bilgisine Sunulması.* Prensip olarak, yürütme tarafından bir kanunî kuralın değiştirilmesinin veya yürürlükten kaldırılmasının öngörülmediği kanun önerisi taslağının hazırlandığı durumlarda, taslağın, ilgili idarî departmanlar arasında tartışılması ve görüş alışverişinde bulunulması prosedürü tamamlandıktan sonra, kamuoyunun görüşüne sunulmak üzere yayımlanması (bildirim) ve hakkında yorumların yapılması süreci başlar<sup>88</sup>. Kanun önerisi taslağının kamuoyunun bilgisine sunulmadığı durumlarda, MOLEG, söz konusu kanun önerisi taslağının kamuoyunun bilgisine sunulmasının ve hakkında yorumların yapılmasının gerekli olduğunu belirlediği durumlarda, Bakan, bildirim yapması gereken kuruma yorumların alınması için bildirim yapılmasını önerebilir veya kamuoyunu bu konuda bilgilendirebilir<sup>89</sup>.

Hükümet Mevzuat Bakanı, bildirim ve yorumları değerlendirerek, taslak metin hakkında iyileştirmelerin yapılmasını önerebilir, gönderilen yorumları gözden geçirir<sup>90</sup>.

*Kanun Önerisi Taslağının Düzenleyici Reform Komitesince İncelenmesi.* Öneri taslağı hakkında kamuoyuna yapılan bildirim süresi dolduktan ve kamuoyundan gelen görüşler gözden geçirildikten sonra, söz konusu kanun önerisi taslağının Düzenleyici Reform Komitesi tarafından incelenmesi talep edilir<sup>91</sup>. Bu süreçte, içeriği yeni bir düzenleme yapmayı veya takviye etmeyi içeren kanun önerileri prensip olarak düzenleyici incelemeye alınır<sup>92</sup>.

<sup>85</sup> Hong, agm., s. 99, 114.

<sup>86</sup> Legislative Process(a).

<sup>87</sup> Legislation Operational Regulation, Article 11, Section 2.

<sup>88</sup> Rhee, agm., s. 46, 53, 56; Hong, agm., s. 89, 99, 114, 117, dn. 33.

<sup>89</sup> Rhee, agm., s. 53.

<sup>90</sup> İbid., s. 54-55.

<sup>91</sup> İbid., s. 55-56; Hong, agm., s. 99.

<sup>92</sup> Hong, agm., s. 89.

Düzenleyici Reform Komitesi, inceleme talebini aldıktan sonra 10 gün içinde, önemli bir düzenleme olup olmadığını belirlemek için bir ön inceleme yapar. Bu ön inceleme kapsamında, gözden geçirilmekte olan düzenlemenin, halkın günlük hayatını, toplumu ve ekonomik faaliyetler üzerindeki etkisini göz önünde bulundurarak, önemli olup olmadığına karar verir<sup>93</sup>. Komite, bu inceleme sonunda, yeni bir düzenleme yapabilir, düzenleme önerisini geri alabilir veya iyileştirme önerebilir<sup>94</sup>.

*Kanun Önerisi Taslağının Hükümet Mevzuat (Yasama) Bakanlığı (MOLEG) Tarafından İncelenmesi.* Düzenleyici Reform Komitesi tarafından yapılan gözden geçirme işlemini müteakiben yetkili merkezî idarî kurum tarafından kanun önerisi taslağına ilişkin bir metin oluşturulur ve daha sonra bu metin MOLEG tarafından incelenir. MOLEG kanun önerisi taslaklarını, “yasama ilkeleri” yönünden inceler<sup>95</sup>. MOLEG, Başbakanlığın yürütme işlerini denetleyici gücüne dayanarak, yürütme tarafından yapılan yasama planı ve kanun önerisi taslaklarını gözden geçirme kapasitesi aracılığıyla genel düzeltmeler yapmaktadır<sup>96</sup>. MOLEG tarafından yapılan gözden geçirme işlemi, önerilen teklifin içeriği hakkında yapılan incelemeler neticesinde kesinleştikten sonra yapılmaktadır<sup>97</sup>.

MOLEG, kanun önerisi taslağı hakkında, taslaktaki ifadelerde kolay anlaşılabilir bir hukuk dilinin kullanılıp kullanılmadığının, kullanılan kelimelerin tutarlılık durumunun ve tasarının sistematik bütünlüğünün mevcut olup olmadığının belirlenmesi gibi hususlarla diğer şekli unsurlar, anayasal ilkelere uygunluk, diğer kanuni düzenlemelerle ve mevcut hukuk sistemi ile uyumluluk ve tutarlılık gibi yasal ilkeler yanında, hükümet politikalarının temeline uygun olup olmaması, hükümlerin gerekçelendirilebilirliği gibi pratik sorunlar yönünden de inceler, değerlendirme yapar ve orijinal halini gözden geçirerek incelemesini tamamlar<sup>98</sup>.

MOLEG, önüne gelen kanun önerisi taslağı ile alakalı politika konusunda ilgili bakanlıklar arasında mutabakatın var olup olmadığını teyit eder ve ilgili bakanlıklar arasında ihtilafın olması halinde, bu tür ihtilafların koordinasyonunu

<sup>93</sup> İbid., s. 99, 116-117; Rhee., s. 56.

<sup>94</sup> Rhee, agm., s. 56; Hong, agm., s. 116-117.

<sup>95</sup> Hong, agm., s. 88, 114.

<sup>96</sup> Rhee, agm., s. 51, 60.

<sup>97</sup> İbid., s. 56-57.

<sup>98</sup> İbid., s. 57, 61; HONG, agm., s. 115; Legislative Process(a).

sağlayarak ihtilafın giderilmesine yönelik görüşlerini sunar<sup>99</sup>. Bu kapsamda yapılan gözden geçirmenin neticeleri üç genel bölüme ayrılabilir: (1) Kanun önerisi taslağının orijinal haliyle geçmesi, (2) kanun önerisi taslağının değiştirilerek geçmesi, (3) Kanun önerisi taslağının geçmemesi (iade edilmesi)<sup>100</sup>.

MOLEG tarafından bir kanun önerisi taslağının yukarıda belirtilen hususları ihlal ettiğinin tespit edilmesi halinde, taslağın iade edilmesi icap eder<sup>101</sup>.

*Kanun Önerisi Taslağının Bakan Yardımcıları Heyetinde Müzakere Edilmesi.* MOLEG’de gözden geçirilen kanun önerisi taslakları, Bakan Yardımcıları Heyetinde müzakere edilir<sup>102</sup>.

*Kanun Önerisi Taslağının Kabinede Müzakere Edilmesi.* Kanun önerisi taslağı, Bakan Yardımcıları toplantısında incelendikten sonra Kabinede müzakere edilir<sup>103</sup>.

*Kanun Önerisinin Başkan Tarafından Onaylanması.* Kabinenin müzakere sürecinden geçen kanun önerisi taslağı Başkan tarafından imzalandıktan sonra Başbakan ve ilgili Kabine Üyesi tarafından karşı imza olarak imzalanır. Bu imza süreçleri tamamlandıktan sonra, öneri Başkan tarafından onaylanarak Meclis’e sunulur<sup>104</sup>.

##### 5. Kanun Önerisinin Millet Meclisi Üyeleri Tarafından Verilmesi

Kanun önerilerinin verilmesine ilişkin bir diğer yasama süreci de Yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerine ilişkin olanıdır. Yasama üyelerinin kanun önerisi vermelerinin de bir prosedürü mevcuttur. Fakat bu prosedür yürütme tarafından verilen kanun önerilerine ilişkin yasama prosedüründen çok farklı, kısa ve basittir.

Millet Meclisi üyelerinin kanun önerisi verebilmeleri muhtelif şekillerde olur.

(1) *Kanun Önerisinin 10 ve Daha Fazla Millet Meclisi Üyesi Tarafından Verilmesi.* Meclis üyeleri tarafından verilecek kanun önerilerine ilişkin yasama prosedürü şu şekildedir: (1) Kamuoyu, sivil talepler, parti politika aygıtları ve Meclis üyeleri tarafından kanunun yapılması yönündeki gerekliliğin tanınması;

<sup>99</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>100</sup> Rhee, agm., s. 57.

<sup>101</sup> İbid., s. 57.

<sup>102</sup> Hong, agm., s. 99; Rhee, agm., s. 58.

<sup>103</sup> Legislative Process(a); Rhee, agm., s. 57-58.

<sup>104</sup> Hong, agm., s. 99, 115; Overview of Legislation System of the Republic of Korea; Legislative Process.

(2) Meclis üyelerinin asistanları ve Meclis dışındaki uzmanlar tarafından kanun önerisi taslağına ilişkin soruşturma ve araştırmanın yapılması; (3) kanun önerisi taslağına ilişkin Meclis Danışma Bürosu tarafından hazırlanması<sup>105</sup>; (4) kanun önerisi taslağına ilişkin maliyetlerine ilişkin tahminin sunulması; (5) 10 veya daha fazla Millet Meclisi üyesi tarafından kanun önerisinin verilmesi<sup>106</sup> ve Meclis'e verilmesinden sonra 10 gün veya daha uzun bir süreyle yasama ilanının yapılması<sup>107</sup>.

(2) *Kanun Önerilerinin Millet Meclisi Komiteleri Tarafından Verilmesi*. Kanun önerilerinin Meclis'teki komiteler tarafından verilmesine dair prosedür şu şekilde işlemektedir: (1) Daimi Komitenin (Özel Komite) kanunî düzenleme yapılması yönündeki gerekliliğin mevcut olduğu yönünde karar alması veya Başkan'ın yetkili Daimi Komite'yi bu konuda görevlendirmesi; (2) umuma açık görüşmenin yapılması; (3) Kanun önerisinin Daimi Komite tarafından hazırlanarak Meclis Başkan'ına Gönderilmesi<sup>108</sup>. (4) Önerinin Meclis'e sunulmasından sonra 10 gün veya daha uzun bir süreyle yasama ilanının yapılması<sup>109</sup>.

Güney Kore'de Millet Meclisi'ndeki her bir Daimi Komite, kendi yetki alanına giren konularda Komite Başkan'ı adına bir kanun önerisi verebilir<sup>110</sup>.

(3) *Siyasî Partiler Tarafından Hazırlanması*. Güney Kore'de siyasi partiler de, yetkili organlarında görüşüldükten sonra kanun önerisi verilmesine katkı sağlayabilirler. Bu öneri, partinin yetkili organları tarafından değil, kanun önerisinin muhtevası partideki yetkili organlarda şekillendirildikten sonra Meclis üyeleri tarafından verilir. Burada kanun önerisi taslağına ilişkin muhtevası partinin yetkili organları tarafından belirlendiği için önerinin siyasî partiler tarafından hazırlanması yönteminden söz edilmiştir. Bu usule göre kanun önerisinin verilmesine ilişkin yasama prosedürü şu şekilde işler: (1) Kanun önerisinin verilmesi konusunun belli bir partinin yetkili organlarında incelenmesi ve müzakere edilmesi, (2) kanun önerisi metninin Yasama Danışma Bürosu tarafından hazırlanması, (3) kanun önerisinin 10 veya daha fazla Millet Meclisi üyesi tarafından imzalanarak Meclis'e sevk edilmesi<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> Kyubeom Cho, *Legislative Impact Assessment at the National Assembly of the Republic of Korea*, National Assembly Research Service, August 11, 2016, s. 6, [https://www.ifla.org/files/assets/services-for-parliaments/preconference/2016/cho\\_presentation.pdf](https://www.ifla.org/files/assets/services-for-parliaments/preconference/2016/cho_presentation.pdf), (ET: 14.12.2019).

<sup>106</sup> Hong, agm., s. 97-98.

<sup>107</sup> İbid., s. 117, dn. 33; National Assembly Act, md.79.

<sup>108</sup> Hong, agm., s. 97-98.

<sup>109</sup> İbid., s. 117, dn. 33, 118.

<sup>110</sup> Legislative Process(a).

<sup>111</sup> Cho, *age.*, s. 6.

(4) *Yetkili Bakanlık Tarafından Hazırlanan Kanun Önerisinin Millet Meclisi Üyeleri Tarafından Yapılması*. Yürütme organının kanun önerisi vermesine ilişkin prosedür, hem karmaşık olduğu hem uzun zaman aldığı hem de yasama süreci neticesinde bir kanun önerisi metnine ulaşılması çoğu kereler oldukça zor olduğu için bazı kereler, daha basit bir yasama prosedürü tercih edilerek, yürütme içerisinde yer alan bir bakanlık, kanun önerisi taslağının muhtevasını kendisi belirledikten sonra, Millet Meclisi üyeleri vasıtası ile kanun önerisi verebilmektedir. Bu şekilde verilen kanun önerilerine ilişkin yasama prosedürü şu şekildedir: (1) Kanun önerisi taslağı yetkili Bakanlıkça hazırlanır; (2) üzerinde mutabık kalınan kanun önerisi taslağı Yasama Danışma Bürosu tarafından kanun önerisi metni haline getirilir (3) kanun önerisi metni 10 veya daha fazla yasama üyesi tarafından Millet Meclisi'ne verilir (National Assembly Act, md.79). Bu tür kanun önerilerine “*sözleşme mevzuatı*”, “*atlatma mevzuatı*”, veya “*usulden kaçınma mevzuatı*” denilmektedir<sup>112</sup>. Burada, kanun önerisinin, yetkili bakanlık tarafından hazırlandıktan sonra Meclis üyeleri tarafından verildiği durumlarda da, kanun önerisinin içeriğinin belirlenmesinde birinci derecede yürütme etkili olmaktadır.

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri hakkında, hükümet tarafından verilen kanun önerilerine ilişkin prosedürler işletilmediği için bu tür öneriler yeterli inceleme ve hazırlıklar yapılmadan verilmektedir<sup>113</sup>. Yürütme tarafından verilen kanun önerilerine kıyasla Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri için prosedürlerin nispi sadeliği ve sonuçta ortaya çıkan zaman ve emek tasarrufunun sağlanması yönündeki ihtiyacın karşılanması amacı, Meclis üyeleri tarafından yeterli hazırlık yapılmaksızın aceleci bir şekilde verilen kanun önerilerinin artmasının arkasındaki neden olarak belirtilmiştir<sup>114</sup>.

#### **6. Yürütme ve Yasama Üyelerinden Gelen Kanun Önerilerine İlişkin Yasama Prosedürleri Hakkında Değerlendirme**

Güney Kore'de kanun önerilerinin hazırlanmasına ilişkin yaşanan sorunlar iki noktada kendisini göstermektedir.

*Birincisi*, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin hazırlanmasının, çok zaman alıyor olması, prosedürlerdeki karmaşıklıkların mevcut olması, bazı

<sup>112</sup> Hong, agm., s. 100-101.

<sup>113</sup> İbid., s. 117-118.

<sup>114</sup> İbid., s. 100-101.



kereler de prosedürlerin işleyişinde tıkanıklıkların yaşanması vb. sebeplerle, bazı kereler nitelikli kanun önerilerine ulaşamamakta, bazı kereler de yürütme organı bazı kanun önerilerini yasama üyeleri vasıtasıyla vermektedir. Burada belirtilen ikinci durum sebebiyle, yürütme, yasama üyeleri vasıtasıyla kanunların kabulünde dolaylı etkinlik sağlayabilmektedir. Bu prosedürlerin, kısmî revizyonlarla, iyi bir mevzuat oluşturma amacına hizmet edebilecek şekilde düzeltilerek, daha etkili ve nitelikli bir şekilde işletilmesi neticesinde, bir yandan daha nitelikli kanun önerilerinin hazırlanmasını sağlayabilecek bir yöntem ortaya çıkabilecek<sup>115</sup>, diğer yandan da yürütmenin yasama üyeleri kılıfı ile etkinlik sağlaması kısmen de olsa önlenmiş olabilecektir.

*İkincisi*, yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin, prosedürdeki basitlik ve yetersizlikler sebebiyle değişen ölçülerde nitelikten uzak kalmasıdır. Bu durumda, çok kabarık sayıda öneriler verildiği halde bunların çoğu kanunlaşmamaktadır. Bu kapsamda yapılacak ıslahatlarla, yasama üyeleri tarafından verilecek kanun önerilerine ilişkin yasama prosedürleri daha işlevsel ve nitelikli hale getirilerek, yasama üyelerinin de daha nitelikli kanun önerileri verebilmesinin önü aralanabilir. Bu yöntem, yasamanın, kanun önerilerinin kabulündeki etkinliğini daha nitelikli şekilde artırmasını mümkün kılacaktır.

### III. MİLLET MECLİSİ'NİN YASAMA YETKİSİNİN KULLANILMASI

#### A. Kanunların Görüşülmesi ve Kabulü

Güney Kore'de, Millet Meclisi anayasal olarak sahip olduğu yasama kapsamında kanunları yapar. Millet Meclisi, kanunlarla çelişmemek şartıyla, müzakere usullerine ve yasama faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin prosedürleri ve kuralları içeren içtüzük kurallarını belirleyebilir (AY. md.64).

Millet Meclisi'ne bir kanun önerisi verildiğinde, Meclis Başkanı, kanun önerisini hem Millet Meclisi üyelerine dağıtır hem de derhal yetkili daimi komiteye iletir. Daimi komite, yapmış olduğu tam incelemeden sonra, öneriyi yeniden genel kurul oturumuna gönderilmek üzere Meclis Başkan'ına verir<sup>116</sup>.

Başbakan, kabine üyeleri veya hükümet temsilcileri, Meclis toplantılarına veya Meclis bünyesinde faaliyet gösteren Komisyonların toplantılarına katılırlar ve devlet idaresi hakkında rapor verebilirler veya görüş bildirebilir ve ken-

<sup>115</sup> Rhee, agm., s. 45-46.

<sup>116</sup> "Legislative Process", md.10, 11, [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/step.do](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/step.do), (ET: 11.12.2019).

dilerine yöneltilen soruları cevaplayabilirler (AY. md.62). Bu tür faaliyetler de kanun önerilerinin muhtevasının nihai şeklini almasında, yürütmenin etkinlik sağlamasına ortam sağlar.

Genel kurul toplantısında, kanun önerisini inceleyen komitelerin başkanları tarafından tanzim edilen raporlar dinlenir, soru sorma ve müzakereler kapsamında yapılan tartışmalar yapıldıktan sonra oylama yapılarak yeterli çoğunlukla kabul edilir<sup>117</sup>.

Yasama ve yürütmenin etkinlik sağlama bakımından en ciddi karşı karşıya kaldıkları yasama konusu bütçe kanunudur. Anayasa ve Meclis’in yasama faaliyetlerine ilişkin kuralları içeren mevzuatında, bütçenin kabul edilmesi prosedürü özel olarak düzenlenmiştir. Bütçenin kabulü bir kanunla olur. Bütçe kanunu önerisi, yürütme tarafından hazırlanarak Meclis’e sunulur. Bütçe kanunu önerisi, malî yılın başlangıcından önce Meclis’te kabul edilmediği takdirde, Türkiye’de 2017 Anayasa değişikliği ile kabul edilen sisteme benzer bir yöntem kabul edilmiştir. Buna göre, bütçe kanunu önerisinin, malî yılın başlangıcından önce Meclis’te kabul edilmemesi halinde, önerinin reddedilmesinin ülke geneli üzerinde kamusal hizmetlerin yerine getirilmesi yönünden maliyetlerinin kısmen hafifletilmesi maksadıyla, bir önceki malî yılın bütçe kanununa uygun olarak, yeni bütçe kanunu önerisi Meclis tarafından kabul edilinceye kadar, (1) Anayasa ya da kanunla kurulan kurum ve kuruluşların bakım ve işletilmesi, (2) kanun tarafından öngörülen zorunlu harcamaların yerine getirilmesi (3) daha önce bütçede onaylanan projelerin sürdürülmesi amaçları ile sınırlı olarak para tahsis edilebilir (AY. md.54). Her ne kadar bütçe kanununu kabul etmeme yetkisi Meclis’e aitse de bu hükümlerle (AY. md.54), Meclis’in etkinliği kısmen de olsa zayıflatılmış olmaktadır.

## B. Kanunların Veto Edilmesi ve İlanı

Başkan’ın kanunların yapılması ve yürürlüğe girdirilmesinde sahip olduğu en etkili yetkilerden biri de Meclis tarafından kabul edilerek önüne getirilen kanun önerilerini veto etmektir<sup>118</sup>. Millet Meclis tarafından kabul edilen bir kanun önerisi, Meclis Başkanı tarafından Başkan’ın onayına sunulur. Başkan, önüne gelen kanun önerisini ya 15 gün içinde onaylayarak ilan eder ya da bu süre içinde, anayasaya uygunluk bağlamında itirazları varsa, veto yetkisine isti-

<sup>117</sup> Legislative Process(a); Legislative Process, md.10, 11.

<sup>118</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 76.

naden, itiraz gerekçelerini de yazılı olarak belirterek, bir daha görüşülmek üzere Meclis'e iade eder (AY. md.53/1,2,3)<sup>119</sup>. Başkan, önüne gelen kanun önerisine ilişkin veto yetkisini, kanun önerisi, ilgili bakanlık ve MOLEG tarafından incelendikten sonra, kanun önerisinin veto edilip edilmemesi konusunun Kabinede görüşülmesini müteakiben kullanır<sup>120</sup>.

Başkan tarafından bir daha görüşülmek üzere iade edilen kanun önerisi Meclis'te, yeniden görüşülür. Meclis, iade edilen kanun önerisini, üye tamsayısının yarısından fazlasının katılımıyla ve katılanların üçte ikisinin (2/3) veya daha fazlasının oyu ile aynen kabul ederse, veto aşılmış, kanun kesinleşmiş, bir diğer ifadeyle bu öneri artık kanun haline gelmiş olur<sup>121</sup>.

Meclis tarafından tekrardan görüşülerek kabul edilen kanun önerisi Başkan tarafından da imzalanarak Resmi Gazetede yayımlanır<sup>122</sup>.

Kanun önerilerinin, Başkan ile yasamadaki çoğunluk arasında mutabakatın olmaması sebebiyle veto edildiği durumlarda, vetonun aşılabilmesi için gerekli olan çoğunluğun sağlanması oldukça güçtür<sup>123</sup>.

### C. Kabul Edilen Kanunlarda Yasama ya da Yürütmenin Etkinliğinin Belirlenmesi

Güney Kore'de, kanunların kabulünde, yürütmenin etkinliğinin belli oranların üzerine çıktığı dönemler, bazı akademisyenlerce "otoriterliğin" ya da "delegatif (delegasyoncu) demokrasi"nin<sup>124</sup> delillerinden biri olarak görülmüştür<sup>125</sup>. Bu ülkede, kanunların kabulünde, yasamanın mı yoksa yürütmenin mi daha etkin olduğunun belirlenmesi, yasama üyelerinden ve yürütmeden gelen kanun önerilerinin sayıları ve kanunlaşma oranları, yürütme ya da yasama üyelerinden gelen kanun önerilerinden hangisinin daha fazla ya da az kanunlaştığı; kanun

<sup>119</sup> Constitution of the Republic of Korea, md.53/1, 2, 3.

<sup>120</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>121</sup> "National Parliaments: South Korea", <https://www.loc.gov/law/help/national-parliaments/southkorea.php> (11.12.2019); Lim, agm., s. 244; Küçük, Güney Kore'de, s. 45.

<sup>122</sup> Legislative Process, md.12; Constitution of the Republic of Korea, md.53/4, 5, 6.

<sup>123</sup> Lim, agm., s. 244.

<sup>124</sup> O'DONNELL, Delegative Democracy?; Kim, A Tool for Delegative, s. 3; Lucas González, "Unpacking Delegative Democracy: Digging Into the Empirical Content of a Rich Theoretical Concept", s. 1-11, <http://www.unsam.edu.ar/profesores/LucasGonzalez/LGonzalez-Unpacking%20Delegative%20Democracy.pdf>, (ET: 26.08.2018); Küçük, ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde, s. 396-416.

<sup>125</sup> Kim, A Tool for Delegative, s. 3, 11.

önerilerinin ne kadarının değişiklik olmaksızın kabul edildiği; her birinin verdikleri kanun önerilerden kanunlaşmaların, kabul edilen kanunların toplamı içerisinde sahip oldukları oransal rakamlar ölçütünde belirlenmektedir.

Güney Kore'de Meclis tarafından çıkarılan kanunlara ilişkin çok sayıda birbirinden farklı rakamlarla ifade edilen veri tabloları vardır. Bunların bir kısmında, kanun önerisi vermeye yetkili olanların tamamının vermiş oldukları kanun önerileri ve kanunlaşma sayıları esas alınmaktadır. Ben burada, iki tür veriye yer vereceğim. *Birincisi*, 1988-2000 yılları arasında, sadece kanun önerisi verme yetkisine sahip yürütme organı ile Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerine ve bunların kanunlaşmasına ilişkin verilerdir. Bu verilere yer vermekle asıl maksadım, kanunların yapımında her iki organın etkinlik derecesinin belirlenmesidir. *İkincisi*, 1988-1995 yılları arasında, hem birleşik, hem de bölünmüş hükümet dönemlerinde, Başkan, Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip partiler, muhalif partiler ve Başkan'ın bloku tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşmasına ilişkin verilerdir.

#### **D. Kanunların Kabulünde Yasama ya da Yürütmenin Etkinliğine İlişkin Veriler**

1987 öncesi döneme ilişkin verilere daha önce temas etmiştik. Burada 1987 sonrasına ilişkin verilere yer verilecektir.

*1988-1992 (13. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 462; kabul edilen kanun önerileri: 244; kanunlaşma oranı: %52,8; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 18; kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %7,37.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 368; kabul edilen kanun önerileri: 355; kanunlaşma oranı: %96,46; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 138; kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %42,9.

Toplam kanun önerileri: 830; çıkarılan toplam kanun sayısı: 599; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %72,16; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %40,73; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: 59,26.

*1992-1996 (14. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 252; kabul edilen kanun önerileri: 99; kanunlaşma oranı: %39,28; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 17; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %17,17.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 581; kabul edilen kanun önerileri: 561; kanunlaşma oranı: %96,6; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 265; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %47,23.

Toplam kanun önerileri: 833; çıkarılan toplam kanun sayısı: 660; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %79,23; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %15,00; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %85.

*1996-2000 (15. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 806; kabul edilen kanun önerileri: 349; kanunlaşma oranı: %43,30; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 26; kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %7,44.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 807; kabul edilen kanun önerileri: 737; kanunlaşma oranı: %91,32; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 219; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %29,71.

Toplam kanun önerileri: 1.613; çıkarılan toplam kanun sayısı: 1.086; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %67,32; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %32,13; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: 67,86.

*2000-2004 (16. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 1.651; kabul edilen kanun önerileri: 770; kanunlaşma oranı: %46,63; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 34; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %4,41.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 595; kabul edilen kanun önerileri: 551; kanunlaşma oranı: %92,60; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 117; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %21,23.

Toplam kanun önerisi: 2.226; çıkarılan toplam kanun sayısı: 1.321; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %59,34; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %58,28; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: 41,71.

*2004-2008 (17. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 5.728; kabul edilen kanun önerileri: 2.232; kanunlaşma oranı: %38,96; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 176; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %7,88.

Yürütme tarafından verilen kanun önerisi: 1.102; kabul edilen kanun önerileri: 880; kanunlaşma oranı: %79,85; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 131; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %14,88.

Toplam kanun önerisi: 6.830; çıkarılan toplam kanun sayısı: 3.112; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %45,56; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %71,72; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %28,72.

*2008-2012 (18. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 11.191; kabul edilen kanun önerileri: 3.866; kanunlaşma oranı: %34,54; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 253; kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %6,54.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 1.693; kabul edilen kanun önerileri: 1.288; kanunlaşma oranı: %76,07; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 369; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %28,64.

Toplam kanun önerileri: 12.884; çıkarılan toplam kanun sayısı: 5.154; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %40,00; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %74,01; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %24,99.

*2012-2016 (19. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 15.444; kabul edilen kanun önerileri: 5.346; kanunlaşma oranı: %43,05; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 371; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %6,93.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 1.093; kabul edilen kanun önerileri: 803; kanunlaşma oranı: %73,46; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 129; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %11,80.

Toplam kanun önerileri: 16.537; çıkarılan toplam kanun sayısı: 6.149; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %37,18; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %86,94; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %13,10.

*2016-2020 (20. Dönem Millet Meclisi):*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 21.556; kabul edilen kanun önerileri: 6.194; kanunlaşma oranı: %28,73; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 547; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %8,83.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 1.092; kabul edilen kanun önerileri: 698; kanunlaşma oranı: %63,91; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 123; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %17,62.

Toplam kanun önerileri: 22.648; çıkarılan toplam kanun sayısı: 6.892; toplam kanun önerilerinin kanunlaşma oranı: %30,43; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %89,87; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %10,12<sup>126</sup>.

*1988-2020 yılları arası Toplam:*

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerileri: 57.090; kabul edilen kanun önerileri: 19.100; kanunlaşma oranı: %33,45; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 1.472; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %7,70.

---

<sup>126</sup> Moon, agm., s. 19.

Yürütme tarafından verilen kanun önerileri: 7.331; kabul edilen kanun önerileri: 5.873; kanunlaşma oranı: %80,1; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 1.491; Kabul edilen kanunların değişiklik olmaksızın kabul edilme oranı: %25,38;

Meclis üyeleri tarafından ve yürütme tarafından verilen toplam kanun önerileri: 64.421; Meclis üyeleri tarafından ve yürütme tarafından verilen toplam kanun önerilerinden kabul edilenlerin toplam sayısı: 24.973.

Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %76,48.

Yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, kabul edilen toplam kanunlara oranı: %23,51.

#### **E. Kanunların Yapımında Yasama ve Yürütmenin Etkinliğine İlişkin Değerlendirme**

1988-2020 yılları arasında, Meclis'te kanunların yapımında ortalama başarı oranının belirlenmesini sağlayan verilere göre, yürütmenin verdiği kanun önerilerinin kanunlaşma oranı, Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma oranından yaklaşık 2,4 kat daha yüksektir (%80,1'e karşı %33,5). Her ne kadar bu veriler, yürütmenin yasamada görüşülecek konularla alakalı gündemi belirleme gücünün Millet Meclisi'ninkinden çok daha güçlü olduğunu gösterdiği<sup>127</sup> belirtilmişse de, bu veriler tek başına yürütmenin yasamanın gündemini belirleme noktasından baskınlığını ölçmek için yeterli değildir. Çünkü özellikle son yıllarda yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin sayısı 20.000 civarındadır. Bunların tamamının kanunlaşması beklenemez. Yasama üyeleri tarafından, birçoğu siyasi saiklerle verilen ve değişen ölçülerde nitelik açısından zayıf olan çok sayıdaki (2016-2020: 21.556) kanun önerilerine kıyasla, yürütmenin az sayıda (2016-2020: 1092) olan, daha sistematik ve programlı bir şekilde, uzmanların da katkısı ile çeşitli aşamalardan geçerek hazırlanan kanun önerilerinin kanunlaşma oranının yüksekliğinin olağan görülmesi gerekir.

Burada yürütmenin verdiği kanun önerilerinden kabul edilenlerin toplamı ile yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanların toplamının, kabul edilen tüm kanunlara oranının kıstas alınmasının daha gerçekçi olacağı kanaatindeyim. 33 yıllık dönemde, yürütme tarafından verilen kanun

---

<sup>127</sup> İbid., s. 19.



önerilerinden kabul edilen kanunların toplamı 5.873, yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin toplamı 19.100'dür. Meclis'te kabul edilen toplam kanunların sayısı 24,973'tür. Bu dönemde, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanların, toplam kanunlara oranı %23,51; Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanların, Meclis'te kabul edilen toplam kanunlara oranı %76,48'dir. Bu verilere göre, bu dönemde Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanların toplam kanunlara oranının, yürütmenininkinden yaklaşık 3,25 kat fazla olduğu görülmektedir. Bu oranlar, yasama üyelerinin kabul edilen kanunlar üzerindeki etkinliğinin, yürütmeye göre çok daha baskın olduğunu göstermektedir.

33 yıllık dönemde, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin toplamının ortalama %20,3'ü, yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin toplamının da sadece %2,5'i değiştirilmeksizin kabul edilmiştir. Bu verilere göre, yürütmenin Meclis'te gündemi belirleme gücü, Meclis üyelerininkinden yaklaşık 8,12 kat daha güçlüdür<sup>128</sup>. Kanaatimce bu veriler de, kanunlaşma faaliyetlerinin etkilenmesinde hangi organın daha etkili olduğunun belirlenmesi için tek başına yeterli değildir. Burada da Meclis'te gündemin belirlenmesinde hangisinin güçlü olduğunun tespitinde, kabul edilen kanunların toplamının ne oranda değiştirilmeksizin kabul edildiğinin esas alınması gerekir. Buna göre, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin toplamının %25,38'i değişiklik olmaksızın kabul edilirken, yasama tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilenlerin toplamının %7,70'i değişiklik olmaksızın kabul edilmiştir. Bu verilere göre, yürütmenin yasamada gündemi belirleme gücü, Meclis üyelerininkinden yaklaşık 3,3 kat daha fazladır. Bu verilere göre, Meclis'in gündeminin belirlenmesinde, her iki organ arasındaki güç farkı 8,1 kat değil, 3,3 kattır. Bu fark da, 8,1 rakamının çok altında olmakla birlikte, yine de hatırı sayılır bir güç farkıdır. Bu farkın ortaya çıkmasında, yürütmenin verdiği kanun önerilerinin yürütme tarafından, Başkan'la aynı siyasi eğilimde olan partili üyelerle bütünlük içerisinde sahiplenilmesi kadar, bu önerilerin daha derli toplu ve nitelikli olmasının da etkili olduğu söylenebilir.

Yürütme ve yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin kabul edilmesi bağlamında, başarı oranları zaman içinde düşmüştür. 13. Dönem Millet Meclisi'nde, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı %96,46 iken, 20. Dönem Meclis'te bu oran %63,91 olmuştur. 13. ve 20.

---

<sup>128</sup> İbid., s. 19.

Dönem Meclis’lerde değiştirilmeden çıkarılan kanun önerilerinin oranı %42,9’dan %17,62’ye gerilemiştir. Bu sonuçlar, yürütmenin, 20. Dönem Meclis’te gündemi belirleme noktasından sahip olduğu etkinliğin, 13. Dönem Meclis’teki sahip olduğu etkinliğin yalnızca %30’u olduğunu göstermektedir<sup>129</sup>. Meclis’in, üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşması bağlamında başarı oranı, 13. Dönem Meclis’te %52,8, 14. Dönem Meclis’te %39,28, 15. Dönem Meclis’te %43,30, 16. Dönem Meclis’te %46,63, 17. Dönem Meclis’te %38,96; 18. Dönem Meclis’te %34,54, 19. Dönem Meclis’te %43,05; 20. Dönem Meclis’te %28,73 olmuştur. 13. ve 20. Dönem Meclis’lerinde değiştirilmeden çıkarılan kanun tekliflerinin oranı da, %7,37’den %8,83’e yükselmiştir. Benzer düşüş kısmen yasama üyeleri için de söz konusu ise de, yürütmenin etkinliğindeki zayıflama çok daha fazladır. Hatta kabul edilen kanunlardan değiştirilmeksizin kabul edilenlerin oranı, yürütmede yaklaşık %24,07 azalırken, yasama Meclisi üyelerinin %1,46 yükselmiştir. Bu da, 13. Dönem Meclis’e göre, 20. Dönem Meclis’te, yasama üyelerinin Meclis gündemini belirlemedeki etkinliği ile yürütme arasındaki makasın yasama üyeleri lehine büyük ölçüde daraldığını, kabul edilen kanunlardan değiştirilmeksizin kabul edilenler bakımından ise yürütme gerilerken, Meclis üyelerinin güçlendiğini göstermektedir. Bu durum, demokratik konsolidasyondan bu yana Meclis üyelerinin kanun yapma faaliyetlerinde inisiyatifinin giderek arttığını göstermektedir<sup>130</sup>.

33 yıllık dönemde yürütmeden gelen kanun önerilerinde ilk üç dönemde (13., 14., 15. Dönem Millet Meclis’leri) artışlar olmuş, 16. Dönemde gerileme olmuş, son dört dönemde ise (18. Dönem Millet Meclisi hariç; 1.693) bin küsur civarında sabitlenmiştir. 13. Dönem Millet Meclisi’nde yürütmeden gelen kanun önerisi sayısı 368 olduğu halde, bu sayı, 1093 olmuştur. 13. Dönem Millet Meclisine göre artış: 2,97 kattır. Yasamadan gelen kanun önerileri ile 14. Dönem Millet Meclisi hariç sürekli artış olmuştur. 13. Dönem Millet Meclisi döneminde Millet Meclisi üyeleri tarafından verilen kanun önerisi sayısı: 462. 20. Dönem Millet Meclisi döneminde Millet Meclisi üyeleri tarafından verilen kanun önerisi sayısı: 21.556. 13. Dönem Millet Meclisi’ne göre artış: 46,65 kattır.

Kanun önerileri sayısındaki artışı tamamlayıcı mahiyette olan bir diğer husus da kabul edilen kanun sayılarının izlediği seyirdir. Yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma sayıları, önce bir kısmi artış seyri izlemiş, 16.

<sup>129</sup> Ibid., s. 19.

<sup>130</sup> Bae, agm., s. 94.

Dönem Millet Meclisi'nde gerilemiş, 18. Dönem Millet Meclisi'nde tavan yapmış (1288) son iki dönem ise gerileme (803 ve 698) göstermiştir. 13. Dönem Millet Meclisi'nde yürütme tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma sayısı (355) iken, 18. Dönem Millet Meclisi'nde bu sayı 3,62 kat artarak 1288 olmuştur. Son iki dönem ise gerileme olmuştur. Millet Meclisi tarafından verilen kanun önertilerinden kanunlaşanların sayısı 14. Dönem Millet Meclisi hariç sürekli artış göstermiştir. 13. Dönem Millet Meclisi'nde 244 iken, 20. Dönem Millet Meclisi'nde 25,38 kat artarak 6.194 olmuştur. Bu da, sayısal olarak yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma sayısındaki artışın ne kadar açık ara önde olduğunu göstermektedir.

#### **F. Kanunların Çıkarılmasında Siyasi Partilerin Etkinlik Dereceleri**

Burada, yukarıdaki verilere ilave olarak, hem birleşik, hem de bölünmüş hükümet uygulamalarının mevcut olduğu 1988-1995 yılları arasında, Başkan ile birlikte, Başkan'la aynı siyasî eğilimde olan partilerin, diğer partilerin ve Başkan'ın blokunun Meclis'te gündemin belirlenmesindeki etkinliklerine de temas edilecektir.

13. Dönem Millet Meclisi'nde (1988-1992), Başkan'la aynı siyasi eğilimdeki parti ile muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerileri: 938; Başkan'la aynı eğilimde olan parti ile muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenler: 492; Genel Kurulda görüşülmeyen kanun önerileri: 446; veto edilen kanun önerileri: 7; Veto edilmeksizin onaylanarak yürürlüğe giren kanun önerileri: 485; kabul edilerek yürürlüğe giren kanun önerilerinin (492), destekli kanun önerilerinin toplamına (938) oranı %51,7.

14. Dönem Millet Meclisi'nde (1992-Aralık 1995), Başkan'la aynı siyasi eğilimde olan parti ile muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerileri: 901; Başkan'la aynı siyasi eğilimdeki parti ile muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenler: 656; Genel Kurulda görüşülmeyen kanun önerileri: 245; onaylanarak yürürlüğe girenler: 656; kabul edilerek yürürlüğe giren kanun önerilerinin (656), destekli kanun önerilerin toplamına (901) oranı %72,8.

Önce 13. Dönem Millet Meclisi'nde, 1988-1992 yılları arasındaki, hem bölünmüş, hem de birleşik hükümet dönemlerinde, Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip partiler ile muhalefet partilerinin kanunların yapımına etkilerine ilişkin verilere yer vereceğim.

13. Dönem Millet Meclisi’nde “*Bölünmüş hükümet*” uygulamalarının mevcut olduğu ilk iki yıllık dönemde (1988-1990), Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin, tüm kanun önerilerine oranı: %14,3. Muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerilerinin, tüm kanun önerilerine oranı: %65,6. Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından başlatılan tüm kanun önerilerine oranı: %13,1. Muhalif partiler tarafından başlatılan kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından başlatılan tüm kanun önerilerine oranı: %12,2. Başkan’la aynı siyasî eğilimdeki parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından desteklenen (sponsored) tüm kanun önerilerine oranı: %23’tür. Muhalif partiler tarafından desteklenen kanun önerilerinin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından desteklenen tüm kanun önerilerine oranı: %4,7<sup>131</sup>.

13. Dönem Millet Meclisi’nde Birleşik hükümet uygulamalarının mevcut olduğu ikinci iki yıllık dönemde (1990-Aralık 1992) Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip partiler ile muhalefet partilerinin kanunların yapımına etkilerine ilişkin veriler şu şekildedir:

Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm kanun önerilerine oranı: %39,6. Muhalefet partileri tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm kanun önerilerine oranı: %32,7. Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından başlatılan tüm kanun önerilerine oranı: %43,8. Muhalif partiler tarafından başlatılan kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından başlatılan tüm kanun önerilerine oranı: %1,8. Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan parti ile muhalif partiler tarafından desteklenen (sponsored) tüm kanun önerilerine oranı: %54,3. Muhalif partiler tarafından desteklenen kanun önerilerinin, Başkan’la aynı siyasî eğilim-

<sup>131</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 85-86; Aurel Croissant, “Strong Presidents, Weak Democracy? Problems of Democratic Consolidation in South Korea”, *Korea Economic Institute of America*, (Edt: The Political Economy of Korean Reconciliation and Reform), Washington, 2001, (pp. 91-106), s. 97.

de olan parti ile muhalif partiler tarafından desteklenen tüm kanun önerilerine oranı: %2,6<sup>132</sup>.

2 yıl bölünmüş, 4 yıl da birleşik hükümet uygulamalarının mevcut olduğu 13. ve 14. Dönem Millet Meclis'lerinde, Başkan'ın, Başkan'ın partisinin ve Başkan'ın bloğunun, kanunların kabulüne ilişkin etkilerine de ayrıca yer vereceğim.

13. Dönem Millet Meclisi'nde (1988-1992), Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinin, tüm yasama girişimlerine oranı: %39,3. Başkan'la aynı siyasi eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm yasama girişimlerine oranı: %11,8. Başkan'ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinin, tüm yasama girişimlerine oranı: %51. Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine oranı: %65,2. Başkan'la aynı siyasi eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine oranı: %8,1. Başkan'ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine oranı: %73,3. Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 87,2. Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 36,0. Başkan'ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan'la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 75,4<sup>133</sup>.

Birleşik hükümet uygulamasının olduğu 14. Dönem Millet Meclisi'nde (1992-1995), Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm yasama girişimlerine oranı: %64,5. Başkan'la aynı siyasi eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm yasama girişimlerine oranı: %8,7. Başkan'ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinin tüm yasama girişimlerine oranı: %70,9. Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine oranı: %81,8. Başkan'la aynı siyasi eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine

<sup>132</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 85-86; Croissant, Strong Presidents, s. 96.

<sup>133</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 86; Croissant, Strong Presidents, s. 97.

oranı: %6,1. Başkan’ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, onaylanarak yürürlüğe giren tüm kanun önerilerine oranı: %87,9. Başkan tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 92,4. Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 50,6. Başkan’ın bloku tarafından desteklenen kanun önerilerinden kabul edilenlerin, Başkan veya Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip parti tarafından başlatılan kanun önerilerinin toplamına oranı: 90,1<sup>134</sup>.

### G. Meclis’in Etkinliğinin Artmasını Sağlayan Etkenler

1988 sonrasında ilk dönemlerde, yürütmeden gelen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı ile bunlardan kabul edilen kanunların, Meclis’te kabul edilen toplam kanunlara oranının oldukça yüksek olduğu, zamanla ilerleyen yıllarda, Meclis’teki gündemi belirleme noktasından etkinliğin Meclis üyeleri lehine arttığı görülmektedir. Sonraki dönemlerde, yasama üyelerinin Meclis’teki gündemin belirlenmesinde ve kanunların yapımında daha baskın hale gelmesinde beş etkenin etkili olduğu söylenebilir.

*Birincisi*, yürütme tarafından verilen kanun önerilerini hazırlama prosedürünün çok karmaşık olması, bazı kereler prosedürlerin işleyişinin tıkanması ve bu prosedürlerin tamamlanmasının çok zaman (5-7 ay arası) alıyor olması sebebiyle, yürütmenin, bazı kanun önerilerini, Meclis üyeleri vasıtasıyla vermesi<sup>135</sup>. Bu durumda, her ne kadar kanun önerilerini fiilen hazırlayan yürütme organı ise de, yasama üyelerinin verdiği öneri olarak bilinmektedir.

*İkincisi*, 2012 yılında Meclis Geliştirme Kanununda yapılan değişiklikle, nitelikli çoğunluğu öngören kuralın kabul edilmiş olması. Söz konusu Kanun değişikliğine göre, yetkili Komiteye havale edilen herhangi bir gündemin (kanun önerisi vb. görüşülecek konu), hızlı bir şekilde işlenecek (görüşülecek) gündem olarak belirlenmesinin amaçlandığı durumlarda, bir Millet Meclisi üyesi, görevdeki tüm Millet Meclisi üyelerinin çoğunluğu tarafından imzalanan “görüşülecek konunun hızlı bir şekilde gündeme alınması önergesini” Başkan’a sunar veya gündemden sorumlu yetkili komitenin bir üyesi, yetkili komitenin tüm

<sup>134</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 86; Croissant, Strong Presidents, s. 97.

<sup>135</sup> Hong, agm., s. 99-100.

görevdeki Millet Meclisi üyelerinin çoğunluğu tarafından imzalanan “görüşülecek konunun hızlı bir şekilde gündeme alınması önergesini” yetkili komite Başkanı’na sunar. Gündemden sorumlu yetkili komite Başkanı veya Meclis Başkanı, “görüşülecek konunun hızlı bir şekilde gündeme alınması önergesini” Komite ya da Genel Kurulun onayına sunar. Bu önerge hakkında, görevdeki tüm Millet Meclisi üyelerinin en az 3/5’inin veya gündemden sorumlu yetkili komitenin görevdeki tüm Millet Meclisi üyelerinin en az 3/5’inin olumlu oylarıyla, gizli oyla karar verilir (md.85/2-1)<sup>136</sup>.

Bu kanun değişikliğinin, Başkan’ın, Meclis’te gündemi (görüşülecek konuları) belirleme gücünü önemli ölçüde azalttığı, azınlıktaki muhalefet partilerine, fiili olarak kanun önerilerinin “hızlı işleme kapsamında” görüşülmesine mani olabilme yetkisi verildiği, bu yolla yasama gündeminin belirlenmesi konusunda Yasama Meclisi üyelerinin inisiyatifinin artırıldığı belirtilmiştir<sup>137</sup>. Nitekim 20. Dönem Millet Meclisi’nde sandalyelerin %40’ından fazlasına sahip ana muhalefetteki Hürriyet Kore Partisi ve muhafazakâr eğilimli Dürüst Gelecek Partisi, bu kanun değişikliği sayesinde, Meclis’te gündemin belirlenmesinde yürütmeyi kontrol altında tutmayı başardılar<sup>138</sup>. Yasama yürütme ilişkilerinde kanunların kabul edilmesinde yürütmenin baskın hale gelerek muhalefetin direncini kırabilmesi, ancak Başkan’la aynı siyasi eğilimde olan bir partinin veya bu parti ile birlikte hareket eden partilerin, Millet Meclisi seçimlerinde 3/5’ten fazla sandalyeyi kazanması halinde mümkün olabilecektir<sup>139</sup>. Bu vesileyle, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan bir partinin, Millet Meclisi’nde basit çoğunluğa sahip olması, yürütmenin yasama gündemini tek başına belirleyebilmesi için yeterli olmamaktadır.

*Üçüncüsü*, Millet Meclisi üyelerinin Meclis’teki gündemin belirlenmesinde etkinliğinin artmasında etkili olan bir kurum da “Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri (NARS)”nin kurulmuş olmasıdır. Güney Kore’de 1987 yılından önceki otoriter yönetim dönemleri ile demokrasinin erken dönemlerinde, yürütmenin uzmanlık ve bilgi toplama kapasitesi, Millet Meclisi’nden daha üstündü ve bu durum, Millet Meclisi’nin yasama sürecinde yürütme gücüne bağımlı olmasına yol açmakta idi. NARS, 2005 yılında Millet Meclisi’nin yasama uzmanlığının geliştirilmesine ve tarafsız bir

---

<sup>136</sup> National Assembly Act.

<sup>137</sup> Moon, agm., s. 26.

<sup>138</sup> İbid., s. 25-26.

<sup>139</sup> İbid., s. 26.

bakış açısıyla desteklenmesine katkıda bulunmak için kuruldu. Yürütme destekli kanun önerilerinin kanunlaşmasının, Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşmasına kıyasla zaman içerisinde düşüş seyri izlemesinin ya da Millet Meclisi üyelerininkine kıyasla artış seyrinin düşük kalmasının, yeni kurulan NARS’ın sağladığı yasama desteği ile ilgili olduğu söylenebilir<sup>140</sup>.

*Dördüncüsü*, bölünmüş hükümetlerin ortaya çıkması. Muhalefet partilerinin Meclis’te sandalyelerin %50’sinden fazlasına sahip olduğu bölünmüş hükümet dönemlerinde parti disiplini içinde yaşanan karşılıklı bloklaşmalar, kanunların kabulünü etkilemiştir<sup>141</sup>. 15. Dönem Millet Meclisi’nden bu yana sık sık bölünmüş hükümet (25.02.1998-16.08.1998; 30.05.2000-15.04.2001; 03.09.2002-29.05.2004; 25.03.2005-29.05.2008; 24.03.2016-29.05.2020) uygulamaları ortaya çıkmıştır<sup>142</sup>. Bölünmüş hükümetler döneminde, kanunların kabulünde, Yasama Meclisi ile yürütmenin etkinlik skorlarında yasama meclisi lehine ortaya çıkan fark, 20. Dönem Meclis’teki verilerde çok bariz şekilde görülmektedir. Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilen kanunların sayısı 6.194; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerilerinin sayısı 547 iken; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilen kanunların sayısı 698; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerilerinin sayısı da 123’tür<sup>143</sup>. Burada, Meclis üyelerinin, Meclis’teki gündemi belirleme gücünün, yürütmeye kıyasla bariz bir şekilde kendini gösterdiği görülmektedir<sup>144</sup>.

Burada, hem bölünmüş, hem de birleşik hükümet dönemleriyle ilişkisi sebebiyle, Meclis’in kanunların yapımında etkinliğini artıran Meclis Geliştirme Kanununda 2012 yılında yapılan değişiklik üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bu değişiklik sayesinde, kanunların kabulünde yürütmenin etkinliğinin sağlanabilmesi için Başkan’la aynı siyasî eğilime sahip partinin, Meclis üyelerinin üye tamsayısının yarısından fazla, 3/5’inden az çoğunluğa sahip olduğu birleşik hükümet uygulamalarının yeterli olmadığı, hatta bu dönemde bölünmüş hükümet benzeri uygulamaların ortaya çıktığı görülmektedir. Bu sebeple, 2012 öncesi ile 2012 sonrası ayrı ayrı değerlendirilecektir.

<sup>140</sup> Bae, agm., s. 96-97.

<sup>141</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 85-86.

<sup>142</sup> Moon, agm., s. 19-20.

<sup>143</sup> İbid., s. 19.

<sup>144</sup> Diğer bölünmüş hükümet dönemlerinde yürütmenin yasama gündeminin belirlenmesi konusundaki etkinlik derecesini gösteren veriler için bkz.: Croissant, Legislative Powers, s. 85-86; Croissant, Strong Presidents, s. 96.



2012 yılı öncesi dönemde birleşik ve bölünmüş hükümet uygulamalarında kanunların yapımında yasama ve yürütmenin etkinliğine ilişkin şu değerlendirmeler yapılabilir.

2012 yılı öncesi dönemde, bölünmüş hükümet uygulamalarının bir neticesi olarak, Millet Meclisi'nin, genellikle muhalefet partileri tarafından kontrol edilmiş hale geldiği, devlet kurumlarını denetlemenin yanı sıra kanun yapımında da aktif hale geldiği belirtilmiştir<sup>145</sup>.

Yukarıdaki verilere göre, 2012 yılı öncesi dönemde, kanun yapma sürecinde, yasama etkinliğinin derecesinin, yürütmenin yasamadaki çoğunluğun desteğine sahip olması ile güçlü bir şekilde ilişkili olduğu görülmektedir<sup>146</sup>.

2012 öncesi dönemde birleşik hükümetler döneminde, yürütmenin kanunların yapımında etkinliği belirlenirken, yürütmeden gelen kanun önerileri yanında, Başkan'la aynı eğilimde olan parti tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı da önemlidir. Çünkü bazen, yürütmenin vereceği kanun önerileri, uzun zaman aldığı, karmaşık süreçler söz konusu olduğu ve bazı kereler sürecin işleyişi tıkanıyor için yürütme, kendisi ile aynı eğilimde olan parti vasıtasıyla da kanun önerileri verebilmektedir. 2012 öncesinde, yürütmeden gelen kanun önerilerinin kabul oranı ile Başkan'la aynı eğilimde olan partiden gelen kanun önerilerinin kabul oranı birleştirilince, yürütmenin etkinliği daha belirgin hale gelmektedir.

Birleşik hükümetler döneminde, Başkan'la aynı eğilime sahip partinin parlamentonun çoğunluğunu kontrol ediyor olması, Meclis'in tamamen yürütmenin egemenliği altına girmesine sebep olduğu için Meclis'in, politika yapma gücünün büyük ölçüde düşmesi neticesinde, Meclis üyelerinin bireysel olarak veya muhalefet partilerinin, kanun yapma sürecindeki rollerinin büyük ölçüde marjinal hale geldiği, Meclis'in, yasama yetkisinin yerine getirilmesinde sahici manada bağımsız bir güç olarak siyasi ağırlığının büyük ölçüde zayıflaması sebebiyle yürütmenin bir nevi "alt yasama organı" haline geldiği belirtilmiştir<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> Chong-min Park - Jung Hyun Bae, "The State of Democratic Governance in South Korea: From the Perspective of Ordinary Citizens", *An Asian Barometer Conference on the State of Democratic Governance in Asia Session II. Democratic Regimes in Northeast Asia*, Taiwan on June 20-21, 2008, s. 17-18, <http://www.asianbarometer.org/publications/c0146d88c627d9342aa9b60088393f8d.pdf>, (ET: 15.08.2021).

<sup>146</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 86; Croissant, *Strong Presidents*, s. 97.

<sup>147</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 86-88; Croissant, *Strong Presidents*, s. 97.

Meclis’teki çoğunlukla Başkan arasındaki uyumsuzluğun yürütmenin aktivizmini engellediği Bölünmüş hükümet dönemlerinde, Başkan’ın yasama sürecine hâkim olabilmesi güçleşmiştir. Bu dönemde, hem Meclis üyeleri tarafından verilen, hem de muhalefet partileri tarafından verilen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı, yürütmeden gelenler göre fazla olmuştur. Bu dönemde Millet Meclisi, son derece kırılğan, yasamadaki çoğunluğa karşı hareket kabiliyeti oldukça zayıflamış olan yürütme organıyla bir etkileşim modeli sergileyerek “rekabetçi bir yasama organına” dönüşmüştür<sup>148</sup>.

2012 yılı sonrasında, kanunların yapımında etkinlik sağlanması pozisyonu yasama lehine değişmiştir. Kanunların yapımında bölünmüş hükümet uygulamaları yanında, birleşik hükümetler kapsamında yer alan Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu ile 3/5 çoğunluk arasındaki çoğunluğun yürütmeyi desteklediği dönemlerde de bölünmüş hükümete benzer uygulamalar ortaya çıkmıştır.

Bu kanun sebebiyle, Başkan’ın, Meclis’te 3/5’den az, üye tamsayısının yarısından fazla parlamenterin desteğine sahip olduğu birleşik hükümetler döneminde de, bölünmüş hükümetler döneminde de, kanunların yapımında yasamanın etkinliği artmıştır. Yürütmenin Meclis’te 3/5’den az çoğunluğun desteğine sahip olduğu birleşik hükümetler döneminde, kanunların yapımında etkinliğin belirlenmesinde, yürütme ve yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanların, kabul edilen toplam kanunlara oranının ölçüt alındığı durumlarda, yürütmenin Meclis’teki gündemin belirlenmesinde etkinliğinin zayıf kalmasında, 2012 yılında yapılan kanun değişikliğinin de etkili olduğu söylenebilir.

*Beşincisi*, demokratik konsolidasyon. Güney Kore’deki demokratik konsolidasyon konusundaki tartışmalarda, netlik ve fikir birliği yoktur. Her ne kadar bazı bilim insanları bu ülkede demokrasinin hala konsolide olamadığını söyleseler de, bazı bilim adamları, demokrasiye geçişten 33 yıl sonra, Güney Kore’nin resmi demokrasi kurumlarının sağlam bir şekilde yerleştiği; demokrasinin “şehirdeki tek oyun” haline geldiği ve hemen otoriterliğe geri dönme ihtimalinin artık ortadan kalktığı (konsolide olduğu) konusunda fikir birliği olduğunu belirtmektedirler<sup>149</sup>. Konsolidasyon sürecinin ilerleyen aşamalarında yasama üyelerinin, diğer etkenlerle de bütünlük içerisinde, kanunların yapımı sürecinde daha baskın hale gelmiştir<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 86-88; Croissant, *Strong Presidents*, s. 97.

<sup>149</sup> Heo Uk - Sung Deuk Hahm, “Political Culture and Democratic Consolidation in South Korea”, *Asian Survey* Vol. 54, No. 5, September/October 2014, (pp. 918-941) s. 919.

<sup>150</sup> Rüländ vd. agm., s. 267-268.

33 yıllık dönemde, yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilen kanunların, Mecliste kabul edilen toplam kanunlara oranının, demokrasinin pekişmediği dönemlerde çok yüksek (%85) olduğu halde, demokratik konsolidasyonla uyumlu olarak 2008’den sonra oldukça düştüğü görülmektedir. Bu dönüşümler sonucunda Meclisin, yasama sürecinde etkinliğini ortaya koyması rolünü tam olarak yerine getirdiği belirtilmiştir<sup>151</sup>.

2012 yılı sonrasında, hem bölünmüş hem de birleşik hükümetler döneminde kanunların yapımında yasamanın etkinliğinin önemli ölçüde artmış olması sebebiyle, artık yasama organının yürütmenin “**lastik damgası**” olmaktan çıktığı<sup>152</sup>, sıradan vatandaşların çoğunluğunun da artık Millet Meclisi’ni yürütmenin bir “**lastik damgası**” olarak görmediği<sup>153</sup>, emperyal başkanlık sisteminin yerini demokratik başkanlık sisteminin aldığı söylenebilir<sup>154</sup>.

## H. Kore’de Sistemin İşleyişinde Tıkanmanın Yaşanmamasını Sağlayan Üç Etken

### 1. Başkan’ın Veto Yetkisi

Güney Kore’de Başkan’ın yasamaya karşı sahip olduğu en etkili yetkilerinden biri de vetodur. Güney Kore’de veto yoluyla iade edilen kanun önerisi, üye tamsayısının yarısından fazlasının katılımıyla ve katılanların 2/3’ün veya daha fazlasının oyu ile aşılabildiği<sup>155</sup> için vetonun aşılması oldukça zordur<sup>156</sup>. Bu ves-

<sup>151</sup> Bae, agm., s. 96.

<sup>152</sup> Park - Bae, agm., s. 2-3. 1972’de yürürlüğe giren Yuşin Anayasasıyla, Parlamento, rejim için sadece yasal bir lastik damgayla dönüştü. Rüländ vd. s. 33.

<sup>153</sup> Park - Bae, agm., s. 19.

<sup>154</sup> Bae, agm., s. 80. Dostal, Güney Kore’de Mevcut sistemi, Başkan ile diğer siyasi aktörler ve kurumlar arasında etkin bir yetki dağılımının mevcut olmaması nedeniyle “emperyal başkanlık” olarak nitelemektedir. Jörg Michael Dostal, “South Korean Presidential Politics Turns Liberal: Transformative Change or Business as Usual?”, *The Political Quarterly*, Vol. 88, No. 3, s. 483, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-55605-8>, (pp. 480-491), (ET: 26.08.2021).

<sup>155</sup> Lim, agm., s. 244; Küçük, Güney Kore’de, s. 45.

<sup>156</sup> Dostal, agam., s. 483. 1954 yılında Başkan tarafından veto edilen kanun Meclis’te yeterli çoğunlukla kabul edilerek veto aşılmıştı. Bu tarihten 49 yıl sonra 2003 yılında Başkan tarafından veto edilen kanun Meclis’te, oylamaya katılan 266 parlamenterden 209’nun evet oyu ile bir kere daha aşıldı. Young Whan Kihl, “The Past as Prologue: President Kim Dae Jung’s Legacy and President Roh Moo-Hyun’s Policy Issues and Future Challenges”, in *A Turning Point: Democratic Consolidation in the ROK and Strategic Re-adjustment in the US-ROK Alliance*, (Edt. Alexandre Y. Mansourov), Asia Pacific Center for Security Studies (APCSS), Honolulu, Hawaii, 2005, (pp. 158-183), s. 179-180.

leyle, Millet Meclisi’ndeki basit çoğunluğun Başkan’a rağmen veto edilen kanunu yürürlüğe girdirebilmesi mümkün olmadığı için veto yetkisi, Başkan’a, yasamaya karşı etkisizleştirilmesi çok zor bir güç sağlamaktadır<sup>157</sup>.

Başkan’ın sahip olduğu veto yetkisinin parlamentoda aşılmasını öngören Anayasa hükmü (md.53/4), Amerika’daki veto uygulamasına kısmen benzemektedir<sup>158</sup>. Bu vesileyle Güney Kore’de Başkan’ın veto yetkisinin aşılabilmesine ilişkin anayasal normlarda başkanlık sisteminin gerekleriyle uyumsuzluk durumu söz konusu değildir.

Başkan bölünmüş hükümetler döneminde veto yetkisini kullanma ihtimali artar. Nitekim, 13. Dönem Millet Meclisi’nin ilk on iki ayında, Meclis’ten geçen 7 kanun önerisi Başkan tarafından veto edilerek engellenmiştir<sup>159</sup>. Croissant’a göre, bölünmüş hükümet dönemlerinde, karşılıklı ablukalar, düşük yasama çıktıları ve Başkan’ın veto yetkisini sık sık kullanması kural haline gelmiştir<sup>160</sup>. Kanaatimizce, 1787’den günümüze gelinceye değin, 2574 kanunun veto edildiği, bunlardan sadece 111 tanesinin Kongre’de 2/3 çoğunluk sağlanarak veto aşılabildiği, diğerleri hakkında vetonun aşılamadığı, Kongre’de veto edilen kanunların sadece %4,31’in her iki Meclis’te 2/3’er çoğunlukla tekrardan kabul edilerek kanunlaştığı, Grover Cleveland döneminde 414, Harry Spencer Truman zamanında 250, Franklin D. Roosevelt döneminde 635 kanun veto edildiği halde bunlardan sadece 10 tanesinin Kongre tarafından tekrardan 2/3 çoğunlukla kabul edilebildiği<sup>161</sup> Amerika’daki uygulamalara kıyasla, Güney Kore’deki vetoların çok külliyetli rakam teşkil etmediği görülmektedir.

Başkan’ın sahip olduğu bu gücün, bölünmüş hükümetler döneminde muhalif çoğunluğu Başkan’la uzlaşmaya ittiği söylenebilir. Çünkü bölünmüş hükümetler döneminde, muhalefetin etkin olduğu kanunların hatırı sayılır sayılara ulaşması (bölünmüş hükümetin olduğu 20. Dönem Millet Meclisi’nde, Meclis üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kabul edilen kanunların sayısı 6.194; değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerilerinin sayısı 547), bunu göstermektedir. Ayrıca, 2012 yılında Meclis Geliştirme Kanununda yapılan değişikliklerle

<sup>157</sup> Küçük, Güney Kore’de, s. 46.

<sup>158</sup> Amerika’da Başkan’ın vetosunun aşılması, veto edilen kanun önerisinin, her iki Meclis’te de ayrı ayrı 2/3 çoğunlukla kabul edilmesi ile mümkündür. Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 89.

<sup>159</sup> Croissant, *Strong Presidents* s. 96; Croissant, *Legislative Powers*, s. 85.

<sup>160</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 86.

<sup>161</sup> Küçük, *ABD ve Latin Amerika*, s. 89-90.

benimsenen nitelikli çoğunluk kuralı, Başkan ile aynı siyasî eğilime sahip partiyi muhalefet partileri ile uzlaşmaya iterken, Başkan'ın vetosunun aşılmasındaki zorluğun da, muhalefeti bölünmüş hükümetler döneminde Başkan ve Başkan'la aynı siyasi eğilime sahip parti ile uzlaşmaya yönelttiği söylenebilir.

## 2. Başkan'ın Sahip Olduğu Geniş Düzenleme Yetkisi

Güney Kore'de, Anayasaya göre, Başkan, başbakan, bakanlar ve diğer yönetim birimleri, sınırları anayasal kurullarla belirlenmiş, düzenleyici işlemler yapma yetkileri ile mücehhez kılınmıştır<sup>162</sup>. Bu kapsamda yapılan idarî mevzuat, başkanlık kararnamelelerini, başbakanlık yönetmeliklerini ve bakanlıkların yönetmeliklerini ve idari kuralları içerir<sup>163</sup>.

Başkan tarafından çıkarılan başkanlık kararnamelelerinin iki türü mevcuttur. *Birincisi*, yetki kanununa istinaden çıkarılan Başkanlık kararnameleleri, *ikincisi*, kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan başkanlık kararnameleleridir<sup>164</sup>.

Başkan, Millet Meclisi tarafından çıkarılan yetki kanununda, kapsamı, özel olarak tanımlanmış konuları veya bir kanunun uygulanmasını göstermek için gerekli diğer hususları, kabinede müzakere edildikten sonra, başkanlık kararnamesi ile düzenleyebilir (AY. md.75)<sup>165</sup>. Bir kanun veya başkanlık kararnamesi ile verilen yetkiler kapsamında ve bu kanun veya kararname ile tahsis edilen konular veya herhangi bir kanun ve başkanlık kararnamesinin uygulanmasının gösterilmesi amacıyla veya başbakanın veya yürütmedeki bakanlıkların yetki alanına giren konular, başbakan veya her bir bakanlık tarafından, başbakanlık yönetmeliği veya bakanlık yönetmeliği ile düzenlenebilir (AY. md.95).

Meclis'in çıkarmış olduğu kanunlarda, içerik ve somut özelliklerin değişen ölçülerde az olduğu durumlarda, kanunlarda bırakılan boşluklar başkanlık kararnamesiyle doldurulur<sup>166</sup>.

<sup>162</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea; Küçük, Güney Kore'de, s. 31.

<sup>163</sup> "Korean Legislative System and Procedures", *National Law Information Center*, <http://www.law.go.kr/LSW/eng/engAbout.do?menuId=3>, (ET: 30.06.2019); Küçük, Güney Kore'de, s. 31.

<sup>164</sup> Korean Legislative System and Procedures; Küçük, Güney Kore'de, s. 31.

<sup>165</sup> Jong Ik Chon, "The Effect of Constitutional Review on the Legislature and the Executive branch for last 25 years in Korea", *Journal of Korean Law*, Vol. 14, June 2015, (pp. 131-165), s. 151.

<sup>166</sup> Croissant, *Legislative Powers*, s. 87-88.

Başkanlık kararnameleleri, başkan tarafından onaylandıktan sonra Millet Meclisi’nin onayına tabi olmaksızın yayınlanır<sup>167</sup>. Yetki kanununda, düzenleme yetkisi kapsamında çıkarılacak mevzuatın, gerekliliğinin, kapsamının ve sınırının belirlenmesi gerekir<sup>168</sup>.

Başkanlık kararnameleleri, kanunlardan üstün ya da eş değerde değildir. Başkanlık kararnameleleri, Anayasa ve kanunlara aykırı olamaz, bunlarla kanunlar değiştirilemez. Başkanlık kararnameleleri dışında kalan kanun altı normlar, Anayasaya, kanunlara ve başkanlık kararnamelelerine aykırı olamaz<sup>169</sup>.

Güney Kore’de, yürütmeye, kararları, aktif bir şekilde şekillendirme, belirleme ve uygulama imkânı veren başkanlık kararnamesi çıkarma yetkisinin, sıklıkla kullanılması ve kapsamının geniş bir şekilde belirlenmesi neticesinde, Başkan’la aynı siyasî eğilimde olan disiplinli ve uyumlu bir parti aracılığıyla, Başkan’ın Millet Meclisi üzerindeki etkinliği ile etkileşime girerek, Başkan’ın, anayasayı açıkça ihlal etmeksizin, yasama organı üzerindeki belirleyiciliği, çeşitli şartlara bağlı olarak, değişen ölçülerde tamamlanmakta ve desteklenmiş olmaktadır<sup>170</sup>. Croissant’a göre, Güney Kore Başkanı’nın yasama yetkileri güçlüdür. “Proaktif” başkanlık yetkileri yasama sürecinde daha baskındır. Bununla birlikte, delegatif demokrasi için elverişli kurumsal fırsat yapısının oluştuğunu gösterecek anayasal kararname yetkilerinin hiçbirinin Başkan’ın elinde olmadığı vurgulanmalıdır<sup>171</sup>.

Bir rejimin resmi yasama yetkilerini yürütmeye ne ölçüde devretmeye eğilimli olduğu, Başkan’ın proaktif kararname yetkilerini ne kadar kullandığına bakılarak ölçülebilir<sup>172</sup>.

Bu konuda iki tür veri mevcuttur.

*Birincisinde*, veriler, hem bölünmüş, hem de birleşik hükümetlerin mevcut olduğu, 1988-1999 yılları arasında Başkan’ların dönemleri esas alınarak belirlenmiştir.

<sup>167</sup> Michal Nachmany - Sam Fankhauser - Jana Davidová et.al., “Climate Change Legislation in South Korea”, *The 2015 Global Climate Legislation Study*, s. 3, [https://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/05/SOUTH\\_KOREA.pdf](https://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/05/SOUTH_KOREA.pdf), (ET: 26.08.2021).

<sup>168</sup> Chon, agm., s. 151.

<sup>169</sup> Küçük, Güney Kore’de, s. 32.

<sup>170</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 72, 88; Croissant, Strong Presidents, s. 97.

<sup>171</sup> Croissant, Legislative Powers, s. 72.

<sup>172</sup> *ibid.*, s. 73, 77.

Başkan Chun Doo-hwan, 1988-1992: çıkarılan kanunları sayısı: 541, çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısı: 1.449; Başkan Kim Young-sam, 1993-1997: çıkarılan kanunları sayısı: 954, çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısı: 1.780; Başkan Kim Dae-jung, 1998-1999: çıkarılan kanunları sayısı: 538, çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısı: 988.

*İkincisi*, Mayıs 1988-Şubat 2003 arasında başkanlık kararnamelerinin Millet Meclisi'nde çıkarılan kanunlara oranı, bölünmüş hükümetler döneminde, 2,151, birleşik hükümetler zamanında ise 1,830'dur<sup>173</sup>.

Başkanlık kararnameleri, hem birleşik, hem de bölünmüş hükümetler dönemlerinde kanunlardan fazladır. Parti disiplini ve yasama yürütme arasındaki partizan ilişkilere rağmen, birleşik hükümet ve bölünmüş hükümet dönemleri arasında, kanunlaşma ve yürütmenin düzenleyici işlem çıkarma rakamları arasında ciddi farklılıklar yoktur. Her ne kadar birleşik hükümetler zamanında, hem kanunların, hem de başkanlık kararnamelerinin sayısı artmakta ise de kanunların sayısındaki artış, sayısal ve oransal olarak başkanlık kararnamelerinden daha fazladır. Her ne kadar, bölünmüş hükümetler zamanında çıkarılan kararnamelerin sayısı, birleşik hükümetler zamanında çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısından az ise de, bu ikisi arasındaki fark, bu iki dönemde çıkarılan kanunların sayısı arasındaki farka kıyasla daha azdır. Bu vesileyle bölünmüş hükümetler zamanında yürütmenin düzenleyici işlemlerinin kanunlara kıyasla daha az etkilenmekte olduğu görülmektedir<sup>174</sup>.

Burada ilginç olan bir netice de, esasen bölünmüş hükümetler zamanında başkanlık kararnamelerinin birleşik hükümetlere kıyasla daha fazla olması beklenirken, neticenin aksi yönde olmasıdır. Bu sonuca göre, Başkan, birleşik hükümet dönemlerinde de bölünmüş hükümet dönemlerinde de güçlü konumunu korumaktadır. Kore'de bu şekilde ortaya çıkan uygulamalar, bölünmüş hükümetler döneminde yürütmenin düzenleyici işlemlerinde aşırı artışların yaşandığı bazı Latin Amerika ülkelerindeki pratiklerden esaslı şekilde farklı olmaktadır. Bu durum, Güney Kore'yi, Latin Amerika ülkeleri yanında ABD'deki uygulamalardan da farklı noktaya yerleştirmektedir. Bu kendine özgü uygulama, Latin Amerika'daki sistemsel tikanıklıklara mahal vermemesi açısından son derece önemlidir<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> Lim, agm., s. 244.

<sup>174</sup> Lim, agm., s. 244.

<sup>175</sup> Küçük, Güney Kore'de, s. 38-39.

Güney Kore’de, bölünmüş hükümetler zamanında, yürütmenin, idarî politika oluşturma noktasında güçlü hale gelebilmesi konusunda kanun koyucunun etkilerinden büyük ölçüde yalıtılmış olması sebebiyle, devletin yürütme aygıtı, yasamaya bağlı olmaksızın politika oluşturma noktasından kendine yeter hale gelebilmektedir<sup>176</sup>. Güney Kore’de, bölünmüş hükümetler döneminde, Başkan’la yasama arasında yaşanan gerilim ortamında, Başkan, sahip olduğu anayasal yetki ve gücü sayesinde<sup>177</sup>, yasama tarafından sergilenen meydan okumalar karşısında çaresizlik içinde kalmamakta, yasamanın Başkan’dan gelen yasama önerilerine karşı direnç gösterdiği durumlarda, düzenleyici işlemler yapmak suretiyle yasamanın direncini bertaraf edebilmekte; bu yolla, ihtiyacı olan hukukî düzenlemeleri çok rahatlıkla yapabilmektedir. Güçlü yürütme, bölünmüş hükümetler döneminde, yasamaya fazla muhtaç olmaksızın yürütme görevini icra edebilmektedir<sup>178</sup>.

### 3. Yürütmenin Bazı Kanun Önerilerini Millet Meclisi Üyeleri Vasıtasıyla Vermesi

Başkan’ın kanunların kabulünde etkin olmasını sağlayan bir usul de, yürütme tarafından verilecek kanun önerilerine ilişkin yasama prosedürlerindeki karmaşıklık, uzun zaman alması ve bazı durumlarda sürecin tıkanması sebebiyle, çıkarılmasını istediği bazı kanun önerilerini kendisi ile aynı eğilimde olan parti ya da parlamenterler vasıtasıyla verebiliyor olmasıdır. Bu yolla, hem içeriği yürütme tarafından belirlenen kanun önerileri çok kolaylıkla Meclis’e sunulabilmekte, hem de bu yolla kanunların çıkarılmasında etkili olunabilmektedir. Buradaki etkinliği de, 2012 yılında yapılan kanun değişikliği sebebiyle yine muhalefetle uzlaşmasına bağlı bulunmaktadır.

Özet olarak belirtmek gerekirse, Güney Kore’de, bölünmüş hükümetler döneminde de birleşik hükümetler döneminde de, Başkan ile yasama ilişkilerinde, hiçbir zaman sistemsel tıkanıklıkların yaşanması neticesi ortaya çıkmamıştır. Bunda, birleşik hükümetler döneminde istediği kanunların çıkarılmadığı dönemlerde, Başkan’ın düzenleme yapma yetkisinin kısmen yeterli olmasının da etkili olduğu söylenebilir. Diğer yandan 2012 yılında yapılan ve yasamaya ilişkin nitelikli çoğunluğu öngören kanun değişikliği ile birlikte, artık bölünmüş

<sup>176</sup> Lim, agm., s. 233, 241-242.

<sup>177</sup> Yürütmeyi güçlü kılan düzenleyici işlem yapma yetkisi için bkz.: Korean Legislative System and Procedures; Küçük, Güney Kore’de, s. 31.

<sup>178</sup> Lim, agm., s. 241-242; Küçük, Güney Kore’de, s. 37.



hükümetler döneminde, muhalif partilerin vetoyu aşabilmek için Başkan'la uzlaşmak durumunda kalması, birleşik hükümetler döneminde de nitelikli çoğunluk sebebiyle Başkan'ın muhalif partilerle uzlaşmak durumunda kalması sebebiyle, yasama yürütme ilişkilerinde ve kanunların çıkarılmasında ciddi sorunlarla karşılaşılmamaktadır. Latin Amerika ülkelerinde bölünmüş hükümetler döneminde Başkan'la yasamadaki çoğunluk arasında yaşanan ve bazen sistemin, bazen de rejimin kilitlenmesine sebep olan kilitlenmelerin Güney Kore'de yaşanmaması, sistemin işlerliği açısından pozitif bir durumdur.

## SONUÇ

Güney Kore'de, 1948 yılında kabul edilen kurucu anayasadan sonra, 1987 yılına gelinceye değin, kısa süreli demokratik uygulamadan sonra, uzun süreli otoriter uygulamalar yaşandı. Her ne kadar, 1987 Anayasa değişikliği ile demokratik başkanlık sistemine geçildi ise de, uygulamalar sürekli demokratiklik ölçütünde tartışmalara ve eleştirilere konu oldu. Bu eleştirilerin odağında Başkan'ın güçlü anayasal yetkileri yer almaktadır. Başkan'ın yürütme alanına ilişkin yetkileri yanında, bir de yasama üzerinde sahip olduğu etkileme imkânları mevcuttur. Başkan, bu imkânların etkin kullanımı sebebiyle, Güney Kore'deki demokrasi için bazı akademisyenler "delegatif demokrasi" nitelemesi yapmışlardır.

Güney Kore'de, Başkan'ın saf başkanlık sisteminin gereklerinden bir olan "kuvvetlerin işlevsel ayrılığı" ilkesi ile çelişen kanun önerisinde bulunma yetkisi mevcuttur. Başkan, bazı kanun önerilerini de, kendisi ile aynı eğilimde olan parti vasıtasıyla Meclis'e taşıyabilmekte, bazı kanun önerileri de yürütme içinde yer alan bakanlıklar tarafından içeriği belirlendikten sonra, yasama üyeleri vasıtasıyla Meclis'e verilmektedir.

Yürütme lehine olan bütün bu imkânların, Meclis'i, yasama yetkisinin kullanımında yürütmenin "lastik damgası" haline getirildiği, Meclis'in, bir nevi "yürütmenin bir alt yasama organı"na dönüştüğü belirtilmiştir.

Bütün bu eleştirilerde, demokrasiye geçişin erken dönemleri için haklılık payının olduğu söylenebilirse de son 33 yıl içinde, yasama faaliyetlerinin yerine getirilmesinde yasama yürütme ilişkilerinde önemli değişikliklerin yaşandığını belirtmek gerekir.

İlk dönemlerde, Başkan'ın kanunların kabulünde etkinliğinin maksimum düzeyde olduğu görülmekte ise de bir yandan bölünmüş hükümetler dönemi, diğer yandan 2012 yılında yapılan kanun değişikliği sebebiyle, Meclis'in yasama

çalışmalarında daha baskın hale geldiği görülmektedir. Ayrıca, “Millet Meclisi Araştırma Hizmetleri (NARS)”nin kuruluşu ile Meclis, kendi bünyesinde oluşan kanun önerilerini, kısmen de olsa daha nitelikli hale getirme imkânına kavuşmuştur. Fakat NARS’a rağmen yine de nitelsiz kanun önerilerinin sayısında ciddi artışlar yaşandığı görülmektedir.

2012 yılında yapılan kanun değişikliği ile Başkan’ın Meclis’te 3/5’ten az çoğunluğun desteğine sahip olduğu birleşik hükümetler döneminde de, Başkan, her istediği kanunu hızlı bir şekilde kabul etme imkânını kaybetmiştir. Bu değişiklik, Başkan’ı, kanunların kabulünde, muhalefete muhtaç hale getirmiştir. Muhalefet, de kanunları çıkarabilmesi için Başkan’ın desteğine muhtaç halindedir. Çünkü Başkan bir kanunu veto ettiği zaman, vetonun aşılabilmesi için üye tamsayısının yarısından fazlasının katılımıyla, katılanların 2/3 veya daha fazlasının oyuna muhtaçtır. Güney Kore’de, çok partili yapı içinde, şimdiye kadar muhalefet bu çoğunluğa hiç ulaşamadı ve ulaşabilmesi de pek beklenmemektedir. Nitekim şimdiye kadar vetoların aşılması çok istisnai bir durumdur.

Son yıllarda, birleşik hükümet dönemlerinde de bölünmüş hükümetler döneminde de, parti disiplini içinde kanunların çıkarılmasında ciddi manada zorlanmalar yaşanmamaktadır. Başkanlık sisteminin tatbik edildiği bazı Latin Amerika ülkelerinde bölünmüş hükümetler zamanında yasama ve yürütme içi gerilimler yaşandığı halde, Güney Kore’de özellikle yürütmeye sağlanan düzenleme yetkilerinin de etkisi ile sistemin tıkanmaksızın işlediği görülmektedir. Bazı ülkelerdeki bölünmüş hükümetler zamanında, yürütmenin kanunlardan ziyade yürütme işlemlerine yöneldiği görülürken, Güney Kore’de kanunların kabulü konusunda da, yürütmenin düzenleyici işlemleri konusunda da aşırı artma ya da azalma yaşanmamıştır. Kanunlar da başkanlık kararnamele de sayısal olarak belli denge içerisinde çıkarılmaktadır. Bu yaşananlar, yasama-yürütme çatışmasına sebep olmadığı, dengenin biri lehine diğeri aleyhine bozulması olgusu yaşanmadığı, her türlü şartlarda işleyen bir sistem ortaya çıktığı için bu gelişmeler, bu ülkedeki uygulamaların pozitif yönünü teşkil etmektedir.

Kanunların yapılması konusunda, yasama yürütme arasındaki dengenin kurulması, demokrasiye geçişten sonraki erken dönemlerde yürütmenin baskın pozisyonunun yerini, son yıllarda yasamanın daha dengeli güç haline gelmesi ile sağlanmıştır. Gerek birleşik hükümetler döneminde, gerekse bölünmüş hükümetler döneminde olsun, Güney Kore’de son yıllarda Yasama Meclisi üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinin, yürütme tarafından verilen önerilere göre çok daha fazla arttığı ve çıkarılan kanunlar içerisinde, yasama üyelerinin

verdiği önerilerden kabul edilen kanunların çok daha fazla olduğu görülmektedir. Başkan'ın, anayasal olarak sahip olduğu düzenleme yetkileri kapsamında yaptığı başkanlık kararnameleri ve kendisi ile aynı siyasî eğilime sahip partili yasama üyelerini fiili olarak yönlendirerek yasamaya etki ederek çıkarılmasını sağladığı kanunlara karşı (20. Dönem Millet Meclisi: 698), yasama da kendi inisiyatifini ile çıkardığı kanunlarla (6.194) karşı dengeyi sağlamış olmaktadır.

Son yıllarda, değiştirilmeksizin kabul edilen kanunların sayısı da, yasama üyeleri lehine olmaktadır. Nitekim yasama üyeleri tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanlardan değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 547; yürütme tarafından verilen kanun önerilerinden kanunlaşanlardan değişiklik olmaksızın kabul edilen kanun önerileri: 123'tür. Bu rakamlar da, yürütmeye karşı yasama lehine olan bir başka dengeleme unsurudur.

Güney Kore'de, çok sayıda gelgitler yaşandıktan, yasama sürecine ilişkin birtakım değişiklikler yapıldıktan sonra, bazı aksaklıklara rağmen, yasama yürütme ilişkilerinde az sorunlu olarak işleyen bir sisteme ulaşılmıştır. Gerek bölünmüş, gerekse birleşik hükümetler döneminde olsun, bir sistemsel tıkanıklığın yaşanmaması ve yasama ve yürütmenin, yasama faaliyetlerinde, kuvvetler ayrılığı ilkesini esaslı bir şekilde zedelemeksizin, dengeli bir etkinlik içerisinde olmaları, bu sistemin Türkiye açısından bir esin kaynağı olması açısından da önemlidir. Yeni Anayasanın yapılması yönünde yoğun tartışmaların yaşanmakta olduğu Ülkemizde, Güney Kore'deki sistemin bilinmesi, bu tartışmalar kapsamında Anayasa koyucumuz açısından yol gösterici olabilecektir.

**KAYNAKÇA**

- ARSLAN, Zühtü, *Anayasa Teorisi*, Seçkin y., Ankara, 2005.
- BAE, Jin Seok, “The Effect of Democratization on Election-Oriented Economic Policy: Evidence from South Korea”, (Committee: MADRID, Raul & ROBERTS, Brian & LIN, Tse-min & KANG, David) *The University of Texas at Austin*, December 2015, <https://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/33504/BAE-DISSERTATION-2015.pdf?sequence=1>, (ET: 15.08.2021).
- BAUMGARTNER, Frank & BROUARD, Sylvain & GROSSMAN, Emiliano & LAZARDEUX, Sébastien & MOODY, Jonathan, “Divided Government, Legislative Productivity, and Policy Change in the USA and France”, *Governance*, Wiley, Vol. 26, No. 4, Y. 2013, <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053724/document>, (ET: 07.07.2019), (pp. 423-447).
- CHO, Kyubeom, Legislative Impact Assessment at the National Assembly of the Republic of Korea, National Assembly Research Service, August 11, 2016, [https://www.ifla.org/files/assets/services-for-parliaments/preconference/2016/cho\\_presentation.pdf](https://www.ifla.org/files/assets/services-for-parliaments/preconference/2016/cho_presentation.pdf), (ET: 14.12.2019).
- CHIO, Jun-Young, “What Makes Legislators Introduce Bills?”, *The Journal of 21st Century Political Science Association*, Vol. 6, No. 20, Y. 2006, (pp. 307-326).
- CHON, Jong Ik, “The Effect of Constitutional Review on the Legislature and the Executive Branch for Last 25 Years in Korea”, *Journal of Korean Law*, Vol. 14, June 2015, (pp. 131-165).
- COLOMER, Josep M., “Policy Making in Divided Government: A Pivotal Actors Model with Party Discipline”, *Public Choice*, December, 2005, [https://www.researchgate.net/publication/220007312\\_Policy\\_Making\\_in\\_Divided\\_Government](https://www.researchgate.net/publication/220007312_Policy_Making_in_Divided_Government), (ET: 20.12.2019), (pp. 247-269).
- “Constitution of the Republic of Korea”, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b4dd14.html>, (ET: 08.12.2019).
- CROISSANT, Aurel, “Electoral Politics in South Korea”, *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, (Edt: Aurel Croissant & Gabi Bruns & Marei John), Library of the Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, <https://library.fes.de/pdf-files/iez/01361008.pdf>, (ET: 12.06.2019).
- CROISSANT, Aurel, “Strong Presidents, Weak Democracy? Problems of Democratic Consolidation in South Korea”, *Korea Economic Institute of America*, (Edt: The Political Economy of Korean Reconciliation and Reform), Washington, 2001, (pp. 91-106) (Croissant, Strong Presidents).
- CROISSANT, Aurel, “Legislative Powers, Veto Players, and the Emergence of Delegative Democracy: A Comparison of Presidentialism in the Philippines and South Korea”, *Democratization*, Vol. 10, No. 3, Autumn 2003, pp. 68-98 (CROISSANT, Legislative Powers).

- DOSTAL, Jörg Michael, "South Korean Presidential Politics Turns Liberal: Transformative Change or Business as Usual?", *The Political Quarterly*, Vol. 88, No. 3, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ss0ar-55605-8>, (pp. 480-491), (ET: 26.08.2021).
- DUVERGER, Maurice, *Siyasal Partiler*, (Çev.: ÖZBUDUN, Ergun), 2. B., Bilgi y., Ankara, 1974.
- ERDOĞAN, Mustafa, "Başkanlık Sistemini Doğru Tartışmak", *Liberal Düşünce D.*, S. 2, Bahar 1996, (pp. 4-12).
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, 7. B., Orion y., Ankara, 2011.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 12. B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- GONZÁLEZ, Lucas, "Unpacking Delegative Democracy: Digging Into the Empirical Content of a Rich Theoretical Concept", <http://www.unsam.edu.ar/profesores/LucasGonzalez/LGonzalez-Unpacking%20Delegative%20Democracy.pdf>, (ET: 26.08.2018).
- "Güney Kore", [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney\\_Kore](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney_Kore), (ET: 25.12.2016).
- HAHM, Chaihark & KIM, Sung Ho, "To Make 'We the People': Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 4, October 2010, <https://academic.oup.com/icon/article/8/4/800/667104> (ET: 22.06.2019).
- HAN, Jeong Hun, "Legislation Conflicts in the Korean National Assembly: Focusing on the Health and Welfare Policies", *Journal of Korean Politics*, Vol. 22, No. 3, Y. 2013, pp. 35-62.
- HIX, Simon & JUN, Hae-Won, "Party Behaviour in the Parliamentary Arena the Case of the Korean National Assembly", *Party Politics*, Vol. 15, No. 6, November, 2009, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.2243&rep=rep1&type=pdf>, (ET: 04.07.2019), pp. 667-694.
- HONG, Wan Sik, "Rationalization of Government Legislation Procedures", *Innovation of Legislative Process*, (Edt.: RHEE, Ik Hyeon & VOERMANS, Wim), IAL, November 15, 2018, <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/01/INNOVATION-OF-LEGISLATIVE-PROCESS.pdf>, (ET: 12.12.2019), pp. 85-121.
- HORIUCHI, Yusaku & LEE, Seungjoo, "The Presidency, Regionalism, and Distributive Politics in South Korea", *Comparative Political Studies*, Vol. 41, No. 6, June 1, 2008, pp. 861-882.
- HOWELL, William & ADLER, Scott & CAMERON, Charles & RIEMANN, Charles, "Divided Government and the Legislative Productivity of Congress, 1945-94", *Legislative Studies Quarterly*, Vol XXV, No. 2, May, 2000, <http://home.uchicago.edu/~whowell/papers/Divided.pdf>, (ET: 20.12.2019), pp. 285-312.

- JEON, JuhnYoung, "A Study of Members' Voting Behaviour in the Tax Bill", *Journal of Legislative Studies*, Vol. 12, No. 1, Y. 2006, pp. 131-139.
- JUN, Hae Won & HIX, Simon, "The Meaning of Conflict in the Korean National Assembly", *Political Science and Political Economy Working Paper*, 4/2006, <http://www.lse.ac.uk/government/Assets/Documents/pdf/research-groups/pspe/working-papers/PSPE-WP4-06.pdf>, (ET: 04.07.2019), pp. 1-39.
- JUNG, Young-Tae, "Democracy and Election After Democratization in South Korea", *Identity, Culture and Politics*, Vol. 10, No. 2, Y. 2009, file:///C:/Users/Ak%C3%BC%A7%C3%BCK/Downloads/Jung\_Young-Tae.pdf, (ET: 13.06.2019), pp. 32-55.
- KIHL, Young Whan, "The Past as Prologue: President Kim Dae Jung's Legacy and President Roh Moo-Hyun's Policy Issues and Future Challenges", in *A Turning Point: Democratic Consolidation in the ROK and Strategic Re-adjustment in the US-ROK Alliance*, (Edt. Alexandre Y. Mansourov), Asia Pacific Center for Security Studies (APCSS), Honolulu, Hawaii, 2005, (pp. 158-183).
- KIM, Dongwoo, "A Tool for Delegative Governance? South Korea's National Security Law and Delegative Democracy", (August 2016), <https://open.library.ubc.ca/soa/cIRcle/collections/ubctheses/24/items/1.0307410>, (ET: 15.08.2021) (Dongwoo, A Tool for Delegative).
- KIM, Soon-Yang, "The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun", *The Korean Social Science Journal*, Vol. 39, No. 2, T. 2012, <https://pdfs.semanticscholar.org/befd/708552ea30721df83f9785cea26550f87945.pdf>, (ET: 06.07.2019), pp. 79-106.
- KIM, Sunhyuk, "Korea: The Politics of Three Transitions", *Korea Economic Institute of America*, (Edt: The Political Economy of Korean Reconciliation and Reform), Washington, 2001, pp. 110-120.
- KIM, Doo-Rae, "Executive-legislative Competition in Agenda Setting: an Analysis of Longitudinal Changes in South Korea", *Asian Journal of Political Science*, Vol. 25, No. 3, 2017, (pp. 383-400).
- KIM, Kyung-hwa, "Presidential Instability in a Developing Country: Reassessing South Korean Politics From a State-Society Relations Perspective", *Dissertations*, June 2017, <https://surface.syr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1711&context=etd>, (ET: 15.08.2021).
- "Korean Legislative System and Procedures", *National Law Information Center*, <http://www.law.go.kr/LSW/eng/engAbout.do?menuId=3>, (ET: 30.06.2019).
- KUZU, Burhan "Türkiye İçin Başkanlık Sistemi I", *Liberal Düşünce D.*, C. 1, S. 2, Bahar 1996.

- KÜÇÜK, Adnan, **ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları**, 2. B., Adalet y., Ankara, 2019 (KÜÇÜK, ABD ve Latin Amerika).
- KÜÇÜK, Adnan, "Güney Kore'de Kendine Özgü Demokratik Başkanlık Sistemi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.**, C. 9, S. 2, Y. 2019, s. 1-82. (KÜÇÜK, Güney Kore'de).
- KÜÇÜK, Adnan, **Türkiye'de Başkanlık (Cumhurbaşkanlığı) Sistemi**, 2. B., Adalet y., Ankara, 2021.
- KÜÇÜK, Adnan, & AYDOĞDU, Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Milletvekili Seçim Sistemi Önerileri", **Liberal Düşünce D.**, Y. 23, S. 90, Bahar 2018, pp. 7-33.
- LEE, Hojun, "Presidentialization and Procedural Rules Change: The Case of the South Korean National Assembly", **Journal of East Asian Studies**, Vol. 19, No. 1, 3 February 2019, [https://www.researchgate.net/publication/330846518\\_PRESIDENTIALIZATION\\_and\\_PROCEDURAL\\_RULES\\_CHANGE\\_The\\_CASE\\_of\\_the\\_SOUTH\\_Korean\\_NATIONAL\\_ASSEMBLY](https://www.researchgate.net/publication/330846518_PRESIDENTIALIZATION_and_PROCEDURAL_RULES_CHANGE_The_CASE_of_the_SOUTH_Korean_NATIONAL_ASSEMBLY), (ET: 18.12.2019), pp. 11-129 (LEE, Presidentialization and Procedural).
- LEE, Hyeon Woo, "Comparative Analysis on Roll-Call Voting in the Korean Assembly and the U.S. House: On the Free Trade Agreement", **Korean Journal of International Relationship**, Vol. 45, No. 3, Y. 2005, pp. 105-126 (LEE, Comparative Analysis on).
- LEE, Han Soo & MIN, Hee & SEO, Jungkun, "Legislative Response to Constituents' Interests in New Democracies: The 18th National Assembly and Income Inequality in Korea", **Government and Opposition**, Vol. 53, No. 2, April 2018, [http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO\\_online\\_version\\_08.15.16.pdf](http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO_online_version_08.15.16.pdf), (ET: 04.07.2019), pp. 1-23.
- LEE, Kap-Yun & LEE, Hyeon Woo, "Partisan Influence on Congressional Voting: In Cases of the 17th Korean National Assembly", **Journal of Korean Politics**, Vol. 20, No. 2, Y. 2011.
- "Legislative Process(a)", [http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Legislative\\_process?ckattempt=1](http://koreanlii.or.kr/w/index.php/Legislative_process?ckattempt=1), (ET: 12.12.2019).
- "Legislative Process", [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/step.do](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/step.do), (ET: 11.12.2019).
- LİJPART, Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, (Çev: ÖZBUDUN, Ergun & ONULDURAN, Ersin), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak y., Ankara, 1989.
- LİM, Seong-Ho, "Neither Gridlock nor Moderation, but Administrative Recharge: The Irony of Divided Government in South Korea", **The Korean Journal of International Relations**, Vol. 45, No. 5, Y. 2005, [http://kaisnet.or.kr/resource/down/3\\_10.pdf](http://kaisnet.or.kr/resource/down/3_10.pdf), (ET: 01.07.2019), pp. 231-257.
- LİJPART, Arend, **Çağdaş Demokrasiler**, (Çev.: ÖZBUDUN, Ergun & ONULDURAN, Ersin), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak y., Ankara, 1989.

- MİŞ, Nebi & ASLAN, Ali & AYVAZ, M. Erkut & DURAN, Hazal, ***Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (Rapor)***, 2. B., SETA y., Ankara, 2016.
- MOON, Woojin, “The Executive Legislative Relationship and Executive Dominance in Law Production in South Korea”, ***Korean Political Science Review***, Vol. 54, No. 6, Winter 2020, pp. 5-29 (Moon, The Executive Legislative).
- NACHMANY, Michal & FANKHAUSER, Sam & DAVIDOVÁ Jana, et.al., “Climate Change Legislation in South Korea”, ***The 2015 Global Climate Legislation Study***, [https://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/05/SOUTH\\_KOREA.pdf](https://www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/05/SOUTH_KOREA.pdf), (ET: 26.08.2021).
- “National Assembly Act”, [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_service/lawView.do?hseq=25732&lang=ENG](https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=25732&lang=ENG), (ET: 11.12.2019).
- “National Assembly Elections”, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/02\\_elections/01\\_04.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp), (ET: 08.07.2019).
- “National Parliaments: South Korea”, <https://www.loc.gov/law/help/national-parliaments/southkorea.php>, (ET: 11.12.2019).
- O’DONNELL, Guillermo, “Delegative Democracy” ***The Helen Kellogg Institute for International Studies***, (April 1993), <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/172.pdf>, (ET: 15.08.2021).
- “Overview of Legislation System of the Republic of Korea”, (05.08.2003), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011552.pdf>, (ET: 28.06.2019).
- PARK, Hyun Soon & JEON, Juhn-Young, “Analyzing Voting Records for Corporate Tax Bills in the National Assembly”, ***Korean Political Science Review***, Vol. 49, No. 5, Y. 2015, pp. 267-286.
- PARK, Chong-min & BAE, Jung Hyun, “The State of Democratic Governance in South Korea: From the Perspective of Ordinary Citizens”, ***An Asian Barometer Conference on the State of Democratic Governance in Asia Session II. Democratic Regimes in Northeast Asia***, Taiwan on June 20-21, 2008, <http://www.asianbarometer.org/publications/c0146d88c627d9342aa9b60088393f8d.pdf>, (ET: 15.08.2021).
- POPE, Kylan & HALL, Adam Pepin-, “Can South Korea Enact Electoral Reform in Time”, ***The Diplomat***, (April 2, 2019), <https://thediplomat.com/2019/04/can-south-korea-enact-electoral-reform-in-time/>, (ET: 25.06.2019).
- “Public Official Election Act”, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/05\\_resourcecenter/02\\_01.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/02_01.jsp), (ET: 08.07.2019).
- RHEE, Ik Hyeon, “Alignment of the Government Legislative Process for the Quality of Laws”, ***Innovation of Legislative Process***, (Edt.: RHEE, Ik Hyeon & VOERMANS, Wim), IAL, (November 15, 2018), <https://ial-online.org/wp-content/uploads/2019/01/INNOVATION-OF-LEGISLATIVE-PROCESS.pdf>, (ET: 12.12.2019), pp. 37-68.



- RULAND, Jürgen & JURGENMEYER, Clemens & NELSON, Michael H. & ZIEGENHAIN, Patrick, "Parliaments and Political Change in Asia", January 2005, [https://www.researchgate.net/publication/290027951\\_Parliaments\\_and\\_political\\_change\\_in\\_Asia](https://www.researchgate.net/publication/290027951_Parliaments_and_political_change_in_Asia), (ET: 15.08.2021).
- SARTORI, Giovanni, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev.: ÖZBUDUN, Ergun), Yetkin y., Ankara, 1997.
- "South Korean National Assembly: the Role of Committee Staffers as Information Providers and Network Managers in the Scrutiny of Government Law Bills", <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10871/27837/SeoD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (ET: 15.08.2021) (South Korea National Assembly).
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2014.
- ULUŞAHİN, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin y., Ankara, 1999.
- MOON, Woojin, "The Executive Legislative Relationship and Executive Dominance in Law Production in South Korea", *Korean Political Science Review*, Vol. 54, No. 6, Winter 2020, pp. 5-29.



# TÄTER OPFER AUSGLEICH IM TÜRKISCHEN RECHTSYSTEM<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Ercan YAŞAR<sup>(\*\*)</sup>

## ABSTRAKT

Mit dieser Arbeit wird ein Einblick in die Rechtspraxis der Türkei über den Täter Opfer Ausgleich (TOA) geschaffen. Im türkischen Recht wurde der Begriff TOA nicht explizit erwähnt. Sondern verwendet der Gesetzgeber den Begriff Vermittlung, was wortwörtlich als *Konsens* bzw. *sich einigen* übersetzt werden kann. Hier wird jedoch der Begriff des Täter Opfer Ausgleichs verwendet. Dieser kann aber auch u.a. als Schlichtungsverfahren, außergerichtlicher Tatausgleich, außergerichtliche Konfliktlösung oder Sühneverfahren bezeichnet werden. Zu Beginn wird eine kurze Einleitung über das Institut und dessen Verankerung in der Türkei gegeben. Um den Unterschied zwischen der türkischen und der deutschen Rechtspraxis zu verdeutlichen, wurden einige Rechtsvergleichungen durchgeführt.

Ferner wird auf die Ratio des TOA, Eigenschaften des Vermittlers, Anwendungsvoraussetzungen, Rechtsfolgen des Instituts auf das Verfahren und auf die Beteiligten näher eingegangen. Schließlich werden Gang des TOA-Verfahrens, Probleme, die bei der Rechtspraxis auftauchen, im Einzelnen untersucht.

**Stichwörter:** Täter Opfer Ausgleich (TOA), Victim Offender Mediation (VOM), Wiedergutmachende Gerechtigkeit, Außergerichtlicher Tatausgleich, Alternative Dispute Resolution.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03/08/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 09/09/2021.

Atif Şekli: Ercan Yaşar, "Türk Ceza Hukukunda Uzlaştırma", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 157-186.

<sup>(\*\*)</sup> Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan, Türkiye; LL.M und Doktorgrad von FU-Berlin, tätig am Lehrstuhl für Strafrecht der Juristischen Fakultät der Erzincan Binali Yıldırım Universität.

E-posta: ercanyasar279@gmail.com.

Orcid: 0000-0001-9076-6795.

Dieser Beitrag wurde von Frau Hüveyda Asenger sprachlich überarbeitet.

## VICTIM OFFENDER MEDIATION IN TURKISH CRIMINAL LAW

### ABSTRACT

The aim of this work is to provide an insight into the legal practice of Turkey about victim offender mediation (but can also be referred to as arbitration, conflict resolution without court proceedings, alternative dispute resolution). It is already known to the readers. However, a short introduction about this institute and its anchoring in Turkey is initially given in order to internalize the implementation of this institute. In order to clarify the difference between Turkish and German legal practice, a number of legal comparisons were carried out.

Ratio of the VOM, qualification of the mediators, application requirements, legal consequences of the institute on the procedure and on those involved are discussed in more detail. Finally, the course of the VOM procedure and the problems that arise in legal practice are examined in detail.

**Keywords:** Victim Offender Compensation, Victim Offender Mediation (VOM), Restorative Justice, Settlement of Offenses Without Criminal Procedure, Alternative Dispute Resolution (ADR).

## TÜRK CEZA HUKUKUNDA UZLAŞTIRMA

### ÖZ

Bu çalışma ile Türk hukuk uygulamasında uzlaştırma kurumu hakkında bilgi verilmesi amaçlanmıştır. Türk hukuk mevzuatında mağdur fail arabuluculuğu/denkleştirilmesi kavramına yer verilmemiştir. Zira bir yandan özel hukuktaki arabuluculuk kavramı ile karıştırılması önlenmiş; diğer yandan zaten mevzuat gereği arabuluculuk faaliyeti üstlenmemiş olan uzlaştırıcı da bu şekilde adlandırılmaktan korunmuştur. Ancak bu çalışmada çalışmanın ele alındığı dil esas alınarak Alman hukukunda kabul gören kavram olan mağdur fail denkleştirilmesi kavramı tercih edilmiştir.

Çalışmada kurumun uygulamasını göstermek amacıyla giriş kısmında Türkiye'deki kanunlaşma süreci hakkında öz bir bilgiye yer verilmiştir ve yer yer Türk ve Alman hukuk uygulaması arasındaki farkı açıklığa kavuşturmak için karşılaştırmalar yapılmıştır.

Kurumun hukuki niteliği, başvuru şartları, uzlaştırmacıda bulunması gereken nitelikler, uzlaşmanın dava ve taraflar açısından doğurduğu sonuçlar ele alınmış olup; son olarak uzlaştırma usulü ve uygulamasında ortaya çıkan sorunlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Fail Mağdur Denkleştirilmesi, Mağdur Fail Arabuluculuğu, Onarıcı Adalet, Mahkeme Dışı Çözüm, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi.

## EINLEITUNG

Im Sinne vom klassischen Strafrecht ist die Beteiligung des Opfers am Strafverfahren keine Pflicht. Überwiegender Teil der Delikte setzen überhaupt keine Antragstellung zur Verfahrenseröffnung und oder zur Weiterführung des Verfahrens voraus. Denn im klassischen Sinne ist „Gegenstand des Strafverfahrens in erster Linie die Verletzung eines staatlichen Verbotes und damit eine Angelegenheit zwischen Beschuldigtem und Staat“<sup>1</sup>. Daher schenkt der Gesetzgeber im klassischen (vertikal-konfliktorientierten) Strafrecht dem Opfer bzw. dem Geschädigten wenig Beachtung. In dem letzten Jahrhundert, nämlich im modernen Strafrecht, hat der Geschädigte mehr Ansprüche zur Beteiligung am Strafverfahren erhalten.<sup>2</sup> Wie es bei Antragsdelikten der Fall ist, hängt die Eröffnung des Hauptverfahrens von der Aussage bzw. vom Antrag des Geschädigten ab. Außerdem läuft die Bestrafung des Beschuldigten nicht mehr allein aufgrund der Verletzung eines staatlichen Verbotes, sondern wird hierbei die Herstellung der Rechtsicherheit durch Abschreckung und oder Prävention, Besserung der Täter durch Resozialisierung, Erfüllung der Gerechtigkeitsgefühle der Betroffenen<sup>3</sup> oder der Allgemeinheit bezweckt.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber will im modernen Strafrecht mehr Beachtung zur Zufriedenstellung des Verbrechensopfers schenken. In der Lehre wird dies als *Renaissance des Opfers in der Kriminalpolitik* bezeichnet.<sup>5</sup> Demzufolge erhält wiedergutmachende Gerechtigkeit eine stetig wachsende Bedeutung im Strafrecht. Erste Hinweise zur wiedergutmachenden Gerechtigkeit lassen sich durch Anordnung der Wiedergutmachung des durch die Straftat verursachten Schadens während der Hauptverhandlung erkennen sowie durch Beratung, Betreuung und Entschädigung von Opfern. In diesen Methoden verankern sich neue Ansätze der heilenden Gerechtigkeit.<sup>6</sup> Grenzüberschreitend betrachtet man seit den 1970er Jahren, dass der Täter Opfer Ausgleich (TOA) in

<sup>1</sup> Micha Nydegger, Vom Geschädigten zum Privatkläger, in *ZStrR* 136/2018, S. (55) 56ff.

<sup>2</sup> Bommer begründet dies wie folgt: „Die Hinwendung zum Opfer kann Ausdruck der Meinung sein, man habe nun „genug für die Täter“ getan“. Felix Bommer, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, in *ZStrR* 121/2003, S. (172), 172.; Volker Krey - Manfred Heinrich, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2019, Rn. 489.

<sup>3</sup> „Bestrafung als Genugtuung für die Verbrechensopfer“ im Sinne von absoluten Straftheorien. Mehr dazu siehe Gropp, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., S. 40 §1, Rn. 101 ff.

<sup>4</sup> Mehr dazu siehe Gropp, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., S. 40 §1, Rn. 101 ff.

<sup>5</sup> Heike Jung, Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer, in *JZ* 58/22, 2003, S. (1096) 1096.

<sup>6</sup> Bommer, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, in *ZStrR* 121/2003, S. (172), 172 ff.; BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 44. Ed. 1.11.2019, StGB §46a Rn. 3.; Mehr dazu Arm Sarhan, *Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik*, BWV, Berlin 2006, S. 24 ff.

diesem Sinne der wiedergutmachenden Gerechtigkeit dient. Mit dem TOA bezweckt Deutschland seit 1980er Jahren -*verglichen mit traditionellen, eher punitiv orientierten strafrechtlichen Sanktionen*- die Schaffung zusätzlicher Alternativen einer restitutive Gerechtigkeit im Sinne der Opferinteressen.<sup>7</sup>

Anders als Deutschland erstreckt sich die Geschichte des Täter Opfer Ausgleichs (TAO) in der Türkei auf keine lange Zeit.<sup>8</sup> Erst im Jahr 2005 wurde dieses Rechtsinstitut vom Gesetzgeber in Strafprozessordnung (Art.253 ff.) sowie im türkischen Strafgesetzbuch (Art.73 Abs.8 alter Fassung)<sup>9</sup> verankert. Seitdem wurde dieses Rechtsinstitut durch mehrere Novellierungs-versuche geändert. Zuerst sah der Gesetzgeber vor, dass die Staatsanwaltschaft die Parteien fragen soll, ob sie bereit sind, ein Ausgleichs- bzw. Vermittlungsverfahren durchzuführen (hierbei war es nötig, dass der Verdächtige zugibt, dass er die Tat begangen habe; wenn nicht, kommt TOA-Verfahren nicht in Anwendung). Falls die Parteien sich für einen Ausgleich äußern, fragt der Staatsanwalt die Parteien, ob sie sich dazu auf einen Rechtsanwalt einigen können, der hierbei als unparteiischer Vermittler den Ausgleich führt. Falls die Parteien sich darauf nicht einigen können, verlangt die Staatsanwaltschaft die Einsetzung eines oder mehrerer Rechtsanwälte von Anwaltskammer für die Vermittlung.<sup>10</sup> Durch Novellierung vom Art.253 tStPO am 19.12.2006 wurde dieses Rechtsinstitut so geändert, dass der Staatsanwalt selbst oder durch einen Strafverfolgungsbeamten die Einladung zum TOA durchführt; falls diese Einladung von Parteien angenommen wird, darf der Staatsanwalt selbst das Vermittlungsverfahren durchführen oder die Einsetzung eines oder mehrerer Rechtsanwälte von Anwaltskammer für die Vermittlung verlangen oder einen Vermittler, der einen Juraabschluss hat, beauftragen.<sup>11</sup> Diese Auffassung von 2006 bleibt bis zum Ende 2016 in Kraft. Am 02.12.2016 geltend wurde Vermittlung des TOA

---

<sup>7</sup> Frank Winter-Eduard Matt, *Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland*, in NK 2/2012, S. (73) 74.

<sup>8</sup> Dazu siehe Özbek-Doğan-Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Aufl. Seçkin Ankara 2019, S. 841ff.; Berrin Akbulut-Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Aufl. Seçkin, 2019, S. 21ff.

<sup>9</sup> Art.73 Abs.8 wurde am 06/12/2006 durch Art.45 des Änderungsgesetzes mit Gesetzesnummer 5560 aufgehoben (Lexpera.com.tr 07.06.2021).

<sup>10</sup> Dazu siehe die erste Auffassung von Art.253 Abs.4 der tStPO vom 04.12.2004 abrufbar auf Gesetzesblatt vom 17.12.2004 Nr. 25673 sowie Art.13 der Verordnung über TOA im Strafverfahren von 26/07/2007 abrufbar auf Gesetzesblatt vom 26/07/2007 Nr. 26594.

<sup>11</sup> Dazu siehe die Auffassung von Art.253 Abs.9 der tStPO vom 06.12.2006. abrufbar auf Gesetzesblatt vom 19.12.2006 Nr. 26381.

nochmal geändert.<sup>12</sup> Demgemäß wurde die Vermittlungsaufgabe -wie unten ausführlich erläutert wird- den professionellen, unparteiischen Vermittler (Uzlaştırıcı) gelassen.<sup>13</sup>

In den ersten Jahren der türkischen Rechtspraxis wurden mehrheitlich die Staatsanwälte oder die von Staatsanwalt ernannten Personen als Vermittler eingesetzt. Die Einsetzung eines Rechtsanwalts kam sehr selten vor. Demzufolge lief es mehrheitlich durch parteiische Personen, was die freie Meinungsäußerung und oder Meinungsbildung von Beteiligten beeinträchtigen könnten. Diese vorläufige Einsetzung hat ergeben, dass die Vermittlung durch Staatsanwalt und oder durch die Personen, die vom Staatsanwalt ernannt wurden, hinsichtlich der freien Meinungsbildung der Beteiligten große Gefahren birgt. Denn unter diesen Umständen war es schwer zu behaupten, dass der Täter oder das Opfer während der Meinungsäußerung und oder Meinungsbildung von Staatsanwaltschaft völlig befreit waren. Um genau diese Gefahr zu beseitigen, hat der Gesetzgeber ab dem Jahr 2016 den diese Arbeit betreffenden TOA dem professionellen überparteilichen Vermittler überlassen. Seitdem dürfen Staatsanwälte und oder die von Staatsanwalt ernannten Vermittler diese Versöhnung nicht durchführen.<sup>14</sup> Außerdem ist seitdem eine besondere Stelle für TOA unter der Staatsanwaltschaft gegründet worden, die die Arbeit der Vermittler organisiert. Diese Stelle/ das Büro (Vermittlerbüro = Uzlaştırma Bürosu) wird von einem Staatsanwalt geleitet. Der Staatsanwalt ist in diesem Fall lediglich für die Überprüfung von Delikten (ob bei diesen Delikten einen Ausgleich gesetzlich vorgesehen ist oder nicht) und für die Überprüfung (im-) materieller Wiedergutmachung bzw. der Leistung (ob diese Leistung die moralischen und oder rechtlichen Voraussetzungen einer Leistung erfüllt oder nicht) beauftragt. Der Rest wird vom Vermittler übernommen. Daher können die Parteien ihre Meinung im Vergleich zu früher freier bilden. Außerdem hat die Aufhebung des folgenden Absatzes dazu gedient, die freie Meinungsäußerung von Parteien (insbesondere von Täter) zu sichern. Nämlich soll der Täter nicht mehr von vornherein annehmen/zugeben, dass er die Tat begangen habe, um lediglich den TOA-Versuchsweg freizuschalten. Diese Voraussetzung verursachte mehrere Probleme bei einem gescheiterten TOA. Denn der Täter gibt von vornherein zu,

<sup>12</sup> Dazu siehe die Auffassung von Art.253 Abs.4 der tStPO vom 24.11.2016. abrufbar auf Gesetzesblatt vom 02.12.2016 Nr. 29906.

<sup>13</sup> Ercan Yaşar, "Restorative Justice in der Türkei", in *TOA-Magazin*, 2020/2, s. 31 vd.

<sup>14</sup> Erdal Yerdelen, *Uzlaştırmanın Esasları, in Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı*, 2. Aufl. 2018, S. 23 ff.



dass er die Tat -schuldhaft- begangen habe. Als die TOA-Gespräche gescheitert sind und Gerichtsverfahren eröffnet wird, versucht der Täter diese Aussage zu verneinen. Jedoch stehen seine vorherigen Aussagen seiner neuen Aussagen entgegen, was seine Verteidigung bzw. Unschuldsvermutung vor Gericht erschwert. Daher ist die Aufhebung dieses Absatzes meines Erachtens rechtmäßig.

## I. RATIO, HERKUNFT UND STRAFPOLITISCHER HINTERGRUND DES TÄTER OPFER AUSGLEICHES IN DER TÜRKEI

Durch Begehung einer Straftat werden offensichtlich nicht nur die staatliche Rechtsordnung bzw. die Gesetze verletzt, sondern auch Menschen als Individuum sowie juristische Personen durch die verursachten Schäden.<sup>15</sup> Mit Hilfe des Täter Opfer Ausgleichs übernimmt einerseits der Täter persönliche Verantwortung für seine fahrlässige sowie vorsätzliche Handlungen und oder Unterlassungen und dadurch - wenn TOA-Verfahren erfolgt - befreit er sich von einer Bestrafung.<sup>16</sup> Andererseits erhält das Opfer, das während des klassischen Strafverfahren vernachlässigt wurde, mehr Aufmerksamkeit und die Möglichkeit die im-materiellen Schäden, die durch die Straftat verursacht worden sind, schnellstmöglich wiedergutmachen zu lassen.<sup>17</sup> Hiermit wird die Auseinandersetzung der Parteien mit dem Tatgeschehen und den Tatfolgen bezweckt, wodurch den Ausgleich zwischen Täter und Opfer wiederhergestellt werden könnte.<sup>18</sup> Durch Schlichtung des vertikalen und horizontalen Konflikts wird quasi der zerstörte Rechtsfrieden wiedergutmacht.

Mit dem TOA in der Türkei wird dies auch hauptsächlich bezweckt; nämlich Bewältigung des horizontalen und vertikalen Tatkonflikt durch Wiedergutmachung bzw. durch täterseitige Genugtuung.<sup>19</sup> Jedoch war dies nicht alleiniger Grund dafür: die Türkei hatte praktische und auch politische Gründe so-

---

<sup>15</sup> Standards Täter Opfer Ausgleich, 6. Auflage, Hrsg. von Servicebüro TOA Konfliktschlichtung Köln, S. 5.

<sup>16</sup> Standards Täter Opfer Ausgleich, 6. Auflage, Hrsg. von Servicebüro TOA Konfliktschlichtung Köln, S. 5.

<sup>17</sup> Mehr zum Thema „Wiedergutmachende Gerechtigkeit / Restorative Justice“ siehe Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, 6. Aufl. Seçkin 2019, S. 273 ff.; Ketizmen, Uzlaşmanın Sirayet Etmeliği, in *Hacettepe HFD*, 2/2012, S. (1), 2ff.

<sup>18</sup> Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 73.

<sup>19</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Ceza Hukuku GH*, 12. Aufl., Seçkin 2019, S. 612f.; Cumhuriyet Şahin, Ceza Muahkemesinde Uzlaşma, in *SÜHFD*, 6/1998, S. (221) 223 ff.

wie innerstaatlich und internationale Gründe dieses Rechtsinstitut zu verankern.<sup>20</sup> Innerstaatlich wollte die Türkei mit der TOA die Anzahl von Strafverfahren verringern (Prozessökonomie);<sup>21</sup> da ein Verständigungsvertrag über TOA, von sich selbst den Anspruch auf privatrechtliche Schadenersatzklage (Schadens-Wiedergutmachungsklage) abweist, verringern damit ebenso die Anzahl von Privatklagen.<sup>22</sup> Demzufolge würden/werden Gerichte mehr Zeit haben, um die vorliegenden Fälle rechtzeitig zu bearbeiten, was im Fall einer längeren Verfahrenszeit ein Recht auf faires Verfahren (EMRK Art.6) verletzen könnte. Andererseits ist die Türkei Mitglied des Europarates, welcher die Durchsetzung des TOA von seinen Mitgliedstaaten verlangt.<sup>23</sup> Ebenso setzten Beitrittsverhandlungen mit der EU eine Vielzahl von Anpassungsreformen voraus, wie z.B. die Umsetzung einer Mediation in Strafsachen.

Aus all diesen Gründen hat die Türkei den TOA durchgesetzt. Meiner Ansicht nach war die Durchsetzung des TOA abgesehen von oben genannten politischen und oder praktischen Gründen erforderlich. Denn anders als klassisches Strafverfahren soll das moderne Strafverfahren i.V.m. materiell strafrechtlicher Begründung dem Opfer mehr Beachtung schenken und es mit dem Täter -hinsichtlich der angebotenen Möglichkeiten- gleichberechtigt ansehen. Daher -egal aus welchem Grund- ist die Verankerung des TOA meines Erachtens eine richtige Entscheidung.<sup>24</sup> So wurde es auch in der türkischen Rechtspraxis begrüßt.

Um wiedergutmachende Gerechtigkeit zu erreichen, soll der Rechtsstreit zwischen dem Täter und dem Opfer „dort verbleiben und gelöst werden, wo er entstanden ist, eben zwischen ihnen selber, vielleicht mit Hilfe Dritter“<sup>25</sup>. Der TOA dient zur Erfüllung dieses Zwecks. Wiederherstellung der Rechtssicherheit und der Rechtsordnung (Normbestätigung) wird durch Versöhnung der Parteien verstärkt und befestigt und die Bestrafung des Täters erübrigt sich

<sup>20</sup> Akbulut-Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlastirma*, 2. Aufl. Seckin, 2019, S. 21ff.

<sup>21</sup> Koca-Üzülmöz, *Ceza Hukuku GH*, 11. Aufl., Seçkin 2018, S. 611f.; Bahri Öztürk, (Hrsg. *Öztürk Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Aufl., Seckin, S. 60.

<sup>22</sup> Art.7 Abs.6 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>23</sup> Europarat Ministerkomitee, Empfehlung Nr R (99) 19 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten bezüglich Mediation in Strafsachen (Täter-Opfer-Ausgleich) abrufbar unter [https://steinberg-mediation-hannover.de/wp-content/uploads/2015/06/Europarat-Ministerkomitee\\_Empfehlung\\_R99-19\\_Mediation\\_in\\_penal\\_matters\\_dt.pdf](https://steinberg-mediation-hannover.de/wp-content/uploads/2015/06/Europarat-Ministerkomitee_Empfehlung_R99-19_Mediation_in_penal_matters_dt.pdf) (06.07.21).

<sup>24</sup> Zutt. *Özbek*, AÜHFD 2017, C. 56, Sayı 4, S. (123) 198 f.

<sup>25</sup> Bommer, Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?, in ZStrR 121/2003, S. (172), 173.

dadurch.<sup>26</sup> Daher leistet der TOA die vom Strafgesetzgeber gewünschte Hilfe, um seine Strafzwecke zu erfüllen.<sup>27</sup> Andererseits erhält das Opfer durch TOA-Verfahren mehr Mitbestimmungsrechte und Flexibilität.<sup>28</sup> sog. formfreie Konfliktbewältigung.

Da der türkische Gesetzgeber den TOA zuerst teilweise im Strafgesetzbuch und zum Teil in Strafprozessordnung angeordnet habe, wird in der Lehre diskutiert, ob TOA als Konfliktschlichtung zu dem materiellen oder zum formellen Strafrecht gehöre.<sup>29</sup> Diese nationalrechtliche Festlegung ist wichtig. Denn je nachdem wird bestimmt, ob TOA gemäß den Bestimmungen des materiellen Strafrechts oder den Bestimmungen des formellen Strafrechts angewendet werden soll. Während einige Strafrechtler dies als rein formelles Rechtsinstitut des Strafrechts betrachten und demgemäß dies anwenden lassen wollen<sup>30</sup>, sind einige Strafrechtler und einige Strafsenate des Kassationshofs der Meinung, dass TOA sowohl materielle Seite als auch formelle Seite innehat.<sup>31</sup> Den TOA als rein formelles Recht anzusehen, würde die Anwendung der nachfolgenden Gesetzesänderungen zugunsten des Täters (in diesem Fall auch zugunsten des Opfers, weil es ihm die Möglichkeit gibt, seine verursachten Schaden schnellstmöglich wiedergutzumachen) versperren, es sei denn das Verfahren ist nicht beendet. Wenn das Urteil rechtskräftig wird, darf -bei dieser Annahme- diese Änderung nicht angewendet werden, egal ob es zugunsten oder zulasten des Täters wird.<sup>32</sup> Denn das Verfahren ist sozusagen schon beendet. Den TOA als ein Rechtsinstitut zu betrachten, das sowohl materiell rechtliche als auch formell rechtliche Eigenschaften hat, wird in der Praxis mehr zur Gerechtigkeit dienen.<sup>33</sup> Andererseits ist

---

<sup>26</sup> Arthur Hartmann-Marie Schmidt- Hans Jürgen Kerner, **TOA in Deutschland**, Auswertung der bundesweiten TOA-Statistik für die Jahrgänge 2015-16, S. Xi.; Mehr dazu Sarhan, Wiedergutmachung, 2006, s. 110 ff.

<sup>27</sup> In der Literatur wird es vereinzelt kritisiert, weil solche außergerichtliche Konfliktlösungen mit geltenden Strafrechtstheorien nicht vereinbar sei. Mehr dazu Sarhan, s. 25 ff.

<sup>28</sup> Daniel Girsberger- James T. Peter, **Außergerichtliche Konfliktlösung**, Schulthes Juristische Medien Verlag, 2019, S. 177, Rn. 701.

<sup>29</sup> Akbulut-Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlastirma, 2. Aufl. Seckin, 2019, S. 29ff.

<sup>30</sup> Koca-Üzülmöz, Ceza Hukuku GH, 12. Aufl., Seçkin 2019, S. 75, Fn. 143.

<sup>31</sup> İstanbul BAM, 12. CD., E. 2018/3474 K. 2019/1754 T. 22.4.2019; Y 4. CD., E. 2017/5178 K. 2018/674 T. 15.1.2018; YCGK., E. 2018/394 K. 2018/478 T. 25.10.2018; Akbulut-Aksan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlastirma, 2. Aufl. Seckin, 2019, S. 29ff.; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pinar Bacaksız, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Aufl. Seçkin Ankara 2019, S. 864.

<sup>32</sup> Anders als deutsches Recht ist eine Wiedereröffnung des Verfahrens aufgrund tätergünstiger Normänderungen nach Rechtskraft des Urteils gem. türkischem Recht noch möglich.

<sup>33</sup> Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu betrachten den TOA als ein Rechtsinstitut des materiellen und formellen Strafrechts. Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Aufl. S. 809.

es nicht zu verleugnen, dass dieses Rechtsinstitut vielmehr im Bereich des Strafverfahrens liegt.<sup>34</sup> Denn dies ist einen Pflicht-Weg, der vor dem klassischen Gerichtsverfahren eingegangen werden soll, und einen Weg der Konfliktschlichtung, der den Rechtsstreit löst. Aber wenn man die Wiedergutmachung als Rechtsfolge betrachtet, soll angenommen werden, dass dieses Institut auch materiellrechtliche Wirkung hat. Denn ein erfolgreich abgeschlossener TOA bewältigt sowohl den vertikalen als auch den horizontalen Tatkonflikt und der Staat verliert dadurch seines sog. Bestrafungsrecht bzw. seine Bestrafungspflicht, was einemateriellrechtliche Folge des TOA ist.<sup>35</sup>

## II. EIGENSCHAFTEN DES VERMITTLERS

Aus meiner bisherigen Recherchen in diesem Bereich ergibt sich, dass die Eigenschaften des Vermittlers -bzw. wer als Vermittler tätig werden soll- in jedem Staat unterschiedlich geregelt wird. Einerseits wird diese Aufgabe wie z.B. in den Vereinigten Staaten von Amerika als freiwillige Aufgabe betrachtet und durch freiwillige Personen durchgeführt.<sup>36</sup> Andererseits wird es von Staatsanwaltschaft oder von der Polizei, ohne spezifische Ausbildung durchgeführt wie z.B. in den ersten Praxisjahren der Türkei. In einem Staat wie Deutschland wurde es auch nicht einheitlich geregelt<sup>37</sup>, jedes Bundesland organisiert es anders. Z.B. „in Rheinland-Pfalz wird der TOA von Vereinen aus dem Bereich der Straffälligenhilfe bzw. sozialen Rechtspflege durchgeführt“<sup>38</sup>. In Nord-

<sup>34</sup> Yenisey-Nuhoğlu betrachten den TOA als ein „Grund, der die Bestrafungsmacht des Staates aufhebt“ und bezeichnen dies als ein Rechtsinstitut des materiellen und formellen Strafrechts. Yenisey-Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Aufl. S. 809.; Winter-Matt vertreten die Ansicht, dass solange die Parteien die Chance zur Versöhnung wahrnehmen, tritt der Strafanspruch des Staates zurück, sobald sozialer Friede und soziale Ordnung wiederhergestellt sind. Winter-Matt, *Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland*, in NK 2/2012, S. (73) 74.; zutreffend H. Soner Çetin, *Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma*, *TBB Dergisi*, 82/2009, S. (1) 9.

<sup>35</sup> Mehr dazu Sarhan, *Wiedergutmachung*, 2006, s. 47 ff.

<sup>36</sup> David Singer, *Community Mediation Thrives in New York*, in *Arbitration Journal ADR News*, June 1993 via EBSCOhost.; <http://ww2.nycourts.gov/ip/adr/InformationforADRPract.shtml> (07/01/2020).

<sup>37</sup> Zwar gibt es seit 2012 ein Mediationsgesetz mehrheitlich für Zivilsachen in Deutschland. Jedoch hat es bisher m.E. nicht geschafft, diesen Bereich einheitlich anzuordnen. Mehr zum Thema im Evaluationsbericht zum Mediationsgesetz von Juli 2017 [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluationsbericht\\_Mediationsgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/StudienUntersuchungenFachbuecher/Evaluationsbericht_Mediationsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (09/10/2020).

<sup>38</sup> <https://jm.rlp.de/de/themen/taeter-opfer-ausgleich-toa/ausfuehrliche-informationen-zum-toa/> (28/11/2019).

Rhein-Westfalen wird es bei Jugendlichen von freien Träger der Jugendhilfe, Jugendämtern, bei Erwachsenen von der Gerichtshilfe, der Bewährungshilfe, des sozialen Dienstes des Strafvollzugs sowie von spezialisierte Fachstellen in freier Trägerschaft durchgeführt.<sup>39</sup> In Baden-Württemberg wird der TOA durch die Bewährungs- und Gerichtshilfestelle geleitet.<sup>40</sup> Außer Hauptamtlichen berichten *Winter/Matt* von vier ehrenamtlichen Beschäftigten sowie Studenten - die dies als Teilzeit-Arbeit durchführen- in Schlichtungsstellen von Bremen.<sup>41</sup> Daher ist es nötig festzustellen, welche Eigenschaften Vermittler haben sollen, damit diese außergerichtliche Konfliktschlichtung zweckmäßig funktioniert. Der türkische Gesetzgeber hat nach mehreren Novellierungsversuchen die Eigenschaften des Vermittlers wie folgt festgelegt:

Mit Art.253 Abs.25 der tStPO legt der Gesetzgeber nicht genau fest, wer als Vermittler tätig werden darf; bzw. welche Ausbildung dazu nötig ist. Jedoch wird darauf verwiesen, dass die Eigenschaften zur Person und Prüfung dazu vom Justizministerium durch Rechtsverordnungen bestimmt werden sollen. Demnach wurde eine Verordnung vom Ministerium erlassen. Gem. Art.48 der Verordnung über TOA im Strafverfahren soll der Vermittler hauptsächlich unter folgenden Voraussetzungen bestimmt und im Register von TOA-Vermittler registriert werden. Die Bewerber, die einen Jura-Abschluss haben, dürfen u.U. als Vermittler eingesetzt werden. Haben sie keinen Juraabschluss, dann sollen sie während ihres Bachelorstudiums mindestens zwei Vorlesungen bestanden haben, die die rechtswissenschaftlichen Informationen/Themen beibringen.<sup>42</sup> Einen Jura-Abschluss zu haben oder diese vorausgesetzten Vorlesungen zu belegen reicht für die Registrierung nicht aus. Die Bewerber müssen eine 48-stündige Ausbildung abschließen und anschließende die Prüfung mit der Note mindestens 70 bestehen.<sup>43</sup> Diese Ausbildung und anschließende Prüfung wurde während der ersten 10 Jahre in der Rechtspraxis nicht vorausgesetzt. Erst im Jahr 2017 war das Ministerium in der Lage dies zu organisieren. Rechtsvergleichend betrachtet ist es auffällig, dass die Türkei diese Vermittler nicht als An-

<sup>39</sup> <http://www.sta-moenchengladbach.nrw.de/infos/Formulare/Formulare/TaeterOpferAusgleich.pdf> (28/11/2019).

<sup>40</sup> <http://www.toa-bw.de/?erwachsene-beschuldigte,59> (09/01/2020).

<sup>41</sup> Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 76.; <http://www.toa-bremen.de/mitarbeit.html> (09/10/2019).

<sup>42</sup> Art.48/3-ç der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>43</sup> Art.48/3-f und Art.50/4 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

gestellte oder Verbeamtete beschäftigt hat. Vielmehr darf jede selbständige Person, die die obigen Voraussetzungen erfüllt, sich als Vermittler registrieren lassen. Hinsichtlich der Kosten ist es annehmbar, dass die Vermittler aus selbständigen Personen ausgewählt werden. Aber um dieser TOA bzw. Konflikt-schlichtung verdiente Beachtung und Professionalität zu schenken, sollen die Vermittler meines Erachtens lediglich diese Aufgabe haben.<sup>44</sup> Anderenfalls werden selbst die Vermittler dieser Aufgabe nicht Sinnvolles und Rechtmäßiges erledigen, sondern dies als reinen Nebenjob ausführen. Wie es in der Praxis langsam erkennbar wird, lassen sich viele -lediglich um Geld zu verdienen- als Vermittler registrieren. Zwar hat der Gesetzgeber den Weg für Personen, die diese Schlichtung freiwillig und kostenlos machen wollen, offengelassen, aber meiner bisherigen Betrachtungen, die auf meiner eigenen Erfahrungen basiert sind, und Recherchen zufolge hat keiner sich bisher deswegen gemeldet.<sup>45</sup> Denn, um TOA als freiwilliger Vermittler durchzuführen, braucht man auch die kostenpflichtige Ausbildung und anschließende Prüfung. Meiner Ansicht nach würde eine Freiwilligkeit, Vermittler zu werden, auch zur Professionalität nicht ausreichen. Lediglich gut ausgebildete Personen sollten diesen Schlichtungsprozess durchführen können. Denn restorative, heilende, wieder-gutmachende Gerechtigkeit verlangt persönliches Engagement von allen am Prozessbeteiligten, insbesondere vom Vermittler den dazu nötigen persönliche Kontakt und die Auseinandersetzung.<sup>46</sup> Ansonsten wird der vom Gesetzgeber erzielte Zweck nicht erfüllt werden.

Zu guter Letzt soll erwähnt werden, dass die Parteien sich ohne Vermittler über einen TOA einigen dürfen. In diesem Fall wird das zwischen den Parteien angefertigte Protokoll als TOA-Protokoll angenommen und hat gleiche rechtliche Wirkungen auf Parteien. Der Gesetzgeber will damit den Weg für TOA trotz einem gescheiterten TOA-Versuch freihalten. Jedoch gilt dies nicht uneingeschränkt. Während des Ermittlungsverfahrens soll dies bis zur Erhebung der Anklage (bis zur Einreichung der Anklageschrift), während des Gerichtsverfah-

---

<sup>44</sup> Mehr dazu, M. Ruhan Erdem- Ferda Eser-P. Pelin Özsahinli, *100 Soruda Uzlastirma, Uzlastirmacinin El Kitabı*, 3. Aufl., S. 10 ff, 68 ff.; Ersan Şen, *Yorumluyorum XVII*, Seckin Verlag, S. 398 f.

<sup>45</sup> Ich habe bisher unzählige Gruppen diese TOA-Seminare zur Ausbildung und Zertifikate gegeben. Bei jeder Gruppe habe ich gefragt, warum sie als TOA-Vermittler sich beworben haben. Keiner hat mitgeteilt, dies ehrenamtlich machen zu wollen.

<sup>46</sup> Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 77.

rens bis zur Urteilsverkündung der letzten Instanz eingereicht werden.<sup>47</sup> Unter diesen Umständen ist es für die Parteien, die diesen TOA während des Ermittlungsverfahrens zwar versucht, aber nicht erfolgreich hinterlassen haben, nicht möglich während der Gerichtsverhandlung (bis zur Urteilsverkündung) nochmal den TOA zu versuchen oder selber eine Einigung über diesen Rechtsstreit (hinsichtlich der Wiedergutmachung) abzugeben. In diesem Fall hat das angefertigte Schreiben nicht die gleiche Wirkung des TOA-Protokolls. Da der Gesetzgeber damit die Versöhnung der Parteien bezweckt, wäre es sinngemäß, den Weg für einen TOA ohne Vermittler, von Ermittlungsverfahren bis zur Urteilsverkündung freizulassen. In der Rechtspraxis wird vereinzelt mitgeteilt, dass die Gerichte in solchen Fällen den Wiedergutmachungsvertrag als TOA-Protokoll angenommen haben und demgemäß das Verfahren eingestellt haben. Meines Erachtens würde eine solche Rechtspraxis nicht auf eine gesetzeskonforme Auslegung basieren. Gegen die schon oben genannte Novellierung würde eine potentielle Diskussion gegenstandslos bleiben.

### III. ZEIT DES TOA

Wann kann die Konfliktschlichtung stattfinden? Unter normalen Umständen sollte in der Phase der Ermittlung den TOA versucht werden. Solange die Straftat ein TOA-Verfahren voraussetzt, darf die Staatsanwaltschaft nicht die Klageschrift einreichen ohne zuerst den TOA versucht/eingegangen zu haben. Sowie soll die Staatsanwaltschaft vor der Durchführung des TOA sichergehen bzw. überzeugt sein, dass es sich im vorliegenden Fall um ein strafrechtlich relevantes Delikt handelt und die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bietet. Also soll zuerst genügenden Anlass und Beweise vorliegen, die eine Klageerhebung erfordern.

Da im Artikel 19 Abs.1 der Verordnung über TOA im Strafverfahren angeordnet ist, dass die Parteien sogar vor der Ernennung des Vermittlers den Beleg zum TOA einreichen dürfen, könnte angenommen werden, dass die Parteien ihre Einigung über TOA gleich einreichen, wenn die Akten der TOA-Stelle vorliegen und vom Staatsanwalt (nämlich Leiter der TOA-Stelle) angenommen sind. Es darf nämlich, zeitlich betrachtet, vor der Ernennung eines Vermittlers erledigt werden.

---

<sup>47</sup> Art.253 Abs.16 tStPO; Art.19 und Art.26 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

Falls der Staatsanwalt der Meinung ist, dass es sich beim vorliegenden Fall um kein Delikt handelt, das bei der TOA unbedingt vor der Anklageerhebung eingegangen werden soll, hat er das Recht sowie die Pflicht u.U. die Anklage zu erheben. Der Staatsanwalt kann auch aus Versehen eine Anklage erheben, ohne TOA zu betätigen. Angenommen, dass der Richter während der Erstüberprüfung nicht festgestellt ob im vorliegenden Fall es sich um derartiges Delikt handelt (nicht zuweisen ein solches Delikt zum TOA ist Grund zu Rückgabe der Anklage); oder der Richter es versehentlich annimmt; oder die Anklage wegen Überschreitung der Rückgabefrist nicht mehr zurückgestellt werden darf. Für u.a. solche Fälle beauftragt der Gesetzgeber das Gericht, den Auftrag zum TOA zu erteilen. Das Gericht darf nicht rechtsprechen, ohne vorher den TOA durchgeführt zu haben.<sup>48</sup>

#### IV. VORAUSSETZUNGEN ZUM TOA

##### A. Hinsichtlich des Täters (Vorteile für den Täter)

Der Gesetzgeber setzt keine Besonderheiten zur Persönlichkeit des Täters fest. Jedoch ist es hervorzuheben, dass das türkische Strafrecht die juristischen Personen als Straftäter nicht eingestuft hat.<sup>49</sup> Daher kommt eine juristische Person in dieser Hinsicht als Täter nicht vor. Lediglich echte Personen sind als Täter zu beachten. Mit Art.253 Abs.1-c hat der Gesetzgeber eine Sonderregelung geschaffen. Demnach stehen ausnahmsweise die Delikte, deren Höchstmaß 3-jährige Gefängnisstrafe oder Geldstrafe nicht überschreiten, im Bereich des TOA, solange der Täter Jugend ist. Der türkische Gesetzgeber nimmt die Täter, die während der Tatbegehungszeit das zwölften Lebensjahr erfüllt haben, jedoch auch noch nicht das achtzehnte Lebensjahr noch nicht erfüllt haben, als Jugendliche bzw. Kinder an.<sup>50</sup> Da der TOA als einen außergerichtlichen Weg, der den Täter vor einer Bestrafung schützt, vorgesehen hat, kommt der TOA in Fällen, in denen der Täter während der Tatbegehung unter 12 Lebensjahr liegt, nicht vor, weil in solchen Fällen für den Täter keine Bestrafungsgefahr besteht.<sup>51</sup> Daraus folgend kann man feststellen, dass der TOA nicht in An-

<sup>48</sup> Mehr dazu siehe unten „Rechtsfolgen des TOA während der Gerichtsverhandlung“.

<sup>49</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Aufl., S. 137.; M. Emin Artuk - Ahmet Gökçen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Aufl., S. 302 ff, 311.; Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., §5, Rn. 4a, S. 143.

<sup>50</sup> Siehe Art.31 des tStGB.

<sup>51</sup> Candide Şentürk, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2009, S. 22.



wendung kommen werde, solange am Ende des Verfahrens keine Strafe verhängt werden darf. Also schließt die alleinige Verhängung der Maßnahmen der Besserung und Sicherung die Anwendung des TOA von vornherein aus. Bei minderjährigen Tätern müssen die Sorgeberechtigten zum TOA-Verfahren einbezogen werden; in solchen Fällen wird der Sorgeberechtigter zum TOA-Verfahren eingeladen und er hat das Recht dies anzunehmen und oder abzulehnen und am Ende mit Opfer die Leistung besprechen und sich einigen. Der Gesetzgeber sieht vor, dass der Täter -obwohl er keine verfahrensbezogene Einwirkung hat- das Verfahren auch begleiten und das Recht hat, sich zu äußern. Denn am Ende soll durch dieses TOA-Verfahren dem Täter das Verantwortungsgefühl beigebracht werden und ihn dazu verleiten, sich in die Lage des Opfers einzusetzen und sein Leid zu verstehen und daher so eine Tat nicht nochmal begehen.<sup>52</sup>

Der Gesetzgeber nimmt von vornherein an, dass der Sorgeberechtigte die Interessen der minderjährigen Täter immer folgen werde und alles, was zu Gunsten des Täters ist, machen werde. Daher haben die Sorgeberechtigten das alleinige Recht das Verfahren zu leiten. Falls der Sorgeberechtigte die TOA-Gespräche ohne Grund beenden will und hierbei gegen den Willen des Täters verstoßen möchte, besteht keine prozessrechtliche Möglichkeit diese Gespräche mit dem Minderjährigen fortzuführen. Als Beispiel kann Folgendes gegeben werden: Ein minderjähriger Täter begeht eine Körperverletzung und verletzt seinen Mitschüler. Die Sorgeberechtigten des Opfers verlangen eine reine Entschuldigung vom Täter zur Versöhnung oder eine kleine Summe von Geld (was der minderjährige Täter auch auszahlen kann) und der Täter ist bereit dies zu leisten, um sich vor eine mögliche Bestrafung zu schützen. Jedoch lehnt der Sorgeberechtigter des Täters dies ab. Unter den von Gesetzgeber vorgesehenen Umständen sollen in diesem Fall die Gespräche beendet werden, weil der Sorgeberechtigte die alleinige Entscheidungsmacht habe. Um die Interessen des minderjährigen Täters zu schützen, sollte der Gesetzgeber für solche Fälle den Minderjährigen die Entscheidungsmacht geben können. Da es nicht vorgesehen ist, empfehlen wir, eine Privatklage gegen den Sorgeberechtigten zu erheben und das Gericht überlassen, was in diesem Fall entschieden werden soll. Denn wenn der Sorgeberechtigte die Belange des Minderjährigen nicht folgt, soll er ersetzt werden. Wenn der Sorgeberechtigte des Opfers eine der-

---

<sup>52</sup> Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 74 ff.

artige Entscheidung trifft und die TOA-Gespräche verlässt, hat das Opfer auch kein Mitspracherecht. Daher sollten die TOA-Gespräche beendet werden. Im Gegensatz zum Täter verneinen wir eine Privatklage gegen Sorgeberechtigter des Opfers, weil die Erfolgchancen zu gering sind. Denn es ist in diesem Fall nicht leicht zu sagen, dass hierbei gegen Belange des Opfers verstoßen ist, weil für das Opfer keine Bestrafungsgefahr besteht.

Falls eine Straftat von mehreren Mittätern begangen wurde, werden alle Beteiligten (in Sinne von Täterschaft und Teilnahme) zum TOA-Verfahren eingeladen. Am Ende werden die Beteiligten, die sich mit dem Opfer versöhnen, vom TOA profitieren und wird gegen denen keine Anklage erheben bzw. kein Verfahren weitergeführt. Hingegen wird gegen Beteiligten, die dieses Versöhnungsprozess nicht erfolgreich abgeschlossen haben, das Verfahren weitergeführt;<sup>53</sup> je nachdem, Erhebung der Anklage oder Fortführung des Gerichtsverfahrens.<sup>54</sup>

Letztlich bleibt alles, was während der TOA-Gespräche erwähnt, protokolliert und ausgedrückt wird, geheim. Dies darf von keiner und gegenüber keiner insbesondere gegenüber dem Beschuldigten/Angeklagte angewendet werden. Denn hierdurch versucht man den Beschuldigten/Angeklagten das Gefühl geben, sich frei zu äußern und Verantwortung zu übernehmen. Die Erwartung ist damit ein erfolgreicher TOA zu erreichen. Die Äußerungen von Parteien hinsichtlich der Tat, bei der man gerade TOA versucht, dürfen nicht zu Gunsten und oder zu Lasten einer Partei angewendet werden. Dafür gibt es ein Beweisverwendungsverbot. Jedoch dürfen diese Aussagen und oder Beweise zulasten einer Partei angewendet werden, solange mit dieser Aussagen und oder Beweise eine neue Straftat begangen wird.<sup>55</sup>

## **B. Hinsichtlich des Opfers (Vorteile für das Opfer)**

Anders als Täter regelt der Gesetzgeber die Eigenschaften des Opfers beschränkend. Gem. Art.253 Abs.1 der tStPO kommen als Opfer oder Betroffene natürliche Personen und ein Teil der juristischen Personen in Betracht. Hierbei wird der TOA nicht angewendet, solange Opfer bzw. Betroffene der Staat oder dem Staat gehörende juristische Person (Anstalt des öffentlichen Rechts) ist.

<sup>53</sup> Kritisch dazu siehe Ketizmen, Uzlaşmanın Sirayet Etmeliği, in Hacettepe HFD, 2/2012, S. 10.

<sup>54</sup> Art.7 Abs.2 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>55</sup> Art.32 Abs.3, 4 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

Wenn das Opfer unter 18 Jahren ist oder eingeschränkt ist, werden die Einladung zur TOA und anschließende Verhandlungen mit dem gesetzlichen Vertreter (Sorgeberechtigter) durchgeführt.

Falls durch eine Straftat gegen das Rechtsgut mehrerer Personen verstoßen wurde, werden alle Beteiligten (im Sinne von Opfern und oder Betroffenen) zum TOA-Verfahren eingeladen. Am Ende darf lediglich nur dann das TOA-Protokoll rechtskräftig angenommen werden, wenn all die Betroffenen sich mit dem Täter versöhnen. Dies kommt lediglich vor, wenn mehrere Personen ein Grundstück, Immobilien, Wohnungen und oder Sache besitzen. Falls ein Täter mit einer Handlung mehrere Straftatbestände verwirklicht hat, löst man das Problem wie folgt: wenn mehrere gleichartige Delikte durch eine Handlung gegen mehrere Personen begangen werden, wird hierbei jeder Betroffene bzw. jedes Opfer zu den TOA-Gesprächen eingeladen. Der Angeklagte hat in diesem Fall die Möglichkeit sich mit allen Opfern versöhnen. Aber falls es nicht klappt, ist eine Teil-Schlichtung auch zulässig. In diesem Fall wird der Konflikt hinsichtlich der sich versöhnende Personen beiseite gelegt. Gegen den Angeklagten darf das Strafverfahren lediglich hinsichtlich der nicht zufriedengestellten Opfern durchgeführt. Falls mehrere verschiedene Delikte durch eine Handlung gegen ein Opfer begangen worden sind, sollen all begangene Delikte TOA-fähige Delikte sein, um das TOA-Verfahren einzugehen. Falls die durch eine Handlung begangene Delikte verschiedenartig sind und betroffene Personen auch verschieden sind, kann trotzdem das TOA-Verfahren durchgeführt werden. Also wenn durch eine Handlung ein TOA-fähiges Delikt und ein schweres (TOA-nicht fähiges) Delikt begangen wird, wird dieses Problem je nach Opfer unterschiedlich behandelt. Wenn das Opfer von beide Delikten gleiche Person ist, darf hierbei kein TOA für das TOA-fähiges Delikt versucht werden. Aber wenn die Opfer aus verschiedenen Personen bestehen, darf mit dem Opfer von TOA-fähigem Delikt der TOA versucht werden.<sup>56</sup>

### C. Reichweite der Anwendung des TOA hinsichtlich der Delikte

Delikte, für denen einen pflichtigen TOA vorgesehen ist, vermehren sich bei jeder Novellierung. Gem. Art.253 der tStPO erstreckt sich der TOA auf folgende Deliktarten:

---

<sup>56</sup> Art.253 Abs.3, Satz 2 der tStPO sowie Art.7 Abs.3 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

Antragsdelikten.

Unbeachtet ob sie ohne Antrag oder auf Antrag ermittelt werden sollen,

Körperverletzung (Art.86 außer Abs.3; Art.88 des tStGB)

Fahrlässige Körperverletzung (Art.89)

Drohung (Art.106 Abs.1)

Hausfriedensbruch (Art.116)

Störung der Arbeits- und Tätigkeitsfreiheit (Art.117 Abs.1; Art.119 Abs.1-c)

Diebstahl (Art.141)

Vertrauensmissbrauch (Art.155)

Betrug (Art.157)

Hehlerei (Art.165)

Entführung oder Zurückhalten des Kindes (Art.234)

Enthüllung der Informationen oder Akten, die unter Geschäftsgeheimnis, Bankgeheimnis oder Kundengeheimnis fallen (Art.239 außer Abs.4)

für Jugend Täter; Delikte, deren Höchstmaß 3-jährige Gefängnisstrafe oder Geldstrafe nicht überschreiten

Der Gesetzgeber lässt Sexualdelikte aus dem Anwendungsbereich des TOA, egal ob für deren Ermittlung ein Antrag vorausgesetzt ist oder nicht (siehe Art.253 Abs.3 tStPO). Dieser Ausnahmen sollen die Delikte, die gegen Staat oder dem Staat gehörende juristische Person begangen sind, hinzugefügt werden. Denn solange als Opfer oder Beschädigte (Tatobjekt) der Staat oder dem Staat gehörende juristische Person vorkommt, darf TOA nicht angewendet werden, unbeachtet ob das Delikt eine von obigen Delikten ist oder nicht.<sup>57,58</sup>

---

<sup>57</sup> Rechtsvergleichend betrachtet sah der deutsche Gesetzgeber keine Deliktbegrenzung für den TOA vor. Daher überlässt der Gesetzgeber überwiegend dem Staatsanwalt oder dem Gericht zu entscheiden, ob eine Straftate an den TOA zugewiesen wird oder nicht. Winter-Matt behaupten, dass gegen den TOA Vorurteile herrschen und TOA von Strafruristen eher nicht angewendet wird. Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 74 ff. Jedoch ist die Reichweite des TOA-Begriffs im türkischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht eher beschränkt. Denn die anderen Ausgleichwege, die die Bereuung des Täters zeigen oder die bei der Strafmilderung betrachtet werden, werden im türkischen Recht anders benannt. Z.B. Art.171 Abs.3 d der tStPO zum Absehen von der Verfolgung etc. Im türkischen Recht sperrt ein erfolgreicher TOA den Weg

Die Reichweite der Anwendung des TOA wird ständig durch Novellierungen erweitert. Diese Erweiterung ist meines Erachtens rechtmäßig und sollte weitergeführt werden. Da der Gesetzgeber hierbei die Delikte explizit erwähnt, ist es nicht möglich durch Auslegung zu beurteilen, ob und wie die Anwendung des TOA auf schwere und oder mindere Fälle zu erstrecken ist. Falls der Gesetzgeber eine Gesetznorm als TOA anwendbar novelliert, gilt dies in der Regel für in der selben Norm erwähnten schwären sowie minderen Fällen- Eine andere Auslegung würde hinsichtlich des Gesetzlichkeitsprinzips fraglich.<sup>59</sup>

Die türkische Strafprozessordnung enthält mehrere außergerichtliche Konfliktlösungswege (nämlich sog. Alternative Dispute Resolution), jedoch wurde dies vom Gesetzgeber so geregelt, dass in jeden vorliegenden Fall lediglich eines diesen außergerichtlichen Konfliktlösungswege anwendbar bleibt. Daher falls für ein Delikt den Weg der TOA freigestellt ist, wird dies die Bedeutung haben, dass andere alternative Wege nicht mehr anwendbar sind. Eine solche Verneinung liegt zwischen Vorauszahlung (önödeme) und TOA sowie zwischen Opportunitätsprinzip im Sinne von Art.171 tStPO und TOA. Demzufolge darf die Staatsanwaltschaft nach einem gescheitertem TOA den Fall durch Anwendung des Opportunitätsprinzips nicht einstellen. Sowie liegt eine derartige Verneinung zwischen TOA und beschleunigtes Verfahren im Sinne von Art.250 tStPO. Ist bei einem Delikt TOA anwendbar, sperrt dies die Anwendung des beschleunigten Verfahrens aus.

#### **D. Leistung (Wiedergutmachung / Genugtuung)**

In der Rechtspraxis der Türkei erfordert ein erfolgreicher TOA nicht selten die Erfüllung einer Leistung vom Täter. Die von Parteien beschlossene Leistung soll vom Beschuldigten/Angeklagte erfüllt werden. Aber wenn es sich bei der

---

zur Bestrafung komplett aus. Die Wiedergutmachungen, die strafmildern wirken, sind keine TOA im Sinne von Art.253 tStPO. Hingegen kann ein erfolgreicher TOA in Deutschland unter anderem zur Strafmilderung führen. Die Statistiken zum TOA in Deutschland zeigen, dass in schweren Fällen, wo die Täter schwere Strafen erwarten, keine TOA-Zuweisung erfolgen oder die TOA-Versuche wegen Schwere der Tat und aufgrund der Abneigung der Opfer erfolglos abgeschlossen sind. Siehe dazu Hartmann-Schmidt-Kerner, TOA in Deutschland, Auswertung der bundesweiten TOA-Statistik für die Jahrgänge 2015-16, S. Xi, 78 ff. ebenso <http://www.toa-bw.de/?erwachsene-beschuldigte>,59 (09/01/2020).

<sup>58</sup> Der Anwendungsbereich des TOA sei dabei keineswegs auf Fälle leichter und mittlerer Kriminalität beschränkt. Gleitwort von Heiko Maas, in Hartmann-Schmidt-Kerner, TOA in Deutschland, Auswertung der bundesweiten TOA-Statistik für die Jahrgänge 2015-16, S. iii.

<sup>59</sup> Vgl. Olgun Değirmenci, *Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Seçkin, Ankara 2020, s. 164.

Leistung um keine persönlich zu erfüllender Leistung handelt, darf jede dritte auch dies erfüllen. Je nach Leistung muss bezahlt, wiedergutmacht und oder erfüllt werden. Falls diese beschlossene Leistung, welche mit Gerichtsbeschluss gleiche Kraft/Bedeutung hat, innerhalb der beschlossenen Frist nicht erfüllt wird, wird das Verfahren gegenüber dem Beschuldigten eröffnet und gleichzeitig die Vollstreckung des TOA-Beschlusses vollstreckt. In diesem Sinne ist eine Entschuldigung oder gemeinnützliche Arbeit, der Besuch einer Ausbildungsstelle für eine bestimmte Zeit etc. eine persönliche Leistung, die unbedingt vom Täter erfüllt werden sollte. Die Auszahlung von einer bestimmten Menge von Geld ist eine Leistung, die von einer dritten Person auch ausgezahlt werden darf. Eine Spende darf auch als Leistung vereinbart werden. Ebenso darf die Leistung durch einen Scheck erfüllt werden. Jedoch hat diese Erfüllungsart einen Haken. Falls beim TOA die Auszahlung einer Geldsumme beschlossen wird und dies mit einem Scheck ausgezahlt wird aber am Ende, als der Opfer dies zur Bank gebracht hat um diesen Geldbetrag zur Auszahlung bekommen, jedoch kein Geld erhalten hat, wird das Verfahren gegenüber dem Beschuldigten nicht eröffnet, denn eine Auszahlung durch Scheck ist gemäß türkischem Recht eine vollständige Auszahlung, egal ob am Ende der Scheck-Überbringer keine Auszahlung von der Bank erhalten hat, oder nicht. Hier bleibt dem Opfer nur den Weg, seine Rechte, die er bezüglich des Schecks hat, zu verlangen.

Sittenwidrige und oder rechtswidrige Leistungen dürfen nicht vereinbart werden. In diesem Sinne darf Körperverletzung, unwürdige Behandlung, Scheidungsversprechen, Heiratsversprechen, Begehung einer Straftat, Geschlechtsverkehr etc. als Leistung nicht vereinbart werden. Falls die Parteien sowas vereinbaren, hat der Staatsanwalt bzw. das Gericht das Recht sowie die Pflicht dies abzuweisen.<sup>60</sup>

## **V. GANG DES TOA-VERFAHRENS**

### **A. Zuweisung vom Staatsanwalt oder vom Gericht**

Falls der Staatsanwalt überzeugt ist, dass es sich im vorliegenden Fall um ein strafrechtlich relevantes Delikt handelt und die Ermittlung genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bietet, soll er überprüfen, ob es

---

<sup>60</sup> Art.33 der Verordnung über TOA im Strafverfahren; demzufolge wird eine andere Leistungsvereinbarung verlangt oder falls die Zeit für TOA-Verfahren schon zu Ende ist, wird das Verfahren ohne TOA weitergeführt.

sich hierbei um ein TOA-fähiges Delikt handelt. Nach Bejahen dieser Frage wird die Akte durch Staatsanwalt zur TOA-Stelle zugewiesen. Der neue Staatsanwalt als Leiter der TOA-Stelle überprüft, ob es sich hierbei um ein derartiges Delikt handelt oder nicht. Ist er der Meinung, dass es sich hierbei um kein Delikt handelt, bei dem TOA eingegangen werden soll, schickt er die Akte zurück. Anderenfalls nimmt er die Akte an und erteilt den Auftrag zum TOA und weist die Akte zu einem Vermittler zu.<sup>61</sup>

Da bei jeder Tat, TOA lediglich einmal versucht werden darf und dies während des Ermittlungsverfahrens erledigt werden soll, kommt TOA im Strafverfahren (Gerichtsverhandlung) selten vor. Aber es ist nicht unmöglich. Im oben erwähnten Fällen soll dieser TOA-Prozess vom Gericht geleitet werden. Ist das Gericht der Meinung, dass es sich hierbei um ein TOA-fähiges Delikt handelt und vorher TOA nicht versucht wurde, hat das Gericht die Pflicht die Akte zur TOA-Stelle zuzuweisen. Der Staatsanwalt als Leiter der TOA-Stelle überprüft, ob es sich hierbei um ein derartiges Delikt handelt oder nicht. Ist er der Meinung, dass es sich hierbei um kein Delikt handelt, mit dem der TOA eingegangen werden soll, schickt er die Akte zurück. Anderenfalls nimmt er die Akte an und erteilt den Auftrag zum TOA und weist die Akte zu einem Vermittler zu. Anders als im Ermittlungsverfahren darf der Leiter der TOA-Stelle die Akte/Zuweisung nicht zurückgeben, wenn das Gericht wiederholend die Akte zuweist, weil das Gericht überzeugt ist, dass es ein TOA-Delikt ist.

Ab hier übernimmt der Vermittler die Aufgabe und lädt die Parteien zu den TOA-Gesprächen ein. Eine Einladung zur TOA darf nicht früher verschickt bzw. ersucht werden.<sup>62</sup> Zwischen der Begehung der Tat und der Einladung sollen mindestens 30 Tagen vergangen sein.<sup>63</sup> Damit die Parteien genügend Zeit

---

<sup>61</sup> Art.10 Abs.2 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>62</sup> Wolfram Schädler vertritt die Ansicht, dass in der Praxis den Verarbeitungsprozess des Opfers nicht respektiert wird, weil man den TOA zeitlich strickt reguliert habe. Daher dürfe der Zeitablauf für den Verarbeitungsprozess des Opfers von dem auf Schnelligkeit drängenden TOA nicht preisgegeben werden. Wolfram Schädler, Den Geschädigten nicht nochmals schädigen, in *ZRP* 1990, Heft 4, S. 152.

<sup>63</sup> Den Opfern bzw. den Parteien des Täter Opfer Ausgleichs soll auch nach der Einladung eine angemessene Frist zur Information, zur rechtlichen Beratung, zum Nachdenken und zur Entscheidung gewährt werden. Denn beide Parteien des TOA insbesondere dem Opfer müssen hinreichend genügend Zeit zum Treffen dieser Entscheidung gegeben werden. Sonst kann Opfer seine gesetzlich zu ihm gewährleistende Rechte nicht vollständig nutzen. Zutt. Standards Täter Opfer Ausgleich, 6. Auflage, Hrsg. von Servicebüro TOA Konfliktschlichtung Köln, S. 3 f.

zum Entspannen, Ruhe und Überlegen haben. Die Parteien haben das Recht, die Einladung anzunehmen oder abzulehnen. Die Ablehnung einer Partei reicht zum Scheitern des TOA-Verfahrens aus. Lehnt eine Partei dies ab oder äußert sich innerhalb drei Tagen nach der Zustellung nicht (weil dies auch als Ablehnen angenommen wird), schickt der Vermittler die Akte zur TOA-Stelle zurück und fortan läuft alles, wie es beim gewöhnlichen Strafverfahren lief. Trotz der Ablehnung dürfen die Parteien während des Ermittlungsverfahrens bis zur Erhebung der Anklage sowie während des Strafverfahrens bis zur Urteilsverkündung (von letzter Instanz) durch einen Einigungsvertrag, der sie ohne Vermittler angefertigt hatten, einreichen und damit das TOA-Verfahren erfolgreich abzuschließen.

Akzeptieren beide Parteien sich an TOA-Gespräche teilzunehmen, beginnt das TOA-Verfahren und läuft wie folgt.

## **B. TOA-Verfahren**

Das TOA-Verfahren soll innerhalb 30 Tagen abgeschlossen werden; falls diese Frist nicht ausreichen würde, darf der Staatsanwalt als Leiter der TOA-Stelle diese Frist auf Verlangen des Vermittlers (mit Begründung) zweimal jedes Mal auf max. 20 Tagen verlängern.<sup>64</sup> Also darf ein TOA-Verfahren von Beginn bis zum Ende höchstens 30+20+20 Tagen dauern. In der Praxis haben wir betrachtet, dass dieses Verfahren nicht selten diese max. 70 Tagen weit über-treffen hat.

Bei dieser Frist handelt es sich um keine Ausschlussfrist, die die Ansprüche und oder Rechte der Parteien nach dem Ablauf erlöschen werden, sondern wurde diese Frist angesehen, damit den TOA schnellstmöglich durchzuführen und im Falle eines gescheiterten TOA wenig Zeit verschwendet zu haben. Denn wie oben erwähnt wurde, ist eine von den Gründen des TOA in der Türkei, den Rechtsstreit schnellstmöglich zu lösen. Wenn man hierbei viel Zeit verschwindet und keinen erfolgreichen TOA hat, besteht die Gefahr gegen das Recht auf faires Verfahren wegen des zu lang dauernden Strafverfahrens verstoßen zu haben. Da es sich hierbei um keine Ausschlussfrist handelt, haben die Parteien nach dem Ablauf dieser Frist bzw. nach der Ablehnung der TOA-Einladung oder der TOA-Gespräche auch die Möglichkeit sich (ohne Vermittler) über die Folgen der Tat einigen und ein TOA-Protokoll anfertigen und damit gleiche Folge

---

<sup>64</sup> Art.17 Abs.1 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.



eines TOA betätigen. Während des Ermittlungsverfahrens soll diese Möglichkeit bis zur Erhebung der Anklage genutzt werden.<sup>65</sup>

## VI. RECHTSFOLGEN DES TOA WÄHREND DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS

Der Täter Opfer Ausgleich darf lediglich einmal versucht werden, falls die Parteien trotz eines gescheiterten TOA-Versuches sich versöhnen wollen, sollen sie bis zur Anklageerhebung (bis zur Einreichung der Anklageschrift) sich mit einem Versöhnungsprotokoll (Ausgleichsvertrag/Einigung) bei der TOA-Stelle bzw. Staatsanwaltschaft melden.<sup>66</sup>

Haben sie sich die Parteien über TOA geeinigt, wird diese Einigung von der Leiter der TOA-Stelle bzw. von der Staatsanwaltschaft überprüft. Diese Überprüfung ist über die Rechtmäßigkeit und Sittlichkeit der von Parteien festgelegten Leistung. Falls der Staatsanwalt der Meinung ist, dass diese Leistung gegen die rechtlichen und oder sittlichen Vorschriften verstößt, lehnt er diesen Einigungsvertrag ab und gibt den Parteien Zeit, um die Leistung zu ändern. Der Staatsanwalt darf keine Empfehlungen hinsichtlich der Leistung geben; sowie darf er die Parteien nicht beraten oder befehlen eine bestimmte Leistung zu festlegen. Eine/s derartige/s Beratung/Befehlen wurde für den Vermittler auch untersagt worden.

Beinhaltet der Einigungsvertrag keine rechtswidrige und oder sittenwidrige Leistung, soll der Staatsanwalt den Einigungsvertrag beurkunden/beglaubigen. Nach der Beglaubigung wandelt sich der Vertrag in ein rechtskräftiges Urteil um. Hiermit erhielt dieser Einigungsvertrag den gleichen Rang eines Gerichtsurteils. Das TOA-Protokoll darf gleich einer Ausfertigung des Gerichtes vollstreckt werden. Da die Parteien sich dadurch geeinigt haben, hat der Staatsanwalt je nach Leistung zwei Entscheidungsmöglichkeiten.<sup>67</sup> Zum einen soll der Staatsanwalt das Ermittlungsverfahren einstellen, wenn die Leistung eine einmalige Erfüllung vorsieht und schon erfüllt ist. Zum zweiten soll der Staatsanwalt die Anklageerhebung auf bestimmte Zeit aussetzen, wenn der übereinstimmte Leistung in Teilen gezahlt werden soll und bisher nicht ausgezahlt ist. Im zweiten Fall wird das Verfahren gleich nach der Auszahlung

---

<sup>65</sup> Art.17 Abs.2 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>66</sup> Art.18 und 19 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>67</sup> Art.20 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

der gesamten Leistung eingestellt.<sup>68</sup> Falls der Beschuldigte die Leistung nicht erfüllt oder eine von den Teilzahlungen verpasst, erhebt die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Anklage und nebenbei darf ein Verfahren zur Vollstreckung der noch nicht ausgezahlten Raten (Teilbetrag) eröffnet werden.<sup>69</sup>

Nicht zuletzt soll erwähnt werden, dass es selbstverständlich ist, dass der Tod des Täters Grund zur Einstellung des Verfahrens ist. Falls jedoch der Täter nach seiner Verständigung mit dem Opfer stirbt, bleibt das TOA-Protokoll weiterhin rechtskräftig und gibt dem Opfer den Anspruch dies von Erbberechtigter erfüllen zu lassen. Es sei denn die vorgesehene Leistung lediglich vom Täter verlangt werden darf. Wie eine Leistung, dass lediglich Täter erfüllen kann: z.B. Leistung einer persönlichen Entschuldigung, Porträtieren des Opfers von angeklagtem Maler. Der Tod des Täters vor seiner Versöhnung mit dem Opfer bricht das Ausgleichsverfahren und lässt die Ermittlungsverfahren einstellen. Ebenso verursacht der Tod des Opfers vor oder während der TOA-Gespräche die Beendigung des TOA-Verfahrens und lässt die Ermittlungsverfahren weiterführen bzw. Anklage zu erheben. Denn in diesem Fall existiert keine Person mehr, mit der der Täter sich versöhnen kann. Das Sterben vom Opfer nach dem TOA-Vertrag hat keine Auswirkung auf erfolgreich abgeschlossenen TOA. Stirbt der Opfer während des Ermittlungsverfahrens, wird die Anklage ohne den TOA-Versuch erhoben.

## VII. RECHTSFOLGEN DES TOA WÄHREND DER RICHTSVERHANDLUNG

Da der Täter Opfer Ausgleich lediglich einmal versucht werden darf, dürfen die Gerichte nicht mehr einen Auftrag für einen TOA erteilen, wenn dies schon während des Ermittlungsverfahrens erteilt ist. Um TOA während der Gerichtsverhandlung (dies könnte beim Erstinstanz- oder Berufungs- oder Revisionsgericht geschehen) einzugehen, soll dieses Schlichtungsverfahren vorher nicht eingegangen worden sein. Es könnte aus mehreren Gründen passieren.<sup>70</sup> Zum einen könnte das begangene Delikt von anklageerhebender Staatsanwaltschaft als ein Delikt subsumiert werden, das keinem TOA-Prozess unterliegt; jedoch vom Gericht anders angenommen ist: nämlich als ein Delikt bei dem den TOA als Pflichtweg vorausgesetzt ist.<sup>71</sup> Zum zweiten könnte es sein, dass

<sup>68</sup> Zum ganzen siehe Art.20 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>69</sup> Art.20 Abs.4 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>70</sup> Dazu siehe Art.22 Abs.1 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>71</sup> Art.22 Abs.1 a und b der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

ein Delikt, welchem während der Ermittlungsverfahren keinen TOA vorausgesetzt ist, während der Gerichtsverhandlung durch Gesetzesänderung als ein Delikt bei dem den TOA-Prozess als Pflichtverfahren angeordnet ist.<sup>72</sup> In der türkischen Rechtspraxis wird dies häufig betrachtet, weil viele Delikte durch Gesetzesänderungen als TOA anwendendes Delikt eingestuft sind.

In obigen Fällen soll das Gericht zuerst den TOA-Weg eingehen, bevor es Recht spricht. Das Gericht schickt die Akte zur gleichen Ausgleichsstelle, wo der Staatsanwalt den TOA-Verfahren durchführt, zur Schlichtung. Falls die Parteien trotz eines gescheiterten TOA-Versuches während der Gerichtsverhandlung sich versöhnen wollen, sollen sie bis zur Urteilsverkündung der Letztinstanzen sich mit einem Versöhnungsprotokoll (Ausgleichsvertrag/Einigung) beim Gericht melden.<sup>73</sup>

Haben sie sich die Parteien über TOA durch obige Wege geeinigt, wird diese Einigung vom Gericht überprüft. Diese Überprüfung ist über die Rechtmäßigkeit und Sittlichkeit der von Parteien festgelegten Leistung. Falls das Gericht der Meinung ist, dass diese Leistung gegen die rechtlichen und oder sittlichen Vorschriften verstößt, lehnt es diesen Einigungsvertrag ab und gibt den Parteien Zeit, um die Leistung zu ändern. Das Gericht darf keine Empfehlungen hinsichtlich der Leistung geben; sowie darf es die Parteien nicht beraten oder befehlen eine bestimmte Leistung zu festlegen. Eine/s derartige Beratung/Befehlen wurde für den Vermittler auch untersagt werden.

Beinhaltet der Einigungsvertrag keine rechtswidrige und oder sittenwidrige Leistung, soll das Gericht den Einigungsvertrag beurkunden/beglaubigen. Nach der Beglaubigung wandelt sich der Vertrag in ein rechtskräftiges Urteil. Hiermit erhielt dieser Einigungsvertrag gleicher Rang eines Gerichtsurteils. TOA-Protokoll darf gleich einer Ausfertigung des Gerichtes vollstreckt werden. Da die Parteien sich dadurch geeinigt haben, hat das Gericht je nach Leistung zwei Entscheidungsmöglichkeiten.<sup>74</sup> Zum einen soll das Gericht das Verfahren einstellen, wenn die Leistung eine einmalige Erfüllung vorsieht und schon erfüllt ist. Zum zweiten soll das Gericht die Urteilsverkündung auf bestimmte Zeit aussetzen, wenn der übereinstimmte Leistung in Teilen gezahlt werden soll und bisher nicht ausgezahlt ist. Im zweiten Fall wird das Verfahren gleich nach

---

<sup>72</sup> Art.22 Abs.1ç der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>73</sup> Art.26 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>74</sup> Art.27 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

der Auszahlung der gesamten Leistung eingestellt. Falls der Angeklagte die Leistung nicht erfüllt oder eine von den Teilzahlungen verpasst, wird die Ausgesetzte Urteil verkündet und nebenbei darf ein Verfahren zur Vollstreckung der noch nicht ausgezahlten Raten (Teilbetrag) eröffnet werden.

Der Tod des Täters ist der Grund zur Einstellung des Verfahrens. Jedoch falls der Täter nach seiner Verständigung mit Opfer stirbt, bleibt das TOA-Protokoll weiterhin rechtskräftig und gibt dem Opfer den Anspruch dies von Erbberechtigter erfüllen zu lassen. Es sei denn die vorgesehene Leistung lediglich vom Täter verlangt werden darf. Wie eine Leistung, dass lediglich Täter erfüllen kann: z.B. Leistung einer persönlichen Entschuldigung, Porträtieren des Opfers von angeklagtem Maler. Der Tod des Täters vor seiner Versöhnung mit dem Opfer bricht das Ausgleichsverfahren und lässt das Strafverfahren einstellen.

Anders als im Ermittlungsverfahren verursacht im Strafverfahren der Tod des Opfers vor oder während der TOA-Gespräche die Beendigung des TOA-Verfahrens nicht. Denn Art.243 der tStPO gibt das Recht zu Nachfolger der gestorbenen Prozessbeteiligten sich am Verfahren anzuschließen und seine Rechte zunutze machen. Daher können die TOA-Gespräche mit dem Nachfolger des Opfers durchgeführt werden. Eine Verständigung werde die Bestrafung des Täter Aufgrund des TOA entbehrlich machen. Das Sterben vom Opfer nach dem TOA-Vertrag hat keine Auswirkung auf erfolgreich abgeschlossenen TOA.

### VIII. STATISTIKEN ZUR PRAXIS

Obwohl der TOA ab dem Jahr 2005 im türkischen Rechtssystem verankert ist, sind die Daten zum TOA ab dem Jahr 2017 fortlaufend verfügbar.<sup>75</sup> Denn wie oben dargestellt ist, findet der TOA in den ersten Jahren der Verankerung keine richtige Anwendung. Ab dem Jahr 2017, nämlich nach der umfangreichen Gesetzesänderung fand TOA mehr Anwendung.

Die Statistiken zum Jahr 2017 zeigen eine Erfolgsrate von 80 Prozent. Also sind 80 Prozent der zum TOA zugewiesenen Straftaten erfolgreich durch Versöhnung der Beteiligten abgeschlossen worden. Lediglich bei 20 Prozent der Fälle gelingt es nicht einen TOA zu erreichen. Wenn man von ungefähr 280.000 Fällen 223.000 mit erfolgreicher TOA abschließt, heißt es, dass mindestens

---

<sup>75</sup> <http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/HaritaGoster/Harita1> (09/01/2020).

223.000 Täter sich von einer Bestrafung befreit haben und dadurch dessen Verfahren beiseitegelegt ist.<sup>76</sup>

Im Jahr 2018 wurden 500.000 Straftaten von Delikten bei denen TOA-Zuweisung obligatorisch ist, vor Schlichtungsstellen gebracht.<sup>77</sup> Bei 160.000 Straftaten konnte das TOA-Verfahren nicht eingeleitet werden, weil mindestens eine von den Parteien sich dazu ausdrücklich äußert, dass er oder sie TOA-Gespräche nicht führen will. Der Gesetzgeber teilt das TOA-Verfahren in zwei Phasen. Erste Phase ist auf Einladung der Parteien zu den TOA-Gesprächen beschränkt.<sup>78</sup> Falls eine von den Parteien dies ablehnt, scheidet der TOA von vornherein und fängt klassisches Ermittlungsverfahren (und oder Strafverfahren) an bzw. wird fortgeführt.<sup>79</sup> In der zweiten Phase werden Gespräche durch Vermittler geleitet. Hält der Vermittler dies für wiedergutmachende Gerechtigkeit nötig, kann er beide Parteien (alle Beteiligte) zu einer Gesprächsrunde einladen. Besteht die Gefahr, dass dies den TOA gefährden wird, kann der Vermittler auf ein Zusammentreffen von Parteien verzichten. Nach diesen Gesprächen gelingt es im Jahr 2018 bei 208.000 Fällen den Konflikt zu schlichten. Hingegen liefen bei 48.000 Fällen den TOA-Gesprächen erfolglos.<sup>80</sup> Die vom Vermittler durchgeführten Gespräche zeigen eine 80-prozentige Erfolgsquote, wie im Jahr zuvor.<sup>81</sup>

In Bremer TOA-Einrichtungen werden inzwischen jährlich etwa 800 TOA-Schlichtungsversuche abgeschlossen.<sup>82</sup>

<sup>76</sup> [https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22720201054542019%20Y%C4%B1l%C4%B1%20%20\(01.01.2019%20il%C3%A2%2031.12.2019%20Tarihleri%20Ara%C4%B1ndaki\)%20Uzla%C5%9Ft%C4%B1rma%20Verileri.pdf](https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22720201054542019%20Y%C4%B1l%C4%B1%20%20(01.01.2019%20il%C3%A2%2031.12.2019%20Tarihleri%20Ara%C4%B1ndaki)%20Uzla%C5%9Ft%C4%B1rma%20Verileri.pdf) (03/08/2020).;

<http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/181220181406062017.pdf> (09/01/2020).

<sup>77</sup> [http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/18220191539092018%20uzla%C5%9Ft%C4%B1rma%20istatistik%20\(1\).pdf](http://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/18220191539092018%20uzla%C5%9Ft%C4%B1rma%20istatistik%20(1).pdf) (09/01/2020).

<sup>78</sup> Art.29 ff. der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>79</sup> Art.21 und Art.30 der Verordnung über TOA im Strafverfahren.

<sup>80</sup> Im Jahr 2019 wurden 486.462 Fälle zum Schlichtungsverfahren zugesandt. Davon gelingt es bei 238.905 Fällen den Konflikt zu schlichten. Hingegen liefen bei 45.629 Fällen den TOA-Gesprächen erfolglos. Mehr zu den Statistiken siehe <https://alternatifcozumler.adalet.gov.tr/HaritaGoster/Harita1> (20/01/2021).

<sup>81</sup> Drei Viertel der Geschädigten und 80 Prozent der Beschuldigten in Deutschland stimmen zu, an Ausgleichsgespräche teilzunehmen. Die Erfolgsquote der Ausgleichsbemühungen nach Zustimmung der Beteiligten sei konstant hoch. Gleitwort von Heiko Maas, in Hartmann-Schmidt-Kerner, TOA in Deutschland, Auswertung der bundesweiten TOA-Statistik für die Jahrgänge 2015-16, S. iii.

<sup>82</sup> Stand vom Jahr 2012 dazu siehe Winter-Matt, Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, in NK 2/2012, S. (73) 76.

## FAZIT

Meiner Ansicht nach etabliert Täter Opfer Ausgleich sich im Strafrecht als ein Instrument des Beiseitelegens eines strafrechtlich relevanten Rechtsstreits. TOA als eine außergerichtliche Konfliktlösung ist zu begrüßen. Jedoch birgt die Anwendung des TOA einige Gefahren. Man nimmt eine Partei von vornherein als Täter; andere Partei als Opfer an und verstößt gegen Unschuldsvermutung.<sup>83</sup> Zwar lässt das türkische Recht kein TOA-Verfahren durchführen, solange kein vorliegender Fall genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bietet. Jedoch reicht dies auch nicht aus, eine Person als Täter und oder Opfer zu identifizieren. Daher wird in der Lehre auch empfohlen, diese Parteien als mutmaßliche Täter und Opfer zu bezeichnen.<sup>84</sup> Andererseits wird in der Praxis öfter erwähnt, dass einige Personen aus Angst vor einem unfairen Verfahren und oder vor zu lang dauerndes Verfahren sich mit sog. Opfer versöhnen wollen, obwohl sie in der Tat keine Straftat schuldhaft begangen haben. Entsprechen diese Behauptungen teilweise den Tatsachen, würde es bedeuten, dass der TOA zumindest für diese Fälle sein Zweck verfehlt habe. Der Vermittler wird öfter vorgeworfen, die Konfliktparteien zu unterdrücken oder deren Belange nicht respektieren. Dies würde wiederum das Opfer nochmal verletzen. Die Aufklärungspflicht zu erfüllen bzw. Rechtsfolgen des TOA den Konfliktparteien zu erklären, scheitern die Mehrheit des Vermittlers. Der Grund dafür ist meines Erachtens wie oben dargestellt ist, die Ernennung unfähiger Vermittler.

---

<sup>83</sup> BeckOK StGB/*Heintschel-Heinegg* StGB §46a Rn. 7.; Heike Jung, Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer, in *JZ* 58/22, 2003, S. (1096) 1097.

<sup>84</sup> Mehr dazu Jung, Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer, in *JZ* 58/22, 2003, S. (1096) 1097.

**LITERATUR**

- ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Aufl. Adalet Verlag, Ankara 2018.
- AKBULUT, Berrin / AKSAN, Murat, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma**, 2. Aufl., Seckin Verlag, Ankara 2019.
- BOMMER, Felix, "Warum sollen sich Verletzte am Strafverfahren beteiligen dürfen?", in **(Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht / Stämpfli Verlag) ZStrR** 121/2003, S. 172-194.
- ÇETİN, H. Soner, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaşma", **TBB Dergisi**, Sayı 82 Yıl 2009, S. 1-33.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, **Onarıcı Adalet Uygulaması Olarak Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, Seçkin, Ankara 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, 6. Aufl. Seçkin Verlag, Ankara 2019.
- ERDEM, Mustafa Ruhan-ESER, Ferda-ÖZSAHİNLİ, P. Pelin, **100 Soruda Uzlaştırma, Uzlaştırmacının El Kitabı**, 3- Aufl. Seckin Verlag, Ankara 2017.
- GIRSBERGER, Daniel - PETER, James T., **Außergerichtliche Konfliktlösung, Kommunikation - Konfliktmanagement - Verhandlung - Mediation - Schiedsgerichtsbarkeit**, Schulthes Juristische Medien AG Verlag, 2019.
- GROPP, Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin 2005.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Aufl., Adalet Verlag, Ankara 2019.
- HARTMANN, Arthur-SCHMIDT, Marie-KERNER, Hans-Jürgen, **TOA in Deutschland, Auswertung der bundesweiten TOA-Statistik für die Jahrgänge 2015-16, Bericht für Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz**, ISBN 978-3-942865-91-3 (Onlineausgabe/PDF-Dokument).
- V. HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, **BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg**, 44. Ed. 1.11.2019, StGB §46a Täter Opfer Ausgleich.
- JUNG, Heike, „Über den schwierigen Spagat zwischen Täter und Opfer“, in **JZ** 58. Jahrgang Nr. 22, Jahr 2003, S. 1096 - 1099.
- KETİZMEN, Muammer, Uzlaşmanın Sirayet Etmezliği İlkesinin Sonucu Olarak Mağdurun Yargılanacak Kişiyi Seçebilme Yetkisi, in **Hacettepe HFD**, 2 (1) 2012, S. 1- 10.
- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Aufl., Seçkin Verlag, Ankara 2019.
- KREY, Volker - HEINRICH, Manfred, **Deutsches Strafverfahrensrecht**, 2. Aufl., Kohlhammer, Stuttgart 2019.
- NYDEGGER, Micha, „Vom Geschädigten zum Privatkläger“, in **(Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht / Stämpfli Verlag) ZStrR** 136/2018, S. 55-89.

- ÖZBEK, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Mağdur Fail Uzlaştırmasının Usul ve Esasları, **AÜHFD** 2017, C. 56, Sayı 4, S. 123-205.
- ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAĞSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Aufl. Seçkin Verlag, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri, (Hrsg. Öztürk, Bahri) **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Aufl., Seckin Verlag, Ankara 2019.
- SARHAN, Arm, **Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik**, BWV, Berlin 2006.
- SCHÄDLER, Wolfram, Den Geschädigten nicht nochmals schädigen, in **ZRP** 1990, Heft 4, S. 150 - 154.
- ŞEN, Ersan, **Yorumluyorum XVII**, Seckin Verlag, Ankara 2018.
- SINGER, David, "Community Mediation Thrives in New York", in **Arbitration Journal ADR News**, June 1993 via EBSCOhost.
- ŞAHİN, Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", in **Selçuk ÜHFD**, 6/1998, S. 221-297.
- ŞENTÜRK, Candide, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma", **Masterarbeit, Dokuz Eylül Üniversitesi**, 2009.
- WINTER, Frank - MATT, Eduard, „Restorative Justice und Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland“, in **Neue Kriminalpolitik** Vol: 24, Nr: 2 / 2012, S. 73-80.
- YAŞAR, Ercan, "Restorative Justice in der Türkei", in **TOA-Magazin, Fachzeitschrift zum Täter-Opfer-Ausgleich**, 2020/2, s. 31-33.
- YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Aufl. Seçkin Verlag, Ankara 2019.
- YERDELEN, Erdal, Hrg. Mustafa Serdar Özbek, **Uzlaştırmanın Esasları, in Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı**, 2. Aufl., Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2018.



# İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK), Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerine gelen uyuşmazlıklarda, dava taraflarına bir takım usul yükümlülükleri getirmektedir. Aynı kanun bu yükümlülükler uylmadığı takdirde mahkemelerin ne tür kararlar vereceğini de düzenlemiştir. Davanın reddi, dilekçenin reddi, dosyanın işlemde kaldırılması, davanın kabulü gibi kararlar yanında bir diğeri de davanın açılmamış sayılması kararıdır.

Davacının, dava dilekçesini İYUK'un 3. ve 5. maddesinde düzenlenen kurallara göre hazırlaması gerekliliğinin yanında dava açılırken davacı tarafın bir takım harçları ve dava aşamasında yapılacak olan tebligat giderlerini yatırmaması da gerekmektedir. Davacı tarafın bu harç ve posta giderlerini hiç yatırmaması ya da eksik yatırmaması ve yine davacı tarafından mahkemeye bildirilen adreste tebligat işlemlerinin yapılamaması hallerinde ne gibi işlemler yapılacağı hususu da Kanun'da düzenlenmiştir.

Davanın açılmamış sayılması kararının hukuki niteliği, mevzuattaki karşılığı, hangi hallerde dava açılmamış sayılmasına karar verilebileceği, şartlarının neler olduğu, bu kararlara karşı başvuru yolunun olup olmadığı, inceleyeceğimiz temel hususlardır.

**Anahtar Kelimeler:** İdari Yargı, İdari Dava, Davanın Açılmamış Sayılması.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23/11/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 12/12/2021.

Atıf Şekli: Mehmet Hatipoğlu, "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 187-222.

<sup>(\*\*)</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye.

E-posta: mhatipoglu@aku.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-5570-8554.

## **ACCEPTING FILED CASE AS NON FILED IN ADMINISTRATIVE JURISDICTION**

### **ABSTRACT**

The Code of Administrative Procedure introduces certain obligations to the parties of the dispute held before the Council of State, Administrative Courts and Tax Courts. The kind of decisions to be taken by the courts if these obligations are not fulfilled are also regulated.

In addition to the necessity of preparation of the statement of claim by the claimant according to the Articles 3 and 5 of the Code, the plaintiff shall also discharge and pay for certain expenses related to the fees of litigation and notification when filing an action. The procedures to follow in case the claimant does not deposit the full or missing amount of these fees and postal expenses are also regulated in the Code of Administrative Procedure.

Accepting filed case as non filed and its elements will be topics to be analyzed primarily.

**Keywords:** Administrative Justice, Administrative Action, Case As Non Filed.

## GİRİŞ

Yargılama hukukunda tarafların, derdest olan bir yargılamanın kurallarını, amaç ve işlevlerini ortadan kaldıracak düzeydeki davranışları sınırlama altına alınmış, hatta bazı durumlarda da yaptırımlara tabi kılınmıştır. Tarafların tutum ve davranışları nedeniyle sürüncemede kalma riski taşıyan bir davada örneğin, davayı usulüne göre izleme ve usul işlemlerini yerine getirme yükümlülüğünü ihlal, hem hukuk, hem ceza ve hem de idari yargıda davayı ortadan kaldırabilir<sup>1</sup>.

Gerçek, tüzel ayrımı yapılmaksızın kişilerin haklarını, usul kurallarına uygun olarak yargı yerlerinde arayabilmeleri dava açma biçiminde olmaktadır. Kişiler bu davaları açarken ve açıldıktan sonra usule ilişkin birtakım koşulları yerine getirmek durumundadırlar. Yargılama neticesinde bir davanın sona ermesi, yargı yerindeki yargılama işlemlerinin bitirilmesi ve -dava konusu olan şeyin tutarı ya da çeşidi nedeniyle yasa yollarına gidilmeye ilişkin yasal sınırlamalar dışında- yeni bir kanun yolunun açılması için davanın reddi, kabulü, kısmi kabul, tarafların davalarından vazgeçmeleri ya da sulh olmaları ve bunun kararda belirtilmesi hallerinde söz konusu olmaktadır. Ancak, bunların dışında olup nitelik farkı da olmasına karşın davaların sona erme şekillerinden birisi de “*davanın açılmamış sayılması*”dır<sup>2</sup>.

Anayasada, kişilerin mahkemeler önünde davacı ya da davalı olarak haklarını araması adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınmıştır<sup>3</sup>. Ancak taraflar da haklarını ararken dava sürecinin işleyişi açısından sağlıklı bir sonuca varabilmek için kanunun öngördüğü belli yöntemlere uymak, belli usulleri takip etmek zorundadır. Taraflar kanunun öngörmüş olduğu sisteme uymazlarsa, mahkeme de bir karara varamayacaktır. İşte bazı durumlarda tarafların belli usullere uymaması davanın açılmamış sayılması sonucunu doğuracaktır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C: 1-2, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 1997, s. 612; Ahmet İyimaya, “Sorumluluk Davasının Açılmamış Sayılması” *Yargıtay Dergisi*, 1990, S. 1-2, s. 46-47; Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Mimoza Yayınevi, Konya, 1997, s. 143; Mustafa Y. Aygün, “Davanın Açılmamış Sayılması”, *YD.*, 1979, S. 5, s. 829.

<sup>2</sup> Aygün, “Davanın Açılmamış Sayılması”, s. 850.

<sup>3</sup> **1982 Anayasası m.36** “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”

<sup>4</sup> Emel Şeyda Elgün, ‘Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları’, *Ankara Üniversitesi SBE*, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s. 1; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Üstündağ, 1997, s. 506.

Davanın açılması ile doğan sonuçların geriye etkili olarak hiç doğmamış kabul edildiği durum olan davanın açılmamış sayılması kararı, alınırken davalının rızasına ihtiyaç duyulmayan, davanın yeniden açılmasını mümkün kılan, davayı geri alma ve davadan feragatten farklı sonuçlar doğuran, hem hukuk muhakemeleri usulünde hem de idari yargıda karşılığı olan bir karardır<sup>5</sup>. Davanın açılmamış sayılmasına bağlanan hukuki sonuçlar, davanın açılmamış sayılması kararı ile hukuki dayanaklarından yoksun kalacak, hukuki durumu dava öncesi hale getirecektir.

Çalışma konumuz açısından idari yargılama hukukunda da önemli sonuçları olan davanın açılmamış sayılması kararı, İYUK'da idari yargı yerlerindeki yargılamalarda uyulması gereken bazı usul kurallarına uyulmadığı takdirde karşılaşıcağımız bir karar türüdür. Nitekim söz konusu Yasa, idari yargı yerlerinde açılacak dava türlerinden, dava dilekçesinde bulunması gereken özelliklere, dava dilekçesi üzerinde yapılacak ilk incelemeden, ilk inceleme üzerine verilecek kararlara, yürütmeyi durdurma müessesesi, dava dosyasının tekemmülü, duruşma, verilecek kararda bulunması gereken hususlar ve daha birçok usul konusunu ele almıştır<sup>6</sup>.

İdari yargı yerleri olan Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemelerinde açılan davalarda dava dilekçelerinin İYUK'un 3. ve 5. maddesinde düzenlenen kurallara uygun olarak düzenlenmesi gerektiği gibi, dava açılırken davacı tarafın bir takım harçları ve yapılacak olan tebligat giderlerini yatırmaması da gerekmektedir<sup>7</sup>. İşte, davacı tarafın bu harç ve posta giderlerini hiç yatırmaması ya da eksik yatırmaması durumunda ne tür işlemlerle karşılaşıcağı konuları da İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların bu şekildeki eksikliklerin ilgili mahkemeler tarafından davacıdan giderilmesi istenilmesine rağmen davacının herhangi olumlu bir işlemde bulunmaması halinde verilecek olan kararlar asıl ilgi alanımızı oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda verilen davanın açılmamış sayılacağı kararının hukuki niteliği, bu kararların verilebilmesi için gerekli şartlar, karara karşı başvuru yolları ve Danıştay kararları ışığında davanın açılmamış sayılması kararlarındaki hukuka aykırılıklar aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

<sup>5</sup> "... Davanın açılmamış sayılması, koşulların oluşması ile kendiliğinden ortaya çıkan ve tarafların istemelerine bağlı olmayan «yasal sonuç»tur..." İyimaya, 1990, s. 47.

<sup>6</sup> Hüseyin Bilgin, "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasına" *Adalet Dergisi*, S. 35, s. 86-88.

<sup>7</sup> Bilgin, "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasına", s. 90.

## I. DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI KARARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İdari yargılama usulünde de medeni yargılama usulünde olduğu gibi tarafların yargılama esnasında bir takım yükümlülükleri bulunmaktadır. Yükümlü oldukları bu davranışları yerine getirmemeleri neticesi olarak da hukuki birtakım sonuçlarla karşılaşmaktadırlar. Bu sonuçlardan birisi de davanın açılmamış sayılması kararıdır. Tarafların kötü niyetli davranışlarla dava açmaları ya da bazı işlemleri sürüncemede bırakmalarının önüne geçmek adına bir gereklilik olarak nitelendirilen davanın açılmamış sayılması kararı idari yargıda da mevzuatımıza giren bir kurumdur.

Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığı incelemekten kaçınma yasağı, davanın derdestlik kazanması, davanın açılış tarihine göre şartların değerlendirilmesi, görevli ve yetkili mahkemenin işlemlerine başlaması, taraflarının taleplerinin değerlendirilmesi gibi idari yargıda davanın açılmasının hukuki sonuçlarına engel olan davanın açılmamış sayılması kararı, usul hukuku açısından sonuçta bir çözüm yolu olup, niteliği itibarıyla yargılama hukukuna özgü bir kavramdır<sup>8</sup>.

İdari yargılama hukukunda Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin önüne gelen uyuşmazlıkların kural olarak mutlaka bir karar ile çözümlenmesi gerekir. Davanın açılması, hukuki bir tasarruf değil, usuli bir tasarruftur ve dava taraflarının tam bir serbestlik ile hareket ettikleri söylenemez. Hem mahkemelerin hem de davanın taraflarının, yargılama aşamalarında, idari yargılama alanına özgü usul kurallarına ve atıf yapılan hallerde de hukuk muhakemesi usulüne ilişkin kurallara uyma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bundan bağlamda, şayet varsa davaya ilişkin eksiklikleri gidermemek, usuli işlemleri ve gereklerini zamanında ve tam yapmamak, yargılama hukukuna özgü birtakım sonuçların ortaya çıkmasına ve hatta davanın ortadan kalkmasına yol açabilecektir. Hukuk muhakemesi usulünde düzenlenen ve idari yargı alanında da karşılığı olan bu durum, davanın açılmamış sayılması olarak nitelendirilmektedir<sup>9</sup>.

Yargılama hukuku kuralları, kamu düzeniyle ilgili olduklarından, genellikle emredici niteliktedir. Bu normlara aykırı davranmak, birtakım sonuçlar getirir. Bu bağlamda “*davanın açılmamış sayılması*”, bahsedilen kuralları çiğnemeyi

<sup>8</sup> Seda Özmumcu, “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, *İÜHF*, 2012, C. LXX, S. 2, s. 183-206.

<sup>9</sup> Medeni Yargılama Hukukuna dair hukuki nitelendirme konusunda detaylı bilgi için bkz., Aygün, s. 829-830; İyimaya, s. 46-48.

önlemenin zorlama aracını, başka bir deyişle yaptırımını oluşturmaktadır<sup>10</sup>. Zira yaptırım kavramı sadece maddi hukuk açısından kullanılabilen değil aynı zamanda yargılama hukuku açısından da kullanılan bir kavramdır.

Emredici hukuk kurallarının, sùjelerin uymaları gereken, aksine davranamayacakları kurallar olduğu, hukuk düzeninin, sadece kurallara uyulmasını sağlamakla değil, aynı zamanda kurallara aykırılığın önlenmesi ile de ilgili olduğu gerçeğinden<sup>11</sup> yola çıkan İYİMAYA, bu aykırı davranışları önleyen hukuksal çarelere, bir bütün olarak müeyyide /yaptırım dendiğini, yargılama hukuku kuralları da, kamu düzeniyle ilgili olduklarından davanın açılmamış sayılmasının bir usul yaptırımı olduğunu savunmaktadır<sup>12</sup>. Davanın tarafların yerine getirmedikleri yükümlülükler dolayısıyla yarıda bırakılmaması ve başlamış olan bir davanın hukuken nihayete erdirilmesi ve bir karara varılması amacıyla öngörölmüş olan davanın açılmamış sayılması kararı, yapısal olarak bir usul hukuku kurumudur.

<sup>10</sup> Kararın, yaptırım niteliğine ilişkin İyimaya, şunları da belirtmiştir.: ‘*Hangi hallerde davanın açılmamış sayılacağı hususu, sınırlı sayı ilkesi ile İYUK’da sayılmıştır. Yasada öngörölen haller dışında, mahkemenin «davanın açılmamış sayılması» kararı vererek bir sonuca gitmesi, yargılama hukukunun yapısal ve işlevsel tekniğine de aykırıdır. Davanın açılmamış sayılması kararının verilebileceği haller genel anlamda tarafların işlemleriyle alakalıdır. İdari yargıda bazen tarafların uyması gereken yükümlülükleri süresinde ya da hiç yapmamaları, yaptırımın uygulanacağı haller, yargılama hukuku normlarında oldukça sınırlı tutulmuştur. Açılmamış sayılma yaptırımına yol açan sebepler, genellikle taraf işlemleri ile ilgilidir. Tarafların kimi işlemleri hiç veya süresinde yerine getirmemeleri, birtakım usuli kaçınma yükümlülüklerine uymamaları, bu zorunlu yaptırımı gerektirmiştir.*’, İyimaya, s. 48; Aygün ise konuya ilişkin, ‘*Davanın açılmamış sayılması yaptırımının uygulanması ile mahkeme, dosyadan elini çekmektedir. Yaptırım kararı, temyize tâbidir. Karardan geri dönülmesi olanağı yoktur. Yaptırımın uygulama koşullarının doğmamış olması, ancak kanun yoluyla tartışma konusu yapılabilecektir.*’ tespiti yer vermiştir. Aygün, s. 851.

<sup>11</sup> Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975. s. 67, 75, 58; Mesut Önen, *Hukukun Temel Kavramları*, İstanbul, 1985. s. 85 vd.

<sup>12</sup> İyimaya, s. 47-48, Ayrıca bkz. Kudret Aslan, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri”, *MİHDER*, 2013/2, C. 9, S. 25, s. 46-48, Taraftarı az olsa da doktrinde davanın açılmamış sayılması kararının sebebine bağlı olarak bazen bir usul yaptırımı olarak değerlendirilemeyeceğini savunanlar da bulunmaktadır. Şöyle ki; “... *İki tarafın duruşmaya gelmemesi durumunda ise, tarafların davayı takip etme konusunda devam iradelerini gösterip göstermeyecekleri askıda olduğundan, devam etmemeleri durumunda dosyanın işlemden kaldırılması ve davanın açılmamış sayılması yargı organın işgal edilmemesi açısından bir zorunluluktur. Tarafların neden takip etmedikleri ise kanımızca açıklamaya muhtaç değildir. Bu husus kanımızca bir yaptırım olarak da değerlendirilmemelidir. Özellikle maddi hukuktaki yaptırımların bu yolla kıyasen yargılama hukukuna uygulanmaya çalışılması alan bağımsızlığını ihlâl de edecektir. Davanın takibine taraf zorlanamaz*”, Ayrıntılı bilgi için bkz., Nedim Meriç, ‘Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi’, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*, s. 45-vd.

Diğer taraftan bu kararın, yukarıdaki açıklamalara ek olarak usul hukukuna ilişkin nihai bir karar olduğunu da belirtmeliyiz<sup>13</sup>. Zira konuyla ilgili yazılan eserlere<sup>14</sup> bakıldığında davanın açılmamış sayılması kararı ile hâkim dosyadan elini çekmiş olması ve tekrar başka bir işlem yapamaması sonucu ortaya çıktığı için bu kararın “nihai karar” niteliğinde olduğunda ittifak vardır. Bu kararların şekli ve maddi anlamda sonuçları da farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, davanın açılmamış sayılması kararı şekli anlamda kesin hüküm oluşturmakla birlikte, uyumsuzluğun esasını çözmemesi dolayısıyla maddi olarak bir kesin hüküm niteliğini haiz değildirler. Bunun sonucu olarak da, davanın açılmamış sayılması halinde aynı dava esastan görülmediği için tekrardan açılabilecektir. Bu durumda maddi anlamda kesin hüküm sonucu olan tekrar açılma yasağı söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla davanın açılmamış sayılması kararı kurucu (ihdasi) nitelikte değil, açıklayıcı (ihzari) niteliktedir<sup>15</sup>.

Davanın açılmamış sayılması, koşullarının varlığı halinde kendiliğinden meydana gelen bir durumdur. Şartların oluşmasında tarafların iradeleri mevcuttur, ancak sonucun meydana gelmesi tarafların iradesi dışında kanunun emredici hükmü olarak kendiliğinden meydana gelir<sup>16</sup>. Bu bağlamda, davanın açılmamış sayılması kararı kurucu unsurunu taraf iradesi olan davadan feragat ve davanın geri alınması kararlarından da farklıdır. Zira ifade edildiği üzere davanın açılmamış sayılması, bazı şartların yerine gelmesiyle birlikte doğrudan ve kendiliğinden oluşan bir karardır. Bu nedenle de davanın açılmamış sayılması kararı inşai değil açıklayıcı, tespit edici bir karar niteliğindedir.

## II. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA DAVANIN AÇILMIŞ SAYILACAĞI ZAMAN

İdari yargılamada davanın açılmamış sayılması kararının nedenlerine detaylıca geçmeden önce davanın açılmış sayılma anına ilişkin açıklamaların ko-

<sup>13</sup> Selami Demirkol, “İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü - Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolü’nün Güçlendirilmesi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, No: 91, Ankara, 2016, s. 127.

<sup>14</sup> Üstündağ, 1997, s. 612; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 4133; Celal Aras-Leyla Arslan-Nilgün Cesur, “Hukuk Usulünde Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilecek Haller”, *AD*, S. 2, 1985, s. 366; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 2056, Ramazan Çağlayan, *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2002, s. 47-57.

<sup>15</sup> Kuru, s. 4125; Elgün, s. 181.,

<sup>16</sup> Hasan Dursun, “Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 14.

nunun iyi anlaşılması açısından yerinde olacağı düşüncesindeyiz. İdari yargılama usulünde davanın açıldığı zamanın tespiti, mevzuattaki hükümlere göre çeşitli olasılıklar nazar-ı itibara alınarak yapılır. Burada hemen ifade etmeliyiz ki, dava dilekçesinde belirtilen tarihin davanın açılmış sayılması sonucuna herhangi bir etkisi söz konusu değildir.

İdari yargı yerlerinde idari davalar, İYUK m.6 düzenlemesine göre; Danıştay, İdare Mahkemesi ve Vergi Mahkemesi başkanlıklarına veya bunların bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemelerine ya da yurtdışında Türk konsolosluklarına verildiği tarihte açılmış sayılır<sup>17</sup>. Maddenin birinci fıkrası hükmünden harç ve posta ücretlerinin yatırılmış olması şartı ile davanın açılmış sayılacağı gibi bir anlam çıksa da aslında maddenin bir bütün olarak değerlendirilmesiyle böyle olmadığı anlaşılmaktadır. Zira 6. maddenin 4. fıkrasındaki “herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde” ibaresinden harç ve posta pulu ücreti eksikliği nedeniyle dava dilekçesinin esas defterine kaydında herhangi bir sakınca olmadığı, bu nedenle de kayıt yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>.

Davanın açılma anına ilişkin Yönetmelik<sup>19</sup> düzenlemelerine bakıldığında ise, dilekçenin harç ve posta ücreti yatırılarak UYAP’a kaydedildiği tarihi davanın açılış anı olarak esas aldığı görülmektedir<sup>20</sup>. Yine, elektronik ortamda açılan davalarda, harç ve posta ücretlerinin elektronik ortamda mahkeme veznesine aktarılmasının ardından dava dilekçesinin UYAP üzerinden mahkeme ekranlarına düştüğü tarihte açılmış sayılacağı kabul edilmiştir<sup>21</sup>. Davanın ne zaman açıl-

<sup>17</sup> **2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) m.6/1:** “Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına veya 4’üncü maddede yazılı yerlere verilen dilekçelerin harç ve posta ücretleri alındıktan sonra deftere derhal kayıtları yapılarak kayıt tarih ve sayısı dilekçenin üzerine yazılır. Dava bu kaydın yapıldığı tarihte açılmış sayılır.”

<sup>18</sup> Yılmaz Özbacı, **Vergi Davaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 151.

<sup>19</sup> 11.07.2015 tarih ve 29413 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşleri ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik”

<sup>20</sup> Yönetmelik m.62/5: “Dava, dava dilekçesinin harç ve posta ücreti yatırılarak UYAP’a kaydedildiği tarihte açılmış sayılır.”

<sup>21</sup> Yönetmelik m.62/9: “Gerçek kişilerin UYAP Vatandaş Bilgi Sistemi, tüzel kişi temsilcilerinin UYAP Kurum Bilgi Sistemi üzerinden dava açabilmeleri için güvenli elektronik imza sahibi olmaları gerekir. Gerçek ve tüzel kişilerin elektronik ortamda açacakları davaların yargılama harçları ve posta ücreti elektronik ortamda mahkeme veznesinin bağlı olduğu banka hesabına aktarılır. Bu işlemlerin kredi kartı ve benzeri ödeme araçları ile de yapılması sağlanabilir. Dava, dilekçenin UYAP üzerinden mahkeme ekranlarına düştüğü tarihte açılmış sayılır. İşlem sonucunda başvuru sahibinin elektronik ortamda erişebileceği bir tevzi formu oluşturulur.”



miş sayılacağına ilişkin mevzuattaki olasılıklardan sonuncusu da zorunlu idari itiraz düzenlemelerin olduğu durumlardır. Bir idari işleme karşı dava açılmadan önce idareye başvurunun zorunlu olduğu durumlarda, bu başvuru yapılmadan dava açılmaz. Zorunlu idari itiraz durumunda<sup>22</sup>, idareye itiraz başvurusu yapılmadan doğrudan dava açılması hâlinde, mahkeme merci tecavüzü dolayısıyla dava dilekçesinin ilgili idareye tevdiine karar verecektir. İlgili idarenin bu tevdi kararını zorunlu idari itiraz olarak değerlendirmesi gerekecek ve itirazı kanunda düzenlenen sürelerde sonuçlandırması gerekecektir. Dolayısıyla bu durumda davanın açılış tarihinin mahkemeye başvurulduğu tarih olarak kabul edilmeyeceği açıktır. Davanın açılış anı, idari mercie tevdi kararı sonrası, idari merciin açık veya zimni ret kararı üzerine dava açılması için verilecek yeni dilekçeye göre belirlenmesi gerekecektir. Zira bu durumda, zorunlu idari itiraz yolu tüketilmeden dava açma hakkı doğmuş olmayacaktır. Zorunlu idari itiraz müessesinin öngörüldüğü hallerde, dava konusu olabilecek idari işlemin zorunlu itiraz üzerine verilecek olan açık ya da zimni ret işlemleri olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, zorunlu idari itiraz aşamasından önce idari davaya konu olabilecek bir işlem henüz mevcut olmadığı için davanın açılması da mümkün olmayacaktır. Bu durumda dava dilekçesine ve bunun mahkeme kayıtlarına giriş tarihine bağlanan tek sonuç, idareye yapılması zorunlu olan başvurunun tarihi olarak kabul edilmesidir<sup>23</sup>.

### III. İDARİ YARGILAMADA DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI KARARININ NEDENLERİ

İYUK'un "Dilekçe Üzerine Uygulanacak İşlem" başlıklı 6. maddesi ile "Tarafların Nitelik veya Kişiliğinde Değişiklik" başlıklı 26. maddesinde davanın açılmamış sayılmasına karar verilecek hâllere yer verilmiştir. Bahsi geçen hükümlerden 6. maddede iki ayrı olasılık belirtilmiş ve bu olasılıklara göre, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin gerekli şartları hüküm altına alınmıştır.

İYUK'a göre, ilk olarak yargılama harçları ve posta ücretlerinin hiç yatırılmadan veya eksik yatırılarak açılmış olan davada, bu eksikliğin 30 gün içerisinde giderilmesi hususunun ilgiliye bildirilmesine rağmen süresinde gereğinin yapılmaması sebebine dayalı olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilir.

<sup>22</sup> Zorunlu İdari İtiraz konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., K. Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

<sup>23</sup> Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, Y. 2019, s. 663-664.

İkinci olarak, idari yargıda bir dava açılmasından sonra ilk başta yatırılan posta giderinin tebliğ işlemlerini engelleyecek şekilde azalması halinde tarafa bildirilmesine rağmen bu eksik tamamlanmazsa önce dosyanın işlemde kaldırılmasına, eksikliklerin giderilerek işleme koyma isteminde bulunulmaması halinde de davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. Son olarak da davacının gösterdiği adrese tebligattın yapılamaması durumunda, davacının yeni adres bildirmesine kadar dosyanın işlemde kaldırılması, 1 yıl içinde yeni adres bildirilerek işleme koyma isteminde bulunulmaması halinde ise, davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. İdari yargıda da hukuk usulünde olduğu gibi bir usul yaptırımı olarak karşımıza çıkan bu karar türünü nedenleri ile birlikte şimdi ayrıntılı olarak ele alacağız.

#### A. İYUK'un 6. Maddesi Uyarınca Davanın Açılmamış Sayılması Kararı

Harç ve posta gideri eksiklikleri, dava dilekçesinin verildiği zaman hiç veya eksik ödenmesinden kaynaklanabileceği gibi, davanın görülmesi sürecinde oluşan eksikliklerden de oluşabilir<sup>24</sup>. İYUK'un 6. maddesinde, 10/6/1994 tarih 4001 Sayılı Kanununun 4. maddesi ile yapılan değişiklikle hem davanın açılması aşamasındaki eksiklikler hem de dava açıldıktan sonra oluşabilecek eksikliklerin sonuçları hükme bağlanmıştır. Bu nedenle 6. madde, davanın açılmamış sayılması kararının iki nedenini barındırmaktadır.

##### 1. Davanın Açılması Aşamasında (İYUK md.6/4)

Yukarıda idari yargılamada davanın ne zaman açılmış sayılacağına ilişkin verdiğimiz bilgiler bu başlık altında inceleyeceğimiz konu açısından özellikle önem arz etmektedir. Kural olarak harç<sup>25</sup> ve posta ücreti yatırılmaksızın dava açılması mümkün değildir. Aksi takdirde açılan dava hakkında ilk inceleme yapılmaz. Davanın açılması sırasında harç ve posta ücretinin eksik olması halinde nelerin yapılması gerektiği 6. maddenin 4. fıkrasında izah edilmiştir. Maddeye göre; eksik veya hiç yatırılmamış giderler için tarafa bu eksikliği 30 gün içinde

<sup>24</sup> Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 339.

<sup>25</sup> 'İdari davalar açılırken yatırılması gereken harçlar başvuru harcı ve karar harcıdır. Şayet talep edilmişse yürütmeyi durdurma harcını da dâhil edebiliriz. Vergi davaları açısından ise başvuru harcı ile talep edilmesi halinde yürütmeyi durdurma harcı dava açılırken peşin olarak yatırılır. Karar harcı ilk başta yatırılmaz. Harçların nelerden ibaret olduğu, miktarları ve ödeme şekilleri 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır. HK 127. Maddeye göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, harçların tamamı peşin olarak ödenmeden harca mevzu olan işlem yapılmaz.', A. Şeref Gözübüyük-Güven Dinçer, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 195.

tamamlaması için bildirim yapılacak, tamamlanmaması durumunda bildirim tekrarlanacaktır. İki bildirime rağmen giderler tamamlanmaz ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir<sup>26</sup>. Davanın açılmamış sayılması kararı davacıya tebliğ olunur<sup>27</sup>.

Burada önemli olan diğer bir husus da tebligatın usulüne uygun olarak yapılmış olmasıdır. Tebligat Kanununda sayılan tebligatı almaya ehil olmayan birisine tebligat yapılması ya da usul gözetilmeksizin yapılması halinde geçerli tebliğ yapılmış kabul edilemez. Tebligatı alan davacının kendisine mevzuat gereği tanınan 30 günlük sürede eksik olan harç ve posta giderini tamamlaması gerekir. Davacı bu 30 günlük süre içinde gerekli olan ve kendisinden istenilen harç ve posta giderindeki eksikliği gidermezse ek bir 30 günlük süre daha verilerek yine eksik olan harç veya posta giderinin davacı tarafından yatırılması talep edilir. Burada kanun koyucu eksikliğin giderilmesindeki ikinci talepte herhangi bir süreden bahsetmemiş olsa da mevzuattaki “*bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır*” ifadesinden bu sürenin 30 gün olması gerektiği ortaya çıkmaktadır<sup>28</sup>. Uygulamada genelde idare ve vergi mahkemelerinde eksik harç ve posta giderinin tamamlanması için gönderilen yazılar mahkeme başkanları tarafından yazılıp her seferinde 30 günlük süreler verilmektedir. Yasa’da açıkça ifade edilmemiş olsa da harç ve posta gideri istemine ilişkin gönderilen yazıda harç miktarının ne kadar olduğu, ne için alındığı (ne kadarlık kısmı harç ne kadar kısmı posta ücreti vs.) ve ikinci

<sup>26</sup> İYUK m.6/4: “Herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur”

<sup>27</sup> Bahtiyar Akyılmaz-Murat Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 125-126.

<sup>28</sup> Burada belirtmek istediğimiz diğer mesele de 30’ar günlük sürelerin ilgiliye tebliğ edildiği andan itibaren başlayacak olmasıdır. İkinci tebligat şahsa ne zaman ulaşırsa harç ya da posta ücreti eksikliğini tamamlamak için ilgiliye tanınan ikinci 30 günlük süre de o zaman başlayacaktır. Zira Danıştay da bir kararında “*Temyiz istemine konu dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesinin harç eksikliğinin tamamlanmasına ilişkin birinci yazısının 21.12.2004 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği, eksikliğin tamamlanmaması üzerine yapılan ikinci tebligatın 11.4.2005 tarihinde davacı vekili tarafından tebellüğ edilmesini müteakip, kararda belirtilen eksik tutarın 10.5.2005 tarihinde süresi içerisinde yatırılarak tamamlanmış olduğu anlaşılmış olup, eksik harç tutarının süresi içerisinde tamamlanmadığından bahisle verilen davanın açılmamış sayılmasına dair Daire kararında usul hükümleri bakımından hukuki isabet bulunmadığından..*” gerekçesiyle dairenin davanın açılmamış sayılması yönündeki kararını bozmuştur., Danıştay İDDK, 04.05.2006 tarih ve E. 2006\567, K. 2006\368 sayılı Karar.

kez isteme yazısında tanınan süre içinde yatırmadığı takdirdeki müeyyidenin ne olduğu mutlaka açıkça ve anlaşılır bir şekilde yazılmalıdır<sup>29</sup>.

İYUK m.6/4'e göre verilecek davanın açılmamış sayılacağı kararının sadece *davacıya tebliğ* olunacağı kurala bağlanmıştır. Davalı idareye tebligat yapılmaz. Zira davanın açılmamış sayılması kararı verildiğinde idare, usulüne uygun bir dava açılmadığından kendisine karşı bir dava açıldığından haberdar olmayacaktır.

İYUK md.6\4 gereği davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi halinde davacının eksiklikleri gidererek tekrar dava açabilesi, dava süresinin de sona ermemiş olmasına bağlıdır. Davacıya harç ve posta ücretlerindeki eksikliklerin giderilmesi için iki kez otuzar günlük sürenin verilmesi gerektiği ve idari davalarda 60 gün vergi davalarında ise 30 günlük dava açma süreleri birlikte düşünüldüğünde dava süresinin geçirilmesi kaçınılmaz olacaktır. Tam da bu noktada, idari üst mercie başvuruyu düzenleyen İYUK md.11'i istisna olarak belirtmek gerekir. İlgililer tarafından idari dava açılmasından önce, idareye başvuru labileceğinden ve bu başvurunun dava açma süresini durduracağından dolayı başvuru cevabını beklemeden hemen dava açılması ve idarece bu başvurunun hemen cevaplanmaması yada zımnen reddedilmesi halinde yukarıda belirtilen süre kaçırma tehlikesi söz konusu olmayacaktır. İdare başvuruyu hemen cevaplandırırrsa yine dava açma süresinin sona erebileceğini ifade edebiliriz.

Dava açılırken alınması gereken harcın miktarı Harçlar Kanununda belirtilmiş olup, her yıl için belirtilen miktar kadar harç dava açılırken alınır. Dava ile ilgili olarak aynı yıl içinde karar çıkmaması nedeniyle ertesi yıl harcın artması halinden davacı olumsuz etkilenmez. Bir başka ifadeyle şayet harç miktarlarında artış olmuşsa, bu durum eski davalar için uygulanmaz<sup>30</sup>.

Davanın açılması aşamasında adli yardım talebinin söz konusu olduğu davalarda verilen davanın açılmamış sayılması kararına da ayrı bir başlık açmadan burada değinmek istiyoruz. Zira aşağıda belirteceğimiz üzere konuya ilişkin çok sayıda yargı kararı da bulunmaktadır. İYUK'ta bulunmayan konulara ilişkin düzenlemeler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, Kanunun 31. maddesinde belirtilmiştir. İdari yargılamadaki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf yapılan konulardan birisi de adli yardım halleridir.

Dava açılması için gerekli olan harç, posta ücreti veya diğer yargılama giderlerini (keşif, bilirkişi vb.) ödeme gücünü yitiren davacının, talebiyle bu masrafla-

<sup>29</sup> Bilgin, s. 88.

<sup>30</sup> Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 324.

rın Hazine tarafından sağlanması, dava sonucunda ise kaybeden taraftan tahsil edilmesini düzenleyen yol olan adli yardımın, idari yargı açısından da uygulama alanı vardır. İYUK'ta düzenlenmeyen adli yardım konusu için HMK 469. maddede, adli yardım talebine ilişkin verilen kararların kesin olduğu, aleyhlerine kanun yoluna gidilemeyeceği ifade edilmiştir. HMK'daki böyle bir düzenleme, idari yargı açısından harç ve posta ücretini ödeyemeyen davacıların bu ödemeyi gerçekleştiremediklerinden bahisle İYUK 6\4 maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılması kararına maruz kalmalarına sebebiyet verebilmektedir. Böyle bir durumun olumsuzluklarını ortadan kaldırmak adına davanın açılmamış sayılması kararına karşı yapılan yargısal denetimlerde (kanun yolu) davacı tarafın adli yardım koşullarına sahip olup olmadığı meselesi araştırılmaktadır.

Örneğin Danıştay, 5233 sayılı Kanundan yararlanmak için yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan bir davada, adli yardım ihtiyacı olan davacının durumu değerlendirilmeden verilen davanın açılmamış sayılması kararını bozmuştur. Mahkeme, davacının fakir ve muhtaç olduğuna ilişkin belgeleri ibraz ettiğinin görülmesine ve adli yardım için şartları taşıdığıının anlaşılmasına rağmen adli yardım talebi reddedilerek, harç eksikliği sebebiyle davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur<sup>31</sup>.

## 2. Dava Açıldıktan Sonra Davanın Açılmamış Sayılması Kararı (İYUK md.6/5)

Davanın açılmamış sayılması kararının verildiği hallerden birisi de dava açıldıktan sonra meydana gelen posta ücretindeki eksilmelerdir. Bazen davaların gereğinden fazla uzamalarıyla yargılama giderlerindeki artışlar ya da posta

<sup>31</sup> “ Bu durumda, davacının, 5233 sayılı Kanun’dan yararlanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine dair işlemin iptali ile maddi ve manevi tazminat istemiyle açtığı davada, fakir ve muhtaç olduğuna dair fakirlik kağıdını ibraz ettiği görüldüğünden, adli yardım talebinin kabulü için gerekli şartları taşıdığı anlaşılan davacının adli yardım talebinin kabulü yönünde karar verilmesi gerekirken, adli yardım isteminin reddi ile sonrasında davanın açılmamış sayılması yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında mevzuata uyarlık bulunmamaktadır...” Danıştay 15. D, 09.05.2016, tarih ve E. 2016/2920 K. 2016/3303 sayılı Karar (DİBB); Yine başka bir kararda benzer şekilde Danıştay, ‘... Bu durumda, davacının terör olaylarının baskısıyla köyünü terk etmek zorunda kaldığı yolundaki iddiasının, tazminat isteminin İdare Mahkemesince 5233 sayılı Yasa kapsamında incelenip irdelenmesi gereken nitelikte bulunması ve ayrıca adli yardım talebinin kabulü için gerekli olan fakirlik şartının gerçekleştiğinin de dava dilekçesi ve eklerinden anlaşılması nedeniyle, davacının adli yardım talebinin kabulü yönünde karar verilmesi gerekirken, adli yardım isteminin reddi ile sonrasında davanın açılmamış sayılması yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklinde değerlendirme yaparak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Danıştay 10. D, 13.03.2009 tarih ve E. 2008/6207, K. 2009/1686 sayılı Karar, bkz. Bilgin, s. 91.

ücretlerinde meydana gelen artışlar sonucu ilk miktarın yetersiz hale gelmesi bu duruma neden olabilir. Bu durum da İYUK'un 6. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Buradaki davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesinin nedeni, davanın açılması esnasında eksik yatırılan harç ya da posta ücreti değil, yukarıda da ifade edildiği gibi dava açıldıktan sonra çeşitli sebeplerle yetersiz hale gelen posta ücretidir. Dava açılmış, yargılama devam ediyorken meydana gelen bir sebepten bahsedilmektedir.

Anılan maddede, dava açılmasından sonra posta ücretlerinde tebligat yapılmasını imkânsız hale getirecek şekilde azalma olursa, 30 içinde posta ücretindeki eksikliğin giderilmesi için ilgiliye bildirim yapılarak süre verileceği, ilk tebliğe rağmen eksiklik giderilmez ise, aynı bildirim tekrar yapılacağı ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ikinci bildirimle rağmen eksik tamamlanmadığında doğrudan davanın açılmamış sayılmasına değil dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verileceğidir. Dosyanın işlemde kaldırılmasına dair verilen kararın tebliğinden itibaren artı üç aylık bir süre daha tanınmaktadır<sup>32</sup>. Şayet taraf, posta ücretindeki eksikliğini gidermek suretiyle dosyanın işleme konulmasını istemezse davanın açılmamış sayılması kararı verilecektir. Dosyanın işlemde kaldırılmasından sonra tanınan üç aylık bu sürenin yargılamayı gereksiz yere uzattığını ifade eden eleştirilere yer verilmektedir<sup>33</sup>. Kanaatimizce de bu üç aylık sürenin kısaltılması, yargılamanın makul bir sürede tamamlanabilmesine sunacağı katkı dolayısıyla yerinde olacaktır.

İYUK'un 6. maddesinin anılan 5. fıkrası hükmü incelendiğinde bu kararın yalnızca davacıya tebliğ edileceği yazılıdır<sup>34</sup>. Ancak, uygulamada da yapıldığı gibi, olması gereken, bu kararın davalı idareye de tebliğ edilmesi gerekliliğidir. Zira, davalı idare kendisi aleyhine açılan bir davanın akibetinin ne olduğundan haber-

<sup>32</sup> Danıştay 2. D, 29.09.2004 tarih ve E. 2004/2917, K. 2004/668, sayılı Karar.

<sup>33</sup> Konuya ilişkin Sancakdar, '... sorun, harç ve posta giderindeki eksikliklerin neden olduğu süre kaybıdır. Sorunun çözümü olarak, İYUK madde 6/4 ve 6/5'te yer alan harç ve posta giderindeki eksiklik hâlinde verilen otuz günlük sürenin on beş güne indirilmesi ve ikinci ek sürenin kaldırılması gerektiği görüşündeyiz. Bu, yaklaşım süre yönünden kısmi bir rahatlama sağlayabilir. Bir başka nokta ise, dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verildikten sonra noksan tamamlama için öngörülen üç aylık süre bir aya düşürülebilir. Yani, tebligatla, harç ve posta giderindeki eksikliklerle ilgili süreler en az iki ay kıstlanmış olacaktır.' diyerek eleştirisini dile getirmiştir., Oğuz Sancakdar, Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Yargılama Sürecinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştay Kitabı, 14 Ocak 2013, s. 10-11.

<sup>34</sup> Yapılan tebligata rağmen posta pulu noksanlığının tamamlanmaması nedeniyle dava dosyasının işlemde kaldırılmasına ilişkin kararın davacıya tebliği gerektiği hakkında, Danıştay, İDDK, 28.11.1986 tarih ve E. 1986/23, K. 1986/51 sayılı kararı DD, S. 66-67, s. 131.

dar olarak bu dava ile ilgili evraklarını ve kararı arşivleyerek atılması gereken adımlarını atabilmelidir. Bu durumu adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da ifade edebiliriz. Nitekim İYUK'un 6. maddesinin 5. fıkrası uyarınca verilen davanın açılmamış sayılması kararı 4. fıkra uyarınca verilen davanın açılmamış sayılması kararından farklı olarak davalı idareye de tebliğ edilmelidir<sup>35</sup>.

İYUK'un 6. maddesinin 4 ve 5. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde gözden kaçırılmaması gereken şu farklılıklardan da bahsetmek gerekir. İYUK 6/4 uyarınca verilen davanın açılmamış sayılması kararı, davanın başında verilen ve hem harca hem de posta ücretine ilişkin olan bir karar iken, 6/5 maddesi uyarınca verilen karar, dava açıldıktan sonra verildiğinden sadece posta ücretine ilişkindir. İYUK 6/4 uyarınca verilen davanın açılmamış sayılması kararında öncesinde *dosyanın işlemde kaldırılması kararı* vermeye gerek yoktur. Harç ve posta ücretlerindeki eksikliğin giderilmesi yönündeki tebligata iki kez cevap verilmemesi halinde davanın açılmamış sayılması kararı verilir. Bu karar, karar numarası alarak, kararı veren yargı yeri konu hakkında başkaca herhangi bir karar alamaz. Bu karar nihai bir karar olma özelliğine sahip olarak Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemesi'ne istinaf ve temyiz için gönderilir. Ancak İYUK 6/5 maddesi uyarınca iki kez sadece posta ücretine ilişkin eksikliğin giderilmemesi nedeniyle verilen davanın açılmamış sayılması kararından önce dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilmektedir. Dosyanın işlemde kaldırılması kararı biraz önceki gibi bir nihai karar değil, ara karar niteliğindedir. Nihai karar olmadığı için de mahkeme her zaman bu karardan vazgeçebileceği gibi davacı da bu süre zarfında kendisinden istenilen eksik posta avansını yatırarak davanın devamını sağlayabilir. Dosyanın işlemde kaldırılmasına dair verilen kararın tebliğinden itibaren artı üç aylık süre sonunda eksik tamamlanmadığı takdirde nihai karar olan davanın açılmamış sayılması kararı verilecektir<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> Bilgin, s. 94.

<sup>36</sup> *Dilekçe ret kararı verildikten sonra yenilenen davada, posta ücretinin eksik olması halinde, İYUK'un 6. maddesinin 4 fıkrası ile değil, 6 maddenin 5. fıkrası uyarınca işlem yapılacağı hakkında, öncelikle dosyanın üç ay süreyle işlemde kaldırılması gerektiği hakkında Danıştay 3. D, 15.02.1996 tarih ve E: 1995/1828, K: 1996/552 sayılı kararı; ve Yürütmenin durdurulması istemini de içeren dilekçe ile açılmış olmasına karşın, tekemmül etmiş bulunan davada, yürütmenin durdurulması istemi olmaksızın açılan davalar için ödenmiş olması gereken harcın bulunması durumunda, uyumsuzluğun esas hakkında karar verilmesi gerektiği; dava açıldıktan sonra tebligat işlemlerinin yapılabilmesi için gerekli olan posta ücretinin yatırılmamasının yaptırımının, İYUK'nun 6. maddesinin 4 fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılması kararı verilemeyeceği ve aynı maddenin 5. fıkrasına göre dosyanın işlemde kaldırılması olduğu hakkında Danıştay İDDK, 15.03.1999 tarih ve E. 1997/372, K. 1999/369 sayılı kararı.*

İYUK m.6/4 ve 6/5 düzenlemesi arasındaki farkı ortaya koyan bir Danıştay kararında, dilekçe ret kararından sonra verilen 30 günlük sürede dilekçedeki eksikliklerin tamamlanarak davaya devam edilmesi durumunda dava açılma zamanının ilk dilekçe tarihi olarak kabul edileceğinden, ilk dilekçe zamanında tam olan posta ücretinin, dilekçedeki eksikliklerin tamamlanmasıyla birlikte eksik duruma düşmesi halinde İYUK m.6/4 değil; 6/5 düzenlemesinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>37</sup>.

Şunu da ifade etmek gerekir ki; davanın açılmamış sayılmasına karar verildikten sonra davacı tarafından harcın ve posta ücretinin tamamlanması, kararı ortadan kaldırmayacaktır. Kararın ortan kaldırılması, usulüne uygun yapılan bir temyiz başvurusu ve bozma nedenlerinin söz konusu olayda bulunması ile mümkün olacaktır. Örneğin, Danıştay İDDK, bir kararında, harç eksikliğinin tamamlanmasına ilişkin yazının tebellüğ edilmesini müteakip, noksanlığın süresi içerisinde yatırılarak tamamlanmış olmasına rağmen, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesini usul hükümlerine aykırı görmüş ancak, bu gerekçe ile davanın açılmamış sayılması kararının kaldırılarak davaya devam edilemeyeceğini, bu durumun ancak temyiz incelemesine konu olabileceğini ifade etmiştir<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Danıştay 3. D, 15.02.1996 tarih ve E. 1995/1828, K. 1996/552 sayılı Kararı: “Dosyanın incelenmesinden, davanın açıldığı tarihte posta ücretinin tamam olduğu, dava konusu edilen vergi/ceza ihbarnamesi, dilekçeye eklenmediğinden, İYUK’nun 3. madde hükmüne uygun bulunmayan dava dilekçesi üzerine aynı kanunun 15/1-d maddesi hükmü uyarınca eksiklerin tamamlanması için dilekçenin reddine karar verildiğinden, dört ayrı dosya halinde davanın yenilenmesi sonucu, ilk dava açılırken yatırılan posta ücretinin yeterli olmaması karşısında, eksikliğin tamamlanması hususu mahkeme başkanı tarafından davacı şirkete 2 defa tebliğ olduğu halde, süresi içinde tamamlanmadığından yukarıda açıklanan İYUK’nun 6. maddesinin 4001 sayılı Kanununun 4. maddesi ile değişik 4. fıkrası uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Olayda, ilk dava açıldıktan sonra posta ücretinde bir azalma söz konusu olduğundan, aynı kanun maddesinin 5. fıkrasına göre 2. bildirimden sonra posta ücretinin süresi içinde tamamlanmaması nedeniyle dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verileceği, bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde ancak, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekeceğinden aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca verilen kararda yasal isabet görülmemiştir.”

<sup>38</sup> “Temyiz istemine konu dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesinin harç eksikliğinin tamamlanmasına ilişkin birinci yazısının 21.12.2004 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği, eksikliğin tamamlanmaması üzerine yapılan ikinci tebligatın 11.4.2005 tarihinde davacı vekili tarafından tebellüğ edilmesini müteakip, kararda belirtilen eksik tutarın 10.5.2005 tarihinde süresi içerisinde yatırılarak tamamlanmış olduğu anacılmış olup, eksik harç tutarının süresi içerisinde tamamlanmadığından bahisle verilen davanın açılmamış sayılmasına dair Daire kararında usul hükümleri bakımından hukuki isabet bulunmadığından, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin olarak verilen ve 2.8.2005 tarihinde davacı vekiline tebliğ edilen Danıştay On üçüncü Daire kararına karşı 5.8.2005 tarihinde kayda giren dilekçede yer alan;



Buradan anlaşılmaktadır ki; bu tür davanın açılmamış sayılması kararlarının bozulması halinde mahkeme davaya yeniden bakabilecektir.

### B. İYUK'un 26/3. Maddesi Uyarınca Davanın Açılmamış Sayılması Kararı

İYUK'ta yer alan, "*davanın açılmamış sayılması*" kararının verildiği hallerden sonuncusu 26. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. "*Tarafların Kişilik ve Niteliğinde Değişiklik*" başlığını taşıyan maddenin ilk iki fıkrasında, dava açıldıktan sonra tarafların kişilik ve niteliğinde ölüm veya başka bir sebeple değişiklik olması durumunda, mahkemelerce nasıl bir usul izleneceği düzenlenmektedir. Üçüncü fıkrasında ise davacının mahkemeye bildirdiği adreste tebligat yapılamaması durumunda mahkemenin izleyeceği usul düzenlenmiştir. İlk bakışta Madde başlığı ve ilk iki fıkradan farklı ve ilgisiz bir konuyu<sup>39</sup> düzenler gibi görünen üçüncü fıkra düzenlemesini, davacının mahkemeye bildirdiği adres bilgilerinin de, davacı tarafın niteliklerinden (bilgilerinden) biri olarak yorumlanması durumunda, bu nitelikteki bir değişiklik durumunda mahkemenin yapacağı işlemi düzenlemesi olarak anlaşılması, madde başlığı ile olan bağlantıyı kurmamızı sağlamaktadır.

İYUK'un madde 26/3'e göre, davacının mahkemeye bildirdiği adreste tebligat yapılamaması halinde nasıl bir yol izleneceğini belirtilmiş, davacının yeni adres bildirmesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verileceğini düzenlemiş ve 1 yıl içerisinde davacı tarafından yeni adres bildirilmemesi de bir yaptırıma (*davanın açılmamış sayılması*) bağlanmıştır. İYUK'un dava dilekçelerinde bulunması gereken hususları düzenlediği 3. maddesinin 2. fıkrasının a) bendinde; "*tarafların adresleri*" de sayılmıştır. Dolayısıyla dava açılırken davacının dava dilekçesinde, mahkeme tarafından yazışmalarda öncelikle kullanılması için adreslerini bildirmeleri istenmiştir. Bu zorunluluğa uyulmaması halinde yine aynı kanununun 14 ve 15. maddelerinde, 30 gün içinde bu eksikliğin tamamlanarak dava açılmak üzere dilekçenin reddedileceği, eksiklerin tamamlanmaması yani adresin bildirilmemesi halinde davanın reddine karar verileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda bakıldığında davacının adresini öncelikle dava dilekçesinde bildirmesi zorunlu tutulmaktadır. Ancak dava dilekçesinde

---

*"davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararın kaldırılarak davanın devamının sağlanması" yolundaki talebin davacının, (harç eksikliğinin 10.5.2005 tarihinde tamamlanmış olması nedeniyle), hak kaybına uğramaması bakımından temyiz başvurusu olarak kabul edilmesi gerekmektedir."* Danıştay İDDK, 04.5.2006 tarih ve E. 2006/567, K. 2006/368 sayılı kararı, DD, S. 114, s. 71.

<sup>39</sup> Bilgin, s. 97.

gösterdiği adresin doğru olup olmadığı ya da tebligata elverişli olup olmadığı, davanın açılması aşamasında bir değerlendirmeye tabi tutulmamaktadır. Davacının gösterdiği adresin yanlış veya tebligata elverişli olmadığı ancak yargılama sırasında yapılacak tebligatlar ile anlaşılacak bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>40</sup>. Yargılama süresinde davacının bildirdiği adreste tebligat yapılamaması durumunda da İYUK'un 26. maddesinin 3. fıkrasındaki usul izlenecektir.

Maddenin ilk düzenlemesinde, davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamaması durumunda, yeni adres bildirilinceye kadar dosyanın işlemde kaldırılması düzenlenmekle yetinilmişti. 1990 yılında 3622 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, bildirilen adreste tebligat yapılamaması dolayısıyla işlemde kaldırılan dosyaların, uzun süre sürüncemede kalmaması amacıyla, işlemde kaldırıldığı tarihten itibaren 1 yıl içinde yeni adres bildirilerek işleme koyulmaması durumunda, davanın nihayete erdirilmesi açısından açılmamış sayılmasına karar verilmesi getirilmiştir. Maddenin son haline göre, davacının dava açılırken mahkemeye bildirdiği adreste tebligat yapılamaması durumunda, yeni adresin mahkemeye bildirilmesine kadar, dava dosyasının işlemde kaldırılacak ve dava kapsamında verilmiş yürütmeyi durdurma kararı varsa kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Bu durumda davacıya yeni adresini bildirmesi için dosyanın işlemde kaldırılma tarihinden itibaren 1 yıllık bir süre tanınmaktadır. Eğer davacı bu 1 yıllık süre içerisinde yeni adresi bildirerek, dava dosyasının yeniden işleme konulmasını istemez ise, mahkeme tarafından davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. Burada da, İYUK m.6/5 düzenlemesindeki gibi doğrudan davanın açılmamış sayılması kararı verilmek yerine, öncelikle dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilecek ve bu karardan itibaren bir yıllık süre içerisinde yeni adres bildirilerek işleme konulma isteminde bulunulmaz ise ancak davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilecektir. Buradaki, bir yıllık sürenin çok uzun olduğu ve yargılamayı gereksiz yere uzattığı gerekçesiyle kısaltılması gerektiği de ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Bu kapsamda verilen dosyayı işlemde kaldırmaya ve davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararlar davalı idareye tebliğ edilecektir.

<sup>40</sup> Fatih Torun, "7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. ve 35. Maddelerinde Yapılan Değişiklikler Karşısında 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 26/3. Maddesinin Uygulanabilirliği" **GÜHFD**, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 650.

<sup>41</sup> Sancakdar, s. 10-11: "Bir başka sorun ise, davacının adresine tebligat yapılamamasından kaynaklanan süre ve tebligat sorunudur. Sorunun çözümü olarak; İdari Yargılama Usulü Kanunu 26/3'te, davacının gösterdiği adrese tebligat yapılmaması hâlinde dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak yeni adrese bildirme ilişkin öngörülen bir yıllık sürenin üç aya indirilebileceği kanısındayız. Kısaca, bu bir yıllık süre üç aya indirilebilir ve adres kayıt siste-

İdari yargılama yerlerinin her türlü tebligat işlemlerinin, 7201 sayılı Kanuna göre yapılacağını düzenleyen İYUK'un 60. maddesi göz önünde bulundurulduğunda, 26. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen tebligat yapılamaması durumunun da Tebligat Kanunu kapsamında usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>42</sup>. Diğer bir ifadeyle, tebligat yapılamaması dolayısıyla davanın açılmamış sayılmasına karar verilebilmesi için, davacıya yapılacak tebligatların Tebligat Kanunu kapsamında usulüne uygun olarak çıkarılması ve usulüne uygun olarak tebliğ edilememesi ve mahkemeye geri dönmüş olması gerekmektedir<sup>43</sup>.

7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri incelendiğinde, gerçek ve tüzel kişilere yapılacak olan tebligatların hangi usullerde yapılacağını detaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. 1959 tarihinde yürürlüğe girmiş olan bu kanun, bugüne kadar doğal olarak birçok değişiklik geçirmiştir. Zira kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren haberleşme ve ulaşımda teknolojik birçok gelişme olmuştur. Güvenli bir şekilde ve mümkün olan en kısa sürede, en ucuz ve basit bir şekilde yapılması önem arz eden tebliğ işlemlerinin de bu teknolojik gelişmelerden etkilenmemesi düşünülemez. Nitekim son güncel halliyle Tebligat Kanunu'nda elektronik tebligat düzenlemeleri ile tebligat işlemleri çok çok kolaylaşarak aynı gün içerisinde dahi gerçekleştirilebilmektedir. Konumuz açısından bakıldığında ise, Tebligat Kanunu'nda değişik tarihlerde yapılan değişiklikler sonrasında, tebligat yapılamaması durumunun oluşmasının çok zayıf bir ihtimal olduğu ve artık İYUK m.26/3 düzenlemesinin neredeyse uygulama alanının kalmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>44</sup>.

Öncelikle, İYUK m.26/3 düzenlemesi ile Tebligat Kanununun 35. maddesinin yargılama yerlerinin yapacağı tebligatlara ilişkin benzer hükümler içerdiğini belirtelim. Tebligat Kanununun Kazai Tebligat bölümünde, "*Adres değiştirilmesinin bildirilmesi mecburiyeti*" başlığı altında düzenlenen 35. maddesi<sup>45</sup> uyarınca,

---

*mindeki adres esas alınabilir. Yani bir yıllık sürenin üç aya çekilmesi ve adres kayıt sisteminin esas alınması yönünde bir yasa değişikliği yapılabilir".*

<sup>42</sup> Danıştay 4. D, 10.11.2010 tarih ve E. 2008/4390 K. 2010/5590 sayılı Kararı; Danıştay 9. D, 24.09.2012 tarih ve E. 2010/5697 K. 2012/4784 sayılı Kararı.

<sup>43</sup> Bilgin, s. 97; Danıştay 12. D, 21.09.2010 tarih ve E. 2008/7591 K. 2010/4321 sayılı Karar; Danıştay 11. D, 08.02.2012 tarih ve E. 2011/3019 K. 2012/597 sayılı Karar.

<sup>44</sup> Torun, s. 675.

<sup>45</sup> **Adres değiştirmenin bildirilmesi mecburiyeti:**

*Madde 35 - Kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirirse, yenisini hemen tebliği yaptırmış olan kaza merciine bildirmeye mecburdur. Bu takdirde bundan sonraki tebliğler bildirilen yeni adrese yapılır.*

daha önce tebliğ yapılmış olan adresin değiştirilmesi durumunda yeni adresin derhal tebliği yaptırmış olan mahkemeye bildirecektir. Yeni adresin bildirilmemesi ve adres kayıt sisteminde kayıtlı adresinin de tespit edilememesi durumunda tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılacak ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılacaktır<sup>46</sup>. İnceleme konumuz İYUK m.26/3 düzenlemesinde ise, davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamadığı ve yeni adres bildirilmemesi durumunda davanın açılmamış sayılmasına karar verilecektir. Bu iki hükmün aynı hususu düzenlediği ve İYUK m.26/3 düzenlemesinin özel hüküm olması dolayısıyla her ne kadar yapılan değişikliklerle sonraki kanun niteliğinde olsa da Tebligat Kanunu m.35'in uygulanamayacağı ifade edilmiştir<sup>47</sup>. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir, zira öncelikle bu iki düzenleme aynı konuyu düzenlemektedir. Tebligat Kanunu m.35'in daha önce kendisine veya adresine daha önce tebligat yapılmış olan muhatabın adres değiştirilmesi durumunu düzenlemektedir<sup>48</sup>. Daha önce tebligat yapılmış adres değiştirilirse ve yeni adres bildirilmez ise Tebligat Kanunu 35. madde uygulanacak ve, MERNİS adresi varsa bu adrese yoksa da eski adrese, maddede belirtilen usul uygulanarak tebligat yapılmış sayılacaktır. Bu kapsamda maddenin uygulanması durumunda tebligatın yapılamaması durumu oluşmayacaktır. İYUK m.26/3 düzenlemesi ise tebligatın yapılamaması durumu düzenlenmiş olup, maddenin uygulanmasının ilk şartının tebligatın Tebligat Kanunu uyarınca usulüne göre yapılamamış olması gerekmektedir. İYUK m.26/3 düzenlemesinin, Tebligat Kanunu 35 düzenlemesi karşısında uygulama alanı davacının gösterdiği adrese

---

*(Değişik fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır. (Değişik: 19/3/2003-4829/11 md.) Bundan sonra eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılır. (Ek: 6/6/1985-3220/12 md.; Değişik fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Daha önce tebligat yapılmamış olsa bile, tüzel kişiler bakımından resmî kayıtlardaki adresleri esas alınır ve bu madde hükümleri uygulanır. (Ek fıkra: 11/1/2011-6099/9 md.) Daha önce yurt dışındaki adresine tebligat yapılmış Türk vatandaşı, yurt dışı adresini değiştirir ve bunu tebliğ çıkaran mercie bildirmez, adres kayıt sisteminde de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse, bu kişinin yurt dışında daha önce tebligat yapılan adresine Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslukunca 25/a maddesine göre gönderilen bildirim adresine ulaştığının belgelendiği tarihten itibaren otuz gün sonra tebligat yapılmış sayılır.*

<sup>46</sup> Danıştay 9. D, 21.01.2009 tarih ve E. 2007/4510 K. 2009/91 sayılı Kararı.

<sup>47</sup> Bilgin, s. 99-100; benzer nitelikte Danıştay Kararı için bkz. Danıştay VDDK, 29.01.2020 tarih ve E. 2019/1560 K. 2020/11 sayılı Kararı.

<sup>48</sup> Danıştay 11. D, 09.11.2009 tarih ve E. 2009/4790 K. 2009/9505 sayılı Karar.

daha önce tebligat yapılmamış olması halinde mümkündür<sup>49</sup>. Danıştay da bir kararında, davalı idarenin savunma dilekçesinin tebliğ edilmiş olduğu dosyada daha sonra yapılan tebligatın aynı adreste yapılamaması dolayısıyla İYUK m.26/3 düzenlemesinin uygulanamayacağını; Tebligat Kanununun 35/2 düzenlemesi usulüne göre uygulama yapılması gerektiğini açıkça belirtmiştir<sup>50</sup>. Kaldı ki bu durum değişiklikler öncesinde Kanunun ilk halinde de bu şekilde düzenlenmiştir. Danıştay'ın değişiklik öncesi kararlarında da Tebligat Kanunu m.35'in öncelikle uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Danıştay, 5. D, 22.09.2008 tarih ve E. 2008/310, K. 2008/4597 sayılı Kararı: "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 26. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen dosyanın işlemde kaldırılabilmesi ile ilgili kural, dava dilekçesinde gösterilen adrese henüz herhangi bir bildirim yapılmayan durumlarda uygulanabilir. Dava dilekçesinde gösterilen adreste daha önce bildirim yapılan kişinin, eski adresini değiştirdiği ve bildirme elverişli yeni adresini bildirmediği veya böyle bir adresin saptanmadığı durumlarda ise bildirim, Tebligat Kanununun 35. maddesine göre yapılması yasal bir zorunluluktur.

Nitekim, davacının (avukat ile temsil edilen davalarda vekili avukatın) dava dilekçesinde gösterdiği adrese bildirim yapılamaması halinde, bu adreste daha önce bildirim yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, 2577 sayılı Kanunun 26/3. maddesi hükmünün, adres değişikliği nedeniyle bildirim yapılamadığı her durumda uygulanması ve bu şekilde dosyanın işlemde kaldırılması halinde, aynı Kanununun 60 maddesi ile yollama yapılan Tebligat Kanununun 35. maddesinin hiç bir şekilde uygulanma olanağının olmayacağı açıktır.

Bununla beraber, 7201 sayılı Kanunun 35. maddesinin 1. fıkrasında "kendisine veya adresine kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse" ibaresine yer verilmiş olmasından da, 35. madde hükmünün; ancak, dava dilekçesinde gösterdiği adrese daha önce bildirim yapılan durumlar için uygulanabileceği sonucuna varılmaktadır."

<sup>50</sup> Danıştay, 10. D, 13.12.2013 tarih ve E. 2010/15587, K. 2013/9026 sayılı Kararı: "Dosyanın incelenmesinden, ... İdare Mahkemesince verilen 28.11.2008 tarihli ara kararın, davacıya adresinde tebliğ edilememesi üzerine 27.2.2009 tarihinde dosyanın işlemde kaldırıldığı, bir yıl içinde davacı tarafından, yeni adres bildirilerek dosyanın işleme konulması istenilmediğinden bahisle de 18.3.2010 tarihinde davanın açılmamış sayılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Dosyada mevcut bilgi ve belgelerden; davalı idare savunma dilekçesinin, davacıya 20.11.2007 tarihinde tebliğ edildiği görülmekte olup, bu sebeple olayda, 2577 sayılı Yasanın 26/3. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu durumda, 7201 sayılı Tebligat Kanununun 35/2. maddesinde yer alan "Adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılır ve asılma tarihi tebliğ tarihi sayılır." kuralı uygulanmak suretiyle, bahse konu ara kararın, davacıya tebliğ edilerek yargılamaya devam edilmesi gerekirken, 2577 sayılı Yasanın 26/3. maddesi uyarınca davanın açılmamış sayılması yolunda verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır."; benzer nitelikte, Danıştay 7. D, 4.3.2010 tarih ve E. 2008/5043 K. 2010/1243 sayılı Karar.

<sup>51</sup> Danıştay 4. D, 12.10.1998 tarih ve E. 1997/3121 K. 1998/356 sayılı Kararı; Danıştay, 3. D, 14.12.2006 tarih ve E. 2006/960, K. 2006/3437; Danıştay, 5. D, 22.09.2008 tarih ve E. 2008/310, K. 2008/4597 sayılı Kararı.

7201 sayılı Tebligat Kanununun maddeleri konumuz açısından incelendiğinde, bir kişiye tebligat yapılamamasının neredeyse imkânsız olduğu görülmektedir. Özellikle, 2011 yılında 6099 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile birlikte kabul edilen adres kayıt sisteminin Tebligat Kanunu'na intibakı sağlanmış ve, yapılacak tebligatlarda kayıtlı adreslerin, MERNİS adreslerinin, esas alınmasının yolu açılmıştır. Tebligat Kanununun 10, 21 ve 35. maddelerinde bu kapsamda yapılan değişiklikler ile artık İYUK madde 26/3 uyarınca davanın açılmamış sayılması kararının verilebilmesi için gerekli bir şart olan “tebligatın yapılamaması” durumunun oluşması neredeyse olanaksız hale gelmiştir.

2011 yılında yapılan değişikliklere konumuz açısından kısaca değinmek İYUK m.26/3'ün uygulanmasının niçin neredeyse olanaksız olduğunun anlaşılabilmesi için yerinde olacaktır. Öncelikle, Tebligat Kanununun 10. maddesi değişikliği<sup>52</sup> ile, tebligatın tebliğ yapılacak şahsın bilinen son adresinde yapılamaması durumunda, adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri (MERNİS) adresinin esas alınacağı düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikle muhatabının bilinen son adresinde tebligatın yapılması esas olmakla birlikte, eğer bu adres tebligat için elverişli değil ise, MERNİS adresinin tebligat için esas alınması sağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle öncelikler son bilinen adrese tebligatın çıkarılması, ancak son bilinen adreste tebliğ işleminin yapılamaması durumunda MERNİS adresi varsa bu adres tebligat için esas alınmalıdır<sup>53</sup>. Değişiklik gerekçesinde de, uygulamada

---

<sup>52</sup> **Bilinen adreste tebligat:**

Madde 10 - Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır.

(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/3 md.) Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.

Şu kadar ki; kendisine tebliğ yapılacak şahsın müracaatı veya kabulü şartıyla her yerde tebligat yapılması caizdir.

<sup>53</sup> Danıştay 12. D, 20.04.2016 tarih ve E. 2015/5371 K. 2016/2367 sayılı Karar (KİBB) “7201 Sayılı Tebligat Kanununun yukarıda yer verilen ilgili maddeleri göz önüne alındığında; yargı mercileri tarafından kendisine Kanunun gösterdiği usullere göre tebliğ yapılmış olan kimse, adresini değiştirir ve yeni adresini kendisine tebliğ yaptırmış olan yargı merciine bildirmezse; ilgili yargı merciinin öncelikle kişinin adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresini tespit ederek bu adrese tebliğ yaptırmayı denemesi, adres kayıt sisteminde de yerleşim yeri adresi tespit edilemezse bu takdirde tebliğ olunacak evrakın bir nüshasının eski adrese ait binanın kapısına asılması gerekmektedir.

Dairemizce, davacının adres kayıt sistemi üzerinde 20/04/2016 tarihinde yapılan incelemede; yerleşim yeri adresinden 26/02/2015 tarihinde “...” adresine taşındığı tespit edilmiştir.

özellikle gerçek kişilere tebligat işlemlerinde yaşanan sorunların çözülmesinin amaçlandığı, adresleri tam olarak tespit edilemeyen kişiler açısından, resmi işlemler ve özellikle de yargılama sürecinde yapılan tebligatlarda harcanan zaman emek ve paranın azaltılmasını sağlamak adına kayıtlı yerleşim yeri adresinin resmi tebligat adresi olarak kullanılmasının getirildiği belirtilmiştir<sup>54</sup>.

Tebliğat Kanunu'nun "Tebliğ imkansızlığı ve Tebellüğden İmtina" başlığını taşıyan 21. maddesinde de yapılan değişikliklerle MERNİS adresine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Konumuz açısından önemli olan husus ise, maddenin eklenen 2. fıkra ile, MERNİS adresine yapılacak tebligatlarda, muhatabın o adreste hiç oturmuş olmaması ya da sürekli olarak ayrılmış olsa bile, tebligatın muhataraya veya sayılan kişilere yapılacağı ve kapıya ihbarname asılacağı, ihbarnamenin asıldığı tarihin ise tebligat tarihi olarak kabul edileceği düzenlemesidir<sup>55</sup>.

---

*Bu durumda; 26/02/2016 tarihinde yerleşim yerini değiştirerek, bu değişikliği adres kayıt sistemine işleyen davacının, 05/03/2015 tarihinde eski adresine yapılmış olan tebligat usulsüz olduğundan; usulsüz tebligattan itibaren üç ay içinde dosyanın yeniden işleme konulması istenilmediği gerekçesiyle verilen davanın açılmamış sayılması yolundaki kararda hukuki uyumluluk bulunmamaktadır."*

<sup>54</sup> "Tebliğat Kanununun 10'uncu maddesine eklenen ikinci fıkra ile tebligata ilişkin sorunların belki de en önemli kısmının çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Uygulamada, özellikle gerçek kişilerin adreslerinin tam olarak tespit edilememesi sebebiyle, resmî işlemlerde ve bilhassa yargılama sürecinde gereksiz birçok tebligat yapılmakta, bu ise süreci oldukça uzatmakta, zaman, emek ve para harcanmasına yol açmaktadır. Yapılan düzenlemeyle bu sorunun önemli ölçüde çözümlenmesi amaçlanmıştır. Daha önce, sağlıklı bir adres veri sistemi mevcut değilken, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte günümüzde merkezî ve kapsamlı bir adres kayıt sistemi oluşturulmuş bulunmaktadır. Bu sistemden şu anda tüm kuruluşlar, kişisel veriler korunmak suretiyle yararlanabilmektedir. Bu sayede gerek Türkiye'de bulunan Türk vatandaşları ve yabancılar, gerekse yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının yerleşim yerleri kayıt altına alınmış bulunmaktadır. Kısaca, artık bir kişinin adresinin bilinmemesi, çok düşük bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemi düzenleyen 5490 sayılı Kanuna göre, yürütülecek iş ve işlemlerde bu sistemdeki adresin esas alınacağı da hükme bağlanmıştır. Yani, adres kayıt sistemindeki adresi kabul etmek hem fiilî hem de kanunî bir zorunluluktur." <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0742.pdf> E.T. 25.10.2021.

<sup>55</sup> **Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina:**

*Madde 21 - "(Değişik: 6/6/1985 - 3220/7 md.) Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.*

Bu düzenleme ile, muhatabın son bilinen adresinde tebligat yapılamamış olması dolayısıyla, MERNİS adresine tebligat çıkarılması durumunda, muhatabın o adrese hiç oturmamış olması ya da sürekli olarak ayrılmış olması, tebligatın yapılmasına engel oluşturmayacak ve 21/2'deki usulün uygulanmasıyla tebligat yapılmış sayılacaktır<sup>56</sup>. Muhatabın bilinen adresinde tebligat yapılamaması durumunda Tebligat Kanunu m.21/2'ye göre MERNİS adresine tebligat yapılacaktır. Muhatabın kayıtlı MERNİS adresinde hiç oturmamış olması ya da sürekli taşınmış olması durumunda dahi artık İYUK m.26/3 uygulanmayacak, Tebligat Kanunu m.21/2 düzenlemesindeki usule uygun olarak tebligat yapılması ve dosyaya devam edilmesi gerekecektir<sup>57</sup>.

Konumuz açısından değinilmesi gereken diğer bir değişiklik de yukarıda da değindiğimiz üzere, Tebligat Kanununun Kazai Tebligat bölümünde, “*Adres değiştirilmesinin bildirilmesi mecburiyeti*” başlığı altında düzenlenen 35. maddesinde yapılan değişikliktir. Düzenlemenin son haline göre, daha önce tebliğ yapılmış olan adresin değiştirilmesi durumunda yeni adresin derhal tebliği yaptırmış olan mahkemeye bildirecektir. Yeni adresin bildirilmemesi ve adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresi de tespit edilememesi durumunda tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılacak ve asılma tarihi

---

(Ek fıkra: 11/1/2011-6099/5 md.) Gösterilen adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olup, muhatap o adreste hiç oturmamış veya o adresten sürekli olarak ayrılmış olsa dahi, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar heyeti azasından birine veya hut zabıta amir veya memurlarına imza karşılığında teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırır. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır.

(Ek: 19/3/2003-4829/5 md.) Muhtar, ihtiyar heyeti azaları, zabıta amir ve memurları yukarıdaki fıkralar uyarınca kendilerine teslim edilen evrakı kabule mecburdurlar.”

<sup>56</sup> Danıştay, İDDK, 06.02.2014 tarih ve E. 2013/5122, K. 2014/261 sayılı Kararı; Yargıtay, 12. HD, 19.09.2013 tarih ve E. 2013/21372, K. 2013/29142 sayılı Kararı.

<sup>57</sup> Danıştay, 12. D, 10.09.2013 tarih ve E. 2012/13306, K. 2013/6117 sayılı Kararı: “*Dava dosyasındaki 20/06/2011 tarihli tebligat incelendiğinde, tebligatın davacının dava dilekçesinde belirttiği adrese Tebligat Kanunu’nun 21/2 maddesi uyarınca tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Tebligat Kanunu’nun 21/2 maddesi uyarınca davacıya tebliğ edildiğine göre, davaya kaldığı yerden devam etmesi gereken mahkemenin tebligat yapılamadığından bahisle, dosyanın işlem den kaldırılmasına, bilahare davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararında hukuki isabet görülmemiştir.*”; Danıştay, 3. D, 05.03.2015 tarih ve E. 2014/5274, K. 2015/1007 sayılı Kararı: “*Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması üzerine tebligatın çıkarıldığı adres kayıt sistemindeki yerleşim yeri adresinde davacının ikamet etmediğinin saptanması üzerine, yukarıda belirtilen şekilde yapılan tebligat, 7201 sayılı Kanun’un 21’inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usule uygun olarak gerçekleştirildiğinden davacının mernis adresine tebligat yapılamadığı gerekçesiyle dosyanın işlem den kaldırılması ve sonrasında da davanın açılmamış sayılması yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.*”



tebliğ tarihi sayılacaktır<sup>58</sup>. 2011 yılında yapılan değişiklikle getirilen yenilik, muhatabın adresini değiştirdiğini bildirmemesi durumunda, varsa öncelikle MERNİS adresine tebligatın çıkarılacak olmasıdır. Eğer muhatabın MERNİS adresi de yok ise o zaman eski adresin esas alınarak tebligatın yapılmış sayılması gündeme gelecektir. Sonuç olarak Tebligat Kanununun 35. maddesi uyarınca da tebligatın yapılamaması durumunun oluşması mümkün görünmemektedir.

İYUK madde 26/3 uyarınca davanın açılmamış sayılması kararının verilebilmesinin öncelikli şartının tebligatın yapılamaması olduğu göz önüne alındığında ve yukarıda açıklandığı şekliyle, Tebligat Kanunu'nda yapılan değişikliklerle tebligatın yapılamaması durumunun neredeyse imkânsız olduğu düşünüldüğünde, 26/3 uyarınca davanın açılmamış sayılması kararının verilmesi mümkün görünmemektedir. Tebligat Kanunu hükümleri değerlendirildiğinde, İYUK m.26/3 düzenlemesi uyarınca, davacının dava dilekçesinde mahkemeye bildirdiği adrese tebligat yapılamamış olması dolayısıyla davanın açılmamış sayılması kararının verilebilmesi için, davacıya daha önce bildirilen adreste mahkemece hiç tebligat yapılmamış olması ve MERNİS adresinin de bulunmaması gerekmektedir<sup>59</sup>. İYUK m.26/3'ün uygulanabilmesinin tek ihtimali budur, zira muhataba daha önce bildirdiği adreste tebligat yapılmışsa Tebligat Kanunu m.35 uygulanacak ve MERNİS adresi veya o da bulunmaması halinde ilk bildirilen eski adrese düzenlenen usule göre tebligat yapılacaktır. Yine muhataba, bildirilen adreste daha önce tebligat yapılmamış olmakla birlikte Muhatabın MERNİS adresi mevcutsa Tebligat Kanunu m.10 ve m.21 uyarınca tebligat MERNİS adresine düzenlenen usule göre yapılmış sayılacaktır.

#### IV. DAVANIN AÇILMAMIŞ SAYILMASI KARARININ SONUÇLARI

Davanın açılmamış sayılması kararı, dava taraflarının kanunda belirtilen usuli yükümlülüklerden bazılarını yerine getirmemesi durumunda oluşabilecek sorunları çözmeye yönelik getirilmiş bir yaptırım olup tamamen yargılama usulüne özgü bir kurumdur. Yargılama (usul) hukukuna özgü bir karar olmasına rağmen davanın açılmamış sayılması kararının hem usul hukukuna hem de maddi hukuk kapsamında birtakım sonuçları ortaya çıkmaktadır. Öncelikle, davanın açılmamış sayılması kararı, mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucu doğuran usul hukukuna ilişkin nihai bir karardır<sup>60</sup>. Ancak nihai bir karar olan

<sup>58</sup> Danıştay, 12. D, 24.12.2013 tarih ve E. 2013/3741, K. 2013/12444 sayılı Kararı.

<sup>59</sup> Torun, s. 673.

<sup>60</sup> Demirkol, s. 127; Üstündağ, s. 612; Çağlayan, s. 47-57. Yılmaz, s. 2056.

davanın açılmamış sayılması kararı, şekli anlamda kesin hüküm niteliğini haiz olsa da, uyuşmazlığın esasına ilişkin olmadıkları için maddi anlamda kesin hüküm değildirler. Dolayısıyla Teorik olarak aynı davanın açılmasına engel oluşturmamaktadır. Ancak İdari Yargılama hukukunda aşağıda detaylıca yer verileceği üzere teorik olarak bir engel olmasa da pratikte aynı davanın tekrar açılması mümkün görünmemektedir.

Davanın açılmamış sayılması kararı ile davalının rızasına gerek kalmaksızın, davanın açılması ile doğan sonuçların geriye etkili olarak hiç doğmamış kabul edilmektedir. Davanın açılmış sayılmasına bağlanan hukuki sonuçlar, davanın açılmamış sayılması kararı ile hukuki dayanaklarından yoksun kalacak, hukuki durumu dava öncesi hale getirecektir. Bu yönüyle bu karar, davadan feragatten farklı sonuçlar doğurmaktadır<sup>61</sup>. Davanın açılmasına bağlanan sonuçlar medeni yargılama hukukunda genel olarak; derdestlik durumu, mahkemenin davayı sonuçlandırma zorunluluğu, dava şartları davanın açıldığı tarihe göre belirlenmesi, davanın açıldığı anda görevli ve yetkili mahkeme, geçici hukuki koruma talepleri, davanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı, davayı geri alma yasağı, zamanaşımı süresinin kesilmesi, hak düşürücü sürenin korunması, bazı şahsa bağlı hakların malvarlığı hakkına dönüşmesi, iyi niyetin kötü niyete dönüşmesi, davalının mütemerrit olması şeklinde sayılmaktadır<sup>62</sup>. Bu sonuçlar nitelikleri örtüştüğü ölçüde idari yargılama hukuku açısından da geçerli olmaktadır. Davanın açılması ile doğan bu sonuçlar, şartları olduğu takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi durumunda kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Burada bu sonuçların hepsinin üzerinde detaylıca durmak yerine, İdari yargılama hukuku açısından diğerlerine nazaran daha fazla önem arz eden ve medeni yargılama hukukundan farklılaşan sonuçlar üzerinde durmayı tercih ediyoruz. Bu noktada idari yargılama hukukuna özgü olarak yürütmenin durdurulması kararları, zaman aşımı süresinin kesilmesi, hak düşürücü süre olan dava açma süresi üzerinde durulması yerinde olacaktır.

Yürütmenin durdurulması kararı idari yargılama hukukuna özgü bir karardır<sup>63</sup>. İdari işlemler kural olarak, hukukilik karinesinden yararlandıkları için hukuka uygun sayılır ve dava açılması ile idari işlemin yürütülmesini kendili-

<sup>61</sup> İyimaya, s. 47.

<sup>62</sup> Özmumcu, s. 184-199.

<sup>63</sup> İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararı ve şartları konusunda detaylı bilgi için bkz. M. Ayhan Tekinsoy, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013., 59-67.

ğinden durmaz<sup>64</sup>. Dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulabilmesi için, davacının istemde bulunması ve İYUK m.27'deki şartların sağlanması şartıyla mahkemece bir karar verilmesi gerekmektedir. Çalışma konumuz kapsamındaki düzenlemeler incelendiğinde, yürütmenin durdurulması kararına ilişkin tek düzenlemenin, İYUK m.26/3'te yer aldığını görmekteyiz. Bu düzenlemede, davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamaması durumunda öncelikle verilecek olan dosyanın işlemde kaldırılması kararı ile birlikte yürütmenin durdurulması kararının da kendiliğinden hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Dosyanın işlemde kaldırılması, açılmamış sayılma kararından önceki bir aşamadır. Kanun koyucu burada, dosyanın işlemde kaldırılması kararına neden olanın davacı olması ve işlemde kaldırma kararı ile birlikte davacıya dosyayı işleme koyma için 1 yıl kadar uzun bir süre tanınması dolayısıyla bu süre içerisinde yürütmenin durdurulması kararının da hükümsüz kalmasını düzenlemiştir. Ancak kanun koyucunun bu hassasiyeti, İYUK m.6/5 uyarınca verilecek olan dosyanın işlemde kaldırılması kararı için göstermediğini görmekteyiz. İYUK m.6/4 düzenlemesi davanın açılması anına ilişkin olduğu, henüz bu aşamada Yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin mümkün olmadığı ve m.6/4 düzenlemesinde dosyanın işlemde kaldırılması kararı söz konusu olmaksızın açılmamış sayılma kararı verileceğinin düzenlenmesi nedenleri dolayısıyla burada yürütmenin durdurulmasına ilişkin bir düzenlemenin olmaması olağan karşılanabilir. Ancak, m.6/5 düzenlemesi için düzenleme yapılmamış olması farklı sonuçlar doğuracağı için olağan değildir. Zira M. 6/5 düzenlemesinde noksanlığın verilen sürelerde giderilmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılacağı düzenlenmekle birlikte, yürütmenin durdurulması kararına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla bu durumda verilen yürütmenin durdurulması kararının hükümsüz kalması, dosyanın işlemde kaldırılması kararı ile değil, bu kararın tebliğinden itibaren 3 aylık sürenin geçmesinin ardından verilecek olan davanın açılmamış sayılması kararı ile olacaktır. Kanun koyucunun İYUK m.6/5 düzenlemesinde, dosyanın askıda kalması süresinin 3 ay olması dolayısıyla bilinçli olarak yürütmenin durdurulması kararı için bir düzenleme getirmediği söylenebilir. Ancak biz kanun koyucunun burada bilinçli olarak değil, unutmaya ya da öngörmeme nedeniyle düzenleme eksikliğinin olduğu kanısındayız. Zira 3 aylık 1 yıllık süreye göre kısa bir süre de olsa, işlemde kaldırılan bir dosya da verilmiş olan bir yürütmenin durdurulması kararının uygulanmaya devam edilmesi bir çelişki oluşturacaktır.

---

<sup>64</sup> Kaplan, s. 665.

Dava açılmasının dava konusu işlemin yürütülmesini durdurmayacağı kuralı vergi davaları açısından tersine çevrilmiştir. İYUK m.27/4 düzenlemesine göre; vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracaktır. Madde düzenlemesi, vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlere ilişkin tüm işlemleri değil, sadece tahsil işlemlerinin yürütülmesini kapsamaktadır.<sup>65</sup> Vergi davaları açısından davanın açılması ile doğan bu hukuki sonuç çalışma konumuz olan davanın açılmamış sayılması kararı ile kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Diğer bir ifade ile davanın açılması ile duran tahsil işlemleri, davanın açılmamış sayılması kararı ile birlikte kaldığı yerden devam edecektir.

Vergi davaları açısından ortaya çıkacak olan bu sonucu, davanın açılmamış sayılması kararları halleri açısından ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır. Öncelikle ilk durum olan İYUK m.6/4'e göre verilecek davanın açılmamış sayılması kararı için bu sonucun gerçekleşmesi mümkün değildir. Zira vergi davalarının açılmasıyla tahsil işlemlerinin yürütülmesinin durdurulması ancak, dava dilekçesinin davalı idareye tebliği ile mümkün olabilecektir. Her ne kadar madde metninde davanın açılması ile yürütülmenin durmasından bahsedilse de, davalı idarenin dava açıldığından haberdar olması ancak dava dilekçesinin kendisine tebliği ile mümkün olacak ve ancak bu aşamadan sonra tahsil işlemlerini durdurması gerekecektir. Hükümün asıl amacının da, genel kuralın tersine çevrilmesi olduğu ve mahkemenin karar almasına gerek olmadığı belirtilmesi olduğu ifade edilmektedir.<sup>66</sup> İYUK m.6/4'e göre verilecek olan davanın açılmamış sayılması kararından önce henüz dava dilekçesi tebliğ edilmediği ve yürütülmesi duran bir işlem olmadığı için, burada davanın açılmamış sayılması kararı ile değişen bir durum da olmayacaktır.

Vergi davaları kapsamında İYUK m.6/5 ve m.26/3'e göre verilecek davanın açılmamış sayılması kararı açısından ise, ancak davanın açılmamış sayılması kararı ile birlikte, davanın açılmasıyla yürütülmesi duran tahsil işlemlerine devam edilecektir. Zira yukarıda açıklandığı üzere bu ihtimallerde, davanın devamı esnasında posta giderlerinin tebligat işlemlerini engelleyecek derecede azalması ya da mahkemeye bildirilen adreste tebligat yapılamaması dolayısıyla sonuç olarak davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Bu hallerde, dava açılmış ve davalı idareye dava dilekçesinin tebliği ile tahsil işlemlerinin

---

<sup>65</sup> Kaplan, s. 665.

<sup>66</sup> Kaplan, s. 665.

yürütülmesinin durmuş olduğu için, sonrasında alınacak davanın açılmamış sayılması kararı ile, bu durum dava açılma anının öncesine dönecek ve tahsil işlemlerine devam edilebilecektir. Burada üzerinde durulması gereken bir konu da, davanın açılmamış sayılması kararı verilmeden önce bir aşama olan dosyanın işleminden kaldırılması kararı ile birlikte dava açılmasıyla yürütülmesi duran tahsil işlemlerinin devam edeceğinin öngörülmemesidir. İYUK m.6/5'te bu hususa hiç değinilmemiş olmakla birlikte İYUK m.26/3'te ise “*varsa yürütmenin durdurulması kararı*” denilmek suretiyle mahkemece verilecek yürütmenin durdurulması kararlarının kendiliğinden hükümsüz kalacağından söz edilmiştir. İYUK m.26/3'te vergi davaları haricindeki idari idari davalarda mahkemece verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararlarının kendiliğinden hükümsüz kalacağı düzenlenmiş, ancak vergi davaları için söz konusu olan davanın açılması ile duran tahsil işlemleri unutulmuştur. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere bu durumda dosyanın işleminden kaldırılmasına diğer bir ifade ile dava dosyasının askıda olmasına rağmen, dava açılmasıyla yürütülmesi duran tahsil işlemlerine devam edilememesi gibi çelişkili bir durum oluşmaktadır.

Davanın açılması ile zamanaşımı sürelerin kesileceği kabul edilmektedir<sup>67</sup>. Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinin 2. fıkrasında zaman aşımı süresini kesen sebepler arasında dava açılmış olmasını da saymaktadır. Dolayısıyla medeni yargılama hukukunda dava açılmasına bağlanan sonuçlar arasında zamanaşımı süresinin kesilmesi kuralının idari yargılama için de geçerli olacağını belirten yazarlar vardır<sup>68</sup>. İdari yargılama hukukunda dava açma süresinin niteliğinin hak düşürücü süre olarak kabul edildiği<sup>69</sup> göz önüne alındığında, bu kabul dava açma süreleri açısından uygulama alanı bulamayacaktır. İdare hukukunda az da olsa zamanaşımına ilişkin düzenlemeler yer alabilmektedir. Örneğin 5018 sayılı Kanununun 34. maddesinde, kamu idarelerinin borçlarının 5 yıl içerisinde zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmektedir<sup>70</sup>. Yine, 5510 sayılı Kanunun 97.

<sup>67</sup> Özmumcu, s. 194.

<sup>68</sup> A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku (Cilt II), İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 965.

<sup>69</sup> İdari dava açma sürelerinin niteliği hakkında görüş ve tartışmalar için bkz. Yıldırım Uler, “Yönetmelik Yargıda Dava Açma Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, 1991; Gürsel Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

<sup>70</sup> 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.34: “İlgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak beş yıl içinde alacaklıları tarafından geçerli bir mazerete dayanmaksızın, yazılı talep edilmediğinden veya belgeleri verilmediğinden dolayı ödenemeyen borçlar zamanaşımına uğrayarak kamu idareleri lehine düşer”.

maddesinde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, 5 yıl içinde zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmektedir<sup>71</sup>. Bu düzenlemeler nedeniyle açılan idari davalarda<sup>72</sup>, davanın açılması ile zamanaşımı süresinin kesilmesi söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla bu davalarda verilecek davanın açılmamış sayılması kararı ile de kesilmiş olan zaman aşımı süresi dava açılmadan önceki durumuna geri dönecektir. Eğer zaman aşımı süresi henüz dolmamış ise tekrar aynı nitelikte dava açılması mümkün olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu tür davalarda davanın açılmamış sayılması kararı ile zaman aşımı süresi dolamamış ise doğrudan dava açılması söz konusu olamayacak, önce idareye başvuru yapılması ve başvuru üzerine dava açma süresinde dava açılması mümkün olabilecektir ancak burada açılacak ikinci davanın ilk dava ile aynı olduğu da söylenecektir. Zira davanın açılmamış sayılması kararı verilen açılmış olan dava öncesi yapılan idari başvuruya ilişkin dava açma süreleri geçirilmiş olacaktır.

İdari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin genel kabule göre hak düşürücü süre olarak kabul edildiğini belirtmiştik. Dava açılmasıyla hak düşürücü süreler kesilmesinden değil, korunmasından bahsedilmektedir<sup>73</sup>. Dava süresinde açılmış ise bu durum korunacak değil ise de dava süre aşımı nedeniyle reddedilecektir. Davanın açılmamış sayılması kararı ile birlikte ise halinde hak düşürücü sürenin korunması etkisi son bulacaktır<sup>74</sup>. Davanın açılmamış sayılması kararından sonra hak düşürücü süreler geçmemiş ise aynı nitelikte dava tekrar açılabilir. İdari yargılama hukukunda dava açma süresinin 60 ve 30 günlük süreler olduğu ve de hak düşürücü süre niteliğinde olduğu da kabul edildiği için, idari yargıda davanın açılmamış sayılması kararından sonra tekrar açılması mümkün olmayacaktır. Zira İYUK'da düzenlenen davanın açılmamış sayılması kararı hallerinde, davanın açılmamış sayılması kararı verilebilmesi için davacıya yapılacak bildirimler ve verilecek süreler dikkate alındığında 60 ve 30 günlük hak düşürücü süre niteliğindeki sürelerin geçmemiş olması mümkün değildir. Burada tek uygulamanın, İYUK m.6/4 uyarınca verilmiş olan davanın

<sup>71</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Hakkında Kanunu m.97: “*Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, iş kazası, meslek hastalığı, vazife malullüğü ve ölüm hallerinde bağlanması gereken gelir ve aylıkların, hakkın kazanıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde istenmeyen kısmı zamanaşımına uğrar*”

<sup>72</sup> Kaplan, bu tür davaların idari yargının görev alanına girdiğinin tartışmalı olduğunu şerh düşmektedir. Bkz. Kaplan, *İdari Yargıda Dava Açma Süreleri*, s. 673.

<sup>73</sup> Özmumcu, s. 195; Kaplan, s. 673.

<sup>74</sup> Yılmaz, s. 583; Dursun, s. 184; Özmumcu, s. 202.

açılmamış sayılması kararı seçeneğinde mümkün olabileceği, bu ihtimalinde ancak ilgili tarafından dava açılmadan önce İYUK m.11 uyarınca üst merci başvurusu yapılmış olması ile birlikte cevabın beklenmeden dava açılmış olması ve idarenin de hemen cevap vermemiş olması olduğu belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bu şartların hepsinin bir arada gerçekleşmesi de oldukça zor bir ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dava açılmasının idari yarılama hukuku açısından içtihatla kabul edilmiş önemli bir sonucu da, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının, iptal kararından önce yürürlükteki düzenlemeye göre tesis edilen işlemlere karşı açılan davalar bakımından geçerli olmamasıdır<sup>76</sup>. Diğer bir ifadeyle davanın açılmış olmasının sonucu olarak yargılama sürecinde ve sonrasında Anayasa Mahkemesince verilecek iptal kararından faydalanmasıdır. Örneğin kanun hükümleri yürürlükte iken açılan ve yürürlükteki hükümler nedeniyle reddedilen bir dava Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra tekrar açılacak olursa geçmişe yönelik haklar da talep edilebilecektir<sup>77</sup>. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi iptal kararından önce açılmakla birlikte, iptal kararından sonra davanın açılmamış sayılması kararı verilirse, artık dava öncesi duruma dönüleceği için, Anayasa Mahkemesi kararından yararlanılamayacaktır.

Davanın açılmamış sayılması kararı verilmesi durumunda yargılama giderlerinin hangi tarafa yükletileceğinin de belirtilmesi gerekir. Davanın açılmamış sayılması kararı verilmesini gerektiren tüm hallerde, yargılama giderlerinin, davanın açılmamış sayılmasına sebebiyet veren davacı üzerine bırakılacağı ifade edilmektedir<sup>78</sup>. Buradaki yargılama giderleri, yargılama harçları, tebligat giderleri eğer mevcutsa bilirkişi keşif giderleri ve idarenin vekil ile temsil edilmesi durumunda da vekâlet ücretinden oluşacaktır. Danıştay da birçok kararında, davanın açılmamış sayılması durumunda, davalı idare lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>79</sup>. Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre; 659 sayılı KHK uyarınca vekil vasıtasıyla temsil edilen davalı idarelerin davalı idarelerin lehine vekâlet ücretine

---

<sup>75</sup> Bilgin, s. 89-90.

<sup>76</sup> Kaplan, s. 674; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 439; ayrıca bkz. Danıştay, İDDK, 8.10.2009 tarih ve E. 2009/611, K. 2009/1769 sayılı kararı.

<sup>77</sup> Kaplan, s. 674.

<sup>78</sup> Bilgin, s. 103.

<sup>79</sup> Danıştay 13. D, 29.11.2016 tarih ve E. 2014/1115 K. 2016/3974 sayılı Karar; Danıştay 11. D, 20.02.2007 tarih ve E. 2004/3743 K. 2007/1540 Sayılı Karar; Danıştay 11. D, 07.02.2005 tarih ve E. 2002/2983 K. 2005/413 sayılı Karar;

hükmedilmesi düzenlemesi ve yürürlükteki Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi<sup>80</sup> uyarınca davanın açılmamış sayılması halinde vekâlet ücretinin miktarının da ön inceleme tutanağının imzalanıp imzalanmamasına göre belirleneceği düzenlenmesi karşısında davalı idare vekili lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi; kararın vekâlet ücreti açısından bozma nedeni oluşturmaktadır<sup>81</sup>.

Davanın açılmamış sayılmasına ilişkin, mahkemelerce verilen kararların tamamı usule ilişkin nihaî kararlardır. Nihai karar olmaları dolayısıyla da kanun yollarına ilişkin genel hükümlere tabidir. İstinaf kanun yolunu düzenleyen İYUK m.45'e göre, konusu beş bin Türk Lirasını geçen idari davalara ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarına karşı 30 gün içerisinde Bölge idare mahkemesine istinaf yoluna başvurulabilecektir<sup>82</sup>. İstinaf kanun yolunun sonrasında ise Bölge İdare Mahkemesi kararına karşı İYUK m.46 düzenlemesi kapsamındaki idari davalar mevcut ise Temyiz kanun yoluna da başvurulabilecektir. Danıştay bir kararında, davacının, davanın açılmamış sayılması kararının usul hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın açılmamış sayılması kararının kaldırılarak yargılamaya devam edilmesi yönündeki talebini, davacının hak kaybına uğramaması için temyiz başvurusu olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>83</sup>. Bu karar-

<sup>80</sup> 2021 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin, "Görevsizlik, yetkisizlik, dava ön şartlarının yokluğu veya husumet nedeniyle davanın reddinde, davanın nakli ve açılmamış sayılmasında ücret" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "Ön inceleme tutanağı imzalanıncaya kadar davanın nakli, davanın açılmamış sayılması, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi durumunda bu Tarifede yazılı ücretin yarısına, ön inceleme tutanağı imzalandıktan sonra karar verilmesi durumunda tamamına hükümlenir. Şu kadar ki, davanın görüldüğü mahkemeye göre hükümlenilecek avukatlık ücreti, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde yazılı miktarları geçemez."

<sup>81</sup> Bkz. Danıştay, İDDK, 14.02.2019 tarih ve E. 2018/4583 K. 2019/589 sayılı Kararı; Danıştay 7. D, 04.03.2020 tarih ve E. 2016/308 K. 2020/2216 sayılı Karar.

<sup>82</sup> İYUK m.45/1: "İdare ve vergi mahkemelerinin kararlarına karşı, başka kanunlarda farklı bir kanun yolu öngörülmüş olsa dahi, mahkemenin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine, kararın tebliğinden itibaren otuz gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Ancak, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz"

<sup>83</sup> Danıştay İDDK, 04.05.2006 tarih ve E. 2006/567, K: 2006/368 sayılı kararı, DD, S. 114, s. 71-73: "Temyiz istemine konu dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onuncu Dairesinin harç eksikliğinin tamamlanmasına ilişkin birinci yazısının 21.12.2004 tarihinde davacı vekiline tebliğ edildiği, eksikliğin tamamlanmaması üzerine yapılan ikinci tebligatın 11.4.2005 tarihinde davacı vekili tarafından tebellüğü edilmesini müteakip, kararda belirtilen eksik tutarın 10.5.2005 tarihinde süresi içerisinde yatırılarak tamamlanmış olduğu anlaşılmış olup, eksik harç tutarının süresi içerisinde tamamlanmadığından bahisle verilen davanın açılmamış sayılmasına dair Daire kararında usul hükümleri bakımından hukuki isabet bulunmadığından, davanın açılmamış sayılmasına ilişkin olarak verilen ve 2.8.2005 tarihinde davacı vekiline tebliğ edilen Danıştay Onüçüncü Daire kara-



dan da anlaşılacağı üzere davanın açılmamış sayılması kararı mahkemenin dosyadan el çekmesi sonucunu doğuran nihai bir karardır. Dolayısıyla kararı veren mahkemenin bu karara ilişkin yeniden bir değerlendirme yaparak kaldırması söz konusu olamaz. Bu durumda ancak kanun yollarına ilişkin hükümlerin uygulanması gerekecektir.

## SONUÇ

İdari Yargılama Usulü Kanununda davanın açılması ve devamında bazı usule ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, davanın gereksiz yere uzamaması ve sürüncemede kalmaması amacıyla davanın açılmamış sayılması kararı ile sonuçlandırılması öngörülmüştür. Bu haller İYUK m.6/4 ve 6/5'te düzenlenen yargılama harcı ve posta giderlerinin hiç veya eksik yatırılması halleri ile İYUK m.26/3'te düzenlenen davacının dava açılırken gösterdiği adrese tebligat yapılamaması hallidir.

İYUK m.6/4 düzenlemesinde yargılama harcı ve posta giderlerinin dava açılması esnasında hiç veya eksik yatırılması durumu söz konusu olmakla birlikte bu durumda, tarafa eksikliğin tamamlanması amacıyla 30 günlük süreler verilerek iki defa bildirim yapılması ve buna rağmen eksikliğin tamamlanmaması durumunda davanın açılmamış sayılması kararı verileceği düzenlenmektedir. İYUK m.6/5'te ise davanın açılması esnasında tam olan posta giderlerinin, tebligat işlemlerini engelleyecek derecede azalması durumunda, tarafa eksikliğin tamamlanması amacıyla 30 günlük süreler verilerek iki defa bildirim yapılması ve buna rağmen eksikliğin tamamlanmaması durumunda dosyanın işlemde kaldırılması, işlemde kaldırma kararının tebliğinden itibaren 3 ay içinde eksikliğin tamamlanarak işleme konulması istenmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmektedir. İYUK m.26/3'te de, davanın açılırken mahkemeye bildirilen adrese yargılama esnasında ara karar niteliğindeki kararların tebliğ edilememesi durumunda, davacının yeni adres bildirimine kadar dava dosyasının işlemde kaldırılması ve işlemde kaldırma kararının tebliğinden itibaren 1 yıl içinde yeni adres bildirilerek işleme konulması istenmemesi halinde davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği düzenlenmektedir.

---

*rına karşı 5.8.2005 tarihinde kayda giren dilekçede yer alan; "davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararın kaldırılarak davanın devamının sağlanması" yolundaki talebin davacının, (harç eksikliğinin 10.5.2005 tarihinde tamamlanmış olması nedeniyle), hak kaybına uğramaması bakımından temyiz başvurusu olarak kabul edilmesi gerekmektedir."*

Görüldüğü üzere İdari yargıda davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gereken 3 halden ilki, davanın açılması anındaki eksiklik olarak karşımıza çıkarken, diğer ikisi dava süresince oluşan eksik veya imkânsızlık dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Yine bu hallerden ilki haricindeki diğer ikisi esasında yargılama sürecindeki tebligat işlemlerinin yapılamaması ihtimali üzerine düzenlenmiş bulunmakta ve bu durumlarda doğrudan açılmamış sayılma kararı yerine öncelikle dosyanın işlemde kaldırılmasına karar verilerek, tarafa bu eksikliklerin giderilmesi için süreler tanınmaktadır.

Davanın açılmamış sayılması kararı kapsamında, idari yargıya özgü bir kurum olan yürütmenin durdurulması kararına ilişkin düzenlemeler kanımızca yetersizdir. Zira yukarıda detaylıca açıklandığı üzere, davanın açılmamış sayılması kararını düzenleyen hallerden sadece İYUK m.26/3 düzenlemesinde yürütmenin durdurulması kararına ilişkin bir düzenleme yer almakta; diğer iki haleden bu konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yine vergi davaları açısından, davanın açılması ile yürütülmesi duran tahsil işlemlerine ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. İYUK m.26/3'te dosyanın işlemde kaldırılması ile mahkemece verilen yürütmenin durdurulması kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağına düzenlenmesine rağmen, dava açmanın sonucu olarak işlem yürütülmesinin durduğu vergi davalarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemesi önemli bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

Davanın açılmamış sayılması kararı, mahkemenin yargılamadan el çekmesi sonucunu doğuran nihai bir karardır. Her ne kadar bu karar, maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımasa ve davanın eksiklikler giderilerek diğer şartlarını sağlamakla birlikte yeniden açılması teorik olarak mümkün olsa da, idari yargılamada ki dava açma süreleri göz önüne alındığında davanın açılmamış sayılması kararından sonra davanın tekrar açılabilmesi neredeyse imkânsız hale gelmektedir. Davanın açılmamış sayılması kararının, davanın açılması ile doğan sonuçların geriye etkili olarak hiç doğmamış kabul edildiği düşünülürse, davanın açılması ile hak düşürücü sürelerin korunması durumu açılmamış sayılma kararı ile kalkacağından, hak düşürücü sürelerin geçirilerek davanın tekrar açılmamasına neden olacaktır. İdari yargılama hukukunda dava açma süresinin 60 ve 30 günlük süreler olduğu ve de hak düşürücü süre niteliğinde olduğu da kabul edildiği için, idari yargıda davanın açılmamış sayılması kararından sonra tekrar açılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda tek ihtimalin İYUK m.6/4 düzenlemesi uyarınca verilen davanın açılmamış sayılması kararı halinde mümkün olabileceği belirtilmiştir. Zira diğer iki hal yargılama sürecinde ortaya çıkacağı ve işlemde kaldırma süreleri de dikkate alınacağı için teorik olarak da mümkün görünmemektedir.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1975.
- ARAS Celal - ARSLAN Leyla - CESUR Nilgün, "Hukuk Usulünde Davanın Açılmamış Sayılmasına Karar Verilecek Haller", *Adalet Dergisi*, S. 2, 1985.
- ASLAN, Kudret, "Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasının Etkileri", *MİHDER* - Cilt: 9, Sayı: 25, 2013/2.
- AYGÜN Mustafa Y., "Davanın Açılmamış Sayılması", *Yargıtay Dergisi*, Y. 1979, S. 5.
- BİLGİN, Hüseyin, "İdari Yargılama Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılmasına" *Adalet Dergisi*, S. 35.
- CANDAN, Turgut, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, Ankara 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan *İdari Yargıda Kanun Yolları*, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2002.
- DEMİRKOL, Selami, "İdari Yargılama Usulü Yenilenirken İstinaf Kanun Yolu Öngörüsü - Danıştay'ın İçtihat Mahkemesi Rolü'nün Güçlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, *Danıştay Yayınları*, No: 91, Ankara, 2016.
- DURSUN, Hasan, "Medeni Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara 2007.
- ELGÜN, Emel Şeyda, 'Medenî Usul Hukukunda Davanın Açılmamış Sayılması ve Sonuçları', *Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2010.
- GÖZBÜYÜK, A. Şeref - DİNÇER, Güven, *İdari Yargılama Usulü*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- İYİMAYA Ahmet, "Sorumluluk Davasının Açılmamış Sayılması" *Yargıtay Dergisi*, (1990, S. 1-2).
- KALABALIK, Halil, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020,
- KAPLAN, Gürsel, "İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 10, S. 2, Y. 2019.
- KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, 6. Bası, İstanbul 2001.
- MERİÇ, Nedim, 'Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi', Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı*
- ÖNEN, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Beta Basım, İstanbul, 1985.
- ÖZBALCI, Yılmaz, *Vergi Davaları*, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2000.

- ÖZMUMCU, Seda, “Davanın Açılmasına Bağlanan Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi”, *İÜHFM*, C. LXX, S. 2, 2012.
- ÖZTÜRK, K. Burak, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- SANCAKDAR, Oğuz, *Türkiye Büyük Millet Meclisi İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştay Kitabı*, 14 Ocak 2013.
- TEKİNSOY, M. Ayhan, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- TORUN, Fatih, “7201 Sayılı Tebligat Kanunu’nun 21. ve 35. Maddelerinde Yapılan Değişiklikler Karşısında 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 26/3. Maddesinin Uygulanabilirliği” *GÜHFD*, C. XX, Y. 2016, S. 2.
- ULUKAPI Ömer, *Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi*, Mimoza Yayıncılık, Konya, 1997.
- ULUSOY, Ali, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, İstanbul, 1997.
- YILMAZ, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. II, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.

# OLAĞANÜSTÜ HÂL REJİMİ HUSUSUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İHTİYACI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman TEKİN<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Olağanüstü dönemler, olağan hukuk normları ile aşılması oldukça zor olan kriz ortamlarıdır. Bu dönemlerde temel hak ve hürriyetler sınırlandırılmakta ve hatta durdurulabilmekte, kuvvetler arasındaki denge yürütme lehine dönerek, diğer organlar bir adım geri çekilmektedir. Yürütme organı, Olağanüstü Hal Kanunu ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile olağan dönemde sahip olmadığı pek çok yetkiyi haiz olabilmektedir. Yürütmeye olağandışı yetkilerin verildiği böylesi kriz ortamlarında tabiri caizse çıkan yangının karşı yangın ile bastırıldığı bir ortam oluşmaktadır.

Rövanşist demokrasinin (iktidarların muhalefete geçmiş hukuksuzluklarının bedelini keyfiliğe kaçabilecek şekilde ödetme gayreti içinde olduğu demokrasi çeşidi) görüldüğü ülkelerde yürütmeye, böylesi kriz ortamlarında sınırları oldukça net ve nispeten daraltılmış yetkiler bahşedilmelidir. Yürütmenin keyfilikten uzak durması için mekanizmalar geliştirilmeli ve yürütmenin artan etkisini dengeleyecek yasama ve yargı kuvveti de mutlaka her daim diri tutulmalıdır. Olağanüstü hal tecrübesi azımsanmayacak derecede fazla olan Türkiye’de, artık neyin eksik olduğu ve tadil edilmesi gerektiği anlaşılmalıdır. Anayasal bir reform ile bu eksikliklerin giderilmesi ve olağanüstü hâl yönetiminin yeniden kurgulanması gerekmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İstisnai Hal, Olağanüstü Hal, Olağanüstü Halin Süresi, Olağanüstü Hal Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07/05/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 09/08/2021.

Atıf Şekli: Abdurrahman Tekin, “Olağanüstü Hâl Rejimi Hususunda Anayasa Değişikliği İhtiyacı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 223-262.

<sup>(\*\*)</sup> Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye.

E-posta: tekinabdurrahman@hotmail.com.

Orcid: 0000-0003-3041-3941.

## **A NEED FOR CONSTITUTIONAL AMENDMENT IN STATE OF EMERGENCY REGIMES**

### **ABSTRACT**

Emergency periods stand for convenient environment for crises which seem fairly formidable to overcome with ordinary legal norms. During these periods, fundamental rights and freedoms might be restricted and even suspended. Checks and balances among branches of power might be derailed in favour of executive, thereby causing the others to retreat. In this case, executive body might be vested, under State of Emergency Law and Presidential Decrees, with quite many powers that it does not possess formerly. In such crisis environment which leads to extraordinary powers being entrusted to executive body, efforts are put in to extinguish fire with backfire, so to speak.

In the countries, where revanchist democracy (a form of democracy in which governments in power arbitrarily seek to avenge all the past unlawfulness incurred by opposition) permeates all the veins of politics, executive body should be empowered with clearly defined and relatively reduced powers in these kinds of crisis environment. To keep executive far away from arbitrariness, effective mechanisms should be designed and additionally, legislative and judicial bodies, which can redress and balance the increasing influence of executive, must be always kept operational and refreshed. What lacks and what needs to be repaired have obviously stood out in Turkey where enough cases of emergency have been experienced. It is requisite to eliminate the insufficiencies through a constitutional reform and redesign the emergency management procedures.

**Keywords:** State of Exception, State of Emergency, The period of State of Emergency, Presidential Decree.

## GİRİŞ

Egemenliğe sahip olma mücadelesi, her toplum ve devlet içerisinde tarihin başlangıcından bu yana süregelmiştir. Ancak egemenliğin halka dayandırılarak, hukukun bir hakem olarak belirlenip egemenliğin sınırlandırıldığı bir sisteme geçiş yakın yüzyıllarda ancak gerçekleşmiştir.

İktidarın yıkıcılığı ve yok ediciliğinin engellenerek sınırlı iktidara geçilmesinde, anayasacılık hareketleri oldukça önemli bir mihenk taşı olmuştur.<sup>1</sup> Anayasacılık akımları ile sınırlı iktidara ulaşmada birtakım değerler zincirinin etkisini de unutmamak gerekmektedir. Bunlar kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti ve çoğulculuktur. Kuvvetler ayrılığı ile iktidar parçalanır ve bölüşülür. Bu kuvvetlerin bir denge içerisinde işlemesi tesis edilir ki söz konusu yıkıcılık tekrar tezahür etmesin. Hukuk devleti ile parçalanmış iktidarın nasıl hareket etmesi gerektiği kurgulanır. Kuvvetlerin, insan hakları eksenli bir hukuki düzene uyması sağlanır. Çoğulculuk ile iktidarın iradesi yönlendirilir ve ona bir yöntem gösterilir. Bu yöntem, herkesi kucaklayacak ve herkesin içinde kendinden bir parça bulacağı bir yönetim şekli olarak düşünülebilir.<sup>2</sup> Anayasacılık hareketlerini besleyen bu değerler ile günümüz liberal demokrasileri oluşmuştur. Anayasalı devlet yerine iktidarın etkin ve işler mekanizmaları ile sınırlandırıldığı anayasal devletler oluşmuştur. Olağan bir dönemde beklenen, bu değerler zincirine bağlı bir şekilde inşa edilmiş sınırlı ve hesap sorulabilir yönetim anlayışıdır. Ancak toplumlar zaman zaman, istisnai hal<sup>3</sup> veya olağanüstü hâl (OHAL) olarak isimlendirilen gerek insani gerekse de doğal yollarla gelişen birtakım beklenmeyen sorunlar ile yüzleşebilmektedirler.<sup>4</sup> Bu durumda ne olacaktır? Bu yönetim anlayışından, bölünmüş, hukuk ile sınırlandırılmış, insan odaklı egemenlik anlayışından vaz mı geçilecektir veya ne kadarından vazgeçilecektir?

<sup>1</sup> Anayasacılık hareketlerinin yayılmasıyla günümüzde neredeyse tüm ülkelerin bir anayasaya sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Anayurt'un da belirttiği gibi bir tüzel kişiliğe sahip olan devletin 'kuruluş statüsü' anayasadır. Bkz. Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin, Ankara 2020, s. 54.

<sup>2</sup> Recep Narter - Semih Batur Kaya, *Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*, Yetkin, Ankara, 2020, s. 325.

<sup>3</sup> Olağanüstü hâl, acil durum, ulusal acil durum, seferberlik, savaş hali, sıkıyönetim gibi isimlendirmelerin geneli literatürde istisnai hal kavramı üzerinden açıklanmaktadır. İstisnai hal kavramı, bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmada spesifik olarak Türkiye'deki veya başka bir ülkedeki istisnai halden bahsedildiğinde, o yönetim çeşidi özel olarak dillendirilecektir. Ancak genel bir durum veya isimlendirmeden bahsedildiğinde ise istisnai hal/yönetim usulleri/yönetim biçimleri kavramları kullanılacaktır.

<sup>4</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 327.

Her insan gibi devletlerin de yaşama hakkı bulunmaktadır. Nasıl bir insan ciddi bir saldırıya maruz kaldığında, karşı bir saldırıda bulunabiliyor veya zaruret hali kapsamında üçüncü bir kişiye maddi açıdan zarar verecek bir önlem ile bu sorundan kaçabiliyorsa, devletin de bu şekilde hareket etmesini beklemek gerekecektir.<sup>5</sup> Bu da demek oluyor ki istisnai durumlar ile yüzleşen iktidarın normale dönebilmesi için olağandışı hareket etmesine izin verilebilecektir. Nitekim Rossiter'in de belirttiği üzere iktidar, "normale dönmek ve tehlikeleri bertaraf etmek gayesiyle geçici bir şekilde ve durumun gerektiği ölçüde olağan yönetim usullerinden ayrılabilir."<sup>6</sup>

Esasen istisnai haller, olağan hukuk düzenini korumak için olağan hukuk düzeninin dışına çıkmak gibi bir paradoksu içinde barındırırlar.<sup>7</sup> Bu noktada önemli olan, istisnai hallerde hukukun askıya alınmasının yine bir hukuki kurala dayanarak yapılmasıdır. Bu boşluk dönemini doğuran da esasen hukukun kendisi olmalıdır.<sup>8</sup> İstisnai yönetim rejimleri hukukun kendini koruma refleksinin bir tezahürüdür. Ancak şu husus netleştirilmelidir ki birtakım hukuk kuralının askıya alınması, hukuk devleti ilkesinin ve hukukiliğin askıya alınacağı anlamına gelmemelidir.

İstisnai haller ile karşılaşan bir demokratik yönetim ile demokratik olmayan yönetim şeklinde görülen en önemli farklardan birinin kuvvetler arasındaki fren ve denge mekanizmalarının varlığı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>9</sup> İnsan haklarının ciddi manada askıya alınacağı bu dönemlerde zararı en aza indirmenin yollarından birisi kuvvetleri bu dönemde etkisizleştirmemektir. Yürütmenin artan etkisini dengeleyecek yasama ve yargı kuvveti de mutlaka her daim diri tutulmalıdır.

Bu çalışmada, kısa bir bakış ile istisnai durumların kökeninin, teorik dayanağının ve genel çerçevesinin ne olduğuna değinilecektir. Akabinde istisnai hallerin, toplum, temel haklar ve kuvvetler ayrılığı bağlamında olumsuz etkileri ele alınacaktır. Son olarak, Türkiye'de nasıl bir istisnai yönetim rejiminin kurgu-

<sup>5</sup> Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 948; Sydney G. Fisher, "The Suspension of Habeas Corpus during the War of the Rebellion", *Political Science Quarterly*, 1888, s. 485.

<sup>6</sup> Clinton, L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Read Books, Alcester, 1948, s. 5.

<sup>7</sup> Guillaume Tusseau, "The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, C. 97, S. 4, 2011, s. 501.

<sup>8</sup> Selin Esen, *Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet, Ankara, 2008, s. 5-6.

<sup>9</sup> Charles M. Fombad, "Cameroon's Emergency Powers: A Recipe for (Un) Constitutional Dictatorship?", *Journal of African Law*, C. 48, S. 1, 2004, s. 62.



lanması gerektiği sorunsalı üzerinden hareketle yasa koyucu için bir model oluşturulmaya çalışılacaktır. “Anayasa hukuku” bağlamında, OHAL dönemlerinde, devlet erklerinin konumları ve birbiri ile olan ilişkilerinin nasıl kurgulanması gerektiği üzerinde durulacaktır. Bir diğer ifade ile yürütmenin bu dönemlerde artan gücünün, yasama ve yargı organları tarafından etkin bir şekilde nasıl dengelenmesi gerektiği hususu vurgulanacaktır.<sup>10</sup>

### **I. İSTİSNAİ YÖNETİM USULLERİNİN TANIM, TARİH, TEORİK DAYANAĞI VE KAPSAMINA KISA BİR BAKIŞ**

İstisnai hallerden, modern liberal demokrasilerde ne anlaşılması gerektiğini evvela geniş bir şekilde tanımlayarak bu müessesenin çerçevesini belirlemek daha uygun olacaktır.

- Savaş, seferberlik, ayaklanma, şiddet olayları, ekonomik buhran, doğal felaketler ve salgın hastalıklar gibi sebeplerin zuhur etmesi veya etmesi kuvvetle muhtemel olması gibi olağan hukuk düzeninin üstesinden gelemeyeceği şartların oluştuğu;
- Olağan hukuk düzeninin olağanüstü yönetimin nasıl icra edileceği hususunda belirttiği sınırlar içinde kalındığı;
- En yakın zamanda olağanüstü şartların bertaraf edilip olağan döneme geçişin sağlanmaya çalışıldığı;
- Dokunulmaz olarak belirlenen haklar dışındaki hakların sınırlandırıldığı ve hatta durdurulduğu;
- Yürütmenin güçlü yetkilerle donatılmasına rağmen, yasama ve yargı ile çeşitli araçlar vasıtasıyla dengelenmesi gereken;

sürece istisnai dönem/hal denir.

İstisnai yönetim usullerinin, oldukça eskiye dayanan bir geçmişi olduğunu zikretmek yanlış olmayacaktır. Olağanüstü dönemlerde mevcut hukukun dışına çıkma hususunda kadim tarihten günümüze, seküler ve dini yönetimlerin hemen hemen hepsinde çok fazla geleneğin ve kuralın oluştuğu göze çarpmakta-

<sup>10</sup> Bu noktada evleviyetle belirtilmelidir ki OHAL dönemlerinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ve durdurulmasında riayet edilecek hususların, ulusal ve uluslararası mevzuat ile AİHM içtihatları doğrultusunda incelenmesi bu çalışmada konu edilmemekte, bu husus ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

dır. Roma döneminden bu yana, bu müessesesinin değişik görünülerinden bahsetmek mümkündür. Her ne kadar aralarında önemli sayılabilecek farklılıklar olsa da her birinde temel mantık aynıdır: Hayati çıkar ve değerleri korumak için kimi zamanlarda hukukun çizdiği sınırlardan çıkmak meşru ve gereklidir.<sup>11</sup>

Fransız Devrimi ile tetiklenen ulus devletlerin oluşumundan önceki feodal düzende ya da mutlakiyetin hâkim olduğu rejimlerde, istisnai rejimlerin uygulanması bir rutin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu dönemlerde yargısal denetimin ve yürütmenin sınırlandırılması gerektiğine inanılan bir hukuk sisteminin olmaması, o dönemde uygulanan istisnai rejimlerin günümüz ile kıyaslanmasını zorlaştırmaktadır.<sup>12</sup> Gerçekten de bu dönemlerde anayasaların henüz ortaya çıkmamış olması sebebiyle yürütmenin yeteri kadar sınırlandırılmamış olması ve temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmamış olması, bu dönemlerde uygulanan istisnai halleri, Fransız Devrimi sonrası dönemde mevcut olan örnekleri ile ayırtmaktadır. Her ne kadar istisnai yönetim rejiminin 'köklerinin' Batı tipi mutlakiyetçi yönetimlere dayandığı söylenebilirse de günümüz anlamıyla istisnai halin 'esasının' başka dönemlere dayandığını zikretmek gerekir. Nitekim Agamben'in da belirttiği üzere günümüz anlamında istisnai hallerin esasının, mutlakiyetçi rejimler yerine demokratik devrimci geleneğin bir yansıması olarak görülmesi gerekir.<sup>13</sup>

Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ve Fransa Anayasalarının öncülük ettiği anayasacılık hareketlerinin yaygınlaşması ve birey odaklı devlet yönetiminin önem kazanması ile bu kurumun daha demokratik ve insancıl bir şekilde icra edilmeye 'başlandı' görülmektedir. Fransız Devrimi sonrası süreçte bu müessesenin genel olarak iç isyan ve savaşların getirdiği olumsuzlukları bertaraf etmek amacıyla kullanıldığı göze çarpmaktadır.<sup>14</sup> Özellikle XIX. yüzyılda siyasi katılımın tabana yayılması, sanayi devrimiyle birlikte işçi sınıfının doğması, bu sınıfın örgüt-

<sup>11</sup> Clement Fatavic - Benjamin A. Kleinerman, *Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy. Extra-Legal Power and Legitimacy*, (Ed. Clement Fatavic / Benjamin A. Kleinerman) Oxford University Press, New York, 2013, s. 2.

<sup>12</sup> Çiğdem Sever, "Olağanüstü Hal: Hukuk Sisteminin Karadeliliği mi?", [law.atilim.edu.tr/shares/personel/413/Ohal%20karadelik%20yazi%20hali.doc](http://law.atilim.edu.tr/shares/personel/413/Ohal%20karadelik%20yazi%20hali.doc), (15.08.2020), 2011, s. 3-4.

<sup>13</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception. (Çev. Kevin Attell)*, Chicago: The University of Chicago Press, 2003, s. 5; Nitekim, eski dönemler ile günümüzde uygulanan istisnai haller karşılaştırıldığında yukarıdaki yargının doğruluğu daha belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bkz.: John Ferejohn - Pasquale Pasquino, "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers", *I. CON*, C. 2, S. 2, 2004, s. 230.

<sup>14</sup> Agamben, 2003, s. 11-22.

lenerek haklarını arama mücadelesiyle girmesi ve bu kesimin sürekli isyanları, istisnai hallerin sadece savaş dönemlerinde değil, sivil dönemlerde de uygulanmasına yol açmıştır.<sup>15</sup> I. ve II. Dünya Savaşları dönemine gelindiğinde ise neredeyse tüm ülkelerde bu müessesenin kullanılmasının kanıksandığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>16</sup> Bu dönemler arasında denk gelen Büyük Buhran gibi ekonomik olaylar sebebiyle de istisnai yönetim usullerine başvurulduğu görülmektedir. Bu zaman dilimlerinde yaşanan istisnai dönemlerin olumsuz yanını, yürütmenin 'yeteri kadar' denetlenememesi sebebiyle keyfiliğe kayması ve kararname müessesesinin gelişimi ile halkın iradesinin 'kısmen' bertaraf edilmesi olarak nitelendirmek mümkündür. Dolayısıyla, II. Dünya Savaşı sonrasındaki süreçte bu müessesenin anayasalar ile dar kalıplar içinde düzenlenmesi, mahkemelerin içti-hatlar yoluyla yürütmenin sınırlarını netleştirmesi eğilimi hız kazanmıştır.

İstisnai yönetim usulleri, teorik düzeyde incelendiğinde yazarlar arasında çeşitli tasniflerin yapıldığı görülmektedir. Fendoğlu, doktrindeki görüşleri dört farklı kuram halinde özetlemiştir.<sup>17</sup> Bunlardan zaruret hali teorisine göre devletin olağan dönemlerdeki birincil görevi, vatandaşların menfaatlerinin korunması, bunun da hukuk ile gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu teorinin savunucularından olan Jhering, olağanüstü durumların zuhur etmesi halinde toplumun menfaati olan 'amaca' ulaşmak için araç olan 'hukuktan' vazgeçebileceğini belirtmektedir. Jhering'in fikirlerini işleyen Jellinek ise devletin kendi için koyduğu sınırlandırmaları kaldırabileceğini belirtmiştir.<sup>18</sup> Bu teoriyi benimseyen önemli bir diğer hukukçu olan ve aynı zamanda Weimar Anayasası'nı da kaleme alan Carl Schmitt'e göre liberal devlet anlayışı ülkede birlik ve beraberliği sağlayacak olan egemen iktidarın temel sorunu idi. Yetkileri hukuk ile tırpanlanmış ve neredeyse depolitize edilmiş bir yönetim anlayışının egemenliğin özüne aykırı olduğunu belirten Schmitt, bu şekilde toplumun paramparça olmasının kaçınılmazlığını vurgulayarak bundan kaçışın ancak güçlü bir liderlik ile mümkün olduğunu belirtmektedir.<sup>19</sup> Bu noktada Schmitt'in, istisnai hallerin siyasi bir süreç olduğu, liberalizmin olağana baktığını,

<sup>15</sup> Mark Neocleous, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008, s. 43-50.

<sup>16</sup> Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı, İstanbul, 1993, s. 39; Agamben, 2003, s. 13.

<sup>17</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 5, 1992, s. 195-199.

<sup>18</sup> Fendoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda", s. 195-197.

<sup>19</sup> Sever Işık, "İmtiyaz ve İstisna: Locke ve Schmitt'te Yasa, Egemen ve Olağanüstü Hâl". *Mukaddime*, C. 10, S. 1, 2019, s. 336.

bu sebeple de liberalizmin istisnai hallere reçetesinin olmadığını vurguladığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>20</sup> Bu anlayışa göre olağan dönem kanunları ile istisnai dönemler yürütülemez.<sup>21</sup> Zira istisnai hallerde yapılacakların, hukuk devleti ile uyumlayacağı açıktır. Rossiter bu anlayışı, toplumun varlığının tehlikede olduğu durumlarda diktatörlüğü dışlayan devletlerin yaşayamayacağı sözleriyle özetlemektedir. Bu anlayışa göre ulusal tehditler ile karşılaşıldığında, birtakım temel hak ve hürriyetler, anayasallık, uzlaşmacı demokrasi gibi kavramların oldukça lüks sayılabileceği zikredilmektedir.<sup>22</sup> Schmitt'e göre olağan dönem normları olağan durumları göğüslemek için çıkarıldığı için istisnai dönemlerde bu kanunların geçerliliklerini koruyamayacağı zikredilmelidir.<sup>23</sup> Schmitt'in düşünceleri bir hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Bir hukuk devletinin polis devletine dönüşmesine kapı aralayacaktır. Nitekim bu anlayışın, Almanya'nın dünya tarihinin en büyük katliamlarını yapmasındaki süreci başlattığı görülmüştür.

Fendoğlu'nun tasnifindeki ikinci teori meşru müdafaa teorisi. Esasen bu teori zaruret hali teorisine oldukça benzemektedir. Gerek savları gerekse de bunlara getirilen eleştiriler zaruret hali teorisindeki gibidir. Bu sebeple meşru müdafaa teorisi genel manada eleştirilerin odağı olmuş ve liberal felsefe ile çakıştığı zikredilmiştir. Üçüncü teori siyasi teori olup, buna göre devletin istisnai dönemlerde alması gereken tedbirleri hukuk değil, durum ve zamanın şartlarına göre değişen 'siyasi zaruretlere' belirlemelidir. Siyasi teoride, karşılaşılan badireler için alınan karşı tedbirler siyasi tedbirler olup, bu tedbirlere hukuki bir vasıf verilmesi düşünülemez. Bu teori de eleştirilerin odağı olmuş ve siyasetin hukukla sınırlanması fikri ile çelişmiştir. Bu noktada devreye diğer teori olan Fransız Ferdi Haklar Nazariyesi girmektedir. Buna göre belirli süreliğine, kriz dönemi ile ilgili olmak kaydıyla, dokunulmaz haklar hariç birtakım hak ve hürriyetlerin orantılı bir şekilde sınırlanabileceği geçiş döneminin varlığı mümkün olabilecektir.<sup>24</sup> Liberalizm felsefesini, insan haklarını önceleyen bu teori günümüzde temel ölçüt olarak tercih edilmektedir.

<sup>20</sup> Carl Schmitt, *Political Theology*. (Çev. George Schwab), The University of Chicago Press, Chicago, 1985, s. 22.

<sup>21</sup> Scott P. Sheeran, "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law Theory, Legal Doctrine, and Politics". *Michigan Journal of International Law*, c. 34, 2013, s. 500-501.

<sup>22</sup> Rossiter, 1948, s. 5.

<sup>23</sup> Carl Schmitt, *The Concept of the Political*, (Çev. George Schwab), The University of Chicago Press, Chicago, 2007, s. 37-93.

<sup>24</sup> Fendoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda", s. 196-198; Narter - Kaya, 2020, s. 38.

Teorik dayanağı çizilen istisnai yönetim usullerinin modern demokrasilerdeki kapsamına da kısa da olsa bakmak yerinde olacaktır. İstisnai hallerin asırlardır hemen hemen tüm ülkelerde sıklıkla uygulanması, pratik anlamda neyin doğru neyin yanlış icra edildiğinin görülmesini ve kapsamının net bir şekilde çizilerek bir standardın ortaya çıkmasını sağlamıştır. Küreselleşen Dünya ile devletlerin birbirine yaklaşması, birbirinden sorumlu hale gelmesi, ortak sözleşmelere imza atmaları ve ortak denetleyici mekanizmalar kurmaları, bu konuda ortak hukukun ve ilkelerin gelişmesine katkı sağlamıştır. Bu bağlamda küresel ve bölgesel ölçekte insan hakları sözleşmeleri akdedilmiş ve mahkemeler kurularak istisnai yönetimlerde uyulması gereken minimum standart ve yükümlülükleri belirlemeye çalışılmıştır. Örneğin Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) bulunan hükümler ile devletler taahhüt altına alınarak keyfilikten uzaklaştırılmaya çalışılmıştır. Böylece devletlerin hak ve hürriyetler alanındaki icrai eylemleri gözlenebilir, raporlanabilir ve mahkûm edilebilir hale gelmiştir. Ayrıca istisnai hallerin uygulanması hususunda da pek çok yargı kararı verilmiş, pek çok kurum ve örgütün raporlar hazırlayarak devletlerin temel hak ve hürriyetlere müdahalesine sınırlar çizmeye çalıştığı görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatları incelendiğinde, istisnai hallerin birtakım karakteristik özelliklere sahip olması gerektiği görülmektedir. Buna göre evvela, normal tedbir ve sınırlamalar ile giderilemeyecek beklenmeyen, istisnai olayların doğurduğu kriz veya tehlikenin var olması veya gerçekleşmesinin yakın olması; bu durumun tüm ulusu derinden etkilemesi ve toplumun olağan yaşamının bu şekilde devamını tehdit etmesi gerekmektedir.<sup>25</sup> Mahkemenin pek çok kararından derlenen bu hususlarla istisnai hallerin en yalın bir şekilde hangi durumlarda uygulanacağı gerekçelendirilmiştir. İstisnai hallerin nasıl yürütülmesi hususunda ise Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Paris Minimum Standartları'na bakmak faydalı olacaktır. İstisnai haller için rehber olacak şu ilkelerden bahsederek bu müessesenin nasıl icra edilmesi gerektiğini belirlemek mümkün olacaktır: Evvela istisnai hal, resmi yollar ile tüm ulusa ilan edilmeli ve uluslararası kuruluşlar ise bu konu hakkında bilgilendirilmelidir. Uluslararası ve ulusal mevzuat gereği belirlenmiş olan birtakım mutlak hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmaması, diğer sınırlamalarda ise orantılı olunması, ayrımcılık yapılmaması ve son olarak uluslararası hukuka uygun bir

<sup>25</sup> Mahkeme kararlarından derlenen bu hususlar hakkında daha detaylı bilgi için Bkz. The Greek Case, 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 1969, §§153; Lawless/Ireland 332/57, 1961, §§28; Ireland/ The United Kingdom, 5310/71, 1978, §§205; Aksoy/Turkey, 21987/93, 1996, §§70.

şekilde tüm sürecin yürütülmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde icra edilen bir sürecin evrensel standartlara uygun olacağı söylenebilir.<sup>26</sup>

İstisnai hallerde uyulması gereken ilke veya istisnai hallerin sahip olması gereken karakteristik özellikleri artırmak elbette ki mümkündür. Örneğin istisnai halin süresi, tekrarlanabilme imkânı, yargı ve yasamanın konumu ve süreç dahil olma imkânları, ihlal edilemez hakların çeşidi gibi hususlar akla ilk gelenlerdir. Ancak ülke uygulamalarında ciddi sayılabilecek farklılıkların da olabileceği ve bunun da normal olduğu hususu unutulmamalıdır. Bu sebeple istisnai hallerin sahip olması beklenen zikredilen özellikleri dar kalıplara sıkıştırmak ve bunları devletlere dayatmak, pratikte bu kriz dönemlerinin üstesinden gelinmesini zorlaştırmaktadır. Karşılaşılan zorluğun derecesine göre pek tabidir ki hal ve durumun gerektirdiği tedbirler değişiklik arz edebilmektedir.<sup>27</sup>

Bu noktada evrenselleşmesi gerektiği düşünülen bir ilkeyi daha ilave etmek mümkündür. Devletin istisnai hallerde getireceği yoğun sınırlamalar pratikte ciddi hak ihlallerine sebebiyet verebileceğinden dolayı, bu müessesenin anayasa gibi toplum sözleşmesi olarak addedilen bir belgede düzenlenmesi daha uygun olabilir.<sup>28</sup> Bu konunun kanunlara bırakılması halinde, meclislerin geçici çoğunluklarının, kolaylıkla o günün siyasi iktidarının keyfi tutumlarını besleyecek hükümler getirilebilmesine sebebiyet verebilecektir. Özellikle *Common Wealth* ülkelerinde bu kurumun anayasalar yerine özel kanunlar ile düzenlendiği görülmektedir.<sup>29</sup> Buna karşın genel eğilimin bu konunun anayasalarda düzenlenmesidir.<sup>30</sup> Görüldüğü üzere anayasanın hem olağanı hem de istisnai dü-

<sup>26</sup> OHCHR, “Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers”. [https://resourcecentre.savethechildren.net/node/11357/pdf/human\\_rights\\_training\\_manual.pdf](https://resourcecentre.savethechildren.net/node/11357/pdf/human_rights_training_manual.pdf), (26.07.2020), 2003, s. 819.

<sup>27</sup> OHCHR, 2003, s. 855; Örneğin bir İskandinav ülkesi ile Türkiye’nin günümüz itibarıyla bir terör sorunu ile karşılaşma ihtimali; bu sorunun yaşanma sıklığı ve şiddeti aynı değildir. Bu sebeple bu müessesenin, evrensel ilkeler ile belirlenen sınırlardan çıkılmadan işletilmesi kaydıyla, ilgili ülke gerçeklerinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

<sup>28</sup> Sibel Yılmaz, “İstisna Hali” Üzerinden bir Egemenlik Kavramı Tartışması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 132, 2017, s. 394.

<sup>29</sup> İngiltere, Civil Contingencies Act 2004; Amerika Birleşik Devletleri, Insurrection Act, National Emergencies Act 1977, International Emergency Economic Powers Act, US Patriot Act; Kanada Emergency Act 1988; Avustralya Public Safety Preservation Act 1958; Yeni Zelanda the Civil Defence Emergency Management Act 2002.

<sup>30</sup> Örneğin Alman Anayasası, m.80/a; Hollanda Anayasası, m.103; İspanya Anayasası, m.116; Portekiz Anayasası, m.19; Polonya Anayasası, m.228; Rusya Anayasası, m.88; Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, m.37.

zenin hükümlerini ihtiva etmesi anlamına gelen ‘anayasanın iki yönlü olması’ olarak nitelendirebilecek olan ‘anayasal düalizm’ kavramının günümüzde hukuk sistemlerine yerleştiği söylenebilir.

Son olarak, istisnai hallerin çeşitleri ve bunlara bağlanan sonuçlardan bahsedilmesi faydalı olacaktır. Ülke uygulamaları incelendiğinde istisnai yönetim usullerinin tek bir çatı altında düzenlenmediği, bu süreç için farklı tasniflerin yapıldığı görülmektedir. OHAL, sıkıyönetim, seferberlik, savaş hali, terör hali, acil durum, ayaklanma hali gibi tasnifler yapılarak her durum özelinde ayrı ayrı tedbirler öngörülmüştür. Böyle bir sınıflandırmanın yapılması faydalıdır. Bu yönetim modellerinin tek bir çatı altında birleştirilmiş olduğu varsayımında, birkaç bölgesel şiddet olayları için de savaş hali için de aynı istisnai yönetim usulü ilan edilecek ve yürütmeye gerekenden fazla yetki bahşedilmiş olacaktır. Bunun önlenmesi için bir tasnif yapılması ve her bir yönetim usulü için ise kendine has tedbirlerin detaylıca düzenlenmesi uygun olacaktır.<sup>31</sup>

## II. TEMEL HAKLAR, TOPLUM VE KUVVETLER AYRILIĞI BAĞLAMINDA İSTISNAİ YÖNETİM BİÇİMLERİNİN OLUMSUZ ETKİLERİ

İstisnai yönetim biçimlerinin olumlu yanlarını incelemek yerine doğrudan olumsuz yanlarını incelemek tercih edilmiştir. Zira yer yer bahsedildiği üzere demokratik bir ülkede istisnai yönetim usullerinin tek amacı olağan döneme dönülmesini temin etmektir. Bu noktada istisnai yönetimlerin en önemli ve tek olumlu yanından bahsedilmiş olmuştur. Yegâne amaç olan ‘olağan döneme dönüşü’ detaylandırmak ayanın beyanı olacağından dolayı böyle bir başlığın açılmaması tercih edilmiştir. Olağan döneme dönme amacının gerçekleştirilmesi için istisnai hallerde nelerin feda edildiğine bakmak, yeni bir model önerisi sunmada yardımcı olacaktır. Aşağıdaki başlıklarda istisnai yönetim usullerinin neden olabileceği olumsuz etkiler sadece Türkiye özelinde değil, daha genel manada tespit edilmeye çalışılmış ve karşılaştırmalı hukuk özelinde yer yer verilecek örnekler ile desteklenmeye çalışılmıştır. Böylece istisnai yönetim usullerinin olumsuz yanlarından kaçınmak için Türkiye’de nasıl bir modelin benimsenmesi gerektiği hususuna değinilecek olan son başlığa bir ön hazırlık yapılmıştır. Son olarak belirtmelidir ki bu başlıklar altında özellikle istisnai haller

<sup>31</sup> Ülkeler genelde savaş ve diğer olağanüstü durumları ayırmıştır. “The state of siege” ve “state of war” kavramları altında savaş halini düzenlemişlerdir. Genel olarak tüm diğer istisnai hal çeşitlerini tek bir kavram altında birleştirmişlerdir. Elbette ki istisnalar da mevcuttur. Örneğin İspanya üç, Macaristan’da beş farklı kavram ile istisnai yönetim biçimleri tasnif edilmiştir.

sebebiyle yürütmenin otoriterleşme eğilimleri, kuvvetler ayrılığındaki denge bozulumu ele alınacak olup, çözüm önerileri ilerleyen başlıklarda ele alınmaya çalışılacaktır.

#### **A. İstisnai Yönetim Biçimlerinin Temel Hak ve Hürriyetler ve Toplum Üzerindeki Etkisi**

‘Olağanüstü hâl’, bir kelime olarak dahi sınırsız, şiddetli, rahatsız edici ve itici gibi kelimeleri gözümüz önüne getiren, ağır bir kavramdır.<sup>32</sup> Ancak rahatsız edici bu kavram, hayatın olduğu gibi hukukun da bir gerçeği olagelmıştır. Liberalizm felsefesinin hukuk sistemlerine işlemesi ile ‘söz konusu devletin zor bir durumda olması ise geri kalan her şeyin önemsiz bir teferruat olduğu’ anlayışından uzaklaşmıştır. Liberal bir demokraside devletin, olabildiğince bireyi önceleyen ve geri duran bir konumunun olması beklenmektedir. Ancak istisnai dönemlerde bu önemli amaç için birtakım fedakarlıklar da yapılması gerekmektedir. Bireyler bazı hakların kullanımının sınırlandırılmasına veya durdurulmasına razı gelmek zorunda kalmalıdır. Örneğin sokağa çıkma, seyahat veya belirli bölgelere giriş çıkış yasağı getirilmeden küresel bir salgını sonlandırmak mümkün olmamaktadır. Bir ayaklanma olması halinde, çalışma hürriyetinin sınırlandırılması veya hizmet vermekle yükümlü olan güvenlik personelinin izinlerin kaldırılması bir aciliyet haline gelmektedir. Bir savaşın patlak vermesi durumunda milyonlarca seçmenin sandık başına gitmesinden seçimin ertelenmesi kaçınılmaz olmaktadır. Terör ve şiddet olaylarının yaygınlaşması durumunda haberleşme araçlarının kullanımının sınırlandırılması veya izlenmesi bir zorunluluk teşkil edebilmektedir. Ancak bu noktada önemli olan husus, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması/durdurulmasıdır. Nitekim AİHM içtihatlarında, istisnai halin ilanında devletlere geniş bir takdir yetkisi verilmesine rağmen hakların sınırlandırılmasında devletlerin takdir yetkisini daraltıcı bir tutum göze çarpmaktadır. Özellikle alınacak tedbirlerin ‘orantılı’, bir diğer ifade ile ‘durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde’ olması yönünde raporlar hazırlanmakta ve içtihatlar geliştirilmektedir. AİHM, pek çok devleti, istisnai hallerde aldığı tedbirler ve/veya bu tedbirleri uygulama biçimleri sebebiyle mahkûm etmektedir.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Tusseau, “The Concept of Constitutional Emergency”, s. 523.

<sup>33</sup> Raphael Comte, State of Emergency: Proportionality Issues Concerning Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights. <https://pace.coe.int/en/files/24505>, (18.18.2020), 2018, s. 1-29; ECHR, Derogation in Time of Emergency. [https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_derogation\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_eng.pdf), (21.09.2020), 2020, s. 1-17.



Anayasalar incelendiğinde hangi hak ve hürriyetin sınırlandırılabilceği hususunda iki farklı eğilim göze çarpmaktadır. Anayasaların %90'ında sınırlandırılacak haklar listesi bulunmamaktadır. Sadece %10'unda bu liste yapıldığı görülmektedir. Bir diğer ifade ile anayasalarda genellikle sınırlandırmayacak haklar listelenmektedir.<sup>34</sup> Sınırlanabilecek hakların neler olduğunu listelemenin, sınırlandırmayacak hakların belirlenmesine göre daha hürriyetçi bir yaklaşım olduğu söylenebilir. 'Sınırlanamayacak/dokunulmaz hakların belirlenmesi' lafzi olarak incelendiğinde, 'sayılan haklar haricindeki tüm haklar sınırlandırılabilir' gibi bir anlam çıkmakta ve yürütmeye esasen geniş bir hareket alanı açılmaktadır. Ancak anayasada 'sınırlanabilir hakların belirlenmesi' halinde, yürütmenin 'sınırlama yapabileceği hakların hangileri olduğu sayılmakta, geriye kalan haklara dokunamayacağı' gibi bir anlam çıkartılmaktadır. Sınırlanabilecek hakların listelenmesi durumunda, listeye dahil edilmesi ihmal edilen veya yeni ortaya çıkan bir hakkı yürütmenin sınırlayamayacağı da açıktır. Nitekim Türkiye'de Anayasanın 15. maddesinde bu husus düzenlenmiş ve sınırlandırmayacak hakların listelendiği görülmektedir. Esasen Türkiye'de sınırlandırmayacak hakların oldukça dar bir çerçeveye sıkıştırıldığı göze çarpmaktadır. Ancak AİHM, 'durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde' kavramından yola çıkarak verdiği içtihatlar ile ülkelerin takdir yetkisi yok etmeyecek şekilde hürriyetçi yaklaşımlar sergilemekte ve sınırlandırmayacak haklar listesini bir nevi genişletmeye çalışmaktadır. Adil yargılanma hakları sınırlandırılabilir haklar arasında bulunsa da pek çok başvuruda her bir olay özelinde değerlendirme yaparak ilgili tedbirin 'durumun gerektiği ölçüyü' aştığı yorumu ile söz konusu hakkın ihlal edilemeyeceğine vurgu yapmaktadır.<sup>35</sup> Ancak bu hürriyetçi yaklaşıma rağmen istisnai yönetim usullerinde durumun gerektirdiği ölçüde de olsa temel hak ve hürriyetlerin durdurabileceği gerçeği unutulmamalıdır.

Türkiye'de, akdedilen uluslararası sözleşmelere uygun bir şekilde hazırlanan istisnai dönem kanunlarında ne gibi tedbirlerin alınabileceği oldukça teferuatlıca belirtilmiştir. Getirilebilecek olan para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin çerçevesi çizilmiştir. Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar, ağır ekonomik bunalım ve şiddet hareketleri sebebiyle ilan edilecek OHAL'de alınabilecek onlarca tedbir öngörülmüştür. Oldukça geniş bir yelpazeye yayılan bir sınırlama yetkisinin yürütmeye bahşedildiği görülmektedir. Yürütmeye, bu kanunlarda

<sup>34</sup> Linda C. Keith - Steven C. Poe, "Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration". *Human Rights Quarterly*, C. 26, S. 4, 2004, s. 1081.

<sup>35</sup> ECHR, 2020, s. 1-17.

belirtilen tedbirlerin detaylarını belirlemek veya kanundaki boşlukları doldurmak için verilen kararname yetkisi ile 'neredeyse' her türlü tedbir alınabilir hale gelerek özgürlük güvenlik dengesi güvenlik lehine bozulmaktadır.<sup>36</sup> Bu dönemlerde kişi hakları, sosyal ve ekonomik haklar ile siyasi haklarda ciddi sınırlamalar yapılabilmektedir. Özellikle özel durumları olan engelliler, çocuklar, yaşlılar ve mülteciler gibi grupları derinden etkileyebilecek sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.<sup>37</sup> İleride teferruatlandırılacak olan denetim eksikliğinin de etkisi ile hak ve hürriyetlerde ciddi ihlaller yapılabilmektedir. Kimi durumlarda yıllar süren hukuk mücadeleleri sonucu ancak hak ve adalet yerini bulabilmektedir.

İstisnai haller, bir kriz ortamı olduğu için yürütmenin egemenliğinde ciddi sarsıntılar oluşmaktadır. Söz konusu krizin etkilerinin en az zararla atlatılması gerekmektedir. Yürütme organları bu süreçte, tüm yetkilerini bu kriz ortamından kurtulmak için ölçülülük ilkesine aykırı bir şekilde kullanma eğiliminde olabilmektedirler. Denetim yetersizliğinin arkasına sığınmak veya 'bir şekilde ileride telafi edilir' mantığı ile söz konusu tedbirler genele uygulanabilmekte ve büyük ihlaller ile karşı karşıya kalılabilmektedir. Nitekim istisnai dönemlerde kararnameler ile anayasaya aykırı getirilen düzenlemeler sonucu veya anayasaya uygun olan ancak icrası hukuka aykırı olan tedbirler sonucu oluşan hukuksuzluklar ciddi bir dava yükünün oluşmasına yol açmaktadır. Yargının yükünü artırmadan, evvela yürütmenin, vatandaşlarını bu hukuksuzluklardan koruması, bu tür durumları soruşturarak hataları düzeltmesi, ilgilileri cezalandırması ve hak kaybına uğrayan kişileri maddi ve manevi açıdan tatmin etmesi gerekmektedir.<sup>38</sup>

İstisnai yönetim usullerinin, temel hak ve hürriyetler üzerindeki etkisinin yanı sıra bir diğer etkisini de toplum psikolojisi ve ekonomi üzerinde görmek mümkündür. Temel hak ve hürriyetlere getirilen bu sınırlamalar insanlar üzerinde derin etkiler bırakabilmektedir. Bu etkilerin ilkinin toplum psikolojisinden okumak mümkündür. Özellikle günümüzde devam eden COVID 19 Küresel salgını sebebiyle pek çok devlet istisnai yönetim biçimlerine geçmiş ve sayısız tedbir ve sınırlamalar almıştır. Sokağa çıkma yasağı bunların başında gelmektedir. Sokağa çıkma yasağını sadece pandemilerde değil, yaygın şiddet hareketleri

<sup>36</sup> Eren, 2020, s. 948-949.

<sup>37</sup> Equipo Nizkor, Question of Human Rights and States of Emergency. [hrlibrary.umn.edu/demo/HumanRightsandStatesofEmergency\\_Despouy.pdf](http://hrlibrary.umn.edu/demo/HumanRightsandStatesofEmergency_Despouy.pdf), (26.09.2020), 1997, s. 27-28.

<sup>38</sup> OHCHR, 2003, s. 884.

veya savaş gibi istisnai hallerde de görmek mümkündür. Bu noktada sokağa çıkma yasağı veya diğer tüm yasakların gerekli olup olmadığının incelenmesinden ziyade bu tedbirlerin sonucunda insanlarda ne gibi psikolojik sonuçların doğduğuna bakılacaktır. Yapılan araştırmalar göstermektedir ki istisnai dönemlerde alınan karantina gibi ağır tedbirler sonucunda insanlarda akut stres, post-travmatik stres, travmaya bağlı ruh sağlığı, duygu, kaygı ve uyku bozuklukları ile depresyon, moralsizlik, asabiyet, korku, keder ve hissizlik gibi pek çok sorunlar oluşabilmektedir.<sup>39</sup> Sokağa çıkma yasağı gibi tedbirlerin insanların eve hapsolmesinin yanı sıra ev yaşamını da dolaylı olarak etkilemektedir. Birleşmiş Milletler raporunda bu hususun altı çizilmiş ve karantina uygulamalarının kadına ve çocuklara yönelik şiddeti arttırdığı yönünde bildirimlerde bulunulmuştur.<sup>40</sup> Boşanma olaylarındaki ciddi artış da göz önünde tutulduğunda bu tedbirlerin hayli derin etkilerinin olduğu görülebilmektedir.<sup>41</sup>

İstisnai yönetim modellerinin toplum üzerindeki bir diğer etkisini ekonomi alanında görmek mümkündür. Yabancı yatırımcıların varlığı, ekonomik hayata sıcak para girişini, müteşebbislerin geleceğini, uluslararası pazarlara açılma gibi unsurları desteklemektedir. Özellikle Türkiye gibi tasarruf açığı had safhalara ulaşan ülkelerde doğrudan uluslararası yatırıma sahip olmak zorunlu ve hatta vazgeçilemez bir durumdur. Doğrudan yabancı yatırımın bir ülkeye girebilmesinde başat faktör, giren paranın güvenliğidir. Bu da ancak ilgili devletin hukuki ve siyasi güvenliği ve istikrarına bağlıdır. Örneğin, 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonucunda haklı olarak OHAL ilan edilmesi gerekmiştir. Ancak ekonomik veriler incelendiğinde bu yıl ve takip eden yıllarda Türkiye'ye yapılan doğrudan uluslararası yatırımlarda haliyle ciddi düşüşler görülmüştür.<sup>42</sup> Yatırımcılar, paralarını güvenli ve stabil olarak gördükleri pazarlara kaydırma eğiliminde olmuşlardır.

<sup>39</sup> Samantha K. Brooks v.d., "The Psychological Impact of Quarantine and How to Reduce It: Rapid Review of the Evidence", *Lancet*, C. 395, 2020, s. 912-920.

<sup>40</sup> Anna Mutavi - Maniza Zaman - Demola Olajide, "Fighting the 'Shadow Pandemic' of Violence against Women & Children during COVID-19", <https://www.un.org/africarenewal/web-features/coronavirus/fighting-'shadow-pandemic'-violence-against-women-children-during-covid-19>, (15.10.2020), 2020, s. 1.

<sup>41</sup> Sheridan Prasso, China's Divorce Spike is a Warning to Rest of Locked-Down World. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-31/divorces-spike-in-china-after-coronavirus-quarantines>, (21.10.2020), 2020, s. 1.

<sup>42</sup> TÜRMOB, Uluslararası Doğrudan Yatırımlar Raporu. [turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/7a2c4eee-a11b-4cd2-9b15-a8c88d3b0684/turmob-uluslararasi-dogrudan-yatirimlar-raporu](http://turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/7a2c4eee-a11b-4cd2-9b15-a8c88d3b0684/turmob-uluslararasi-dogrudan-yatirimlar-raporu), (18.10.2020), 2017, s. 1-5.

İstisnai hal dönemlerinde yatırımcıların karşılaşılabileceği ekonomik sorunlar devletlerin ön hazırlık yapmalarını gerektirmiştir. Kendi yatırımcılarının, farklı ülkelerde yapacakları yatırımları dahi koruma eğilimi tüm dünyaya yayılmıştır. Bu sebeple devletler, vatandaşlarının başka ülkelerdeki yatırımlarının genel çerçevesini belirleyen 'ikili yatırım antlaşmaları' adı altında uluslararası antlaşmalar imzalamaktadır. Pek çok devletin yaptığı ikili yatırım antlaşmalarındaki hükümlerden de açıkça görüleceği üzere devletler, yatırımcılarını korumak için OHAL veya savaş gibi sebepler ile zarar görmeleri durumunda bu zararın tazmin edilmesini hükme bağlamışlardır.<sup>43</sup> Denilebilir ki para, istisnai hallerin ilan edildiği kriz ortamından kaçmakta, güvenli liman aramaktadır. Bu noktada şu hususu netleştirmek gerekmektedir. Ekonominin daralmasının başat aktörü, söz konusu kriz ortamıdır. Ancak buna ilaveten istisnai yönetim usulüne geçilmesi, hak ve hürriyetlerin sınırlanabilmesi ve yürütmenin keyfilik sınırını rahatça aşabileceği bir atmosfere girilmesi de ekonomik düşüşü hızlandırmaktadır. Pek çok hakkın askıya alınması, yabancı yatırımcıyı haliyle etkilemektedir. Denetimlerin artması, el koymalar, faaliyet durdurma cezaları, yağma gibi fiiller ile karşılaşılma ihtimali, mevcut yabancı sermayeyi korkuttuğu gibi gelecek olan sermayenin de rotasını değiştirmektedir.

## B. Kuvvetler Ayrılığındaki Denge Bozulumu

Günümüzde modern demokrasilerin olmazsa olmazı olarak görülen kuvvetler ayrılığı ilkesi, yönetimde keyfiliğin önüne geçmek ve temel hak ve hürriyetleri koruma amacıyla, iktidarın yasama, yürütme ve yargı organı şeklinde üçlü bir yapıya bölünmesini gerektirmektedir.<sup>44</sup> Kuvvetlerin bölünerek sınırlarının belirlenmesinin yanı sıra kuvvetlerin birbirlerinin işlemleri üzerinde sınırlı da olsa kontrol ve denetim sağlayabileceği bir sistemin inşa edilmesi gerekmektedir.<sup>45</sup> ABD kurucu babalarından Madison, insanın insanı yönettiği bir yerde problemlerin kaçınılmaz olduğunu; buna göre insanların ilk başta, yönetenlerin yönetilenleri kontrol etmesine olanak sağlaması gerektiğini ve sonrasında da

<sup>43</sup> Neredeyse her devletin birbiriyle imzalmış olduğu ikili yatırım anlaşmaları bulunmaktadır. Son zamanlarda bu anlaşmalara koyulan OHAL hükümleri için Bkz. (investmentpolicy.unctad.org, 2020).

<sup>44</sup> Eren, 2020 s. 109-112; Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler*, Seçkin, Ankara, 2018; s. 25.

<sup>45</sup> Andras Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Central European University Press, Budapest, 1999, s. 69; Maurice J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis, 1998, s. 69.

yönetenleri kendi kendisini kontrol etmeye mecbur kılması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>46</sup> Ancak bu sayede kuvvetlerin kendi sınırlarını aşmadan çalışabilmesi söz konusu olabilecektir.

İstisnai dönemlerde yürütmeye bahsedilecek olan gücün, keyfiliğe kaçılmadan kullanılması ancak yürütmenin diğer organlarmış gibi hareket etmemesi sayesinde olacaktır. Bir diğer ifade ile yürütme sadece kendi yetkilerini, hukukun çizdiği sınırlar içinde yapmaya devam ettiğinde bir sorun ile karşılaşılmayacaktır. Bu sebeple anayasa hükümlerinde, kuvvetlerin bu kriz dönemlerindeki rolleri detaylı ve net bir şekilde belirlenmelidir. Aksi takdirde istisnai haller, temel hak ve hürriyetlerin ihlal kapısını açan bir anahtar görevi icra edecektir. Grossman'ın ifadesiyle "anayasalardaki istisnai hal hükümleri, insan hak ve hürriyetlerinin yok edilmesinin rasyonelleştirilmesine hizmet"<sup>47</sup> etmemelidir.

OHAL dönemlerinde kuvvetler ayrılığı bağlamında yaşanacak denge bozulmalarına sebep olacak hususları bir sıra içerisinde incelemekte fayda vardır. Bu bilgilerin zikredilmesi, son başlıkta bahsedilecek olan anayasa değişikliği önerilerinin temel dayanak noktası olacaktır.

### 1. Olağanüstü Hal İlanında Siyasi ve Yargısal Denetim Eksikliği

Olağanüstü dönemlerde olağanüstü yetkiler ile özgürlükler arasında bir çakar çatışmasının olmamasının temel ölçütü meclislerin sürece dahil olmasıdır. İstisnai halin ilan edilmesinde veya uzatılmasında yürütmenin tekil bir yetkisten bahsetmemek, yasamayı da sürece dahil etmek gerekmektedir. Bu noktada yargının denetim ve gözetiminin de etkisizleştirilmemesi de unutulmamalıdır.<sup>48</sup> Aksi takdirde kuvvetlerin tek bir elde toplanması gibi demokratik sistemin yıkımı gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir.<sup>49</sup>

XX. yüzyılın son çeyreğinde, anayasalarda meclislerin istisnai yönetim biçimlerinin getirilmesinde yetkili kılınmadığı devletlerin sayısında %27'lik bir azalma-

<sup>46</sup> James Madison, Federalist Papers No. 51. <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-51>, (15.10.2020), 1787.

<sup>47</sup> Claudio Grossman, *States of Emergency: Latin America and the United States. Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*. (Ed. L. Henkin ve A. J. Rosenthal), Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

<sup>48</sup> Amanda L. Tyler, "Suspension as an Emergency Power", *Yale Law Journal*, C. 118, S. 4, 2009, s. 687.

<sup>49</sup> Jose A. Soluta, On the Alternative Approach to the Judicial Review of Emergency Power Cases, *Philippine Law Journal*, C. 50, S. 4, 1975, s. 487.

nın varlığı göze çarpmaktadır.<sup>50</sup> Yeni yüzyıl ile bu orandaki iyileşmenin daha da hızlanacağını söylemek mümkündür. Buna rağmen İspanya’da acil durum ilan etmeye yetkili olan yürütme, bu kararını Resmi Gazete’de yayımlamakta ancak meclisin onayına göndermemektedir. Sadece yayımdan sonra meclisi bilgilendirmektedir.<sup>51</sup> Fransa’da ise Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, toprak bütünlüğü veya ülkenin uluslararası yükümlülüklerinin tehlikeye düşmesi veya yakın bir tehlike ile yüzleşmesi durumunda Devlet Başkanına gerekli her türlü tedbiri alma imkânı tanınmaktadır. Görüldüğü üzere resmi bir ilana veya Meclisten onay alınmasına gerek duyulmadan bir nevi OHAL ilan edilmektedir. Başbakan, Meclis ve Anayasa Mahkemesi Başkanlarının bilgilendirilmesi ile süreç derhal başlamakta mecliste bir onay safhası bulunmamaktadır. Fransa’da sıkıyönetim için Meclis onayı aranıyor olmasına rağmen, OHAL’in bir ilana veya meclis onayına gerek olmadan yürürlüğe girebilmesi ve her türlü tedbirin yürürlüğe koyulabilmesi OHAL’i süreklileştirebilmekte ve halkın temsilcisi olan meclislerin sürecin dışında tutulmasına yol açabilmektedir.<sup>52</sup> Öyle ki doktrinde nasıl bir OHAL süreci tasarlanmalıdır sorusuna; tabi ki Fransa’daki gibi değil cevabı yaygın bir şekilde verilmeye başlanmıştır.<sup>53</sup> Benzer şekilde ABD’de de 136 başlık altında sıralanan olağanüstü hâlden kaynaklı kullanılacak yetki bulunmakta olup, bunların 13’ünün Başkan tarafından kullanılabilmesi için Kongrenin olağanüstü hâl ilan etmesi gerekmektedir. Geri kalan 123 yetki ise Başkanın, Kongre onayına ihtiyaç duymadan ulusal acil durum ilan etmesi sayesinde kullanılabilir.<sup>54</sup> Türkiye’de ise Cumhurbaşkanı Anayasada belirtilen sebeplerin zuhur ettiği kanaatine varırsa OHAL ilan etmekte ve aynı gün Meclise sunulmaktadır. Ancak Meclisin onayına gerek kalmadan OHAL yürürlüğe girmektedir. Meclisin bu ilanı onaylama veya kaldırma hakkı mevcuttur.

<sup>50</sup> Keith-Poe, “Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective”, s. 1081.

<sup>51</sup> Esen, 2008, s. 113.

<sup>52</sup> Stephanie H. Vauchez, “The State of Emergency in France: Days Without End?”. *European Constitutional Law Review*, C. 14, 2018, s. 704; Fransa Anayasası, 1958: m.16, 36; İstisnalar hariç tutulursa genel olarak yasama organı, ilan edilen istisnai haller ile ilgili aynı gün bilgilendirilmekte ve bir oylama ile istisnai halin akıbetine karar verme hakkı ile donatıldığı görülmektedir.

<sup>53</sup> Bruce Ackerman, “The Emergency Constitution”. *Yale Law Journal*, C. 113, 2004, s. 1040; Vauchez, “The State of Emergency in France”, s. 700-720; Fransa’da elbette kararnamelerin denetiminin Danıştay’da incelenmesi mümkündür. Ancak bu denetimin, anayasallık bağlamında ihtisaslaşmış bir mahkemede yapılması gerektiği hususu, tartışma götürmeyecek bir gerçek olarak görülebilir.

<sup>54</sup> Brennan Center for Justice, 2020, [brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use](https://brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use), 05/05/2021.

Meclislerin onay sürecini basit çoğunluk gibi bir nisapla gerçekleştirmesi de ayrı bir sorun olarak durmaktadır. Her ne kadar parlamenter sistemlerde yürütme yasama çoğunluğuna da sahip olsa da bu sürecin başlatılmasının kolay ulaşılabilir nisaplara bırakılmaması gerekmektedir. Bu söylemi, OHAL süresinin uzatımı için de zikretmek mümkündür.

Yargı organı bakımından, istisnai halin ilan edilmesinde anayasaların sessiz kaldığı görülmektedir. Genelde bir parlamento kararı şeklinde meclislerde kabul gören istisnai hal ilanı, anayasa mahkemelerinin denetimi dışına tutulmaktadır. Türkiye’de de durum bu şekildedir. Fransa’da ise kısmi bir denetim imkanı getirilmiştir. Her iki Meclisin Başkanları veya her iki Meclisin 60’ar üyesi ayrı ayrı, söz konusu olağanüstü sürecin 30 günden sonra halen devam edip etmediğinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini isteme hakkına sahiptir. Mahkeme 60. günde kendiliğinden yine bu denetimi yapmak ile yetkilendirilmiştir.<sup>55</sup> Anayasaların oldukça azında, ilanların mahkemenin denetiminde olduğuna dair hükmü görmek mümkündür. Örneğin Slovakya’da istisnai halin anayasaya uygun bir şekilde ilan edilip edilmediği Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmektedir.<sup>56</sup>

## 2. Olağanüstü Halin Süresizleşmesi

İstisnai yönetim usullerinin uygulanması, yürütmenin elini pek çok açıdan rahatlatacağından dolayı yönetimde ciddi bir kolaylık ve ulaşılacak istenen amaçlara hızlı bir şekilde erişim imkânı doğurmaktadır. Bu durum da haliyle istisnai halin istisnai hali doğurması ile sonuçlanmaktadır.<sup>57</sup> Dünyadaki veriler incelendiğinde, elde edilen bu büyük gücün devam edebilmesi için kolaylıkla istisnai hal süresinin uzatılmasına tevessül edildiği görülmektedir. Pek çok devletin hukuken, kimisinin de fiilen istisnai yönetim usullerini hayatın bir rutini haline getirme eğiliminde olduğu tespit edilmektedir. Örneğin, kamunun güvenliği ve düzeninin sağlanması için devlet başkanının her türlü tedbiri almasını öngören 1919 Alman Anayasası’nın 48. maddesi uyarınca Hitler, istisnai yönetim usullerini uygulamaya koymuş ve 12 yıl boyunca bu yönetim devam etmiş, meclisin bir noter vari hizmet gördüğü bir dönem yaşanmıştır.<sup>58</sup> Uzun süren istisnai yönetim rejimlerine verilecek örnekleri ar-

<sup>55</sup> Fransa Anayasası, 1958: m.16.

<sup>56</sup> Anna Khakee, *Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe*. www.dcaf.ch/publications, (28.10.2020), 2009, s. 16.

<sup>57</sup> Oren Gross - Fionnuala N. Aoláin, *Law in Times of Crisis in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 82.

<sup>58</sup> Agamben, 2003, s. 10-16; 1919 Weimar Anayasası’nın 48. Madde hükmü: “Eğer devlet ulusal anayasa ve hukukun getirdiği yükümlülükleri yapamayacak bir duruma düşerse, Reich Başkanı, silahlı kuvvetleri kullanıma zorlayabilir.

tirmek mümkündür. Paraguay 1929-1987 yılları arasında; Mısır 1967-2012 yılları arasında; Zambiya 1964-1991 yılları arasında; Peru 1981-2000 yılları arasında; Kolumbiya 40 yılı aşkın; Türkiye ise değişik bölgeler ve zamanlarda toplam 43 yıl boyunca istisnai yönetim usulleri ile yönetilmiştir.<sup>59</sup>

Bu noktada önem arz eden husus, istisnai halin bir süre ile sınırlanmadan ilan edilebilmesidir. Bu durumda otoriterleşme eğilimi artacak ve arttıkça tek bir elde toplanan güç ile istisnai hal kaldırılması daha da olanaksızlaşacaktır.

OHAL süresinin kısa tutulması da elbette ki sorunu tam olarak çözmeye yetmemektedir. Örneğin Peru'da en fazla 60 gün için ilan edilebilecek olan OHAL, 1983-1987 arasında 20 kez uzatılmıştır. Pakistan'da da 1980-1990 arasında fasılasız OHAL ilan edilmiştir. Benzer şekilde El Salvador'da 14 kez OHAL uzatılmıştır.<sup>60</sup> Bu noktada, istisnai hal süresinin kısa tutulmasının yanı sıra bunun yenilenmesi ile ilgili başkaca tedbirlere daha başvurulması gerektiği akla gelmektedir. ABD'deki durum ise başka bir sorunu doğurmaktadır. Başkan tarafından ilan edilen OHAL'in devamı ile ilgili Kongre altı ayda bir toplanır ve OHAL'i kaldırmayı oylar; ancak kaldırılma yönünde meclislerden 'birlikte' karar çıkarılırsa bu karar, Başkanın onayına gitmekte ve Başkanın direnmesi durumunda kaldırma kararı 2/3'lük bir nisaba bağlanmaktadır.<sup>61</sup> Bu da kolay ulaşılabilecek bir nisap olmadığı için söz konusu OHAL kolaylıkla devam ettirilebilmektedir. Fransa'da ise istisnai dönemin süresi zikredildiği üzere devlet başkanının inisiyatifinde olup, Anayasa Mahkemesi'nin kısmi bir denetim imkânı mevcut olsa da zaman bakımından sınırsız bir uygulama alanına sahip olduğu söylenebilir.<sup>62</sup>

### 3. Kararnamelerin Siyasi Denetiminin Etkisizliği

Anayasalarda, istisnai yönetimin hangi kurallar çerçevesinde nasıl icra edilmesi gerektiği hususunda sadece genel yönlendirmeler mevcuttur. Esas

---

Eğer Almanya'da kamu düzeni ve güvenliği ciddi manada bozulur veya tehlikeye düşerse, Reich'in Başkanı kamu düzeni ve güvenliğinin tesisi için gerekli tüm önlemleri alır; gerektiğinde silahlı kuvvetlerin yardımını alır. Bu amaçla Başkan, geçici olarak 114, 115, 117, 118, 123, 124 ve 153. maddelerdeki temel hak ve hürriyetleri kısmen veya tamamen askıya alabilir." Bkz. <https://midcoastseniorcollege.org/wp-content/uploads/2020/09/Weimar-Constitution-Articles.pdf>.

<sup>59</sup> Nizkor, "Question of Human Rights and States of Emergency", s. 20.

<sup>60</sup> Keith-Poe, "Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective", s. 1077-1078.

<sup>61</sup> Esen, 2008, s. 63.

<sup>62</sup> Bu noktada sağlık sebebiyle ilan edilen OHAL'de kanunla 1 aylık bir süre getirilmiştir. Bu durum genel OHAL düzenindeki süre hususu bakımından bir istisna teşkil etmektedir.



detaylar, istisnai dönemlerde icrai olup olağan dönemlerde “uyuduğu” kabul edilen kanunlarda mevcuttur. Sıkıyönetim kanunu, OHAL kanunu, seferberlik kanunu gibi isimlendirmeler ile anılan bu dönemsel kanunlar, yürütmenin hangi ilave haklara sahip olacağını, bireylerin hangi haklarından feragat etmesi gerektiğini belirleyen kanunlardır. Buna ilaveten, özellikle II. Dünya Savaşı sonrası dönemde gelişen kararnameler hukuku ile yürütme, anayasalarda gösterilen sınırları aşmamak kaydıyla durum ve şartların gerektirdiği tüm tedbirleri almayı, hürriyetleri kısaltıp yetkilerini artırmaya muktedir olagelmıştır. Anayasalarda her türlü istisnai hale reçete olabilecek düzenlemeleri görmek mümkün değildir. Bunu, uyuyan ‘istisnai dönem kanunlarında’ da görmek mümkün değildir. Mevcut kanunların henüz olmamış bir krizi öngörmesi ve eksiksiz bir reçete sunmasının beklenememesinden dolayı yürütmenin güçlenerek yasama organının bir adım geri çekilmesi gerekmektedir. Bu sebeple hemen hemen tüm anayasalarda bu dönemlerde yürütmeye, kararnameler ile gerekli ‘hukuki boşlukları doldurma’, kanunların söz konusu kriz ile ilgili öngöremediği tedbirleri alma imkânı tanınmaktadır.<sup>63</sup> Böylece bu tür kriz dönemlerinden kolaylıkla çıkılabilme imkânı doğmaktadır. Kararname gücünün istisnai dönemlerde yürütmeye verilmesinin temel nedeni, kanunların statik olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Dinamik olan yaşamın durağan olan yasalar ile idame ettirilmesi elbette ki kolay değildir. Bu sebeple hukuk düzeninin de yaşayan bir organizma gibi sürekli kendini yenilemesi gerekmektedir. Bu yenilemeye rağmen kriz dönemlerinde eğer mevzuatta eksik kalıyorsa kararnamelerin devreye girmesi pek tabidir.

Kararnameler ile adeta yasamanın yetkisine ortak olacak olan yürütme, bu sayede ciddi bir güç elde etmektedir.<sup>64</sup> Bu sebeple kararnamelerin meclis tarafından da onaylanması gerekmektedir. Meclisin kararnamelerin onaylanmasındaki sürece dahil edilmemesi veya geç dahil olması durumunda, yürütme keyfiliğe kaçarak yetkilerini; gücünü pekiştirmek, diğer kuvvetlerin yetkilerine sahip

---

<sup>63</sup> Fatavic/Kleinerman, 2013, s. 186; Böyle bir kriz ortamında meclisin söz konusu krizi bertaraf edecek tedbirleri öngören hükümleri bir kanun haline getirmesi ve yürütmeyi yetkilendirmesi hiçbir anayasal sistemde makul görülmemiştir ki kararnameler müessesesi tüm hukuk sistemlerine girmiştir. Zira bir kanunun öncelikle meclisin mutfağı olan komisyonlarda pişmesi gerekecektir. Her bir maddenin uzun uzadıya konuşulması ve oylanması, ayrıca engelleme/obstruction eylemlerinin kullanabilecek olması kanunlaşma sürecinin uzamasını kaçınılmaz yapacaktır. Buna karşın, kararnameler resmi prosedürlerden uzak bir şekilde hızlıca çıkarılıp yürürlüğe girer ve meclis onayına sunulurlar.

<sup>64</sup> Eren, 2020, s. 949.

olmak, muhalif kesimi cezalandırmak, destekçilerini kayırmak ve hukuk devleti ile çatışan her türlü diğer eylemi yapmak gibi amaçlarla kullanabilmektedir.<sup>65</sup> Bu sebeple meclislerin yürütmenin istisnai dönemlerde çıkaracağı kararnameleri denetleme imkanına olabilecek en erken dönemde ulaşması ve bu kararnameleri kendi denetiminden geçirmesi faydalı olacaktır. Fransa'daki uygulama, OHAL'de Devlet Başkanına oldukça geniş bir alanda kararnameler çıkarma yetkisi tanırken; bu kararnamelerin Meclis onayından geçmesinin de önü kapatılmıştır.<sup>66</sup> 2015 yılında ilan edilen OHAL sonrasında sayısız kanun değişikliği ile bu dönemdeki yetkileri sınırsızlaşan bir Fransız yürütmesi ile karşı karşıya kalmıştır.<sup>67</sup> Türkiye'de tablo çok daha iyimser olsa da yetersizdir. Anayasanın 119. maddesi OHAL ilanı ile olağanüstü dönemlerde çıkarılacak olan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin aynı gün Resmî Gazetede yayımlanarak Meclisin onayına gönderilmesi gerektiğini belirtmiştir. İçtüzük madde 128, yürütmenin çıkaracağı kararnamelerin ivedilikle komisyon ve genel kurulda görüşülüp karara bağlanacağını belirtmiştir. Ancak bu noktada komisyonda bir ay içerisinde görüşülmemesi durumunda doğrudan genel kurulda görüşmenin yapılacağı ve her halükârda üç ay içinde de karara bağlanacağını belirtmektedir. Görüldüğü üzere kararnamelere, Meclisin denetiminden ciddi sayılabilecek bir süre zarfı kaçınma imkânı tanınmıştır. "Yürütme organlarının" bu tür kriz ortamlarında, esasen anayasaya veya uluslararası hukuka aykırı olan ancak dönemin şartları içinde bakıldığında gerekli görülebilen insan hakları ihlallerine başvurma gibi kestirme yollara tevessül edebilme eğiliminde olduğu düşünülmektedir. Meclis denetiminin geç olması, bu hükümlerin hukuk hayatında belirli bir süre de olsa kalmasına sebep olacak ve yürütmeye hukuku geçici de olsa ihlal edebilme imkânı tanıyacaktır.

#### 4. Kararnamelerde Konu Dışına Çıkılması ve Kararnamelerin Yürürlük Süresi

İstisnai dönemlerde kararnameler ile konu dışına çıkılması da karşılaşılan ve kuvvetler arasındaki dengeyi bozan önemli bir husustur. Bir diğer ifade ile

<sup>65</sup> Clement Fatovic, *Outside the Law Emergency and Executive Power*, The Johns Hopkins University, Baltimore, 2009, s. 262.

<sup>66</sup> Fransa'da Türkiye'deki gibi kararnamelerin olağan dönem veya olağanüstü dönem gibi nitelendirmeleri yoktur. Anayasa ve kanunların verdiği yetki ile devlet başkanı olağanüstü hali ilgilendiren konularda kararname çıkartmaktadır. Bkz. Memduh Cemil Şirin, "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 78, S. 2, 2020, s. 1033.

<sup>67</sup> Vauchez, "The State of Emergency in France", 704.

yürütme, anayasada belirtildiği üzere sadece istisnai halin 'gerekli' kıldığı konularda düzenleme yapması gerekirken, kimi zaman gereklilik unsurunu aşarak hareket edebilmektedir. Kararnameler ile meclislerin bir adım geri çekildiği bir dönemde, yürütmenin esasen konu bakımından alakalı olmayan hükümleri kararnamelere eklemesi ile yasamanın yetkilerini yürütme üstlenmiş olmaktadır. Böylesi bir durumda konu yönünden yetki aşımının varlığı sebebiyle işlemin sakat olduğu söylenebilir.<sup>68</sup> Bunun en yakın örneğini 15 Temmuz darbe girişimini takip eden süreçte ilan edilen OHAL sonrasında peyderpey çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde (KHK) görmek mümkündür. Bu KHK'ların amacı, darbe girişimine teşebbüs eden fetullahçı terör örgütü mensuplarının oluşturduğu kaos ortamından bir an evvel çıkmak ve darbeye karışmamış olsa da devlet kadrolarında bu terör örgütüne mensup, irtibat veya iltisak içinde olan kişiler ile mücadele etmek gibi esasen hukuk açısından hiçbir sorun teşkil etmeyen amaçların yattığı söylenebilir. Ancak bu kararnamelerde konu bakımından gerekli olmayan hususların düzenlendiği göze çarpmaktadır. Örneğin, Maarif Vakfının Mütevelli Heyetine ödenecek huzur hakkının Millî Eğitim Bakanı tarafından belirlenmesinin söz konusu kriz dönemi ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı kapsamında asistan olarak üniversitelerde çalışanların kadrolarının, daha güvencesiz bir kadro çeşidi olan 50/D'ye geçirilmesi, rektör seçilme usulünün değiştirilmesi, Türkiye Varlık Fonu'nun kurulması veya araçlara yılın belli dönemlerinde kış lastiği takılma zorunluluğu getirilmesi gibi örnekleri artırmak mümkündür.<sup>69</sup> Esasen kış lastiğinin bir kararname ile zorunlu hale getirilmesi, vatandaşlara hak ve hürriyetler bağlamında gereksiz bir yük getirmemektedir. Ancak Anayasanın koyduğu kuralın esnetilerek yürütmenin yasamanın yerine geçip OHAL ile ilgili olmayan bir hususu kararname ile düzenlenmesinin, kuvvetlerin tek bir elde toplanması gibi tehlikeli sonuçlara kapı aralayabileceği unutulmamalıdır. Konu dışı hükümler kararnamelere koyularak, temel hak ve hürriyetler sınırlanmasa dahi, kamu yararı veya düzeni gibi gerekçeler ile anayasanın bu kuralının ihlal edilmesine göz yumulmamalıdır. Zira bu kapı bir kez aralandığı takdirde, diğer iktidarlara keyfi bir şekilde bunu tekrarlamaları hususunda emsal oluşturulmuş olunacaktır.

<sup>68</sup> Bülent Tanör- Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Beta, Ankara, 2020, s. 432.

<sup>69</sup> Söz konusu hükümleri ihtiva eden mevzuat için Bkz.: 1 Eylül 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 674 sayılı KHK; 29 Ekim 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 676 sayılı KHK; 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede 684 sayılı KHK; 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK.

Kararnameler, Dünyanın pek çok yerinde olduğu gibi Türkiye’de de meclis tarafından onaylanmakta ve kanunlaşmaktadır. Kanunlaşmış olan söz konusu kararnameler, Anayasa Mahkemesince iptal edilinceye kadar ya da bir başka kanun ile yürürlükten kalkıncaya kadar etki doğurmaya devam etmektedir. Normalde beklenen, kararnamelerde OHAL sonrasına dair hiçbir hükme yer verilmemesidir. Böylece söz konusu tedbirleri ihtiva eden kararnameler kanunlaştıktan sonra dahi istisnai dönem bitince artık uygulanamaz hale gelmelidir. Zikredilen örneklerden de anlaşılacağı üzere 2016 sonrası çıkarılan pek çok kararnamede OHAL sonrasında da yürürlükte kalacak olan hükümler koyulmuştur. Türkiye’nin yanı sıra pek çok ülkede de bu sorunun yaşandığı, söz konusu kriz ile mücadele için çıkarılmış pek çok kararnamenin/kanunun hala uygulandığı görülmektedir. İngiltere’de “Defense Against Terrorism Acts, ABD’de PATRIOT Act olarak bilinen “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act” bunun en göze çarpan örneklerindendir.<sup>70</sup>

### 5. Kararnamelerin Yargısal Denetimi

İstisnai dönemlerde yasamanın etkisizliğinin demokrasi açısından telafi edilemez zararlar doğuracağı zikredildi. Bu noktada ayanın beyanı gibi olacak olsa da yargının etkisiz kılınmasının zararlarına da kısaca değinmek, ileriki başlıktaki model önermesi açısından faydalı olacaktır. Yargı organının, yürütmenin çıkaracağı istisnai dönem kararnamelerinin denetiminde rol oynamadığını düşünmek hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, kuvvetlerin birbirini fren ve denge içerisinde tutması gibi demokratik değerler ile asla bağdaşmamaktadır.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi, OHAL ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin (CBK) Anayasaya aykırılığını ne şekil ne de esas açısından inceleyememektedir (148/1). Bu denetim yasağı doktrinde hayli eleştirilmiştir.<sup>71</sup> Anayasa Mahkemesi’nin 1991 yılında verdiği kararla Mahkeme, OHAL KHK’larını denetlenebilmesine olanak tanımıştır. Bu denetimi yaparken öncelikle söz konusu OHAL KHK’larının, yalnızca OHAL süresince, OHAL ilan edilen yerlerde uygulanmak üzere ve OHAL’in gerekli kıldığı konularda çıkarılıp çıkarılmadığına bakmakta ve bir unsurda eksiklik olduğu takdirde denetim

<sup>70</sup> Ferejohn-Pasquino, “The Law of the Exception”, s. 219.

<sup>71</sup> Özbudun, 2020, s. 335-337; Soysal, Mümtaz, *Anayasanın Anlamı*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997, s. 231; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 226.

yapmaya kendini yetkili görmektedir.<sup>72</sup> Bu sayede Mahkeme, yürütmenin keyfi bir eyleminin olup olmadığını denetleme imkânına kavuşmuştur. Buna karşın 15 Temmuz ertesinde çıkarılan KHK'ların iptali için yapılan başvuruda Mahkeme, içtihadını değiştirmiş ve Anayasanın 6. maddesi bağlamında bir değerlendirme yapmıştır. "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" hükmünden hareketle, Anayasanın kendisine bahsetmediği bu yetkiyi kullanmaya tevessül edemeyeceğini beyan etmiştir.<sup>73</sup>

Kararnemelerin denetim yasağının Meclisin onayı ile son bulacağı bu noktada zikredilmelidir. Zira Meclisin onayı ile artık bir kanuna dönüşecek olan kararname, Anayasada söz edilen kararname kimliğinden arınarak kanun sıfatını haiz olacak ve olağan kanunların denetim usullerine tabi olacaktır.<sup>74</sup> Ancak Meclisin kararnameyi görüşmek için üç aya sahip olması, söz konusu kararnemenin yargısal denetimi önünde uzun sayılabilecek bir gecikmeye yol açmaktadır. Hakeza, kanunlaşmış kararnemelerin denetiminde Mahkeme'nin ivedi görüşme yükümlülüğünün olmaması, insan haklarını ihlal eden hükümlerin uygulanmasına yol açarak yıllar süren hak ihlallerine kapı aralamaktadır.<sup>75</sup>

### III. TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ YÖNETİM USULÜNÜN YENİDEN TASARLAMASI

İstisnai yönetim usullerinde yürütmeye geniş hareket alanı sağlayarak bürokratik engellemeleri ve yasamanın yavaşlığını aşma imkânı tanınması normal olsa da yürütmenin keyfilığe varmamasını sağlayacak şekilde bir sistemin kurgulanması gerekmektedir.

<sup>72</sup> "Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmayan olağanüstü hal KHK'leri, yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilân edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'lerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdırlar." Bkz. AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03/07/1991.

<sup>73</sup> AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 12/10/2016.

<sup>74</sup> Eren, 2020, s. 931-937; Taylan Barın, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'lerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 75, S. 2, 2020, s. 567-568.

<sup>75</sup> Yargının OHAL KHK'lerini denetleme hususunda geç devreye girmesi ile ilgili bir örnek vermek konunun daha net anlaşılmasını sağlayabilir. Örneğin, bir OHAL KHK'sinin bir hükmünün, OHAL'de bile dokunulamayacak olan çekirdek alana dokunduğu; söz konusu maddenin lafzında, bu maddenin uygulama kabiliyetinin sadece OHAL ile sınırlı olduğu varsayılınsın. Denetimin gecikmesi ve OHAL'in ortadan kalmasından sonra mahkemenin iptal talebini görüştüğü durumda, OHAL'in kalkması sebebiyle söz konusu maddenin uygulama kabiliyeti kalmadığı için Mahkemenin maddeyi iptal etmesi anlamsız olacaktır. Mahkemenin önündeki başvurunun konusuz kaldığını söylemek mümkündür. Mahkeme buna rağmen yine de bu hükmü iptal etmesi halinde ise iptal kararının geriye yürüme yasağından dolayı bu iptalin bir anlamı olmayacaktır.

tedir. Bu bağlamda, olağanüstü yönetim rejiminde bir anayasa değişikliği ile hangi reformların yapılması hususunda önerileri sıra içerisinde sunmakta fayda vardır.

### A. Olağanüstü Hal İlanı ve Siyasi Denetimi

Hukukumuzda, OHAL ilanı için herhangi bir makamdan ön izin alınmaya gerek olmadığını öncelikle belirtmek gerekir. Bir diğer ifade ile Cumhurbaşkanı bu konuda tek yetkili makamdır. Cumhurbaşkanının en fazla altı ay sürecek şekilde OHAL ilan etme yetkisi bulunmakta olup, söz konusu ilan aynı gün Meclis onayına gönderilmektedir. Meclisin de onayı ile OHAL'i, her defasında dört ay geçmeyecek şekilde uzatmak mümkündür (119/1-3). Bu noktada, 'sonradan/düzeltilici siyasi denetimin' mevcut olduğu görülmektedir.

OHAL'in ilan edilme sürecinin başlangıç aşamasında çoğulculuğu sağlayacak bir şekilde, Cumhurbaşkanı'nın OHAL ilan etmeden hemen önce, Anayasa Mahkemesi Başkanı, Meclis Başkanı ve Mecliste siyasi parti grubu olan parti başkanlarını davet edip danışarak OHAL'in ilan edilmesini şart koşmak düşünülebilir. Katılacak kişilerin gerek hukuki gerekse de siyasi makamları işgal ediyor olması, danışma sürecinin verimli olmasını sağlayacak bir husustur. Bu kişilerin verecekleri tavsiyeler ile OHAL sürecinin daha başlangıç aşamasında yönlendirmesi mümkün olabilecektir. Bu toplantı sonucu alınacak kararın, bağlayıcı olmasından ziyade danışma niteliğine sahip olması daha uygun olacaktır. Böyle bir danışmanın zamansal olarak bir gecikmeye yol açacağı bir gerçek olsa da bu konudaki eleştirileri haklı bulmak güçtür. Zira bu danışma eylemi, söz konusu kriz ortamını ve toplumu daha da yatıştırarak bir özelliğe sahiptir. Sonuç olarak OHAL ilanı üzerinde yapılan "sonradan/düzeltilici siyasi denetim", "önceden/önleyici siyasi denetim/görüş usulü de eklenmiş olacaktır.

OHAL ilanı kararının, Meclisteki siyasi denetimi safhasının esasen bir formaliteye dönüştüğünü zikretmek mümkündür. Zira parlamenter sistemlerde, sistemin doğası gereği yasama içinden çıkan yürütmenin göreve devam edebilmesi, yasama çoğunluğuna bağlıdır. Azınlık hükümetleri istisna olarak kabul edilirse, parlamenter sistemlerde yürütme her daim yasamaya da sayısal olarak hakimdir. Bu durum genellikle, yürütmenin OHAL ilanının meclis tarafından denetlenmeden onaylanması ile sonuçlanabilmektedir. Başkanlık sisteminde iki partili başkanlık sistemi ve çok partili başkanlık sistemi gibi bir ayırım yapar ve iki partinin hâkim olduğu ABD ayrık tutulursa,<sup>76</sup> devlet başkanlarının partisi mecliste çoğunluğu elde edemediğinde dahi

<sup>76</sup> ABD'de Başkan ile Senato ve Temsilciler Meclisi çoğunluğu sıklıkla farklı ekollerden oluşmaktadır. Örneğin Clinton'un son altı yılı, Obama ve Trump'ın son iki yılında Senato'nun çoğunluğu muhalif partilerden oluşmuştur.

diğer partiler ile ittifaklar yoluna giderek başkanın meclis desteği sağladığı görülmektedir. Bir diğer ifade ile çok partili başkanlık sisteminde de oldukça az görülen istisnalar dışında başkan, mecliste de çoğunluğun desteğine sahip olmaktadır. Başkanlık sistemine geçen Türkiye’de de Cumhurbaşkanı’nın partisi mecliste azınlıkta kalacak olsa da gerek seçim öncesi gerekse de seçim sonrası ittifaklar ile Meclis çoğunluğunun desteğini almaya çalışacağı beklenmektedir. Bu durumda, Cumhurbaşkanı’nın OHAL ilanını meclise göndermesinin bir ret ile sonuçlanmayacağı çıkarımı yapılabilir. Zira meclis desteğine sahip olan Cumhurbaşkanı’nın OHAL ilanı kararını, Meclisin reddetmesi pek olası değildir. Bu sebeple OHAL ilanının Mecliste onaylanmasında aranacak nisabın nitelikli çoğunluk olarak belirlenmesi akla getirilebilir. Ancak bu durumun, muhalefetin aşırı güçlendirilmesi gibi bir başka sorunu doğuracağı açıktır. Bu sebeple meclis üye tamsayısının salt çoğunluğu gibi makul görülecek bir nisap ile OHAL ilanının onayının gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır.

## B. Olağanüstü Hal İlanının Yargısal Denetimi

Yürütmenin yasama desteğini alması durumunda, esasen Anayasada belirtilen OHAL ilan sebepleri oluşmamasına rağmen yürütmenin OHAL ilan ederek siyasi güç devşirme gayretine girişme teşebbüsünde neler yapılacağı önemli bir konudur. Meclisin OHAL ilanını onaylaması bir parlamento kararı şeklinde yapılmaktadır. Hukukumuzda bu parlamento kararı, Anayasa Mahkemesi denetimine götürülememektedir. Benzer şekilde Cumhurbaşkanı’nın OHAL ilan kararı da idari bir işlem olmasına rağmen Danıştay’ın denetimine götürülse de; bu işlem Meclis onayından geçerek bir yasama işlemi haline geldiği için idari yargının denetim imkânı kalmayacaktır. Nitekim bu konuda Danıştay’ın daha önce görevsizlik kararı verdiği görülmüştür.<sup>77</sup>

OHAL ilanı üzerinde Mahkeme’nin denetim yasağının varlığı, yürütmenin OHAL ilanı kararında Anayasaya uygun davranacağı ile ilgili bir temenniden başka bir yolun olmadığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasaya aykırı bir şekilde ilan edilen ve onaylanan OHAL ilanını, eylemli içtüzük<sup>78</sup> olarak değer-

<sup>77</sup> Özbudun, 2020, s. 333.

<sup>78</sup> Anayasa Mahkemesi, ilk kez, Mecliste yapılan bir güven oylaması ile ilgili bu yönetime başvurmuştur. Oylamada anayasal nisaplara uyulmadığını tespit ederek esasen haklı bir kararlar söz konusu oylamayı ihtiva eden parlamento kararını eylemli içtüzük değişikliği olarak görmüş ve iptal etmiştir. AYM, E. 1996/19, K. 1996/13, 14/05/1996. Ancak aynı Mahkeme, 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçimindeki oylamada son derece siyasi saik ile itham edilebilecek bir eylem ile Cumhurbaşkanlığı oylamasını ihtiva eden parlamento kararını eylemli içtüzük değişikliği olarak görmüş ve iptal etmiştir. AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, 01/05/2007.

lendirerek denetleyebileceği yorumu yapılabilir. Ancak yargısal aktivizm ile sıklıkla anılan Mahkeme'nin<sup>79</sup> bu imkana kavuşmasını tehlikeli görmek de mümkündür. Zira getirilen bu imkân ile Mahkemenin, jüristokrasiyi egemen kılacak eylemlerde bulunması da mümkün hale gelebilecektir. Buna karşın yine de Anayasa Mahkemesi'nin devreye girmesi gerektiğini zikretmek gerekir. Bu noktada Mahkemenin denetiminin biçimi önem arz etmektedir. Öneri olarak, OHAL'in ilan edilmesi anında, ilandan sonraki her ay veya ilan edilen OHAL süresinin yarısına gelindiğinde, Anayasa Mahkemesi'nden söz konusu OHAL sebeplerinin hala devam edip etmediğinin değerlendirilmesinin yapılması istenebilir. Fransa'da da mevcut olan bu usul ile Türkiye'de, Anayasa Mahkemesi'ne siyasi, güvenlik, tıbbi, ekonomik veya askeri sebepler ile ilan edilen OHAL'in sebeplerinin devam edip etmediğini, başvuru üzerine veya re'sen kontrol etme yetkisinin verilmesi düşünülebilir. Ancak bu durum da başka bir tartışmayı doğurmaktadır. OHAL ilan sebepleri siyasi bir karar olup, uzmanlık alanı bu olmayan Mahkemeye böylesi bir yetkinin verilmesi ne derece doğru olacaktır? Keza, Mahkemenin OHAL ilanı sebeplerinin bittiği hususunda vereceği bir kararın yanlış olması durumunda, bunun bedelini Mahkeme değil yürütme ödemek zorunda kalacaktır. Bir başka açıdan bakılırsa, Mahkeme üyelerinin ideolojik yaklaşarak yürütmeyi zor durumda bırakması ve devamı gerekirken istisnai hali bitiren bir karar vermesi söz konusu olabilir. Bu sebeple Mahkeme'ye bu yetkinin bağlayıcı olmayacak şekilde verilmesi de ayrıca düşünülebilir. Her ne kadar Mahkemenin kararı bağlayıcı olmayacak olsa da Mahkeme, yürütme üzerinde siyasi, hukuki ve toplumsal bir baskı aracına dönüşürülecek bir araç elde etmiş olacaktır.

### C. Olağanüstü Halin Süresi ve Uzatılması

OHAL süresinin uzunluğuna Cumhurbaşkanı karar vermekte ancak Meclis, önüne gelen ilan kararında bunu değiştirme imkânına sahip bulunmaktadır. Daha önce de zikredildiği üzere dünyanın farklı coğrafyalarında, yürütmenin elde ettiği güçten kaynaklı olarak sürekli OHAL'i 'keyfi' biçimde uzattığı yaygın bir şekilde gözlemlenmektedir.

OHAL'in uzatılmasında keyfiliğin engellenebilmesi için 'artan oranlarda yenileme nisabının' belirlenmesi düşünülebilir.<sup>80</sup> Şöyle ki OHAL ilanının süresinin

<sup>79</sup> Mahkemenin 1960'dan bugüne kadar vermiş olduğu kararları yargısal aktivizm çerçevesinde incelemek için Bkz. Yusuf Ş. Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin, Ankara, 2009.

<sup>80</sup> Ackerman, "The Emergency Constitution", s. 1047-1048.



bitiminde yürütmenin OHAL'i devam ettirme arzusu içinde olması durumunda, bu uzatma talebinin Mecliste daha yüksek bir nisap ile kabul edilmesi şartı getirilebilir. Örneğin ilk süre uzatımında 5/6, ikinci uzatmada 3/5, üçüncü uzatmada 2/3, devam eden uzatmalarda ise 3/4 gibi nisaplar aranarak Meclisin daha aktif bir şekilde sürece katılması sağlanabilir. Ancak bu gibi hükümler, küçük partilere anahtar rol yüklemekte ve sistemi tıkama gibi bir güç vermektedir.<sup>81</sup> Ayrıca unutulmamalıdır ki Türkiye'de terör veya şiddet içeren sokak olaylarının, darbe ve darbe teşebbüslerinin sıklığı, ortalama bir Avrupa ülkesine göre fark edilirderecede yüksektir.<sup>82</sup> Bu sebeple, OHAL ilanı süresini veya uzatma sürelerini 10-20 günlük süreler ile sınırlamak ve süre uzatımı için ilk uzatmadan başlayarak artan oranda yenilme nisabı zorunluluğu getirmek, OHAL'in gereklerinin ortadan kalkmadan OHAL'in kaldırılmasına yol açabilecektir. Bunun yerine, OHAL'in hayatımızda olağanlaşmaması için, ikinci veya üçüncü yenilenmesi sırasında başlayacak şekilde artan oranlarda yenileme nisabı belirlenmesinin daha makul olacağı zikredilebilir.

OHAL süresinin uzatılması ile alakalı bir uygulamadan daha bahsetmek gerekmektedir. Fransa'da sağlık sebebiyle ilan edilecek OHAL ile sınırlı olmak üzere getirilen bu uygulama ile OHAL süresinin uzatımı kararından önce Bilim İnsanları Komitesi'nin görüşü alınması gerekmektedir.<sup>83</sup> Söz konusu uygulamayı net bir çözüm olarak görmek mümkün değildir. Ancak süre uzatımı kararının görüşten sonra yapılacak olmasını, bilim insanlarının sürece dahil edilmesi bağlamında değerlendirerek olumlu görmek gerekmektedir. Böylece siyasi kararların bilimselleşmesi yönünde bir adım atılmış olunacaktır.

---

<sup>81</sup> ABD'nin kurucu babalarından Hamilton'un da belirttiği üzere bütün güç çoğunluğa verildiğinde azınlığa zulmedilir; bütün güç azınlığa verildiğinde ise çoğunluğa zulmedilir. Bu sebeple, her ikisine de kendini koruyacak kadar güç verilmelidir ki kimse kimseyi ötekileştirmeden ölçülü ve yapıcı bir şekilde çalışabilsin. Bkz. Winton. U. Solberg, *The Federal Convention and the Formation of the Union of the United States*, Bobbs-Merrill, New York, 1958, s. 145.

<sup>82</sup> Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana 27 Mayıs 1960 ile 12 Eylül 1980 darbeleri; 21 Ekim 1961, 22 Şubat 1962, 20 Mayıs 1963, 20 Mayıs 1969, 15 Temmuz 2016 tarihli askeri darbe teşebbüsleri ve ayaklanmaları; 9 Mart 1971, 27 Aralık 1979, 28 Şubat 1997, 27 Nisan 2007 tarihli askeri muhtıralar ile karşılaşmıştır. Terör kaynaklı 40 binin üzerindeki can kaybı ile 1970'lerdeki sokak olayları da düşünülünce Türkiye'nin, oldukça ciddi beka problemleri ile karşı karşıya kalan bir ülke olduğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>83</sup> Fransa'da Bilim İnsanları Komitesi adı altında, hükümete salgının seyri, alınması gereken tedbirlerin niteliği hususunda görüş ve düzenli rapor sunma yetkileri haiz bir yapı kurulmuştur. Bkz. Şirin, "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi", s. 1031-1032.

#### **D. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Denetimi ve Kararnamelerin Yürürlük Süresi**

Üzerinde reform gerektiren bir diğer husus ise OHAL süresince çıkarılan CBK'lardır. Mevcut sistemde, CBK'lar Resmî Gazete'de yayımlandığı gibi Meclisin onayına gönderilmektedir. Kararnamelerin kabul nisabının meclis üye tam sayısının salt çoğunluğu olarak belirlenmesi, az da olsa siyasi denetim safhasını etkin kılacaktır.

Meclis onayına gönderilen CBK'nın İttüzük hükümlerine göre üç ay gibi uzun sayılabilecek bir süre içinde Meclisten onay alması gerekmektedir. Sürenin aşılması durumunda CBK'lar kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır. Bilindiği üzere meclis çoğunluğu, meclis gündemini belirleme hakkını da elinde tutmaktadır. Hangi hususun öncelikli konuşulacağını belirleme yetkisine sahip olan meclis çoğunluğu, verilen bu üç aylık süreyi sonuna kadar kullanarak siyasi denetimi geciktirme imkanına da sahiptir. CBK'nın Mecliste kanunlaşana kadar Anayasa Mahkemesi'nin denetimine giremeyeceği kuralından hareketle, yargısal denetim de en az üç ay gecikmesi söz konusudur. Bu sebeple, Meclisin CBK'ları denetlemede öngörülen sürenin kısaltılması akla gelen ilk tedbir olarak düşünülebilir. Nasıl ki yürütme günler ile ifade edilen bir süre zarfında, yüzlerce maddeden oluşan bir CBK'yı çıkarıp uygulamaya koyabiliyorsa, Meclisin de kısa bir süre zarfında bunu inceleyip kanunlaştırmasına imkân tanınması sağlanabilir. Bu sayede yargısal denetimin önü daha hızlı açılmış olacaktır. Örneğin, yürürlüğe derhal giren CBK'nın, Mecliste bir hafta veya on gün gibi kısa bir sürede görüşülerek kanunlaşması sağlanabilir. Ancak bu durum, üzerine ciddi bir şekilde eğilmeyi gerektiren bir hususta, üstün körü kabul edilebilecek bir Meclis denetiminin gerçekleştirilmesine yol açabilecektir. Tam da bu noktada ikinci yol ile bu sorunun aşılabilmesi düşünülebilir. Meclisin kısa süren denetimi ile kanunlaşan CBK'nın, başvuruya gerek duyulmadan, re'sen Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesinin önü açılmalıdır.

Mevcut sistemde, Anayasa Mahkemesine tanınmış olan kanunlaşmış CBK'yı inceleme yetkisinde, bir süre sınırlamasının olmadığı görülmektedir. Bu durum da olası bir Anayasaya aykırı olan hükmün aylarca yürürlükte kalmasına yol açabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin çalışma usulünün düzenlendiği kanun ve İttüzükte CBK'lar ile ilgili ivedilikle incelenmesi yönünde bir ibare bulunmamaktadır. Mahkeme gündeminin Başkan tarafından belirlenmesi kuralı sayesinde Başkan'ın inisiyatifini ile söz konusu OHAL CBK'sının incelenmesi öne çekilebilecektir. Ancak böylesi bir kural yerine, 'CBK'ların' ivedilikle incelenmesi

gereken bir norm olarak kabul edilmesi yönünde Anayasaya veya kanuna hüküm koyulması yerinde olacaktır. Ayrıca Meclisin OHAL CBK'sını onaylamasını takiben, re'sen Mahkemenin önüne gelecek olan CBK'nın incelenmesinde, Mahkemeye oldukça sınırlı bir zaman verilmesi de düşünülebilir. Örneğin bu süre, bir hafta veya on gün gibi kısa olabilir. Her ne kadar hukukumuzda yargı organlarının gerekçesiz karar açıklamaması kuralı uygulanmıyor olsa da açık bir istisnai hüküm ile Mahkeme'ye, gerekçesini daha sonradan açıklamak kaydıyla kararını açıklamada dar tutulmuş bu süre verilebilir. Ancak bu durum, yukarıda zikredilen Meclis onayının kısa sürmesinin oluşturacağı olumsuz etkinin, aynen Mahkeme safhasında da yaşanmasına yol açabilecektir. Mahkeme'nin bu kadar kısa sürede böyle önemli bir konuda bir kaniya varması elbette zor olacaktır. Bu noktada, yarar ve zararları tartarak karar vermek gerekecektir. Hızlı bir denetimin doğuracağı zararlar mı, yoksa denetimin hızlı olması sayesinde hak ve hürriyet ihlallerinin en aza indirilmesinin yararları mı fazla olduğu iyi hesap edilmelidir. Aynı değerlendirme bu sorular tersten sorarak da yapılmalıdır.

Esasen Mahkemeye denetim için verilen kısa sürenin bir diğer yan etkisi daha mevcuttur. Bazen normlar yürürlüğe girip uygulama kabiliyetine kavuştuktan belirli bir süre sonra anayasaya aykırılığı fark edilebilmektedir.<sup>84</sup> Mecliste kabul edilip re'sen Mahkemenin denetimine giren OHAL CBK'sı, henüz kısa bir süreliğine uygulamada olduğu için veya Mahkemeye denetim için kısa bir süre verildiği için Anayasaya aykırılığının tespiti net görülemeyebilir. Bu olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması için kanunlaşan OHAL CBK'ların Mahkemede ilk denetiminden sonra bir kez daha soyut norm denetimine tabi tutulmasının önünün açılması düşünülebilir. CBK hükmünün uygulanması ile Anayasaya herhangi bir aykırılığın ortaya çıkması halinde Mahkemeye, OHAL süresinin bir sonraki uzatımında veya her uzatımında geçmiş CBK'ların bir kez daha denetleyebilmesi imkânı verilebilir. Elbette ki başvuruya göre değil de Mahkeme'nin takdiri halinde bu inceleme yapılarak, Mahkeme'nin gereksiz olabilecek bir iş yükünün altına girmesi de önlenebilecektir. Bu noktada, somut norm denetimi varken neden Mahkeme'ye ikinci kez soyut norm denetimi yapma yetkisi verildiği akla gelebilir. Bilindiği üzere bir kanunun ya da kanunlaşmış CBK'nın somut norm denetimi ile Mahkeme önünde incelenmesi oldukça uzun kabul edilebilecek bir zaman sonra yapılabilir. Nitekim somut norm denetiminde, kanunlaşan bir OHAL kararnamesinin ilgili hükmünün açılmış olan bir davada uy-

<sup>84</sup> Bir ülkede 'sadece' önleyici denetim olmamalı, önleyici denetim varsa buna ilaveten düzeltici norm denetiminin de mutlaka olması gerekir mantığının altında da bu anlayış yatmaktadır.

gulanıyor olması ve talep veya re'sen hâkimin bir Anayasaya aykırılık iddiasına kanaat getirmesi ve konuyu Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi şeklinde uzayan bir süreç bulunmaktadır. Hukukumuzda Anayasaya aykırı olmasına rağmen, henüz düzeltilmeyen veya somut norm denetimi ile Mahkemenin önüne henüz gitmemiş pek çok kanun vardır. Uygulama ile ortaya çıkan aykırılığın tespitini, tamamen somut norm denetiminden beklemektense; Mahkeme'nin inisiyatifini ile ikinci kez soyut norm denetimi sonrasında somut norm denetimine imkân tanımının daha uygun olacağı söylenebilir.

Mahkeme'nin iki kez soyut norm denetimi yapması uygulamasına başka bir alternatif de düşünülebilir. Mahkeme, Mecliste kanunlaşan kararnameyle ilgili yukarıda zikredilen bir hafta veya 10 gün gibi kısa bir süre zarfında bir hüküm vermek yerine bu süre içerisinde "yürütmeyi durdurma kararı" verme ile yetkilendirilebilir. Yapılacak düzenleme ile Mahkeme, ilk incelemede yürütmeyi durdurmaya karar vererek olası hak kayıplarını önleme imkânı elde etmiş olacaktır. Ayrıca bir hafta veya 10 gün gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde oldukça hacimli olabilecek kararnamenin geçerliliği ile ilgili nihai kararını vermek zorunda olmayacaktır. Ancak böyle bir çözüm seçildiğinde, Mahkeme'ye kararnameyle ilgili nihai kararını açıklaması için kısa sayılabilecek, örneğin birkaç ay ile sınırlandırılmış bir süre verilmesi düşünülebilir.

OHAL döneminde, yürütmenin OHAL kanunu ve CBK'larının nasıl uyguladığının bir başka yol ile daha siyasi denetimden geçirilmesi düşünülebilir. Bu bağlamda bir meclis araştırma veya gözetim komisyonu kurulup bu komisyonu geniş yetkiler ile donatmak akla gelen öneridir. Ancak bu komisyonun işlevselliğinin korunması için en azından komisyon başkanlığının muhalefete verilip eşit temsil ile iktidar-muhalefet dengesi sağlanabilir veya muhalefete komisyonda çoğunluk verilerek muhalefet daha da öne çıkarabilir.<sup>85</sup> Her ne kadar muhalefetin aşırı güçlendirilmesi veya komisyonda çoğunluğa sahip muhalefetin siyasi saikler ile hareket edebilmesi gibi bir ihtimal olsa da bu tür araştırma komisyonlarının bağlayıcı-icrai karar alabilme yetkileri olmadığından, bu öneriyi makul addetmek mümkündür.<sup>86</sup> Bu tür komisyonlar sahip oldukları yetkilerden ve

<sup>85</sup> Ackerman, "The Emergency Constitution", s. 1051.

<sup>86</sup> Abdurrahman Tekin, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü*, 12 Levha, İstanbul, 2019, s. 275-285; Başkanlık sistemlerinde iktidar veya ana muhalefet partisi gibi kavramlar yoktur. Yukarıda zikredilen muhalefet kavramını, devlet başkanı seçimlerinde (veya seçimlerin ilk turunda) seçilen kişiyi desteklememiş olan en fazla üyeye sahip siyasi parti olarak addetmek mümkündür.

komisyondakilerin milletin temsilcisi olma sıfatlarından dolayı kamuoyuna ve Meclise hakikati bildirme gibi önemli bir görevi icra ettiği unutulmamalıdır.

CBK'lar ile ilgili son olarak, bunların istisnai bir normatif üretim aracı olduğunun netleştirilmesi gerektiğinin altı çizilmelidir. CBK'ların olağan kanunlarda değişiklik yapması veya OHAL bitiminde dahi yürürlükte kalacak hükümlerinin olması gibi sorunlar ile karşılaşmaktadır.<sup>87</sup> Bu sorun, CBK'ya bir yürürlük maddesi konularak kararnamenin, OHAL'in bitiminde kendiliğinden yürürlükten kalkacağı düzenlenerek çözüme kavuşturulabilir. Ancak olması gerekenin bu olmasına rağmen, yürütmenin bunu tercih etmediği gözlemlenmektedir. Bu sebeple Anayasaya, OHAL döneminde çıkarılan CBK'ların, OHAL'in bitimi ile kendiliğinden yürürlükten kalkacağına dair bir hüküm koyulması düşünülebilir; ya da bir geçiş rejimi öngörülerek, Almanya'daki gibi bu soruna yaklaşılabilir. Schweitzer'in de belirttiği üzere Almanya'da çıkarılan OHAL kararnameleri ve yasalar OHAL'in bitiminden altı ay sonra yürürlükten kalkmaktadır.<sup>88</sup>

#### E. Olağanüstü Hal Sürecinin Bilimselleştirilmesi

Olağanüstü hallerde, sürecin siyasi ve yargısal ayağına yönelik önerilere ilaveten bir diğer öneriyi de bu sürecin bilimsellik içerisinde yürütülmesi hususunda vermek gerekir. Bilindiği üzere COVID 19 küresel pandemisinde, Sağlık Bakanlığının çağrısı ile alanında uzmanlaşmış seçkin doktorların davet edilmesi ile Bilim Kurulu kurulmuştur. Pandemi sürecinde Türkiye'de OHAL ilan edilmeden teşekkül eden bu Kurulun, siyasileri yönlendirici etkileri olduğu gözlemlenmiştir. Bu kurulun, OHAL'siz geçirilen bu pandemi dönemindeki etkilerinden hareketle; OHAL dönemleri için zorunlu şekilde teşekkül edecek bir yapı haline dönüştürülmesi akla gelmektedir. Bir diğer ifade ile ülkede bir salgın olması durumunda eğer OHAL ilan edilirse, anayasal veya kanuni dayanağı olan ve yer yer icrai yetkiler ile donatılmış bir Kurulun seçilmesi, bu sürecin bilim eşliğinde yürütülmesini sağlayacaktır. Kurulun düzenli toplantılar yaparak siyasilere tavsiyeler vermesi, toplumu düzenli aralıklar ile bilgilendirmesi, çıkartılan CBK'larda görüşlerine başvurulması düşünülebilir. OHAL dönemlerinde kurulması zorunlu olacak bu kurulların kararlarının bağlayıcı olmaması, bu yapıları bir nebze işlevsizleştirecektir. Ancak bu durumu çok da eleştirmemek gerekir. Zira alınan kararların tıbbi olduğu kadar, ekonomik ve siyasi sonucu da olaca-

<sup>87</sup> Özbudun, 2020, s. 337.

<sup>88</sup> C. C. Schweitzer, "Emergency Powers in the Federal Republic of Germany", *The Western Political Quarterly*, C. 22, S. 1, 1969, s. 112-121.

ğından ve alınan kararların siyasi bedellerini de hekimlerin değil siyasilerin ödeyeceğinden dolayı Kurul kararlarının bağlayıcı olmasını beklemek doğru olmayacaktır.

Tam da bu noktada, OHAL ilan çeşitlerinin her birinde, Sağlık Bilim Kurulu gibi bir kurulun kurulmasının mecbur tutulması Anayasa ve/veya OHAL kanununda düzenlenebilir. Salgın sebebiyle ilan edilecek OHAL’de teşekkül edecek Bilim Kurulu’na ilaveten, örneğin, ekonomik kriz sebebiyle ilan edilen OHAL’de, ekonomist, iktisatçı, işletmeci, hukukçu, işçi ve işveren sendika temsilcileri gibi kişilerden teşekkül edecek bir kurulun kurulması da düşünülebilir. Bu sayede yürütme, siyasi hiyerarşisi altında olmayan kişilerden görüş alarak süreci daha bilimsel yöntemler ile ilerletme imkanına kavuşabilecektir. Zira kriz ortamında siyasilerin danışmanları ve bürokratları, belli yönlendirmeleri yapmak hususunda siyasi veya makamsal saikler ile geri durabilmektedirler. Ancak işin uzmanı olacak olan bilim insanlarının, bilimsel ölçütlerden hareketle önerilerini sunmakta bir ikilem yaşamayacağı beklenmektedir, en azından umulmaktadır. Kurul toplantılarının düzenli aralıklarla icra edilmesi, çıkarılacak kararnameler hususunda mutlaka kurula danışılma zorunluluğunun getirilmesi, kurul raporlarının kamu ile şeffaf bir şekilde paylaşılması gibi kanuni düzenlemeler getirilerek, kriz ortamından daha güçlü bir şekilde çıkış sağlanabilecektir.

## SONUÇ

Tarihsel süreç incelendiğinde, mutlak egemenlik temelinde tasvir edilen yönetim anlayışı ile egemen olanın da anayasa başta olmak üzere hukuk ve birey hakları ile sınırlandırılması fikri arasındaki mücadelenin varlığı göze çarpmaktadır. Bu mücadele, klasik egemenlik anlayışının, bölünmüş ve hukuk ile bağlı olan egemenlik anlayışına dönüşümü ile sonuçlanmıştır. Bir diğer deyişle, varlığı kendinden menkul kutsal devlet anlayışından, insan haklarını önceleyen, birey odaklı, meşruiyetini halktan alan devlet yönetimi anlayışına yönelim gerçekleşmiştir.<sup>89</sup> Bireyi önceleyen, ‘İnsanı yaşat ki devlet yaşasın’ felsefesi, yakın yüzyıllarda modern liberal devletlerin temel hareket noktası haline gelmiştir. Günümüzde düzenin, huzurun ve güvenliğin temel dayanağı olan devletin varlığının, insanın rahat ve huzuru ile doğru orantılı olduğu anlaşılması ve insanın odak alındığı hukuk sistemleri kurgulanmıştır. Hatta, devletin istisnai/zor dönemlerde dahi insanların hak ve hürriyetlerini yok saymaması gerektiği anlayışı

<sup>89</sup> Hasan T. Göksu, “Egemenlik ve Siyasal İktidar Perspektifinde Anayasacılık ve Anayasa”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2011, s. 340-345.

yerleşmiştir. Yaşanan bu dönüşüm ile devletlerin sıklıkla karşılaştığı istisnai dönemlerde neler yapacağını hukuk tarafından belirlenmesi ve hukukun çizdiği sınırlarda kalınarak bu durumlardan çıkılması gerektiği anlaşılmıştır. Günümüz modern devletin yeni kimliği, olağanüstü dönemlerde dahi hukuka bağlılık ve liberal düzen ile tasvir edilmeye başlanmıştır.

Egemenliğin paylaşılmış olduğu liberal demokrasilerde bu dönemlerde yürütmenin artan yetkilerini dengeleyecek unsurların olması gerekmektedir. Evvela yasama organlarının sürece aktif bir şekilde katılımı temin edilmelidir. Yasama organının gerek OHAL ilanını gerekse de OHAL için alınan tedbirler ve çıkarılan kararnamelerin hukukiliğini, siyasi açıdan etkin bir şekilde denetleyebilmesi sağlanmalıdır.

Yürütmenin yasama çoğunluğunu genellikle elde etmesi sebebiyle kuvvetler ayrılığı ve kuvvetlerin birbirini dengeleme araçlarına yeni bir boyut kazandırılması ihtiyacı hasıl olmuştur. Günümüzde kuvvetler ayrılığı değil, partilerin ayrılığının sağlanması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile yasama yürütme ayrılığı ve dengesi yerine iktidar ve muhalefet ayrılığı ve iktidar muhalefet dengesi sağlanmalıdır.<sup>90</sup> Yasama organına bahsedilecek bir yürütmeyi denetim aracının, esasen yürütmenin eline geçebileceği düşünülerek bu imkânın işlevsizleşmesi temin edilmelidir. Çoğulculuğun gereği olarak yasamada, bu tür önemli konularda muhalefetin de denklemin içinde kalacağı bir hukuki altyapının hazırlanması daha iyi olacaktır. Muhalefeti sürece dahil etmek için OHAL ilanı ve CBK'ların oylanmasında basit çoğunluğun aranmaması akla gelmektedir. Buna ilaveten, OHAL süresinin uzatımında artan oranda kabul nisabı getirilebilir. Ayrıca OHAL'i denetleme amacıyla meclis araştırma komisyonlarının kurulması zorunlu tutulabilir ve hatta kurulacak olan bu komisyonlarda muhalefete pozitif ayrımcılık yapılabilir. Bu ve bunun gibi tedbirler ile toplumun tüm renklerinin bir arada görülebildiği tek siyasi yapı olan meclisler daha çoğulcu bir şekilde bu sürece dahil olabileceklerdir.

Yargı organının OHAL işlemleri üzerindeki denetiminin de etkinleştirilmesi gerekmektedir. Evvela OHAL ilanında veya süre uzatımında Anayasa Mahkemesinin görüşünün alınması faydalı olacaktır. Kararnameler hususunda ise Mahkemenin ivedi inceleyeceği normların belirlenmesi ve OHAL CBK'larının bu listeye alınması denetimin etkinleştirilmesini sağlayacaktır. Mahkemenin CBK'ı

<sup>90</sup> Daryl J. Levinson - Richard H. Pildes, "Separation of Parties, Not Powers", *Harvard Law Review*, C. 119, S. 1, 2006, s. 2311.

incelemesinde ivedi inceleme usulü getirilip bir süre sınırlaması belirlenerek söz konusu anayasa aykırılığın hızlı bir şekilde tespit edilebilmesi mümkün hale getirilebilir. Böylece Mahkemenin, Anayasayı ve hukuku koruyucu işlevi sayesinde yürütmenin bu kriz dönemlerindeki sis ortamından hukukun rehberliğinde çıkması temin edilebilecektir.

İlan edilecek OHAL'in türüne göre bilim kurulu teşekkül edilmesinin kurala bağlanması da düşünülmelidir. Düzenli aralıklar ile toplanan; kamuya, yasama-ya ve yürütmeye yönelik düzenli raporlar sunan; belirli işlemlerde görüşlerinin alınması zorunlu kılınan bir yapının teşkili ile hukuki sürecin bilimsellik içerisinde icra edilmesine katkı sağlanacaktır.

Bahsedilen tüm bu hususlar, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin daha etkin bir şekilde korunmasına ve kuvvetler arası dengenin bozulmasının minimuma indirilmesine katkı sağlayacaktır.



**KAYNAKÇA**

- ACKERMAN, Bruce, "The Emergency Constitution", *Yale Law Journal*, C. 113, 2004, s. 1029-1091.
- AGAMBEN, Giorgio, *State of Exception. (Çev. Kevin Attell)*, The University of Chicago Press, Chicago 2003.
- ANAYURT, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin, Ankara 2020.
- BARIN, Taylan, "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması ve Sınırlanması Arasında: Kanunlaşan OHAL KHK'larının Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 75, S. 2, 2020.
- BRENNEN Center for Justice, 2020, [brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use](https://brennancenter.org/our-work/research-reports/guide-emergency-powers-and-their-use), (05/05/2021).
- BROOKS, Samantha K. vd. "The Psychological Impact of Quarantine and How to Reduce It: Rapid Review of the Evidence". *Lancet*, C. 395, 2020, s. 912-920.
- COMTE, Raphael, "State of Emergency: Proportionality Issues Concerning Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights", <https://pace.coe.int/en/files/24505>, (18.18.2020), 2018.
- ECHR, "Derogation in Time of Emergency", [https://www.echr.coe.int/documents/fs\\_derogation\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/fs_derogation_eng.pdf), (21.09.2020), 2020.
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Seçkin, Ankara, 2020.
- ERTAŞ, Türker, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler*, Seçkin, Ankara 2018.
- ESEN, Selin, *Olağanüstü Hal Rejimi*, Adalet, Ankara 2008.
- FATAVIC, Clement - Kleinerman, Benjamin A., *Introduction: Extra-Legal Measures and the Problem of Legitimacy. Extra-Legal Power and Legitimacy*. (Ed. Clement Fatavic / Benjamin A. Kleinerman), Oxford University Press, New York, 2013.
- FATOVIC, Clement, *Outside the Law Emergency and Executive Power*. The Johns Hopkins University Press, Baltimore 2009.
- FENDOĞLU, Hasan T., "Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Kavramı ve Bu Konuda İleri Sürülen Teoriler". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 5, 1992, s. 179-203.
- FEREJOHN John - Pasquino, Pasquale, "The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers". *I.CON*, C. 2, S. 2, 2004, s. 210-239.
- FISHER, Sydney G., "The Suspension of Habeas Corpus during the War of the Rebellion", *Political Science Quarterly*, 1888, s. 454-488.

- FOMBAD, Charles M., "Cameroon's Emergency Powers: A Recipe for (Un)Constitutional Dictatorship?". *Journal of African Law*, C. 48, S. 1, 2004, s. 62-81.
- GÖKSU, Hasan T., "Egemenlik ve Siyasal İktidar Perspektifinde Anayasacılık ve Anayasa". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2011, s. 339-358.
- GROSS, Oren / AOLÁIN, Fionnuala N., *Law in Times of Crisis in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- GROSSMAN, Claudio, *States of Emergency: Latin America and the United States. Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad*. (Ed. L. Henkin ve A. J. Rosenthal), Cambridge University Press, Cambridge 1990.
- HAKYEMEZ, Yusuf Ş., *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, Yetkin, Ankara 2009.
- <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, (20.10.2020).
- İŞİK, Sever, "İmtiyaz ve İstisna: Locke ve Schmitt'te Yasa, Egemen ve Olağanüstü Hâl". *Mukaddime*, C. 10, S. 1, 2019, s. 335-354.
- KEITH, Linda C. / Poe, Steven C., "Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration", *Human Rights Quarterly*, C. 26, S. 4, 2004, s. 1071-1097.
- KHAKEE, Anna, "Securing Democracy? A Comparative Analysis of Emergency Powers in Europe", [www.dcaf.ch/publications](http://www.dcaf.ch/publications), (28.10.2020), 2009.
- KUZU, Burhan, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, Kazancı, İstanbul, 1993.
- LEVINSON, DARYL J. - Pildes, Richard H., "Separation of Parties, Not Powers". *Harvard Law Review*, Cilt: 119(1), Yıl: 2006, s. 2311-2386.
- MADISON, James, Federalist Papers No. 51. <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-51>, (15.10.2020), 1787.
- MUTAVI, Anna - ZAMAN, Maniza - Olajide, Demola, "Fighting the 'Shadow Pandemic' of Violence against Women & Children during COVID-19", <https://www.un.org/afri-carenewal/web-features/coronavirus/fighting-'shadow-pandemic'-violence-against-women-children-during-covid-19>, (15.10.2020), 2020.
- NARTER, Recep - KAYA, Semih. B. *Olağanüstü Hal Rejimi: Alacakaranlıkta Yönetim*, Yetkin, Ankara 2020.
- NEOCLEOUS, Mark, *Critique of Security*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2008.
- NIZKOR, Equipo, Question of Human Rights and States of Emergency, [hrlibrary.umn.edu/demo/HumanRightsandStatesofEmergency\\_Despouy.pdf](http://hrlibrary.umn.edu/demo/HumanRightsandStatesofEmergency_Despouy.pdf), (26.09.2020), 1997.

- OHCHR, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers. [https://resourcecentre.savethechildren.net/node/11357/pdf/human\\_rights\\_training\\_manual.pdf](https://resourcecentre.savethechildren.net/node/11357/pdf/human_rights_training_manual.pdf), (26.07.2020), 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.
- PRASSO, Sheridan, China's Divorce Spike is a Warning to Rest of Locked-Down World. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-31/divorces-spike-in-china-after-coronavirus-quarantines>, (21.10.2020), 2020.
- ROSSITER, Clinton L., **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**, Read Books, Alcester, 1948.
- SAJO, Andras, **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999.
- SCHWEITZER, C. C., "Emergency Powers in the Federal Republic of Germany", **The Western Political Quarterly**, C. 22, S. 1, 1969, s. 112-121.
- SCHMITT, Carl, **Political Theory. (Çev. George Schwab)**. The University of Chicago Press, Chicago 1985.
- SCHMITT, Carl, **The Concept of the Political, (Çev. George Schwab)**, The University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- SEVER, Çiğdem, Olağanüstü Hal: Hukuk Sisteminin Karadeligi mi?, [law.atilim.edu.tr/shares/personel/413/Ohal%20karadelik%20yazi%20hali.doc](http://law.atilim.edu.tr/shares/personel/413/Ohal%20karadelik%20yazi%20hali.doc), (15.08.2020), 2011.
- SHEERAN, Scott P. "Reconceptualizing States of Emergency under International Human Rights Law Theory, Legal Doctrine, and Politics". **Michigan Journal of International Law**, C. 34, 2013, s. 491-557.
- SOLBERG, Winton. U., **The Federal Convention and the Formation of the Union of the United States**. Bobbs-Merrill, New York, 1958.
- SOLUTA, Jose A., "On the Alternative Approach to the Judicial Review of Emergency Power Cases", **Philippine Law Journal**, C. 50, S. 4, 1975, s. 484-510.
- SOYSAL, Mümtaz, **Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1997.
- ŞİRİN, Memduh Cemil, "Fransa'da COVID-19 ile Mücadele Kapsamında Ulusal Düzeyde Alınan Kolluk Tedbirlerinin Hukuki Rejimi: İlk İzlenimler", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 78, S. 2, 2020.
- TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1994.
- TANÖR, Bülent - Yüzbaşıoğlu, Necmi, **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, 20. Baskı, Beta, Ankara, 2020.

- TEKİN, Abdurrahman, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü*, 12 Levha, İstanbul, 2019.
- TUSSEAU, Guillaume, "The Concept of Constitutional Emergency Power: A Theoretical and Comparative Approach". *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, C. 97, S. 4, 2011, s. 498-530.
- TÜRMOB, "Uluslararası Doğrudan Yatırımlar Raporu", turmob.org.tr/ekutuphane/detailPdf/7a2c4eee-a11b-4cd2-9b15-a8c88d3b0684/turmob-uluslararasi-dogrudan-yatirimlar-raporu, (18.10.2020), 2017.
- TYLER, Amanda L., "Suspension as an Emergency Power". *Yale Law Journal*, C. 118, S. 4, 2009, s. 600-695.
- VAUCHEZ, Stephanie H., "The State of Emergency in France: Days Without End?". *European Constitutional Law Review*, C. 14, 2018, s. 700-720.
- VILE, Maurice J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund, Indianapolis 1998.
- YILMAZ, Sibel, "İstisna Hali" Üzerinden bir Egemenlik Kavramı Tartışması". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 132, 2017, s. 383-410.

#### Yargı Kararları

- The Greek Case, 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67, 1969.
- Lawless/Ireland 332/57, 1961.
- Ireland/The United Kingdom, 5310/71, 1978.
- Aksoy/Turkey, 21987/93, 1996.
- AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03/07/1991.
- AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, 12/10/2016.
- AYM, E. 1996/19, K. 1996/13, 14/05/1996.
- AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, 01/05/2007.

# İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ VE DÜNYA MİRASININ KORUNMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan ÖZKERİM GÜNER<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

İklim değişikliğinin doğal ve insan kaynaklı nedenleri bulunmaktadır. Özellikle sanayi devrimi ile birlikte insan faaliyetlerinin iklim sistemi üzerindeki olumsuz etkisi artmış ve iklim değişikliği 21. yy'ın en önemli problemlerinden biri olarak uluslararası toplumun gündemine dahil olmuştur. İklim değişikliği, insan haklarından (yaşam, sağlık, temiz gıda ve suya ulaşım, barınma hakları gibi) göç ve güvenlik politikalarına, devletlerin egemenlik haklarından ülke sınırlarının değişmesine kadar uluslararası hukukun birçok alanına konu olmaktadır. Her ne kadar sıklıkla dile getirilmese de iklim değişikliğinin kültürel ve doğal miraslar üzerinde de etkisi bulunmaktadır. Aşırı sıcak hava, ani sağanak yağmurlar, sert rüzgarlar, seller ve iklim değişikliğine bağlı ani diğer tüm olaylar, kültürel ve doğal mirasları olumsuz etkilemekte, aşınmalara, kararmalara neden olmakta, bu varlıkları yok olma tehlikesine sokmaktadır. Makalede iklim değişikliği ile kültürel ve doğal mirasın korunması alanlarına ait hukuksal araçlar arasında bağlantı var mı sorusuna cevap aranacaktır. Bu hususa ilişkin görüşler, raporlar ve çözüm önerileri aktarılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İklim Değişikliği, Kültürel ve Doğal Miras, IPCC, UNESCO, UNFCCC.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02/08/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 18/10/2021.

Atıf Şekli: Neslihan Özkerim Güner, "İklim Değişikliği ve Dünya Mirasının Korunması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 263-288.

<sup>(\*\*)</sup> Çankırı Karatekin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Çankırı, Türkiye.

E-posta: av.neslihanozkerim@windowslive.com.

Orcid: 0000-0001-8130-9461.

# CLIMATE CHANGE AND THE PROTECTION OF WORLD HERITAGE

## ABSTRACT

Climate change has natural and anthropological reasons. Especially with the industrial revolution, the negative impact of human activities on the climate system has increased and climate change has been included in the agenda of the international community as one of the most important problems of the 21st century. Climate change is the subject of many areas of international law, from human rights (such as life, health, access to clean food and water, housing rights) to migration and security policies, from the sovereign rights of states to the change of country borders. Although it is not often mentioned, climate change also has an impact on cultural and natural heritage. Extremely hot weather, sudden torrential rains, strong winds, floods and all other sudden events due to climate change negatively affect cultural and natural heritages, cause erosion and darkening, and put these assets in danger of extinction. The paper will seek an answer to the question of whether there is a link between climate change law and legal instruments in the fields of cultural and natural heritage conservation law. Opinions, reports and solution suggestions regarding this issue will be conveyed.

**Keywords:** Climate Change, Cultural and Natural Heritage, IPCC, UNESCO, UNFCCC.

## GİRİŞ

İklim değişikliğinin tanımı Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesinin<sup>1</sup> (*United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*) 1/2. maddesinde yapılmıştır. Buna göre iklim değişikliği:

*“karşılaştırılabilir zaman dilimlerinde gözlenen doğal iklim değişikliğine ek olarak, doğrudan veya dolaylı olarak küresel atmosferin bileşimini bozan insan faaliyetleri sonucunda iklimde oluşan bir değişiklik demektir”*

Özellikle sanayileşmenin hızlanması ile birlikte insanın iklim değişikliği üzerindeki etkileri artmıştır. Bu husus Hükümetlerarası İklim Değişikliği Paneli (International Panel on Climate Change- IPCC)<sup>2</sup>, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (United Nations Development Programme- UNDP)<sup>3</sup>, Stern Review<sup>4</sup> Raporlarında on yıllardır dile getirilmektedir. İklim değişikliğinin olumsuz sonuçları sağlıktan tarıma, ekonomiden eğitime, toplumsal cinsiyetten göçe, güvenlikten insan haklarına kadar bir çok alanı etkilemektedir. Dolayısıyla hukuk alanında da iklim değişikliğinin etkileri tartışılmakta, iklim değişikliğinin olumsuz sonuçlarının durdurulması ve iklim değişikliğine uyum sağlanması için yıllardır birçok uluslararası düzenleme yapılmaktadır. İklim değişikliği hususunda devletlerin sorumlulukları gündeme gelmekte ve özellikle çevre hukukuna hakim olan ilkelere uygulanmasıyla da çözüm üretilmeye çalışılmaktadır. İklim değişikliğinin uluslararası hukuk alanında başlattığı ilk tartışmalar sınır aşan çevre zararlarının önlenmesine ilişkindir. Temel haklara erişim, iklim mültecileri, güvenlik, ülke sınırlarının iklim değişimine bağlı değişimi de uluslararası hukukta güncel ve sıklıkla dile getirilen sorun alanlarıdır. Tüm bu tartışmalardan bağımsız olmayan diğer bir konu da iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkisidir. Her ne

<sup>1</sup> 1992 yılında kabul edilen Sözleşme, 1994 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye 24.05.2004 tarihi itibarıyla Sözleşmeye taraftır. <https://iklim.csb.gov.tr/birlesmis-milletler-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-4362> (05.10.2021).

<sup>2</sup> IPCC, *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, (Ed.) Solomon, S., D. vd. Cambridge University Press, Cambridge and New York, 2007.; IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Masson-Delmotte, V. vd. (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

<sup>3</sup> UNDP, *Goal 13: Climate Action*, <https://www.tr.undp.org/content/turkey/en/home/sustainable-development-goals/goal-13-climate-action.html> (05.10.2021).

<sup>4</sup> Martin L. WEITZMAN, “A Review of the Stern Review on the Economics of Climate Change”, *Journal of Economic Literature*, C. XLV, September 2007, s. 704 vd.

kadar bu konu, uluslararası toplumun gündemine 2005 yılında Dünya Mirası Komitesine verilen dilekçe ile resmi olarak girse de problem daha eski tarihlere dayanmaktadır.

Makalenin amacı dünya mirasının korunmasını amaçlayan hukuksal düzenlemeler ile iklim değişikliği hukuku arasındaki bağlantı ve bunların yukarıda belirtilen sorun alanlarına etkilerini incelemektir. Çalışma 3 bölüme ayrılmıştır. Öncelikle dünya mirası kavramı ve dünya mirasını korumayı amaçlayan uluslararası düzenlemeler incelenecektir. Daha sonra konunun Dünya Miras Komitesinin gündemine gelişi ve Komitenin bu husustaki çalışmaları ele alınacaktır. Son olarak da ile iklim değişikliği hukuku çerçevesindeki düzenlemeler başta olmak üzere diğer uluslararası sözleşmelerin uygulanabilirliği aktarılacaktır.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA DÜNYA MİRASININ KORUNMASI

Dünya mirasının korunması hem insanlığın geçmişle kurduğu bağ, manevi değerler ve ekonomik nedenler bakımından önemlidir; hem de varlığın bozulmadan korunarak gelecek nesillere aktarılması bakımından şimdiki nesillerin gelecek nesillere borcudur.<sup>5</sup> Dünya mirasının barış zamanında korunması ile ilgili Birleşmiş Milletler Eğitim Bilim ve Kültür Örgütü (*United Nations Educational Scientific and Cultural Organization - UNESCO*) ve Uluslararası Anıtlar ve Sitler Konseyinin (*International Council on Monuments and Sites - ICOMOS*) çabaları ile 1972 Dünya Doğal ve Kültür Mirasının Korunması Sözleşmesi hazırlanmış; Sözleşme, 1975 yılında yürürlüğe girmiştir.<sup>6</sup> Sözleşmeye 2021 yılı itibarıyla 194 devlet taraftır. Taraf devlet sayısı dikkate alındığında Sözleşmenin

<sup>5</sup> Serap Akipek, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 2-15. Kültürel varlıkların korunması gerektiği düşüncesi ilk olarak silahlı çatışmalar esnasında ortaya çıkmıştır. Bu husustaki ilk düzenlemeler 1907 Lahey Sözleşmesine dayanmaktadır. Ancak daha sonra 1954 Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunmasına Dair Sözleşme ile özel bir düzenleme yapılmıştır. Hague Conventions of 1907, the laws and customs of war (Convention IV, with annexes and regulations, which develops Convention II of 1899 and cases of military occupation), m.23(g). Ayrıntılı bilgileri için bkz: Şeyda Türkay Kahraman, *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunması*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 32 vd.; La Haye’de 14 Mayıs 1954 tarihinde imzalanan “Silahlı bir çatışma halinde kültür mallarının korunmasına dair Sözleşme” ile bu Sözleşmenin tatbikatına ait tüzük, protokol ve kararlara katılmamızın uygun bulunduğu hakkında Kanun 02.04.1965 te kabul edilmiş, 10. 04.1965 tarih ve 11976 sayılı R.G.’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>6</sup> “Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme” Türkiye tarafından 23.05.1982 tarihinde onaylanmış; 14.02.1983 tarih ve 17959 sayılı RG’de yayınlanmıştır.; Ayrıca bkz: <https://whc.unesco.org/en/statesparties/> (01.07.2021). Sözleşme kısaca Dünya Mirası Sözleşmesi olarak anılacaktır.



evrensel nitelikte kabul gördüğü aşıkardır. Sözleşmede kültür ve dünya mirasları kavramları açıklanmıştır. Sözleşmenin ikinci bölümünde dünya mirasının korunması için devletlerin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Sözleşme ile Dünya Miras Komitesi ve Dünya Kültürel ve Doğal Mirasını Koruma Fonu kurulmuştur.

Sözleşmenin ilk iki maddesinde doğal ve kültürel miras kavramlarının tanımını yapmaktadır. Buna göre doğal miras;

*“Estetik veya bilimsel açıdan istisnâ evrensel değeri olan, fiziksel ve biyolojik oluşumlardan veya bu tür oluşum topluluklarından müteşekkil doğal anıtlar.*

*Bilim veya muhafaza açısından istisnâ evrensel değeri olan jeolojik ve fizyografik oluşumlar ve tükenme tehdidi altındaki hayvan ve bitki türlerinin yetiştiği kesinlikle belirlenmiş alanlar,*

*Bilim, muhafaza veya doğal güzellik açısından istisnâ evrensel değeri olan doğal sitler veya kesinlikle belirlenmiş doğal alanlar.”*

Kültürel miras ise;

*“Anıtlar: Tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değerdeki mimari eserler, heykel ve resim alanındaki şaheserler, arkeolojik nitelikte eleman veya yapılar, kitabeler, mağaralar ve eleman birleşimleri.*

*Yapı toplulukları: Mimarileri, uyumlulukları veya arazi üzerindeki yerleri nedeniyle tarih, sanat veya bilim açısından istisnâ evrensel değere sahip ayrı veya birleşik yapı toplulukları.*

*Sitler: Tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnâ evrensel değeri olan insan ürünü eserler veya doğa ve insanın ortak eserleri ve arkeolojik sitleri kapsayan alanlar”dır.*

Tanımlarda da görüleceği gibi doğal veya kültürel miras sıfatına sahip olabilmesi için varlığın *“istisnai evrensel değer”* niteliği taşıması gerekmektedir. İstisnai evrensel değerden ne anlaşılması gerektiği ve bu husustaki kriterler de Dünya Mirası Sözleşmesinin Uygulama Yönetmeliğinde belirtilmiştir.<sup>7</sup> Uygulama Yönetmeliği periyodik olarak güncellenmekte ve buradaki kriterlere göre dünya

<sup>7</sup> Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention, WHC.19/01 10 July 2019, <https://whc.unesco.org/en/guidelines/> (01.07.2021). Bundan sonra Uygulama Yönetmeliği olarak atıf yapılacaktır.

mirası listesi ve tehlike altındaki dünya mirası listesi oluşturulmaktadır. Yönetmeliğe göre istisnai evrensel değer; ulusal sınırları aşacak ve şimdiki ve gelecek nesiller için korumayı gerektirecek kadar kültürel ve doğal öneme sahip anlamına gelir.<sup>8</sup> Bu nedenle bu mirasın korunması gerekir. Yine Yönetmeliğin 77-78. paragraflarında üstün istisnai evrensel değere sahip olmanın kriterleri 10 maddede belirtilmiştir.<sup>9</sup> Buradaki kriterlerden 1 ve 6 arasındakiler kültürel miras, 7 ve 10 arasındakiler ise doğal miras için belirlenmiştir. Kriterleri karşılayan varlıklar Sözleşmenin 11. maddesine göre Dünya Mirası Listesine kaydedilmektedir.

Listede yer alan dünya miraslarından üstün istisnai değer özelliğini kaybetme riski taşıyanlar, uluslararası toplumun dikkatini çekmek ve bu varlıkların korunması için özel çaba harcanması amacıyla Tehlike Altındaki Dünya Mirasları Listesine kaydedilir. Uygulama Yönetmeliğinin 177-191. paragrafları arasında ise Tehlike Altındaki Dünya Mirası Listesi kriterleri düzenlenmiştir. Dünya Mirası Sözleşmesinin devam eden maddelerinde ise devletlerin sorumluluğu, Dünya Miras Komitesi, Dünya Mirasını Koruma Fonu ve uluslararası yardımlaşma hususları düzenlenmiştir.

1972 Dünya Mirası Sözleşmesinden sonra özel nitelik taşıyan kültür varlıklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan en önemlileri

<sup>8</sup> Uygulama Yönetmeliği, prg. 49.

<sup>9</sup> Bunlar: "1. İnsanoğlunun yaratıcı dehasını gösteren bir başyapıt olması; 2. Şehir planlaması veya peyzaj düzenlemesi, anıtsal sanatlar, mimari veya teknoloji alanlarındaki gelişmeler üzerinde, dünyanın belli bir kültür alanı veya zaman dilimi içerisinde, kayda değer bir insani değer etkileşimi sergilemesi; 3. Yaşayan veya yok olmuş bir medeniyete ya da bir kültürel geleneğe ait eşsiz veya üstün bir tanıklık teşkil etmesi; 4. İnsanlık tarihinin belli dönemi veya dönemlerini gösteren, üstün bir bina çeşidi, mimari veya teknolojik bütün veya tabiat örneği olması; 5. Geleneksel insan yerleşiminin, bir kültür veya kültürlerle has kara veya deniz kullanımına veya özellikle de geri döndürülemez değişimlerin etkisi altında savunmasız hale gelen doğayla insan etkileşimine üstün bir örnek olması; 6. Üstün evrensel değere sahip yaşayan gelenekler veya etkinliklerle, fikirler veya inançlarla, sanatsal veya edebi çalışmalarla doğrudan veya somut bir şekilde bağlantılı olması (Komite bu kriterin tercihen başka bir kriterle birlikte kullanılmasını öngörmektedir); 7. Üstün doğal fenomene veya üstün doğal güzelliğe ve estetik öneme sahip alanları içermesi; 8. İlk yaşam kaydı, arazi şekillerinin gelişmesinde süregelen önemli jeolojik süreçler veya önemli jeomorfik veya fizyografik özellikler de dâhil olmak üzere, dünya tarihinin ana aşamalarını temsil edecek nitelikte üstün örnekler olması; 9. Karada, tatlı suda, kıyasal ve denizsel ekosistemlerde, bitki ve hayvan topluluklarında süregelen ekolojik ve biyolojik sürece ve gelişimine üstün örnek teşkil etmesi; 10. Bilim açısından veya değerlendirmesinden üstün evrensel değere sahip olan ve tehdit altındaki türler de dâhil olmak üzere, biyolojik çeşitliliğin yerinde korunması için en önemli ve kayda değer doğal ortamları içermesi." Bkz: <https://www.unesco.org.tr/Pages/149/44> (17.06.2021).

2001 tarihli Sualtı Kültür Mirasının Korunması Sözleşmesi<sup>10</sup> ve 2003 tarihli Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesidir.<sup>11</sup> 2001 tarihli Sözleşmede sualtı kültür mirası:

*“en az yüz yıldır kısmen ya da tamamen, periyodik ya da sürekli olarak su altında bulunan; kültürel, tarihi ya da arkeolojik mahiyeti olan insan kalıntıları anlamına gelmektedir, aşağıdakiler gibi: (i) arkeolojik ve doğal çevreleri ile birlikte ören yerleri, yapılar, binalar, eserler ve insan eliyle yapılmış kalıntılar; (ii) arkeolojik ve doğal çevreleri ile birlikte deniz araçları, hava araçları, diğer araçlar ya da bunların yüklerinin veya diğer muhteviyatının herhangi bir kısmı; ve (iii) tarih öncesi özellikler taşıyan nesnelere.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin amacı sualtındaki kültür miraslarının öncelikle *in situ* (yerinde) korunmasını sağlamak için devletlerin işbirliği yapmasını ve uluslararası hukuk kurallarına uymalarını sağlamaktır. 2003 tarihli Sözleşmeye göre somut olmayan kültürel miras:

*“toplulukların, grupların ve kimi durumlarda bireylerin, kültürel miraslarının bir parçası olarak tanımladıkları uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler, beceriler ve bunlara ilişkin araçlar, gereçler ve kültürel mekanlar- anlamına gelir.”*

Sözleşmeye göre kültürel mirasın nesilden nesile aktarımını sağlayan gelenek ve anlatımlar, gösteri sanatları, ritüel, şölen, uygulama ve el sanatları somut olmayan kültürel miras olarak kabul edilir. Somut olmayan kültürel mirasların özelliği toplumun kimliğini yansıtması, kültürün devamlılığını ve kültürel çeşitliliği sağlamalarıdır.

İklim değişikliği, dünya miraslarını farklı şekillerde etkilemektedir. Dünya Miras Komitesinin kararı doğrultusunda 2007 yılında hazırlanan İklim Değişikliğinin Kültürel Varlıklar Üzerindeki Etkilerine İlişkin Raporda bu konu ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.<sup>12</sup> İklim değişikliği nedeniyle özellikle kutup bölgeleri başta

<sup>10</sup> 2001 Sualtı Kültür Mirasının Korunması Sözleşmesi, 2 Kasım 2001, Paris.

<sup>11</sup> Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun 19.01.2006 tarihinde uygun bulunmuş 20.01.2006 tarihinde RG’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>12</sup> UNESCO World Heritage Centre, *Report on Predicting and Managing the Impacts of Climate Change on World Heritage*, 2007, <https://whc.unesco.org/en/climatechange/> (25.06.2021), s. 23-32. Ayrıca bkz: Peter Brimblecombe, “Refining climate change threats to heritage”. *Journal of the Institute of Conservation*, C. 37, S. 2, 2014, s. 86-91.

olmak üzere dağlardaki buzul ve kar örtülerinin eridiği, sıcaklık ve atmosferdeki sera gazı miktarının artması nedeniyle doğrudan ve dolaylı olarak bitki ve hayvanların etkilendiği, ekosistemlerin değiştiği, mercan resiflerinin zarar gördüğü, bitki türlerinin büyüme süresinin uzadığı, istilacı türlerin baskınlaştığı, biyolojik çeşitliliğin azaldığı raporlanmıştır. Sonuç olarak iklim değişikliği doğrudan ya da dolaylı olarak doğal mirasın yok olmasına ya da istisnai evrensel değer niteliğini kaybetmesine sebep olmaktadır.

Yine aynı belgede iklim değişikliği nedeniyle arkeolojik kazılarda bulunan kalıntıların pH değerinin değiştiği, kültür varlıklarının yüzeylelerinin aşındığı, sel baskınları nedeniyle özelliklerini yitirdiği, organik maddelerin istilacı türlerin saldırısına maruz kaldığı, malzemelerin karardığı, ani donma ve çözülme nedeniyle hasar gördüğü, rüzgarla taşınan suların yapıları bozduğu, iç mekanlardaki kültürel varlıkların nemlenmeye bağlı restore edilemeyecek kadar zarar gördüğü belirtilmiştir.<sup>13</sup>

İklim değişikliği sadece somut kültürel miras üzerinde değil somut olmayan kültürel miras üzerinde de etkilidir. İklim değişikliğine bağlı olarak kitlesel göçler meydana gelmektedir. 2050 yılına kadar elliye yakın küçük adanın yok olacağı, bir milyondan fazla insanın da yerinden edileceği öngörülmektedir.<sup>14</sup> Göç sebebiyle grup üyelerinin farklı yerlere dağılması; şölenlerin, toplumsal ritüellerin tekrar edilmemesine, dansların, müziklerin unutulmasına, dillerin kullanılmama sonucu yok olmasına neden olmaktadır.<sup>15</sup> El sanatlarında kullanılan materyallerin iklim değişikliği nedeniyle yok olması bunların devam ettirilmesini de imkansız kılmaktadır.<sup>16</sup> Ayrıca yerli halklar yaşam alanlarının tahrip olması nedeniyle toplumsal pratiklerini uygulayamamakta, yaşayış biçimlerini değiştirmek zorunda kalmaktadır.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> UNESCO World Heritage Centre, 2007, prg. 37-38.

<sup>14</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: <https://www.ecowatch.com/climate-refugee-2050-2647788456.html> (21.06.2021).

<sup>15</sup> Hee-Eun Kim, "Changing Climate, Changing Culture: Adding the Climate Change Dimension to the Protection of Intangible Cultural Heritage". *International Journal of Cultural Property*, 2011, 18, s. 263.

<sup>16</sup> Decision 7.COM 8.3 (The Intergovernmental Committee for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage).

<sup>17</sup> Federico Lenzerini, "Protecting the Tangible, Safeguarding the Intangible: A Same Conventional Model for Different Needs". *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, (Ed.) S. v. Schorlemer ve S. Maus, PL Research Academy, Frankfurt, 2014, s. 154-158.

İklim değişikliği sualtındaki doğal ve kültürel mirası da etkilemektedir. Bazı bölgelerde buzulların erimesi sonucunda suların yükselmesi, bazı bölgelerde artan sıcaklık nedeniyle suların çekilmesi, deniz kirliliği, deniz suyundaki asit oranının artması sualtı ekosistemine, biyolojik çeşitliliğe ve kültürel mirasa zarar vermektedir.<sup>18</sup> Eğer bu konuda önlem alınmazsa yakın gelecekte sualtındaki mirasın tamamının yok olma tehlikesi altında olduğu belirtilmektedir.<sup>19</sup>

Dünya mirası listesinden silinme ise Uygulama Yönetmeliğinin 192 ve devamındaki paragraflarında açıklanmıştır. Buna göre dünya mirası listesine kaydedilmiş ya da aday gösterilmiş olan varlığın istisnai evrensel değeri insan davranışları ile tehdit ediliyor ve bu hususta ilgili devlet gerekli önlemleri almıyorsa varlık, Dünya Mirası listesinden silinir. Dolayısıyla, dünya mirası niteliğindeki varlık, iklim değişikliği nedeniyle zarar görmesi sonucunda sahip olduğu statüyü kaybedebilir. Bu nedenle gerek uluslararası toplum gerekse devletler iklim değişikliği ile mücadele kapsamında dünya mirasının korunması hususunu özel olarak gündemlerine almalıdır.

## II. İKLİM DEĞİŞİKLİĞİNİN DÜNYA MİRASI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ KONUSUNUN DÜNYA MİRAS KOMİTESİNİN GÜNDEMİNE GELİŞİ

Dünya Miras Komitesi, 1972 Dünya Mirası Sözleşmesinin 3. bölümünde düzenlenmiştir. Komitenin amacı istisnai evrensel değere sahip olan dünya miraslarını korumaktır.<sup>20</sup> Komitenin, bu amaca binaen iki temel görevi bulunur: Dünya Mirası Listesi ve Tehlike Altındaki Dünya Mirasları Listesinin oluşturulması.<sup>21</sup> İklim değişikliği nedeniyle dünya miraslarının koruma altına alınması hususu Dünya Miras Komitesinin gündemine ilk kez resmi olarak 2005 tarihinde taşınmıştır.

2005 yılında Dünya Mirasları Komitesine verilen dilekçede, özellikle iklim değişikliği nedeniyle tehlike altında olan dört kültür mirasına dikkat çekmiştir. Bun-

<sup>18</sup> Albert Hafner ve Christopher J. Underwood, "Introduction to the Impact of Climate Change on Underwater Cultural Heritage and the Decade of Ocean Science for Sustainable Development 2021-2030." *Heritage Under Water at Risk, Threats, Challenges and Risks*, (Ed.) A. Hafner, H. Öniç, L. Semaan, ve C. Underwood, ICOMOS ve ICUCB, Bern, 2020, s. 123 vd.

<sup>19</sup> D. Harkin vd., "Impacts of climate change on cultural heritage". *MCCIP Science Review*, 2020 s. 624-627.; Ayrıca iklim değişikliğinin denizlerdeki etkisi nedeniyle dünya mirasları yok olurken yeni mirasların da ortaya çıkması nedeniyle cevaplanması gereken etik bir sorun alanının olduğu belirtilmektedir., Elena Perez - Alvaro, "Climate Change and Underwater Cultural Heritage: Impacts and Challenges". *Journal of Cultural Heritage*, C. 21, 2016, s. 848.

<sup>20</sup> Dünya Mirası Sözleşmesi, m.8.

<sup>21</sup> Dünya Mirası Sözleşmesi, m.11.

lar: Sagarmanta Ulusal Parkı (Nepal), Huascarian Ulusal Parkı (Peru), Belize Set Resifi (Belize) ve Büyük Set Resifi (Avustralya). İklim değişikliği nedeniyle bu alanların tehlike altında olduğu ve Tehlike Altındaki Dünya Mirası Listesine girme talebi Komiteye iletilmiştir. Bunun üzerine Komite, Sözleşmeye taraf devletlerin iklim değişikliği nedeniyle kendi ülkelerindeki mevcut riskleri araştırmalarına, bu sorunla başa çıkılması için strateji planı oluşturulmasına ve rapor hazırlanmasına karar vermiştir.<sup>22</sup> 2006 yılındaki toplantıda ise Dünya Mirası Sözleşmesine raporlama, kapasite geliştirme ve izlemenin dahil edilmesi gerektiğine, özellikle gelişmemiş devletlerdeki dünya miraslarının korunması için pilot projeler geliştirilmesine karar verilmiştir. Ayrıca uluslararası dayanışmanın önemine vurgu yapılarak, IPCC Raporlarında dünya mirası bölümünün eklenmesi ve iklim değişikliği ile dünya mirası sözleşmeleri arasında ilişkinin kurulması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Son olarak ise Tehlike Altındaki Dünya Mirası Listesinin iklim değişikliğinin de dikkate alınarak gözden geçirilmesinin önemi belirtilmiştir.<sup>23</sup>

Bu gelişmeler sonucunda, Dünya Mirası Sözleşmesine Taraf Devletler Genel Kurulu konuyu gündemine almış; Dünya Miras Komitesinin çağrısı üzerine hazırlanan *Politika Belgesi (Policy Document on the Impact of Climate Change on World Heritage)*, *Rapor (Predicting and Managing the Impact of Climate Change on World Heritage)* ve *Strateji Belgesini (Strategy to assist State Parties to implement appropriate Management Responses)* benimsediğini belirterek, taraf devletleri IPCC, UNFCCC ve Dünya Miras Komitesi ile birlikte çalışmaya davet etmiştir.<sup>24</sup>

2008 tarihinde Dünya Miras Komitesi, Dünya Mirası Sözleşmesinin Uygulama Yönetmeliğinde gerekli değişikliklerin yapılarak Tehlike Altındaki Mirasların iklim değişikliğini içerecek şekilde güncellenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>25</sup> 2009 yılında yapılan toplantıda da Dünya Mirasında Afet Riskini Azaltma (*Strategy for Disaster Risk Reduction at World Heritage*) ile ilgili Rapor hazırlanması istenmiştir.<sup>26</sup> 2015 yılında alınan Kararda, Paris İklim Antlaşmasının görüşüldüğü UNFCCC Taraflar Konferansı 21'e (*Conference of the Parties- COP 21*) Dünya Mirası Sözleşmelerine taraf devletlerin katılımının ve bu hususun Konferansta

<sup>22</sup> 29 COM 7b, Durban, 2005, Dünya Miras Komitesi toplantı ve kararları için bkz: <https://whc.unesco.org/en/sessions/?pattern=&year=&location=> (26.06.2021).

<sup>23</sup> 30 COM 11, Villius, 2006.

<sup>24</sup> WHC-07/16 GA 10, Paris, 2007.

<sup>25</sup> 32 COM 7A., Quebec City, 2008.

<sup>26</sup> 33 COM 7C, Seville, 2009.

dile getirilmesinin önemi belirtilmiştir.<sup>27</sup> Ertesi yıl İstanbul'da düzenlenen Toplantıda da IPCC ve UNFCCC ile taraf devletlerin birlikte çalışmasının önemi belirtilerek, IPCC Raporlarında iklim değişikliğinin dünya mirasları üzerindeki etkisinin eklenmesi hususunda çalışma yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir.<sup>28</sup> Ayrıca yukarıda belirtilen *Politika Belgesinin* de periyodik olarak gözden geçirilmesi ve yeni teknolojilerin eklenmesi talep edilmiştir.<sup>29</sup>

2017 yılındaki toplantıda ise iklim değişikliğinin mercan resifleri üzerindeki etkilerine dikkat çekilmiştir. İklim değişikliğinin evrensel istisnai değerler üzerindeki etkisinin belirlenmesi ve bu husustaki kriterlerin gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Toplantıda bütün taraf devletler, Paris İklim Antlaşmasını imzalamaya ve devletlerin ortak ama farklılaşmış sorumlulukları ilkesinin uygulanmasına davet edilmiştir.<sup>30</sup> UNESCO'nun *İklim Değişikliği Eylem Stratejisi (Strategy for Action on Climate Change)* Kararına<sup>31</sup> da vurgu yapılarak tüm devletlerin dünya mirası üzerindeki risklerin azaltılması için gerekli önlemleri alması gerektiği belirtilmiştir.<sup>32</sup> 2017 yılında ise iklim değişikliğinin evrensel istisnai değerler ve dünya mirası üzerindeki etkileri ile Paris İklim Antlaşması ve UNFCCC'nin uygulanması konusundaki öneme tekrar vurgu yapılmıştır.<sup>33</sup> Son olarak Komitenin 2019 yılındaki kararında devletlerin bu hususta dayanışmasının önemine dikkat çekilmiştir.<sup>34</sup>

Özetle, iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkisi 2005 yılında Dünya Miras Komitesinin gündemine girmiş ve o tarihten itibaren yapılan her toplantıda bu hususa ilişkin çalışma yapılması ve yapılan çalışmaların yeni teknolojiler dikkate alınarak güncellenmesi gerektiği belirtilmiştir. Komite kararları birlikte değerlendirildiğinde sonuç olarak, sorunun çözümü için uluslararası kuruluşlar ve devletlerin ortaklaşa ve dayanışma içinde çalışmasının önemi belirtilmektedir. Dünya Mirası Sözleşmesine neredeyse bütün devletlerin<sup>35</sup> taraf olması bakımından Dünya Miras Komitesinde alınan kararlar önemli bir yere sahiptir. Bu kararlar bağla-

---

<sup>27</sup> 39 COM 7, Bonn, 2015.

<sup>28</sup> 40 COM 7, İstanbul, 2016.

<sup>29</sup> 40 COM 7, s. 10.

<sup>30</sup> 41 COM 7, Krakow, 2017.

<sup>31</sup> UNESCO, 2017/EX/dec/5.1.B.

<sup>32</sup> 41 COM 7, prg. 23.

<sup>33</sup> 42 COM 7, Manama, 2018, prg. 29 vd.

<sup>34</sup> 43 COM 7.2, Bakü, 2019.

<sup>35</sup> <https://whc.unesco.org/en/statesparties/> (05.10.2021).

yıcı olmayıp tavsiye niteliğinde olsalar dahi uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının ortaya çıkmasına katkıda bulunmakta ya da var olan bir kuralın ispatını sağlamaktadırlar.<sup>36</sup> Nitekim devletlerin çoğunun temsil edilerek alınan kararlarda *opinio juris*'in (davranışın bir hukuki zorunluluk tescil ettiği kanaati) oluşabileceği tartışılmaktadır.<sup>37</sup> Her ne kadar bazı devletler<sup>38</sup> iklim değişikliği sözleşmelerine taraf olmasa da Dünya Mirası Sözleşmesine taraf oldukları için Komite tarafından alınan kararları dikkate almak zorundadırlar. Komite kararları ile bu hususa ilişkin iki önemli belge kabul edilmiştir. Bunlar yukarıda Dünya Miras Komitesi Kararlarında da adı geçen *Rapor* ve *Strateji*dir.

### A. Dünya Miras Komitesi Belgeleri

2005 tarihli Dünya Miras Komitesi Kararında iklim değişikliğinin dünya mirasları üzerindeki etkisi ve bununla mücadeleye ilişkin rapor ve strateji hazırlanması istenmiştir.<sup>39</sup> Bunun üzerine 2006'da Vilnius'ta toplanan Komiteye *Rapor* ve *Strateji* hazırlanarak sunulmuştur.<sup>40</sup>

Raporda temel olarak iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkileri, Dünya Mirası Sözleşmesinin bu hususta uygulanabilirliği, diğer uluslararası antlaşmaların işlevi, kurumlar arası ortak mekanizmanın kurulabilirliği ve iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkileri ile mücadele etme yöntemleri tartışılmıştır.<sup>41</sup>

Doğal miraslar ve kültürel miraslar ayrı başlıklar altında değerlendirilip özellikle son elli yılda insan etkisi ile iklim değişikliğinin hızlandığı, bunun da dünya mirasları üzerinde doğrudan ve dolaylı etkileri olduğu belirtilmiştir. Raporunda örnek olaylara da yer verilmiştir. İspanya'da bulunan Donana Ulusal Parkında su kullanımının artışı nedeniyle en az yüz bitki çeşidinin iklim değişikliğine bağlı yok olduğu; Güney

<sup>36</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 136.

<sup>37</sup> Ramses A. Wessel ve Steven Blockmans, "The Legal Status and Influence of Decisions of International Organisations and Other Bodies in the European Union" Research Paper in Law, *European Legal Studies*, 2014, s. 5.

<sup>38</sup> [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en) (05.10.2021). Dünya Mirası Sözleşmesine taraf olup Paris İklim Değişikliği Antlaşmasını onaylamamış devletlere Libya, Yemen, Eritre, İran ve Irak örnek verilebilir.

<sup>39</sup> 29 COM 7B.a.

<sup>40</sup> Document WHC-07/16.GA/10 adopted by the 16th General Assembly of States Parties to the World Heritage Convention (October 2007).

<sup>41</sup> Raporun devletler açısından bağlayıcılığı yoktur; ancak sorunun ortaya konulması ve çözüm önerileri içermesi bakımından önemi bulunmaktadır. Raporunda adı geçen antlaşmalar ve kurumlara çalışmanın son bölümünde yer verilmiştir.



Afrika’da bulunan Cape Floristik Bölgesinde en büyük tehdidin bitki çeşitliliğinin azalması olduğu belirtilmiştir. Yine Nepal’de bulunan Sagarmanta Ulusal Parkı ve Peru’daki Huascarian Ulusal Parkında da dağdaki ekosistemin karların erimesi ve sellerin artması neticesinde bozulduğu belirtilmiştir. Avustralya’da bulunan ve deniz ekosistemi bakımından dünya mirası sayılan Büyük Set Resifinde de mercanların 1998-2002 yılları arasında yüzde 65-90 arasında iklim değişikliğinden etkilenildiği raporlanmıştır. İklim değişikliğinin kültürel varlıklar üzerindeki etkisine örnek olarak da Kanada Yukon bölgesindeki sanatsal yapıların, Londra’da bulunan Westminster Sarayı, Westminster Katedrali, Saint Margaret Kilisesi, Londra Kulesinin ve Greenwich Denizcilik alanının ve Moritanya’da bulunan Chinguetti Caminin iklim değişikliğinden doğrudan etkilendiğine dikkat çekilmiştir.<sup>42</sup> İklim değişikliğinin kültür mirası üzerinde toplumun yapısını, nüfusunu, davranışlarını, çatışmaları, toprak kullanımını değiştirmesi gibi nedenlerle dolaylı etkileri bulunmaktadır. Raporla iklim değişikliği risklerinin kültür mirasının üzerindeki fiziksel, sosyal ve kültürel etkileri tablo ile ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.<sup>43</sup>

Rapor hazırlanırken Dünya Miras Komitesinde bir anket yapılmış ve Dünya Mirası Sözleşmesine taraf tüm devletlerden iklim değişikliğinin ülkelerinde bulunan dünya mirasları üzerindeki etkisini belirtmeleri talep edilmiştir. 83 devletten gelen cevapta %72 oranında; toplamda 125 dünya mirasının etkilediği sonucuna ulaşılmıştır. Sonuç olarak iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkileri yadsınamaz biçimdedir ve bu değerlerin gelecek nesillere aktarılması için gerekli adımlar acil olarak atılmalıdır.

*Strateji* belgesinde ise 3 farklı önleme odaklanılmıştır. Bunlar önleyici tedbirler (iklim değişikliğinin etkilerini izleme, raporlama ve durdurma), düzeltme tedbirleri (küresel, bölgesel ve yerel adaptasyon stratejileri) ve bilgi paylaşımı (uygulama, eğitim ve kapasite)dır.<sup>44</sup> İklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkileri ile mücadele sırasında karşılaşılan en büyük engellerin kurumsal, teknolojik, sosyo kültürel ve ekonomik olduğu belirtilmiştir.<sup>45</sup> Tüm bunlar dikkate

<sup>42</sup> Ayrıca bkz: UNESCO, Case Studies on Climate Change and World Heritage, 2007, <https://whc.unesco.org/en/activities/473/> (25.06.2021).

<sup>43</sup> Bkz: UNESCO World Heritage Centre, 2007, Table 1. Principle climate change risks and impacts on cultural heritage.

<sup>44</sup> UNESCO World Heritage Centre, 2007, s. 26.

<sup>45</sup> Sandra Fatoric ve Robbert Biesbroek, “Adapting Cultural Heritage to Climate Change Impacts in the Netherlands: Barriers, Interdependencies and Strategies for Overcoming Them” *Climate Change*, S. 162, 2020, s. 309-312.

alınarak periyodik aralıklarla strateji planı güncellenmektedir. Ancak sorunun çözümü için gerçekçi adımlar devletlerin ülkesel bazlı değil, işbirliğiyle iklim değişikliğinin tüm nedenlerini gözden geçirerek hareket etmesi gerekmektedir.

### **B. 1972 Dünya Doğal ve Kültür Mirasının Korunması Sözleşmesinin Uygulanması**

1972 Dünya Mirası Sözleşmesi barış zamanında dünya miraslarının korunmasını amaçlar ve çok taraflı çevre antlaşmaları arasında özel bir niteliği bulunur. Sözleşmenin ikinci bölümünde dünya miraslarının korunması düzenlenmiştir. Ancak dünya mirasının korunmasında uluslararası dayanışma önemli bir hukuki araç olsa da mirasın korunması öncelikle buldukları devletin görevidir. Yukarıda da açıklandığı üzere dünya mirası listesine kaydedilmenin belli kriterleri bulunmakta ve özelliklerini kaybeden varlıklar listeden çıkarılmaktadır. Dolayısıyla hukuki çerçeve içerisinde cevaplandırılması gereken sorular gündeme gelmiştir.<sup>46</sup> Bunlar: İklim değişikliğinin etkileri nedeniyle istisnai evrensel değer özelliğini kaybetme olasılığı olan varlık Dünya Mirası Listesine eklenmeli midir? - Taraf devletin kontrolü dışında iklim değişikliğinden etkilenen varlık Tehlike Altındaki Dünya Mirası Listesine eklenmeli mi ya da Dünya Miras Listesinden çıkarılmalı mıdır? - Dünya Mirası Sözleşmesinin 6/3 maddesi uyarınca bir devlet başka bir devletin sorumluluğunu ileri sürebilir mi? - Evrensel istisnai değer kriterleri, iklim değişikliği ile mücadele edilmesine rağmen etkilenmesi imkansız olan dünya mirasları için gözden geçirilebilir mi? - İklim değişikliğinin uzun süreli etkileri istisnai evrensel değer kriterlerinde dikkate alınmalı mıdır?

İklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkilerinin azaltılması, uyum sağlanması, bu hususta tedbirlerin alınması için Dünya Mirası Sözleşmesinde doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşmenin ikinci kısmında dünya mirasının korunması için devletlere ulusal ve uluslararası bir takım yükümlülükler yüklenmiştir.

Dünya Mirası Sözleşmesinin 4. maddesinde devletlerin dünya mirasını koruma sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre:

*“Bu Sözleşmeye taraf olan devletlerden her biri 1. ve 2. maddelerde sözü edilen ve topraklarında bulunan kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri ve gelecek kuşaklara iletilme-*

<sup>46</sup> UNESCO World Heritage Centre, 2007, s. 27.

*sinin sağlanması görevinin öncelikle kendisine ait olduğunu kabul eder. Bunun için kaynaklarını sonuna kadar kullanarak ve uygun olduğunda özellikle mali, sanatsal, bilimsel ve teknik alanlarda her türlü uluslararası yardım ve işbirliği sağlayarak elinden geleni yapacaktır.”*

5. maddede ise devletlerin dünya miraslarına zarar verecek olan tehlikeleri etkisiz hale getirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Maddedeki düzenleme şu şekildedir:

*“Bu Sözleşmeye taraf olan her Devlet topraklarındaki kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri amacıyla etkili ve faal önlemlerin alınmasını sağlamak için, mümkün olduğunca her ülkenin kendi koşullarına uygun biçimde şu çabaları gösterecektir:*

*a) Kültürel ve doğal mirasa, toplumun yaşamında bir işlev vermeyi ve bu mirasın korunmasını kapsamlı planlama programlarına dahil etmeyi amaçlayan genel bir politika benimsemek;*

*b) Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri için, halen mevcut değilse, topraklarında bir veya daha fazla hizmet kurumunu, işlevlerini ifaya yeterli olacak görevli ve araçlarla kurmak;*

*c) Bilimsel ve teknik çalışma ve araştırmaları geliştirmek ve Devletin kültürel ve doğal mirasını tehdit eden tehlikelere karşı harekete geçmesine olanak sağlayacak müdahale yöntemlerini mükemmelleştirmek;*

*d) Bu mirasın saptanması, korunması, muhafazası, teşhiri, yenileştirilmesi için gerekli olan uygun yasal, bilimsel, teknik, idarî ve malî önlemleri almak; ve*

*e) Kültürel ve doğal mirasın korunması, muhafazası ve teşhiri konularında eğitim yapan ulusal veya bölgesel merkezlerin kurulmasını veya geliştirilmesini desteklemek ve bu alandaki bilimsel araştırmaları teşvik etmek”*

Görüldüğü üzere Sözleşmenin 4 ve 5. maddelerindeki düzenlemelerde devletlerin ülkelerinde bulunan dünya mirasını koruma sorumluluğu düzenlenmiştir. Maddelerde dünya mirasını tehdit eden hususlar sınırlı sayılmadığı için iklim değişikliği hususunda da Sözleşmenin uygulanabileceği düşünülmek-

tedir.<sup>47</sup> Adı geçen maddelerde devletlerin yükümlülükleri belirtilmekle birlikte; bunlara aykırı davranılması durumunda herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Maddelerde kullanılan ... *elinden geleni yapacaktır, ... gereken çabayı gösterecektir* ifadeleri nedeniyle bu düzenlemelerin iyi niyetli çabalar için yol gösterici olduğu; bağlayıcılığı olmadığı iddia edilmektedir.<sup>48</sup> Ancak antlaşmalar hukukunun uygulanmasında önemli bir ilke olan *ahde vefa* ilkesine göre antlaşmalarda düzenlenen hususların uygulanması devletlerin yükümlülüğüdür. Nitekim bir antlaşma yapılmasının amacı antlaşmaya taraf olan devletlerin imza altına alınan kurallara uymasını sağlamaktır.

Avustralya Yüksek Mahkemesinin *Commonwealth v. Tasmania* davasında Dünya Mirası Sözleşmesinin 4, 5 ve 6. maddelerine de atıf yaparak karar vermiş olması nedeniyle maddelerin bağlayıcı olduğu ileri sürülmektedir.<sup>49</sup> Davaya konu olayda Tazmanya tarafından Franklin Nehrini yok edebilecek bir baraj projesi başlatılmış ve nehrin dünya mirası listesinde olması nedeniyle dava açılmıştır. Avustralya Yüksek Mahkemesi hem Anayasaya, hem iç hukuka<sup>50</sup> hem de Dünya Mirası Sözleşmesine gönderme yaparak dünya mirasına zarar verilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>51</sup> Ayrıca Mahkeme; 4. ve 5. maddelerde devletlere ucu açık bir şekilde önlem almaları gerektiğinin belirtilmesinin, önlem almak zorunda olmadıkları anlamına gelmeyeceği yorumunu yapmıştır.<sup>52</sup> Dünya Miras Komitesi tarafından da Mahkeme Kararının her ne kadar ulusal bir karar da olsa bu hususta dikkate alınmaya değer tarihsel bir karar olduğu belirtilmiştir.<sup>53</sup> Ancak 4. ve 5. maddelerdeki yükümlülükler, devletin kendi ülkesindeki varlıklarıyla ilgili olduğundan bunlara müdahale etme, devletlerin egemenliği

<sup>47</sup> Greg Terrill, "Climate Change: How Should the World Heritage Convention Respond?" *International Journal of Heritage Studies*, C. 15, S. 8, 2008, s. 401-402.

<sup>48</sup> Stefan Gruber, "The Impact of Climate Change on Cultural Heritage Sites: Environmental Law and Adaptation". *Carbon & Climate Law Review*, C. 209, 2011, s. 211.

<sup>49</sup> Erica Thorson, "The World Heritage Convention & Climate Change: The Case for a Climate-Change Mitigation Strategy beyond the Kyoto Protocol". *Adjusting Climate Control: Sub-National, National and Supra-National Approches*, (Ed). W. C. BURNS ve H. OSOFSKY, CUP, Cambridge, 2017, s. 6-7.

<sup>50</sup> World Heritage (Western Tasmania Wilderness) Regulations.

<sup>51</sup> *Commonwealth v Tasmania* ("Tasmanian Dam case") [1983] HCA 21; (1983) 158 CLR 1 (1 July 1983), <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1983/21.html> (25.06.2021).

<sup>52</sup> Anna Huggins, "Protecting World Heritage Sites from the Adverse Impacts of Climate Change: Obligations for States Parties to the World Heritage Convention". *Austarilan International Law Journal*, C. 14, 2007, s. 132.

<sup>53</sup> WHC Desicion, 8COM/CONF.004/7, Buanes Aires, 1984.

ilkesi ile insanlığın ortak yararı ve gelecek nesiller için varlıkların korunması hususları arasında gerilim yaratabileceği belirtilmektedir.<sup>54</sup>

Dünya Mirası Sözleşmesinin 6. maddesinde ise dünya miraslarının korunması için uluslararası dayanışma ve sınır aşan zararların önlenmesi hususu düzenlenmiştir. Buna göre:

*“Bu Sözleşmeye taraf olan Devletler, 1. ve 2. maddelerde sözü edilen kültürel ve doğal mirasın toprakları üzerinde bulunduğu devletlerin egemenliğine tam olarak saygı göstererek ve ulusal yasaların sağladığı mülkiyet haklarına zarar vermeden, bu tür mirasın, bütün uluslararası toplum tarafından işbirliği ile korunması gereken evrensel bir miras olduğunu kabul ederler.*

*Taraf devletler, 11. maddenin 2. ve 4. paragraflarında belirtilen kültürel ve doğal mirasın saptanması, korunması, muhafazası ve devamının sağlanması konularında bu mirasa sahip olan devletler istediği takdirde yardım etmeyi bu Sözleşme hükümleri uyarınca üstlenirler.*

*Bu Sözleşmeye taraf olan her Devlet, Sözleşmeye taraf olan diğer devletlerin topraklarında bulunan ve 1. ve 2. maddelerde sözü edilen kültürel ve doğal mirasa doğrudan doğruya veya dolaylı olarak zarar verebilecek kasıtlı önlemleri almamayı üstlenir.”*

6. maddede kullanılan ifadelerin netliği ve sınıraşan zararın önlenmesi hususundaki çevre hukukundaki örf adet hukuku kuralı da dikkate alındığında, bu düzenlemenin 4 ve 5. maddelere göre daha az ihtiyari olduğu düşünülmektedir.<sup>55</sup> Nitekim bir önceki başlık altında açıklanan Raporda da devletlerin özellikle 6/3. madde bakımından sorumlulukları olabileceği hususu tartışmaya açılmak istenmiştir. Dolayısıyla sınıraşan zararların önlenmesi bakımından devletlerin Sözleşmeye göre yükümlülüğü olduğu söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi varlığın Dünya Mirası Listesinde kalıp kalmaması ve istisnai evrensel değer hususlarına ilişkin sorular da Raporda hukuki çerçevede cevaplanması gereken alanlar olarak belirtilmiştir. Varlığın, Dünya Mirası

<sup>54</sup> Ottavio Quirico, “Key Issues in the Relationship between the World Heritage Convention and Climate Change Regulation”. *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law* (Ed) S. Borrelli ve F. Lenzerini, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, s. 405-407.

<sup>55</sup> Erica J. Thorson, 2017, s. 7-8.

Listesi ya da Tehlike Altındaki Dünya Mirasları Listesine girmesi hususu Uygulama Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Yönetmelik, Komitenin aldığı kararlar doğrultusunda değiştirilmekte ve güncellenmektedir. Yönetmelik ilk kez 1977 tarihinde yayınlanmıştır ve orada Dünya Mirası Listesinin, Tehlike Altındaki Dünya Mirası Listesinin ve Fonun ne şekilde yönetileceği belirlenmiştir. Yayınlandığından beri Yönetmelik, yaklaşık yirmi beş kez değişikliğe uğramıştır. Yukarıda ele alınan Komite kararları doğrultusunda iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkisi hususunda da değişiklikler yapılmıştır.

Yönetmeliğin 111. paragrafında etkili bir ortak yönetim için iklim değişikliğinin ve doğal afetlerin etkilerinin varlık üzerindeki etkilerinin izlenmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>56</sup> 118. paragrafta ise taraf devletlerin iklim değişikliği ve diğer riskleri de dikkate alarak dünya miraslarını yönetmesi gerektiği düzenlenmiştir.<sup>57</sup> Ayrıca 118. paragrafa dünya mirası ve çevresinde yapılacak olan proje ve aktivitelerden önce Çevresel Etki Değerlendirmesi, Mirasa Etki Değerlendirmesi ve Stratejik Çevresel Değerlendirme alınması gerektiği eklenmiştir. Bu değerlendirmelerde, dünya mirasının istisnai evrensel değeri üzerindeki olumlu ve olumsuz etkiler ile bozulmalara karşı durdurma önlemleri yer almalıdır. Böylelikle iklim değişikliğinin ve diğer felaketlerin varlığın istisnai evrensel değeri üzerindeki uzun dönemli etkilerinden korunması da amaçlanmıştır.<sup>58</sup> 179 ve 180. paragraflarda ise Tehlike Altındaki Miras Listesindeki kriterler düzenlenmiştir. Bu kriterlere iklim değişikliği de potansiyel tehlike olarak eklenmiştir.<sup>59</sup> 239. paragrafta uluslararası yardımlaşma hususu düzenlenmiştir. Buna göre fonun yetersiz olduğu durumlarda iklim değişikliğinin kültürel varlıklar üzerindeki etkisine ilişkin politika oluşturulması hususu da öncelik verilen alanlardan biri olmalıdır.

### III. DÜNYA MİRASININ KORUNMASINDA ULUSLARARASI İŞBİRLİĞİ

Dünya mirasının korunması bakımından hem uluslararası hem de yerel hukuki araçların kullanılması önemlidir. Dünya Mirası Sözleşmesinin yanı sıra özellikle doğal mirasın korunması bakımından çok taraflı çevre sözleşmeleri de uygulanabilir niteliktedir. Ayrıca uluslararası toplumun yüzleştiği diğer birçok so-

<sup>56</sup> Decisions 39 COM 11 ve 43 COM 11A uyarınca değişiklik yapılmıştır.

<sup>57</sup> Decision 43 COM 11A ile değiştirilmiştir.

<sup>58</sup> Decision 43 COM 11A ile eklenmiştir.

<sup>59</sup> Decision 39 COM 11 ile değiştirilmiştir.

runda olduğu gibi bu meselenin çözümü için de uluslararası dayanışma ihtiyacı yadsınmaz. Bu bakımından son olarak diğer uluslararası antlaşma ve kurumların iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkilerini önlemedeki rolü bu başlık altında incelenecektir.

### A. İklim Değişikliği Hukuku İçerisinde Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması

İklim değişikliği rejimi 1972 yılında Stockholm Bildirisine dayanmaktadır. İlk kez bu Bildiride iklim değişikliğine dikkat çekilmiş ve bunun akabinde 1988 Dünya Meteoroloji Örgütü ve Birleşmiş Milletler Çevre Programı (United Nations Environmental Programme- UNEP) öncülüğünde IPCC kurulmuştur. IPCC'nin düzenli raporları ile iklim değişikliğinin şimdiki ve gelecekteki etkileri bilimsel olarak yayınlanmaktadır. IPCC raporlarında insan faaliyetlerinin iklim değişikliği üzerindeki etkileri vurgulanmıştır; raporlar iklim değişikliği ile mücadelede nasıl bir yol izleneceği konusunda önemli yere sahiptir.

Tüm bu gelişmeler, 1992 Rio Konferansına zemin hazırlamıştır. Konferansta iklim değişikliğinin ilk kez tanımının yapıldığı ve bu hususta mücadele için hedefler koyan UNFCCC kabul edilmiştir. Sözleşme ile kurulan Taraflar Konferansında (*Conference of Parties- COP*) her yıl iklim değişikliği ile mücadele için yol haritaları belirlenmeye çalışılmaktadır. İklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkileri ile ilgili gerek IPCC raporlarında gerekse COP kararlarında özel bir bölüme rastlanmamaktadır. Ancak, Dünya Miras Komitesi Kararlarında sıklıkla UNFCCC ve IPCC ile dayanışmanın önemine vurgu yapılmakta; taraf devletlerin COP toplantılarına katılarak iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkilerinin tartışmaya açılması ve IPCC Raporlarında bu hususa ayrı bir bölüm ayrılması gerektiği belirtilmiştir.

UNFCCC'in 2. maddesinde Sözleşmenin ulaşmak istediği nihai amaç açıklanmıştır:

*"Sözleşme'nin ilgili hükümlerine göre, atmosferdeki sera gazı birikimlerini, iklim sistemi üzerindeki tehlikeli insan kaynaklı etkiyi önleyecek bir düzeyde tutmayı başarmak"*tır.

Sözleşme'nin 3. maddesinde ise iklim değişikliği ile mücadelede yol gösterecek olan ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkelerden ilki devletlerin *ortak ama farklılaşmış sorumluluğudur*. Buna göre gelişmiş devletler iklim değişikliğinin zararlarını en aza indirmek için gerekli öncülüğü yapacaktır. İkinci fıkrada *savunmasız devletlerin ihtiyaçlarının gözetilmesi ilkesi* düzenlenmiştir. İklim değişikliğinin

zararlı etkilerinden fazla ya da anormal olarak etkilenmiş devletlere özel koşullar dikkate alınarak destek olunmalıdır. Devam eden fıkrada ise iklim değişikliği ile mücadelede en önemli yere sahip olan *önleme ve ihtiyat ilkeleri* düzenlenmiştir. Devletler, iklim değişikliğinin zararlı etkilerini en aza indirmek için gerekli tüm önlemleri almalıdır. Ciddi ve önlenemez bir hasar durumunda da bilimsel belirlenimsizlik var ise devletler planlanan eylemlerden kaçınmalıdır. Diğer ilkeler ise *sürdürülebilir kalkınma hakkı ve uluslararası işbirliğidir*. Sözleşmede belirtilen yol gösterici ilkeler dünya mirasının korunması için de uygulanabilir. Özellikle Uygulama Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile 118. paragrafa eklenen düzenlemede taraf devletlere çevresel etki değerlendirmesi yapmaları gerektiği belirtilmiştir. Çevresel etki değerlendirmesi, ihtiyat ilkesinin uygulama biçimidir. Yine hem Dünya Mirası Sözleşmesinin 6. maddesi hem de COM Kararlarında yer verildiği üzere uluslararası dayanışma da sorunun çözümü için kilit rol oynamaktadır. Ancak buradaki esas sorun, düzenlemelerdeki eksiklikler değil; düzenlemelere aykırı davranıldığında devletleri zorlayıcı önlemlerin eksikliğidir.

Dünya Miras Komitesinin çağrısı üzerine 2007 tarihinde hazırlanan İklim Değişikliği ve Dünya Mirası Belgesinde UNFCCC Sekreterliğinin mesajına yer verilmiştir.<sup>60</sup> Mesajda, UNFCCC'nin nihai amacı ve iklim değişikliği ile mücadelede yol gösterici ilkelerinin uygulanması halinde sera gazı emisyon oranının azalacağı ve bunun olumlu etkilerinin diğer tüm alanlara yansıtacağı belirtilmiştir. UNFCCC, Kyoto Protokolü<sup>61</sup> ve COP kararlarının uygulanmasının dünya mirasının korunmasını sağlayacağı vurgulanmıştır. Özellikle Sözleşmede yer alan uluslararası işbirliği, savunmasız devletlere destek verilmesi, Kyoto Protokolü ile kurulan esneklik mekanizmalarının<sup>62</sup> işletilmesinin etkili olacağını altı çizilmiştir. Ayrıca, iklim değişikliği düzenlemelerindeki azaltma, uyum, raporlama, teknoloji transferi, eğitim gibi yükümlülüklerle dünya miraslarını korumak için de başvurulabileceği belirtilmiştir. Son olarak, Dünya Miras Komitesi ile UNFCCC Sekreterliğinin birlikte çalışmasının ve kurumlar arası dayanışmanın önemi yinelenmiştir.

<sup>60</sup> UNESCO World Heritage Centre, 2007, s. 5.

<sup>61</sup> Kyoto Protokolün amacı UNFCCC'nin uygulanması için taraf devletlere belli yükümlülükler yüklemektir. Protokol 2008-2012 yılları arası için hazırlanmış; süresi Doha Protokolü ile 2013-2020 olarak uzatılmıştır. <https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment>, (20.06.2021).

<sup>62</sup> Protokol ile sera gazı emisyon oranının azaltılmasını hedefleyen esneklik mekanizmaları kurulmuştur. Ortak Yürütme, Temiz Kalkınma ve Emisyon Ticaretidir. Ayrıntılı bilgi için bkz: [https://unfccc.int/kyoto\\_protocol](https://unfccc.int/kyoto_protocol) (20.06.2021).



2015 yılında ise iklim değişikliği rejimine getirilen eleştirileri bertaraf etmek ve daha geniş katımlı bir antlaşma ihtiyacı nedeniyle Paris İklim Antlaşması kabul edilmiştir. Paris İklim Antlaşmasının amacı tüm devletlerin sera gazı emisyon oranlarını azaltarak; sanayi devriminden bugüne kadar 1 c dereceye ulaşan yer kürenin ısınmasının 2 c derecenin daha altına ve mümkün olduğunca 1.5 c seviyelerinde tutulmasını sağlamaktır.<sup>63</sup> Her ne kadar spesifik olarak dünya mirası ile ilgili düzenleme olmasa da gerek UNFCCC'nin gerekse 2015 yılında yürürlüğe giren Paris İklim Antlaşmasının amaçlarının gerçekleştirilmesi doğru ya da dolaylı olarak dünya miraslarının korunmasına da destek olacaktır.

## **B. Dünya Mirasının Korunmasında Diğer Uluslararası Antlaşma ve Diğer Kurumlarla İşbirliği**

Çevre hukuku özellikle 20. yy'ın sonuna doğru hızlı bir şekilde gelişmiş, önceki dönemlerde atılan adımlar çok taraflı çevre sözleşmelerinin sayısının artmasını sağlamıştır. 1972 Dünya Mirası Sözleşmesi doğal ve kültürel mirasın korunmasının amaçlanması bakımından tek ve özel bir yere sahip olsa da özellikle doğal mirasın korunması bakımından diğer çevre sözleşmeleri de uygulanabilir; bu sözleşmelerle işbirliği yapılarak ortak mekanizma ya da program kurulabilir. Bunların bir kaçına bu başlık altında değinilecektir.

*İnsan ve Biyosfer Programı (Programme on Man and the Biosphere - MAP)* 1971 yılında UNESCO tarafından başlatılmıştır. Programın amacı insan ve çevresinin ilişkisinin iyileştirilmesini sağlamaktır.<sup>64</sup> 2021 yılı itibarıyla 129 ülkeden 719 biyosfer alanı programın içine dahil edilmiştir. Bu alanlardan 74'ü Dünya Mirası Listesindedir.

Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında *Ramsar Sözleşmesi* 1971 yılında kabul edilmiştir. Sözleşmenin amacı sulak alanların korunması ve sürdürülebilirliğinin sağlanmasıdır.<sup>65</sup> Sulak alanların iklim değişikliğine bağlı olarak korunması söz konusudur. Ramsar Alanı olarak kabul edilen 18 sulak alan aynı zamanda Dünya Mirası Listesindedir. Dolayısıyla bu Sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesinin sağlanması bir kısım doğal mirasın korunması da sağlayacaktır.

<sup>63</sup> Etem Karakaya, "Paris İklim Anlaşması: İçeriği ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme" *Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 3, S. 1, 2016, s. 1-12.

<sup>64</sup> Bkz: <https://en.unesco.org/mab/about> (01.07.2021).

<sup>65</sup> "Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öneme Sahip Sulak Alanlar Hakkında Sözleşme"ye 28/12/1993 tarihli ve 3958 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunmuş ve 17.05.1994 tarih ve 21937 sayılı RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi 1992 yılında Rio Konferansında imzaya açılmıştır. Sözleşmenin amacı biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliğini sağlamaktır.<sup>66</sup> İklim değişikliği sözleşmeleri ile biyolojik çeşitlilik sözleşmesinin hedefleri de birbiri ile paraleldir. Milenyum Ekosistem Değerlendirmesi (*Millennium Ecosystem Assessment*)<sup>67</sup> a göre biyolojik çeşitliliğin azalmasının en büyük nedeni iklim değişikliğidir.

UNEP, 1972 yılında BM İnsan ve Çevresi Konferansında kurulmuştur. Programın amacı şimdiki nesillerin gelecek nesillerin haklarına zarar vermeden iyi bir çevrede yaşamalarını sağlamadır. UNESCO ve UNEP tarafından 2016 yılında hazırlanan ortak Raporda<sup>68</sup> iklim değişikliğinin dünya mirasları üzerindeki etkisi belirtilmiştir. Bu iki örgüt ile ortak çalışmalar halihazırda yürütülmektedir.

İklim değişikliğinin dünya mirasları üzerindeki etkisi kaçınılmazdır ve devletler bunun için adım atmalıdır. Bu hususta sözleşmelerde özel olarak düzenleme olmasa da sözleşme hazırlama ve yürürlüğe giriş süreçlerinin uzunluğu da dikkate alınarak uygulama yönetmeliklerinde değişikliklere gidilerek ya da sözleşmelere ek protokoller düzenleyerek hukuki araçlar üretilebilir.<sup>69</sup> Ayrıca sözleşmeler arasında bağlantı kurulması görevi uluslararası örgütler tarafından üstlenilerek ortak çalışmalar yapılabilir.<sup>70</sup> Bunun yanı sıra uluslararası adımlarla birlikte yerelde de iklim değişikliğinin dünya mirası üzerindeki etkilerine dikkat çekilmesi amacıyla eğitim faaliyetlerinin yapılması, yerel örgütlerle birlikte çalışılması ve yerel halkın farkındalığının artırılmasının mücadeleden önemli bir araç olacağı savunulmaktadır.<sup>71</sup>

<sup>66</sup> Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, m.1.

<sup>67</sup> Millennium Ecosystem Assessment, Scenarios Assesment, <https://www.millenniumassessment.org/en/Scenarios.html#download> (01.07.2021).

<sup>68</sup> World Heritage and Tourism in a Changing Climate, 2016.

<sup>69</sup> Guido Carducci, "What Consideration is Given to Climate and to Climate Change in the UNESCO Cultural Heritage and Property Conventions?" *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, (Ed.) S. v. Schorlemer, & S. Maus, PL Academic Research, Frankfurt, 2014, s. 138-139.

<sup>70</sup> Alessandro Chechi, "The Cultural Dimension of Climate Change: Some Remarks on the Interface between Cultural Heritage and Climate Change Law". *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity* (Ed) S. v. Schorlemer ve S. Maus, PL Academic Research, Frankfurt, 2014, s. 185- 186.

<sup>71</sup> George Hambrecht ve Marcy Rockman, "International Approaches to Climate Change and Cultural Heritage", *American Antiquity*, C. 82, S. 4, 2017, s. 625 vd.

## SONUÇ

İklim değişikliği özellikle son yüzyılda uluslararası toplumun gündemini birçok farklı sorun alanına etki ederek meşgul etmektedir. Dünya mirası üzerindeki etkileri de 2005 yılından beri Dünya Miras Komitesi başta olmak üzere diğer uluslararası kuruluşların gündemine girmiştir. Bu hususta uluslararası örgütlerin aldığı kararlar, hazırlanan raporlar ve belgelerle sorunun çözülmesi için adımlar atılmaktadır. Ancak dünya mirasının korunması Dünya Mirası Sözleşmesinde düzenlendiği üzere de devletlerin yetki alanındadır ve devletlerin egemenliği ilkesi nedeniyle uluslararası toplumun müdahalesi sınırlıdır. Bir devletin kendi ülkesi içindeki doğal ya da kültürel varlığa müdahale etmek, mevcut uluslararası hukuk düzenlemeleri ile mümkün değildir.

İklim değişikliği rejimi ve diğer çok taraflı çevre sözleşmelerindeki düzenlemeler de incelendiğinde sınır aşan çevresel zararlar dışında devletleri yükümlülüklerine uyma konusunda zorlayıcı bir tedbir mekanizması eksikliği göze çarpmaktadır. Bu hususta sözleşmelerin geliştirilmesi, protokollerin düzenlenmesi etkili bir yöntem gibi gözükse de hem devletlerin sözleşmelerde bağlayıcı düzenlemeler olması durumunda sözleşmelere taraf olmaktan kaçınması, hem de uluslararası düzenlemelerin oluşturulma sürecinin uzun yıllar alması dikkate alındığında mevcut ve önlenemez bir tehdit olan iklim değişikliği sorunu karşısında uluslararası dayanışmanın geliştirilmesi ve bu hususta yerel örgütlerle birlikte eğitim, durdurma, uyum çalışmalarının yapılmasının önemi de göz ardı edilmemelidir.

**KAYNAKÇA**

- AKİPEK, S. *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları*. Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- BRIMBLECOMBE, P. Refining Climate Change Threats to Heritage. *Journal of the Institute of Conservation*, 2014, C. 37, S. 2, ss. 85-93.
- CARDUCCI, G. What Consideration is Given to Climate and to Climate Change in the UNESCO Cultural Heritage and Property Conventions? (Ed) S. v. Schorlemer ve S. Maus, *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, PL Academic Research, Frankfurt, 2014, ss. 129-140.
- CHECHI, A. The Cultural Dimension of Climate Change: Some Remarks on the Interface between Cultural Heritage and Climate Change Law. (Ed) S. v. Schorlemer ve S. Maus, *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, PL Academic Research, Frankfurt, 2014, ss. 161-198.
- FATORIĆ, S. ve BIESBROEK, R. Adapting Cultural Heritage to Climate Change Impacts in the Netherlands: Barriers, Interdependencies and Strategies for Overcoming Them. *Climatic Change*, 2020, S. 162, ss. 301-320.
- FATORIC, S. ve SEEKAMP, E. Are cultural heritage and resources threatened by climate change? A systematic literature review. *Climatic Change*, 2017, S. 142, ss. 227-254.
- GRUBER, S. The Impact of Climate Change on Cultural Heritage Sites: Environmental Law and Adaptation. *Carbon & Climate Law Review*, 2011, S. 209, ss. 209-2019.
- HAFNER, A. ve UNDERWOOD, C. Introduction to the Impact of Climate Change on Underwater Cultural Heritage and the Decade of Ocean Science for Sustainable Development 2021-2030. (Ed) A. Hafner, H. Öniz, L. Semaan ve C. Underwood, *Heritage Under Water at Risk, Threats, Challenges and Risks*, ICOMOS ve ICUCH, Bern, 2020, ss. 118-126.
- HAMBRECHT, G. ve ROCKMAN, M. International Approaches to Climate Change and Cultural Heritage. *American Antiquity*, 2017, C. 82, S. 4, ss. 627-641.
- HARKIN, D. v. Impacts of climate change on cultural heritage. *MCCIP Science Review*, 2020, ss. 616-641.
- HUGGINS, A. Protecting World Heritage Sites from the Adverse Impacts of Climate Change: Obligations for States Parties to the World Heritage Convention. *Australian International Law Journal*, 2007, C. 14, ss. 121-136.
- IPCC. *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press, Cambridge and New York, 2007.

- IPCC, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Masson-Delmotte, V. vd (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 2021.
- KARAKAYA, E. Paris İklim Anlaşması: İçeriği ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme. *Adnan Menderes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 3, S. 1, ss. 1-12.
- KIM, H.-E. Changing Climate, Changing Culture: Adding the Climate Change Dimension to the Protection of Intangible Cultural Heritage. *International Journal of Cultural Property*, 2011, C. 18, ss. 259-290.
- LENZERINI, F. Protecting the Tangible, Safeguarding the Intangible: A Same Conventional Model for Different Needs. (Ed) S. v. Schorlemer ve S. Maus, *Climate Change as a Threat to Peace Impacts on Cultural Heritage and Cultural Diversity*, PL Research Academy, Frankfurt, 2014, ss. 141-160.
- PAZARCI, H. *Uluslararası Hukuk*. Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- PEREZ-ALVARO, E. Climate Change and Underwater Cultural Heritage: Impacts and Challenges. *Journal of Cultural Heritage*, 2016, C. 21, ss. 842-848.
- QUIRICO, O. Key Issues in the Relationship between the World Heritage Convention and Climate Change Regulation. (Ed) S. Borrelli ve F. Lenzerini, *Cultural Heritage, Cultural Rights, Cultural Diversity: New Developments in International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2012, ss. 391-412.
- TERRILL, G. Climate Change: How Should the World Heritage Convention Respond? *International Journal of Heritage Studies*, 2008, C. 15, S. 8, ss. 388-404.
- THORSON, E. J. The World Heritage Convention & Climate Change: The Case for a Climate-Change Mitigation Strategy beyond the Kyoto Protocol. (Ed) W. C. BURNS ve H. OSOFSKY, *Adjusting Climate Control: Sub-National, National and supra-National Approches*. CUP, Cambridge, 2007.
- TÜRKAY KAHRAMAN, Ş. *Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Kültürel Varlıkların Korunması*. XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- UNESCO. *World Heritage Climate Change No: 77*. Publishing for Development Ltd, London, 2015.
- UNESCO World Heritage Centre. *World Heritage Reports 22*. UNESCO, Paris, 2007.
- WEITZMAN, M. L. A Review of the Stern Review on the Economics of Climate Change. *Journal of Economic Literature*, 2007, September, C. XLV, ss. 703-724.
- WESSEL, A. R. ve BLOCKMANS, S. The Legal Status and Influence of Decisions of International Organisations and Other Bodies in the European Union. Research Paper in Law, *European Legal Studies*, 2014.

**Elektronik Kaynaklar:**

<http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1983/21.html>  
(25.06.2021).

<https://en.unesco.org/mab/about> (01.07.2021).

<https://iklim.csb.gov.tr/birlesmis-milletler-iklim-degisikligi-cerceve-sozlesmesi-i-4362>  
(05.10.2021).

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en) (05.10.2021).

[https://unfccc.int/kyoto\\_protocol](https://unfccc.int/kyoto_protocol) (20.06.2021).

<https://unfccc.int/process/the-kyoto-protocol/the-doha-amendment> (20.06.2021).

<https://whc.unesco.org/en/activities/473/> (25.06.2021).

<https://whc.unesco.org/en/sessions/?pattern=&year=&location=> (26.06.2021).

<https://whc.unesco.org/en/statesparties/> (01.07.2021).

<https://whc.unesco.org/en/statesparties/> (05.10.2021).

<https://www.ecowatch.com/climate-refugee-2050-2647788456.html> (21.06.2021).

<https://www.millenniumassessment.org/en/Scenarios.html#download> (01.07.2021).

<https://www.unesco.org/tr/Pages/149/44> (17.06.2021).

Millennium Ecosystem Assessment, Scenarios Assessment

Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention, WHC.19/01 10 July 2019, <https://whc.unesco.org/en/guidelines/> (01.07.2021).

UNDP, *Goal 13: Climate Action*, <https://www.tr.undp.org/content/turkey/en/home/sustainable-development-goals/goal-13-climate-action.html> (05.10.2021).

UNESCO World Heritage Centre, *Report on Predicting and Managing the Impacts of Climate Change on World Heritage*, 2007, <https://whc.unesco.org/en/climate-change/> (25.06.2021).

# HAKARET SUÇUNDA İSNADIN İSPATI HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ<sup>(\*)</sup>

Av. Numan KARATEPE<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY<sup>(\*\*\*)</sup>

## ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 127. maddesinde, failin hakaret suçu dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı hallerden olan ve yalnızca hakaret suçuna özgü olarak öngörülmüş olan isnadın ispatı hakkı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 39. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nun 127. maddesinde düzenlenen ispat hakkının kullanılması halinde, kişilerin normatif düzenlemede yer alan belirli şartların gerçekleşmesiyle birlikte hakaret suçu dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı ve ceza almayacağı belirtilmiştir. Doktrinde, isnadın ispatı hakkını bir hukuka uygunluk hali olarak değerlendiren görüşler olduğu gibi, isnadın ispatının hakaret suçuna özgür bir şahsi cezasızlık sebebi olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır. İsnadın ispatı halinde, failin hakaret suçu bakımından sorumlu tutulamayacağı hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Doktrinde, isnadın ispatının hukuki niteliğine dair kabul edilen farklı görüşler mevcuttur. İsnadını ispat eden fail hakkında, hakaret suçu nedeniyle gerçekleştirilecek yargılamanın sonucunda kurulacak hükmün niteliği ve failin özel hukuk hükümleri uyarınca tazminat sorumluluğu, kabul edilen görüşün niteliğine göre farklılık göstermektedir. Çalışmamızda, isnadın ispatının hukuki niteliği doktrindeki görüşler uyarınca tespit edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Hakaret, Hakaret Suçu, İsnadın İspatı, Hakaret Suçunda Hukuka Uygunluk Halleri, İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği.

---

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18/06/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 24/08/2021.

Atıf Şekli: Numan Karatepe - Muhammed Emre Tulay, "Hakaret Suçunda İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 289-318.

(\*\*) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Isparta, Türkiye.

E-posta: numankaratepe32@icloud.com.

Orcid: 0000-0002-9873-0305.

(\*\*\*) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: muhammedtulay@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-7828-8302.

## LEGAL NATURE OF THE RIGHT TO PROVE THE ALLEGATION IN INSULT CRIME

### ABSTRACT

Article 127 of the Turkish Penal Code No. 5237 regulates the right of proof of the accusation, which is one of the situations in which the perpetrator can't be held responsible for the offense of insult and is specific to the offense of insult only. It is stated that in case of exercising the right to proof, which is regulated in article 39 of the Constitution and article 127 of the Turkish Penal Code, individuals can't be held responsible and punished for the offense of insult upon the fulfillment of certain conditions in the normative regulation. In the doctrine, some opinions evaluate the right of proof of the accusation as a state of lawfulness, and others argue that proof of the accusation is a cause of free personal impunity for the offense of insult. Although the view that the perpetrator can't be responsible for the offense of insult when proof of the accusation occurs is consensus in the doctrine, the nature of the verdict for the offense of insult the perpetrator and the perpetrator's responsibility for compensation by the provisions of private law depends on opinion to opinion. The views in the doctrine about the legal nature of the proof of accusation will determine in this research.

**Keywords:** Insult, Insult Crime, Proof of the Accusation, State of Lawfulness for the Insult Crime, Legal Nature of the Right to Prove the Allegation.



## I. İSNADIN İSPATINA DAİR GENEL AÇIKLAMALAR

İsnadın ispatı hakkı; Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçunun seçimlik tipik fiillerinden olan somut fiil veya olgu isnadını, diğer kişiler aleyhine gerçekleştiren failin, kanunun ve Anayasa'nın öngördüğü koşullara uygun olarak gerçekleştirmiş olduğu isnadını ispat etmek şartıyla, hakaret suçunun yaptırımından sorumlu tutulmaması hali olarak tanımlanabilecektir<sup>1</sup>. İsnadın ispatı hakkı, yalnızca hakaret suçuna özgü olarak düzenlenmiş bir kurumdur<sup>2</sup>. Doktrinde yer alan bir görüş uyarınca isnadın ispatı hakkı, hakaret suçunun tipik hareketini gerçekleştiren failin; eleştiri hakkı, haber verme hakkı gibi hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda var olmaması halinde ya da somut olayda var olan hukuka uygunluk nedenlerinin sınırını aşması halinde, son bir ihtimal olarak cezadan sorumlu tutulmamasını sağlayan ek bir kurumdur<sup>3</sup>. Türk Ceza Kanunu'nda ve Anayasa'da yer alan pozitif düzenleme dikkate alınarak bir tanım yapılırsa, isnadın ispatı hakkı; hakkında hakaret suçu dolayısıyla kovuşturma yürütülen failin, mağdur aleyhine bir suç işlediği isnadında bulunması veya mağdura isnat edilen somut fiil veya olgunun doğruluğunun anlaşılmasında kamu yararı bulunması ya da mağdurun kamu görevinde yahut hizmetinde bulunup kendisine bu görev veya hizmet dolayısıyla isnatta bulunulması halinde, bu isnatlarını ispat etmek suretiyle hakaret suçundan sorumlu tutulmaması halidir<sup>4</sup>. İsnadın ispatı hakkı, yalnızca hakaret suçunun tipik hareketleri olan somut bir fiil veya olgu isnadının varlığı halinde kullanılabilir olup, kişiler hakkında olumsuz soyut değerlendirmeler yapılması durumunda veya sövme niteliğindeki eylemlerin varlığı halinde isnadın ispatı hakkından bahsedilemeyecektir<sup>5</sup>. Fail tarafından mağdur hakkında gerçekleştirilen somut fiil veya olgu isnadıyla birlikte, sövme niteliğindeki eylemler de icra edilmekteseyse, isnadın ispatı hakkının doğmayacağı ve kişinin sövme niteliğindeki eylemlerinden sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Umut Koloş, "Türk Hukukunda İsnadın İspatı Hakkının Çok Boyutlu Hukuk Kavrayışı Bakımından Analizi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2014, 72(1), s. 627.

<sup>2</sup> Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 483.

<sup>3</sup> Sahir Erman, *Hakaret ve Sövme Suçları*, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Basım Atölyesi, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 246.

<sup>4</sup> İbrahim Dülger, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin (İsnadın İspatı) Anayasa'ya Uygunluğu Sorunu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, 16(2), s. 129.

<sup>5</sup> Dülger, s. 130-131.

<sup>6</sup> Murat Kayaççiçek, *Şerefe Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 154.

Kişilerin sırf doğruyu söylediği için cezalandırılmaları, toplum nezdinde hak-sız olarak görülen bir uygulama olacaktır ve suçluların veya toplumda, gerçekleş-tirdikleri fiilleri nedeniyle kınanan kimselerin devlet tarafından kayrıldığı algısının pekişmesine yol açacaktır. Demokratik bir toplumun yapı taşı olarak kabul edilen ifade özgürlüğü, kişilerin doğru olarak ifade ettikleri sözleri nedeniyle cezalandırılmaması kaydıyla sağlanabilecektir. İspat hakkının bir hak olarak tanınmadığı veya son derece kısıtlı olarak isnatta bulunan kişilere tanındığı ülkelerde, gerçek bir demokrasinin varlığından da söz edilemeyecektir<sup>7</sup>. Demokratik olmayan, bas-kıcı ve faşist düzenlerde, kişilerin ve özellikle yöneticilerin fiillerinin veya davra-nışlarının sorgulanmasına, egemen olan baskıcı siyasi görüşler dolayısıyla ta-hammül gösterilmeyecektir ve bu nedenle de isnadın ispatı hakkının varlığından bahsedilemeyecektir<sup>8</sup>. Şüphesiz, hakaret suçunun tipik fiillerini gerçekleştiren faile, sınırsız olarak isnatlarını ispat etme hakkı tanınması halinde; mağdurun onur, şeref ve haysiyeti çok fazla zedelenecektir ve isnadın ispatıyla ulaşılmak istenen yarar, mağdurun uğradığı haksız saldırı karşısında önemsiz kalacaktır. Kişiler, her ne kadar toplum tarafından kınanan davranışları gerçekleştirmiş olsa da, bu davranışlarının gizli tutulmasını talep edebilirler ve bu sebeple toplum tarafından tekrar kınanmak istemeyebilirler<sup>9</sup>. Bu nedenle, doktrinde isnadın ispa-tı hakkının kullanılması bakımından çeşitli sistemler benimsenmiştir<sup>10</sup>.

İsnadın ispatı hakkının kullanılmasına dair benimsenen ilk sistem, “*kesin is-pat yasağı*” sistemidir<sup>11</sup>. Bu görüş uyarınca ceza kanunları, hiçbir kimsenin, baş-ka diğer bir kimsenin kötü hareketlerini ve toplumca kınanan davranışlarını ortaya çıkarmasına müsamaha göstermez<sup>12</sup>. Toplumsal barışın ve toplumun huzurunun korunabilmesi için, kişiler hakkında gerçekleştirilen isnatlar doğru

<sup>7</sup> Dülger, s. 130.

<sup>8</sup> Dülger, s. 130. Örneğin, 1930 tarihinde iktidarda olan Mussolini’nin emriyle düzenlenmiş olan Faşist İtalyan Ceza Kanunu’nun 596. maddesinin gerekçesinde, devlet memurlarının faaliyetle-rini vatandaşların eleştirmesinin, faşist görüşün siyasal ve sosyal rejimine aykırı olacağı, dürüst olmayan memurların eleştirilmeden idareye bildirilmek suretiyle devlet görevinden bertaraf edilebileceği, idareye bir bildirimde bulunmadan memur hakkında isnatta bulunmanın memur-kendi manevi varlığından başka memurun temsil ettiği siyasi otoritenin manevi varlığına da hakaret teşkil edeceği ve siyasi otoriteyi sarsacağı açıklanmıştır, bkz. Özgür Gürdoğan, “Hakaret Suçu”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Huku-ku) Anabilim Dalı*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2012, s. 262 dipnot 732.

<sup>9</sup> Dülger, s. 130.

<sup>10</sup> Kayaççiçek, s. 143.

<sup>11</sup> Kayaççiçek, s. 143.

<sup>12</sup> Kayaççiçek, s. 143.

olsa bile, bu isnatların dile getirilmesi yasaklanmıştır ve bu görüş uyarınca isnadını ispat etme hakkı hiç kimseye, hiçbir istisnaya yer olmaksızın, tanınmamıştır<sup>13</sup>. Kişiler, sırf isnatlarının doğruluğunu ispat etmek suretiyle hakaret suçunun yaptırımından kurtulamayacaktır. Bir kimseyi lekelemek, isnat edilen fiil veya olgular doğru olsa dahi, toplumun barışını sarsmaya yeterli bir fiildir ve yasaklanması gerekir<sup>14</sup>. Kesin ispat yasağı sistemi, demokratik olmayan, baskıcı rejimlerde kabul edilmiş bir sistemdir<sup>15</sup>. Toplum içerisinde, devletin görünen yüzü olan güç sahibi yöneticilerin eleştirilmesi, otoriter rejimin varlığına karşı bir tehdit olacağından, kişilerin bu yöneticilere karşı gerçekleştirdiği isnatlarını ispat etmesi imkânı ceza kanunlarıyla en başından itibaren engellenmiştir.

İsnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi için kanun koyucular tarafından benimsenen diğer sistem, “*mutlak ispat imkânı*” sistemidir<sup>16</sup>. Bu sistemde, isnatta bulunan kimsenin isnadını ispatlamasına kesin olarak izin verilir ve isnatta bulunan kimse herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın isnadını ispatlayabilir<sup>17</sup>. Kişileri, toplumda birlikte yaşadığı diğer kişiler hakkında doğru bir söz söylemesi nedeniyle cezalandırmak, hakkaniyetle bağdaşan bir durum değildir<sup>18</sup>. Toplumun tüm kesimlerini, birbirleri hakkında sadece iyi şeyler söylemeye zorlamak, yalan söylemeyi adeta toplumsal bir görev haline getiren bir uygulamadır. Bu halde toplumun temel değerleri ve toplumdaki bireylerin birbirleri hakkındaki düşünceleri gerçekte bir yalana dayanmış olacaktır<sup>19</sup>. Herkes, korkusuzca doğru bildiği hususları dile getirebilmelidir. Kişilere mutlak olarak ispat imkânı tanınmaması halinde, isnatta bulunan kimse kural olarak suçlu, kınanan bir kimse olarak; kendisine karşı isnatta bulunulan kimse ise kendisini koruyan kanunlar sayesinde doğrudan temiz ve dürüst bir birey olarak kabul edilecektir<sup>20</sup>. Bu halde, toplum nezdinde doğruları söylemenin cezalandırılan bir eylem olduğu kanısı uyanacaktır ve cezalar sorgulanmaya başlanarak toplum nezdinde caydırıcılığını yitirecektir<sup>21</sup>. Ceza muhakemesinde asıl amacın maddi gerçeğin ortaya

---

<sup>13</sup> Koloş, s. 640.

<sup>14</sup> Erman, s. 29.

<sup>15</sup> Koloş, s. 640.

<sup>16</sup> Kayaççek, s. 144.

<sup>17</sup> Koloş, s. 639.

<sup>18</sup> Kayaççek, s. 144.

<sup>19</sup> Erman, s. 241.

<sup>20</sup> Kayaççek, s. 144.

<sup>21</sup> Kayaççek, s. 144.

çkarılması olduğu hususu da dikkate alındığında, yalnızca isnada dair ispat imkânının tanınması suretiyle maddi gerçek ortaya çıkacaktır ve isnadın ispatı hakkı, maddi gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması için herhangi bir sınırlandırılmaya tabi tutulmamalıdır<sup>22</sup>.

Kişilerin isnatlarını ispatlayabilmesi için doktrinde tasarlanan üçüncü ve son sistem, “*karma sistem*”dir<sup>23</sup>. Bu görüşe göre her türlü doğrunun, her yerde ve her koşulda söylenmesine göz yumulmasında bir kamu yararı bulunmamaktadır<sup>24</sup>. Sadece kamu yararının mevcut olması halinde kişilere isnatlarını ispatlama imkânı tanınmalıdır. Kamu yararını öncelikli hedefi olarak tutmayan, sırf kişileri lekelemek amacıyla hareket eden kötü niyetli kimselerin isnatlarını ispatlamasına izin vererek; mağdurların onur, şeref ve haysiyetlerinin zedelenmesine kanun koyucu müsamaha göstermemelidir<sup>25</sup>. Kişilere isnatlarını ispat imkânı zaruri olarak tanınmalıdır fakat bu ispat imkânı mutlaka belirli ölçülerde, kamu yararı maksadıyla sınırlandırılmalıdır. Isnadın ispatı hakkı düzenlenirken, ortaya çıkacak kamu yararı ile kişilerin onur, şeref ve haysiyetine karşı gerçekleştirilen saldırılardan korunmayı isteme hakkı arasında hassas bir denge gözetilmelidir<sup>26</sup>.

Karma sistem, kendi içerisinde de iki farklı biçimde ele alınmıştır. Buna göre ya ispat imkânı kural olup, ispatı yasak olan hususlar istisna olarak kanunda açıkça düzenlenmek suretiyle kabul edilecektir ya da ispat yasağı kural olup, kanunda ispat imkânı tanınan haller açıkça düzenlenecektir<sup>27</sup>. Kanun, isnadın ispatı hakkını kural olarak serbest bırakmakta fakat kanunda öngörülen sınırlı hallerde ispat imkânının mümkün olmayacağını belirtmekteyse, “*ispat imkânı*” sisteminin var olduğu söylenebilecektir<sup>28</sup>. Isnadın ispatı hakkını düzenleyen kanun hükmü, kural olarak isnadın ispatı hakkını yasaklayıp, öngörülen sınırlı hallerde isnadın ispatı hakkına imkân tanımaktaysa, “*ispat yasağı*” sisteminin mevcut olduğu kabul edilecektir<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Cilt: 4 Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 559.

<sup>23</sup> Koloş, s. 640.

<sup>24</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 126.

<sup>25</sup> Erem, s. 561.

<sup>26</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 339 vd.

<sup>27</sup> Kayaççiçek, s. 144.

<sup>28</sup> Gürdoğan, Doktora Tezi, s. 263.

<sup>29</sup> Gürdoğan, Doktora Tezi, s. 263.

İspat hakkına ilişkin Türk Ceza Kanunu ve Anayasa hükümleri incelendiğinde; isnadın ispatı hakkının, doktrinde ele alınan karma sisteme uyumlu bir biçimde düzenlendiği, karma sistem içerisinde de “*ispat yasağı*” görüşünün benimsendiği ve kanunlarda açıkça düzenlenen haller haricinde ispat imkânının isnatta bulunan kişilere tanınmadığı görülmektedir<sup>30</sup>. Anayasa’nın 39. maddesi ve TCK’nin 127. maddesi, kişilerin isnatlarını ispatlayabilecekleri halleri saymak suretiyle belirlemiştir ve pozitif düzenlemelerde yer alan şartlar haricinde, kişilere isnatlarını ispat etmek suretiyle hakaret suçunun yaptırımından kurtulma imkânı tanınmamıştır. Doktrinde; Anayasa’nın 39. maddesinde düzenlenen isnadın ispatı hakkının şartları incelendiğinde, kamu görev veya hizmetinde bulunanlara karşı bu görev veya hizmetleriyle ilgili isnatların ispat edilmesi hususunda herhangi bir sınır öngörülmediği ve bu hususta karma sistem düşüncesinin terk edildiği de ileri sürülmüştür<sup>31</sup>.

## II. İSNADIN İSPATI HAKKININ KULLANILMASI BAKIMINDAN ARANAN KOŞULLAR

Türk hukukunda, isnadın ispatı hakkına dair düzenlenmiş olan anayasal hükümler ve TCK’de yer alan hükümler incelendiğinde, isnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi için kanun koyucu tarafından birtakım şartların mevcudiyetinin arandığı görülmektedir. Isnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi için öncelikle, mağdura somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi gerekir<sup>32</sup>. Anayasa’nın 39. maddesinde yer alan “*Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.*” hükmü uyarınca, kişilerin kamu görevi veya hizmetinde bulunması ve bu görev ya da hizmet nedeniyle gerçekleştirilen isnatlarla, bunun dışında gerçekleştirilen isnatlar arasında bir ayrıma gidildiği anlaşılmaktadır. TCK’nin 127. maddesinde yer alan “*İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir*

<sup>30</sup> Koloş, s. 641; Erman, s. 248.

<sup>31</sup> Koloş, s. 642. Kanaatimizce Anayasa’da düzenlenen isnadın ispatı hakkı, isnadın ispatlanmasını; kişilerin kamu görevinde veya hizmetinde bulunması ve bu kamu görevi ya da hizmeti nedeniyle kişiye isnatta bulunması şartıyla sınırlandırdığından, bu hususta mutlak ispat imkânının benimsendiğini ileri sürmek mümkün olmayacaktır. Karma sistemin anayasal düzenleme bakımından da muhafaza edildiği kabul edilmelidir, bkz. Dülger, s. 131-132.

<sup>32</sup> Kayaççek, s. 152.

*mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır. (2) İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.”* düzenlemesi incelendiğinde, TCK sistematığının, isnadın ispatına dair yer alan anayasal hükümden farklı bir ayrıma giderek; isnat edilen fiilin suç oluşturması halini ve bunun dışında kalan halleri, birtakım şartların gerçekleşmesi kaydıyla ayrıma tabi tuttuğu görülmektedir. Çalışmanın bütünlüğü bakımından, kısaca isnadın ispatının doğması için pozitif düzenlemelerde aranan şartların incelenmesi gerekmektedir.

#### **A. Isnadın Kamu Görevi ve Hizmetinde Bulunanlara Karşı Bu Hizmet ya da Görev Nedeniyle Gerçekleştirilmesi Hali**

Anayasa'nın 39. maddesi uyarınca, kamu görevi ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu hizmetleri ya da görevlerinin icra edilmesinden bahisle isnatta bulunulması halinde, isnatta bulunan kimse isnadını ispatlamak kaydıyla hakaret suçu bakımından sorumlu tutulamayacaktır<sup>33</sup>. TCK md.127 hükmünde, anayasal düzenlemede yer alan bu hususa yer verilmemiştir. Anayasa'da mutlak bir biçimde kabul edilen bu isnadın ispatı hali, TCK hükmü içerisinde düzenlenmeyecek; isnadın ispatı hakkı, “*isnat edilen fiilin suç oluşturması*” şartı uyarınca sınırlandırılmıştır ve isnadın ispatı hakkının uygulama alanı daraltılmıştır<sup>34</sup>. Bu nedenle uygulamada, kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmeti nedeniyle gerçekleştirilen isnatların, TCK uyarınca ayrıca suç niteliğinde olmasının aranıp aranmayacağı ve suç oluşturan isnadın ispatlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalı bir husus haline gelmiştir. Doktrinde, bu tartışmalar sonucunda TCK'de yer alan düzenlemenin Anayasa hükmüne aykırı olduğu da ileri sürülmüştür<sup>35</sup>. Kanaatimizce, “*normlar hiyerarşisi*” dikkate alınarak Anayasa'nın 39. maddesi uyarınca, kamu görevi ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu hizmeti veya görevleri nedeniyle gerçekleştirilen isnatların, TCK'de isnadın ispa-

<sup>33</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 489-490.

<sup>34</sup> Kayaççek, s. 149. Anayasal hükmün isnadın ispatı bakımından TCK'de bir açıdan genişletildiği, isnadın ispatı hakkının TCK'de düzenlenen haliyle “*suç oluşturan fiilin*” isnat edilmesi ve ispatlanması suretiyle herkese karşı ileri sürülebileceği de doktrinde ileri sürülmüştür, bkz. Dülger, s. 133.

<sup>35</sup> Kayaççek, s. 149-152; Dülger, s. 133-136. TCK'de var olan isnadın ispatı hakkının, anayasal hükümleri sınırlandırmadığı gibi, kamu görevi veya hizmetinde bulunmayanları da kapsayarak, aksine fail yararına genişlettiğine dair bkz. Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 490.

tı bakımından aranan şartlara bakılmaksızın, mutlak bir biçimde ispatlanmasına izin verilmelidir ve isnadın ispatlanması halinde fail hakaret suçundan sorumlu tutulmamalıdır<sup>36</sup>. “Üst norm” olan isnadın ispatına dair anayasa hükmü, TCK’de ve CMK’da öngörülen isnadın ispatı hakkını sınırlayan hükümler dikkate alınmaksızın somut olaya doğrudan doğruya uygulanacaktır.<sup>37</sup> Kanun gerekçesinde de görüşümüze uygun olarak, anayasal hüküm gereği kamu görevi ve hizmetinde bulunanlara karşı bu görev ve hizmetlerin icra edilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen isnatların doğruluğunun ispat edilebileceği açıklanmıştır.<sup>38</sup>

TCK md.6 hükmünün 1. fıkrasının c bendi uyarınca, “*kamu görevlisi*” kavramından; “*kamusal bir faaliyetin yürütülmesine atama, seçilme yoluyla ya da herhangi bir biçimde sürekli, geçici ya da süreli olarak katılan kimse*” anlaşılmalıdır. Bu tanıma uyan bir kimse bakımından, yerine getirdiği kamu görevi ve hizmeti ile ilgili isnatlarda bulunulduğunda, TCK’de isnadın ispat edilmesi bakımından aranan “*isnat edilen fiilin suç olması*”, “*isnadın ispatında kamu yararı olması*” ya da “*mağdurun rızası*” gibi şartların varlığına bakılmaksızın, faile isnadını ispat etme hakkı tanınacaktır<sup>39</sup>. Örneğin, bir trafik polisinin gözlerinin iyi görmediğinin, neredeyse kör olduğunun ve bu nedenle kırmızı ışıkta geçen arabalara idari para cezası tutanağı düzenlemeyerek tolerans gösterdiğinin isnat edilmesi durumunda, isnadın içeriği suç niteliğinde olmasa da, faile isnadını ispat etme hakkı tanınmalıdır. Şüphesiz çoğu zaman gerçekleştirilen isnatların içeriği, kişilere suç isnat etme niteliğinde olacaktır fakat bu durum, isnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi bakımından bir zorunluluk değildir. Örneğin, bir jandarma personelinin, mağdurun aracında gerçekleştirilen arama esnasında, mağdurun aracından para çaldığının isnat edilmesi halinde, gerçekleştirilen isnat bir suç isnadıdır. Isnadın içeriğini suç oluştursa da, isnatta bulunan kimse- nin isnadının ispatlanmış sayılması için, hakkında isnatta bulunulan kimsenin üzerine atılı suç bakımından mahkûm edilmesi şartı, TCK’de düzenlenen isnadın ispatı hükmü bu hususta dikkate alınmayacağından, aranmayacaktır.

<sup>36</sup> Kayaççek, s. 151; Zeki Hafizoğulları- Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 241-242.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi, 765 sayılı TCK’nin 481. maddesinin 1. fıkrasında yer alan isnadın ispatı hakkına dair hakkı sınırlayan hükümlerin dikkate alınmaksızın, normlar hiyerarşisinin gereği olarak en üst norm olan ve isnadın ispatı hakkına ilişkin olan Anayasa’nın 39. maddesinin doğrudan somut olaya uygulanması gerektiğini belirtmiştir, bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 06.05.1982 tarihli, 1982/8 E. ve 1982/3 K. sayılı hükmü, 18237 sayılı Resmi Gazete, yayım tarihi 30.11.1983.

<sup>38</sup> Bkz. TCK’nin 127. maddesinin kanun gerekçesi.

<sup>39</sup> Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 559.

Anayasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olması halinde, kişilere isnadını ispat etmek suretiyle üzerine atılı hakaret suçundan “beraat” etme imkânı tanınmıştır<sup>40</sup>. Bu halde, TCK md.6 hükmünün 1. fıkrasının c bendinde tanımlanan kimselere, görev ve hizmetleriyle ilgili bir isnat gerçekleştirilmesi halinde, mutlak olarak failin isnadını ispat hakkına sahip olduğu söylenebilecektir<sup>41</sup>.

### B. İsnada Konu Olan Fiilin Suç Oluşturması

Türk Ceza Kanunu, isnadın ispatı hakkına dair anayasada yer alan pozitif düzenlemelerden ayrı bir düzenleme meydana getirerek, isnat olunan fiilin konusunun bir suç oluşturması halinde; isnatta bulunan kimselere mutlak bir ispat imkânı tanımıştır<sup>42</sup>. TCK md.127 hükmü uyarınca, isnat edilen fiil suç niteliğindeyse ve bu isnat edilen suç ispat edilmişse, kişi hakaret suçundan sorumlu tutulamayacaktır. Bu hallerde, TCK sistematigi içerisinde isnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi için aranan diğer yan koşullar olan “mağdurun rızası” veya “kamu yararı” hususlarının mevcudiyeti aranmayacaktır<sup>43</sup>. Suç niteliğinde olan somut fiil veya olgu isnadının içeriğinin mutlaka belirli ya da belirlenebilir olması da gerekmektedir. İsnat edilen fiilin suç oluşturmaması halinde isnatta bulunan kimse, nisbi ispat hakkına sahip olacaktır ve kanunda öngörülen diğer koşullar mevcutsa isnadını ispat edebilecektir.

İsnadın ispatı hakkının kullanılabilmesi için TCK sistematigi tarafından öngörülen ilk hal uyarınca, somut fiil isnadının içeriğinin, mutlaka suç niteliğinde olması şartı vardır<sup>44</sup>. İsnat edilen fiilin, mutlaka ispata elverişli ve TCK ya da özel kanunlarda “suç” olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir<sup>45</sup>. Kabahat niteliğindeki isnatların ya da disiplin cezası gerektiren isnatların varlığı halinde, isnadın ispatı hakkı kullanılamayacaktır<sup>46</sup>. Örneğin, mahalle muhtarının komşusunun eşiyile zina ettiğinin isnat edilmesi halinde, zina fiilinin suç olmaması nedeniyle, isnadın ispatı hakkı yalnızca hakaret suçunun mağdurunun isnadın ispatı

<sup>40</sup> Bkz. Anayasa md.39 gerekçesi.

<sup>41</sup> Şen, s. 559.

<sup>42</sup> Kayaççek, s. 154.

<sup>43</sup> Kayaççek, s. 155.

<sup>44</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 491.

<sup>45</sup> Kayaççek, s. 154.

<sup>46</sup> Kayaççek, s. 154.



na rıza göstermesi ya da somut olayda isnadın ispatlanmasında bir kamu yararının bulunması halinde mümkün olacaktır. Fail, isnadın niteliğinin suç olmaması halinde mutlak surette ispat hakkından yararlanamayacaktır<sup>47</sup>. Aynı örneğin, muhtarın komşusuna cinsel saldırıda bulunduğu isnat edilmesi olarak gerçekleşmesi halinde, cinsel saldırı fiili TCK'de suç olarak düzenlendiğinden, isnatta bulunan kimsenin mutlak olarak isnadını ispatlama hakkı doğacaktır.

İsnadın konusunu suç oluşturmaktaysa, isnadın ispatının nasıl gerçekleştirileceği TCK md.127 hükmünün 1. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre, isnat edilen suç dolayısıyla mağdur hakkında kesin bir mahkûmiyet hükmü verilmiş olmalıdır. TCK md.127 hükmünün ikinci fıkrasından anlaşıldığı üzere de, daha önce ispat edilmiş bir fiil dolayısıyla isnatta bulunulması halinde, isnatta bulunan kimse hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır. Madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hakaret suçu dolayısıyla yürütülen yargılama esnasında, mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla daha önce verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmamalıdır ve fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla devam eden kovuşturma hükmüyle sonuçlanana kadar, mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır<sup>48</sup>. Mağdur hakkında, isnat edilen suç dolayısıyla kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının, hakaret suçu nedeniyle fail hakkında devam eden yargılama sırasında doğması halinde, fail hakaret suçundan sorumlu tutulamayacaktır<sup>49</sup>.

TCK md.127 hükmünün 2. fıkrasından anlaşıldığı üzere, ispat edilmiş bir fiili dolayısıyla mağdura karşı isnatta bulunan kimsenin, hakaret suçundan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Bu hüküm sayesinde kişilerin, geçmişinde toplum tarafından kınanan davranışlar gerçekleştirmiş olması nedeniyle, bir ömür boyu eleştirilmesinin ve kınanmasının önüne geçilmiştir<sup>50</sup>. Örneğin, daha önceden kasten öldürme suçundan hüküm giyen bir kimseden “*katil*” olarak bahsedilmesi halinde, isnatta bulunan kimse hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır. Ayrıca yalnızca suç oluşturan isnatlar bakımından değil, konusu suç oluşturmayan isnatlar bakımından da, mağdur hakkında ispat edilmiş bir fiil dolayısıyla mağdura karşı isnatta bulunmak yasaklanmıştır. Örneğin, daha önceden eşini aldatmış bir bürokrat hakkında gerçekleştirilen ve ispat edilmiş bir isnattan

<sup>47</sup> Kayaççek, s. 155.

<sup>48</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 491.

<sup>49</sup> Kayaççek, s. 162-163.

<sup>50</sup> Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 527.

bahisle, tekrar “zani (zina eden)” olarak aynı isnatta bulunulması halinde, fail isnadını ispat edemeyecektir ve hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır.

Hakaret suçu nedeniyle yargılanan ve isnadı gerçekleştiren failin, hakkında yürütülen kovuşturma sonucunda, mağdur hakkında isnat etmiş olduğu suç dolayısıyla mağdurun kesin bir hükümlerle cezalandırılması halinde hakaret suçundan sorumlu tutulmayacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla yürütülen kovuşturmanın sonucunda, mağdur hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü kurulması halinde hakaret suçunun failinin sorumlu olmayacağı açıktır. Mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla, yalnızca hapis cezası değil, diğer seçenek yaptırımların uygulanması ya da haksızlık nedeniyle mağdur hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olunması halinde de isnadın ispatlandığının kabul edilmesi gerekecektir<sup>51</sup>. Mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla yürütülen kovuşturma sonucunda mahkeme tarafından beraat hükmü verilmesi, davanın düşmesi kararı verilmesi, davanın reddi kararı verilmesi, mağdur hakkında yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi gibi ya da kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi gibi hallerde, fail isnadını ispatlayamamış sayılacaktır ve hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>52</sup>. Mağdur bakımından, kendisine isnat edilen suç dolayısıyla, CMK md.231 hükmünün 5. fıkrasının ve devamındaki fıkralar uyarınca, üzerine atılı suç dolayısıyla yürütülen kovuşturmanın sonucunda hükümlerle birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilirse; her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla kişi hakkında suç nedeniyle hukuki sonuçlar doğmayacak olsa da, üzerine atılı suç dolayısıyla mahkûm edildiği dikkate alındığında, failin isnadını ispatladığının kabul edilmesi gerekecektir.<sup>53</sup> Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte sanık, üzerine atılı suç nedeniyle mahkûm olmaktadır fakat hükmün hukuki sonuçları kanunda öngörülen süre boyunca askıda kalmaktadır. Hakaret suçunun mağduru hakkında, isnat edilen fiil dolayısıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar verilmişse, hakaret suçu dolayısıyla yargılanan failin, ceza yargılamasında sanık yararına yorum ilkesinin bir gereği olarak, is-

<sup>51</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 491.

<sup>52</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 492; Kayaççiçek, s. 163; Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt 1, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 260.

<sup>53</sup> Burak Coşkun, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 86-87.

nadını ispat ettiği kabul edilmelidir ve hakaret suçundan sorumlu tutulmamalıdır.<sup>54</sup> Doktrindeki bir görüş uyarınca, isnadın mağdurunun, isnat edilen ve kanuni tipte düzenlenen suçun haksızlık unsurunu gerçekleştirmesine rağmen, şahsi cezasızlık halinin varlığı sebebi nedeniyle suçtan sorumlu tutulmaması halinde de kişinin mahkûm olduğu kabul edilmelidir ve isnatta bulunan kimse- nin isnadını ispatladığı varsayılmalıdır<sup>55</sup>. Mağdur hakkında isnat edilen suç dola- yısıyla yürütülen kovuşturma sonucunda kesin olarak “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verilmesi halinde de isnadın ispat edildiği kabul edilecektir<sup>56</sup>.

### C. İsnadın Konusunun Suç Oluşturmaması

TCK'nin 127. maddesinde, isnat edilen fiillerin ispatlanması bakımından, suç oluşturmayan fiillerin ispatının iki farklı şartla mümkün olabileceği düzen- lenmiştir. TCK'nin 127. maddesinde yer alan isnadın ispatı hakkının nispi koşul- ları, Anayasa'nın 39. maddesiyle paralel bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hükmeye göre, isnat edilen fiilin suç oluşturmaması halinde, isnatta bulunan fail; isnadını ancak mağdurun isnadın ispatına rıza göstermesi ya da isnadın ispatlanmasında bir kamu yararı bulunması halinde, gerçekleştirdiği somut fiil ya da olgu isnadı- nı ispat etme hakkına sahip olacaktır. İsnada konu fiil suç oluşturmamaktaysa, TCK md.127 hükmünün 1. fıkrasının 3. cümlesinden anlaşıldığı üzere, isnatta bulunan kimseye “nisbi” bir ispat hakkı tanınmaktadır<sup>57</sup>. Kanun metninde açık- ça, “bunun dışındaki hallerde” demek suretiyle; isnat edilen fiilin suç oluşturma- ması halinde, isnatta bulunan kimseye tamamlayıcı ve ek olarak isnadını ispat etme hakkı tanındığından, nisbi bir hakkın var olduğu söylenebilecektir<sup>58</sup>.

Somut fiil ya da olgu isnadı, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide etmeye elverişli olmasına rağmen, suç niteliğinde olmayabilir. Örneğin, bir kim- senin işçisiyle zina ettiğinin isnat edilmesi, bir kimsenin fuhuş yaptığının isnat

<sup>54</sup> Coşkun, Yüksek Lisans Tezi, s. 86-87. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararının hukuki niteliği tartışmalıdır. Doktrinde, bu kararın hukuki niteliğinin koşullu olarak verilen düşme kararı olduğu da kabul edilmektedir. Bu nedenle hükmün açıklanmasının geri bırakıl- masına dair karar verilmesi halinde isnadın ispat edilmiş sayılamayacağına dair görüş için bkz, Serhat Sinan Kocaoğlu, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu (5237 Sayılı TCK m.125-131)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 314-315.

<sup>55</sup> Gürdoğan, Doktora Tezi, s. 271.

<sup>56</sup> Devrim Aydın, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, s. 912.

<sup>57</sup> Kayaççek, s. 155.

<sup>58</sup> Kayaççek, s. 155-156.

edilmesi, bir kişinin kumar oynadığının isnat edilmesi, tipik olarak TCK sistematığı içerisinde doğrudan suç olarak kabul edilen haller olmamasına rağmen, mağdurun manevi varlığını rencide etmeye elverişli isnatlardır. Failin, suç niteliğinde olmayan isnatlarını ispatlaması imkânı, TCK md.127 hükmünden anlaşıldığı üzere sınırlandırılmıştır. Kanun metninin isnadın ispatının konusunun suç teşkil etmediği hallerde, hakkın doğması bakımından belirlediği unsurları iki alt başlık altında incelemek mümkündür.

### 1. Isnadın İspat Edilmesinde Kamu Yararı Bulunması

Mağdurun onur, şeref ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olan somut fiil veya olgu isnadının konusu, suç oluşturmamaktaysa; isnatta bulunan kimsenin isnadını ispat etmesi için aranan seçimlik şartlardan olan ilki, isnadın ispat edilmesinde bir kamu yararının mevcut olması şartıdır<sup>59</sup>.

Kamu yararı kavramının niteliğini ve somut olaydaki kamu yararının varlığını, hakaret suçu nedeniyle kovuşturmayı yürüten mahkeme takdir edecektir<sup>60</sup>. Kanun koyucu, isnadın ispatına dair hükümde kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair somut bir düzenlemeye yer vermediğinden, bu düzenlemenin “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi ile bağdaşmadığı ve kanunu uygulayacak olan mahkemeler tarafından kavramın tanımlanmasında keyfiliğe yol açabileceği de doktrinde ileri sürülmüştür<sup>61</sup>.

Kamu yararı kavramından; kişilerin ve toplumun refahını ve huzurunu sağlamak, toplumsal huzurun korunmasına hizmet etmek, toplumun güvenliğini sağlamak anlaşılmalıdır<sup>62</sup>. Somut olayda mahkemenin, hakaret suçu dolayısıyla yargılanan sanığın isnadını ispat etmesinde kamu yararı olup olmadığını değerlendirirken; isnadın ispatlanması sonucunda toplumda yaşayan kişilerin ve toplumun bütünü- nün bundan bir fayda sağlayıp sağlamayacağını, toplumun huzur ve sükûnunun isnadın ispatlanması suretiyle korunup korunmayacağını dikkate alması gerekecektir. Kamu yararının varlığı, somut olayda; mağdurun toplumsal saygınlığı, itibarı,

<sup>59</sup> Özbek - Doğan - Bacaksız, s. 526-527; Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493.

<sup>60</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493.

<sup>61</sup> Soyaslan, s. 343.

<sup>62</sup> Osman Saraç, “Kamu Yararı Kavramı”, *Maliye Dergisi*, 139, 2002, s. 6-8. Anayasa Mahkemesinin 05.04.1977 tarihli 1977/1 E. ve 1977/20 K. sayılı hükmü, 08.04.1963 tarihli 1963/16 E. ve 1963/63 K. sayılı hükmünde de kamu yararı benzer biçimlerde açıklanmıştır, bkz. Saraç, s. 7.

mağdurun mesleği, mağdura isnat edilen fiilin toplum nezdindeki ağırlığı ve kınanma derecesi gibi hususlar dikkate alınarak mahkeme tarafından takdir edilecektir<sup>63</sup>. Örneğin, mahalle berberinin eşcinsel olarak komşusuyla ilişkiye girdiğinin isnat edilmesi halinde, isnadın ispat edilmesinde bir kamu yararı olduğu söylenemeyecektir. Isnadın ispat edilmesiyle, kamu bakımından bir fayda doğmayacaktır. Aynı örneğin, ülkece tanınan bir bürokrat hakkında isnat edilmesi halindeyse, bir kamu yararı doğduğu ve isnadın ispatına izin verilebileceği söylenmelidir.

İsnadın ispatlanması hususunda mahkemece kamu yararının varlığı değerlendirilirken, “*kamu merakı*” kavramının dışlanması gerekmektedir<sup>64</sup>. Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen “*Özel hayatın gizliliği ve korunması*” hükümleri uyarınca, herkes özel hayatına saygı gösterilmesi talebinde bulunabilecektir. Kişilerin özel hayatının gizliliği, sırf toplumun ya da isnatta bulunan kişilerin merakını gidermek amacıyla zedelenemeyecektir<sup>65</sup>. Isnadını ispat etme hakkına sahip olduğunu ileri süren kimse, sırf kamunun merakını gidermek amacıyla hareket etmekte ve somut olayda da isnadın ispat edilmesinde kamunun bir yararı bulunmamağaysa, isnadın ispatı hakkı doğmayacaktır. Örneğin, bir akademisyenin öğrencisi ile ilişkisi yaşadığının isnat edilmesi halinde, isnadın ispat edilmesine izin verilmesi, üniversite çalışanlarının veya öğrencilerin merakını gidermekten başka bir amaca hizmet etmeyecektir ve kamu yararının varlığından söz edilemeyecektir. Aynı örneğin, akademisyenin ilişki yaşadığı öğrenciye fazladan not verdiğinin isnat edilmesi şeklinde gerçekleşmesi halindeyse, isnadın ispat edilmesinde bir kamu yararı olduğu söylenebilecektir.

İsnadın ispat edilebilmesi için aranan kamu yararının varlığı, her somut olayda mahkeme tarafından, somut olayın özellikleri dikkate alınarak takdir edilmelidir.

## 2. İsnadın İspat Edilmesine Mağdurun Rıza Göstermesi

Kanun koyucu mağdura isnat edilen, mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide eden ve konusu suç oluşturmayan somut fiil veya olgu isnatları bakımından; isnadın ispatında kamu yararı olmasa dahi faile isnadını ispat etme imkânı tanımıştır.<sup>66</sup> Bu halde fail, yalnızca mağdurun isnadın ispatına razı olması

<sup>63</sup> Koca-Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493.

<sup>64</sup> Erman, s. 262.

<sup>65</sup> Kayaççek, s. 157.

<sup>66</sup> Kayaççek, s. 159.

kaydıyla isnadını ispat etme hakkına kavuşacaktır. Isnadın ispat edilmesinde somut olayda kamu yararı bulunmaktaysa, mağdurun rıza göstermesi şartı aranmayacaktır<sup>67</sup>.

Mağdurun isnadın ispatına rıza göstermesi ihtimalinde, isnadın ispat edilebileceği düzenlemesinin kanunda yer alması halinde, mağduru hakaret suçu nedeniyle tekrar mağdur edebileceği ileri sürülmüştür<sup>68</sup>. Bu görüş uyarınca mağdurun, kendisine karşı gerçekleştirilen isnadların ispat edilmesine rıza göstermemesi halinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasından kaçındığı ve isnadın doğru olduğunu kabul ettiği yönünde manevi bir baskı göreceği ve kanun koyucu tarafından dolaylı olarak mağdurun isnadın ispatına razı olması gerektiği yönünde telkin edildiği söylenebilecektir<sup>69</sup>.

Mağdur, isnadın ispat edilmesine dair rızasını açıkça ve herhangi bir şarta tabi kılmadan açıklamalıdır. Rızasını açıkça ve şarta tabi kılmaksızın belirten mağdur, isnadın ispatlanmasına dair açıklamış olduğu rızasını geri alamaz<sup>70</sup>. Mağdur, fail hakkında hakaret suçu nedeniyle yürütülen kovuşturmanın kesin hükümle sonuçlanması anına kadar isnadın ispatına rıza gösterebilecektir<sup>71</sup>.

TCK md.26 hükmünde tanımlanan ilgilinin rızası hali ile isnadın ispat edilmesine rıza göstermek birbirinden tamamen farklı durumlardır<sup>72</sup>. TCK md.26 hükmünde tanımlanan ilgilinin rızası, kişinin üzerinde mutlak olarak tasarruf edebileceği bir hakkı üzerinde, failin ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan tipik eylemleri gerçekleştirilmesi halinde, tipik eylemin hukuka uygun hale gelmesini sağlayan genel bir hukuka uygunluk nedenidir. Mağdurun isnadın ispatına rıza göstermesi hali, yalnızca isnadın ispatı hakkının kullanımına ilişkin seçimsel bir şarttır ve mağdurun rızasını açıklamasıyla birlikte hakaret suçunun tipik fiilleri doğrudan hukuka uygun hale gelmez. Ayrıca kanunda öngörülen diğer koşullara uygun olarak isnadın ispat edilmesi gerekmektedir.

İsnadın ispatına rıza gösterebilecek mağdurlar, TCK md.127 hükmünde şikâyetçiler olarak tanımlanmıştır. Bu hüküm dolayısıyla, isnadın ispatına rıza

<sup>67</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 493.

<sup>68</sup> Kayaççek, s. 160.

<sup>69</sup> Kayaççek, s. 160.

<sup>70</sup> Ahmet Caner Yenidünya -Mehmet Emin Alşahin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 19, S. 68, 2007, s. 83.

<sup>71</sup> Yenidünya-Alşahin, s. 160.

<sup>72</sup> Kayaççek, s. 161.

gösterebilecek kimsenin, fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla şikâyetçi olması isnadın ispat edilmesi bakımından ön şart olarak kabul edilmelidir<sup>73</sup>. Hakaret suçunun birden fazla mağdura karşı gerçekleştirilmesi halinde, tüm mağdurların isnadın ispatına razı olması gerekir<sup>74</sup>. Sayısı birden fazla olan mağdurların birinin veya bir kısmının rıza göstermemesi halinde, yalnızca isnadın ispatlanmasında bir kamu yararı bulunmaktaysa isnadın ispatı istemi kabul edilecektir<sup>75</sup>.

### III. İSNADIN İSPATINDA İZLENECEK USUL

Doktrinde, hakaret suçu bakımından yargılamayı yürüten mahkemenin izlemesi gereken usul, isnat edilen fiil veya olgunun konusunun suç niteliğinde olup olmamasına göre ikili ayrıma tabi tutularak değerlendirilmiştir<sup>76</sup>. Bu hususun çalışmanın bütünlüğü bakımından kısaca değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### A. İsnadın Konusunun Suç Olmaması Halinde İspatın Usulü

İsnat edilen fiil veya olgunun niteliğinin suç oluşturmaması halinde, yalnızca fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla kovuşturmayı yürüten mahkemede isnadın ispat edilmesi mümkündür<sup>77</sup>. Mahkeme, isnadın niteliğinin suç oluşturmaması halinde re'sen harekete geçmemelidir ve failin, failin yasal temsilcisinin ya da müdafisinin talebi üzerine harekete geçerek isnadın ispatı hususunda bir değerlendirme yapmalıdır<sup>78</sup>. Failin ya da temsilcilerinin isnadın ispat edilmesi isteminde bulunmasının üzerine mahkeme, isnadın içeriğinin suç oluşturmaması halinde; isnadın ispat edilmesinde bir kamu yararı olup olmadığını veya mağdurun isnadın ispat edilmesine rıza gösterip göstermediğini araştıracaktır ve kanunda öngörülen şartların oluşması halinde isnadın ispatı istemini kabul edecektir<sup>79</sup>. Bu hususta yargılamayı yürüten mahkeme, isnadın ispatına dair bir ara karar kurarak durumu tespit etmelidir. İsnadın ispatı bakımından bir kamu yararı mevcut değil ya da mağdurun rızası bulunmamaktaysa, ara kararla

<sup>73</sup> Kayaççek, s. 162.

<sup>74</sup> Erman, s. 264.

<sup>75</sup> Kayaççek, s. 162.

<sup>76</sup> Kayaççek, s. 167; Emine Ülker Tarhan, *Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 330 vd.

<sup>77</sup> Kayaççek, s. 167; Tarhan, s. 330; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 492; Özbek - Doğan- Bacaksız, s. 527.

<sup>78</sup> Kayaççek, s. 167; Tarhan, s. 330.

<sup>79</sup> Kayaççek, s. 167.

birlikte mahkeme, isnadın ispatı istemini reddetmelidir ve dosyadaki mevcut delillere göre karar vermelidir. Fail, isnadın ispatı iddiasını kovuşturma evresinde, hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada ileri sürebilecektir<sup>80</sup>.

Mahkeme isnadın ispatlanması hususunu, gerekli araştırmayı gerçekleştirdikten sonra ara kararıyla kabul etmişse, CMK md.218 hükmünün 1. fıkrasında düzenlenen “ceza mahkemelerinin ek yetkisi” uyarınca, hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten aynı mahkeme, şikâyetçi bakımından özel bir yargılama usulü öngörülmüş olsa dahi, isnat edilen fiil veya olgunun doğru olup olmadığını inceleyecektir<sup>81</sup>.

Hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkeme, isnadın doğru olup olmadığını incelerken, kuşkuyla yer bırakmayacak, açık ve keskin delillerle hüküm kurmalıdır. Mahkeme, nisbi muhakeme kurallarına uygun olarak gerçekleştirdiği araştırmasında, hukuka uygun olan ve CMK tarafından öngörülen tüm delillerden yararlanabilecektir<sup>82</sup>. Ceza muhakemesinin gerçek amacının maddi gerçeği ortaya çıkarmak olduğu hususu dikkate alındığında, isnadın doğruluğunun araştırılmasına mahkemece karar verildikten sonra isnadın ispatı hususunda tüm deliller mahkemece re’sen araştırılmalıdır<sup>83</sup>. Şüphesiz, failin de isnadın ispat edilmesi bakımından, mahkemede ileri sürmüş olduğu soyut iddialarından başka delilleri ileri sürmesi de gerekmektedir. Bu hususta, isnadını ispat edemeyen sanığın “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince isnadını ispatladığı ileri sürülemeyecektir<sup>84</sup>.

Mahkeme, nispi muhakeme hükümleri uyarınca gerçekleştirmiş olduğu araştırmanın sonucunda, isnat edilen fiil veya olgunun doğru olduğu hususunda kesin bir kanaate ulaşılmıyorsa, isnat ispat edilmiş sayılacaktır ve fail hakaret suçundan sorumlu tutulmayacaktır.

## B. Isnadın Konusunun Suç Olması Halinde İspatın Usulü

Mağdur hakkında gerçekleştirilen isnadın konusunun suç olduğunu tespit eden ve hakaret suçu dolayısıyla kovuşturmayı yürüten mahkemenin, öncelikle

<sup>80</sup> Kayaççiçek, s. 171.

<sup>81</sup> Kayaççiçek, s. 169; Mine Arısoy, “Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, Eylül-Ekim 2007, s. 198; Soyaslan, s. 344.

<sup>82</sup> Erman, s. 321.

<sup>83</sup> Soyaslan, s. 344 vd. Doktrinde yer alan aksi yöndeki görüşlere göre, gerçekleştirmiş olduğu isnadını ispat etmek isteyen fail, isnadını yalnızca kendisi ispat etmelidir ve ispat yükü kendi üzerine bırakılmalıdır, mahkemenin re’sen araştırma yükümü bulunmamaktadır, bkz. Kayaççiçek, s. 170-171.

<sup>84</sup> Centel-Zafer-Çakmut, s. 250; Kayaççiçek, s. 171.



mağdur hakkında isnat edilen suç dolayısıyla yürütülen bir soruşturmanın ya da bir kovuşturmanın mevcut olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Suçun niteliğinin de ayrıca ispata elverişli olması gerekir<sup>85</sup>.

TCK md.127 hükmünün gerekçesinde, fail tarafından gerçekleştirilen somut olgu veya fiil isnadının suç niteliğinde olması halinde, isnat olunan suçun gerçekten işlenip işlenmediğinin belirlenmesi hususunda, hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkemenin, isnat edilen suçla ilgili mağdur hakkında yargılamayı yürüten mahkemenin kararını bekletici mesele sayarak beklemesi gerektiği ve isnadın doğru olup olmadığının ispatının ancak isnat konusu suç dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkeme tarafından belirlenebileceği belirtilmiştir<sup>86</sup>.

TCK md.127 hükmü değerlendirildiğinde, suç niteliğinde olan somut fiil veya olgu isnatlarının yalnızca isnat edilen ilgili suç dolayısıyla hakaret suçunun mağduru olan kişinin, isnat edilen suç bakımından mahkûm olması ve bu kararın kesinleşmesiyle ispat olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle, suç niteliğindeki somut fiil veya olgu isnatlarının, mutlaka ilgili suç isnadı dolayısıyla kovuşturmayı yürüten mahkeme tarafından kesin olarak hüküm altına alınması gerekmektedir. Soruşturma aşamasında savcılık makamı tarafından isnat edilen suç ile ilgili verilmiş olan kararlar dolayısıyla, isnadın ispat edildiğinden bahsedilemeyecektir. Hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkemenin, savcılığın vermiş olduğu kararlara karşı da nisbi muhakeme yoluna başvurarak isnat edilen suçun doğru olup olmadığını iddiasını araştırması mümkün değildir<sup>87</sup>.

Hakaret suçunun mağduru konumunda olan ve hakkında somut fiil veya olgu isnadında bulunulan kişinin, kendisine isnat olunan ve suç niteliğindeki fiillerinin kesin olarak ispat edilmesi ve kişinin üzerine atılı olan suç dolayısıyla mahkûm olması halinde ve bu kararın da kesinleşmesi ihtimalinde, isnat ispatlanmış sayılacaktır. Hakaret suçu dolayısıyla kovuşturmayı yürüten mahkeme, kararın kesinleşmesiyle birlikte bekletici meseleyi sona erdirerek, isnadın ispat

---

<sup>85</sup> Tarhan, s. 327.

<sup>86</sup> Bkz. Türk Ceza Kanunu md.127 gerekçesi.

<sup>87</sup> Savcılığın, isnat olunan suç ile ilgili soruşturma başlatmasının ardından, hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkemenin bu soruşturmanın sonucunu beklemeyerek, nisbi muhakeme ile kendisinin isnat olunan suç dolayısıyla uyumsuzluğu çözmesi gerektiği hususunda görüş için bkz. Gülerdem Altun Öçkoymaz, "Hakaret Suçu", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010, s. 200.

edildiğini tespit edecektir ve isnatta bulunan kimse hakkında hakaret suçu dolayısıyla ceza vermeyecektir. Mağdurun üzerine atılı suçtan dolayı mahkûm edilmemesi ihtimalinde ise hakaret suçunun faili, isnadını ispat edememiş sayılacaktır ve hakaret suçundan sorumlu tutulacaktır.

#### IV. İSNADIN İSPATI HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrinde, isnadın ispatı kurumunun hukuki niteliğinde ve isnadın ispat edilmesi ihtimalinde hakaret suçu dolayısıyla fail hakkında mahkemece kurulacak hüküm hakkında ihtilaflar mevcuttur<sup>88</sup>. Doktrindeki bir görüş uyarınca, isnadın ispatı hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir ve hukuka uygunluk halinin varlığına göre, suçun haksızlık unsurunun oluşumu hususunda değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>89</sup>. Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca, isnadın ispatı hakkı bir şahsi cezasızlık sebebidir ve fiili suç olmaktan çıkarmayıp yalnızca failin kusurunu ortadan kaldırır, fail hakaret suçu dolayısıyla kınanmaktan çıkar<sup>90</sup>.

##### A. İsnadın İspatı Hakkının Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğu Görüşü

Doktrinde, isnadın ispatı hakkının hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk hali olduğu ağırlıklı olarak ileri sürülmüştür<sup>91</sup>. Bu görüş uyarınca, TCK'nin 127. maddesinin gerekçesinde ve Anayasa'nın 39. maddesinin gerekçesinde yer alan açıklamalar kabul edilerek, isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri sürülmektedir.

TCK md.127 hükmünün gerekçesi incelendiğinde; ispat hakkına ilişkin Anayasa hükmünün gerekçesine göre isnadın ispatlanması halinde, hakaret suçunu oluşturan fiilin hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalktığı ve bu nedenle hakaret suçu dolayısıyla yürütülen kovuşturmanın sonucunda kişi hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine hüküm gerekçesine göre, anayasal

<sup>88</sup> Tuba Kelep Pekmez, "Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (TCK m.125)", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 43, Ağustos 2020, s. 523-565, <https://www.jurix.com.tr/article/21220> (01.07.2021).

<sup>89</sup> Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 489.

<sup>90</sup> Doktrinde, isnadın ispatı hakkının yalnızca bir cezasızlık sebebi olduğu da ileri sürülmüştür, bkz. Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 633.

<sup>91</sup> Kayaççek, s. 147; Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 489; Koloş, s. 643; Tarhan, s. 325-326; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 325; Kelep Pekmez, <https://www.jurix.com.tr/article/21220> (01.07.2021).

düzenlemeler göz önüne alınarak isnadın ispatı hakkı TCK'de düzenlenmiştir ve anayasal hükme paralel olarak isnadın ispatı hakkı TCK'de bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir<sup>92</sup>. TCK'deki hüküm gerekçesi uyarınca, anayasal hüküm ve bu hükmün gerekçesine uygun olarak TCK gerekçesinde isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk hali olduğuna dair atıf yapıldığından, anayasal gerekçenin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

TCK md.127 hükmünün gerekçesinin yapmış olduğu atıf nedeniyle, Anayasa'nın ispat hakkı başlıklı 39. maddesinin gerekçesi incelendiğinde; hakaret suçunda, hakaretin tipik eylemi olan isnatların sırf doğru olması halinin bir beraat sebebi olarak sayılmayacağı belirtilerek, istisna olarak öngörülen bazı hallerde isnadın doğru olmasının hakaret suçundaki tipik fiili hukuka uygun hale getireceği, hakaret suçunun hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkacağı belirtilerek, madde metninde tanımlanan ispat şartlarının tamamlanmasıyla kişi hakkında hakaret suçu dolayısıyla beraat hükmü kurulacağı açıklanmıştır<sup>93</sup>.

İsnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi durumunda bu hak, doktrindeki kimi yazarlara göre TCK md.26 hükmünün 1. fıkrasında tanımlanan ve genel bir hukuka uygunluk hali olan hakkın kullanılması halinin özel bir görünümü olarak nitelendirilebilecektir<sup>94</sup>. Bu görüş uyarınca, kimse hakkını kullanması sebebiyle ceza kanunları uyarınca cezalandırılmayacaktır. İsnadın ispatı hakkı da, hakaret suçuna özgü olarak kanunla düzenlenmiş olan bir hakkın kullanımını halidir. Bu sebeple TCK'de tanımlanan hakkın kullanılması hükümlerinin uygulanması durumunda meydana gelen sonuç olan suçtaki haksızlığın ortadan kalkması haliyle isnadın ispatlanması hali aynı hukuksal sonuçları doğuracaktır<sup>95</sup>.

Suç, cezaya layık haksızlık olarak tanımlanmaktadır<sup>96</sup>. Bununla birlikte, TCK'de tanımlanan suçtaki tipik eylemlerin hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkmasını sağlayan nedenlere hukuka uygunluk nedenleri denilecektir ve hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı suçtaki haksızlık unsurunu ortadan kaldırır.

<sup>92</sup> Bkz. TCK md.127 hükmü gerekçesi.

<sup>93</sup> Bkz. Anayasa md.39 hükmü gerekçesi.

<sup>94</sup> Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 483.

<sup>95</sup> Koca-Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 483; Kocaoğlu, s. 311 dipnot 1339; Koloş, s. 643-644.

<sup>96</sup> Mahmut Koca - İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 265.

çağından, suç meydana gelmeyecektir<sup>97</sup>. Isnadın ispatı hakkı da bir hukuka uygunluk hali olarak değerlendirildiği takdirde, hakaret suçu meydana gelmeyecektir ve suçun haksızlık unsuru oluşmayacaktır.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda da, kanunun ve Anayasa'nın isnadın ispatı hakkına dair hükümlerinin gerekçelerine uyumlu olarak ve bunlara atıf yapılarak, isnadını ispat eden kimse hakkında hakaret suçu nedeniyle yürütülen kovuşturma sonucunda mahkeme tarafından beraat hükmü kurulacağı belirtilmektedir<sup>98</sup>.

### B. Isnadın İspatı Hakkının Şahsi Cezasızlık Sebebi Olduğu Görüşü

Doktrindeki bu görüş uyarınca, isnadın ispatı hakkı bir şahsi cezasızlık halidir ve failin cezalandırılmasını engelleyen, suçta var olan kusuru ortadan kaldıran ve failin suç dolayısıyla kınanmasını engelleyen bir kurumdur<sup>99</sup>. Doktrindeki bu görüşü savunanlara göre; 765 sayılı TCK'nin 481/7. maddesi uyarınca, isnadın ispatı halinde fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla yürütülen kovuşturmanın sonucunda düşme kararı verileceğinin düzenlenmiş olması fakat 5237 sayılı TCK'de bu hususa yönelik herhangi bir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle, isnadın ispatı halinde eski kanun dikkate alınarak yargılama sonucunda düşme kararının verilmesi gerekmektedir<sup>100</sup>. CMK'nın 223. maddesinde de açıkça isnadın ispat edilmesi durumunun hakaret suçuna özgü, beraat kararı verilmesi gereken bir hal olarak düzenlenmemesi karşısında, isnadın ispatı halinde beraat kararı verilmesi mümkün görülmemektedir<sup>101</sup>.

5237 sayılı TCK'de, isnadın ispatı halinde fail hakkında verilecek hüküm konusunda açık bir düzenleme mevcut olmadığından, 765 sayılı TCK uyarınca fail hakkında düşme kararı verilmelidir<sup>102</sup>. Usul hukuku hükümleri ve 765 sayılı TCK

<sup>97</sup> Koca-Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 265-266.

<sup>98</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 11.03.2021 tarihli, 2020/12064 E. ve 2021/8907 K. sayılı hükmü.

<sup>99</sup> Gürdoğan, Doktora Tezi, s. 259; Erman, s. 276; Mehmet Emin Artuk vd., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 513.

<sup>100</sup> Kocaoğlu, s. 320. Doktrinde, CMK md.223/8. hükmünde düşme kararının verileceği haller içerisinde isnadın ispat edilmesi hali sayılmadığından, isnadını ispat eden kimse bakımından kurulacak hükmün ceza verilmesine yer olmadığı kararı olması gerektiği de ileri sürülmüştür, bkz. Mustafa Artuç, **Kişilere Karşı Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1436 vd.

<sup>101</sup> Kocaoğlu, s. 320. Bu görüş uyarınca, isnadını ispat eden fail bakımından hüküm olarak beraat kararı verilemeyeceğinden, suçtaki haksızlık unsurunun ortadan kalkmaması nedeniyle isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır, bkz. Artuk vd., s. 513.

<sup>102</sup> Özbek - Doğan - Bacaksız, s. 528.

gereğince, isnadın ispatı hakkının kullanılması durumunda fail hakkında beraat hükmü kurulamayacağından, isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğundan da bahsedilemeyecektir.

Suçla ilişkin hukuka uygunluk nedeni tipik fiilin icrasının en başından itibaren mevcut bulunmalıdır<sup>103</sup>. İsnadın ispatlanmasından sonra, başlangıçta haksız olan tipik fiilin haksızlık unsuru ortadan kalkmamaktadır ve haksız fiil sonradan kanunda öngörülen şartların tamamlanmasıyla birlikte hukuka uygun hale gelmemektedir<sup>104</sup>. Suç, mağdur hakkında hakaret suçunda tanımlanan tipik isnadın fail tarafından icra edilmesiyle tamamlanmıştır. Kanun koyucu, isnatta bulunan kimseye isnadının doğruluğunu ispat etmek konusunda bir ayrıcalık tanıyarak isnatta bulunan kişinin iyi niyetini güdülen suç politikasının gereği olarak korumuştur<sup>105</sup>.

İsnadın ispatı hakkı, hakaret suçunun tipik hareketini gerçekleştiren fail bakımından; tipik fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması ya da var olan hukuka uygunluk nedeninin sınırının fail tarafından aşılması durumunda failin cezalandırılmasını engelleyen bir imkân olarak kanunda yer almıştır<sup>106</sup>.

İsnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu kabul edilirse, fail hakkında yürütülen yargılamanın sonucunda “*düşme*” kararı verilmesi gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmiştir<sup>107</sup>. Doktrindeki bu görüş, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde uygulanacak olan CMK md.224/4-b hükmünü değil, 765 sayılı TCK’nin md.481/7 hükmünü esas almaktadır ve bu hüküm uyarınca düşme kararının verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>108</sup>. Doktrinde, azınlıkta kalan bir görüş uyarınca, isnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olma-

<sup>103</sup> Gürdoğan, Doktora Tezi, s. 259.

<sup>104</sup> Şen, s. 537.

<sup>105</sup> Ali İhsan Erdağ, “İsnadın İspatı”, *Hukuki Perspektif Dergisi*, 2004, S. 2, s. 139.

<sup>106</sup> Erman, s. 246.

<sup>107</sup> Centel- Zafer- Çakmut, s. 261; Tezcan - Erdem- Önok, s. 474; Soyaslan, s. 345; Yenidünya - Alşahin, s. 84. CMK’nın 223. maddesinin 4. fıkrasının b bendinde, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verileceği belirtilmiştir. İsnadını ispat eden fail hakkında “*düşme*” kararının verilmesi gerektiğini savunan bu görüşe göre, 765 sayılı TCK’nin 481/7. maddesinde isnadın ispatı halinde düşme kararının verilecek olması açıkça hüküm altına alınmışken, 5237 sayılı TCK’de ve CMK’da açıkça isnadın ispatlanması halinde kurulacak hükme dair bir düzenleme bulunmadığından, düşme kararının verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, eski kanun hükmünün uygulanması gerekmektedir, bkz. Kocaoğlu, s. 320; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 527-528.

<sup>108</sup> Kocaoğlu, s. 320.

sı nedeniyle, CMK md.224/ 4-b bendi uyarınca, isnadını ispat eden fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilmesi gerekmektedir<sup>109</sup>.

### C. Isnadın İspatı Halinde Hukuki Sorumluluk

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, kişilik hakkının saldırıya uğraması dolayısıyla zarara uğrayan kimse, uğradığı manevi zarar karşılığında bir miktar para talep edebilecektir. Hâkim, davacının para talebinden ayrı olarak, paradan başka bir şekilde kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin zararının giderilmesine karar verebilir. Özellikle kişilik hakkına yönelik saldırının kınanmasına ve kınamanın yayımlanmasına karar verilebilir.

TBK md.58 hükmü uyarınca, kişilik hakkına saldırı gerçekleştiren kimsenin haksız fiilinden sorumlu tutulabilmesi için, TBK md.49'da tanımlanan şekilde kusurlu ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmiş olması gerekecektir.

Hakaret suçu, doğrudan kişinin manevi varlığına yönelik bir saldırı şeklinde icra edilir ve kişinin manevi bütünlüğünü bozar<sup>110</sup>. Bu nedenle, hakaret suçunu icra eden kimse, mağdurun zararlarının giderilmesi bakımından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca hukuki olarak da sorumludur. Hakaret suçunu gerçekleştiren fail, aynı zamanda kusurlu ve hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirmiş olduğundan ve mağdurun kişilik hakkına saldırdığından, mağdurun uğradığı manevi zararı gidermekle yükümlüdür.

Fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla yürütülen kovuşturmada, failin isnadını ispatlaması halinde, doktrindeki her iki görüş uyarınca da failin bir cezai yaptırıma tabi tutulmayacağı açıktır. Isnadın ispatı hakkı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, fail hakkında yargılama sonucunda beraat hükmü kurulacak; isnadın ispatı hakkı şahsi cezasızlık sebebi olarak kabul edilirse fail hakkında yargılamanın sonucunda cezanın düşmesi kararı verilecek ya da ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilecektir<sup>111</sup>. Her iki ihtimalde de fail cezai olarak sorumlu tutulamayacaktır. Failin hukuki sorumluluğuysa, isnadın ispatı hakkının hukuki niteliğine göre değişecektir.

İsnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde, TBK md.49 hükmünde haksız fiilin oluşması için aranan hukuka aykırı

<sup>109</sup> Artuç, s. 1436 vd.; Arısoy, s. 197; Bkz. dipnot 96.

<sup>110</sup> Gökhan Taneri, *Hakaret Tekzip Tazminat*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 26.

<sup>111</sup> Bkz. IV.A. ve IV.B. başlıkları.

bir fiilin varlığı şartı meydana gelmeyecektir ve haksız bir fiil oluşmayacaktır. Haksız bir fiilin oluşmaması halindeyse, isnadını ispat eden failin hukuki olarak sorumluluğu da doğmayacaktır<sup>112</sup>.

İsnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğu görüşünün kabul edilmesi halindeyse, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil olan hakaret suçunu gerçekleştiren fail, isnadını ispat etse dahi mağdurun kişilik haklarının zarara uğraması dolayısıyla hukuken sorumlu tutulacaktır<sup>113</sup>. Bu görüş uyarınca isnadın ispatı hakkı, ceza hukuku bakımından yalnızca kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır. Özel hukuk bakımından, hakaret suçunu gerçekleştiren fakat cezalandırılmayan failin eylemi haksız bir fiil olma niteliğini sürdürmektedir ve fail eylemi nedeniyle hukuken sorumlu tutulabilecektir.

#### **D. İsnadın İspatı Hakkının Hukuki Niteliği Hakkında Kanaatimiz**

Kanaatimizce isnadın ispatı hakkı, TCK md.26'da düzenlenen ve genel bir hukuka uygunluk sebebi olan hakkın kullanımının özel görünüş biçimidir<sup>114</sup>. İsnadın ispatı hakkı, hakaret suçuna özgü olarak düzenlenmiş olan bir hukuka uygunluk hali olarak değerlendirilmelidir. Kanun koyucunun kanun metnine ilişkin yorumunu yansıtan kanun gerekçesi incelendiğinde, isnadın ispat edilmesi halinin, hakaret suçunun hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıracığı açıklanmıştır<sup>115</sup>. Benzer şekilde, Anayasa'nın ispat hakkı başlıklı 39. maddesinin gerekçesi incelendiğinde de, isnadın kanunda öngörülen şartlara uygun olarak ispatlanmasıyla birlikte hakaret suçunun tipik fiilinin hukuka uygun hale geldiği belirtilmiştir<sup>116</sup>.

Doktrinde, isnadın ispatı hakkının şahsi cezasızlık sebebi olduğu görüşünde olan yazarların görüşlerinin en temel dayanağı, 765 sayılı TCK'nin 481/7. maddesinde; isnadını ispat eden kimse hakkında, hakaret suçu dolayısıyla yürütülen kovuşturma sonucunda düşme kararı verileceği hükmünün yer almasına rağmen; 5237 sayılı TCK'de isnadın ispatlanması durumunda hükmün sonucunun ne olacağına dair açık bir hüküm bulunmamasıdır<sup>117</sup>. Bu görüş uyarınca, isnadını

---

<sup>112</sup> Koloş, s. 644; Kayaççiçek, s. 178.

<sup>113</sup> Erman, s. 246.

<sup>114</sup> Koca-Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 483; Özgenç, s. 325.

<sup>115</sup> Bkz. TCK md.127 gerekçesi.

<sup>116</sup> Bkz. Anayasa md.39 gerekçesi.

<sup>117</sup> Bkz. IV.B. başlığı.

ispat eden kimse hakkında, hakaret suçu dolayısıyla yürütülen yargılamada hükmedilecek sonuç bakımından açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle eski hükmün uygulanması gerekir ve sonuç olarak düşme kararı verilmesi gerekir<sup>118</sup>.

İsnadın ispatına dair 5237 sayılı TCK'nin 127/1. hükmünde, isnadını ispat eden kimseye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, kanunda isnadını ispat eden fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla cezaya hükmolunmayacağına belirtilmiş olması yeterlidir. İsnadın ispatına dair hükümde ceza verilmez ibaresinin kullanılması, genel hukuka uygunluk nedenlerinin kanundaki düzenlenme biçimiyle paraleldir ve birbirlerine uyumludur. İsnadın ispatı halinde ceza verilmeyeceğine dair kanun hükmünün varlığı, isnadın ispatı hakkının hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni ya da kusurluluğu kaldıran hal olup olmadığı hususunda yeterince açık bir hüküm değildir. Bu nedenle de kanun koyucunun iradesini yansıtan hüküm gerekçesine önem vererek hukuki nitelik tayin edilmelidir ve isnadın ispatı hakkının hukuki niteliğinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilmelidir.

İsnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğun ileri süren yazarların diğer dayanağı, CMK md.223 hükmünde açıkça isnadını ispat eden kimse hakkında beraat hükmü kurulacağına dair bir hükmün yer almamasıdır<sup>119</sup>. Kanaatimizce, düşme kararına ilişkin CMK md.223 hükmünün 8. fıkrası incelendiğinde; düşme sebeplerinin TCK'de yer alması gerektiği belirtildiğinden ve isnadın ispatı hakkına dair düşme sebebi hakkında TCK'de açık bir düzenleme bulunmadığından, isnadını ispat eden kimse bakımından düşme kararı verilmesi kanunen mümkün değildir. Yine, CMK md.223 hükmünün 2. fıkrasının d bendinde, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde beraat kararının verileceği düzenlenmiş olduğundan, isnadını ispat eden kimse bakımından hakaret suçu dolayısıyla beraat kararı verilmesinin önünde usul hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır.

## SONUÇ

İsnadın ispatı hakkı, hakaret suçuna özgü olarak düzenlenmiş ve belirli şartlar altında failin hakaret suçu dolayısıyla cezadan sorumlu tutulmasını engelleyen bir kurumdur. Tarihsel süreç içerisinde, isnadın ispatı hakkının kulla-

---

<sup>118</sup> Bu görüş uyarınca, isnadını ispat eden kimse hakkında yürütülen kovuşturma sonucunda düşme kararı verileceğinden, isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Somut olayda ayrıca bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, fail hakkında beraat kararı verilmesi gerekir. Aynı yönde bkz, Kocaoğlu, s. 320; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 527-528.

<sup>119</sup> Kocaoğlu, s. 320.



nılması bakımından birtakım sistemler uygulanmıştır. Bu sistemler; kesin ispat yasağı sistemi, mutlak ispat imkânı sistemi ve karma sistemdir. Yine karma sistem de kendi içerisinde ispat yasağı sistemi ve ispat imkânı sistemi olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. TCK'de kabul edilen sistem, mutlak anlamda olmasa da karma sistemdir. Karma sistem içerisinde de ispat yasağı sistemi kural olarak benimsenmiştir.

Kanun koyucu, isnadın ispatının kullanılabilmesi bakımından birtakım şartlar öngörmüştür. Buna göre, failin; hakaret suçunda tanımlanan tipik somut fiil veya olgu isnadını, kamu görev veya hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev veya hizmetleriyle ilgili olarak gerçekleştirmişse, isnadının doğruluğunu ispat etme hakkı bulunmaktadır. Bu hallerin dışında failin isnadını ispat etmesi yalnızca, failin isnadının niteliğinin suç oluşturması ve mağdurun isnat edilen bu suç dolayısıyla mahkûm olup bu mahkûmiyet kararının kesinleşmesi halinde ya da isnadın doğruluğunun araştırılmasında kamu yararının bulunması halinin mevcut olması yahut mağdurun isnadın ispatına rıza göstermesiyle mümkün olacaktır.

İsnadın ispat edilmesi konusunda isnadın doğruluğunu ortaya çıkaracak ve hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürütecek olan mahkemenin, isnadın niteliğinin suç olup olmaması haline göre izlemesi gereken usul kuralları farklılık göstermektedir. İsnadın niteliği suç oluşturmamaktaysa, mahkemenin; ceza mahkemelerinin ek yetkisi kapsamında nisbi muhakeme kurallarına uygun olarak kendiliğinden araştırma yapması ve buna göre isnadın doğruluğunu araştırarak hüküm kurması gerekmektedir. İsnadın niteliğinin suç oluşturması durumundaysa, hakaret suçu dolayısıyla yargılamayı yürüten mahkemenin, isnat edilen suç dolayısıyla mağdur hakkında yargılamayı yürüten mahkemenin kararını bekletici mesele yapması ve bu mahkemece kurulacak hükmün kesinleşmesini beklemesi gerekmektedir.

Doktrinde, ispat hakkının hukuki niteliği bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Birtakım yazarlar, ispat hakkını bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ederken, aksi görüşte olan yazarlar ispat hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğunu ileri sürmektedir.

İsnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren yazarlara göre, isnadını ispat eden fail hakkında hakaret suçu dolayısıyla yürütülen kovuşturma sonucunda beraat hükmü kurulacaktır. İsnadını ispat eden fail, kendisine kanun dolayısıyla tanınmış bir hakkı kullanmaktadır ve bu nedenle suçun haksızlık unsuru ortadan kalkmaktadır. İsnadın ispatı hakkı, genel hukuka uygunluk nedeni olan hakkın kullanılmasının özel bir görünüş biçimidir ve fiilin haksızlığını ortadan kaldırdığı gibi, faili hakaret suçu nedeniyle doğacak hukuki sorumlu-

luktan da bağışık tutmaktadır. Bu görüşün en temel dayanağı, isnadın ispatı hakkını düzenleyen TCK md.127 ve Anayasa'nın 39. maddelerinin gerekçeleridir. Kanun koyucu, isnadın ispatı hakkındaki görüşünü yansıtan kanun gerekçelerinde, ispat hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmiştir.

İsnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğunu ileri süren yazarlara göre, isnadını ispat eden fail hakkında hakaret suçu nedeniyle devam eden kovuşturmanın sonucunda, mahkeme tarafından düşme kararı verilmesi gerekmektedir. Bu görüş uyarınca, isnadın ispatı hakkı yalnızca kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir ve faili cezanın yaptırımından kurtarmakla birlikte, failin gerçekleştirdiği hakaret suçu nedeniyle doğacak hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İsnadın ispatı hakkının bir şahsi cezasızlık sebebi olduğunu ileri süren yazarların en temel dayanağı, 765 sayılı TCK'nin 481/7. maddesinde, isnadın ispatı halinde cezanın düşeceği hükmünün bulunmasına rağmen, 5237 sayılı TCK'nin 127. maddesinde isnadın ispatlanması durumunda hükmün sonucunun ne olacağına dair açık bir hüküm bulunmamasıdır. Yine bu görüş uyarınca, CMK hükümleri de isnadın ispatlanması durumunda hüküm sonucunun ne olacağını açık bir şekilde belirlememektedir ve bu nedenle eski kanun hükümleri uygulanarak hakaret suçu dolayısıyla yürütülen yargılamanın sonucunda düşme kararı verilmelidir.

Kanaatimizce, isnadın ispatı hakkı bir hukuka uygunluk nedenidir ve hakkın kullanımı halinin özel bir görünüş biçimidir. Her ne kadar 765 sayılı TCK döneminde isnadını ispatlayan fail hakkında düşme kararı verileceği hüküm altına alınmış olsa da, 5237 sayılı TCK ve 5271 sayılı CMK dönemindeki isnadın ispatına dair güncel olarak hali hazırda yer alan hükümler, isnadın ispatı hakkının bir hukuka uygunluk hali olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. TCK md.127 hükmünde açıkça, isnadını ispat eden kimse hakkında hakaret suçu dolayısıyla cezaya hükmedilmeyeceği belirtilmiştir. Meşru savunma, hakkın kullanılması, kanunun hükmü gibi genel hukuka uygunluk hallerinde de, isnadın ispatı hakkına dair düzenlemede yer alan *"ceza verilmez"* ibaresi yer almaktadır. Kanun koyucu, ceza verilmez ibaresinden ne anlaşılması gerektiğini kanun gerekçesinde açıklamaktadır. Kanun gerekçesinde de açıkça isnadın ispatı halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul edilmiştir ve kanaatimizce de isnadın ispatı hakkı, hakkın kullanılması halinin kendine özgü bir görünüşü olarak, bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmelidir. Kanun koyucunun, isnadın ispatı hakkının hukuki niteliğine dair tartışmalara son vermek amacıyla CMK md.223 hükmünün 2. fıkrasına, *"Yüklenen suçun hakaret suçu olması ve sanığın kanuna uygun olarak isnadını ispat etmesi"* bendinin eklenmesi yerinde olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ALTUN ÖÇKOYMAZ, Gülerdem, “Hakaret Suçu”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010.
- ARISOY, Mine, “Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, Eylül-Ekim 2007, ss. 152-205.
- ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AYDIN, Devrim, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 2013, ss. 879-918.
- CENTEL, Nur -ZAFER, Hamide -ÇAKMUT, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt 1, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- COŞKUN, Burak, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, *Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- DÜLGER, İbrahim “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 127. Maddesinin (İsnadın İspatı) Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, 16(2), ss. 127-138.
- ERDAĞ, Ali İhsan, “İsnadın İspatı”, *Hukuki Perspektif Dergisi*, 2004, S. 2, ss. 193-141.
- EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Cilt: 4 Özel Hükümler, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.
- ERMAN, Sahir, *Hakaret ve Sövme Suçları*, İstanbul Üniversitesi Fen Fakültesi Basım Atölyesi, 2. Baskı, İstanbul, 1989.
- GÜRDOĞAN, Özgür, “Hakaret Suçu”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2012.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler- Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- KAYANÇİÇEK, Murat, *Şerefe Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- KELEP PEKMEZ, Tuba, “Türk Ceza Hukukunda Hakaret Suçu (TCK md.125)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 43, Ağustos 2020, ss. 523-565.
- KOCA, Mahmut -ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- KOCA, Mahmut -ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- KOÇAOĞLU, Serhat Sinan, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu (5237 Sayılı TCK m.125-131)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KOLOŞ, Umut, "Türk Hukukunda İsnadın İspatı Hakkının Çok Boyutlu Hukuk Kavrayışı Bakımından Analizi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2014, 72(1), ss. 627-672.
- ÖZBEK, Veli Özer -DOĞAN, Koray -BACAĞSIZ, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- SARAÇ, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", *Maliye Dergisi*, 139, 2002, ss. 16-26.
- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanununun Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- TANERİ, Gökhan, *Hakaret Tekzip Tazminat*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- TARHAN, Emine Ülker, *Yeni Türk Ceza Yasasında Tehdit ve Hakaret Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner - ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 19, S. 68, 2007, ss. 43-93.

#### İnternet Kaynakları

- <https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12575/34567>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.
- [https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli\\_anayasa.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/6382/gerekceli_anayasa.pdf).
- <https://www.jurix.com.tr/>.
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>.
- <https://www.turcademy.com/tr/>.

# VESAYETÇİ PARLAMENTARİZMDEN YARI BAŞKANLIK SİSTEMİNE: YETKİ VE SORUMLULUKTA PARALELLİK İLKESİ AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME<sup>(\*)</sup>

Öğr. Gör. Muhammet Esat BOLAT<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU<sup>(\*\*\*)</sup>

## ÖZ

1982 Anayasasında yapılan 2017 değişiklikleri öncesinde Türkiye’de parlamenter hükümet sistemi benimsenmiştir. Ancak cumhurbaşkanının vesayetini doğuracak nitelikteki olağanüstü yetkileri sebebiyle parlamenter sistemden önemli ölçüde uzaklaşmış ve sistem yarı-başkanlık sistemine benzer bir modele bürünmüştür.

Parlamenter sistemin özüne aykırı bir şekilde güçlü bir cumhurbaşkanlığı makamının oluşturulması ve yarı-başkanlık sisteminden bile geniş sayılabilecek yetkilerine karşı sorumsuz bir cumhurbaşkanı, kamu hukukunun temel ilkelerinden olan “yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi” açısından bir paradoks doğurmuş ve sistem yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi açısından tartışmalı hale gelmiştir.

Bu çalışmada kavramsal açıdan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi ve kuvvetler ayrılığı bağlamında hükümet sistemleri açıklanmış; 2017 değişiklikleri öncesi Türkiye’de cumhurbaşkanı ve 1958 Fransa Anayasası’nda cumhurbaşkanının yetki ve sorumluluğu analiz edilerek Türkiye özelinde bir değerlendirme yapılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Vesayetçi Parlamentarizm, Yetki ve Sorumlulukta Paralellik, Cumhurbaşkanının Sorumluluğu.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/04/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 06/08/2021.

Atıf Şekli: Muhammet Esat Bolat - Mehmet Hatipoğlu, “Vesayetçi Parlamentarizmden Yarı Başkanlık Sistemine: Yetki ve Sorumlulukta Paralellik İlkesi Açısından Bir Değerlendirme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 319-359.

<sup>(\*\*)</sup> Uşak Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Mülkiyeti Koruma ve Güvenlik Bölümü, Uşak, Türkiye.

E-posta: esat.bolat@usak.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-1947-011X.

<sup>(\*\*\*)</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye.

E-posta: mhatipoglu@aku.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-5570-8554.

# **FROM TUTELARY PARLIAMENTARISM TO SEMI-PRESIDENTIAL SYSTEM: AN EVALUATION IN TERMS OF PRINCIPLE OF PARALLELISM**

## **ABSTRACT**

Before the changes of 2017 in 1982 Constitution, a parliamentary governmental system was adopted in Turkey. However, parliamentary system was abandoned significantly because of the extraordinary authorities that might cause the tutelage of president and the system turned into a model like semi-presidential system.

To construct a presidential position in a way contrary to the essence of the parliamentary system and to give authorities, even more than semi presidential system, to a president who has no responsibility towards them caused a paradox with parallelism in authority and responsibility. And the system became controversial in terms of the principle of parallelism in authority and responsibility.

In this paper, conceptually the governmental systems are explained in terms of the principle of parallelism in authority and responsibility and separation of powers; the president in Turkey before 2017 changes and the authority and responsibility of the president in 1958 French Constitution are analyzed and an evaluation specific to Turkey is carried out.

**Keywords:** Tutelary Parliamentarism, Parallelism in Authority and Responsibility, President's Responsibility.

## GİRİŞ

Devlet iktidarının örgütlenme biçimi olan “hükümet sistemi” kavramı, iktidarın devletin yönetim organları arasındaki paylaşımı ve bu organların birbiri karşısındaki konumunu belirlemektedir. Doktrinde üç temel yönetim organı olan yasama, yürütme ve yargının konumu ise hükümet sisteminin özelliğini göstermektedir. Bahse konu bu organların tek elde toplanmasıyla oluşan “kuvvetler birliği”<sup>1</sup> ile organların bağımsız olarak birbirinden ayrılmasıyla oluşan ve demokratik hükümet sistemlerini şekillendiren “kuvvetler ayrılığı” ilkeleri literatürde önemli yer tutmaktadır.

Halk, yönetimde egemen olduğu müddetçe, devlet yönetiminin organlar içerisindeki paylaşımının demokratik meşrûiyet açısından bir sakıncası yoktur. Dolayısıyla hükümet sistemlerinin farklı olması demokrasiye aykırılık teşkil etmeyecektir. Öğreti de ve anayasa hukuku teorisinde yasama ve yürütmenin birbirinden yumuşak bir şekilde ayrıldığı “parlamentar sistem”; yasama ve yürütmenin birbirinden sert bir şekilde ayrıldığı “başkanlık sistemi”; her iki sistemin yasama ve yürütme açısından bazı özelliklerinin alınmasıyla melez (karma) bir sistem olan “yarı-başkanlık sistemi” karşımıza çıkmaktadır. Gerek doğduğu ülke ve bu ülkelerde uygulamadaki istikrar açısından gerekse toplumunun siyasal kültürüne yönelik bir sistem olmasıyla başkanlık sistemi uygulamasında ABD; parlamenter sistemde İngiltere; yarı başkanlık sistemi açısından ise Fransa ön plana çıkmaktadır.

1789 devriminden günümüze Fransa, siyasal kırılmaların yüksek olması ve yaşanan yönetsel sıkıntılar sebebiyle birçok anayasa tecrübesi yaşamıştır. Siyasî istikrarsızlığın oldukça etkin olduğu bu dönemlerin sonunda, 1958 yılında V. Cumhuriyet dönemini başlatan anayasanın kabulüyle, yarı-başkanlık hükümet sistemini ortaya çıkaran demokratik bir devlet yönetimi doğmuştur. Yarı-başkanlık hükümet sisteminin beşiği ve toplumunun siyasî kültürünü olumlu yönde şekillendiren V. Cumhuriyet dönemiyle Fransa, hemen her alanda istikrarı yakalamıştır.<sup>2</sup>

Ülkemizde, cumhuriyetin ilanından bu yana sıklıkla karşımıza çıkan siyasî belirsizlikler beraberinde siyasî istikrarsızlığı da getirmiştir. Bu süreç içerisinde

<sup>1</sup> Kuvvetler birliğine göre hükümet sistemleri çalışma kapsamını aşacağından inceleme konusu edilmemiştir.

<sup>2</sup> Serap Yazıcı, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri*, Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.

demokrasi defalarca askıya alınmış, halkın temsil edildiği yönetimlerin yerini zaman zaman cunta yönetimi almıştır. Siyasî tarihimizdeki bu istikrarsızlıklar hükümet sistemi tartışmalarını çok zaman gündemde tutmuştur. 1924 Anayasası'nda "kuvvetler birliği, görevler (fonksiyonlar) ayrılığı; 1961, 1982 Anayasaları'nda parlamenter sistem benimsenmiştir. 1982 Anayasası'nda yapılan 2007 değişiklikleriyle kabul edilen "cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi" düzenlemesi ile hükümet sistemi yarı-başkanlık sistemine benzer bir sistematiğe bürünmüştür. 2017 değişiklikleriyle de Türk Tipi Başkanlık Sistemi olarak lanse edilen "Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi" kabul edilmiştir.<sup>3</sup>

Kamu hukukun temel ilkelerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi, kişilere verilen yetki ile sorumluluğun paralel nitelikte olmasını öngörür. Bir başka deyişle yetki sorumlulukla, sorumsuzluk ise yetkisizlikle dengelenmelidir. 2017 değişiklikleri öncesinde 1982 Anayasası'nda, parlamenter sistemin özüne sadık kalarak cumhurbaşkanlığı makamı sorumsuz olarak düzenlenmiş ancak cumhurbaşkanına yarı-başkanlık sistemlerinden dahi fazla sayılabilecek nitelikte güçlü ve geniş yetkiler ihdas edilmiştir. Cumhurbaşkanının bu güçlü ve geniş yetkilere karşı sorumsuz olarak öngörülmesi, cumhurbaşkanlığı makamını icracı, karar mercii ve denetim organına dönüştürmüştür. Cumhurbaşkanlığı makamı bu yönüyle siyasal-kamusal organlar arasında (meclis, kabine, başbakan, kamuoyu vb.) etkin bir konuma gelmiştir. Anayasanın kendisine verdiği yetkileri icracı bir makam gibi kullanan cumhurbaşkanı, "tarafsız" niteliğinin sorgulandığı birçok siyasî tartışmanın içinde yer almıştır. Klasik parlamenter sistemin aksine yürütme organının aslî unsuru olarak başbakan ve bakanlar kurulu yerine cumhurbaşkanının bu denli ön planda olması ve yetkilerini kullanarak aktif siyasette bulunması "vesayetçi parlamentarizm" olarak nitelendirilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde kamu hukukun temel ilkelerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi kavramsal açıdan incelenmiş; ikinci bölümünde kuvvetler ayrılığına göre hükümet sistemleri, yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi çerçevesinde kısaca ele alınarak, temel özellikleri belirtilmiştir. Üçüncü bölümde Türkiye ve Fransa'da cumhurbaşkanının yetki ve sorumluluğu yine ilke çerçevesinde değerlendirilmiştir. Fransa örneğinin alınmasında temel gerekçe, Türkiye'de 2017 değişiklikleri öncesinde uygulanan sistemin yarı-başkanlık sis-

<sup>3</sup> Kendine has bir yönetim modeli öngören "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi" çalışmamızın kapsamı dışındadır.



temine benzetilmesi; yarı-başkanlık sisteminin beşiği ve en iyi uygulandığı ülkenin ise Fransa olması sebebiyledir. Çalışmanın son bölümünde ise 2017 değişiklikleri öncesinde Türkiye’de cumhurbaşkanının konumu yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi çerçevesinde irdelenmiş; bu dönemde cumhurbaşkanının kendisine verilen yetkileri aktif bir şekilde kullanması sebebiyle ortaya çıkan krizlere değinilmiştir.

## I. KAVRAMSAL YÖNÜYLE YETKİ VE SORUMLULUKTA PARALELLİK İLKESİ

Kamu hukukun temel prensiplerinden biri olarak değerlendirilen yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi, makamlara verilecek sorumluluğun o makama tanınmış yetkiler ölçüsünde olması gerektiğini açıklayan bir kavramdır. Yazıcı<sup>4</sup> ilkeyi “yetkinin sorumlulukla, sorumsuzluğun ise yetkisizlikle dengelenmesi başka bir ifadeyle sorumluluğun varlığıyla yetkinin, sorumsuzluğun varlığıyla ise yetkisizliğinin eşdeğer nitelikte olması” şeklinde açıklarken, Özbudun<sup>5</sup>, karşı-imza kuralının varlığının parlamenter rejimlerde devlet başkanının yetkisizliği anlamına geleceğini, bu hususun yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesinin dayanağı olduğunu belirtmiştir. Tanör ve Yüzbaşıoğlu<sup>6</sup>, yetki ve sorumluluğunun birbirine paralel olması “devlet başkanlığının sorumsuzluğu aslında onun yetkisizliğini ifade eder” şeklinde açıklamıştır. Tanör ve Yüzbaşıoğlu, parlamenter sistem özelinde değerlendirdiği yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesinin karşı-imza kuralı ile yerine getirileceğini; karşı-imza kuralına göre devlet başkanına verilen yetkilerin içinin boşaltılarak sembolik bir hale getirildiğini ve buna paralel olarak da sorumsuz olarak konumlandırıldığını belirtmiştir<sup>7</sup>.

Gözler, karşı-imza kuralı çerçevesinde ele aldığı yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesini demokratik mantık çerçevesinde değerlendirerek sorumluluk ile

<sup>4</sup> Serap Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 178-179.

<sup>5</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 309.

<sup>6</sup> Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Tıpkı 18. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019, s. 343-344.

<sup>7</sup> Kavram hakkında daha fazla bilgi ve araştırma için bkz. Ömer Keskinsoy, *1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013, s. 86; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015, s. 509; Mustafa Erdoğan, “1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukukî Durumu”, *Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara 1982, s. 144.

yetkinin eşdeğer olması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>8</sup> Sorumlu olan kişi yetkili de olmalı; sorumluluk derecesi kişinin yetkileriyle örtüşmelidir. Yazar karşı-imza kuralından hareketle, demokrasi veyahut parlamenter sistemin ilkelerini bir kenara bırakarak yaptığı değerlendirmede, devlet başkanının yaptığı işlemlerden doğacak sorumluluğunu başbakan veya bakanlara yüklenmesinin adalet fikrine aykırı olacağı gibi ahlaken de doğru olmayacağını; asgari adalet fikrine sahip olan bir kişinin sorumluluğunu üstlenemeyeceği işi yapmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>9</sup> Alkan ise, devlet başkanının yetkili kılınmasına rağmen sorumsuz öngörülmesinin çelişkili, tutarsız ve karmaşık bir yapıya sebebiyet vereceğini belirterek yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine farklı bir bakış açısı getirmiştir. Yazara göre devlet başkanı sorumsuz olmasına rağmen güçlü yetkilere sahip olması durumunda devlet başkanlığı siyasal denge, denetim ve yönlendirme makamına dönüşebilecektir. Bu bağlamda (parlamenter sistemin mantığı çerçevesinde) devlet başkanının sorumsuz olarak gerçekleştirdiği veya katıldığı işlemlerde<sup>10</sup>, sorumsuzluğunun bir sonucu olarak yetkiyi sembolik nitelikte kullanabilmeli; siyasî yerindelik denetimi olarak kullanamamalıdır<sup>11</sup>.

Genel olarak değerlendirildiğinde kamu hukukun temel ilkelerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi yetki ile sorumluluğunun doğrusal bir denklemde olmasını öngörmektedir. Bu bağlamda devlet başkanına verilecek olan yetkiler oranında bir sorumluluk öngörülmesi, demokratik gelişim ve hukuk doktrini açısından gerekli görülmektedir. Örneğin hükümet sistemleri açısından değerlendirildiğinde, klasik parlamenter sistemde devlet başkanı doğrudan halk tarafından değil yasama organı içerisinde seçilmektedir. Bu bağlamda demokratik meşrûiyet açısından halktan gelen oylarla seçilmeyen bir devlet başkanının yürütme organı içerisinde pasif, yetkisiz, törensel mahiyette olması bir gerekliliktir. Karşı-imza kuralı ile işlerliği sağlanan bu gerekliliğe göre devlet

<sup>8</sup> Farklı bir ifadeyle Gözler, davulun, davulu taşıyan kişi tarafından çalınması gerektiğini belirterek, davulu elinde bulunduranın tokmağa da sahip olması gerektiğini söylemiştir. Devlet başkanı davulu çalma arzusunda ise davulu sırtlanmalıdır. Kemal Gözler, *Devlet Başkanları, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016, s. 269.

<sup>9</sup> Gözler, 2016, s. 267-268.

<sup>10</sup> "Katıldığı işlemler" ifadesiyle anlatılmak istenen devlet başkanının, başbakan ve ilgili bakanın katılımıyla gerçekleştirilen müşterek kararname çıkarma, üçlü imza kullanımı gibi karşı-imza kuralına ilişkin iş ve eylemlerdir.

<sup>11</sup> Haluk Alkan, *Karşılaştırmalı Siyaset Başkanlık ve Parlamenter Sistemler Işığında Yarı Başkanlık Modelleri*, 1. Baskı, Açılım Kitap, İstanbul, 2013, s. 303, 309.

başkanının sahip olduğu yetkiler bir nevi içi boşaltılarak siyasal açıdan sorumlu olan başbakan ve bakanlara aktarılmakta, devlet başkanının sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Bu noktada yetkisiz olarak konumlandırılan devlet başkanının aynı zamanda da sorumsuz kılınmasıyla kamu hukukun temel ilkelerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine uygun hareket edilmektedir. İkili yürütme (düalist) yapısına sahip parlamenter sistemde yürütme içinde yaşanabilecek görev ve yetki krizlerinin önlenmesi amacıyla ve demokratik meşrûiyetin de bir gereği olarak yürütmenin icracı makamı başbakan ve bakanlar kurulu olarak belirlenmektedir.

## II. KUVVETLER AYRILIĞI TEORİSİNE GÖRE HÜKÜMET SİSTEMLERİNDE YETKİ VE SORUMLULUKTA PARALELLİK İLKESİ

Hükümet sistemlerinin karakterine dayanak teşkil eden kuvvetler ayrılığı teorisinin izleri Antik Yunan ve Roma düşüncelerine kadar dayanmaktadır.<sup>12</sup> Literatürde ilk olarak John Locke (1632-1704) tarafından dile getirildiği belirtilmiş ise de teorinin kurucusu Montesquieu (1689-1755) olarak kabul edilmektedir.<sup>13</sup> Az da olsa bazı kaynaklar her iki düşünürü de kuvvetler ayrılığının kurucusu olarak kabul etmektedir.<sup>14</sup>

Montesquieu, kuvvetler ayrılığını “her devlette üç çeşit erk vardır: yasama erki, devletler hukuku ile ilgili işleri yürütme erki ve medeni hukukla ilgili işleri yürütme erki” şeklinde temellendirmiştir. Montesquieu, yürütmenin yasama ile birleşmesi durumunda monarşilerin önünün açılacağı; yargının bağımsız olmadığı takdirde ise kanunlar yerine keyfiyet ve zorbanın hâkim olacağını belirterek kuvvetlerin birbirinden bağımsız olmasının oldukça önemli olduğunu vurgulamıştır.<sup>15</sup>

Siyaset ve anayasa literatüründe hükümet sistemlerinin belirlenmesinde genel ve temel ölçüt kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Özbudun kuvvetler ayrılığını

<sup>12</sup> Rıza Arslan, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 1. Baskı, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013, s. 16; Doğan Kılıç, “Türkiye’de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 1, s. 449.

<sup>13</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015, s. 218-220.

<sup>14</sup> Merdan Mehmet Hekimoğlu, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı “Demokratik Hükümet Sistemleri” ve Türkiye*, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 8-9.

<sup>15</sup> Montesquieu, “L’Esprit Des Lois XI, Chapter 6, “İngiltere’nin Esas Teşkilatı”, Çev. Mukbil Özyörük, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1947, C. 2, S. 1, s. 75.

“devlet iktidarının hukuki anlamdaki işlevlerinin aralarında işbirliği olan farklı organlar tarafından yerine getirilmesi” olarak tanımlamaktadır.<sup>16</sup> Kuvvetler ayrılığı, devleti anayasal açıdan kurumsallaştırmaya dönük bir teoridir.<sup>17</sup> Kuvvetlerin bir elde veyahut bir kurulda toplanması, devleti anayasal açıdan kurumsallaştırmak yerine despotizmle sonuçlanacak bir yönetime sebebiyet verecektir.<sup>18</sup> Bu itibarla kuvvetlerin ayrılığı hukuk devleti ve demokratik devlet yönetiminin olmazsa olmazı denebilecek nitelikte önem arz etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı sisteminde ise yargının bağımsızlığı ve teknik-hukukî bir işlev oluşu her demokratik ve hukuk devleti anlayışını benimsemiş hükümet sisteminde temel varsayım olarak kabul edilmekte; yasama ve yürütmenin konumu ile birbiriyle ilişkileri ve yetkisel anlamda ayrışmaları hükümet sisteminin özelliğini yansıtmaktadır.<sup>19</sup> Kuvvetlerin dağılımı, düzenlenişi ve ilişkileri açısından günümüz anayasal demokrasilerde başlıca 3 farklı hükümet sistemi uygulanmaktadır: (1) kuvvetlerin sert ayrılığına dayanan başkanlık sistemi, (2) kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanmakla birlikte siyasî birliğini benimseyen parlamenter sistem, (3) bu iki sistemin özelliklerini taşıyan, parlamenter ve başkanlık sistemi arasında yer alan “melez” bir sistem olarak kabul edilen yarı-başkanlık sistemi.<sup>20</sup> Bununla birlikte günümüzde hükümet sistemleri birbirinden farklı özellikler göstermekte, tek tip parlamenter, yarı başkanlık ve başkanlık rejiminden söz edilememektedir.

Kuvvetlerin birbirinden bağımsız ve sert bir şekilde ayrıldığı, kuvvetleri birbirine dengeleyip kontrol ettiren (check & balances), yürütme organının üstünlüğünü benimseyen bir sistem olan başkanlık sistemi<sup>21</sup>, farklı zamanlarda yapı-

<sup>16</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 183.

<sup>17</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012, s. 199.

<sup>18</sup> Teziç, 2015, s. 494.

<sup>19</sup> Yazıcı, 2017, s. 2; Mehmet Kahraman, “Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık ya da Yarı-Başkanlık Sistemlerinin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2012, C. 9, S. 18, s. 431-457; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2017, s. 207.

<sup>20</sup> Kahraman, 2012, s. 431-457.

<sup>21</sup> Başkanlık sistemi açısından anayasa literatüründe önemli tanımlamalar bulunmaktadır. Bu noktada Sartori, başkanın halk tarafından seçildiği ve görev süresi bitmeden görevden alınmayacağı (ne halk ne de parlamento tarafından) ve yürütmenin aslî unsuru olan bir başkanın olduğu sistemi başkanlık sistemi olarak tanımlamışken A. Lijphart, yetkileri anayasa ile belirlenip hükümet etme görevinde olan ve sabit sürede görev yapmak üzere halk tarafından seçilen başkanın güvensizlik oyuyla görevden alınamadığı ve yürütme kuvvetinin monist olduğu

lan seçimlerle göreve gelen ve meşrûyetini doğrudan halktan alıp halka karşı sorumluluğu bulunan, aralarındaki yetki ve görev ayrımının katî nitelikte belirlendiği, görev süresi sabit bir yasama ve güçlü icraî yetkileri haiz yürütme organına (başkan) sahip bir hükümet sistemidir<sup>22</sup>. Başkanlık sisteminin diğer hükümet sistemlerinden en belirgin ayrımı yürütme organının ne şekilde seçildiğidir<sup>23</sup>. Bu bağlamda halk tarafından seçilen ve parlamentonun güvenoyuna ihtiyaç duymayan; sabit süreyle görevde kalıp güçlü yetkilere sahip bir başkandan oluşan yürütme kuvveti<sup>24</sup>, başkanlık sisteminin temel unsurudur<sup>25</sup>.

sistemi başkanlık sistemi olarak tanımlamıştır. Özbudun ise yasama ve yürütme organlarının sabit süre ile seçildiği sistemin başkanlık sistemi olduğunu açıklamıştır. Sartori, Lijphart ve Özbudun, diğer özelliklerin yanında başkanlık sisteminin en önemli farkını yasama ve yürütme organlarının karşılıklı olarak birbirini feshedememesi olarak görmüş ve bu hususu başkanlık sisteminin olmazsa olmaz kurucu unsuru olarak belirtmişlerdir. Giovanni Sartori, "Neither Presidentialism Nor Parliamentarism", *The Failure of Presidential Democracy; Comparative perspectives*, Ed: Juan Valenzuela Linz, C. 1, *The John Hopkins University Press*, London, 1994, s. 106; Arend Lijphart, "Democratic Quality in Stable Democracies", *Society, Symposium: Measuring Democracy*, 2011, C. 48, S. 1, s. 117-119; Şeref İba, *Anayasamızla Yeniden Tanışalım*, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019, s. 173; Ergun Özbudun, "Türk Usulüne Göre Başkanlık Sistemi", *Milliyet Gazetesi*, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/dusunenlerin-dusuncesi/turk-usulune-gore-baskanlik-sistemi-1641997>, (13.12.2020).

<sup>22</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Stratejik Düşünce Enstitüsü Dergisi*, 2010, 1-46, s. 15-17; Orhan Aldıkaçtı, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960, s. 141-142; Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 37; Andrew Heywood, *Siyaset, Çev: Bekir Berat Özipek, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla, Hasan Yücel Başdemir*, 17. Baskı (4. Edisyonundan Çeviri), Adres Yayınları, Ankara, 2017, s. 401; Hüseyin Nail Kubalı, *Anayasa Hukuku Dersleri - Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 1604, İstanbul, 1971, s. 369; Özbudun, 2008, s. 28; Teziç, 2015, s. 529; Esat Çam, *Siyaset Bilimine Giriş*, 10. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 534; Lijphart, 2011, s. 119; Erdoğan, 2012, s. 445-447; Burhan Kuzu, *Her Yönü ile Başkanlık Sistemi (Yeni Sistem Cumhurbaşkanlığı Modelimiz)*, Babıali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2017, s. 20; Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, C. 1, İstanbul, 1960, s. 330-331.

<sup>23</sup> Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 101; Lijphart, 2011, s. 119; Erdoğan, 2012, s. 445-447.

<sup>24</sup> Başkanlık sisteminde karar alma yetkisi sadece başkana ait olup bakanların (sekreterlerin) yürütmenin icraî kanadında yetkileri bulunmamaktadır. Dolayısıyla parlamenter sistemden farklı olarak başkanlık sisteminde bakanlar, bakanlar kurulu veyahut kabine olarak isimlendirilen (daha çok parlamenter sistemde görülen) aktörler gibi aktif değil pasif yetkilidir. Nitekim ABD başkanlarından A. Lincoln, bakanlar kuruluna sunduğu bir öneriye bakanların tamamının ret vermesine "yedi hayır bir evet, evetler kazandı" şeklinde cevap vererek yürütmenin karar mercisinin kendisi olduğunu vurgulamıştır. Zehra Caner, "Parlamenter Sistem ile Başkanlık Sisteminin Analizi ve Başkanlık Sisteminin Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (30. Yıl Armağanı)*, 2013, C. 21, S. 1, s. 195; Mehmet Turhan, *Hükümet Sistemleri*, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 42; Lijphart, 2011, s. 118; İba, 2019, s. 173; Çam, 2011, s. 534.

Başkanlık sisteminde başkanın sorumluluğunun varlığı genel olarak kabul edilmiştir. Sabit süreyle göreve geldiği için siyasî sebeplerle görevden alınamayan başkan, suçlandırma (impeachment) yoluyla cezaî açıdan suçlandırılarak yargılanabilir<sup>26</sup>. Ancak parlamenter sistemden farklı olarak göreviyle alakalı kötü yönetim, istikrarsızlık gibi hususlarla suçlandırılmadığı gibi gensoru ile de denetim yoluna gidilemez<sup>27</sup>.

Yetki ve sorumluluk ilkesi açısından başkanlık sisteminde başkanın yetki ve sorumluluğu değerlendirildiğinde, güçlü, etkin yetkileri haiz ve sorumlu bir devlet başkanının olduğu görülmektedir.<sup>28</sup> 1787 tarihli ABD Anayasası'nın kurucuları, kendi görev alanında etkin ve bağımsız olarak iş ve eylemlerde bulunabilen güçlü bir yürütme kuvveti oluşturma düşüncesiyle yürütme organı olan başkana önemli yetkiler ihdas etmiş aynı zamanda verilen bu yetkileri anayasal güvenceye almışlardır<sup>29</sup>. ABD başkanlık sisteminde, yürütme ve yasama kuvvet-

<sup>25</sup> Çam, 2011, s. 534; Boyunsuz, 2017, s. 102.

<sup>26</sup> Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme*, Çev: Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 116-117; Lijphart, 2011, s. 119.

<sup>27</sup> Boyunsuz, 2017, s. 102-105; Çam, 2011, s. 534.

<sup>28</sup> Alexis de Tocqueville, *Amerika'da Demokrasi*, Çev: Seçkin Sertdemir Özdemir, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s. 132-137.

<sup>29</sup> 1787 ABD Anayasası Bölüm 2 ve Bölüm 3'e göre başkanın yetkileri şu şekildedir:

*"Bölüm 2*

*Başkan, Birleşik Devletler Kara ve Deniz Kuvvetleri ve Birleşik Devletler için faal hizmete çağırıldıkları takdirde, eyaletlerin milis kuvvetlerinin başkomutanı olacaktır; yürütme organının her bölümünün en üst görevlisinden kendi bölümünün işlevleri ile ilgili herhangi bir konuda görüşünü yazılı olarak isteyebilecek, ve görevi kötüye kullanma olayları dışında, Birleşik Devletler'e karşı işlenmiş suçlarda infazı erteleme ve affetme yetkisine sahip olacaktır. Başkan, Senato'nun tavsiye ve rızası ile, ve mevcut senatörlerin üçte ikisinin onayı ile, antlaşmalar yapma yetkisine sahip olacak; ve büyükelçileri, diğer diplomatik kişi ve konsolosları, Yüksek Mahkeme yargıçları ile bu Anayasa'nın öngörmediği ve yasalarla kurulacak Birleşik Devletleri makamları için bütün görevlileri önerecek ve Senato'nun tavsiye ve rızası ile bunların atamalarını yapacaktır: ancak Kongre uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını yasa ile, yalnızca Başkan'a, mahkemelere ya da Yönetim Bölümlerinin başkanlarına verebilecektir. Başkan, Senato'nun tatilde bulunduğu süre içinde, boşalacak bütün görevlere, Senato'nun izleyen dönemi bitiminde sona ermek üzere, atama yapma yetkisine sahip olacaktır.*

*Bölüm 3*

*Başkan, zaman zaman, Birliğin Durumu hakkında Kongre'ye bilgi verecek ve gerekli ve uygun gördüğü önlemleri onların görüşlerine sunacaktır: olağanüstü hallerde her iki meclisi, veya bunlardan herhangi birini, toplantıya çağırabilecek ve tatile girme konusunda aralarında bir anlaşmazlık olduğunda, uygun gördüğü bir tarihe kadar onları tatil edebilecek; büyükelçileri ve diğer yabancı devlet temsilcilerini kabul edecek, yasaların sadakat ile uygulanmasını göze-*

lerinin birbirinden bağımsız olmalarının bir sonucu olarak başkanın yasamaya karşı siyasal sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Yasama organı ve halk tarafından (siyasî sorumluluk anlamında) görevden alınma olanağı bulunmayan başkan ancak halk tarafından ikinci defa seçilememe çekincesiyle hareket etmektedir<sup>31</sup>. Buradan hareketle ABD’de de başkanın ilk görev süresinin bitmesiyle, ikinci defa yapılacak seçimlerde aday olması durumunda kendisine oy verecek (egemenlik yetkisine sahip) halka karşı siyasal anlamda sorumlu olduğu söylenebilir<sup>32</sup>. Bununla birlikte başkanın, yasama organı tarafından siyasî sorumluluğa yol açabilecek boyutta “suçlandırma (impeachment)” mekanizmasıyla suçlandırılabilmesi ve görevden alınabileceği anayasada düzenlenmiştir<sup>33</sup>. Anayasa’ya göre Temsilciler Meclisi aracılığıyla başkan, anayasada düzenlenen “vatana ihanet, rüşvet, görevi kötüye kullanmak ve diğer ağır suçlar” suçlamalarıyla suçlandırılabilir<sup>34</sup>. ABD başkanının hukukî sorumluluğunun da var olduğu kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Genel itibariyle değerlendirildiğinde başkanlık sisteminde yürütme organının başı olan başkanın aynı zamanda sorumluluğunun da kabul edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>36</sup>. ABD özelinde incelenen başkanlık sisteminde başkan, yürütmeyle ilişkin güçlü yetkilerini tek başına ve yasama organından bağımsız bir şekilde

---

*tecek, Birleşik Devletler’in bütün görevlilerini atayacaktır.” Süha Atatüre, Amerika Birleşik Devletleri’nin Siyasî Yapısı, Onüç Koloniden Küresel Güce Amerika*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 157.

<sup>30</sup> Aldıkaçtı, 1960, s. 155; Turhan, 1993, s. 41; Kuzu, 2017 s. 29.

<sup>31</sup> Lijphart, 2011, s. 63; Gözler, 2016, s. 24.

<sup>32</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Tıpkı 18. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2020, s. 544; Gözler, 2016, s. 23-24; Kuzu, 2017, s. 30-31.

<sup>33</sup> Maurice Duverger, *Siyasal Rejimler, Çev: Teoman Tunçdoğan*, 1. Baskı, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1986, s. 75; Teziç, 2015, s. 534; Yazıcı, 2017, s. 118.

<sup>34</sup> Göze, 2020, s. 544.

<sup>35</sup> Görevde olan bir başkana yönelik, görevinden hariç gerçekleştirdiği bir haksız bir fiili sebebiyle hukuk davası açılmayacağı ağırlık görüş olsa da ABD Yüksek Mahkemesi (1997 tarihli) başkanın hukukî sorumluluğuna yönelik emsal niteliğindeki Clinton v. Jones davasında, “başkanın görevi dışındaki haksız fiilleri sebebiyle, özel kişiler tarafından başkan aleyhine dava açılmasının başkanının görevinde herhangi bir aksaklığa neden olmayacağına” karar vermiştir. Mahkeme kişi ya da kurumların kanunlardan üstün olamayacağını belirterek ABD başkanının hukukî sorumluluğunun bulunduğu hükmetmiştir. Cem Eroğul, *Çağdaş Devlet Düzenleri İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya*, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 108.

<sup>36</sup> Parlamenter ve yarı-başkanlık sistemindeki devlet başkanı özelinde bir analiz yapılan çalışmamızda başkanlık sistemi ayrı bir başlık halinde değerlendirilmemiş; başkanlık sistemi hakkında bilgi verilerek, başkanın yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi çerçevesindeki konumu kısaca ele alınmıştır.

kullanmaktadır. Birtakım yetkileri yasama organınca denge & denetleme mekanizmaları ile sınırlandırılan başkanın yasama organınca işletilecek cezaî sorumluluğunun yanında, halk tarafından tekrar seçilmemeye konu siyasî sorumluluğu ve özel kişilere karşı gerçekleştirdiği iş ve eylemlerinden doğan hukukî sorumluluğunun bulunduğu görülmektedir. Bu bağlamda yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi genel anlamda başkanlık sisteminde sağlanmaktadır. Her ne kadar ABD başkanının cezaî sorumluluğuna ilişkin tarihte bir cezaî sorumluluk müessesesi neticeye ulaşmamışsa da siyasî noktada ikinci defa seçilemeyen başkanlar olduğu gibi hukuk davasında yargılanmış başkanlar da bulunmaktadır. Bu itibarla ABD başkanlık sisteminin, başkanın kullandığı yetki derecesinde sorumluluğunun da bulunduğu bir sistem olduğunu söylemek mümkündür.

#### A. Parlamenter Sistemde Yetki ve Sorumluluk İlkesi

Kuvvetlerin birbirinden yumuşak şekilde ayrıldığı hükümet sistemi olan parlamenter sistem<sup>37</sup>, yasama ve yürütmenin teoride bağımsız; uygulamada ise etkileşimin süreklilik arz ettiği bir yönetim sistemidir<sup>38</sup>. Yasama ve yürütme arasındaki bu iş birliği ve etkileşimin bir sonucu olarak kuvvetler birbirinden kat'î bir şekilde ayrılmaksızın devletin işleyişini gerçekleştirir<sup>39</sup>. Kuvvetler arası eşitlik ve denge üzerine kurulan parlamenter sistemde, devlet başkanının yetkisi az ve sembolik niteliktedir. İki başlı yürütmeye sahip parlamenter sistemde devlet başkanı cumhuriyetlerde yasama organı tarafından seçilirken, monarşilerde hanedanlık usûlü çerçevesinde belirlenmektedir.

Parlamenter sistemlerin ortak özelliği Stephan ve Skach'a göre<sup>40</sup>, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı olarak birbirine bağımlı olmasıdır. Yasama organı yürütmenin seçimleri yenileme yetkisi sebebiyle yürütmeye bağlı bir konumda iken hükümet göreve devam edebilmek için yasama organının güvenoyuna ihtiyaç duyar. Bu bağlamda "siyasî sorumluluk ve fesih mekanizma-

<sup>37</sup> Yasama organının yürütme organını seçmesi ve yürütmenin seçildikten sonrada yasama üyeliğinin devam etmesi kuvvetlerin yumuşak ayırımına bir örnektir.

<sup>38</sup> Bu sistem ilk olarak İngiltere'de uygulanmaya başlamıştır. Zamanla birçok ülkede de uygulanmış; 1961 ve 1982 Anayasasında hükümet modeli olarak belirlenerek, 2007 anayasa değişikliğine kadar ülkemizde de uygulanmıştır. Çalışmamızda parlamenter sistemin kavramsal yönü açıklanırken İngiltere'de uygulanan sistem baz alınmıştır.

<sup>39</sup> Carl Schmitt, *Kanunilik ve Meşruiyet, Çev: Mehmet Cemil Ozansü*, 2. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018, s. 30; Erdoğan, 2012, s. 453.

<sup>40</sup> Alfred Stephan - Cindy Skach, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism versus Presidentialism", *World Politics*, 1993, C. 46, S. 1, s. 3.



sı”ndan oluşan iki temel özelliği parlamenter sistemin diğer hükümet sistemlerinden ayıran belirleyici unsurlarıdır. John M. Carey<sup>41</sup>, yasama organı tarafından belirlenen yürütme organı ve yasamanın güvenine ihtiyaç duyan yürütmenin bulunmasını parlamenter sistemin iki temel özelliği olarak görürken A. Lijphart ise hükümetin yasama organına karşı siyasî sorumluluğunun bulunmasını, yasama organının içinden seçilen başbakanının olmasını (halk tarafından seçilmediğini) ve bağdaşık bir yapıya sahip olan bakanlar kurulu tarafından yürütmenin yerine getirilmesini parlamenter sistemin aslı unsurları olarak nitelemiştir<sup>42</sup>. Parlamenter sistemdeki müzakere kavramından yola çıkan C. Schmitt, sistemin özünü “argüman ve karşı argümanın kamusal alanda görüşmeye açılması, münakaşa ve müzakere yoluyla hükümet etmek” şeklinde açıklamıştır.<sup>43</sup>

Parlamenter sistemde hükümetin sorumlu unsuru olan başbakan ve kabinesi parlamento içinden çıkmaktadır<sup>44</sup>. Hükümetin başı olan başbakan parlamento üyesidir. Yürütme organında başbakan haricinde, anayasal monark veya icracı olmayan bir devlet başkanı bulunmaktadır. Bağımsız ve törensel nitelikte olup, icracı olmayan bir monark ya da bir başkanın bulunduğu parlamenter sistemde hükümet, parlamentonun vereceği destekle işbaşında kalabileceğinden, parlamentoya karşı sorumludur<sup>45</sup>. Kısaca değinmek gerekirse parlamenter sistem, yürütmenin düalist (iki başlı) nitelikte olduğu, yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan, yasama ve yürütmenin iş birliği ve karşılıklı uyum içinde çalıştığı, devlet başkanının sembolik yetkileri haiz ve sorumsuz olduğu, yürütme organının icracı kanadı olan başbakan ve bakanlar kurulunun yasamaya karşı sorumlu olup, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı olarak fesih yetkisine sahip olduğu demokratik bir hükümet sistemidir.

Parlamenter sistemde doğrudan halk tarafından seçilmesi sebebiyle demokratik meşrûiyeti bulunan yasama organı, devletin en güçlü siyasî mekanizması olarak görülmektedir. Yürütmenin diğer kanadı olan devlet başkanı ise parlamento içinden seçilmektedir<sup>46</sup>. Bu yönüyle sembolik yetkilere sahip olması olağan bir durum

<sup>41</sup> John M. Carey, “Presidential versus Parliamentary Government”, Handbook of New Institutional Economics, Ed: Mary M. Shirley, **First Published**, Netherlands, 2005, 91-122, s. 91.

<sup>42</sup> Lijphart, 2011, s. 117-118.

<sup>43</sup> Carl Schmitt, **Parlamenter Demokrasinin Krizi, Çev: A. Emre Zeybekoğlu**, 4. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017, s. 53.

<sup>44</sup> Gözübüyük, 2003, s. 31; Teziç, 2015, s. 503-504.

<sup>45</sup> Heywood, 2017, s. 366-369, 384.

<sup>46</sup> Devlet başkanının seçimine ilişkin söylemde parlamenter cumhuriyet baz alınmıştır.

olan devlet başkanı, gerek yasama organı ve hükümet arasında doğabilecek anlaşmazlıklarda hakem rolünü oynayabilmesi gerekse yürütmeye süreklilik kazandırması için sorumsuzdur.<sup>47</sup> Parlamenter sistemde yürütmeden kaynaklı olarak devlet başkanının yaptığı işlemlerde sorumluluk, karşı-imza kuralına göre başbakan ve ilgili bakana ait olmaktadır. Başka bir ifadeyle devlet başkanının iş ve eylemlerinde sorumluluk, karşı-imza kuralı çerçevesinde başbakan ve ilgili bakan tarafından üstlenilmektedir<sup>48</sup>. Karşı-imza kuralı sayesinde devlet başkanı sorumluluk üstlenmemekle birlikte uzlaştırıcı ve tarafsız rolünü de korumaktadır<sup>49</sup>.

Devlet başkanının yetkileri açısından parlamenter sistemin değerlendirilmesinde, tarihsel anlamda ilk örneğinin görüldüğü İngiltere’de ki sistem ele alınmıştır. İngiltere parlamenter sisteminde devlet başkanı (Kral/Kraliçe), sembolik yetkilere sahip olup yürütme organı nazarında icracı makamda bulunmamaktadır.<sup>50</sup> Walter Bagehot<sup>51</sup>, “*Kraliçe hükmedebilir ancak yönetemez.*” şeklindeki ifadesiyle bu hususu özetlemiştir<sup>52</sup>. İngiliz siyasal kültüründe kral, ulusal birliğin sembolü ve temsilcisidir. Yetkileri oldukça geniş gibi gözükse de bu yetkilerini ancak kabinenin takdiri-ne uygun kullanabilmektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla kral, siyasal sistemin uyum içerisinde ve etkin bir şekilde işlemlerini gözetmekle sınırlı bir yetkiye sahiptir.

Yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi noktasında değerlendirildiğinde kralın yürütmeye ilişkin hemen hemen tüm yetkilerinin sembolik olduğu görülmektedir. Bununla birlikte yasama organı tarafından görevinden uzaklaştırılmayan kralın siyasî sorumluluğu bulunmamaktadır. Kral kendisine ait olan önemli yetkileri kabinenin başı olan başbakana transfer etmektedir. Bu itibarla sorumsuz olan kralın buna paralel nitelikte herhangi bir önemli yetkiye de sahip olmadığı görülmektedir.<sup>54</sup> Sorumluluk özelinde bir değerlendirme yapıldığında

<sup>47</sup> Şükrü Karatepe, “Hükümet Sistemleri ve Türkiye”, *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, 2013, S. 51, s. 229-230.

<sup>48</sup> Gözler, 2016, s. 235.

<sup>49</sup> Turhan, 1993, s. 52.

<sup>50</sup> Mehmet Kahraman, “Fonksiyonları İtibariyle Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı Seçimi Tartışmaları”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, S. 19, 149-166, s. 150.

<sup>51</sup> “*the Queen reigns, but she does not rule.*” ifadesi 19. yüzyılda İngiltere Kraliçesi Victoria’ya ilişkin söylenmiştir.

<sup>52</sup> “Constitutional Monarchy”, <https://monarchist.org.uk/the-constitution.html>, (07.12.2020).

<sup>53</sup> Göze, 2020, s. 508.

<sup>54</sup> Özbudun, 2019, s. 330; Murat Sezginer, *Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası’nda Sorunlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 38-39.

İngiltere’de kralın, hukukî, siyasî ve cezaî anlamda mutlak dokunulmazlığa ve sorumsuzluğa sahip olduğu teamül niteliğindedir.<sup>55</sup> İngiliz kamu hukuku literatürünün bilinen en önemli söylemlerinden olan “*Kral, fenalık yapmaz (King can do not wrong)*” ilkesi kralın kötülük yapması düşünülemez anlayışını doğurmaktadır.<sup>56</sup> Yasama organı tarafından kralın görevine son verilememesi kralın siyasî anlamda sorumsuzluğunu göstermektedir.<sup>57</sup> Bu noktada yetkisiz ve sembolik nitelikte olan kralın aynı zamanda sorumsuz olması hakem rolünü üstlenmesinin önünü açmaktadır.<sup>58</sup> Kaldı ki kral, yürütme organının demokratik meşrûiyeti haiz ve yasama organına karşı siyasî sorumluluğu bulunan kabinenin iş ve eylemlerinden sorumlu tutulduğu takdirde, sorumluluğunun bir gereği olarak gerektiğinde kabinesi gibi kendisi de görevden (tahttan) çekilmelidir.<sup>59</sup> Bu husus kralın tarihsel saygınlığını zedeleyebileceği gibi İngiliz Parlamenter Monarşisinin teamüllerine de aykırılık teşkil edecektir.<sup>60</sup> İngiltere’de kralın her durumda sorumsuz olduğuna ilişkin “*Kral bir bakanı öldürürse, başbakan sorumludur; ama kral başbakanı öldürürse, hiç kimse sorumlu değildir*” anlayışı hâkimdir. Bu husus siyasî sorumluluk temelinde tüm sorumluluk türlerini kapsamakla birlikte<sup>61</sup>, bu ifadeden çıkarılması gereken “kralın hukukun üstünde olduğu değil, kralın kabinenin gerçekleştirdiği hiçbir işlemde sorumlu olmadığı”dır.<sup>62</sup>

Parlamenter sistemde devlet başkanının konumunun sembolik, törensel nitelikte olduğu görülmektedir. Zira parlamenter sistemde karşı-imza kuralı çerçeve-

<sup>55</sup> Aldıkaçtı, 1960, s. 102; Göze, 2020, s. 508-509; Murat Bilgin, “Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere”, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, Ed: Havvana Y. Kaya, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın No. 8, Ankara, 2015, s. 214; Bakır Çağlar, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında ‘Demokrasi’”, *Anayasa Yargısı Sempozyumu*, Ankara, 1990, 57-127, s. 114; Sezginer, 2010, s. 39-40.

<sup>56</sup> Dalzell Chalmers - Cyril Asquith, *Outlines of Law, Sweet & Maxwell*, Limited, Londra, 1922, s. 150; Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MacMillan, Londra, 1915, s. 88; Herbert Broom, *A Selection of Legal Maxims*, T. & J. W. Johnson, Philadelphia, 1874, s. 48-52.

<sup>57</sup> Turhan, 1993, s. 51-52, 72-73; Sezginer, 2010, s. 40; Teziç, 2015, s. 506; Gözler, 2016, s. 589; Özbudun, 2019, s. 323, 342; Gözübüyük, 2003, s. 31; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası Yayınları, İstanbul, 1969, s. 399; Ahmet Kerse, *Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı*, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973, s. 133.

<sup>58</sup> Sezginer, 2010, s. 40.

<sup>59</sup> Kerse, 1973, s. 132.

<sup>60</sup> Aldıkaçtı, 1960, s. 99-100; İlhan Arsel, *Anayasa Hukuku: Demokrasi*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1964, s. 370; Gözler, 2016, s. 79.

<sup>61</sup> Göze, 2020, s. 508-509.

<sup>62</sup> Broom, 1874, s. 53; Chalmers - Asquith, 1922, s. 150.

sinde devlet başkanının iş ve eylemleri başbakan ve ilgili bakan tarafından da imzalanmaktadır. Karşı-imza kuralının bu özelliği ile gerçekleştirilen iş ve eylemin sorumluluğu imzayı atan başbakan ve ilgili bakanın uhdesine geçmektedir. Bir nevi noter makamında olan devlet başkanı hükümetin aldığı kararların onaylanması; bir başka deyişle mevsûkiyetini belgelendirmekle yetkilidir. Karar alma ve icraî yetkiler bakanlar kurulu ve başbakana aittir. Aynı zamanda demokrasilerde yetkinin kaynağının halk olduğunu düşündüğümüzde de demokratik meşrûiyetin hükümete ait olduğu görülmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde de devlet başkanının icracı yetkilere sahip olması demokrasiye aykırılık teşkil edecektir. Netice itibarıyla parlamenter sistemde yetkisiz kılınan devlet başkanının aynı zamanda sorumsuz kılınması yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesiyle örtüşmektedir.

## B. Yarı-Başkanlık Sisteminde Yetki ve Sorumluluk İlkesi

İlk kez 1919 Weimar Anayasası ile Almanya’da ve aynı dönemde Finlandiya’da uygulanan yarı başkanlık sisteminin (kavramsal yönüyle) 1958 Fransız Anayasası’nda 1962 yılında yapılan değişiklikle, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine yönelik düzenlemeyle literatüre girdiği kabul edilmektedir. Doktrinde iki kutuplu yürütme, bölünmüş yürütme, parlamenter başkanlık cumhuriyeti, yarı parlamenter sistem gibi isimlerle de anılmaktadır.<sup>63</sup>

Yarı-başkanlık hükümet sistemi, adından da anlaşılacağı üzere, parlamenter sistem ile başkanlık sistemi arasında bir model belirleyen; her iki yönetimin de belli unsurlarını birleştiren melez bir hükümet modeli olarak tanımlanabilir.<sup>64</sup> Sistemi kavramsallaştıran ve literatürde sistemin mücidi olarak görülen Maurice Duverger, yarı-başkanlık sistemini, “bir siyasi rejim, anayasasında üç unsur içeriyorsa yarı-başkanlık olarak kabul edilir: (1) Başkan halk tarafından seçilmektedir. (2) Başkan oldukça önemli yetkilere sahiptir. (3) Yürütme ve idari yetkilere sahip başbakan ve bakanlar vardır ve parlamento karşı çıkmadığı sürece görevde kalırlar.” şeklinde tanımlamıştır.<sup>65</sup>

Halk tarafından genel oyla seçilen ve önemli anayasal yetkilere sahip olan bir devlet başkanı ile yasama organının güvenine dayalı ve düşürülmediği süre-

<sup>63</sup> Yazıcı, 2017, s. 91.

<sup>64</sup> Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım, Konya, 2014, s. 147; Yazıcı, 2017, s. 92; Yusuf Şevki Hakyemez, *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2012, s. 273.

<sup>65</sup> Kasım Erdem, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri*, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara, 2014, s. 1; Yazıcı, 2017, s. 94-95.

ce görevine devam eden bir hükümetin bulunduğu siyasî örgütlenmeyi yarı başkanlık sistemi olarak ifade eden Duverger'e paralel nitelikte Sartori de benzer kriterlere göre sistemi tanımlamıştır. Sartori'ye göre<sup>66</sup> yarı-başkanlık sisteminde, "Başkan belli bir süre için, doğrudan veya dolaylı olarak halk tarafından seçilir; iki başlı otorite yapısı vardır, başkan parlamentodan bağımsızdır ancak tek başına yönetme/hükümet etme yetkisine sahip değildir, hükümet kanalıyla iradesi vücut bulur. Başbakan ve kabinesi ise parlamentoya karşı sorumlu ancak başkana karşı sorumsuzdur. Hükümet bu anlamda parlamentonun güvenoyuna ihtiyaç duyar. Dolayısıyla parlamento çoğunluğunun desteği gereklidir; başkanın yetkilerini başbakanla paylaşmasıyla, her birimin özerkliğini korurken aynı zamanda yürütme içinde farklı denge ve güç ağırlıklarının oluşmasına zemin hazırlar."

Sistemin iki başlı yürütme sistemine sahip olmasını ve yürütme organının bir kanadı olan hükümetin parlamentoya karşı sorumlu olmasını parlamentere sisteme benzeten Gözler, cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini ise başkanlık sistemine benzetmektedir.<sup>67</sup> Bu modelin ilkesi, yürütme yetkisinin parlamentoya karşı sorumlu bir başbakan ve bakanlar kurulu ile doğrudan doğruya halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı tarafından paylaşılmasıdır. Bundan dolayı yarı-başkanlık sisteminde yürütme "ikili iktidar" (diyarşi) veya "ikili otorite" (dual authority) şeklindedir. Özetle sistem hem başkanlık sisteminin unsurunu hem de parlamentarist sistemin unsurlarını barındırmaktadır. Bununla birlikte tek başına halkın cumhurbaşkanını doğrudan seçmesi sistemin yarı-başkanlık olduğu anlamına gelmeyecektir. Seçilen cumhurbaşkanının siyasette aktif rol oynayacak yetkilere sahip olması ve bunu fiili olarak kullanması gerekmektedir. Örneğin Avusturya ve İzlanda gibi ülkelerde cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte ancak hükümet sistemi parlamentere sistem olarak değerlendirilmektedir.<sup>68</sup>

Yarı-başkanlık sistemi, başkanlık ve parlamentere sistem arasında bir model olduğundan devlet başkanının siyasal gücü birçok değişkene bağlıdır. Devlet başkanı parlamentonun çoğunluğu ile aynı görüşte olursa anayasal yetkilerin-

<sup>66</sup> Erdem, 2014, s. 2; Bülent Yücel, *Parlamentere Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 66; Erdoğan, 2012, s. 219.

<sup>67</sup> Gözler, 2016, s. 241; Erdoğan, 2012, s. 25.

<sup>68</sup> Ayhan Döner, "Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu", *Yeni Türkiye Dergisi Yeni Anayasa Özel Sayısı*, Ankara: Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi, 2013, S. 50, s. 872-884.

den ötürü rejimin ve yürütmenin merkezinde yer alır. Bu noktada devlet başkanı yürütmeye ilişkin faaliyetlerde belirleyicidir. Parlamento ile devlet başkanının farklı siyasî görüşlere sahip olması durumunda ise kohabitasyon (birlikte yaşama) olarak nitelendirilen dönemlerin yaşanması muhtemeldir. Buradan hareketle yarı-başkanlık sisteminde temel amaç, bölünen seçmen kitlesini iki ayrı organda birleştirip, hükümetlerin istikrarsızlığını önleyerek yürütmenin üstünlüğü sayesinde hızlı karar almayı ve bu sayede istikrarı yakalamaktır.<sup>69</sup> Halk tarafından seçilen bir devlet başkanının parlamenter unsurlardan vazgeçmeksizin sisteme entegre edilmesi de istikrar hedefinin bir sonucudur. Burada ki amaç parlamenter sistemdeki istikrarsız hükümetleri önlemenin yanında başkanlık sistemindeki kuvvetlerin sert ayrılmasından doğan kilitlenmelerin de önüne geçmektir.<sup>70</sup>

Yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi açısından değerlendirildiğinde yarı başkanlık sisteminde devlet başkanının gerçekleştirdiği iş ve eylemlerin genel itibariyle karşı-imza kuralına tabii olduğu görülmektedir<sup>71</sup>. Bununla birlikte yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanları sahip oldukları yetkileri yürütmenin diğer kanadı olan hükümetle paylaşmaktadır<sup>72</sup>. Ayrıca yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanı doğrudan halk tarafından seçildiğinden demokratik meşrûiyeti de tamdır. Bununla birlikte her ne kadar yarı-başkanlık sistemlerinde devlet başkanı parlamentoya karşı sorumlu değilse de (ikinci defa seçilmesini öngören devletlerde) halka karşı siyasal sorumluluğu bulunmaktadır. Yani ikinci defa seçime girecek olan devlet başkanı görev süresince bu sorumluluk çerçevesinde hareket etmektedir. Bunun haricinde yarı-başkanlık sistemlerinde devlet başkanının parlamenter sistemde olduğu gibi sorumsuz olduğu kabul edilmektedir. Netice itibariyle genel olarak yarı-başkanlık sistemlerinde devlet başkanı-

<sup>69</sup> Yusuf Ziya Polater, "Modern Hükümet Sistemlerinden Yarı-Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, s. 133-175.

<sup>70</sup> Kılınç, 2016, s. 447-510.

<sup>71</sup> Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiği ülkelerden Fransa, Avusturya, Finlandiya, İzlanda, İrlanda, Portekiz anayasalarında genel itibariyle parlamenter sistemin belirleyici unsurlarından olan karşı-imza kuralı düzenlenmiştir. İstisnalar haricinde bu ülkelerde cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi tanınmamıştır. İstinaî olarak Fransa, Finlandiya ve (zıt kanıt ile) Portekiz'de devlet başkanına tek başına işlem yapma yetkisi tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler, 2016, s. 254.

<sup>72</sup> Bu noktada yarı-başkanlık sisteminin kavramsallaştığı ülke olan Fransa'da devlet başkanına anayasa tarafından 8 ayrı "tek başına işlem yapma yetkisi" tanınmıştır. Bu yetkilere ilişkin değerlendirme çalışmamızın "1958 Fransa Anayasasında Cumhurbaşkanı'nın Yetki ve Sorumluluğu" başlığında detaylıca değerlendirilmiştir.

nın yetkileriyle sorumluluğu paralel niteliktedir. Her ne kadar istisnâ olarak bazı yarı-başkanlık sistemlerinde devlet başkanına tek başına işlem yapma yetkisi tanınmışsa da genel itibarıyla devlet başkanlarının işlemleri karşı-imza kuralına tabiidir. Bu yönüyle ilgili sistemlerde de devlet başkanının yetki ve sorumluluğu örtüşmektedir.

### III. TÜRKİYE VE FRANSA'DA DEVLET BAŞKANI

Türkiye'de cumhuriyetin ilanında sonra kabul edilen ilk anayasa olan 1924 Anayasası ile benimsenen "kuvvetler birliği görevler (fonksiyonlar) ayrılığı" sistemi uygulamada parlamenter sistem gibi işlemiştir. Daha sonraki yıllarda kabul edilen 1961 ve 1982 Anayasaları ise doğrudan parlamenter hükümet sistemini benimsenmiştir. Ancak parlamenter sistemin temel niteliklerinden farklı şekilde 1982 Anayasası ile cumhurbaşkanına oldukça geniş yetkiler ihdas edilmiş aynı zamanda da yapacağı işlemlerden sorumsuz kılınmıştır.

1982 Anayasası ile yürütme güçlendirilmiş, yürütmenin pasif ve sembolik kanadında olması gereken cumhurbaşkanına güçlü ve geniş yetkilerin yanında sorumsuzluk öngörülmüştür. Parlamenter sistemde daha önceki bölümlerde de anlattığımız üzere devlet başkanı sorumsuz olmasına binaen törensel, sembolik yetkileri haiz; bir nevi noter işlevi görmelidir. Oysa 1982 Anayasası ile cumhurbaşkanı, siyasal dengeyi sağlayacak ve hükümetin icraî kararlarını etkileyecek ölçüde geniş yetkilerle donatılmıştır.

1982 Anayasası'nda 2007 değişikliklerine kadar cumhurbaşkanına verilen geniş yetkiler haricinde sistem parlamenter sistemin genel niteliklerini korumuştur. Ancak 2007 yılında yapılan değişiklikle "cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi" kabul edilmiştir. Bu değişiklik sonrasında Türkiye'de parlamenter sistemin temel özellikleri korunmuş ancak literatürde sisteme ilişkin "Başkanlı parlamenter sistem", "yarı başkanlık sistemi", "fiilî başkanlık sistemi" gibi sistemlere geçildiğine yönelik görüşler ortaya çıkmıştır<sup>73</sup>. Bazı görüşlerde ise 2007 değişikliği ile parlamenter sistemin nitelikleri değişse de genel itibarıyla parlamenter sistemin korunduğunu belirtmişlerdir<sup>74</sup>. 2007 yılında "cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi"ne ilişkin getirilen düzenleme ile (saf parlamenter sistemden farklı olarak), yürütme içerisinde güçlü yetkilere sahip olan cumhurbaşkanı aynı zamanda halktan aldığı meşrûiyetin

<sup>73</sup> Boyunsuz, 2017, s. 298; Sezginer, 2010, s. 133; Gözler, 2015, s. 763-764.

<sup>74</sup> Caner, 2013, s. 194.

bir sonucu olarak sistem içindeki konumunu daha da güçlendirmiştir<sup>75</sup>. Bu açıklamalar boyutunda ele aldığımızda bir sistemin yarı-başkanlık sistemi olması için temel ölçütleri belirleyen Duverger'in tanımında geçen "başkanın halk tarafından seçilmesi, başkanın güçlü yetkilere sahip olması ve yürütmenin başbakan ve bakanlar kurulundan oluşup parlamentonun güvenoyuna dayanması"na ilişkin hususlar 2007 değişikliği sonrası 1982 Anayasası'nda yer almıştır.

Özellikle 2007 değişiklikleri sonrasında oluşan hükümet modelinin yarı-başkanlık sistemine benzemesi ve yarı-başkanlık sisteminin model ülkesi olarak Fransa'nın literatürde kabul görmesi karşılaştırma açısından Fransa devlet başkanının ele alınmasının temel gerekçesidir. Zira Fransa devlet başkanı da güçlü ve tek başına yapabileceği yetkilere sahip olduğu gibi aynı zamanda sorumsuzdur. Çalışmamızın bu kısmında Türkiye ve Fransa devlet başkanlarının yetki ve sorumluluğu üzerinde durulacak, bir sonraki bölümde ise bu açıklamalar ışığında 1982 Anayasası ile getirilen sistemde vesayetçi parlamentarizmin önünü açan hususlar ele alınacaktır.

#### A. 2017 Değişiklikleri Öncesi Türkiye'de Cumhurbaşkanının Yetki ve Sorumluluğu

2017 değişiklikleri öncesinde 1982 Anayasası, temelinde parlamenter sistemi benimsemekle birlikte olağanüstü yetkilere sahip bir cumhurbaşkanlığı makamı öngörmek suretiyle, bu sistemden uzaklaşmıştır. Cumhurbaşkanına verilen geniş yetkiler sebebiyle sistem literatürde "zayıflatılmış parlamentarizm"<sup>76</sup>, "başkanlı parlamenter sistem"<sup>77</sup> gibi kavramlarla tanımlanmıştır<sup>78</sup>. Parlamenter sistemin özünü korumakla birlikte cumhurbaşkanına verilen geniş yetkilere karşı sorumsuz bir cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulması da sistemde çeşitli sorunların doğmasına yol açmıştır.

1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasası ile benimsenen parlamenter sistemde cumhurbaşkanlığı makamı olağanüstü görev ve yetkili hale getirilmiştir.<sup>79</sup> Cumhurbaşkanının bu yetkileri sebebiyle kuvvetler dengesi de-

<sup>75</sup> Bülent Yücel, "Devlet Başkanı Sorumsuzluğunun Hükümet Sistemine Yansımaları ve Türkiye Uygulaması", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı, 2016, S. 3, s. 131; Erdoğan, 2012, s. 251.

<sup>76</sup> Özbudun, 2019, s. 331, 338.

<sup>77</sup> Çağlar, 1990, s. 104-105.

<sup>78</sup> Yazıcı, 2017, s. 245.

<sup>79</sup> Eroğul, 2012, s. 341; Taha Parla, *Türkiye'de Anayasalar Tarih, İdeoloji, Rejim, 1921-2016*, 6. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2016, s. 71.



ğışmış, cumhurbaşkanı “görevli” olmakla birlikte aynı zamanda “yetkili” hale gelmiştir. Bir nevî cumhurbaşkanının şahsında kuvvetlerin birleştiği bir sistem ortaya çıkmıştır.<sup>80</sup> Anayasanın 104. maddesinde<sup>81</sup> detaylı olarak sayılan cumhurbaşkanının görev ve yetkileri sadece bu madde ile kalmamış<sup>82</sup> aynı zamanda

<sup>80</sup> Yılmaz Aliefendioğlu, “1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2011, S. 94, 329-358, s. 345-347; Yılmaz Demirhan - Özkan Adıgüzel “Türkiye’de Hükümet Sistemi Arayışlarına Halkın Bakışı: Diyarbakır Örneği”, *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 1, S. 11, 177-212, s. 185-186; Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 109.

<sup>81</sup> 1982 Ay. 104. Md.: “Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir. Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır: Yasama ile ilgili olanlar: Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak, Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırarak, Kanunları yayımlamak, Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunmak, Kanunların, kanun hükmündeki kararnemelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün, tüzümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek. Yürütme alanına ilişkin olanlar: Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, Genelkurmay Başkanını atamak, Milli Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak, Milli Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek, Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, Kararnemeleri imzalamak, Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak, Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırmak, Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, Üniversite rektörlerini seçmek. Yargı ile ilgili olanlar: Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek.

Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.” “1982 Tarihli (2709 Sayılı Kanunun orijinal hali) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709-19821018.pdf>, s. 20, (12.01.2021); Tanör, 2019, s. 109-110; Aliefendioğlu, 2011, s. 346-347.

<sup>82</sup> 1982 Anayasası’nda cumhurbaşkanının iki temel görevi “devletin başı” olması itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti ve Türk Milletinin Birliği’nin temsil makamı ve anayasanın uygulanması ve devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetmektir. Özbudun, 2019, s. 308-309; Aliefendioğlu, 2011, s. 345-346; Gözler, 2015, s. 773.

anayasanın 8. maddesinde “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”<sup>83</sup> şeklindeki düzenleme ile cumhurbaşkanı yürütme yetkisinin icraî kanadı olan hükümete ortak olmuş; başbakan ve bakanlar kuruluna ait (yürütmeye ilişkin) yetkilerin dışında, anayasa ve kanunlarla başka bir makamın yetkilendirilmediği tüm yetki ve görevlerin sahibi olmuştur<sup>84</sup>.

Düalist bir yürütme yapısı öngören parlamenter sistemde tâlî unsur olan cumhurbaşkanı, 1982 Anayasası’nda benimsenen yürütme içinde yetkili ve görevli kılınmıştır.<sup>85</sup> Ayrıca 1982 Anayasası ile verilen bu yetki, sadece anayasa ile değil kanunlarla da verilebilecek şekilde yorumu açık bırakılmıştır.<sup>86</sup> 1982 Anayasası cumhurbaşkanına, bakanlar kuruluna başkanlık etme yetkisiyle birlikte bakanlar üzerinde tasarruf edebilme olanağı vermiş, anayasa ile doğrudan cumhurbaşkanına bağlı kurumlar oluşturmuş, TBMM seçimlerini yenileme yetkisi tanımıştır.<sup>87</sup> Bu yönüyle birtakım başkanlık sistemlerinde dahi yürütmenin icracı organı olan başkana tanınmayan yetkiler cumhurbaşkanına tanınmıştır.<sup>88</sup>

2017 değişiklikleri öncesinde cumhurbaşkanına tanınan bu güçlü ve geniş yetkilere karşı, anayasasının 105. maddesinde<sup>89</sup> karşı-imza kuralına yer verilmek suretiyle cumhurbaşkanı yaptığı iş ve eylemlerden sorumsuz kılındığı gibi<sup>90</sup>, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere ilişkin yargı yolu da kapatılmıştır. Bu noktada cumhurbaşkanı mutlak sorumsuzdur.<sup>91</sup>

<sup>83</sup> “1982 Tarihli (2709 Sayılı Kanunun orijinal hali) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709-19821018.pdf>, s. 2, (12.01.2021).

<sup>84</sup> Gözler, 2015, s. 817.

<sup>85</sup> Demirhan - Adıgüzel, 2016, s. 185-186; Gözler, 2015, s. 767.

<sup>86</sup> Erdoğan, 2012, s. 104.

<sup>87</sup> Engin Şahin, “1982 Anayasasının Hazırlanış Sürecinde Başkanlık Sistemi Tartışmaları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 3, S. 4, 43-67, s. 61-63.

<sup>88</sup> Şahin, 2015, s. 61; Parla, 2016, s. 73.

<sup>89</sup> 1982 Ay. 105. Md.: “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dâhil, yargı mercilerine başvurulamaz.” “1982 Tarihli (2709 Sayılı Kanunun orijinal hali) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709-19821018.pdf>, s. 20, (10.01.2021).

<sup>90</sup> Özbudun, 2019, s. 309; Parla, 2016, s. 74; Aliefendioğlu, 2011, s. 349.

<sup>91</sup> Demirhan - Adıgüzel, 2016, s. 185-186.

Karşı-imza kuralının bir sonucu olarak 1982 Anayasasında cumhurbaşkanı siyasî anlamda sorumsuz olduğu kadar parlamenter rejimin temel niteliklerine uygun olacak şekilde görevine ilişkin suçlarda (vatana ihanet suçu hariç<sup>92</sup>) cezaî anlamda da sorumsuz; şahsî suçlarında ise her vatandaş gibi sorumludur.<sup>93</sup> Cumhurbaşkanının görev suçlarında sorumsuzluğu kural, sorumluluğu istisnadır<sup>94</sup>.

1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının göreviyle alakalı iş ve eylemlerinden doğan hukukî sorumluluğu bulunmamaktadır. Anayasa'da her ne kadar hukukî sorumsuzluğa ilişkin bir düzenleme bulunmasa da 105. maddede düzenlenen cezaî sorumluluğa ilişkin hususlar kıyasen hukukî sorumluluğa da uygulanmaktadır.<sup>95</sup> Cumhurbaşkanının kişisel iş ve eylemlerinden kaynaklanan hukukî sorumluluğu ise tamdır.

## B. 1958 Fransa Anayasasında Cumhurbaşkanının Yetki ve Sorumluluğu

Yarı-başkanlık hükümet sisteminin benimsendiği 1958 tarihli Fransa Anayasası'nın 5-18 maddeleri arasında cumhurbaşkanlığı makamına ilişkin düzenlenen yetkiler, cumhurbaşkanının sembolik ve törensel nitelikte olmadığını, devletin başı olmakla birlikte yürütme kuvvetinin de belirleyici kanadı olduğunu göstermektedir<sup>96</sup>. Özellikle dış politika ve ulusal savunma hususlarında yürütme kuvvetinin aslî yetkilisi olan cumhurbaşkanı, yürütmenin diğer işlemlerinde de belirleyici statüdedir.<sup>97</sup>

Fransa cumhurbaşkanına anayasa tarafından tanınan yetkilerin bir kısmı karşı-imza kuralı çerçevesinde başbakan veya sorumlu bakanın imzasıyla geçer-

---

<sup>92</sup> 1982 Ay. 105/3 Md.: "Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün verdiği kararla suçlandırılır."

<sup>93</sup> Cumhurbaşkanının göreviyle alakalı işlediği suçlarda cezaî anlamda sorumsuz olduğu anayasa da açıklıkla belirtilmemekte ancak 105. maddede geçen "Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı..., ..., suçlandırılır." hükmünden "zıt kanıt" yoluyla vatana ihanet suçu dışında sorumsuz olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

<sup>94</sup> Cumhurbaşkanının şahsî suçlarında, anayasa da düzenlenen "yasama dokunulmazlığının kaldırılması" usulü izlenerek cumhurbaşkanı genel mahkemelerde yargılanabilecektir.

<sup>95</sup> Yücel, 2012, s. 131; Gözler, 2015, s. 856-858; Aliefendioğlu, 2011, s. 332-336; Demirhan - Adıgüzel, 2016, s. 186.

<sup>96</sup> Seda Dunbay, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'da ki Yarı Başkanlık Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S. 3, 293-316, s. 305.

<sup>97</sup> Eroğul, 2012, s. 188.

lilik kazanırken<sup>98</sup> bir kısmı ise cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılmaktadır.<sup>99</sup> Cumhurbaşkanı, anayasada tanınan bu yetkiler haricinde uygulamadan kaynaklı yetki genişliğine sahiptir. Uygulamada cumhurbaşkanı, başbakan ve bakanlar kuruluna ait yetkileri de kullanma gücü sayesinde yürütmenin en etkin makamı olmaktadır.<sup>100</sup>

Fransa’da cumhurbaşkanı “*Bakanlar kuruluna başkanlık etme (md.9)*” yetkisi ile hükümetin alacağı kararlarda belirleyici rol izleyebilmekte; hükümet cumhurbaşkanının etkisiyle hareket etmektedir. Aynı zamanda bakanlar kurulu toplantısına cumhurbaşkanı katılmadığı takdirde karar alınamaması sebebiyle cumhurbaşkanı yürütmeye hâkim olmakta ve yürütmenin birçok işlemini denetleyebilmektedir<sup>101</sup>. Cumhurbaşkanının bu şekilde etkin konumu yarı-

<sup>98</sup> Anayasanın 19. maddesi ile cumhurbaşkanı yasama organını toplantıya çağırma, af (bağışlama) çıkarma ve toplantıyı kapatma, kanunların yasama organınca tekrar görüşülmesini isteme yetkilerini karşı-imza kuralınca kullanabilmektedir. Eroğul, 2012, s. 192.

<sup>99</sup> Fransa cumhurbaşkanı, “*Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek (Md. 8), Başbakanın önerisiyle bakanları atamak (Md. 8), Bakanlar kuruluna başkanlık etmek (Md. 9), Kanunları veya uluslararası taahhütleri Anayasa’ya aykırı bulduğu takdirde Anayasa Konseyi’ne götürmek (Md. 54, 61), Başbakan, ulusal meclis ve senatonun görüşünü alarak Ulusal Meclisi feshetmek (aynı yıl içinde bir başka feshi olamaz) (Md. 12), Yasama organına mesaj göndermek (Md. 18), Görev süresi biten Anayasa Konseyi üyelerinin üç üyesini ve konsey başkanını atamak (Md. 3), Yasama organınca kabul edilen yasaları imzalamak veya gerektiği durumlarda bazı maddelerin yeniden görüşülmesi için yasama organına geri göndermek (Md. 10), Yasama organı tarafından düzenlenmeyeceğini düşündüğü belli tasarıları, meclise göndermeksizin referanduma sunmak (Md. 11), Bakanlar Kurulunca kabul edilen kanun ve düzenlemeleri imzalamak (Md. 13), Askerî ve sivil makamlara atamalar yapmak (Md. 13/2), Başkomutan sıfatıyla orduları ve savunma komisyonlarını yönetmek (Md. 15), Yabancı elçileri kabul etmek ve elçileri atamak (Md. 14), Af yetkisini kullanmak (Md. 17), Olağanüstü durumlarda ya da ülke sınırları tehlike altında olduğu zamanda halkı bilgilendirmek ve anayasal organları başkanlarıyla birlikte başbakanla görüşüp gerekli önlemleri almak (Md. 16), Bakanlıklar üstü toplantılara ve ulusal güvenliğe ilişkin bakanlar kurulu toplantısına başkanlık etmek, Ülkenin dış politikasını yönlendirmek ve ülkenin ulusal savunmasını canlı tutmak” yetkilerini tek başına kullanabilmektedir. Hüdaî Şencan, “Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi”, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri*, Ed: Havvana Yapıcı Kaya, 1. Baskı, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2014, 27-98, s. 45-52; Yazıcı, 2017, s. 95; Sezginer, 2010, s. 65-67; Eroğul, 2012, s. 189-192; Duverger, 1986, s. 75; Göze, 2020, s. 652; Michael G. Roskin, *Çağdaş Devlet Sistemleri (Siyaset, Coğrafya, Kültür), Çev: Bahattin Seçilmişoğlu*, Adres Yayınları, Ankara, 2009, s. 123-125; Alkan, 2013, s. 174-178.*

<sup>100</sup> Maurice Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *Parliamentary Versus Presidential Government*, Ed: Arend Lijphart, Oxford University Press, London, 1992, s. 142-146.

<sup>101</sup> Alkan, 2013, s. 175.

başkanlık sistemini (başbakan başkanlığında toplanan bakanlar kurulu bağlamında) parlamenter sistemden önemli ölçüde ayırmaktadır.<sup>102</sup>

Beşinci Cumhuriyet dönemi siyasal sisteminin öne çıkan özelliği yasama iktidarının zayıflatılarak yürütme otoritesine bağlı hale getirilmesidir<sup>103</sup>. Bu noktada özellikle geniş ve icraî yetkilere sahip olan cumhurbaşkanı ülkenin genel politikalarını belirlerken, uygulama hükümete kalmaktadır. Siyasete yön vermekle birlikte kanun hükmünde kararname, atama kararları gibi yürütmenin düzenleyici işlemlerini imzalama/onaylama yetkisi sayesinde siyaseti etkin bir şekilde denetleyen cumhurbaşkanı bu sayede hükümeti kendisine bağımlı kılabilir. Cumhurbaşkanının bu etkin rolü kohabitasyon (birlikte yaşama)<sup>104</sup> dönemlerinde siyasal açıdan sınırlanmaktadır<sup>105</sup>. Farklı siyasal eğilime sahip parlamentonun güvenoyunu alan başbakan ile zorunlu olarak yetkilerini paylaşan cumhurbaşkanı, bakanlar kuruluna nüfuz edememekte ve siyasete yön verme olanağı da daralmaktadır<sup>106</sup>. Hükümet, cumhurbaşkanı ile siyasal kriz yaşadığı durumlarda parlamentoya başvurarak güvenoyu almakta ve konumunu güçlendirmektedir. Hükümetin etkisinin arttığı bu dönemlerde cumhurbaşkanı hukuken görevden alınamasa da psikolojik açıdan istifaya zorlanabilmektedir<sup>107</sup>. Nitekim üçüncü cumhuriyet döneminde (1887 yılında) Cumhurbaşkanı Jules Grévy, atadığı hükümetlere parlamentonun “sistemik güvensizlik” oyu vermesi üzerine istifa etmek zorunda kalmıştır. Aynı dönemde (1924 yılında) ise cumhurbaşkanı Alexandre Millerand bakanların grevi (görevi kabul

<sup>102</sup> Özbudun, 2019, s. 332; Alkan, 2013, s. 175.

<sup>103</sup> Eroğul, 2012, 182-198.

<sup>104</sup> Cohabitation (kohabitasyon) dönemi cumhurbaşkanı ile parlamentonun farklı siyasal eğilimde olduğu; cumhurbaşkanının parlamento desteğini alan başbakanla yetkilerini paylaşmak zorunda kaldığı dönem olarak ifade edilmektedir. Alkan, 2013, s. 180.

<sup>105</sup> Fransa yarı-başkanlık sistemi cumhurbaşkanı - parlamento arasındaki ilişkiler bağlamında değerlendirildiğinde, aynı siyasî eğilime sahip parlamento ve cumhurbaşkanının varlığı halinde başkanlık sistemi; farklı siyasî eğilimlere sahip cumhurbaşkanı ve parlamentonun oluşması (kohabitasyon) durumunda ise parlamenter sistem özelliği göstermektedir. Ancak yetkileri anayasa tarafından kısıtlanan başbakan kohabitasyon dönemlerinde bile parlamenter sistemdeki başbakan kadar güçlü olamamaktadır.

<sup>106</sup> Her ne kadar siyasal anlamda cumhurbaşkanı ile başbakan arasında kohabitasyon dönemlerinde kriz yaşanması daha olası ise de aynı siyasal eğilime sahip cumhurbaşkanı ile kabineden bir bakanın çatışması da olağandır. Örneğin 2002-2007 yılları arasında cumhurbaşkanı Jacques Chirac ile çeşitli bakanlık görevlerinde bulunan Nicolas Sarkozy arasında yaşanan rekabet kimi zaman siyasî krizlere sebep olmuştur. Sezginer, 2010, s. 70.

<sup>107</sup> Alkan, 2013, s. 175-181.

etmemeleri) sonucu istifa etmek zorunda kalmıştır<sup>108</sup>. Her ne kadar cumhurbaşkanı sahip olduğu fesih yetkisi ile bu krizleri aşma olanağına sahipse de<sup>109</sup>, fesih sonrasında yapılan seçimlerde halkın tekrar aynı siyasal eğilimde partiyi meclise göndermesi durumunda cumhurbaşkanının halk nazarındaki meşrûyetinin zedelenme olasılığı bulunmaktadır. Nitekim 1997 yılında cumhurbaşkanı Jacques Chirac millet meclisini feshetmiş ancak yeniden yapılan seçimlerde Fransız halkı cumhurbaşkanı ile farklı siyasal eğilime sahip çoğunluğu meclise göndermiştir<sup>110</sup>. Böyle bir durumda halkın teveccühünü kazanamayan cumhurbaşkanının istifa etmesi gerektiği düşüncesi ileri sürülmüşse de Chirac görevinden istifa etmemiştir<sup>111</sup>. Diğer açıdan bakıldığında ise başbakan ile siyasî ihtilaf yaşayan cumhurbaşkanı her ne kadar başbakanı görevden almasa da istifasını isteyebilmektedir. Buna rağmen başbakan istifa etmezse cumhurbaşkanı hükümetin düzenleyici işlemlerini imzalamayarak istifaya zorlayabilmektedir<sup>112</sup>. Karşı-imza kuralına tabi işlemlerde bu yetkisini kullanan cumhurbaşkanı hükümeti fiilen işlemez hale getirebilmektedir<sup>113</sup>.

Fransa Anayasasının 16. maddesinde belirtilen “Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, ülkesinin bütünlüğü veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesi ciddi ve ani biçimde tehdit edildiği ve anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi bozulduğu zaman Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa Konseyinin resmi görüşlerini aldıktan sonra, bu şartların gerektirdiği önlemleri alır.” hükmü cumhurbaşkanlığı makamını oldukça güçlü ve geniş yetkili hale getirmektedir<sup>114</sup>. Zira madde de geçen “şartların gerektirdiği önlemleri alır” ifadesine yönelik herhangi bir sınırlandırma olmaması sebebiyle geniş yorumlanmaya açıktır. Bu doğrultuda cumhurbaşkanı yasama, yürütme

<sup>108</sup> Gözler, 2016, s. 84.

<sup>109</sup> 1981 ve 1988 seçimlerinde cumhurbaşkanı seçilen François Mitterrand, kendisi ile aynı siyasal eğilime sahip olmayan hükümetin bulunması üzerine meclisi feshetmiştir. Fesih üzerine tekrar yapılan seçimlerde Fransız halkı Mitterrand’ın siyasal eğilimi yönünde bir meclis aritmetiği oluşturmuştur. Sezginer, 2010, s. 70.

<sup>110</sup> Gözler, 2016, s. 133-134.

<sup>111</sup> Juan J. Linz - Arturo Valenzuela, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?” *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives*, C. 1, The Johns Hopkins University Press, London, 1994, 3-87, s. 48-55.

<sup>112</sup> Haluk K. Yavuz, *Türkiye’de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 242.

<sup>113</sup> Şencan, 2014, s. 54.

<sup>114</sup> Yazıcı, 2017, s. 94; Sezginer, 2010, s. 67.

ve yargı organlarının yetkilerinde belirleyici olabilecektir<sup>115</sup>. Bu yönüyle de cumhurbaşkanının adeta bir diktatöre dönüşmesinin önü açılmaktadır.<sup>116</sup>

Fransa'da cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi ülkede uygulanan yarı-başkanlık sistemini özgün hale getirirse de parlamenter sistemin temel niteliklerinden olan "devlet başkanının sorumsuzluğu" bu sistemde de benimsenmiştir.<sup>117</sup> Fransa cumhurbaşkanı genel anlamda sorumsuz iken<sup>118</sup>, başbakan ve bakanlar kurulu parlamentoya karşı sorumludur<sup>119</sup>. Cumhurbaşkanının parlamentoya karşı sorumlu olmaması sebebiyle siyasal anlamda sorumsuz olduğu kabul edilmektedir. Cumhurbaşkanı, siyaseten aldığı ve uyguladığı işlemlerde eleştiri alsa bile veyahut parlamento tarafından kendisine karşı açıkça tavır alınsa da (cezaî sorumluluğu haricinde) görevinden el çektirilemez, uzaklaştırılmaz<sup>120</sup>. Ancak cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, halka karşı siyasal anlamda hesap verme sorumluluğunun bulunduğu şeklinde yorumlanmaktadır. Bu itibarla görev süresince halkın olumlu kanaatini oluşturamayan cumhurbaşkanının bir sonraki seçimde seçilmeme olasılığı bulunmaktadır.

Cezaî sorumluluk açısından cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçlarda iki istisnaî durum (Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin görev alanına ilişkin cezaî konular<sup>121</sup> ve makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi<sup>122</sup>) haricinde sorumsuzdur<sup>123</sup>. Kişisel eylemlerinde ise sorumlu olup bu sorumluluğu Paris Asliye Ceza Mahkemesinin 3 Aralık 1974 tarihli emsal nitelikteki kararı ile içtihat haline getirilmiştir.<sup>124</sup> Mahkemeye göre cumhurbaşkanı kişisel suçlarından dolayı genel ceza mahkemelerince yargılanabilmektedir<sup>125</sup>.

<sup>115</sup> Alkan, 2013, s. 174-175; Çam, 2011, s. 167.

<sup>116</sup> Anayasanın 16. maddesi sadece 1961 yılında General Challe'nin yaptığı darbe sonrasında uygulanmıştır. Yazıcı, 2017, s. 94-95.

<sup>117</sup> Bkz. 1958 tarihli Fransa Anayasası, md.67 ve md.68.

<sup>118</sup> Polater, 2014, s. 151.

<sup>119</sup> Gözler, 2016, s. 12.

<sup>120</sup> Gözler, 2016, s. 82.

<sup>121</sup> Bknz. 1958 Fransa Anayasası, md.53.

<sup>122</sup> Daha öncesinde sadece "yüksek ihanet" suçlamasıyla cezaî anlamda suçlandırılabilen cumhurbaşkanı, 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile "makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi" durumunda suçlandırılabilir. Bknz. 1958 Fransa Anayasası, md.68.

<sup>123</sup> Şencan, 2014, s. 49.

<sup>124</sup> Paris Asliye Ceza Mahkemesi 3 Aralık 1974 tarihli içtihat niteliğindeki kararında cumhurbaşkanı Giscard d'Estaing'e karşı açılan ceza davasını görmeye yetkili olduğunu hükme bağlamıştır. Gözler, 2016, s. 85-86.

<sup>125</sup> Polater, 2014, s. 152; Gözler, 2016, s. 88.

Hukukî sorumluluk yönüyle değerlendirdiğimizde cumhurbaşkanının göreviyle ilgili iş ve eylemlerinde mutlak sorumsuz olduğu görülmektedir. (Ay. Md. 68). Kişisel haksız fiilleri yönündense bir başkasına verdiği zarardan özel hukuk bağlamında sorumludur. Hukukî sorumluluk bağlamında da dikkat edilmesi gereken nokta cumhurbaşkanının gerçekleştirdiği bazı işlemlerin karşı-imza kuralı çerçevesinde başbakan veya bakanların sorumluluğunda olduğudur.<sup>126</sup>

Genel bir değerlendirme yapıldığında 1958 Fransa Anayasası'nda cumhurbaşkanının yürütme organı içinde aktif ve güçlü yetkileri haiz olduğu görülmektedir. Bununla birlikte cumhurbaşkanı genel anlamda sorumsuzdur. Sorumluluk genel anlamda karşı-imza kuralı çerçevesinde başbakan veya sorumlu bakanlara ait olmaktadır. Yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi açısından değerlendirdiğimizde, cumhurbaşkanı (parlamentar sistemden farklı olarak) doğrudan halk tarafından seçilmesi sebebiyle demokratik meşrûiyeti haizdir. Bu noktada egemenliğin halka ait olduğu kuralından hareketle cumhurbaşkanının kullandığı yetkilerin meşrûluğu demokratik anlamda tamdır. Ancak cumhurbaşkanının sorumsuz olmasına yönelik düzenlemeler karşısında sahip olduğu geniş yetkiler yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte cumhurbaşkanının halka karşı siyasî sorumluluğunun bulunmasının yanı sıra, 2007 yılında anayasada yapılan değişikliklerle getirilen “*makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi*”<sup>127</sup> suçundan kaynaklı cezaî sorumluluğunun geniş yorumlanması yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi ile bağdaşır nitelikte değerlendirilebilir. Zira 1958 Fransa Anayasası'nda geçen “*makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi*” kavramı yoruma açık bir kavramdır. Anayasa'da geçen bu kavrama ilişkin hangi fiillerin “*makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi*” suçlamasına konu olacağı tahdidi olarak sayılmamıştır. Ortak görüş, cumhurbaşkanının göreviyle açıkça bağdaşmayacak nitelikteki fiillerinin siyasî cürüm olduğu yönündedir. Bu bağlamda cumhurbaşkanının göreviyle alakalı değişik fiilleri “*makamla bağdaşmayacak şekilde görevlerini açıkça ihlal etmesi*” kapsamında değerlendirilebilmektedir.

<sup>126</sup> Şencan, 2014, s. 52; Gözler, 2016, s. 111-114.

<sup>127</sup> Yapılan bu düzenleme ile ABD başkanlık sistemindeki başkanın “*impeachment (suçlandırma)*” yoluyla cezaî sorumluluğunun işletilmesine benzer şekilde bir mekanizma oluşturulmuştur.



#### IV. PARLAMENTOER SİSTEMİN PARADOKSU: 2017 DEĞİŞİKLİKLERİ ÖNCESİ TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ YETKİLİ/SORUMSUZ CUMHURBAŞKANI

2017 değişiklikleri öncesinde benimsenen sistemde cumhurbaşkanına ihdas edilen yetkiler klasik parlamenter sistemden önemli ölçüde farklı olup, oldukça güçlü ve geniştir. Dönemin ve tarihsel olayların getirdiği şartların bir sonucu olarak 1982 Anayasası'nda yürütme güçlendirilmiş, yürütme içerisinde de cumhurbaşkanının konumunun ön plana çıkarıldığı bir formülasyon belirlenmiştir.<sup>128</sup> Cumhurbaşkanına verilen bu geniş yetkilerin “parlamenter sistemdeki devlet başkanının tarafsız ve sembolik kişiliği” sebebiyle verildiği anayasasının 104. maddesinin gerekçesinde yer almıştır.<sup>129</sup>

Klasik parlamenter sistemin özünde devlet başkanının sembolik yetkileri haiz ve sorumsuz olması öngörülmektedir. 2017 değişiklikleri öncesinde benimsenen modelde ise geniş yetkilerle donatılan cumhurbaşkanına sorumsuz bir rol biçilmiştir. Buna karşın paradoksal bir biçimde cumhurbaşkanından parlamenter sistemin özüne uygun şekilde davranması beklenmiştir. Ancak 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra görev yapan cumhurbaşkanları sıklıkla elinde bulundukları bu olağanüstü yetkileri siyasal denge, denetim ve yönlendirme aracı olarak kullanmışlardır. Aynı dönem içerisinde birtakım cumhurbaşkanları, karşı-imza kuralı çerçevesinde sahip oldukları kararname imzalama yetkilerini, şekil ve usul yönünden denetimin ötesinde, hükümetin yürüttüğü siyaseti yönlendirme ve yeri geldiğinde de sistemi kilitleme amacıyla kullanmışlardır. Atama kararnamelelerini imzalamama, kabinenin kurulması aşamasında başbakan tarafından belirlenmesi gereken bakanların seçiminde aktif müdahale gibi siyasî yerindelik denetimleri sebebiyle birçok kez siyasal iktidarla sorun yaşamışlardır.<sup>130</sup> Oysa karşı-imza kuralının temellendiği klasik parlamenter sistemde devlet başkanı imzaladığı benzer işlemlerde siyasî yerindelik denetimi yapamamaktadır.

2017 değişiklikleri öncesinde cumhurbaşkanlığı makamına tanınan sorumluluk ve güçlü yetkiler sebebiyle birtakım düşünürler sistemin klasik parlamenter sistemle bağdaşmadığını<sup>131</sup> belirterek, sistemi “başkanlı-parlamenter sistem”,

<sup>128</sup> Alkan, 2013, s. 309.

<sup>129</sup> Ali Akyıldız, “Demokratik Kurumların Araçsallaşması: Arabesk Demokrasi, Alaturka Başkanlık”, *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, 2013, S. 51, 831-843, s. 836.

<sup>130</sup> Alkan, 2013, s. 309-310.

<sup>131</sup> Aydın İpek, “Halk Tarafından Seçilen Güçlü Devlet Başkanına Doğru”, *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, 2013, S. 51, 498-508, s. 502.

“hükümetçi-parlamenter sistem” gibi kavramlarla tanımlamıştır.<sup>132</sup> Bazı yazarlar ise getirilen sistemi klasik parlamenter sistemden ziyade siyaseti etkin bir şekilde çevreleyen, başkanlık sistemi ile parlamenter sistem arasında “karma sistem” olarak değerlendirmiş; cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkilerin Fransa yarı-başkanlık sistemindeki cumhurbaşkanından bile daha güçlü ve geniş olduğuna vurgu yapmışlardır.<sup>133</sup>

1982 Anayasası ile cumhurbaşkanı, vesayet düzeninin kilit noktası haline getirilmiş; yasama, yürütme ve yargı organları üzerinde mutlak monarşideki devlet başkanının yetkilerini andırır şekilde önemli yetkilerle donatılmasının yanında sorumsuz kılınmıştır.<sup>134</sup> Bu yönleriyle cumhurbaşkanı kişisel iktidarını anayasadan aldığı yetkilerle yürütebilecek şekilde bir “şef” kimliğine bürünmüştür. Sistem parlamenter sistemden uzaklaşmış, düzenleme ile hedeflenen güçlü yürütme yerini “cumhurbaşkanlığı makamında merkezîleşmiş yürütmenin üstünlüğü”ne bırakmıştır.<sup>135</sup>

1982 Anayasasında etkin ve sorumsuz cumhurbaşkanına yer verilmesi siyasî krizlerin oluşmasında önemli etken olmuştur. Farklı parti kimliğine sahip cumhurbaşkanı ve başbakanın siyasal anlamda kriz yaşamasının yanında<sup>136</sup> aynı parti kimliğine sahip cumhurbaşkanı ve başbakan arasında da krizler yaşanmıştır.<sup>137</sup> Hatta herhangi bir parti kimliğine sahip olmayan cumhurbaşkanı da birçok noktada hükümetle ters düşmüştür. Parlamenter sistemin paradoksunu doğuran ve açıkça cumhurbaşkanının bir vesayet organına dönüştüğü bu süreçlerde yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesi adeta kavramsal bir husus olarak kalmıştır. Zira uygulamada geniş yetkilerine karşılık sorumsuz cumhurbaşkanı siyasal

<sup>132</sup> Naz Çavuşoğlu, *Anayasa Notları*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1997.

<sup>133</sup> İdris Şahin, “Vesayet Sistemi Çökerken Başkanlık Sistemi”, *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, 2013, S. 51, 118-119, s. 119.

<sup>134</sup> Şahin, 2013, s. 119.

<sup>135</sup> Parla, 2016, s. 73.

<sup>136</sup> Farklı siyasî kimliğe sahip 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel ile 54. hükümetin başbakanı Necmettin Erbakan arasında derin siyasî ihtilaflar yaşanmış, 28 Şubat 1997 Post Modern Darbesi’ne giden süreçte cumhurbaşkanı Demirel aktif rol oynamıştır. 28 Şubat sürecinin başlangıcına ilişkin “derin bir nefes aldım” deyişi bu hususu özetler niteliktedir. Suavi Aydın - Yüksel Taşkın, *1960’tan Günümüze Türkiye Tarihi*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018, s. 436-437.

<sup>137</sup> ANAP lideri Mesut Yılmaz’ın başbakan olduğu 48. hükümet döneminde Yılmaz, aynı parti kökenine sahip cumhurbaşkanı Turgut Özal’ın etki alanından uzaklaşmış, Özal ile bazı konularda ihtilaf yaşamıştır. Özal bu sebeplerle Yılmaz’ın parti genel başkanlığından uzaklaştırılması için yoğun kulis faaliyetinde bulunmuştur. Aydın-Taşkın, 2018, s. 377-379.

yerindelik denetimi yapmaktan kaçınmamış, sabit görev süresi olması ve siyasal sorumluluğunun da bulunmaması sebebiyle her duruma müdahil olabilme imtiyazını kendisinde görmüştür. Bu hususun en bariz örneği özellikle 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer döneminde yaşanmıştır. Daha öncesinde Anayasa Mahkemesi Başkanlığı yapan ve herhangi bir siyasî kimliği olmayan Sezer, cumhurbaşkanı olduğu dönemde kanun hükmünde kararname (KHK), atama kararları, Devlet Denetleme Kurumu'nun (DDK) kullanılması, yürütülen iktisadi politikalar gibi birçok konuda (bizzat kendisini cumhurbaşkanlığı makamına öneren) Ecevit hükümetiyle karşı karşıya geldiği gibi Erdoğan hükümetiyle de karşı karşıya gelmiştir.<sup>138</sup> Anayasa da "fesih mekanizması"nın yer almaması, sistemde yaşanan bu krizlerin çözülememesine ve yürütmede çifte meşrûiyetin doğmasına zemin hazırlamıştır<sup>139</sup>.

Klasik parlamenter sistemdeki devlet başkanına biçilen temsilî ve sembolik rolden farklı olarak Cumhurbaşkanı Sezer, 1982 yılındaki darbe sonrasında hazırlanan ve Cumhurbaşkanı Evren'e göre dizayn edilen yetkileri özellikle Erdoğan hükümetine karşı etkin bir şekilde kullanmış<sup>140</sup>; hükümetin çıkardığı pek çok kararnameyi imzalamayarak siyasî krizler yaşanmasına sebep olmuştur<sup>141</sup>. Er-

<sup>138</sup> Alkan, 2013, s. 311-312.

<sup>139</sup> Yazıcı, 2017, s. 180.

<sup>140</sup> Sezer, Erdoğan hükümetinden önce kendisini aday gösteren Bülent Ecevit hükümetiyle de benzer krizler yaşamıştır. O dönemde yaptığı bir konuşmada, "*Parlamenter rejimlerde devletin önemli işlerinin, devlet başkanı ve hükümetin ortak istenci ile yürütülmesinin sağlanması*" gerekçesine dayandığı konuşmasının devamında, "*en üst düzeydeki birkaç kamu görevlisinin değil, karar verme, uygulama ve denetleme yetkisi bulunan tüm üst düzey kamu görevlilerinin atamalarına ilişkin işlemlerin Cumhurbaşkanı'nın imzasına sunulması anayasal bir zorunluluktur. Cumhurbaşkanı'nı böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren, parlamenter hükümet sistemini tüm gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme görev ve yetkisini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğini belirten Anayasa kuralları karşısında, kimi üst düzey kamu görevlilerinin atamalarında Cumhurbaşkanı'nın imzasına gerek görmemek, Anayasa'nın açıklanan kurallarıyla bağdaşmaz.*" şeklindeki ifadeleriyle cumhurbaşkanının imzasının yapılan işlemlerde zorunlu bir gereklilik olduğunu vurgulamış ve bu hususun parlamenter sistemin gereği olduğunu belirtmiştir. "Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in 'Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı'nda Yaptıkları Konuşma", <https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/ahmet-necdet-sezer/1721/7474/cumhurbaskani-ahmet-necdet-sezerin-uluslararasi-anayasa-hukuku-kurultayinda-yaptiklari-konusma>, (28.02.2021).

<sup>141</sup> 9. Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel 7 yıllık görevinde 361 müşterek kararnameyi veto etmişken Sezer, 16.05.2000-03.01.2007 arasında 717 müşterek kararnameyi veto etmiştir. Bahse konu vetoların 447'si Erdoğan hükümeti dönemindedir. Sezer, 18'i Erdoğan hükümeti döneminde olmak üzere Bakanlar Kurulu tarafından gerçekleştirilen atamalarında 21'ini veto etmiştir. "Veto rekoru Sezer'de", <https://www.yenisafak.com/politika/veto-rekoru-sezerde-22621>, (11.02.2021).

doğan hükümeti, 28 Şubat Postmodern Darbesi'nden bu yana süregelen illegal askerî vesayetin yanı sıra cumhurbaşkanının legal vesayeti ile de karşılaşmış; kararnamelerin cumhurbaşkanı tarafından imzalanmaması sebebiyle pek çok bürokratı vekâleten atamak zorunda kalmıştır<sup>142</sup>. Sezer, kararnamelerin yanı sıra hükümetin çıkarttığı birçok yasayı veto etmiş yahut çıkarılan yasaları anayasa aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürmüştür. Veto ettiği 73 yasayla 1982 Anayasası döneminde görev yapmış cumhurbaşkanları arasında ilk sırada yer alan Sezer<sup>143</sup>, Anayasa Mahkemesi'ne götürdüğü yasa değişikliklerinin çoğunu da iptal ettirmiştir<sup>144</sup>. Dolayısıyla Sezer'in cumhurbaşkanlığı döneminde yürütmenin icraî kanadı olan hükümet, yasama organındaki üstünlüğüne ve tek başına iktidar olmasına rağmen ağır bir vesayetle karşılaşmıştır. Sezer'in güçlü ve uygulamada icracı yetkileri sebebiyle kimi yazarlar bu süreçteki sistemi "fiilen yarı-başkanlık benzeri bir sistem" şeklinde yorumlamıştır<sup>145</sup>.

Daha önceki bölümde de karşılaştığımız üzere her ne kadar yarı-başkanlık sistemi açısından incelediğimiz Fransa'da da siyasal anlamda tikanıklıklar yaşansa da, Türkiye'dekinden farklı olarak Fransa'da cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmekte ve meşrûyetini vekiller aracılığıyla değil doğrudan halktan almaktadır. Ayrıca Fransa cumhurbaşkanının geniş yetkilerine karşın sorumluluğu da Türkiye'de ki mevkidaşı ile kıyaslandığında daha fazladır. Geniş yorumlanabilecek nitelikteki "impeachment (suçlandırma)" mekanizmasına konu cezaî sorumluluğunun yanında ikinci defa seçilebilme olasılığı sebebiyle halka karşı siyasî anlamda sorumlu olduğu değerlendirilmektedir. Bu açıdan ele aldığımızda meşrûyetini halktan almayan ve mutlak sorumsuz olan Sezer'in yetkilerini bu şekilde geniş yorumlaması sistemin kilitlenmesinde en belirgin rol olarak karşımıza çıkmaktadır. Sezer bu belirgin rolünü 1982 Anayasası ile belir-

<sup>142</sup> Cemal Fedayi, "Mazi, Hâl ve İstikbal Boyutlarıyla Başkanlık Sistemi", *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, 2013, S. 51, 679-691, s. 684-685; İpek, 2013, s. 505.

<sup>143</sup> Sezer öncesi dönemdeki cumhurbaşkanlarından Cemal Gürsel 2, Cevdet Sunay 18, Fahri Korutürk 13, Kenan Evren 27, Turgut Özal 17, Süleyman Demirel 14 kanunu veto etmiştir. "Sezer'in veto rekoru: 61", <https://www.memurlar.net/haber/59416/sezer-in-veto-rekoru-61.html>, (03.03.2021).

<sup>144</sup> Sezer, 1982 Anayasası döneminde görev yapan cumhurbaşkanları arasında Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açma hususunda da açık arayla ilk sırada yer almaktadır. Sezer'in açtığı iptal davalarının neredeyse tamamına yakını Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. 1962-2018 dönemi iptal davası açma listesi için bkz. "Cumhurbaşkanlarımızın Anayasa Mahkemesi'nde Açmış Olduğu İptal Davalarını Gösterir Çizelge (1962 - 2018)", [https://www.anayasa.gov.tr/media/5024/cumhur-baskanlarinca\\_2018.doc](https://www.anayasa.gov.tr/media/5024/cumhur-baskanlarinca_2018.doc), (05.03.2021).

<sup>145</sup> Fedayi, 2013, s. 685-686.

lenen parlamenter sistemde öngörülen cumhurbaşkanlığı makamının sembolik yetkilerinden çok uzak bir şekilde, etkin ve siyasî yerindelik denetimine konu şekilde kullanmasının yanında sorumsuz kişiliği sebebiyle yarı-başkanlık sistemindeki cumhurbaşkanının konumundan dahi etkili hale gelmiştir.

Sezer, sistemin kilitlenmesine yol açan yetkilerini aktif bir şekilde kullanmasını “*anayasanın kendisine verdiği yetki*”den kaynaklandığını ifade etmiştir. Bu ifadeden de anlaşılması gerektiği üzere yaşanan krizlerin ana sebebi 1982 Anayasası ile getirilen ve parlamenter rejimin doğasına aykırı bir şekilde “devlet başkanının sorumsuz olmasına karşın olağanüstü yetkili kılınması”na yönelik düzenlemedir. Oysa çalışmamızda kısaca değindiğimiz ve parlamenter sistemin doğduğu, geliştiği İngiltere’de devlet başkanı (kral/kraliçe) tamamen sorumsuz olduğu gibi aynı zamanda tüm yetkileri de karşı-imza kuralı çerçevesinde başbakan veya bir bakan tarafından imzalanmaktadır<sup>146</sup>. Yazısız anayasaya sahip İngiltere’de devlet başkanının bu şekilde tamamen sorumsuz ve sembolik şekilde olması gelişmiş siyasî kültürünün bir sonucudur. İngiltere’de devlet başkanının icraî ve idarî nitelikte hiçbir yetkisi olmayıp yürütmeye ilişkin yaptığı işlemler hükümetin koordinesi ve sorumluluğundandır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde de 2017 değişiklikleri öncesinde Türkiye’de benimsenen sistemin parlamenter sistemin doğasına aykırı olduğu görülmektedir.

Çalışmamızın odak noktasına önemli bir örnek teşkil eden Sezer’in cumhurbaşkanlığı dönemi, “tekrar seçilme imkanı olmaması sebebiyle seçilmiş hükümetle uzlaşmaya yanaşmayan; halk tarafından seçilmemesi sebebiyle halkın desteğine ihtiyaç duymadığı için herhangi bir siyasal sorumluluk üstlenmeyen; ‘vatana ihanet’ gibi uygulanması zor bir cezaî sorumluluğu haricinde görevinden alınmasına karşın olağanüstü yetkileri olan bir cumhurbaşkanının varlığı” parlamenter sistemin paradoksal yönünün en belirgin hali olduğu gibi vesayetçi parlamentarizm kavramının da açık bir tezahürüdür. 2007 yılı değişiklikleri ile cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine yönelik düzenleme ve daha sonraki yıllarda başkanlık rejiminin gündeme gelmesi 1982 Anayasası ile getirilen bu düzenlemelerin yarattığı sorunların bir sonucu olarak görülebilir.

Tüm bu açıklamalar ve uygulamada karşılaşılan krizlerden anlaşılacağı üzere anayasanın 105. maddesi ile cumhurbaşkanının istisnaî olarak tek başına yapacağı işlemler haricinde karşı-imza kuralının benimsenmesi her ne kadar

<sup>146</sup> İngiltere’de devlet başkanının “başbakanı atama” haricinde tek başına kullanabileceği yetkisi bulunmamaktadır. Başbakanı atama yetkisini de kimin seçileceği konusundaki konvansiyona göre kullanabilmektedir.

cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ilkesine uygun gibi gözükse de cumhurbaşkanının görev ve yetkilerinin belirtildiği 104. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde çelişkiye sebebiyet vermektedir. Zira gerek 104. maddede gerekse de 105. maddede cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemleri açıkça belirleyen bir düzenleme yapılmamış hatta hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacak şekilde cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerde yargı yolunun kapalı olduğu anayasal güvence altında alınmıştır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin verdiği içtihatlar ve literatürde cumhurbaşkanının yasama ve yargıya ilişkin yetkilerini tek başına kullanmasında (devletin başı olması yönüyle) bir tereddüt olmasa da yürütmeye ilişkin yetkilerini tek başına kullanmasında ihtilaf vardır. Zira herhangi bir siyasî sorumluluğu bulunmayan cumhurbaşkanının icraî ve idarî yetkilerine konu işlemleri tek başına kullanması, parlamenter sistemin özüne ve kamu hukukun temel prensiplerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine aykırıdır. Bu noktada siyasal sorumluluğu bulunan başbakan ve ilgili bakanların ilgili icraî ve idarî nitelikteki işlemlerde söz sahibi olması önemli bir gerekliliktir. Parlamenter rejimin doğasına da uygun olan, temsilî ve sorumsuz nitelikteki cumhurbaşkanının yasama organına karşı sorumlu olan başbakanın iradesi yönünde şekillenmesi gerektiğidir. Aksi takdirde örneklerine yukarıda detaylıca değindiğimiz parlamenter rejimin tıkanması ve yürütmeye iki ayrı icraî makamın oluşmasının bir sonucu olarak sıklıkla siyasî krizler ortaya çıkacaktır.

## SONUÇ

1982 Anayasası'nda yer verilen bürokratik denetim mekanizmaları seçilmiş iktidarın yürüteceği siyasetin alanını daralttığı gibi hareket serbestisini de oldukça kısıtlamıştır. Tarihsel süreçten gelen yürütmenin güçlendirilmesi düşüncesi ile 2017 değişiklikleri öncesinde özellikle cumhurbaşkanına verilen yetkiler, cumhurbaşkanlığı makamını sistem içerisinde icraî bir makam haline getirmiştir. Anayasanın 104. maddesi ile tanınan bu yetkiler, cumhurbaşkanını yürütme organıyla sınırlı kalmayacak şekilde devletin tüm organları üzerinde etkin bir konuma getirmiştir. 104. maddede geçen yetkilerin bir kısmı klasik parlamenter sistemde devlet başkanına tanınan yetkilerle paralel nitelikte olsa da genel bir değerlendirme yapıldığında bu yetkilerin yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanına tanınan yetkilerden bile fazla olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada özellikle cumhurbaşkanlığı makamı daha önceki anayasalara nazaran oldukça güçlendirilerek etkin bir vesayet makamı haline getirilmiştir. Cumhurbaşkanının yüksek yargı organlarına üye seçimi, YÖK başkan ve üyelerinin seçi-

miyle birlikte rektörlerin seçiminde de belirleyici yetkileri sebebiyle bu kurumlar cumhurbaşkanının görüşlerine benzer hareket edeceğinden ek vesayet organlarının da oluşmasına zemin hazırlanmıştır. Anayasa'da yapılan birtakım değişikliklerle bu husus hafifletilse de 2017 değişiklikleri öncesinde sistem parlamenter sistemin formülasyonundan çok yarı-başkanlık vâri bir sistem görünümünde olmuştur.

Parlamenter rejimin klasik anlayışında yatan "sembolik ve törensel yetkili devlet başkanının aynı zamanda sorumsuz olması" fikrine aykırı olarak yapılan düzenlemeler bir paradoksun doğmasına yol açmış; cumhurbaşkanı, yasama, yürütme ve yargı organlarının tümüne yönelik kapsamlı ve icraî sayılabilecek görevlerin yanında ilgili organlara dair geniş bir atama yetkisini elinde bulundurması sebebiyle sistem içerisinde etkin bir vesayet organı haline gelmiştir. Ülke siyasetinde ve yürütme organı içerisinde güçlü ve etkin statüde bir cumhurbaşkanının varlığı, sistem içerisinde cumhurbaşkanı nezdinde denge ve denetleme mekanizmasının doğmasına yol açmıştır. Oysa klasik parlamenter sistemlerde devlet başkanı siyasî iktidarın üzerinde icraî ve idarî nitelikte etkin bir güç olamayacağı gibi hükümetin kararlarına ilişkin siyasî yerindelik denetimi de yapamaz. Bir nevî noter veyahut hükümetin aldığı kararların mevsûkiyetinden sorumlu olan devlet başkanı aynı zamanda uygulanan politikalarda oluşabilecek ihtilaflarda uzlaşmaya dönük konsensüsün sağlanması için tavsiye ve telkin şeklinde çözüm önerileri vermek gibi tarafsız bir hakem rolünde olması beklenmektedir. Bu bağlamda klasik parlamenter sistemin beşiği İngiltere en güzel örnektir. Zira siyasî teamüller doğrultusunda devlet başkanı tamamen törensel nitelikte olduğu gibi aynı zamanda da sorumsuzdur. Bu sayede devlet başkanı siyasî yerindelik denetiminde bulunamamaktadır.

2017 değişiklikleri öncesinde benimsenen parlamenter rejimin sistematığı karşı-imza kuralı çerçevesinde cumhurbaşkanının sorumsuz olmasının yanı sıra yetkisiz olmasını öngörmektedir. Ancak anayasanın 104. Maddesi ile cumhurbaşkanına verilen yetkiler yarı-başkanlık sisteminden bile geniş sayılabilecek nitelikte olmasına karşılık 105. madde ile cumhurbaşkanının sorumsuz kılınması parlamentarizmin doğasına aykırı olmasının yanında kamu hukukun temel ilkelere olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Cumhurbaşkanının siyasal sorumluluğuna konu icraî ve idarî yetkilerini kullanması ancak başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmasıyla mümkün olması gerekirken (105. madde gerekçesinde belirtilmesine rağmen) 1982 Anayasası bu hükmü sarıh bir şekilde düzenlememiştir. Oysa 2017 değişiklikleri öncesinde cumhurbaşkanı görevine ilişkin iş ve eylemlerinde "vatana ihanet" haricinde

mutlak sorumsuzdur. “Vatana ihanet” suçlandırması ile bir cumhurbaşkanının cezaî sorumluluğunun işletilebilmesi de usul yönüyle oldukça zor şartlara bağlanmıştır. Kamu hukukunun temel prensiplerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesiyle açıkça çelişen bu yönleri sebebiyle 1982 Anayasası, literatürde vesayetçi parlamentarizm olarak adlandırılmakla birlikte yarı-başkanlık sistemini anımsatan ve benzerine rastlanmayan bir model yaratmıştır. Kaldı ki yarı-başkanlık sisteminin beşiği Fransa’da cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçildiğinden meşrûiyeti haizdir. Yaptığı işlemlerde kısmen sorumluluğu bulunduğu varsayılan Fransa cumhurbaşkanına karşılık Türkiye’de mutlak sorumsuz bir cumhurbaşkanının olağanüstü yetkilerle donatılması kamu hukukunun temel prensiplerinden olan yetki ve sorumlulukta paralellik ilkesine aykırı olduğu gibi sistemin kilitlenmesi ve vesayetçi parlamentarizmin doğmasının da en önemli sebebidir.



**KAYNAKÇA**

- AKYILDIZ, Ali, "Demokratik Kurumların Araçsallaşması: Arabesk Demokrasi, Alaturka Başkanlık", *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, S. 51, ss. 831-843, 2013.
- ALDIKAÇTI, Orhan, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı*, Kor Müessesesi, İstanbul, 1960.
- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, "1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 94, ss. 329-358, 2011.
- ALKAN, Haluk, *Karşılaştırmalı Siyaset Başkanlık ve Parlamenter Sistemler Işığında Yarı Başkanlık Modelleri*, 1. Baskı, Açılım Kitap, İstanbul, 2013.
- ARSEL, İlhan, *Anayasa Hukuku: Demokrasi*, Doğu Matbaacılık, Ankara, 1964.
- ARSLAN, Rıza, *Demokratik Yönetim Sistemleri*, 1. Baskı, Dora Basım Yayın, Bursa, 2013.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Mimoza Basım, Yayım ve Dağıtım, Konya, 2014.
- ATATÜRE, Süha, *Amerika Birleşik Devletleri'nin Siyasi Yapısı, Onüç Koloniden Küresel Güce Amerika*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AYDIN, Suavi - TAŞKIN, Yüksel, *1960'tan Günümüze Türkiye Tarihi*, 6. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2018.
- BAŞGİL, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku*, C. 1, İstanbul, 1960.
- BİLGİN, Murat, "Parlamenter Sistemin Doğduğu Ülke: İngiltere", *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Parlamenter Sistem*, Ed: Havvana Y. Kaya, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Yayın No. 8, Ankara, 2015.
- BOYUNSUZ, Şule Özsoy, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, 1. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2017.
- BROOM, Herbert, *A Selection of Legal Maxims*, T. & J. W. Johnson, Philadelphia, 1874.
- CANER, Zehra, "Parlamenter Sistem ile Başkanlık Sisteminin Analizi ve Başkanlık Sisteminin Türkiye'de Uygulanabilirliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (30. Yıl Armağanı)*, C. 21, S. 1, 2013.
- CAREY, John M., "Presidential Versus Parliamentary Government", *Handbook of New Institutional Economics*, Ed: Mary M. Shirley, First Published, Netherlands, 2005.
- CHALMERS, Dalzell - ASQUITH, Cyril, *Outlines of Law, Sweet & Maxwell*, Limited, Londra, 1922.
- ÇAĞLAR, Bakır, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında 'Demokrasi'", *Anayasa Yargısı Sempozyumu*, Ankara, 1990.
- ÇAM, Esat, *Siyaset Bilimine Giriş*, 10. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- ÇAVUŞOĞLU, Naz, *Anayasa Notları*, Beta Basım Yayın Dağıtım, İstanbul, 1997.

- DEMİRHAN, Yılmaz - ADIGÜZEL, Özkan, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Arayışlarına Halkın Bakışı: Diyarbakır Örneği", *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 11, 177-212, 2016.
- DICEY, Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, Londra, 1915.
- DÖNER, Ayhan, Yeni Anayasa Sürecinde Hükümet Sistemi Sorunu, *Yeni Türkiye Dergisi Yeni Anayasa Özel Sayısı*, Ankara: Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi, S. 50, 2013.
- DUNBAY, Seda, "23 Temmuz 2008 Tarihli Anayasa Reformu Işığında Fransa'da ki Yarı Başkanlık Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, ss. 293-316, 2012.
- DUVERGER, Maurice, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *Parliamentary Versus Presindetial Government*, Ed: Arend Lijphart, Oxford University Press, London, 1992.
- DUVERGER, Maurice, *Siyasal Rejimler, Çev: Teoman Tunçdoğan*, 1. Baskı, Sosyal Yayınları, İstanbul, 1986.
- ERDEM, Kasım, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri*, 1. Baskı, TBMM Basımevi, Ankara, 2014.
- ERDOĞAN, Mustafa, "1982 T.C. Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Hukukî Durumu", *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara, 1982.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2017.
- ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.
- EROĞUL, Cem, *Çağdaş Devlet Düzenleri İngiltere, Amerika, Fransa, Almanya*, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012.
- FEDAYİ, Cemal, "Mazi, Hâl ve İstikbal Boyutlarıyla Başkanlık Sistemi", *Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı*, S. 51, ss. 679-691, 2013.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, "Başkanlık Sistemi Tartışmaları", *Stratejik Düşünce Enstitüsü Dergisi*, Ankara, ss. 1-46, 2010.
- GÖZE, Ayferi, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Tıpkı 18. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, Ankara, 2020.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 7. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2015.
- GÖZLER, Kemal, *Devlet Başkanları*, Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Anayasa Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, **Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler**, 1. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2012.
- HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, **Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı "Demokratik Hükümet Sistemleri" ve Türkiye**, 1. Baskı, Detay Yayıncılık, Ankara, 2009.
- HEYWOOD, Andrew, **Siyaset, Çev: Bekir Berat Özipek, Bahattin Seçilmişoğlu, Atilla Yayla, Hasan Yücel Başdemir**, 17. Baskı (4. Edisyonun Çeviri), Adres Yayınları, Ankara, 2017.
- İBA, Şeref, **Anayasamızla Yeniden Tanışalım**, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2019.
- İPEK, Aydın, "Halk Tarafından Seçilen Güçlü Devlet Başkanına Doğru", **Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı**, S. 51, ss. 498-508, 2013.
- KAHRAMAN, Mehmet, "Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık ya da Yarı-Başkanlık Sistemlerinin Türkiye'de Uygulanabilirliği", **Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C. 9, S. 18, 2012.
- KAHRAMAN, Mehmet, "Fonksiyonları İtibariyle Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı ve Cumhurbaşkanlığı Seçimi Tartışmaları", **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 19, ss. 149-166, 2007.
- KARATEPE, Şükrü, "Hükümet Sistemleri ve Türkiye", **Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı**, S. 51, 2013.
- KERSE, Ahmet, **Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanlığı**, Sümer Matbaası, İstanbul, 1973.
- KESKİNSOY, Ömer, **1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Statüsü ve Sorumluluğu**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- KILINÇ, Doğan, "Türkiye'de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 1, 2016.
- KUBALI, Hüseyin Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri - Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 1604, İstanbul, 1971.
- KUZU, Burhan, **Her Yönü ile Başkanlık Sistemi (Yeni Sistem Cumhurbaşkanlığı Modelimiz)**, Babiali Kültür Yayıncılığı, İstanbul, 2017.
- LIJPHART, Arend, "Democratic Quality in Stable Democracies", **Society, Symposium: Measuring Democracy**, C. 48, S. 1, 2011.
- LINZ, Juan J. - VALENZOLA, Arturo, "Presidential Or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?" **The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspectives**, C. 1, The Johns Hopkins University Press, London, ss. 3-87, 1994.
- MONTESQUIEU, L'esprit Des Lois XI, Chapter 6, "İngiltere'nin Esas Teşkilatı", Çev. Mukbil Özyörük, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1, 1947.

- ÖZBUDUN, Ergun, "Türk Usulüne Göre Başkanlık Sistemi", Milliyet Gazetesi, 15.12.2012, <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/dusunenlerin-dusuncesi/turk-usulune-gore-baskanlik-sistemi-1641997>, (13.12.2020).
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 2017 Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 19. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- PARLA, Taha, **Türkiye'de Anayasalar Tarih, İdeoloji, Rejim, 1921-2016**, 6. Baskı, Metis Yayınları, İstanbul, 2016.
- POLATER, Yusuf Ziya, "Modern Hükümet Sistemlerinden Yarı-Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", **Uyuzmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 4, ss. 133-175, 2014.
- ROSKIN, Michael G., **Çağdaş Devlet Sistemleri (Siyaset, Coğrafya, Kültür), Çev: Bahattin Seçilmişoğlu**, Adres Yayınları, Ankara, 2009.
- SARTORI, Giovanni, "Neither Presidentialism Nor Parliamentarism", **The Failure of Presidential Democracy; Comparative Perspectives**, Ed: Juan Valenzuela Linz, C. 1, The John Hopkins University Press, London, 1994.
- SARTORI, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği: Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme, Çev: Ergun Özbudun**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- SCHMITT, Carl, **Kanunilik ve Meşruiyet, Çev: Mehmet Cemil Ozansü**, 2. Baskı, İthaki Yayınları, İstanbul, 2018.
- SCHMITT, Carl, **Parlamentar Demokrasinin Krizi, Çev: A. Emre Zeybekoğlu**, 4. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2017.
- SEZGİNER, Murat, **Günümüz Demokrasilerinde Kuvvetler İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- STEPHAN, Alfred - SKACH, Cindy, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation: Parliamentarism Versus Presidentialism", **World Politics**, C. 46, S. 1, 1993.
- ŞAHİN, Engin, "1982 Anayasasının Hazırlanış Sürecinde Başkanlık Sistemi Tartışmaları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi", **Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi**, C. 3, S. 4, ss. 43-67, 2015.
- ŞAHİN, İdris, "Vesayet Sistemi Çökerken Başkanlık Sistemi", **Yeni Türkiye Başkanlık Sistemi Özel Sayısı**, S. 51, ss. 118-119, 2013.
- ŞENCAN, Hüdayi, "Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa'da Yarı Başkanlık Sistemi", **Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri Yarı-Başkanlık Sistemi Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri**, Ed: Havvana Yapıcı Kaya, 1. Baskı, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, ss. 27-98, 2014.
- TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Tıpkı 18. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2019.

- TANÖR, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)*, 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 2015.
- TOCQUEVILLE, Alexis De, *Amerika'da Demokrasi, Çev: Seçkin Sertdemir Özdemir*, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası Yayınları, İstanbul, 1969.
- TURHAN, Mehmet, *Hükümet Sistemleri*, 2. Baskı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.
- YAVUZ, K. Haluk, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.
- YAZICI, Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri, Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- YAZICI, Serap, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2012.
- YÜCEL, Bülent, "Devlet Başkanı Sorumsuzluğunun Hükümet Sistemine Yansımaları ve Türkiye Uygulaması", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Akar Öcal Armağanı*, S. 3, 2016.
- YÜCEL, Bülent, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- "1982 Tarihli (2709 Sayılı Kanunun Orijinal Hali) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası", <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709-19821018.pdf>, (12.01.2021).
- "Constitutional Monarchy", <https://monarchist.org.uk/the-constitution.html>, (07.12.2020).
- "Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in 'Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı'nda Yaptıkları Konuşma", <https://www.tccb.gov.tr/konusmalari-ahmet-necdet-sezer/1721/7474/cumhurbaskani-ahmet-necdet-sezerin-uluslararasi-anayasa-hukuku-kurultayinda-yaptiklari-konusma>, (28.02.2021).
- "Cumhurbaşkanlarımızın Anayasa Mahkemesi'nde Açmış Olduğu İptal Davalarını Gösterir Çizelge (1962 - 2018)", [https://www.anayasa.gov.tr/media/5024/cumhurbaskanlarinca\\_2018.doc](https://www.anayasa.gov.tr/media/5024/cumhurbaskanlarinca_2018.doc), (05.03.2021).
- "Sezer'in veto rekoru: 61", <https://www.memurlar.net/haber/59416/sezer-in-veto-rekoru-61.html>, (03.03.2021).
- "Veto rekoru Sezer'de", <https://www.yenisafak.com/politika/veto-rekoru-sezerde-22621>, (11.02.2021).



# SIYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARINDA AİHM KARARI SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİNİ YENİDEN DÜŞÜNMEK<sup>(\*)</sup>

Öğr. Gör. Dr. Fatih GÜLER<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Ceza yargılamasında olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına 2002 yılında AİHM'in verdiği ihlal kararları eklenmiştir. Siyasi partiler için öngörülen en ağır yaptırım olan kapatma kararı açısından yargılamanın yenilenmesinin ayrı bir önemi vardır. Zira gerçek kişiler için öngörülen idam yaptırımının siyasi partiler açısından muadili olan kapatma kararı ile siyasi partilerin hukuki varlığı sona ermektedir. Kapatma kararının ağır ve telafisi güç niteliği gereği yargılamanın yenilenmesi kavramından yararlanma ihtiyacı daha yüksek olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi başvuruları neticesinde kapatma kararını değiştirmeme yönünde tutum sergilemiştir. 2010 anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruları karara bağlama görevi verilmesi ile Anayasa Mahkemesi'ne AİHM içtihatları konusunda özel bir misyon yüklenmiştir. Bireysel başvuru neticesinde verilen hak ihlali kararlarının uygulanmadığı durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu tutum, siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi talepleri üzerinde tekrar düşünülmesini gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** AİHM, Anayasa Mahkemesi, Siyasi Parti, Kapatma Davası, Yargılamanın Yenilenmesi.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21/09/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 28/11/2021.

Atıf Şekli: Fatih Güler, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında AİHM Kararı Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesini Yeniden Düşünmek", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 361-378.

<sup>(\*\*)</sup> Çanakkale 18 Mart Üniversitesi, Çan Meslek Yüksekokulu, Çanakkale, Türkiye.

E-posta: fatih.guler@comu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-5365-5700.

## **RECONSIDERING THE RETRIAL IN POLITICAL PARTY CLOSURE CASES DUE TO EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' DECISION**

### **ABSTRACT**

In 2002, violation decisions given by the ECHR, were added to the reasons for retrial which is an extraordinary legal remedy in criminal proceedings. The retrial has a special importance in terms of the decision of closure, which is the most severe sanction foreseen for political parties. Because the legal existence of political parties ends with the decision of closure, which is the equivalent of the death penalty foreseen for real persons in terms of political parties. Due to the heavy and irreparable nature of the closure decision, the need to benefit from the concept of retrial may be higher. The Constitutional Court adopted an attitude not to change the political party closure decision as a result of the applications for retrial in political party closure cases. Constitutional amendment in 2010, the Constitutional Court was given individual applications and a special mission was assigned to the Constitutional Court regarding the case law of the ECHR. The attitude of the Constitutional Court in cases where the decisions of violation of rights are not implemented as a result of individual application requires a re-evaluation the retrial of in cases of closure of political parties.

**Keywords:** European Court of Human Rights, Constitutional Court, Political Party, Closure Case, Retrial.



## GİRİŞ

Belli bir sosyal objenin normatif statüsüne ilişkin çatışma olarak ifade edilen değerler çatışmasının, yargısal yollarla çözüme kavuşturulacağı kabul edilmiştir<sup>1</sup>. Siyasi partiler hukuku özelinde değerler çatışmasının en iç içe geçmiş alanı ise siyasi partilerin kapatılması ile ilgili olanıdır. Bu sebeple siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin süreçler akademik ve güncel tartışmalar açısından kayda değer bir nitelik arz etmektedirler.

Anayasada belirtilen sebeplerin varlığı halinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın açacağı dava üzerine siyasi partilerin kapatılması Anayasa Mahkemesi'nde görülmektedir. Siyasi Partiler Kanunu'nun ilk sistematığının siyasi partilere uygulanabilecek yaptırımların kademeli olarak artan nispetli bir perspektifle değil de doğrudan kapatma ile sonuçlanabilecek şekilde belirlenmesi ciddi bir sorun teşkil etmiştir<sup>2</sup>. Süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında ortaya koyduğu içtihatların temel karakteristiği anayasa ideolojisini oldukça katı bir şekilde yorumlayarak mevcut düzene yönelik "tehditleri" bertaraf etmek yönünde gelişmiştir<sup>3</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerle ilgili verdiği kapatma kararları, ilgili siyasi parti yetkilileri tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) ihlal ettiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) gündemine taşınabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında ortaya koyduğu içtihadının AİHM'in bu konuda benimsediği hak eksenli anlayışla çatıştığı ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

2002 yılında dolaylı, 2011 yılında doğrudan düzenleme ile siyasi parti kapatma davaları açısından AİHM'in ihlal kararları yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birisi olmuştur. AİHM'in ihlal kararı sebebiyle siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi ile ilgili daha önceki çalışmaların temel hak ve özgürlüklerin korunmasında kaynağını doğrudan doğruya anayasa laf-

<sup>1</sup> Levent Gönenç, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, 2008, s. 22-23.

<sup>2</sup> Fatih Güler, "1982 Anayasası Döneminde Açılan Siyasi Parti Kapatma Davalarında Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal Tutumları Üzerine Ampirik Bir Araştırma", *Ekonomi, İşletme, Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBİR)*, 2021, C. 7, S. 1, s. 194.

<sup>3</sup> Yüksel Metin, "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, C. 2, S. 1, s. 119.

<sup>4</sup> Didem Erdoğan, "Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, s. 71.

zından alan nihai ve en etkili ulusal hak arama yolu olarak kabul edilen<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının kabul edildiği 2010 yılından önce yapılması sebebiyle<sup>6</sup> konunun Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sürecinde ortaya koyduğu hukuki tutum çerçevesinde değerlendirmenin, konuya farklı bir perspektifle yaklaşmaya imkan sağlayacağı düşünülmesi çalışmanın hareket noktasını oluşturmuştur.

Bu çerçevede; yargılamanın yenilenmesi ve AİHM'in ihlal kararı sebebiyle yargılamanın yenilenmesi ile ilgili genel bilgi verildikten sonra, AİHM'in ihlal kararı sebebiyle siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi konusu Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları çerçevesinde ele alınacaktır. Devamında ise Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru ile ilgili tutumu ve yerel mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararları karşısındaki direnme kararları sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin gösterdiği refleks çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin muhtemel bir siyasi parti kapatma davasının yargılamanının yenilenmesinde alabileceği kararlar değerlendirilecektir.

## I. YARGILAMANIN YENİLENMESİ VE YENİDEN YARGILAMA

Bir mahkeme kararının kesinleşmesi, ilgili karara karşı karar düzeltme ve temyiz gibi (olağan) kanun yollarına başvurulamaması demektir<sup>7</sup>. Olağanüstü kanun yollarına başvurulabilmesi bir mahkeme kararının kesinleşmesine engel teşkil etmemektedir. Hukuk devletinin yadsınamaz temel ilkelerinden olan hukuksal barış ve güvenliğini garanti etmede asli bir fonksiyon icra eden “maddi anlamda adalet” ve “kararların kesinliği” ilkelerinin dengelenmesini sağlayan argümanlardan yargılamanın yenilenmesi, somut olayda adaletin gerçekleşti-

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi Üyesi İrfan Fidan'ın Andicme Töreni Açış Konuşması, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-irfan-fidanin-andicme-toreni-acis-konusmasi/> (01.09.2021).

<sup>6</sup> Ayhan Döner - İsmail Köküarı “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 12, S. 1. Hüseyin Aydın “Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması”, *Yasama Dergisi*, 2009, S. 11. Uğur Yiğit, “Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması ile Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 75. Faruk Bilir, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 1, S. 2, s. 18.

<sup>7</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi II. Cilt*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2011, s. 812.

rilmesi ve uyuşmazlığın nihai bir kararla sonlandırılması yönündeki menfaatleri bağdaştırması sebebiyle ancak dar bir çerçevede uygulanabilmektedir<sup>8</sup>.

Mahkeme kararının meşruiyetinin ve bütünlüğünün sorguladığı durumlarda söz konusu olan yargılamanın yenilenmesi yargılama süreci açısından bir endişe ve istikrarsızlık durumu oluşturmasına rağmen adil yargılama amacı doğrultusunda ceza adalet sisteminde rahatsız edici bir ayrılma teşkil etmemekle birlikte sınırlı koşullar altında başvurulmasıyla yargılama stratejisini mükemmelleştirme amacına hizmet edecektir<sup>9</sup>. AİHM tarafından, hem hukuk hem de gerçekler açısından suçlamanın esasına ilişkin yeni bir tespit olarak kabul edilen yargılamanın yenilenmesi kurumunun adaletin gerçekleşmesinde kilit bir role sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir<sup>10</sup>.

Ceza yargılaması, hukuk yargılaması ve idari yargıda ilgili kanunlarda sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde başvurulabilen ve hukuk sistemimizde 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda “iadei muhakeme” ve 1929 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda “muhakemenin iadesi” kavramlarıyla köklü bir uygulama alanı olan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin arasına güncel gelişmeler ışığında yenileri eklenebilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin arasına sonradan eklenen sebeplerden bir tanesi de çalışmaya konu olan AİHM’in ihlal kararlarıdır.

Bireysel başvurunun Türk hukukunda dahil olmasıyla klasik “yargılamanın yenilenmesi” kavramının yanında “yeniden yargılama” kavramı da uygulama imkanı bulmuştur. Bireysel başvuru ile ilgili yasal hükümlerin 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bireysel başvuru pozitif hukukumuzda yerini almış olup<sup>11</sup> uygulandığı süre içerisinde Türk anayasa yargısı tarihinde önemli izler bırakmıştır<sup>12</sup>. Anayasa Mahkemesi’nin görevlerinin arasına bireysel başvuruların karara bağlanmasının ilave edilmesi Anayasa Mahkemesi’nin işlevinde köklü

<sup>8</sup> Mustafa Ruhan Erdem - Ömer Korkmaz, “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003, C. 5, S. 2, s. 199.

<sup>9</sup> Thomas M. DiBiagio, “Judicial Equity: An Argument for Post-Acquittal Retrial When the Judicial Process is Fundamentally Defective”, *Catholic University Law Review*, C. 46, 1996, s. 91-93.

<sup>10</sup> Michael Bohlander (Ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, Stefania Negri, Equality of Arms- Guiding Light or Empty Shell?, Cameron May International Law and Policy, 2007, s. 29.

<sup>11</sup> Hasan Sabri Çelikyay, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 73, S. 1, s. 22.

<sup>12</sup> Ece Göztepe, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme”, *Anayasa Yargısı*, 2021, C. 38, S. 1, s. 45.

bir değişime sebep olmuştur<sup>13</sup>. AİHM ve içtihatları karşısında yargı kollarındaki diğer mahkemelerle aynı pozisyonda olan Anayasa Mahkemesi, 2010 anayasa değişikliğinde kabul edilen bireysel başvuru yoluyla AİHS ve AİHM içtihatlarının yerel teminatı ve AİHM öncesi “etkili iç hukuk yolu” konumuna gelmiştir. Gerçekten de AİHM, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruyu tüketilmesi gereken erişilebilir ve etkili bir yol olarak değerlendirilmiştir<sup>14</sup>.

6216 sayılı Kanun’un 50. maddesine göre bireysel başvuru neticesinde ihlal kararı verilmişse ve ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili mahkemeye gönderilir ve yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi’nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde karar verir.

Hukuki anlamda “yargılamanın yenilenmesi” ile aynı olmasa da “yeniden yargılama”, “yargılamanın yenilenmesi” ile oldukça benzer nitelikler ihtiva etmektedir. Olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi ile Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru neticesinde verdiği ihlal kararının ardından hükmettiği yeniden yargılamanın nitelik ve sonuçları anlamında farklı görüşler olsa da<sup>15</sup> yeniden yargılamanın, yargılamanın yenilenmesini kapsadığı söylenebilir. Bu çerçevede çalışmada da yeniden yargılama ile yargılamanın yenilenmesinin benzer sonuçlarının olduğu kabul edilmiştir.

## II. AİHM’İN İHLAL KARARI SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

Her ne kadar AİHM bazı ihlal kararlarında yeniden yargılamaya yönelik tavsiye niteliğinde hatırlatmalarda bulunsa da<sup>16</sup> kural olarak AİHM’in yargılamanın yenilenmesine yönelik karar verme yetkisi bulunmamaktadır<sup>17</sup>. Yargılamanın

<sup>13</sup> Abbas Kılıç, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, 2021, C. 38, S. 1, s. 92.

<sup>14</sup> Ali Bahadır, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Etkisi”, *Anayasa Yargısı*, 2018, S. 35, s. 137 (135-145). Işıl Karakaş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Etkili Başvuru Yolu: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Çerçevesinde Gözlemler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2015, C. 4, S. 7, s. 251.

<sup>15</sup> Süha Tanrıver, “Tabi Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S. 104, s. 32. Ramazan Gümüşay, “Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak ‘Yeniden Yargılama’ Kararı ve İcrası”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 22, S. 1-2, s. 99-100.

<sup>16</sup> Nihayet Arıcı ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 24604/04 ve 16855/05, 23/10/2012.

<sup>17</sup> Tolga Şirin, *Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7*, 2. Baskı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, 2019, s. 272.

yenilenmesi üye devletlerin iç hukukta yapacakları düzenlemelerden sonra söz konusu olabilmektedir.

Avrupa Birliği'ne ve Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerden birçoğu AİHM'in ihlal kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul etmekte ve uygulama alanları değişmekle birlikte (ceza, hukuk, idari vb.) etkin bir şekilde hukuk sistemlerine ilave etmektedir<sup>18</sup>. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 19 Ocak 2000 tarihinde düzenlenen 694. Daimî Temsilciler Toplantısında AİHM'in ihlal kararlarının ardından, ihlale konu olan davaların iç hukukta yargılanmasının yenilenmesinin sağlanmasına yönelik üye ülkelere ilişkin tavsiye kararı üye ülkelerin bu konuyla ilgili süreçleri hızlandırmalarında oldukça etkili olmuştur<sup>19</sup>.

AİHM'in ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilmesi ve kabul edilmesi konusunda 2002 yılı öncesinde bazı girişimler yapılmış ve sonuçsuz kalmıştır<sup>20</sup>. AİHS'in ve AİHM içtihatlarının etki alanının genişletilmesine yönelik uluslararası eğilim ve talep ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olumlu yaklaşımı olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında AİHM'in ihlal kararlarının eklenmesi sonucunu doğurmuştur. Türk hukuku açısından ilgili kanunlarda yapılan düzenlemelerin ardından AİHM'in ihlal kararları 2002 yılında ceza yargılaması ve hukuk yargılaması, 2003 yılında ise idari yargılamada yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında sayılmıştır.

Anayasa yargısı açısından kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>21</sup>. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına giren siyasi parti kapatma davalarında ve Yüce Divan davalarında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesinin önünde herhangi bir engel olduğu söylenemez. Mülga 2949 sayılı Kanun'un 33. maddesine göre siyasi parti kapatma davalarında ceza yargılaması

<sup>18</sup> Zsófia Varga, "Retrial in the Member States on the Ground of Violation of EU Law", *Elte Law Journal*, S. 2017/1, s. 65.

<sup>19</sup> Ebru Karaman, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, C. 72, S. 1, s. 417.

<sup>20</sup> Burhan Caner Hacıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İhlal Kararlarının Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme", Erzincan *Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 8, S. 1-2, s. 98.

<sup>21</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2019, 3. Baskı, s. 1231.

sı hükümlerinin uygulanması sebebiyle AİHM'in ihlal kararları siyasi parti kapatma davalarında içtihadî yolla yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir. Sonrasında 2011 tarih ve 6216 sayılı Kanun'un 67. maddesi ile AİHM'in, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma kararının AİHS ve eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğine hükmetmesi hâlinde, AİHM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Anayasa Mahkemesi'nden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabileceği açıkça düzenlenmiştir<sup>22</sup>.

AİHM'in ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına eklenmesine ilişkin 6216 sayılı Kanun'un 67. maddesinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda görüşülmesi esnasında, bu durumun *"egemenlik hakkının gereği AİHM'in âdeti bir temyiz mahkemesi gibi konumlanması"* gibi bir sonuç doğurduğuna işaret edilerek düzenlemenin tasarı metninden çıkartılmasına yönelik verilen önerge, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda reddedilmiştir<sup>23</sup>. AİHM'in ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına eklenmesi 2002 yılında soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin gündemine gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'in ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına eklenmesinin iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir duruma yol açmadığına işaret ederek iptal istemini reddetmiştir<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Aynı maddede Yüce Divan kararları için de AİHM'in ihlal kararı olması durumunda yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir. Burada eksik bir düzenlemeye işaret etmenin faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinden bir tanesi de siyasi partilerin mali denetimidir. Anayasa Mahkemesi 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu hükümleri çerçevesinde siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin Kanuna uygunluğunu yıllık olarak denetlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin denetimi çerçevesinde verdiği hazineye irat kaydedilmesine yönelik kararlar da AİHM'in gündemine taşınabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili verdiği kararlarla ilgili AİHM'in ihlal kararı vermesi durumunda da yargılamanın yenilenmesinin yolunun açılmasının, Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili verdiği kararlara olumlu anlamda etkisinin olacağı ve ilgili siyasi partilerin hak arama özgürlüğüne katkı sağlayacağı değerlendirilmektedir. Örneğin AİHM Cumhuriyet Halk Partisi'nin 2008 ve 2009 yılı kesinhesaplarına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının AİHS 6. ve 11. maddelerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/4/2016. Muhtemel bir Siyasi Partiler Kanunu reformunda bu eksiliğin giderilmesine yönelik bir hüküm eklemenin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

<sup>23</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 82. Birleşim 24 Mart 2011 Perşembe, s. 71, 86-87.

<sup>24</sup> AYM, E. 2002/146, K. 2002/201, 27/12/2002. Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN 2001 ve 2002 yıllarında Anayasa Mahkemesinin 39. ve 40. kuruluş yıl dönümlerinde yaptığı konuşmalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen iptal kararlarının, Ceza ve Hukuk

### III. SİYASİ PARTİ KAPATMA DAVALARINDA AİHM'İN İHLAL KARARI SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ TALEPLERİNE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi değişik işler başlığı altında siyasi partilerin dağılma durumlarının tespiti ve siyasi partilerin isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkinin gibi başvuruları takip etmektedir. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi taleplerini de değişik işler kategorisinde değerlendirmekte, ayrı esas ve karar numaraları ile karara bağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin gündemine siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi talebi, ilk kez AİHM'in ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına eklendiği 2002 yılından önce gelmiştir. Resmi Gazete'de yayımlanmayan bu karara göre mevcut yasal hükümlerin ancak yeni delil veya olay ortaya çıkması durumunda yargılamanın yenilenmesine imkân verdiği, AİHM'in ihlal kararının yeni bir delil niteliğinde olmadığı gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine hükmetmiştir<sup>25</sup>.

23.1.2003 tarih ve 4793 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun yayımlandığı tarihten önce kesinleşmiş olan AİHM'in ihlal kararları ile ilgili yargılamanın yenilenmesi taleplerinin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacağına dair hüküm çerçevesinde 2003 yılında, daha önceden Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatıldıktan sonra AİHM'in ihlal kararı verdiği Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)<sup>26</sup>, Halkın Emek Partisi (HEP)<sup>27</sup>, Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)<sup>28</sup> Anayasa Mahkemesi'ne yargılamanın yenilenmesi başvurusunda bulunmuşlardır.

---

Usulü Muhakemeleri Kanunlarında sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenlerine dâhil edilmesi gerektiğine işaret etmiştir. <https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmaları/mustafa-bumin/> (03.09.2021).

<sup>25</sup> Bilir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi", s. 18. Yılmaz Aliefendioğlu, "İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkeme Kararlarında Gözlenen Etkisi", *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, 1999-2000, C. 21-22, s. 74. AYM, E. 1998/4 (Değişik İşler), K. 1999/2, 16.02.1999.

<sup>26</sup> AYM, E. 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/1, 16/07/1991. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998.

<sup>27</sup> AYM, E. 1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, 14/07/1993. Yazar ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 22723/93, 22724/93, 22725/93, 9/4/2002.

<sup>28</sup> AYM, E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/2, 23/11/1993. ÖZDEP/Türkiye, B. No: 23885/94, 8/12/1999.

Anayasa Mahkemesi her üç kararda; AİHM'in ihlal kararını yargılamanın yenilenmesi için tek başına yeterli olmadığını, ihlal nedeninin doğruluğunun ve hükmün esasına etkili nitelikte olup olmadığının araştırılması gerektiği, yargılamanın yenilenmesi isteminin kabul edilebilmesi için ilk hükmün verilmesinde esas alınan olgularla birlikte yeniden değerlendirilmesini gerektirecek nitelikte maddi bir olgunun bulunduğu hükmün kesinleşmesinden sonra saptanması gerektiği, her üç siyasi parti için de yargılama sonrasında ortaya çıkan ve kesin hükmün esasını etkileyecek nitelikte olan maddi bir olgunun varlığına değil kapatılmaya esas alınan mevcut olguların değerlendirilmesinde hata yapıldığı düşüncesine dayanıldığı, bu durumda temyiz nedeni olması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi talebini esassızlık gerekçesiyle reddedilmesi yönünde hüküm kurmuştur<sup>29</sup>.

Karar tarihinde 11 üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin 4 üyesi çoğunluk görüşüne katılmayarak muhalif kalmışlardır. Karara muhalif kalan üyeler karşı oylarında çoğunluk görüşünün, kanun koyucunun AİHM'in ihlal kararını müstakil bir yargılamanın yenilenmesi nedeni sayan iradesine aykırı bir yorum teşkil ettiğini, AİHM'in ihlal kararı ile yargılamanın yenilenmesinin önünün baştan tamamen kapatılması anlamına gelecek yorumun kanuni düzenlemeyi anlamsız hale getirecek bir uygulama niteliğinde olduğunu, bu yorumun AİHM'nin ihlal kararını ancak gerçekleşmesi fiili imkânsızlık içeren durumlarla sınırlandırılmış, çoğunluk görüşünün tespiti dayanan AİHM'in ihlal kararı sebebiyle yargılamanın yenilenmesi sebebinin özelliği ve getiriliş amacıyla bağdaşmadığı ve AİHM içtihatları ile uyumu sağlama yönünde engel teşkil ettiğini ifade etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarla oluşturduğu içtihadın yasa koyucunun AİHM'in ihlal kararını münhasıran yargılamanın yenilenmesi sayan sarih iradesini göz ardı eden bir nitelikte olduğu görülmektedir. Bu çerçevede AİHM'in ihlal kararlarının yeniden yargılama nedeni sayılmasının siyasi parti kapatma davaları açısından pratikte bir sonuç ortaya koymadığı görülmüştür<sup>30</sup>.

Bu üç karar dışında, siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesinde talepli iki karar daha bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 1971 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan Türkiye İşçi Partisi kapatma dava-

<sup>29</sup> Bkz. AYM, E. 2003/1 (Değişik İşler), K. 2008/2, 08/01/2008, Bölüm IV İstemin Değerlendirilmesi, AYM, E. 2003/2 (Değişik İşler), K. 2008/2, 08/01/2008, Bölüm IV İstemin Değerlendirilmesi, AYM, E. 2003/6 (Değişik İşler), K. 2008/4, 08/01/2008, Bölüm IV İstemin Değerlendirilmesi,

<sup>30</sup> Hüseyin Özcan - Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Der Yayınları, 2011, s. 201.



sının yeniden yargılanmasına ilişkin 2018 yılında yapılan taleptir<sup>31</sup>. Türkiye İşçi Partisi tarafından yapılan başvuruda gerek Anayasa gerekse 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe yargılamanın yenilenmesi talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi her iki siyasi partinin ismi aynı olsa da 2017 yılında kurularak tüzel kişilik kazanan başvuru Türkiye İşçi Partisi'nin 1971 yılında kapatılan Türkiye İşçi Partisi ile aynı tüzel kişiliğe sahip olmadığına işaret ederek başvuruyu esasa girmeden başvuranın yetkisizliği sebebiyle reddetmiştir.

Diğer başvuruda, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı haline gelmesi sebebiyle 2009 yılında Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılan<sup>32</sup> Demokratik Toplum Partisi'nin beyan ve eylemleriyle kapatılmasına neden oldukları hükmedilerek Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası uyarınca milletvekilliklerinin sona ermesine karar verilen Diyarbakır eski Milletvekili Aysel TUĞLUK ve Mardin eski Milletvekili Ahmet TÜRK, 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, Anayasa'da 5982 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler kapsamında, milletvekilliklerinin sona ermesinin dayanağı olan 84. maddenin 12.9.2010 tarihinde yapılan halkoylaması sonunda yürürlükten kaldırılmasını gerekçe göstererek yargılamanın yenilenmesi ve milletvekilliklerinin devamına karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır<sup>33</sup>. Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin lehine yasalarda meydana gelen değişikliklerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda sayılan yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almaması sebebiyle talebin reddine hükmetmiştir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> AYM, E. 2018/2 (Değişik İşler), K. 2018/1, 14/02/2018.

<sup>32</sup> AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 11/12/2009.

<sup>33</sup> AYM, E. 2011/1 (Değişik İşler), K. 2011/2, 17/03/2011.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin milletvekilliklerinin devamına karar verilmesi istemi, yargılamanın yenilenmesi isteminden bağımsız olarak da incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davası sonucunda partinin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olan kişilerin milletvekilliklerinin sona ermesinin ceza davasında mahkemece hükmedilen ceza hükmü niteliğinde olmadığı, Türk Ceza Kanunu'nun "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklindeki 7. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulama olanağının olmadığı, anayasa değişikliklerinin kural olarak ileriye dönük hukuki sonuçlar doğurduğunu, Anayasa'nın 84. maddesinin beşinci fıkrası yürürlükten kaldırılırken söz konusu değişikliklerin, beyan ve eylemleriyle parti kapatılmasına sebep olduğu için milletvekillikleri sona eren kişiler yönünden de geçerli olduğu yolunda istisnai bir düzenlemeye de yer verilmediğine işaret ederek milletvekilliklerinin devamına karar verilmesi isteminin reddine hükmetmiştir. Karar tarihinde 17 üyeden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin 7 üyesi karar muhalif kalarak, başvuru sahiplerinin yargılamanın yenilenmesi yoluyla lehe olan kuralın uygulanması talebinde bulunduk-

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde aldığı kararlardan birisi "ihlal" kararıdır. Yargısal aktivizm içeren kararları nedeniyle yoğun bir şekilde eleştirilen Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurular neticesinde verdiği ihlal kararları aracılığıyla oluşturduğu hak ve özgürlükleri genişletici yorumları, Mahkeme hakkındaki olumsuz algının tersine çevrilmesinde rol oynadığı kabul edilmektedir<sup>35</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının ardından yerel mahkemelerle arasında oluşan ilişki bir hiyerarşik ilişkiden ziyade, yatay nitelikte, iletişimsel ve işbirliği ilişkisi olarak ifade edilmelidir<sup>36</sup>. Fakat ilişkinin bu niteliği sarih kanuni düzenlemelerle bağlayıcı olduğu bilinen Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması zorunluluğu gerçeğini değiştirmemesi gerektiği, Anayasa Mahkemesi tarafından istikrarlı bir şekilde vurgulanmaktadır.

Sınırlı sayıda ihlal kararının ardından yerel mahkemeler Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararına rağmen "yeniden yargılama" yapmamış veya ihlal kararında açıklanan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmamıştır. Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelerin bu tür direnme kararları karşısında gerek içtihatlarıyla gerekse de mahkeme başkanı aracılığıyla verdiği mesajlarla, hukuki tutumunu ihlal kararında açıklanan ihlali ve sonuçları ortadan kaldırması yönünde istikrarlı olarak şekillendirmiştir<sup>37</sup>.

Anayasa Mahkemesi yeniden yargılama kararının gereğini yerine getirmeyen ilk derece mahkeme kararlarının anayasanın lafzına aykırılık teşkil ettiği ve anayasal güvenceleri işlevsiz hale getirecek nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Bu tutumun şekillenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin ihlâlî kararlarının uygulanmamasının Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmadan doğrudan doğruya AİHM'e bireysel başvuru yapılmasının yolunu açma riskini barındırdığı

---

larını işaret ederek, Anayasa 84. maddesinin beşincinin fıkrası yürürlükten kaldırılması ile ortaya çıkan lehe durumdan başvuruçular yararlandırılması gerektiğini yönünde görüşlerini ifade etmişlerdir.

<sup>35</sup> Mehmet Kahraman - Muhammed Şahin, "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", *Anayasa Yargısı*, 2019, C. 36, S. 2, s. 41.

<sup>36</sup> Ece Göztepe Çelebi, "Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı", *Anayasa Yargısı*, 2016, S. 33, s. 101-102.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği, Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması Nedeniyle Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı ile Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edilmesine İlişkin Basın Duyurusu, 3.2.2021, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/aym-baskani-arslandan-tbmm-baskani-sentopa-yanit,wA4PevnDGkS4ts9smW27BA> AYM Başkanı Arslan'dan, TBMM Başkanı Şentop'a yanıt (07.09.2021).

kaygısının olduğu ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının yerel mahkemede göz ardı edilmesi ne derece yanlış ise; AİHM'in siyasi parti kapatma davalarına verdiği ihlal kararı doğrultusunda yargılamanın yenilenmemesi de o kadar paradoksal bir durumdur.

## SONUÇ

Özellikle aleyhinde kapatma davası açılan siyasi partiler açısından AİHM'in dernek özgürlüğü<sup>39</sup> ile ilgili içtihatları ve AİHM'in muhtemel bir ihlal kararı sonrası yargılamanın yenilenmesi talepleri önemli bir unsur olarak ortaya koymaktadır. Gerçekten de siyasi parti kapatma davaları esnasında aleyhinde kapatma davası açılan siyasi partilerin savunmalarında AİHM'in muhtemel bir ihlal kararının yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılacağına yönelik ifadelerinin olduğu da görülmektedir<sup>40</sup>.

Anayasa Mahkemesi, en son bir siyasi parti kapatma davasını 2011 yılında karara bağlamıştır. 2021 yılı Eylül ayı itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde en az dört adet siyasi parti ile ilgili kapatma davası bulunmaktadır. Bunlar Türkiye Kürdistan Demokrat Partisi (Esas No: 2017/1), Kürdistan Özgürlük Partisi (Esas No: 2018/1), Kürdistan Sosyalist Partisi (Esas No: 2018/2), Halkların Demokratik Partisi (Esas No: 2021/1) ile ilgilidir<sup>41</sup>.

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında karara bağladığı üç siyasi partinin kapatılması davasının yargılamanın yenilenmesi taleplerini usulden kabul etmesine rağmen esastan reddetmiştir. Bu kararlarda Anayasa Mahkemesi daha önceden verdiği siyasi parti kapatma kararlarını kaldırma yönünde bir irade ortaya koymayı tercih etmemiştir. Daha sonradan karara bağladığı iki siyasi partinin kapatılması davalarında yargılamanın yenilenmesi taleplerini ise usulden reddetmiştir.

<sup>38</sup> Kemal Gözler, "İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı", [anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm](http://anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm) (Yayın Tarihi: 15 Ekim 2020).

<sup>39</sup> Yüksel Metin - Gamze Aslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dernek Özgürlüğü", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 12, S. 3.

<sup>40</sup> AYM, E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, 22/06/2001, s. 99. AYM, E. 2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2008/2, 30/07/2008, s. 135. 543. AYM, E. 2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2008/2, 30/07/2008, s. 135, 543.

<sup>41</sup> Anayasa Mahkemesinin İşyükü (Genel) 1962-1982 ve 1982-2018 yılları arası Anayasa Mahkemesine yapılan iptal, itiraz, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan davalarını gösteren çizelgeler <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/genel-kurul/>, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Bekir ŞAHİN'in basın açıklaması <https://www.yargitaycb.gov.tr/kategori/34/duyuru-arsivi?page=2> (10.09.2021).

Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarındaki yargılamanın yenilenmesi talepleri üzerinde verdiği kararlar ile Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği ihlal kararları üzerine yerel mahkemelerin verdiği direnme kararları karşısında ortaya koyduğu hukuki tutum birbiri ile çelişmektedir. Anayasa Mahkemesi gündemine gelen siyasi parti kapatma davalarında veya siyasi parti kapatma davalarındaki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde AİHM içtihatlarını veya ihlal kararlarını göz ardı etmesi durumunda paradoksal bir durum oluşması kaçınılmaz bir hale gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin halen derdest olan siyasi parti kapatma davaları başta olmak üzere siyasi parti kapatma davalarında ve siyasi parti kapatma davalarındaki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde oluşturduğu istikrarlı içtihadında köklü bir değişikliğe giderek AİHM'in içtihatları çerçevesinde hareket etme eğilimine gireceği düşünülebilir. Eğer Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında ve siyasi parti kapatma davalarındaki yargılamanın yenilenmesi taleplerinde oluşturduğu istikrarlı içtihadının devamını sağlamak eğiliminde olacak ise AİHM'in devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü aleyhinde faaliyette bulunduğu iddiasıyla kapattığı siyasi partiler ile ilgili hak eksenli bir tutum sergilemesine rağmen laik Cumhuriyet ilkesinin ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi partiler (Refah Partisi) ile ilgili hak eksenli bir tutum sergilememesi çelişkisi üzerine inşaa edilecek siyasi ve hukuki argümanlar geliştirmek durumunda kalacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkeme Kararlarında Gözlenen Etkisi”, *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi*, 1999-2000, C. 21-22, ss. 61-76.
- ANAYASA MAHKEMESİ GENEL SEKRETERLİĞİ, Anayasa Mahkemesi Kararının Uygulanmaması Nedeniyle Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı ile Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edilmesine İlişkin Basın Duyurusu, 3.2.2021.
- AYDIN, Hüseyin, “Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması”, *Yasama Dergisi*, 2009, S. 11, ss. 50-75.
- BAHADIR, Ali, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Etkisi”, *Anayasa Yargısı*, 2018, S. 35, ss. 135-145.
- BİLİR, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılamanın Yenilenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, C. 1, S. 2, ss. 3-31.
- BOHLANDER, Michael (Ed.), *International Criminal Justice: A Critical Analysis of Institutions and Procedures*, Stefania Negri, Equality of Arms- Guiding Light or Empty Shell?, Cameron May International Law and Policy, 2007.
- ÇELİKİYAY, Hasan Sabri, “Anayasa Mahkemesi’nin Bireysel Başvuru Kararlarının “Başvuru Yollarının Tüketilmesi” Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. 73, S. 1, ss. 21-61.
- DİBİAGİO Thomas M., “Judicial Equity: An Argument for Post-Acquittal Retrial When the Judicial Process is Fundamentally Defective”, *Catholic University Law Review*, C. 46, 1996, ss. 77-108.
- DÖNER, Ayhan - KÖKÜSARI İsmail, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 12, S. 1, ss. 663-686.
- ERDEM Mustafa Ruhan - KORKMAZ Ömer, “Yargılamanın Yenilenmesi Nedeni Olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İhlali”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2003, C. 5, S. 2, ss. 182-212.
- ERDOĞAN, Didem, “Siyasi Partilerin Temsili Demokrasi Üzerindeki Etkileri”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, ss. 59-74.
- GÖNENÇ, Levent, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi II. Cilt*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2011.

- GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, **Anayasa Yargısı**, 2016, S. 33, ss. 93-118.
- GÖZTEPE, Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi’nin Doğrudan ve Dolaylı “Çağrı Kararları” Üzerine Bir İnceleme”, **Anayasa Yargısı**, 2021, C. 38, S. 1, ss. 43-83.
- GÜLER, Fatih, “1982 Anayasası Döneminde Açılan Siyasi Parti Kapatma Davalarında Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal Tutumları Üzerine Ampirik Bir Araştırma”, **Ekonomi, İşletme, Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi (JEBPİR)**, 2021, C. 7, S. 1, ss. 192-208.
- GÜMÜŞÇAY, Ramazan, “Bireysel Başvuruda İhlalin Ortadan Kaldırılmasının Bir Aracı Olarak ‘Yeniden Yargılama’ Kararı ve İcrası”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2018, C. 22, S. 1-2, ss. 93-143.
- HACIOĞLU, Burhan Caner, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İhlal Kararlarının Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Yeni Bir Muhakemenin Yenilenmesi Sebebi Olarak Kabulü ve İzlenecek Muhakeme Usulü Üzerine Bir İnceleme”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, C. 8, S. 1-2, ss. 93-113.
- KAHRAMAN, Mehmet - ŞAHİN, Muhammed, “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, **Anayasa Yargısı**, 2019, C. 36, S. 2, ss. 37-61.
- KARAKAŞ, Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Etkili Başvuru Yolu: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Çerçevesinde Gözlemler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, 2015, C. 4, S. 7, ss. 245-259.
- KARAMAN, Ebru, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2014, C. 72, S. 1, ss. 411-434.
- KILIÇ, Abbas, “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine Bildirilmesi”, **Anayasa Yargısı**, 2021, C. 38, S. 1, ss. 85-126.
- METİN, Yüksel, “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, C. 2, S. 1, ss. 89-130.
- METİN, Yüksel - ASLAN Gamze, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 2007, C. 12, S. 3., ss. 271-298.
- ÖZCAN Hüseyin, YANIK Murat, **Siyasi Partiler Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- ŞİRİN, Tolga, **Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 7**, 2. Baskı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2019.

TANRIVER, Süha, "Tabi Hakim İlkesi ve Medeni Yargı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S. 104, ss. 11-35.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 5. Yasama Yılı 82. Birleşim 24 Mart 2011 Perşembe.

VARGA, Zsófia, "Retrial in the Member States on the Ground of Violation of EU Law", *Elte Law Journal*, S. 2017/1, ss 55-98.

YİĞİT, Uğur, "Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması ile Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, S. 75, ss. 165-176.

#### **Anayasa Mahkemesi Kararları**

AYM, E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/2, 23/11/1993.

AYM, E. 1998/4 (Değişik İşler), K. 1999/2, 16.02.1999.

AYM, E. 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/1, 16/07/1991.

AYM, E. 1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, 14/07/1993.

AYM, E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, 22/06/2001.

AYM, E. 2002/146, K. 2002/201, 27/12/2002.

AYM, E. 2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2009/4, 11/12/2009.

AYM, E. 2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2008/2, 30/07/2008.

AYM, E. 2008/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2008/2, 30/07/2008.

AYM, E. 2011/1 (Değişik İşler), K. 2011/2, 17/03/2011.

AYM, E. 2018/2 (Değişik İşler), K. 2018/1, 14/02/2018.

AYM, E. 2003/1 (Değişik İşler), K. 2008/2, 08/01/2008.

AYM, E. 2003/2 (Değişik İşler), K. 2008/2, 08/01/2008.

AYM, E. 2003/6 (Değişik İşler), K. 2008/4, 08/01/2008.

#### **AİHM Kararları**

Cumhuriyet Halk Partisi/Türkiye, B. No: 19920/13, 26/4/2016.

Nihayet Arıcı ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 24604/04 ve 16855/05, 23/10/2012.

ÖZDEP/Türkiye, B. No: 23885/94, 8/12/1999.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998.

Yazar ve Diğerleri /Türkiye, B. No: 22723/93, 22724/93, 22725/93, 9/4/2002.

### Elektronik Kaynaklar

- ANAYASA MAHKEMESİ, Anayasa Mahkemesinin İşyükü (Genel) 1962-1982 ve 1982-2018 yılları arası Anayasa Mahkemesine yapılan iptal, itiraz, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan davalarını gösteren çizelgeler <https://www.anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/genel-kurul/> (10.09.2021).
- ANAYASA MAHKEMESİ, Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in 39. Kuruluş Yılı Dönümünde Yaptığı Konuşma, <https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/mustafa-bumin/> (10.09.2021).
- ANAYASA MAHKEMESİ, Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin'in 39. Kuruluş Yılı Dönümünde Yaptığı Konuşma, <https://anayasa.gov.tr/tr/baskan/eski-baskanlarin-konusmalari/mustafa-bumin/> (10.09.2021).
- ANAYASA MAHKEMESİ, Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Anayasa Mahkemesi Üyesi İrfan Fidan'ın Andıçme Töreni Açış Konuşması, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-irfan-fidanin-andicme-toreni-acis-konusmasi/> (01.09.2021).
- GÖZLER, Kemal, "İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesine Karşı", [anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm](http://anayasa.gen.tr/berberoglu-2.htm) (Yayın Tarihi: 15 Ekim 2020).
- <https://www.ntv.com.tr/turkiye/aym-baskani-arslandan-tbmm-baskani-sentop-yanit,wA4PevnDGkS4ts9smW27BA> AYM Başkanı Arslan'dan, TBMM Başkanı Şentop'a yanıt (07.09.2021).
- YARGITAY CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Bekir ŞAHİN'in basın açıklaması <https://www.yargitaycb.gov.tr/kategori/34/duyuru-arsivi?page=2> (10.09.2021).



## SPOR MÜSABAKALARINDA YASADIŞI BAHİS VE ŞANS OYUNU SUÇLARI<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Ozancan BELCİ<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

Spor müsabakaları üzerinde, kanunla gösterilen merciler veya bu mercilerin yine mevzuata dayalı olarak izin verdiği özel hukuk kişilerinin dışında kalan gerçek veya tüzel kişilerin bahis veya Şans oyunu düzenlemeleri, 7258 sayılı Kanun ile yasaklanmıştır. Hukukumuzda kanunun verdiği yetki olmaksızın diğer spor dallarında gerçekleştirilen müsabakalara ilişkin bahis veya Şans oyunu oynatılması, Türkiye’den erişim sağlanması, bunların reklam ve sair suretle özendirilmesi ya da bu oyunlara ilişkin para transferine aracılık edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda; spor ve spor müsabakası kavramları, e-spor müsabakalarının 7258 s. Kanun kapsamındaki suçlara konu olup olamayacağı ve spor müsabakalarında Şans ve bahis oyunlarının hukukumuzdaki yeri değerlendirilmiştir. 7258 sayılı Kanun md.5 kapsamında düzenlenen bahis ve Şans oyunu suçları; suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleriyle bu suçların muhakemesi yönlerinden incelenmiş ve önerilerimiz sunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Yasadışı Bahis Suçları, e-Spor, İddaa, Terörizmin Finansmanı.

---

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29/08/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 13/11/2021.

Atıf Şekli: Ozancan Belci, “Spor Müsabakalarında Yasadışı Bahis ve Şans Oyunu Suçları”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 379-418.

(\*\*) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: ozancanbelci@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-3776-6232.

## **CRIMES OF ILLEGAL BETTING AND PLAYING GAMES OF CHANCE IN SPORTS COMPETITIONS**

### **ABSTRACT**

The regulation of betting or games of chance on sports competitions by real or legal persons other than the authorities designated by the law or the private law persons authorized by these authorities on the basis of legislation, is prohibited by Law No. 7258. In our law, it is a crime to play bets or games of chance, to access from Turkey, to encourage them through advertising and other means, or to mediate money transfer related to these games, without the authorization given by the law. In our study; the concept of sport, whether e-sports competitions can be subject to crimes within the scope of Law No. 7258 and the place of chance and betting games in sports competitions in our law have been evaluated. Law no. 7258 art. betting and gambling crimes regulated under 5; the elements of the crime, the special appearance forms of the crime and the reasoning of these crimes are examined and our suggestions are presented.

**Keywords:** Crimes of Illegal Betting and Playing Games of Chance, e-Sports, Iddaa, Financing of Terrorism.

## GİRİŞ

Şans oyunları ve bahis, birçok insan için zahmetsiz ve cezbedici para kazanma yolu olarak görülmektedir<sup>1</sup>. Bu yolla kişiler, düşük bir sermaye ve emek ile çeşitli dallarda gerçekleştirilen spor müsabakalarının sonucunu, skorunu veya diğer bahis konularını doğru tahmin etmek suretiyle yüksek kazanç elde etmeyi amaçlamaktadırlar. Ancak yasadışı bahis ve şans oyunları; organize suç ve terör örgütlerinin faaliyetlerinin finansmanını sağlamak, kara para aklamak, vergi kaçırmak gibi amaçlarla da kullanılmakta ve bu nedenlerle de Amerika Birleşik Devletleri de<sup>2</sup> dahil olmak üzere birçok ülkede suç olarak kabul edilmektedir.

Ülkemizde de; spor dallarında gerçekleşen müsabakalar üzerinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın düzenlemediği ya da ilgili mevzuatına göre düzenlemediği bahis ve şans oyunlarının oynatılması, oynanması için yer veya imkân sağlanması, özendirilmesi ya da bu oyunlara ilişkin para trafiğine aracılık edilmesi, 7258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca yasadışı bahis ve şans oyunlarını oynamak da 7258 sayılı Kanun md.5/1-d hükmü ile bir kabahat olarak düzenlenmiştir. 7258 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen suçlara ilişkin Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturmalar sonucunda 2017 yılında<sup>3</sup> 1921, 2018 yılında<sup>4</sup> 4507, 2019 yılında<sup>5</sup> 6684 ve 2020 yılında<sup>6</sup> ise 4780 kamu davası açılmış; ilk derece ceza

<sup>1</sup> M. Ruhat Yaşar, "Şans Oyunları ve İddaa", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, Cilt: 9, Sayı: 34, s. 164.

<sup>2</sup> "Integrity in Sport and Gaming", Federal Bureau of Investigation (FBI), <https://www.fbi.gov/investigate/organized-crime/integrity-in-sport-and-gaming>, E.T: 24/10/2021; "Law Enforcement Implications of Illegal Online Gambling", Federal Bureau of Investigation (FBI), <https://www.fbi.gov/news/testimony/law-enforcement-implications-of-illegal-online-gambling>, E.T: 24/10/2021.

<sup>3</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2017 Yılı Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2017, s. 63, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019114010Adalet\\_ist\\_2017.pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2082019114010Adalet_ist_2017.pdf), E.T: 28/04/2021.

<sup>4</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2018 Yılı Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2018, s. 63, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet\\_ist\\_2018.pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf), E.T: 28/04/2021.

<sup>5</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2019 Yılı Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2019, s. 63, [https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet\\_ist-2019.pdf](https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf), E.T: 28/04/2021.

<sup>6</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2020 Yılı Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2021, s. 23, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, E.T: 28/08/2021.

mahkemeleri tarafından ise 2017 yılında<sup>7</sup> 1474, 2018 yılında<sup>8</sup> 2509, 2019 yılında<sup>9</sup> 3931, 2020 yılında<sup>10</sup> ise 3026 mahkûmiyet kararı verilmiştir.

Adli istatistiklere yansıyan veriler ise yasadışı bahis suçlarının ulaştığı boyutlar açısından daha düşündürücü olup, konunun önemini ortaya koymaktadır. Malî Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) ve Emniyet Genel Müdürlüğü verilerine göre Türkiye’de 18-50 yaş aralığında 5 milyon kişi yasadışı bahis oynamakta ve yasadışı bahsin malî hacmi 50 Milyar Türk lirasını bulmaktadır<sup>11</sup>.

Çalışmamızda, yukarıda da belirtildiği üzere yükselen önemi de dikkate alınarak; öncelikle spor kavramı ve spor müsabakaları üzerinde şans ve bahis oyunlarının hukukumuzdaki yeri değerlendirilecektir. Yine çalışmamızda özellikle spor dalı olup olmadığı üzerinde halen tartışma bulunan e-sporun niteliği ile 7258 sayılı Kanun md.5’te düzenlenen suçlara konu olup olamayacağı incelenecektir. Ardından futbol ve diğer spor müsabakaları üzerinde gerçekleşen yasadışı bahis ve şans oyunlarına ilişkin 7258 sayılı Kanun ile düzenlenen suçlar; suçun unsurları, suçun özel görünüş biçimleri ve bu suçlara ilişkin muhakeme süreci, öğretilerdeki görüşler ve yargı kararları ile incelenerek çözüm önerilerimiz sunulacaktır.

<sup>7</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2017 Yılı Adalet İstatistikleri, s. 113.

<sup>8</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2018 Yılı Adalet İstatistikleri, s. 113.

<sup>9</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2019 Yılı Adalet İstatistikleri, s. 113.

<sup>10</sup> T.C. Adalet Bakanlığı 2020 Yılı Adalet İstatistikleri, s. 81.

<sup>11</sup> “MASAK, sanal bahsin Türk ekonomisine verdiği zararı ortaya çıkardı. Araştırma raporunda, yasadışı kumar nedeniyle devletin vergi kaybının yanı sıra şans oyunlarından çeşitli kamu kurumlarına aktarılan bazı kaynaklardan da mahrum kaldığı vurgulandı. Türkiye’de yıllık 50 milyar TL tutarında sanal bahis oynandığı tespit edildi. Yasadışı bahiste herhangi bir vergi kesintisi yapılmadığı için bu durumun yasal bahse oranla iki kat daha fazla getiri sağladığı anlatılan raporda, bu nedenle yasadışı bahsin tercih edildiği kaydedildi. Raporda, yasadışı bahis oynayanların profilleri de ortaya çıkarıldı. Yaş aralığının 18 ile 50 arasında olduğu belirlendi. Raporda, bahis sitelerinin ‘server’larının İngiltere, Fransa ve Kıbrıs bağlantılı olduğu dile getirildi. İnternette oynanan bahislerde oranların yüksek olması nedeniyle Türkiye’de yaklaşık 5 milyon kişinin yasadışı bahis oynadığı vurgulandı.”, Habertürk, <https://www.haberturk.com/5-milyon-sanal-bahisciden-50-milyar-tl-1654230>, E.T: 24/10/2021; “Mali Suçları Araştırma Kurulu’nun (MASAK) 2017 yılında hazırladığı rapora göre, Türkiye’de 18-50 yaş grubunda 5 milyon kişi, yılda 50 milyar TL’lik yasa dışı bahis oynuyor.”, BBC Türkçe <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-50466331>, E.T: 24/10/2021; “Yasa dışı bahis, kanunsuzluğa dayalı bir oyun olup, sonuçları bakımından ülkemiz imajına ve ekonomisine ciddi zararları bulunmaktadır. Yasa dışı bahis sitelerinin yıllık cirosunun milyarlarca Türk Lirası olduğu, uluslararası düzeyde örgütlendiği, yurt dışı serverlarından yayın yaptığı ve üst düzey yöneticilerinin yurt dışında bulunduğu değerlendirilmektedir.”, Emniyet Genel Müdürlüğü, <https://www.egm.gov.tr/yasa-disi-bahisle-mucadelede-stratejilerin-belirlenmesi-konulu-calistay-gerceklestirildi>, E.T: 19/10/2021.

## I. SPOR MÜSABAKALARINDA YASADIŞI BAHİS VEYA ŞANS OYUNLARINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

### A. Genel Olarak

7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun md.5 hükmünde düzenlenen suçların meydana gelebilmesi için her şeyden önce ortada bir spor müsabakası üzerinde kanuna dayalı olmaksızın oynatılan bir bahis veya şans oyununun bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan suçların kapsamının belirlenebilmesi için öncelikle hangi faaliyetlerin spor ve spor müsabakası kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin belirlenmesi şarttır. Bu bölümde, spor ve spor müsabakası kavramları ile spor müsabakaları üzerinde oynanan bahis veya şans oyunlarına ilişkin genel düzenlemeler incelenerek konunun genel çerçevesi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### B. Spor ve Spor Müsabakası Kavramına Genel Bir Bakış

#### 1. Spor ve Spor Müsabakası Kavramları

Spor sözcüğünün kökü Latince “*dağıtmak, birbirinden ayırmak*” anlamına gelen “*disportere*” sözüne dayanmaktadır<sup>12</sup>. Ancak spor kavramını ve bu kavramın içeriğini yeknesak bir şekilde ortaya koyabilmek oldukça güçtür<sup>13</sup>. Bu güçlük esasen spora nereden bakıldığı, sporun bir fiziksel aktivite gerektirip gerektirmediği, zihinsel aktivitelerin spor olarak kabul edilip edilmeyeceği, hangi fiziksel aktivitelerin spor olarak kabul edileceği, kullanılan araç veya gereçlerin çokluğu gibi birçok faktöre dayanmaktadır<sup>14</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Gençlik ve Spor Bakanlığı’nın hazırladığı ve 27/01/2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Ulusal Gençlik ve Spor Politikası Belgesi’nde<sup>15</sup> spor; “*fiziksel ve zihinsel sağlığı korumak ve geliştirmek, sosyal ilişkiler kurmak, eğlenmek ve hoşça vakit geçirmek veya yarışmalarda mücadele ederek kazanmak amacıyla organize ya da plansız olarak yapılan fiziksel aktivitelerin her türlü şeklini ifade*

<sup>12</sup> Ali Niyazi İnal, *Beden Eğitimi ve Spor Bilimi*, Nobel Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2015, s. 7; M. Fatih Karahüseyinoğlu, “Spor Sosyolojisi”, *Spor Bilimlerine Giriş*, Ed. Erdal Demir, Nobel Yayınları, Ankara, 2015, s. 211.

<sup>13</sup> Karahüseyinoğlu, s. 213.

<sup>14</sup> Karahüseyinoğlu, ss. 211-214.

<sup>15</sup> “Ulusal Gençlik ve Spor Politikası Belgesi”, Resmî Gazete Tarih: 27/01/2013, Resmî Gazete Sayı: 28541, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130127-8-1.pdf>, E.T: 27/08/2021.

eder” şeklinde tanımlanmıştır. İnal’a göre<sup>16</sup> spor; “İnsanın fiziksel aktivitelerle becerilerini, zihinsel ve ruhsal yapısını, sosyal davranışlarını geliştiren, bu özelliklerini belirli kurallar içerisinde yarıştırmasını sağlayan biyolojik, pedagojik ve sosyal yönleri olan bir uğraştır.” Koludar’a göre ise<sup>17</sup>; “Kişinin belirli düzenlemeler içerisinde fiziksel aktivitesini ve motorik becerisini zihinsel, ruhsal ve sosyal davranışlarını geliştiren ve bu özelliklerini belirli kurallar dahilinde yarıştırmasını amaçlayan biyolojik, pedagojik ve sosyal bir uğraştır.” Yine sporun, değişebilen tekniklerle değişmeyen, önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde mutlaka kazanmaya yönelik olarak yapılan ve bedensel gelişim de sağlayan hareketler bütünü olduğu da ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Diğer taraftan briç gibi fiziksel aktivitenin son derece sınırlı olduğu bir oyunun dahi günümüzde spor olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>19</sup>.

Spor faaliyetinin türüne bağlı olarak top, ağırlık veya benzeri bir aletin de kullanılabilmesi mümkündür. Eski zamanlarda bireylerin varlıklarını devam ettirmeleri için zorunlu olarak yaptıkları hareketlerin bütünü olarak kendiliğinden ortaya çıkan spor, daha sonradan boş zamanların değerlendirilmesi aracı olarak kullanılmaya başlamıştır<sup>20</sup>. Yapılan faaliyetlerin türüne, şekline ve kullanılan aletler gibi birçok faktöre göre çeşitlenen spor dallarının her biri için ayrı ayrı kurallar belirlenmiştir<sup>21</sup>. Bu gelişmeleri takiben, zaman içerisinde sporcuların bir araya geldikleri kulüpler, spor faaliyetlerinin ve müsabakalarının düzenlenmesi ile disiplinini sağlayan federasyonlar ortaya çıkmıştır.

Spor müsabakası ise 5738 s. Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında

<sup>16</sup> İnal, s. 7.

<sup>17</sup> Sabahaddin Koludar, *Futbolda Antrenörlük ve Eğitim Öğretim İlkeleri*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1988, s. 57.

<sup>18</sup> Dicle Aras - Neşe Şahin, “Fiziksel Aktivite, Fiziksel Uygunluk, Egzersiz Spor ve Sağlık İlişkisi”, *Spor Bilimlerine Giriş*, Ed. Hakan Sunay, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017, s. 354.

<sup>19</sup> Ethem Urkaç, *Yeni Başlayanlar İçin Briç 2/1 Beşli Major Sistemi Deklarasyon Konuşma Bilgileri*, Troya Yayıncılık, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2008, s. 2; Ayrıca Uluslararası Olimpiyat Komitesi (*International Olympic Committee - IOC*) tarafından Uluslararası Briç Federasyonu’nun (*World Bridge Federation - WBC*) tanındığı tespit edilmiştir (<https://olympics.com/ioc/recognised-international-federations/world-bridge-federation>, E.T: 25/10/2021).

<sup>20</sup> Ercan Karaoğlu, *Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukukî İhtilaflar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 13.

<sup>21</sup> Karaoğlu, s. 13.

Kanun md.2/1-ö ve Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunları Uygulama Yönetmeliği md.4/1-aa hükmüne göre; yurtdışında ve yurtdışında ilgili kurum ve kuruluşlarca tertiplenen resmi, özel, temsili, ulusal veya uluslararası spor karşılaşmalarını ifade etmektedir.

Yukarıdaki tanımlar ışığında; ilgili kurum ve kuruluşlarca futbol, basketbol, tenis gibi spor dallarında düzenlenen karşılaşmalar üzerinde, kanuna dayalı olmaksızın bahis veya şans oyunu oynatılmasının, bu oyunların oynanması için yer veya imkân sağlama, yurtdışındaki bahis veya şans oyunlarına erişim sağlanması, bu oyunların reklam veya sair yolla özendirilmesi ve bu oyunlara ilişkin para trafiğine aracılık etme fiilleri 7258 s. Kanun kapsamında suç teşkil edecektir.

Horoz dövüşü gibi spor niteliği taşımayan etkinlikler üzerinde bahis veya şans oyunu oynatılmasının 7258 s. Kanun kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Bu durumlarda TCK md.228'de düzenlenen kumar oynanması için yer veya imkân sağlama suçunun değerlendirilmesi gerekir.

## 2. E-Spor Kavramı ve E-Spor Müsabakalarının da 7258 Sayılı Kanun Kapsamında Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu

E-sporun 7258 s. Kanun anlamında bir spor niteliği taşıyıp taşımayacağını ve dolayısıyla e-spor müsabakaları üzerinde oynanacak bahis veya şans oyunlarının suç teşkil edip etmeyeceği hususunun incelenmesi gerekmektedir.

Gelişen bilgi teknolojisi ile bilgisayarların ve internetin yaygın şekilde kullanılması, neredeyse her geçen gün yeni kavramları da beraberinde getirmektedir. Bu gelişmelerin bir ürünü olan e-spora ilişkin yeknesak bir tanım yapılamamaktadır<sup>22</sup>. Ancak e-spor genel olarak; bireyler tarafından dijital oyunların elektronik sistemler üzerinde rekabete dayalı olarak oynanması olarak tanımlanabilecektir<sup>23</sup>. Bu oyunların da önceden belirlenmiş kurallarının ve hedeflerinin bulunması mümkündür<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> E-Spora ilişkin çeşitli tanımlar için bkz. Ali Paslı - Sinem Görkem Gökçe - Yağmur Yollu - Nimet Karaca, *E-Spor: Hukuki Bakış*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, (E-Spor), s. 18; Alp Kaan Kilci, *Spor ve Dijital Oyunda Son Nokta: ESPOR*, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, ss. 81 vd; Hakkı Mert Doğu, "E-Spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s. 445 vd.

<sup>23</sup> Ali Paslı vd., E-Spor, s. 19.

<sup>24</sup> Rüstem Mustafaoğlu, "e-Spor, Spor ve Fiziksel Aktivite", *Ulusal Spor Bilimleri Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 85.

E-sporun bir spor dalı olarak nitelenip nitelenemeyeceği hususu tartışmalıdır. E-sporun klasik anlamda spor tanımıyla benzer ve ayrışan yönleri bulunmaktadır. Bir görüşe göre; e-spor, spor tanımında yer alan fiziksel aktiviteyi oldukça sınırlı bir şekilde içerdiği gerekçesiyle bir spor dalı olarak nitelenemeyecektir<sup>25</sup>. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise e-spor da bir spor dalı niteliği taşımaktadır<sup>26</sup>. E-sporcuların zihinsel ve taktiksel yetenekleri ile refleksleri gibi faktörler e-spor müsabakasının kazanılmasında önemli rol oynamaktadır<sup>27</sup>. Örneğin bir e-sporcu, müsabaka sırasında bilgisayara komut verdiği klavye ve fareyi dakikada 400 kere tıklayabilmektedir<sup>28</sup>. Ancak klasik spor tanımından farklı olarak; e-spor da fiziksel aktivite sınırlı düzeyde kalmakta ve zihinsel aktivite ön plana çıkmaktadır<sup>29</sup>. Ayrıca bireylerin gerçekleştirmiş olduğu faaliyetler gerçek dünyada değil; bilgisayar ve benzeri elektronik cihaza verdikleri talimatı alarak onu işleyen çevrimiçi veya çevrimdışı dijital bir sistem üzerinde karşılık bulmaktadır. Yine, oyuncuların kullanacağı cihazlar ve bu cihazların bağlı olduğu yazılım tarafından oyunculara yansıtılan sesler ve görüntüler aracılığıyla zamanın, mekânın ve etkileşim türünün sanal olarak değiştirilebildiği sanal gerçeklik<sup>30</sup> (*Virtual Reality - VR*) yoluyla da e-spor oyunlarının oynanabilmesi mümkündür<sup>31</sup>. Sanal gerçeklik araçlarıyla oynanan e-spor oyunlarında fiziksel aktivitenin masaüstü veya dizüstü bilgisayarlar aracılığıyla oynananlara nazaran daha yüksek olduğu söylenebilecektir<sup>32</sup>.

Bir faaliyetin spor niteliği kazanması için kurumsallaşmanın da önemli bir faktör olduğu ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Uluslararası çapta, e-sporun tanıtılması ve yaygınlaştırılması amacıyla 2008 yılında merkezi Güney Kore'de bulunan Uluslararası E-Spor Federasyonu (*International Esports Federation - IESF*) kurulmuştur<sup>34</sup>. Uluslara-

<sup>25</sup> Jim Parry, "E-sports are Not Sports", *Sport, Ethics and Philosophy*, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 16.

<sup>26</sup> Doğu, s. 445; Mustafaoğlu, s. 85; Kilci, ss. 83-84; Ali Paslı vd., E-Spor, s. 37.

<sup>27</sup> Doğu, s. 445; Mustafaoğlu, s. 85 vd.

<sup>28</sup> Kilci, s. 85; Mustafaoğlu, s. 85; "Science shows that eSports professionals are real athletes", Deutsche Welle, <https://www.dw.com/en/science-shows-that-esports-professionals-are-real-athletes/a-19084993>, E.T: 27/10/2021.

<sup>29</sup> Doğu, s. 445; Mustafaoğlu, s. 93; Kilci, s. 85.

<sup>30</sup> Philippe Fuchs - Pascal Guitton, "Introduction", *Virtual Reality: Concepts and Technologies*, Ed. Philippe Fuchs, Guillaume Moreau ve Pascal Guitton, CRC Press, 2011, ss. 5-8.

<sup>31</sup> Kilci, s. 59.

<sup>32</sup> Sanal gerçeklik cihazları ile oynanan bir e-spor oyunu örneği için bkz. "Onward - Beginners vs Globochem - VR League Finals at Oculus Connect 5", <https://www.youtube.com/watch?v=vOxwgGebWbM>, E.T: 23/10/2021.

<sup>33</sup> Mustafaoğlu, s. 89; Parry, s. 4.

<sup>34</sup> "International Esports Federation Statutes", <https://iesf.org/wp-content/uploads/2021/01/IESF-Statutes-2021.pdf>, E.T: 19/10/2021.



rası düzeyde faaliyet gösteren e-spor oyuncuları ve kulüpleri de bulunmakta ve bu oyuncu veya kulüplerin katıldığı e-spor müsabakaları, *Twitch* gibi kullanıcıların kendilerinin kanal açarak yayın yapabilmesine olanak sağlayan platformlar sayesinde çok geniş kitlelere ulaşabilmektedir<sup>35</sup>. Ülkemizde ise Türkiye Cumhuriyeti Gençlik ve Spor Bakanlığı bünyesinde, 24 Nisan 2018 tarihinde Türkiye E-Spor Federasyonu (TESFED) kurulmuş ve bu suretle Türkiye’de e-sporun kademeli olarak geliştirilmesi amaçlanmıştır<sup>36</sup>. Türkiye E-Spor Federasyonu ve bu Federasyonun onayı dahilinde özel kurum ve kuruluşlarca düzenlenecek yarışmalara ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla, Türkiye E-Spor Federasyonu Yarışma Talimatı çıkarılmıştır<sup>37</sup>. Bu talimat kapsamında çevrimiçi çok oyunculu savaş arenası (MOBA), birinci şahıs nişancı (FPS), gerçek zamanlı strateji (RTS) gibi dallarda bireysel, takımlar arası veya kulüpler arası müsabakalar düzenlenebilmektedir. TEFED Yarışma Talimatı md.12’ye göre, yurtdışında ve dışında yapılacak her türlü müsabakada TEFED’den müsaade alınması zorunludur. TEFED tarafından çıkarılan Türkiye E-Spor Federasyonu Sporcu Lisans, Vize ve Transfer Talimatı<sup>38</sup> md.2’de yer alan “*Türkiye E-Spor Federasyonu bünyesindeki spor dalı faaliyetlerine (...)*” ifadesiyle TEFED’in e-sporu bir spor olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Talimat md.4/1-j ve 5’te sporcunun e-spor dalında sporcu lisansına sahip olan kişi olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu durumda Türkiye’de e-sporun bir spor olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>39</sup>. Ülkemizde 2003 yılından bu yana çeşitli dallarda birçok e-spor takımı oluşturulmuştur<sup>40</sup>. Hatta Galatasaray, Fenerbahçe ve Beşiktaş gibi futbol, basketbol ve diğer spor dallarında faaliyet gösteren spor kulüpleri, e-spor branşı oluşturarak bu spor dalında da faaliyet göstermeye başlamıştır<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Kilci, ss. 105-106.

<sup>36</sup> Türkiye E-Spor Federasyonu, “Hakkımızda”, <http://tesfed.gov.tr/Sayfalar/3073/3072/hakkimizda.aspx>, E.T: 27/08/2021.

<sup>37</sup> “Türkiye E-Spor Federasyonu Yarışma Talimatı”, [http://tesfed.gov.tr/PublicFederasyon/Edit/images/FEDERASYON/105/E-Spor\\_Yarisma\\_Talimati.pdf](http://tesfed.gov.tr/PublicFederasyon/Edit/images/FEDERASYON/105/E-Spor_Yarisma_Talimati.pdf), E.T: 27/08/2021.

<sup>38</sup> “Türkiye E-Spor Federasyonu Sporcu Lisans, Vize ve Transfer Talimatı”, [http://tesfed.gov.tr/PublicFederasyon/Edit/images/FEDERASYON/105/E-SPOR\\_FED\\_TALIMATI-2.pdf](http://tesfed.gov.tr/PublicFederasyon/Edit/images/FEDERASYON/105/E-SPOR_FED_TALIMATI-2.pdf), E.T: 22/10/2021.

<sup>39</sup> E-sporun kurumsallaşmasının, organizasyonunun ve düzenlenmesinin halen istikrar kazanmadığı yönündeki görüş için bkz. Mustafaoğlu, s. 91.

<sup>40</sup> Kilci, s. 92.

<sup>41</sup> Kilci, s. 92; “Galatasaray E-Spor takımı kuruldu”, CNN Türk, <https://www.cnnurk.com/teknoloji/galatasaray-e-spor-takimi-kuruldu>, E.T: 19/10/2021; “Hakkımızda”, 1907 Fenerbahçe E-Spor, <http://fenerbahceespor.com/aboutus>, E.T: 19/10/2021; “Beşiktaş e-Spor Takımı Kuruldu”, Beşiktaş JK, <https://bjk.com.tr/tr/haber/61136/>, E.T: 19/10/2021; E-spor kulüplerinde sporcu sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin değerlendirme için bkz. Doğu, s. 447 vd.

E-spor müsabakalarının sonuçları, takımların ya da oyuncuların istatistikleri gibi konular üzerine bahis veya şans oyunu oynanabilmesi mümkündür. Bugün itibarıyla e-spor müsabakaları üzerinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın yetkilendirdiği bayilerde ve elektronik bayilerde bahis veya şans oyunu oynanmadığı görülmektedir<sup>42</sup>. Ancak zaman içerisinde e-sporun yaygınlaşması, daha geniş kitlelerce takip edilmesi ve bahis veya şans oyunu oynanması için gerekli izinlerin alınması durumunda bu müsabakalar üzerinde de yetkilendirilmiş kişilerce bahis veya şans oyunu oynatılabileceği kanaatindeyiz.

Özetle; e-spor, klasik spor tanımının içeriğinden farklı olarak fiziksel aktiviteyi oldukça sınırlı bir şekilde barındıran, ancak kendi içerisinde önceden belirlenmiş kurallar ve oyuncunun kabiliyetine bağlı olan teknikler ile oynanan, rekabete dayalı, gittikçe daha geniş kitlelerce takip edilen ve kurumsallaşmakta olan bir spor dalıdır. Bu spor dalında klasik spor dallarından farklı olarak oyuncuların fiziksel hareketleriyle çeşitli aparatlar (*klavye-fare veya sanal gerçeklik araçları*) aracılığıyla verdikleri komutlar gerçek dünyada değil, sanal alemde karşılık bulmaktadır. Bu yönleri dikkate alındığında kanaatimizce, Türkiye E-Spor Federasyonu tarafından veya onun onayıyla özel kurum ya da kuruluşlarca düzenlenen e-spor müsabakaları da 7258 s. Kanun anlamında spor müsabakasıdır. 7258 s. Kanun kapsamında "*spor müsabakaları üzerinde*" bahis ve şans oyunlarına ilişkin fiiller suç olarak kabul edilmiştir. Bir spor dalı olan e-spor kapsamındaki müsabakalar üzerinde kanuna dayalı olmaksızın bahis veya şans oyunu oynatılması, bu oyunların oynanması için yer veya imkân sağlama, yurtdışındaki bahis veya şans oyunlarına erişim sağlanması, bu oyunların reklam veya sair yolla özendirilmesi ve bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık etme fiillerinin 7258 s. Kanun kapsamında suç teşkil edeceği kanaatindeyiz<sup>43</sup>. Diğer taraftan Anayasa md.38/1 ve TCK md.2 ve 7'de düzenlenen kanunilik ilkesi açısından ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilmesi amacıyla e-sporun da 7258 s. Kanun kapsamında bir spor olarak kabul edildiğine ilişkin düzenleme yapılmasının faydalı olacağını düşünüyoruz.

<sup>42</sup> Yapılan araştırmada 24/10/2021 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından izin verilen İddaa ve Spor Toto oyunları kapsamında, yine Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından yetkilendirilmiş bayi ve elektronik bayilerde e-spor müsabakaları üzerinde bahis veya şans oyunu oynatılmadığı fakat yasadışı olduğu değerlendirilen bazı internet sitelerinde e-spor müsabakaları üzerinde yasak olmasına rağmen bahis veya şans oyunu oynatıldığı saptanmıştır (y.n).

<sup>43</sup> Aynı yönde bkz. Ali Paslı vd., E-Spor, s. 129.

## C. Türk Hukukunda Spor Müsabakalarında Bahis veya Şans Oyunları

### 1. Bahis ve Şans Oyunu Kavramı

7258 s. Kanun md.5 kapsamında düzenlenen suçlara konu olacak oyunun “bahis” ya da “şans oyunu” niteliği taşıması şarttır. Spor müsabakaları üzerinde düzenlenen bir oyunun bahis veya şans oyunu niteliği taşımaması hâlinde 7258 s. Kanun md.5 kapsamında düzenlenen suçların oluşması da mümkün değildir. Dolayısıyla bahis ve şans oyunlarının da genel çerçevesinin ortaya konulması gerekecektir. *Bahis*, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü’nde; “*görüşünde veya iddiasında haklı çıkacak tarafa bir şey verilmesini kabul eden sözlü anlaşma*” olarak tanımlanmıştır<sup>44</sup>. *Şans oyunu* ise yine Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü’ne göre; talih oyunu, önceden ödeme yapıp daha sonra şansa dayalı olarak para kazanılan piyango, loto, spor toto, at yarışı gibi oyunlardır<sup>45</sup>.

Şans oyunu, 5602 s. Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanun md.3/1-ğ hükmünde; “*ilgili mevzuat çerçevesinde yetki verilen kurum ve kuruluşlar tarafından tertip edilen ve sonucu tesadüfe dayalı olarak belirlenen her türlü oyunlar ile müşterek bahisler*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bahis kavramının 7258 s. Kanun ve sair mevzuatta müşterek bahis ve sabit ihtimalli bahis olarak ikiye ayrıldığı görülmektedir. 5738 s. Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun md.2/1-h hükmüne göre müşterek bahis oyunları, “*yurtiçinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların tahmin edilmesi üzerine oynatılan, hâsılatın önceden belirlenen ikramiye yüzdesinin, doğru sonucu tahmin eden iştirakçiler arasında paylaştırıldığı bahis oyunlarını*”, aynı Kanun’un 2/1-n hükmüne göre ise sabit ihtimalli bahis oyunları, “*yurt içinde ve yurt dışında tertiplenen spor müsabakalarına ait sonuçların veya etkinliklerin tahmin edilmesi esasına göre oynatılan ve iştirak edenler arasından doğru tahmin edenlere, önceden belirlenen bahis oranlarıyla ikramiye kazandıran oyunları*” ifade etmektedir.

Öğretide, 7258 s. Kanun md.5/1-a ve b hükümlerinde düzenlenen suçların, TCK md.228 hükmünde düzenlenen kumar oynanması için yer veya imkân sağlama suçu bakımından özel norm niteliği taşıdığı ifade edilmektedir<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>, E.T: 23/08/2021.

<sup>45</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>, E.T: 23/08/2021.

<sup>46</sup> Beşir Babayiğit, *Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, (2021), ss. 202-203.

2004 yılında, kanuna aykırı olarak oynatılan bahis veya şans oyunlarından elde edilen kayıtdışı malî kaynağın ülke ekonomisine kazandırılması ve bireylerin bahis veya şans oyunlarına olan ilgisinin Devletin gözetimi ve kontrolü altına alınması amacıyla “*iddaa*” adı verilen bir bahis oyunu, Spor Toto Teşkilat Müdürlüğü tarafından oynatılmaya başlanmıştır<sup>47</sup>. “*iddaa*” oyunu kapsamında neredeyse tüm dünyada resmî olarak düzenlenen ve ilgili dönemin programında gösterilen futbol, basketbol, voleybol ve çeşitli motor sporlarında bir veya birkaç müsabaka üzerinde müsabakanın sonucu veya skoru gibi hususlarda tahminde bulunularak bahis oynatılmaktadır. Yine, spor müsabakaları üzerinde Spor Toto gibi başka bahis veya şans oyunları da Spor Toto Teşkilat Başkanlığı veya onun verdiği yetkiye dayanarak özel kuruluşlar tarafından oynatılabilmektedir. Türkiye’de spor müsabakaları üzerinde bahis veya şans oyunlarının internet üzerinden de oynatılabilmesi amacıyla Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından bazı özel kuruluşlara yetki verilmiştir<sup>48</sup>. 11/02/2019 tarihinde de, spor müsabakaları üzerinde sabit ihtimalli ve müşterek bahis oyunlarının bir özel hukuk tüzel kişisine yaptırılması amacıyla Spor Toto Teşkilat Başkanlığı ile bir özel hukuk tüzel kişisi arasında 10 yıllık sözleşme imzalanmıştır<sup>49</sup>.

## 2. Türk Hukukunda Spor Müsabakalarında Bahis veya Şans Oyunlarına İlişkin Düzenlemeler

Devletler; bahis ve şans oyunlarının toplumun ahlakına yönelik taşıdığı tehlikeler, başkaca suçların ortaya çıkmasına zemin oluşturabilmesi ve ciddi bir ekonomik sektör oluşturması gibi gerekçelerle bahis veya şans oyunlarının kontrol ve denetim altına alınması amacıyla çeşitli düzenlemeler yapmıştır<sup>50</sup>. Türkiye’de de futbol müsabakalarını takip eden bazı seyircilerin kendi aralarından

<sup>47</sup> Özlem Yenerer Çakmut, “Sporun Bir Dalı Olarak Futbolda Müşterek Bahis ve Ceza Hukuku”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2008, Cilt: 5, Sayı: 2, s. 117; Mahmut Koca, “Şans (Talih) Oyunları, Hukuk Sistemlerinin Konuya Yaklaşımı, Ortaya Çıkan Sorunlar, Bu Sorunların Çözümüne Yönelik Hukuki Çareler ve Türkiye’nin Şans Oyunları Politikası”, *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, (Şans), C. II, s. 1609.

<sup>48</sup> “Elektronik Bayiler”, <http://www.sportoto.gov.tr/sayfa/100/elektronik-bayiler>, E.T: 28/08/2021.

<sup>49</sup> “Kamuoyuna Duyuru”, <http://www.sportoto.gov.tr/haber/135/kamuoyuna-duyuru>, E.T: 28/08/2021.

<sup>50</sup> Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cumhuriyet Şahin - Ali Şahin Kılıç, “Bahis ve Şans Oyunlarından Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu Bağlamında Suç Teorisine İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar”, *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, s. 1659 vd.

da müşterek bahisler yapması üzerine, bu bahislerin Devletin denetimi altına alınması ihtiyacı gerekçe gösterilerek<sup>51</sup> Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 7258 sayılı “*Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun*” kabul edilmiştir<sup>52</sup>.

Bu Kanun’un 1’inci maddesine göre, futbol müsabakaları üzerinde müşterek bahisler düzenleme yetkisi, Beden Terbiyesi Umum Müdürlüğü’ne verilmişti. Kanunda ayrıca bahislerden elde edilecek gelirlerin nerede ve ne şekilde kullanılacağına ilişkin hükümler de yer almaktaydı. Ayrıca, Kanun’un 5’inci maddesine göre bu Kanun’un hükümlerine aykırı olarak müşterek bahis tertip veya idare etmek, bunlara ait biletleri satmak, dağıtmak, sattırmak veya dağıtırmak fiilleri 1.000 liradan az olmamak üzere ağır para cezasını veya iki aydan iki yıla kadar hapis cezasını gerektirecek bir suç niteliği taşımaktaydı. 22/02/2007 Tarihli ve 5583 s. Kanun’un 1’inci maddesi ile 7258 s. Kanun’un başlığı “*Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanun*” olarak değiştirilmiş, böylelikle futbol dışındaki spor dalları ve şans oyunları da 7258 s. Kanun kapsamına alınmıştır. Yine, 7258 s. Kanun kapsamında düzenlenen suçların içeriği de kanunun ilk haline nazaran önemli ölçüde değişikliğe uğramış olup, aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir.

Yurt içinde ve yurt dışında yapılan her türlü spor müsabakası üzerine yurt içinde ve yurt dışında spora dayalı bahis ve şans oyunları düzenlemek, denetim ve gözetimi altında düzenlemek, bunlara ilişkin her türlü izni vermek ve sözleşmeyi yapmak; 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>53</sup> md.450/1-a ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği<sup>54</sup> md.6/1-a uyarınca Gençlik ve Spor Bakanlığı’na bağlı ve tüzel kişiliği haiz olan Spor Toto Teşkilat Başkanlığı’nın görev ve yetki alanındadır.

<sup>51</sup> 7258 Sayılı Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun Teklifinin Görüşülmesi Sırasında Milletvekili Vacid Asena’nın Beyanları, 11. Yasama Dönemi, Altmış İkinci İnikat, Cilt: 8, İctima: 2, 29/04/1959, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d11/c008/tbmm11008062.pdf>, s. 7 vd., E.T: 27/08/2021.

<sup>52</sup> “Futbol Müsabakalarında Müşterek Bahisler Tertibi Hakkında Kanun”, Resmî Gazete Tarih: 09/05/1959, Resmî Gazete Sayı: 10201, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10201.pdf>, E.T: 27/08/2021.

<sup>53</sup> “4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, R.G. Tarih: 15/07/2018, R.G. Sayı: 30479.

<sup>54</sup> “Spor Toto Teşkilat Başkanlığı Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği”, R.G. Tarih: 21/12/2008, R.G. Sayı: 27087.

Ayrıca Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre at yarışları dışındaki spor müsabakalarına ilişkin bahis oyunlarının düzenlenmesi ve diğer hususlar özel hukuk sözleşmeleri yoluyla Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından özel hukuk tüzel kişilerine devredilebilecektir.

## II. TÜRK HUKUKUNDA YASADIŞI BAHİS VE ŞANS OYUNU SUÇLARI

### A. Suçla Korunan Hukukî Yarar

Anayasa Mahkemesi'ne göre 7258 sayılı Kanun md.5'te düzenlenen suçlarla korunan hukukî yarar, TCK md.228'de düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçuyla benzer olarak genel ahlâk, toplum ve çocukların kumardan korunması ve bunların yanında devletin verdiği izin ve yetkiye dayanarak bahis ve şans oyunu düzenleyen kişilerle bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının malî çıkarlarıdır<sup>55</sup>. Öğretide de bu suçlar ile korunan hukukî yararın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228'inci maddesinde düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçu ile aynı olduğu ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Bazı yazarlar ise bu suçlar ile korunan hukukî yararın ekonomik düzen ve kamu güveni olduğunu savunmaktadır<sup>57</sup>. Bu suç ile toplumun genel ahlâkı, çocuklar ve ilgili mevzuat gereği verilen yetkiye dayanarak bahis

<sup>55</sup> "(...) 5237 sayılı Kanun'da yer alan suçla korunan hukuki menfaat, genel ahlakın korunması, toplumun ve çocukların kumarın sosyal bakımdan ortaya koyduğu büyük tehlikeden ve doğurması olası facialardan korunmasıdır. Buna karşılık itiraz konusu kuralda yer alan suçla korunan hukuki menfaat, yukarıda ifade edilen menfaatlerin yanında devletin verdiği izin ve yetkiyle bahis ve şans oyunları düzenleyen gerçek ve tüzel kişiler ile bu kişilerin gelirlerinden pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının mali çıkarlarıdır. 7258 sayılı Kanun'a göre bahis ve şans oyunlarının devletin denetim ve gözetiminde yapılması suretiyle elde edilen gelirlerden sporla ilgili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılan pay Türk ekonomisi ve sporu için önemli bir gelir kaynağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, internet ve sair suretle erişim sağlayarak yasadışı şekilde bu tür bahis ve şans oyunlarının oynatılması halinde söz konusu kurum ve kuruluşların bu katkı paylarından mahrum kaldığı, ayrıca bu şekilde yasadışı bahis ve şans oyunları oynatılmasına imkân sağlanmasının bir çeşit kara para aklama vesilesi olduğu da anlaşılmaktadır. (...)", Anayasa Mahkemesinin 23/11/2016 Tarihli ve 2016/51 E. - 2016/179 K. Sayılı Kararı, pr. 13, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2016-179-nrm.pdf>, E.T: 26/08/2021).

<sup>56</sup> Sacit Yılmaz, "Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", **5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, s. 1763; Suat Çalışkan - Ali Gürel, **Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları**, 2. Baskı, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 468; Babayiğit, 2021, ss. 202-203.

<sup>57</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1737.

ve şans oyunu düzenleyen kuruluşlar ile bu kuruluşlardan pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının malî çıkarlarının korunduğu da ifade edilmektedir<sup>58</sup>.

Anayasa'nın 58'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Devlet, gençleri (...) kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır." ifadesi ile esasen kumar ve şans oyunu gibi faaliyetlerin kazanç kastiyle oynanmasa dahi hukuken ve ahlaken tasvip edilmediği ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Öte yandan Devlet, yukarıda da açıklandığı üzere belirli sınırlar çerçevesinde spor müsabakaları üzerinde şans ve bahis oyunlarının oynanmasına müsaade etmektedir. Dolayısıyla kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak spor müsabakaları üzerinde şans ve bahis oyunlarının oynanmasının, oynatılmasının, bu oyunlara erişim sağlanmasının, reklam ve sair suretle kişilerin bu oyunlara katılmasının özendirilmesinin ve bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık edilmesinin ise haksızlık olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. 7258 s. Kanun md.5'te düzenlenen suçlar bakımından haksızlığı oluşturan unsur, bahis ve şans oyunu fiillerinin kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın gerçekleştirilmesidir. Kanaatimizce; 7258 s. Kanun kapsamında düzenlenen suçlar ile, ilgili mevzuat gereği verilen yetkiye dayanarak bahis ve şans oyunu düzenleyen kuruluşlar ile bu kuruluşlardan pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının malî çıkarları korunmaktadır.

## B. Suçun Maddî Unsurları

### 1. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği kişiyi veya şeyi ifade etmektedir<sup>60</sup>. Öğretide, 7258 sayılı Kanun md.5 hükmünde düzenlenen yasadışı bahis veya şans oyunu suçlarının konusunun, bahis veya şans oyunu oynayan kişiler olduğunu savunan görüşler ileri sürülmüştür<sup>61</sup>. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi'ne göre de suçun konusunu yasadışı bahis veya şans oyunu oynayan kişiler oluşturmaktadır<sup>62</sup>. Kanaatimizce de 7258 s. Kanun md.5/1-a ve b'de

<sup>58</sup> Çalışkan-Gürel, ss. 468-469.

<sup>59</sup> Koca, Şans, s. 1573.

<sup>60</sup> Mahmut Koca - İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 116.

<sup>61</sup> Erbaş - Tokgöz, ss. 1739-1740; Çalışkan-Gürel, ss. 470-471; Karşı yönde bkz. Babayiğit, 2021, s. 205.

<sup>62</sup> Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 29/03/2021 Tarihli ve 2020/2391 E. - 2021/3771 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 24/08/2021); Karşı yönde bkz. Babayiğit, 2021, s. 205.

düzenlenen bahis ve şans oyunu oynatma suçlarının konusu, hukuka aykırı şekilde bahis veya şans oyunu oynayan kişilerdir. 7258 s. Kanun md.5/1-d’de düzenlenen kişileri yasadışı bahis veya şans oyununa teşvik etme fiilleri bakımından, suçun konusunu bahis oynamaya teşvik edilen kişiler oluşturmaktadır. Ancak 7258 s. Kanun md.5/1-c’de düzenlenen para nakline aracılık etme suçunun konusu ise, nakline aracılık edilen paradır<sup>63</sup>.

## 2. Fail ve Mağdur

Spor müsabakalarında yasadışı bahis veya şans oyunlarına ilişkin 7258 s. Kanun md.5’te düzenlenen suçları herkes işleyebilir. Dolayısıyla bu suçların özgü suç niteliği taşımadığı söylenebilir<sup>64</sup>.

Bazı yazarlar bir suçun konusunun, bütün topluma ait olan bir şeyi oluşturması hâlinde mağdurunun “toplumu oluşturan bütün bireyler” olduğunu, aksi takdirde mağdurun ancak fiilin işlendiği sırada hayatta olan bir gerçek kişi olabileceğini; dolayısıyla devlet veya devletler topluluğu gibi tüzel kişilerin “mağdur” sıfatını haiz olamayacağını, bunların ancak suçtan zarar gören olabileceğini savunmaktadır<sup>65</sup>. Bu husus özellikle yasadışı bahis ve şans oyunu suçlarında zincirleme suçla ilişkin hükümlerin uygulanması ve kamu davasına katılma hususunda önem taşımaktadır. Aşağıda bu konulara ilişkin tartışılmalı hususlar da incelenecektir.

Suçun mağdurunun Spor Toto Teşkilât Başkanlığı olduğunu savunan bir görüş ileri sürülmüştür<sup>66</sup>. Öğretide bir diğer görüş ise, yasadışı bahis veya şans oyunu suçlarının mağdurunun bütün toplum olduğunu savunmaktadır<sup>67</sup>. Yargıtay da yasadışı bahis ve şans oyunu suçlarının mağdurunun bütün toplum olduğu yönünde kararlar vermektedir<sup>68</sup>. Kanaatimizce de yasadışı bahis ve şans oyunu suçlarının mağduru, toplumu oluşturan bütün bireylerdir.

<sup>63</sup> Artuç, s. 737.

<sup>64</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1739; Babayiğit, 2021, s. 204; Çalışkan-Gürel, s. 470; Ersan Şen - Fatma Betül Bodur, “Futbol Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları”, *Yorumluyorum XVII*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 115.

<sup>65</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 226; Koca-Üzümmez, s. 115.

<sup>66</sup> Artuç, s. 736.

<sup>67</sup> Babayiğit, 2021, s. 204; Erbaş - Tokgöz, ss. 1739-1740; Yılmaz, s. 1763; Çalışkan-Gürel, ss. 470-471; Şen - Bodur, s. 115.

<sup>68</sup> “7258 Sayılı Kanuna aykırılık suçlarında suçun mağdurunun doğrudan toplum olduğu cihetle; sanığın yasa dışı sitelere girmesi eyleminin 22.5.2013 tarihinde tespit edilmiş olması karşısında; sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı aynı



### 3. Fiil

#### a. Genel Olarak

7258 s. Kanun'un ilk halinde yalnızca futbol müsabakaları üzerinde düzenlenen bahis ve şans oyunları kapsama alınmışken, bu kapsam daha sonra genişletilmiş ve diğer sporlar da dahil edilmiştir<sup>69</sup>. Bu nedenle sadece futbol değil, tüm spor dallarında gerçekleşen müsabakalar bakımından 7258 s. Kanun uygulama alanı bulabilecektir<sup>70</sup>.

7258 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen yasadışı bahis ya da şans oyunu suçlarının temel olarak üç kategoride incelenebileceği söylenebilir. Buna göre, 7258 s. Kanun md.5/1-a ve b hükümlerinde düzenlenen spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatmak ya da oynanmasına yer veya imkân sağlamak fiilleri ile yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlamak fiili, esasen yasadışı bahis veya şans oyunu oynatmak, oynanmasını sağlamak veya oynanmasını kolaylaştıracak faaliyetlerde bulunmak niteliği taşıdığı için aynı başlık altında incelenecektir. Yasadışı bahis veya şans oyunlarının oynanmasına teşvik etmek veya bu oyunlara ilişkin para trafiğine aracılık etmek fiilleri ise ayrı başlıklarda ele alınacaktır.

#### b. Yasadışı Bahis veya Şans Oyunları Oynatma, Oynanması Amacıyla Yer veya İmkân Sağlama ya da Yurtdışında Oynanan Bahis veya Şans Oyunlarına Erişim Sağlama

7258 sayılı Kanun md.5/1-a hükmünde düzenlenen suç; spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatma ya da oynanmasına yer veya imkân sağlama fiilleriyle işlenebilir. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçunda olduğu gibi<sup>71</sup>, 7258 sayılı Kanun md.5/1-a

---

*suçu birden fazla işlemediği gözetilmeden TCK'nın 43/1. maddesiyle uygulama yapılması (...)* bozmayı gerektirmiş (...)", Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 22/06/2016 Tarihli ve 2016/8273 E. - 2016/20155 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat, lib.kazanci.com.tr, E.T: 08/07/2021).

<sup>69</sup> Rahime Erbaş - H.Begüm Tokgöz, "Türk Ceza Hukukunda 'Ultima Ratio' İlkesi Bağlamında Spor Müsabakalarına Dayalı Bahis ve Şans Oyunları", **5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, s. 1719.

<sup>70</sup> Yalnızca futbol karşılaşmalarının 7258 s. Kanun bakımından değerlendirileceği, boks gibi diğer alanların bu suçun kapsamında değerlendirilemeyeceği hususundaki görüş için bkz. Artuç, s. 735.

<sup>71</sup> Beşir Babayiğit, "Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Fiilleri", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, 2017, Y. 9, S. 34, (TAAD), s. 294.

kapsamında düzenlenen suç seçimlik hareketle işlenebilir. *Oynatma* fiili, yasadışı bahis veya şans oyununu bizzat düzenlemek veya düzenlenmesi sürecine katılan kişilerden olmak şeklinde anlaşılmalıdır. *Yer sağlama*, yasadışı bahis veya şans oyununun oynanacağını bilerek, bu oyunun oynanabileceği bir yeri temin etmeyi ifade etmektedir<sup>72</sup>. *İmkân sağlama* ise yasadışı bahis veya şans oyununun oynanabilmesi için gerekli olan kupon, kupon yazdırma makinası gibi araç-gereç ile paranın temin edilmesi veya polis baskınının önlenmesi<sup>73</sup> gibi fiilleri ifade etmektedir. Yalnızca yasadışı bahis veya şans oyunu oynanması ise bir suç olmayıp, 7258 s. Kanun md.5/1-e hükmü ile bir kabahat olarak düzenlenmiştir.

7258 s. Kanun md.5/1-b'de düzenlenen suç ise, yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlamak fiili ile işlenebilir. Öğretide, oyunun Türkiye'de oynanmasına imkân sağlanması nedeniyle suçun Türkiye'de işlenmiş sayılacağı fakat oyunun yurtdışında hazırlanması nedeniyle oluşabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla bu bent kapsamındaki suçun düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Bu bent kapsamındaki suçun işlenebilmesi için, üzerine yasadışı bahis veya şans oyunu oynanan spor müsabakasının mı, yoksa bahis veya şans oyununun mu yurtdışında gerçekleşmesi gerektiği hususu önemli bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi istikrarlı şekilde, internet üzerinden işlenen 7258 sayılı Kanun md.5/1-a veya b bentleri kapsamında kalabilecek bir suçun hangi bent kapsamında kalacağını tespitinde, suç tarihinde internet sitesinin bulunduğu yerin araştırılması gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>75</sup>. Yine 19'uncu Ceza Dairesi, bir

<sup>72</sup> Mustafa Artuç, *Pratik Türk Ceza Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 1239.

<sup>73</sup> Artuç, s. 1239.

<sup>74</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 75.

<sup>75</sup> "(...) 7258 sayılı Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, bu Kanun'daki düzenlemelere aykırı olarak spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis ya da şans oyunları oynatma veya oynanmasına imkan sağlanmasının suç olarak düzenlendiği, oynatılan bahsin yurtdışı kaynaklı olup olmadığına göre de farklı cezalar öngörüldüğü, anılan fıkranın (b) bendinin 'Yurt dışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişiler,...' şeklinde düzenlendiği, gerek madde gerekçesi gerekse düzenlemedeki '... internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak...' ibaresi gereğince, fiilin hangi bent kapsamına girdiğinin tespitinde ayırt edici unsur, bahis oynanan futbol ya da sair müsabakaların oynandığı yer değil, bahis organizasyonunun ya da günümüz teknik imkanları göz önüne alındığında, bahis oynatmak üzere erişim sağlanan internet sitesinin bulunduğu yer olduğu ci-

başka kararında ayırt edici unsurun belirlenmesinde, somut olayda oynatılan bahis veya şans oyununun yurt dışında mı yoksa yurt içinde mi oynatıldığının değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>76</sup>. Ancak 7258 s. Kanun md.5/1-b, yasadışı bahis veya şans oyunu oynatma fiilinin bu kapsamda değerlendirilebilmesi için, üzerine bahis veya şans oyunu oynanan spor müsabakasının Türkiye dışında oynanması gerektiği şeklinde de yorumlanmaya elverişlidir. Nitekim, bu yönde verilmiş olan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16'ncı Ceza Dairesi'nin bir kararı, hükmün iki farklı şekilde yorumlanabileceğini göstermektedir<sup>77</sup>. Ceza hukukunda tipikliğin diğer unsurlarının yanında; suç olanla suç olmayanı ayırma ve hangi hareketlerin tipik haksızlığı oluşturduğunu sınırlama işlevi bulunmaktadır<sup>78</sup>. 7258 s. Kanun md.5/1-b hükmü, yukarıda açıklanan belirsizlik karşısında tipik haksızlığı yeterli ölçüde ve tartışmasız bir şekilde ortaya koymaya elverişli değildir. Kanaatimizce 7258 s. Kanun md.5/1-a, yurtiçinde veya yurtdışında oynanan spor müsabakalarına dayalı olarak Türkiye'de oynatılan bahis ve şans oyunlarının cezalandırılması için elverişlidir. Bu nedenle, 7258 s. Kanun md.5/1-b hükmünün "*Spor müsabakalarına dayalı olarak yurt dışında oynatılan sabit ihtimalli veya*

---

*hetle, bozma üzerine yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen raporda, bilgisayarda tespit edilen bahis kuponlarındaki futbol müsabakalarının yurtdışında oynandığının belirtilmesi üzerine sanığın eyleminin 7258 sayılı Kanununun 5/1.b maddesi kapsamında kaldığı kanaatine ulaşılmış ise de gerekirse Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu ve diğer kaynaklardan araştırılmak suretiyle, sanığın bahis oynattığı tespit edilen "www.(...)com" internet sitesinin, suç tarihi itibarıyla, bulunduğu yer tespit edilip, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı olup (...)", Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 15/06/2021 Tarihli ve 2020/4413 E. - 2021/6614 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, kararama.yargitay.gov.tr, E.T: 21/08/2021).*

<sup>76</sup> "*Sanıkların, suç tarihi itibarı ile yürürlükte bulunan ve lehine olan 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin hangi fıkrasında sayılan eylemden sorumlu olduğunun tespiti açısından, erişim sağlanan bahis oyunlarının yurt dışında oynatılan bahis oyunları olup olmadığının tespiti konusunda ek bilirkişi raporu alınılmadan eksik kovuşturma ile karar verilmesi (...) bozmayı gerektirmiş...*", Yargıtay 19. Ceza Dairesinin 06/02/2018 Tarihli ve 2016/7954 E. - 2018/975 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, kararama.yargitay.gov.tr, E.T: 21/08/2021).

<sup>77</sup> "*(...) bilirkişi tevdii ile http://www (...) isimli sitede oynatılmış olan bahis kuponlarına erişimi engelleyen yazılımın çözümü yaptırılarak bahis kupon içeriklerine ulaşıldığı takdirde oynanan bahislerdeki futbol müsabakalarının Türkiye'deki futbol takımlarına mı yoksa yabancı futbol takımlarına mı ilişkin olduğu hususunda rapor alınarak sanığın yurt içinde oynanan spor müsabakalarına ilişkin bahis oynattığı değerlendirildiği takdirde 7258 sayılı yasanın 5-a, yurtdışında oynanan spor müsabakalarına ilişkin bahis oynattığının tespit edilmesi halinde ise 7258 sayılı yasanın 5-b maddesinden hüküm tesisi gerekirken (...)", İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16'ncı Ceza Dairesinin 29/11/2016 tarihli ve 2016/68 E. - 2016/57 Sayılı Kararı, (Aktaran: Çalışkan-Gürel, ss. 456-457).*

<sup>78</sup> Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021, ss. 234-235.

*müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişiler (...)*” şeklinde yeniden düzenlenmesini öneriyoruz. Bu suretle yurtiçinde veya yurtdışında oynanmasına bakılmaksızın Türkiye’de oynanan bahis ve şans oyunları 7258 s. Kanun md.5/1-a kapsamında; fakat esasen yurtdışında oynanıp da fail tarafından internet veya sair yolla erişim sağlamak suretiyle Türkiye’de oynanmasına imkân sağlanması durumunda ise 7258 s. Kanun md.5/1-b kapsamında cezalandırma yoluna gidilecektir.

Hemen belirtelim ki; 7258 sayılı Kanun kapsamında işlenecek bahis ve şans oyunu oynatma suçlarının oluşabilmesi için, bu fiillerin kanun tarafından verilen yetkiye dayalı olmaksızın işlenmesi gerekmektedir. Spor Toto Teşkilat Başkanlığı tarafından izin verilmeksizin veya izin verilmiş ise de bu iznin sınırlarını aşacak şekilde bahis oynatılması veya oynanması için yer ve imkân sağlanması, diğer koşullara göre 7258 s. Kanun md.5/1-a veya b bentleri kapsamında düzenlenen suça vücut verecektir.

Suçun oluşabilmesi için spor müsabakaları üzerinde oynanan bahis veya şans oyununun, kumar oynanması amacıyla yer veya imkân sağlama suçunda olduğu gibi<sup>79</sup> mutlaka para veya başka bir ekonomik menfaat karşılığı, başka bir deyişle kâr elde etme amacıyla oynanması gerekir. İki veya ikiden fazla kişinin kendi aralarında herhangi bir ekonomik menfaat ya da kâr elde etme amacı olmaksızın bir spor müsabakasının sonucu üzerine bahis veya şans oyunu oynamasının bu suça vücut vermeyeceği kanaatindeyiz<sup>80</sup>. Birkaç arkadaşın ekonomik açıdan önemsiz denebilecek bir menfaat karşılığında bir spor müsabakasının sonucu üzerine kendi aralarında bahis düzenlemesinin ise tipik haksızlığı oluşturmakla birlikte, CMK md.223/4-d kapsamında haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle cezalandırılmaması gerektiğini düşünüyoruz<sup>81</sup>.

7258 sayılı Kanun md.5 hükmünde düzenlenen yasadışı bahis ve şans oyunu oynatma suçlarının tamamlanabilmesi için belirli bir neticenin ortaya çıkmasına gerek bulunmamaktadır<sup>82</sup>. Fail tarafından spor müsabakalarına dayalı sabit

<sup>79</sup> Babayiğit, ss. 286-287.

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz. Koca, Şans, s. 1570.

<sup>81</sup> Benzeri yönde bkz. Hakan Karakehya, “Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2013, Nur Cental’e Armağan, s. 701.

<sup>82</sup> Babayiğit, 2021, s. 206.

ihтимalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatma ya da oynanmasına yer veya imkân sağlama veya yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlamak fiillerinden birinin işlenmesi suçun oluşması için yeterlidir. Dolayısıyla bu suçlar, neticesiz suçlardır<sup>83</sup>. Ancak fiil, yasadışı bahis veya şans oyununun oynatılacağı internet sitesinin kurulması gibi failin kastını ortaya koyacak kısımlara ayrılabilirse, bu suç teşebbüse de elverişli hale gelecektir.

### **c. Yasadışı Bahis veya Şans Oyunlarına İlişkin Para Nakline Aracılık Edilmesi**

7258 s. Kanun md.5/1-c hükmüyle spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek fiili de suç olarak düzenlenmiştir. Bu bent kapsamında suçun oluşabilmesi için spor müsabakaları üzerinde kanuna dayalı olmaksızın oynatılan bahis veya şans oyunlarına ilişkin para nakline aracılık edilmiş olması gerekir<sup>84</sup>. Kanunilik ilkesi karşısında, bir kimsenin para dışında başka bir malvarlığı değerine ilişkin trafiğe aracılık etmesinin suç oluşturmayacağı söylenmelidir<sup>85</sup>. Para; “Devletçe bastırılan, üzerinde değeri yazılı kâğıt veya metalden ödeme aracı, nakit” olarak tanımlanabilir<sup>86</sup>. Kanaatimizce, TCK md.198 hükmünde paraya eşdeğer olduğu belirtilen ve sınırlı şekilde sayılan Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınlarının trafiğine aracılık etmek de bu suçu oluşturmaktadır.

Kripto varlıkların ise para niteliği taşımadığı kabul edilmektedir<sup>87</sup>. Kripto varlıklara ilişkin Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından çıkarılan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’in<sup>88</sup> 3’üncü maddesine göre kripto varlık; “dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji

<sup>83</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1738; Yılmaz, s. 1765.

<sup>84</sup> Çalışkan - Gürel, s. 321.

<sup>85</sup> Şen - Bodur, s. 121.

<sup>86</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>, E.T: 26/08/2021.

<sup>87</sup> Abdüssamed Kahraman, *Türk ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri Işığında Elektronik Para*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, ss. 112-113; Şen - Bodur, ss. 121-122.

<sup>88</sup> “Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik”, Resmî Gazete Tarih: 16/04/2021, Resmî Gazete Sayı: 31456, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/04/20210416-4.htm>, E.T: 26/08/2021.

*kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar*” olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle öğretilerde, yasadışı bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak kripto varlıkların transferi hâlinde de 7258 s. Kanun md.5/1-c’de düzenlenen suçun oluşmayacağı, kanunilik ilkesi nedeniyle kripto varlıkların da para trafiğine aracılık etme kapsamına alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Kanaatimizce de günümüzde kripto varlık hesapları üzerinden kolaylıkla malvarlığı nakli yapılabilmesi veya nakle aracılık edilebilmesi nedeniyle kripto varlıkların da bu suçun kapsamına alınması isabetli olacaktır.

Elektronik para ise bir ülke içerisinde yasal ödeme aracı olarak kullanılabilen ve tedavülde olan itibarî para biriminin elektronik formunu içeren ve bu yolla kullanılan para biriminin karşılığı olan para olarak tanımlanabilir<sup>90</sup>. Elektronik paralar, 6493 s. Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun md.3/ç ve d hükümlerine göre bu parayı ihraç etmeye yetkili kuruluş tarafından kabul edilen fon karşılığı ihraç edilen, elektronik olarak saklanan, Kanunda tanımlanan ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve elektronik para ihraç eden kuruluş dışındaki gerçek ve tüzel kişiler tarafından da ödeme aracı olarak kabul edilen parasal değeri ifade etmektedir. Elektronik para ancak bu parayı çıkarmaya yetkili kuruluş tarafından çıkarılabilir<sup>91</sup>. Bu nedenle, yasadışı bahis veya şans oyunlarına ilişkin olarak elektronik para nakline aracılık etmenin de 7258 s. Kanun md.5/1-c’de düzenlenen suç oluşturacağı kanaatindeyiz.

Yasadışı bahis veya şans oyunlarına ilişkin para nakline aracılık etme suçu, fiziksel olarak bir paranın bir yerden başka bir yere götürülmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi; banka veya elektronik para ödeme hesabı üzerinden transfer yapılması veya kişinin kendi banka hesabının para nakli için kullanılmasına izin vermesi suretiyle de işlenebilecektir<sup>92</sup>.

<sup>89</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1739; Şen - Bodur, s. 122.

<sup>90</sup> Deniz Alp İmamoğlu, *Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 39.

<sup>91</sup> Kahraman, s. 38.

<sup>92</sup> Çalışkan - Gürel, s. 322.

#### ***d. Kişilerin Reklam Vermek veya Sair Yolla Yasadışı Bahis ya da Şans Oyunları Oynamaya Teşvik Edilmesi***

Reklam vermek veya sair yollarla kişileri yasadışı bahis ya da şans oyunu oynamaya teşvik etmek, 7258 s. Kanun md.5/1-ç hükmüne göre suç olarak düzenlenmiştir.

Teşvik etmek; isteklendirmek veya özendirmek olarak tanımlanmaktadır<sup>93</sup>. Reklam ise; bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol ve bu amaçla kullanılan yazı, resim, film ve benzeri araçlar olarak tanımlanabilir<sup>94</sup>. 7258 s. Kanun md.5/1-ç kapsamında suçun oluşabilmesi için failin, reklam vermek veya kanunda sınırlı şekilde sayılmamış olan başkaca fiillerle kişileri yasadışı bahis veya şans oyunu oynamak üzere isteklendirmek, özendirmek, tanıtmak gibi fiilleri işlemesi gerekir.

7258 s. Kanun md.5/1-ç hükmünde düzenlenen suç, serbest hareketli bir suçtur<sup>95</sup>. Kişilerin telefonuna kısa mesaj gönderilmesi, sosyal medya paylaşımları üzerinden çeşitli yasadışı bahis veya şans oyunu internet sitelerinin tanıtımının yaptırılması veya yapılması; hatta internet üzerinden yasadışı bahis oynayan bir kişinin kendi arkadaşlarına, kullandığı internet sitesinde oynadığı bahsin maddi getirisinin daha yüksek olduğundan söz ederek onları da bu internet sitesini kullanmaya teşvik etmesinin<sup>96</sup> bu suça vücut vereceği kanaatindeyiz.

Kanaatimizce bu bent kapsamında suçun oluşabilmesi için, failin reklam vermek veya sair suretle kişileri yasadışı bahis veya şans oyunu oynamaya ikna etmesi, başka bir deyişle örneğin reklamı gören kişilerin bahis oynaması gibi bir netice aranmamaktadır<sup>97</sup>.

#### **C. Suçun Manevî Unsuru**

7258 s. Kanun md.5'te düzenlenen yasadışı bahis veya şans oyunu suçları ancak kasten işlenebilir<sup>98</sup>. Dolayısıyla yasadışı bahis veya şans oyunu suçlarının taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

<sup>93</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>, E.T: 26/08/2021.

<sup>94</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>, E.T: 26/08/2021.

<sup>95</sup> Artuç, s. 738.

<sup>96</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1739.

<sup>97</sup> Aynı yönde bkz. Artuç, s. 738.

<sup>98</sup> Çalışkan - Gürel, s. 474; Şen - Bodur, s. 124; Yılmaz, s. 1764.

Bu suçların olası kastla işlenmesinin mümkün olmadığı, ancak doğrudan kastla işlenebileceği ifade edilmektedir<sup>99</sup>. 7258 s. Kanun md.5'te düzenlenen suçların olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu, ancak suçun kanunî tipinde yer verilen hukuka aykırılığın işlevinin incelenmesi ile mümkündür. Hukukumuzda bazı suçlarda, hukuka aykırılık unsuruna suçun kanunî tipinde yer verildiği görülmektedir. 7258 sayılı Kanun md.5'te düzenlenen fiillerin de ancak "kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın" işlenmesi halinde suç teşkil edeceği belirtilerek, hukuka aykırılığa suç tipinde de özel olarak yer verilmiştir. Suçun kanuni tipinde özel olarak belirtilen hukuka aykırılığın işlevi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hukuka aykırılık unsuruna suçun kanunî tipinde yer verildiğinde; kanun koyucu, bu suçta failin kastının hukuka aykırılığı da kapsayıp kapsamadığının özel olarak incelenmesini istemektedir<sup>100</sup>. Bu nedenle de bazı yazarlara göre böyle bir durumda suç ancak doğrudan kastla işlenebilir<sup>101</sup>. İkinci bir görüşe göre, suç tipinde hukuka aykırılığa yer verildiğinde bir ayırım yapılmalı, hukuka aykırılığın tipiklikle yakınlığı ve failin bu unsura bu amaç ve saikle yaklaşım yaklaşmadığı hususunda değerlendirme yapılarak sonuca ulaşılmalıdır<sup>102</sup>. Ayrıca öğretide, bir fiilin münhasıran yetkili merciin izni olmaksızın işlenmesi halinde cezalandırmaya değer bir haksızlık niteliği taşıması halinde, bunun suçun tipikliğinin bir unsuru olduğu ifade edilmektedir<sup>103</sup>. 7258 s. Kanun md.5/1 hükmünde spor müsabakaları üzerinde bahis ve şans oyunu fiillerinin ancak kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın işlendiğinde suç teşkil edeceği açıkça düzenlenmiştir, bu nedenle "kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın" ifadesinin

<sup>99</sup> Çalışkan - Gürel, s. 474.

<sup>100</sup> Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, (Ceza Genel), s. 279; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 250-252; M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, ss. 487-488; Özgenç, s. 322.

<sup>101</sup> Özgenç, s. 321; M. Emin Artuk vd., s. 488; "Uyuşmazlıkla yakından ilgili olan hukuka aykırılık, suçu oluşturan haksızlığın niteliği olup hukuka aykırılıkla kastedilen husus fiilin hukuk sistemiyle çatışması ve hukuk sistemine aykırı olmasıdır. 5237 sayılı kanunda bazı suç tanımlarında 'hukuka aykırı olarak', 'hukuka aykırı başka bir davranışla', 'hukuka aykırı diğer davranışlarla', 'hukuka aykırı yolla', 'hukuka aykırı yollarla' gibi ifadelerle yer verilmiştir. Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.", Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/11/2013 Tarihli ve 2013/14-511 E. - 2013/449 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat, lib.kazanci.com.tr, E.T: 23/08/2021).

<sup>102</sup> Dülger, s. 484; Koca - Üzülmüş, s. 268.

<sup>103</sup> Neslihan Göktürk, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt: 7, Sayı: 1, ss. 444-447.



tipikliğin bir unsurunu oluşturduğu kanaatindeyiz<sup>104</sup>. Kanaatimizce de bu suçlar bakımından failin kastının hukuka aykırılığı da kapsamı, başka bir deyişle failin kanunun verdiği yetkiye dayalı olmadığı bilincinde olarak 7258 s. Kanun md.5'te tanımlanan fiillerden birisini işlemesi gerekir. Anılan sebeplerle 7258 s. Kanun md.5 kapsamında düzenlenen yasadışı bahis veya şans oyunu suçları ancak doğrudan kastla işlenebilecektir<sup>105</sup>.

#### D. Hukuka Aykırılık

Yukarıda da açıklandığı üzere, 7258 s. Kanun md.5 hükmünde kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın bahis veya şans oyunu oynatılmasının veya bu oyunların oynanabilmesi amacıyla yer ya da imkân sağlamanın bu maddedeki suçlara vücut verebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, 5738 sayılı Kanun'a ve diğer mevzuata dayalı olarak Spor Toto Teşkilât Başkanlığı'ndan izin alınmak suretiyle oynatılan bahis veya şans oyunlarının hukuka uygun olduğu<sup>106</sup> ve TCK md.24 hükmü kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir<sup>107</sup>. Bu durumun TCK md.26'da düzenlenen hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmesini ileri süren bir görüş de mevcuttur<sup>108</sup>. Kanaatimizce de 5738 sayılı Kanun ve diğer mevzuata göre yetkili kurumdan izin veya yetki alınmak suretiyle oynatılan bahis veya şans oyunları hukuka uygundur. Yine yetkili kurumdan izin veya yetki alınmak suretiyle oynatılan bahis veya şans oyunlarına internet üzerinden erişim sağlamak, kişileri reklam ve sair suretle bu oyunları oynamaya teşvik etmek ve bu oyunlara ilişkin para nakline aracılık etmek fiilleri de hukuka uygundur.

7258 s. Kanun md.5/1-a ve b hükümlerinde düzenlenen suçlarda; TCK md.26/2 hükmünde düzenlenen "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk sebebi ise, suçun mağdurunun belirlenebilir kişiler olmayıp bütün toplum olması, bu suçun işlenmesiyle ihlal edilen hakkın kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edileceği haklardan olmaması ve esasen bahis ya da şans oyunları üzerinde Devletin tasarruf yetkisinin bulunması nedenleriyle uygulama alanı bulamayacaktır<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> Babayiğit, 2021, s. 203; Şahin - Kılıç, s. 1668; Koca, Şans, s. 1614.

<sup>105</sup> Aynı yönde bkz. Şen - Bodur, s. 124.

<sup>106</sup> Çalışkan - Gürel, s. 474; Yılmaz, s. 1764.

<sup>107</sup> Yılmaz, s. 1764.

<sup>108</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1740.

<sup>109</sup> Şen - Bodur, s. 123.

## E. İştirak

7258 sayılı Kanun md.5'te düzenlenen suçlar, iştirak açısından herhangi bir özellik taşımamaktadır<sup>110</sup>. Ancak normal şartlar altında, somut olayın niteliğine göre suça yardım etme olarak değerlendirilebilecek yer veya imkân sağlama fiillerinin de suçun kanunî tipinde düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>111</sup>. Dolayısıyla, yer veya imkân sağlama fiillerini işleyenlerin hukukî durumu da yardım eden kapsamında değil, faillik çerçevesinde değerlendirilecektir.

Suç işleme kararı olmayan bir kişiyi suça azmettirmek, bir kişiyi suç işleme-ye teşvik etmek veya bir kişinin suç işleme kararını kuvvetlendirmek TCK md.38 ve 39 çerçevesinde suça iştirakin çeşitleri olarak düzenlenmiştir. Ancak 7258 s. Kanun md.5/1-ç'de, kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etme fiili müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla normal şartlarda fiilin niteliğine göre azmettirme veya yardım etme niteliği taşıyabilecek kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etme fiili, 7258 s. Kanun md.5/1-ç kapsamında suç olarak düzenlendiği için bu fiili işleyen kişinin TCK md.37/1 kapsamında fail niteliği taşıdığı belirtilmelidir.

## F. İçtima

Yasadışı bahis oynatma veya oynanmasına yer ya da imkân sağlama fiilleri bakımından zincirleme suça ilişkin TCK md.43 hükmünün uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesi; suçun mağdurunun toplum olduğu ve bahis oynayan kişilerin de suçun konusunu oluşturduğundan bahisle, TCK md.43 kapsamında bir suç işleme kararı çerçevesinde aynı kişiye karşı birden fazla veya tek eylemle birden fazla kişiye karşı işlenmesi şartının sağlanmadığı yönünde bazı kararlar vermiştir<sup>112</sup>. Yine 19'uncu Ceza Dairesi başka bazı kararla-

<sup>110</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1740.

<sup>111</sup> Artuç, s. 735.

<sup>112</sup> "(...) 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesi gereğince, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, aynı suçun değişik zamanlarda aynı kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumunda veya tek eylemle birden fazla kişiye karşı işlenmesi halinde saniğe hükmolunacak cezanın zincirleme suç hükümleri sebebiyle cezanın artırılması gerekmele birlikte, somut olayda, sanıkların üzerine atılı 7258 sayılı Kanunun 5/2. maddesinde tanımlanan suçun mağdurunun toplum olup, bahis oynayan kişiler suçun konusunu teşkil ettiğinden, şartları oluşmadığı halde cezanın ter-tip ve tayininde zincirleme suç hükümleri uygulanarak, sanıklar hakkında fazla ceza tayini (...) bozmayı gerektirmiş (...)", Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 29/03/2021 Tarihli ve 2020/2391

rında sanık hakkında aynı suçtan dolayı açılmış olan kamu davalarının da dikkate alınarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunun tartışılması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>113</sup>. Öğretide, aynı bahsi veya şans oyununu birden fazla kişinin oynaması durumunda bahis oynayan kişi sayısınca suç oluşmayacağı, yine kişi sayısına bakarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasının isabetli olmadığı ifade edilmektedir<sup>114</sup>. Kanaatimizce de fail tarafından aynı spor müsabakasına dayalı olan bahis ya da şans oyununun aynı zamanda birden fazla kişiye oynatılmasının tek bir fiil olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira bu durumda failin bir suç işleme kararı kapsamında bahis oynattığı hususunda tereddüt olmasa da, değişik zamanlarda suç işleme şartının olduğundan bahsedilemeyecektir. Diğer taraftan failin bir suç işleme kararı çerçevesinde değişik zamanlarda farklı bahis veya şans oyunlarını oynatması durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>115</sup>.

Failin kurduğu internet sitesinde hem spor müsabakalarına dayalı bahis veya şans oyunlarını oynatması hem de yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı bahis veya şans oyunlarına erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlanması durumunda, her iki fiilin de gerçek içtima çerçevesinde ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

Yasadışı bahis ya da şans oyunu oynatma, bu oyunların oynanması amacıyla yer veya imkân sağlama fiilleri, bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç örgütünün yöneticileri veya üyeleri tarafından işleniyor ise bu durumda TCK md.220/4 hükmü uyarınca fail hem suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yö-

---

E. - 2021/3771 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 24/08/2021); Aynı yönde bkz. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 13/05/2019 Tarihli ve 2019/22758 E. - 2019/8308 K. Sayılı Kararı.

<sup>113</sup> "(...) 7258 sayılı Kanun'un 5. maddesinde tanımlanan suçun mağdurunun toplum olması, UYAP ortamında yapılan araştırmada, 11/10/2013 günü saniğin aynı binada bulunan üç ayrı işyerinde yapılan arama neticesinde elde edilen deliller ile ilgili olarak, sanık hakkında, Diyarbakır 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/05/2014 tarih ve 2013/318 Esas, 2014/240 Karar sayılı kararı ile verilip aynı gün incelemesi yapılan ve bozulmasına karar verilen, Dairemizin 2016/1534 Esasında kayıtlı olan dava dosyasının da mevcut bulunduğu anlaşılmaması karşısında, Anılan dosyanın incelenip mümkün olması halinde birleştirilerek, her iki eylemin aynı zaman diliminde ve aynı mağdura yönelik olduğu da gözetilerek tek suç oluşturup oluşturmadığı veya zincirleme suç hükümlerinin uygulanması şartlarının bulunup bulunmadığı yönünden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması, (...) bozmayı gerektirmiş (...)", Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 06/11/2018 Tarihli ve 2015/33292 E. - 2018/11457 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 24/08/2021).

<sup>114</sup> Yılmaz, s. 1765.

<sup>115</sup> Aynı yönde bkz. Babayiğit, 2021, s. 204.

netmek veya bu örgüte üye olmak suçundan dolayı, hem de 7258 sayılı Kanun kapsamında işlediği suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Yasadışı bahis suçları, terör örgütlerinin veya teröristlerin finansmanı amacıyla da işlenmiş olabilir. Bu durumda 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun md.4'te düzenlenen terörizmin finansmanı suçu ile yasadışı bahis ya da şans oyunları suçları arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekecektir. 6415 s. Kanun md.4'te düzenlenen terörizmin finansmanı suçu, aynı Kanun'un 3'üncü maddesinde suç olarak düzenlenen fiillerin gerçekleştirilmesinde tümüyle veya kısmen kullanılması amacıyla veya kullanılacağını bileerek ve isteyerek belli bir fiille ilişkilendirilmeden dahi bir teröriste veya terör örgütlerine fon sağlamak veya toplamak fiilleriyle işlenebilir. Fon sağlamak fiili bir görüşe göre, failin kendisinin veya başkasının malvarlığından temin edilen malvarlığı değerinin terör örgütüne aktarılması olarak ifade edilmektedir<sup>116</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, fon sağlama tabirinden; para, maddî veya gayrimaddî her türlü mal, hak veya alacağın ya da bunları temsil eden belgenin yaratılması, failin fonun meydana gelmesine bizzat kaynaklık etmesi anlaşılmalıdır<sup>117</sup>. Fon toplamak ise, failin kendi malvarlığından terör örgütüne yönelik bir kazandırmada bulunmadığı halde üçüncü kişilerden temin ettiği fonların örgüte aktarılması hususunda aracılık yapması olarak tanımlanmaktadır<sup>118</sup>. Failin bir teröriste ya da terör örgütüne fon sağlamak veya fon toplamak amacıyla işlediği fiiller ayrı birer suçu oluşturuyorsa, ortaya çıkacak sorun gerçek içtima ilişkisi çerçevesinde çözümlenmelidir<sup>119</sup>. Fail hem 7258 sayılı Kanun kapsamında kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın bahis veya şans oyunu oynatmış, hem de buradan kendi eline geçen gelirden bir teröriste veya terör örgütüne malvarlığı aktarımında bulunmuş ise; burada iki ayrı fiil oluşacağından fail hem 7258 s. Kanun md.5 kapsamında yasadışı bahis ya da şans oyunu oynatma suçundan, hem de 6415 s. Kanun md.4 kapsamında terörizmin finansmanı suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Özellikle kişilerin kolay para kazanma isteğinden yararlanarak, gerçekte hiç var olmayan maçlar üzerinde bahis oynatılıyormuş gibi gösterildiği, daha sonra bahis oynayan kişilerin bu bahsi kazandığı belirtilerek kazanıldığı belirtilen pa-

<sup>116</sup> Mehmet Gödekli, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 293.

<sup>117</sup> Soner Hamza Çetin, "Terörizmin Finansmanı Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, Ağustos 2016, Cilt: 11, Sayı: 31, s. 143.

<sup>118</sup> Çetin, s. 143; Gödekli, ss. 293-294.

<sup>119</sup> Çetin, s. 155; Gödekli, s. 329.

ranın ödenebilmesi amacıyla çeşitli kuruluşlara bir miktar ödeme yapılması gerektiği hususunda beyanda bulunulduğu, bahis oynayan kişilere parasının iade edilmediği ve bu suretle haksız menfaat temin edildiği gözlemlenmektedir. Failin gerçekte bir bahis veya şans oyunu oynatmadığı ancak oynatıyormuş gibi hileli hareketlerle başka kişilerden para veya sair malvarlığı değeri toplamak suretiyle kendisine veya başkasına menfaat sağlaması durumunda, esasen ortada oynatılan bir bahis veya şans oyunu bulunmamaktadır. Somut örnekte failin kastı yasadışı bahis veya şans oyunu oynatmaya değil, hileli hareketlerle kendisine veya başkasına menfaat sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle anılan örnekte TCK md.157 vd. hükümlerinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun oluşacağı kanaatindeyiz.

## G. Muhakeme

### 1. Genel Olarak

Yasadışı bahis veya şans oyunu oynatma veya oynanması için yer veya imkân sağlama suçlarının muhakemesine ilişkin 7258 s. Kanun md.5'e 15/08/2017 tarihli ve 694 s. Kanun Hükmünde Kararname ile özel bazı hükümler öngören bir fıkra eklenmiştir. Daha sonra bu hüküm, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 01/02/2018 tarihli ve 7078 s. Kanun ile aynen kabul edilmiştir. Ayrıca katılmaya ilişkin önemli hususlar da Yargıtay içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Bu başlıkta, yasadışı bahis veya şans oyunu oynatma veya oynanması için yer veya imkân sağlama suçlarının muhakemesine ilişkin genel hükümlerden ayrılan veya önem taşıyan hususlar incelenecektir.

### 2. Katılmaya İlişkin

Ceza muhakemesinde mağdurun, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilerin veya malen sorumlu olanların; açılmış olan bir kamu davasında hüküm verilinceye dek şikâyetçinin sahip olduğu haklara sahip olmak istemesine katılma talebi, ileri sürdüğü katılma talebi kabul edilen kişiye ise katılan adı verilir<sup>120</sup>. Katılma talebi, kural olarak kovuşturma evresinin her aşamasında mahkemeye verilecek bir dilekçeyle veya tutanağa geçirilen sözlü beyan ile ileri sürülebilir<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (Muhakeme), 2020, s. 580; Bahri Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 243.

<sup>121</sup> Özbek - Doğan - Bacaksız, Muhakeme, ss. 581, 583; Bahri Öztürk vd., ss. 244-245; Nur Centel - Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 980.

Kanun yolunda katılma isteğinde bulunulamaz (CMK md.237/2). Mağdur veya suçtan zarar görenin katılma talebinin kabulü üzerine, CMK md.239/2 hükmüne göre çocuk, kendini savunamayacak derecede akıl hastası veya sağır ve dilsiz ise istemi aranmaksızın kendisine baro tarafından bir avukat görevlendirilmesini isteyebilecektir. Ancak cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda ise istemi üzerine baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesi için katılma talebi kabul gören mağdur veya suçtan zarar görenin istemi aranacaktır (CMK md.239/1). Ayrıca katılan, CMK md.234/1-b hükmüne göre kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilme, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme ve davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkına da sahip olacaktır. Ayrıca katılanın bilirkişi atanmasını isteme, uzman yardımından yararlanma, tanık çağırma, mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru sorma, delillerin tartışılmasına katılma gibi haklara da sahip olduğu ifade edilmektedir<sup>122</sup>.

Yargıtay'ın birçok kararında, bir kişinin kamu davasına katılma talebinin kabul görmesi için "suçtan doğrudan zarar görme" ölçütünün uygulandığı gözlemlenmektedir<sup>123</sup>. Yine, Yargıtay'a göre, kanunda katılmaya ilişkin özel hüküm bulunması durumunda da katılma talebi kabul edilmelidir<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> Bahri Öztürk vd., s. 245.

<sup>123</sup> Bkz. Yargıtay 11'inci Ceza Dairesinin 27/12/2017 Tarihli ve 2015/2563 E. - 2017/9391 K. Sayılı Kararı; Yargıtay 15'inci Ceza Dairesinin 23/10/2017 Tarihli ve 2017/1901 E. - 2017/20975 K. Sayılı Kararı; Yargıtay 18'inci Ceza Dairesinin 12/03/2020 Tarihli ve 2019/9867 E. - 2020/6061 K. Sayılı Kararı (Kazancı İçtihat, lib.kazanci.com.tr, E.T: 26/08/2021).

<sup>124</sup> "Uyuşmazlık konusuna dair olarak, bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için CMK'nun davaya katılmayı düzenleyen genel kural niteliğindeki 237. maddesinde belirtilen şartın gerçekleşmesi, başka bir deyişle suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gerekir. Örneğin 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun davaya katılmayı düzenleyen 18. maddesi uyarınca Gümrük İdaresinin, 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 18. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığının, 5411 Sayılı Bankacılık Kanununun 162. maddesi uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun usulüne uygun başvuruda bulunmaları halinde kamu davasına katılacakları açıkça hükme bağlanmıştır. Özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği bu gibi durumlarda, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Ceza Genel Kurulunun 15.04.2014 gün 599-190, 21.02.2012 gün 279-55, 03.05.2011 gün ve 155-80 ve 22.10.2002 gün 234-366 Sayılı kararlarında da aynı sonuca ulaşılmıştır.", Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 28/03/2017 Tarihli ve 2015/5-214 E. - 2017/206 K. Sayılı Kararı, (Kazancı İçtihat, lib.kazanci.com.tr, E.T: 26/08/2021).

Yasadışı bahis veya şans oyunu oynatma ya da oynanması için yer veya imkân sağlama suçlarında Yargıtay, kurumun suçtan doğrudan zarar görmemesi nedeniyle Spor Toto Teşkilât Başkanlığı'nın kamu davasına katılma hakkının bulunmadığı ve dolayısıyla verilen hükme karşı kanun yoluna başvurma hakkının da olmadığı yönünde kararlar vermektedir<sup>125</sup>. Yargıtay'ın görüşüne katılmıyoruz. 7258 s. Kanun md.5/1-a ve b hükümlerinde düzenlenen yasadışı bahis veya şans oyunu oynatma suçlarıyla korunan hukuksal yararın ilgili mevzuat gereği verilen yetkiye dayanarak bahis ve şans oyunu düzenleyen kuruluşlar ile bu kuruluşlardan pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının malî çıkarları olduğuna yukarıda değinilmişti. Yasadışı bahis veya şans oyunu oynatılması ya da buna yer veya imkân sağlanması fiilleriyle, hukuk düzeninin kabul ettiği sınırlar çerçevesinde faaliyet gösteren kişi veya kuruluşların çıkarları da doğrudan doğruya zarar görmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce anılan suçtan malî çıkarları doğrudan zarar gören Spor Toto Teşkilât Başkanlığı'nın da kamu davasına katılma taleplerinin kabul edilmesi gerekmektedir.

### 3. Koruma Tedbirlerine İlişkin

7258 s. Kanun md.5'e 15/08/2017 tarihli ve 694 s. Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 01/02/2018 tarihli ve 7078 s. Kanun ile aynen kabul edilen ek fıkra ile, yine 7258 s. Kanun md.5/1 hükmünde düzenlenen suçlar bakımından uygulanacak koruma tedbirlerine ilişkin özel hüküm öngörülmüştür. Buna göre, CMK md.128'de düzenlenen taşınmazlara, haklara ve alacaklara el koyma; CMK md.135'te düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, CMK md.140'ta düzenlenen teknik araçlarla izleme koruma tedbirleri yasadışı bahis veya şans oyunu suçları bakımından da uygulanabilecektir. Ayrıca genel hükümlerden farklı olarak, suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın CMK md.139 kapsamında gizli soruşturmacı da görevlendirilebilecektir.

<sup>125</sup> "Açılan kamu davasının niteliğine göre, suçtan doğrudan zarar görmeyen ve bu nedenle davaya katılma hakkı bulunmayan şikayetçi Spor Toto Teşkilat Başkanlığının, hükmü temyiz hakkı bulunmadığından, adı geçen kurum vekilinin temyiz isteminin, 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 317. maddesi uyarınca, tebliğnameye uygun olarak, REDDİNE (...)", Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 22/06/2021 Tarihli ve 2021/4215 E. - 2021/7000 K. Sayılı Kararı, (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 26/08/2021); Aynı yönde bkz. Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 08/06/2021 Tarihli ve 2020/5845 E. - 2021/6347 K. Sayılı Kararı, Yargıtay 19'uncu Ceza Dairesinin 22/03/2021 Tarihli ve 2021/1138 E. - 2021/3340 K. Sayılı Kararı (Yargıtay Karar Arama, karararama.yargitay.gov.tr, E.T: 26/08/2021).

Öğretide, anılan düzenlemenin olağanüstü hâl döneminde çıkarılan bir kanun hükmünde kararname ile yapılması eleştirilmiştir<sup>126</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre, olağanüstü hâlin ilanını gerektiren sebeplerle anılan düzenlemenin bağdaşmadığı ve bu düzenlemenin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından çıkarılacak bir kanunla yapılması gerekmektedir<sup>127</sup>. Her ne kadar kanun hükmünde kararname ile yapılan düzenlemeler daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 01/02/2018 tarihli ve 7078 s. Kanun ile aynen kabul edilmiş ise de, koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin doğrudan doğruya kanunla yapılması gerektiği düşüncesiyle anılan eleştiriye katılıyoruz. Yine, katalogda yer alan suçların varlığı hâlinde sıkı şartlara bağlı olarak uygulanan koruma tedbirlerinin uygulama alanının fazla genişletilmesi de öğretilerde haklı olarak eleştirilmiştir<sup>128</sup>.

Bir diğer husus ise, bu suçların muhakemesine ilişkin özel düzenlemenin CMK'da değil 7258 s. Kanun'da yapılmış olmasıdır. 7258 s. Kanun md.5'in ek fıkrasında yer verilen tüm koruma tedbirleri, CMK'da ilgili kanun maddesinde belirtilen katalog suçlar bakımından uygulanabilecek tedbirlerdir (CMK md.128/2, 135/8, 139/7 ve 140/1). Kanaatimizce koruma tedbirlerine ilişkin özel kanunda düzenleme yapılması yerine; 7258 s. Kanun md.5'te düzenlenen suçların, CMK'da düzenlenen koruma tedbirlerine ilişkin anılan kanun hükümlerine birer bentle ilave edilmesi daha isabetli olurdu.

## H. Yaptırım

7258 s. Kanun md.5/1-a hükmüne göre spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatanlar ya da oynanmasına yer veya imkân sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Yine 7258 s. Kanun md.5/1-b hükmüne göre yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlayan kişilere dört yıldan altı yıla kadar hapis cezası uygulanacaktır.

Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık eden kişiler, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır

<sup>126</sup> Şen - Bodur, s. 131.

<sup>127</sup> Şen - Bodur, s. 131.

<sup>128</sup> Erbaş - Tokgöz, s. 1742.



(7258 s. Kanun md.5/1-c). Kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik edenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır (7258 s. Kanun md.5/1-ç).

7258 s. Kanun kapsamındaki suçların cezalarının, TCK md.228'de düzenlenen kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçuna nazaran daha yüksek olduğu görülmektedir. Diğer taraftan TCK md.228/2'de düzenlenen çocuklara kumar oynanması için yer ve imkân sağlama, 228/3'te düzenlenen bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması ve 228/4'te düzenlenen suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi nitelikli hâllerine benzer hâllerin 7258 s. Kanun'da düzenlenmediği anlaşılmaktadır. Yasal olarak izin verilmiş olan bahis ve şans oyunlarını dahi çocukların oynaması yasak olduğu için, kanaatimizce yasadışı bahislere ve doğurabileceği sakıncalara karşı çocukları özel olarak korumak amacıyla çocuklara yasadışı bahis oynatmak veya oynamalarına yer ya da imkân sağlamak fiillerinin bir nitelikli hâl olarak düzenlenmesinde yarar bulunmaktadır<sup>129</sup>. Ayrıca suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin de bir nitelikli hâl olarak düzenlenmesi ve yaptırımların nitelikli hâller de gözetilerek kademeli olarak yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır. Diğer taraftan bireylerin bahis ve şans oyunlarına olan ilgilerinin göz ardı edilmemesi ve ceza hukukunun son çare oluşu ilkesinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

Türk hukukunda tüzel kişilerin cezaî sorumluluğu kabul edilmediği için, tüzel kişiler hakkında hapis veya adli para cezası uygulanabilmesi olanaklı değildir. Ancak tüzel kişiler hakkında bunlara uygun olan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabilmesi mümkündür (TCK md.20/2). Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi, bunların suç faili olarak değerlendirilebileceği anlamına gelmeyecektir<sup>130</sup>. Türk Ceza Kanunu md.60/4 hükmüne göre tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri ancak kanunun gösterdiği hallerde uygulanabilecektir. İşte, kanunun gösterdiği hâllerden birisi de 7258 s. Kanun md.5/3 hükmüdür. Buna göre, 7258 s. Kanun md.5 hükmünde düzenlenen suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirine de hükmedilebilecektir. Örneğin yasadışı bahis oynatma fiilinin bir özel hukuk tüzel kişisi yararına işlenmesi hâlinde suçtan elde edilen kazancın müsaderesine karar verilebilecektir (TCK md.60/2, 7258 s. Kanun md.5/3). Veya bir özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle kamu kuru-

<sup>129</sup> Aynı yönde bkz. Şen - Bodur, ss. 200-201.

<sup>130</sup> Özgenç, s. 214.

mu tarafından verilen iznin kötüye kullanılması suretiyle yasadışı bahis suçlarının işlenmesi durumunda tüzel kişiye verilen iznin iptal edilmesi söz konusu olacaktır (TCK md.60/1, 7258 s. Kanun md.5/3).

## SONUÇ

Çalışmamızda 7258 s. Kanun md.5 hükmünde düzenlenen, spor müsabakaları üzerinde yasadışı bahis ve şans oyunlarına ilişkin suçlar öğretideki görüşler ve yargı kararları da dikkate alınarak ana hatlarıyla incelenmiştir.

Spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli ve müşterek bahis veya şans oyunlarını oynatmak ya da oynanmasına yer veya imkân sağlamak, yurtdışında oynatılan spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye'den oynanmasına imkân sağlamak, spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunları ile bağlantılı olarak para nakline aracılık etmek, veya kişileri reklam vermek ve sair surette spor müsabakalarına dayalı sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarını oynamaya teşvik etmek fiilleri 7258 s. Kanun kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçların faili herkes olabilirken, mağduru ise toplumu oluşturan bütün bireylerdir.

7258 s. Kanun md.5 kapsamında düzenlenen suçların ortaya çıkabilmesi için her şeyden önce ortada ilgili kurum ve kuruluşlarca düzenlenen spor müsabakaları üzerinde oynanan bahis veya şans oyunu niteliği taşıyan bir oyunun bulunması gerekmektedir. Yine bu oyunun 7258 s. Kanun ve sair mevzuatın verdiği yetkiye dayalı olmaksızın oynatılması şarttır. Bu suretle kanun koyucunun 7258 s. Kanun kapsamında düzenlediği suçlara ilişkin hukuka aykırılık unsuruna suç tipinde yer verdiği görülmektedir. Kanaatimizce bahis veya şans oyununun kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın oynatılması tipikliğin bir unsuru niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla failin kastının hukuka aykırılığı da kapsadığının hâkim tarafından özel olarak incelenmesi gerekecektir. Bu nedenle de 7258 s. Kanun kapsamında düzenlenen suçlar ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Gelişen bilgi teknolojileri, bilgisayarın ve internetin oldukça yaygın bir şekilde kullanılması, "e-spor" adı verilen yeni bir kavramı da beraberinde getirmiştir. E-spor müsabakalarının sonuçları, oyuncuların skor ve diğer istatistikleri gibi konular üzerine bahis veya şans oyunu oynanabilmesi de imkân dahilindedir. Bugün itibarıyla e-spor müsabakaları üzerine Spor Toto Teşkilat Başkanlığı'nın yetkilendirdiği bayiler veya elektronik bayiler tarafından bahis veya şans oyunu oynatılmamaktadır. Fakat e-sporun ülkemizde yaygınlaşması ve daha geniş kitleler tarafından

takip edilmeye başlanmasıyla gelecekte bu oyunlar üzerine kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak bahis veya şans oyunu oynanabileceğini öngörüyoruz. Türkiye E-Spor Federasyonu tarafından ya da onun onayıyla düzenlenen e-spor müsabakaları üzerinde kanunun verdiği yetkiye dayalı olmaksızın bahis veya şans oyunu oynatılması, bu oyunlar için yer veya imkân sağlanması, para nakline aracılık edilmesi gibi fiiller de 7258 s. Kanun kapsamında suç olarak değerlendirilmelidir. Ancak kanunilik ilkesi bakımından ortaya çıkabilecek olası sorunların önüne geçilebilmesi açısından e-spor müsabakalarının da 7258 s. Kanun kapsamında değerlendirildiğine ilişkin bir düzenleme yapması isabetli olacaktır.

7258 s. Kanun md.5/1-b’de düzenlenen suç, kanaatimizce *“bahis veya şans oyununun yurtdışında gerçekleşmesi”* veya *“üzerine bahis veya şans oyunu oynanan spor müsabakasının yurtdışında gerçekleşmesi”* olmak üzere iki farklı anlama gelmeye müsait bir hükümdür. Nitekim yargı kararları incelendiğinde, sözü edilen hükmün iki farklı şekilde de yorumlandığı görülmektedir. Kanunilik ilkesi karşısında suç teşkil eden fiilin açık bir şekilde belirlenebilmesi amacıyla 7258 s. Kanun md.5/1-b hükmünün *“Spor müsabakalarına dayalı olarak yurtdışında oynatılan sabit ihtimalli veya müşterek bahis ya da şans oyunlarının internet yoluyla ve sair suretle erişim sağlayarak Türkiye’den oynanmasına imkân sağlayan kişiler (...)”* şeklinde değiştirilmesini öneriyoruz.

Yasadışı bahis veya şans oyununa ilişkin para trafiğine aracılık etme fiili bakımından ise; yalnızca para veya kanunda para yerine geçeceği açıkça gösterilen değerlerin bu suçun konusunu oluşturacağı düşüncesiyle, internet üzerinden kolaylıkla ve takip edilmesi neredeyse olanaksız bir şekilde transfer edilebilen kripto varlıkların bu suçun kapsamına alınmasını öneriyoruz.

7258 s. Kanun kapsamındaki suçların muhakemesinde, katalogda yer alan suçlarda uygulanabilecek bazı koruma tedbirlerine ilişkin özel hükümlerin yine bu Kanun ile düzenlenmesi yerine, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ilgili hükümler altında düzenlenmesinin daha isabetli olacağını düşünüyoruz.

Yasadışı bahis veya şans oyunu suçlarında Yargıtay, kurumun suçtan doğrudan zarar görmemesi nedeniyle Spor Toto Teşkilat Başkanlığı’nın kamu davasına katılma hakkının bulunmadığı ve dolayısıyla verilen hükme karşı kanun yoluna başvurma hakkının da olmadığı yönünde kararlar vermektedir. 7258 s. Kanun md.5/1-a ve b hükümlerinde düzenlenen yasadışı bahis veya şans oyunu suçlarıyla korunan hukuksal yarar, ilgili mevzuat gereği verilen yetkiye dayanarak bahis ve şans oyunu düzenleyen kuruluşlar ile bu kuruluşlardan pay alan kamu kurum ve kuruluşlarının malî çıkarlarıdır. Yasadışı bahis veya şans oyunu

oynatılması ya da buna yer veya imkân sağlanması fiilleriyle, hukuk düzeninin kabul ettiği sınırlar çerçevesinde faaliyet gösteren kişi veya kuruluşların çıkarları da doğrudan doğruya zarar görmektedir. Bu suçlar ile malî çıkarları doğrudan zarar gören Spor Toto Teşkilât Başkanlığı'nın da kamu davasına katılma taleplerinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çocukların ilgili kurumlar tarafından izin verilen bahis ve şans oyunlarını dahi oynamaları yasak iken, yasadışı bahis ve şans oyunlarına karşı daha fazla korunması gerektiğini düşünüyor ve çocuklara yasadışı bahis ya da şans oyunu oynatmanın 7258 s. Kanun anlamında nitelikli hâl olarak düzenlenmesini öneriyoruz. Ayrıca yasadışı bahis ve şans oyunlarının terör veya organize suç örgütlerinin faaliyeti kapsamında işlenmesi ve örgütlü suçların finansmanında kullanılması önemli birer sorun kaynağıdır. Bu nedenle suçun örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin de bir nitelikli hâl olarak düzenlenmesinin faydalı olacağını düşünüyoruz.

Kripto varlıklar gibi takip edilmesi neredeyse imkânsız olan malvarlığı değerlerinin de yaygınlaşması; yasadışı bahis veya şans oyunlarının suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin aklanması ve suç veya terör örgütlerinin finansmanı gibi ciddi sonuçlar doğurabilecek amaçlarla kullanılabilmesine yol açmaktadır. Ancak bireylerin kolayca para kazanabileceği veya yalnızca eğlenebileceği bahis ve şans oyunu gibi oyunlara olan ilgisi de yadsınamaz bir gerçektir. Bu nedenle kanunkoyucu, bahis ve şans oyunları oynatılacak ise ancak kanunun verdiği yetkiye dayalı olarak oynatılması; kanunun verdiği yetkiye dayalı olmayan bahis ve şans oyunu fiillerinin ise cezalandırılması yönünde tercihte bulunmuştur. Yasadışı bahis veya şans oyunlarına çevrimiçi ortamda kolaylıkla erişilebilmesi ve kayıtdışı, suçla mücadeleyi de güçleştirmektedir. Çalışmamızda yer verdiğimiz MASAK ve Emniyet Genel Müdürlüğü verileri de milyonlarca vatandaşımızın yasadışı bahis ve şans oyunlarını yasal olanlara tercih ettiğini gözler önüne sermektedir. Bireylerin bahis ve şans oyunlarına karşı olan ilgilerinin göz ardı edilmemesi, bireylerin yasadışı bahsi tercih etmelerinin sebeplerinin iyi analiz edilmesi ve bu sebeplerin ortadan kaldırılması, suçla mücadele yönünden daha isabetli olacaktır. Yasadışı bahis oynatma, oynanmasına imkân sağlama, bu oyunları reklam ve sair yolla özendirme veya para nakline aracılık etme fiillerinin suç olarak kabul edilmesi gibi yollarla, sorunun esasen son çare olması gereken ceza hukuku aracılığıyla çözülmeye çalışılması, yasadışı bahsin önüne ancak sınırlı düzeyde geçebilmektedir. Kanaatimizce yurттаşların yasadışı bahis ve şans oyunlarının olası risklerine karşı bilinçlendirilmesi ve norma uygun hareket etmeleri için teşvik edilmeleri de yasadışı bahis ve şans oyunları ile mücadeleyi kolaylaştıracaktır.

**KAYNAKÇA**

- ARAS, Dicle - Şahin, Neşe, "Fiziksel Aktivite, Fiziksel Uygunluk, Egzersiz Spor ve Sağlık İlişkisi", *Spor Bilimlerine Giriş*, Ed. Hakan Sunay, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- ARTUÇ, Mustafa, *Pratik Türk Ceza Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARTUK, M. Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- BABAYİĞİT, Beşir, "Kumar Oynama ve Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Fiilleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2017, Y. 9, S. 34, (TAAD), ss. 283-315.
- BABAYİĞİT, Beşir, *Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, (2021), 2021.
- CENTEL, Nur - Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇALIŞKAN, Suat - Gürel, Ali, *Yasadışı Bahis ve Kumar Suçları*, 2. Baskı, Platon Plus Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ÇETİN, Soner Hamza, "Terörizmin Finansmanı Suçu", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2016, Cilt: 11, Sayı: 31, ss. 125-171.
- DOĞU, Hakkı Mert, "E-Spor ve E-Spor Hukukunda Sporcu Sözleşmeleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 69, Sayı: 2, 2020, ss. 443-453.
- DÖNMEZER, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt II*, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- DÜLGER, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2021.
- ERBAŞ, Rahime - Tokgöz, H. Begüm, "Türk Ceza Hukukunda 'Ultima Ratio' İlkesi Bağlamında Spor Müsabakalarına Dayalı Bahis ve Şans Oyunları", *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ed. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, ss. 1719-1754.
- FUCHS, Philippe - Guitton, Pascal, "Introduction", *Virtual Reality: Concepts and Technologies*, Ed. Philippe Fuchs, Guillaume Moreau ve Pascal Guitton, CRC Press, 2011.
- GÖDEKLİ, Mehmet, *Terörizmin Finansmanı Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- GÖKTÜRK, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt: 7, Sayı: 1, ss. 407-450.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- İMAMOĞLU, Deniz Alp, **Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlemesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- İNAL, Ali Niyazi, **Beden Eğitimi ve Spor Bilimi**, Nobel Yayınları, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2015.
- KAHRAMAN, Abdüssamed, **Türk ve Avrupa Birliği Düzenlemeleri Işığında Elektronik Para**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KARAHÜSEYİNOĞLU, M. Fatih, "Spor Sosyolojisi", **Spor Bilimlerine Giriş**, Ed. Erdal Demir, Nobel Yayınları, Ankara, 2015.
- KARAKEHYA, Hakan, "Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkân Sağlama Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, Nur Centel'e Armağan, ss. 699 - 713.
- KARAOĞLU, Ercan, **Spor Hukukunun Temel Kavramları ve Sportif Alanda Doğabilecek Hukukî İhtilaflar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KİLCİ, Alp Kaan, **Spor ve Dijital Oyunda Son Nokta: ESPOR**, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021.
- KOCA, Mahmut - Üzülmüş, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KOCA, Mahmut, "Şans (Talih) Oyunları, Hukuk Sistemlerinin Konuya Yaklaşımı, Ortaya Çıkan Sorunlar, Bu Sorunların Çözümüne Yönelik Hukuki Çareler ve Türkiye'nin Şans Oyunları Politikası", **5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, ss. 1563-1626.
- KOLUDAR, Sabahaddin, **Futbolda Antrenörlük ve Eğitim Öğretim İlkeleri**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1988.
- MUSTAFAOĞLU, Rüstem. "e-Spor, Spor ve Fiziksel Aktivite", **Ulusal Spor Bilimleri Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 2018, ss. 84-96.
- ÖZBEK, Veli Özer - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (Ceza Genel), 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer - Doğan, Koray - Bacaksız, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (Muhakeme), 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri vd., **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ed. Bahri Öztürk, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- PARRY, Jim, "E-sports are Not Sports", **Sport, Ethics and Philosophy**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2019, ss. 3-18.

PASLI, Ali vd., *E-Spor: Hukuki Bakış*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ŞAHİN, Cumhur - Kılıç, Ali Şahin, "Bahis ve Şans Oyunlarından Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu Bağlamında Suç Teorisine İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar", *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ed. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, ss. 1655-1674.

ŞEN, Ersan - Bodur, Fatma Betül, "Futbol Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları", *Yorumluyorum XVII*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, ss. 95-138.

URKAÇ, Ethem, *Yeni Başlayanlar İçin Briç 2/1 Beşli Major Sistemi Deklarasyon Konuşma Bilgileri*, Troya Yayıncılık, Genişletilmiş İkinci Baskı, İstanbul, 2008.

YAŞAR, M. Ruhat, "Şans Oyunları ve İddaa", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, Cilt: 9, Sayı: 34, ss. 138-171.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Sporun Bir Dalı Olarak Futbolda Müşterek Bahis ve Ceza Hukuku", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt: 5, Sayı: 2, ss. 113-125.

YILMAZ, Sacit. "Bahis Oyunları ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Kitabı*, Ed. İzzet Özgenç, Cumhur Şahin ve Faruk Turhan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, C. II, ss. 1755-1770.

Anayasa Mahkemesi Karar Arama - <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.

BBC Türkçe - <https://www.bbc.com/turkce>.

Beşiktaş JK - <https://bjk.com.tr>.

CNN Türk - <https://www.cnnturk.com>.

Deutsche Welle - [www.dw.com/en](http://www.dw.com/en).

Emniyet Genel Müdürlüğü - <https://www.egm.gov.tr>.

Federal Bureau of Investigation (FBI) - <https://www.fbi.gov>.

Fenerbahçe E-Spor - <http://fenerbahceespor.com/aboutus>.

Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilişim Sistemi - [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr).

Habertürk - <https://www.haberturk.com>.

Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü - <https://adlisicil.adalet.gov.tr/>.

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://www.sozluk.gov.tr>.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnternet Sitesi - [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr).

Türkiye E-Spor Federasyonu - <http://tesfed.gov.tr>.

Uluslararası Esport Federasyonu (International Esports Federation - IESF) -  
<https://iesf.org>.

Uluslararası Olimpiyat Komitesi (International Olympic Committee - IOC) -  
<https://olympics.com>.

Yargıtay Karar Arama - <https://karararama.yargitay.gov.tr>.



# CEZA HUKUKUNDA KUSURLULUĞU KALDIRAN BİR SEBEP OLARAK AMİRİN EMRİNİN YERİNE GETİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Neslihan DEMİRKOL<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Kamusal alandaki hiyerarşinin bir sonucu olarak emir verme yetkisini haiz amir, altındakilere emirler vermekte ve ast konumunda olan kişiler ise görevleri gereği bu emirleri yerine getirmektedirler. Verilen emirlerin hukuka uygun olması gerekir. Buna karşın amirin, hukuka aykırı bir emir vermesi de mümkündür. Anayasada astın sorumluluğu için, verilen emri denetlemesi ve hukuka aykırı gördüğü takdirde yerine getirmeyip birtakım prosedürleri uygulaması öngörülmüştür. Anayasa ve kanunlarda konu su suç teşkil eden emrin ise hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği düzenlenmesine karşın Askeri Ceza Kanunu'nda hizmete mütaallik hususlarda konu su suç teşkil eden emrin de yerine getirileceğine ve bu halde astın belli durumlar dışında suçtan sorumlu olmayacağına ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Amirin Emri, Hukuka Aykırı Emir, Ceza Hukuku.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16/11/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 22/12/2021.

Atıf Şekli: Neslihan Demirkol, "Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Bir Sebep Olarak Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 419-470.

<sup>(\*\*)</sup> Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: neslihan.demirkol@selcuk.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-4047-4249.

## **FULFILLING THE ORDER OF THE SUPERIOR AS A SITUATIONS WHICH ELIMINATES CULPABILITY IN CRIMINAL LAW**

### **ABSTRACT**

As a result of the hierarchy in the public sphere, the superior, who has the authority to give orders, gives orders to his subordinates, and the subordinates carry out these orders due to their duties. Orders must be lawful. But it is also possible for the superior to give an unlawful order. In order not to be responsible in the Constitution, it is foreseen to supervise the order and to apply some procedures if it is unlawful. Despite the Constitution and laws regulate that an order that constitutes a crime cannot be carried out in any way, there is a regulation in the Military Penal Code that the order that constitutes a crime in matters related to service will also be carried out, and in this case, the subordinate will not be responsible for the crime except in certain situations.

**Keywords:** Order of the Superior, Unlawful Order, Criminal Law.

## GİRİŞ

Tarihin ilk çağlarından itibaren insan yaşamında çeşitli şekillerde astlık-üstlük ilişkisinin olduğu görülmektedir. Kimi zaman efendi-köle, kimi zaman aile reise-aile, kimi zaman patron-işçi, kimi zaman da komutan-asker şeklinde ortaya çıkan<sup>1</sup> ve hayatın her alanında yer alan bu altlık-üstlük ilişkisi günümüzde de çoğu alanda var olmaya devam etmektedir. Özellikle devletin kamusal hizmetleri yürütebilmesi, devlet faaliyetlerinin sekteye uğramadan icra edilebilmesi kamu görevlileri arasında belli bir hiyerarşik yapılanmayı iktiza etmektedir<sup>2</sup>.

Hiyerarşi, sözlükte “makam sırası, basamak, derece düzeni, aşama sırası” olarak tanımlanmakta olup, belli bir yapı içerisinde görev yapan kişiler arasındaki astlık-üstlük ilişkisini ifade etmektedir. Üst, rütbe veya kıdem olarak yüksek kişiyi, ast ise belirli bir rütbe veya kıdemdeki kişiye nazaran alt kıdem veya rütbede olan kişiyi tanımlamak için kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Üstün yetkileri, astın ise yükümlülükleri olup hiyerarşik olarak amir konumunda olan üstün, asta emir verme yetkisi bulunmaktadır. Bu yapı içerisinde üstüne itaate mecbur olan ast, üstü tarafından verilen emirleri değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmek durumundadır<sup>4</sup>.

Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülebilmesi için devlet kurumlarında hiyerarşik yapılanma gerekli ve önemlidir. Hiyerarşik yapı içerisinde emir veren ‘amir’, emredilen ise ‘memur’ konumundadır<sup>5</sup>. Amir devlet işlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesini sağlamak üzere maiyetindekilere emirler vermekte, bu emirler

<sup>1</sup> Efe Bilke, “Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 5, Y. 2017, s. 3.

<sup>2</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021, s. 342. Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2020, s. 310; Değirmenci, Olgun, “Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa”, *TAAD*, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, s. 456.

<sup>3</sup> Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 2019, s. 432; Üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir (İç Hizmet Kanunu m.10).

<sup>4</sup> Koca-Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 342; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 401.

<sup>5</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2021, s. 487; Koca-Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 342; Emir, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun (İç Hizmet Kanunu) 8. maddesinde “Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi” olarak amir ise aynı kanunun 9. maddesinde “makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisini haiz kimse” şeklinde tanımlanmıştır. Amirin emri altındakilere maiyet denir. Çalışmada üst-ast veya aynı anlamda kullanılmak üzere amir-memur ifadeleri kullanılacaktır.

yerine getirilmekte ve bu şekilde kamusal düzen sağlanmaktadır. Kendisine verilen emri yerine getirecek ast bakımından emir hukuka uygun ise herhangi bir sorun söz konusu değildir. Emrin konusunun hukuka aykırı olması veya suç teşkil etmesi halinde ise aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira bazı hallerde amir konumunda bulunan kişi kanunlara veya diğer hukuki düzenlemelere aykırı ve hatta suç olan emirler verebilmektedir. Bu halde ortada Anayasadaki ifadeyle “kanunsuz emir”, Türk Ceza Kanunundaki ifadeye göre ise “hukuka aykırı emir” vardır. Hukuka aykırı emrin emri yerine getiren bakımından bağlayıcı olup olmadığı, amirin ve emri yerine getirenin sorumluluğu, emrin konusunun suç teşkil etmesi hali ve askeri hiyerarşideki katı kurallar çerçevesinde astın durumu ve hata halleri ise üzerinde durulması gereken konulardır. Bu konularda doktrinde çalışmalar yapılmış olsa da yeterince net ve sistematik bir şekilde ortaya konabilmiş değildir.

Çalışmamızda emir kavramı ve hukuka aykırı emirle ilgili yasal düzenlemeler ifade edildikten sonra emrin hukuki niteliği, hukuk aykırı ve fakat bağlayıcı emrin şartları ile denetimi, hukuka aykırı emir halinde sorumluluğun hangi esasa göre tespit edileceği, konusu suç teşkil eden emir, konusu suç teşkil eden emirle ilgili Askeri Ceza Kanunundaki düzenleme ve son olarak hata halleri sistematik ve anlaşılır bir biçimde incelenmiş; mevcut sorunlar tespit edilmiş ve doktrindeki görüşler ile Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

## I. EMİR KAVRAMI

Emir, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nun (İç Hizmet Kanunu) 8. maddesinde “*Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesi*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise emir kavramı; “... üstünlük yetki ve kudretini haiz bir merci tarafından, belirli bir hareketin yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş ve açıklanmış bir irade beyanı...<sup>6</sup>”; “üstün (emri veren merciin) asta belli bir şeyin yapılması ya da yapılmaması maksadıyla yöneltmiş olduğu irade açıklaması<sup>7</sup>”; “... hukuk tarafından kabul edilmiş üstün bir kudret ve yetkiye sahip merciin veya şahsın, muayyen bir davranışta bulunmak üzere ast durumunda olana yönelttiği bir irade beyanı<sup>8</sup>”; “kamu hukuku alanında amirin veya üstün, memurundan

<sup>6</sup> Sulhi Dönmezer-/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, İstanbul, 1994, s. 85.

<sup>7</sup> Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2021, s. 402; Özen, Genel Hükümler, s. 468.

<sup>8</sup> Yılmaz Günel, “Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk”, *AÜSBFD*, C. 22, S. 4, 1967, s. 170.

veya astından belli bir davranışta bulunmasını istemesi”<sup>9</sup>; “üstünlük yetki ve kudretine sahip bir merci tarafından belirli bir hususun yapılması veya yapılmaması maksadıyla, ast durumunda bulunan kimseye yönelmiş irade açıklaması”<sup>10</sup>; “hukuk düzenince kabul edilmiş üstün yetkiye sahip kişi, organ veya kurum tarafından, yapma ya da yapmama şeklinde belirli bir davranışta bulunulması yönünde ast konumundaki kişiye yöneltilen ve uygun davranılmadığı takdirde astın sorumluluğunu gerektiren bir irade beyanı”<sup>11</sup>; “üstün asttan belli bir hareketin yapılması veya yapılmamasını istediği irade beyanı”<sup>12</sup>; “idari yapılanmada hiyerarşik olarak üst kişinin, bir görevin yapılması maksadıyla astı olana verdiği ve yerine getirilmesi zorunlu mahiyetteki irade açıklaması”<sup>13</sup> gibi çeşitli tanımlarla açıklanmaya çalışılmıştır.

Yürütme ve idarenin esası emirdir<sup>14</sup>. Emir bir şeyin yapılmasını istemek şeklinde olumlu olabileceği gibi, yapılmamasını isteme şeklinde olumsuz da olabilir<sup>15</sup>. Belli bir bireye emir verilebileceği gibi belli bir gruba da emir verilebilir<sup>16</sup>. Yalnız bir memura verilen emir özel, daire amirinin kendi memurlarına yaydığı genelge vs. genel bir emirdir<sup>17</sup>. Emir açıkça amirin iradesini belirtmeli, emredici nitelikte olmalı, karşıdaki kişiye davranış serbestisi tanımamış olmalıdır<sup>18</sup>.

## II. KONUYA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Kanunsuz Emir Anayasa'nın 137. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu*

<sup>9</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 373; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 311.

<sup>10</sup> Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 298.

<sup>11</sup> Muhammed Demirel, **Amirin Emri**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 109.

<sup>12</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 401.

<sup>13</sup> Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, **Uygulamalı-Yorumlu Türk Ceza Kanunu**, C. I, Ankara, 2010, s. 56.

<sup>14</sup> Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 468.

<sup>15</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 170; Zafer, Genel Hükümler, s. 373; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 556, Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 311.

<sup>16</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 373.

<sup>17</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Ali Akkurt, “Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. I, S. 1, Haziran 2013, s. 59.

<sup>18</sup> Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 59.

*aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*

*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*

*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”*

Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) ise hukuka aykırı emir “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı bölümün “Kanunun hükmü ve amirin emri” başlıklı 24. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez. (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. (3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. (4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

Hukuka aykırı emirle ilgili Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda (PVSK) da Anayasa ve TCK’ya paralel bir hüküm yer almaktadır.

PVSK m.2’ye göre “Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilirse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz.” PVSK m.2/3’te ise bu emrin denetlenmesinin engellendiği istisna hükümlere yer verilmiştir.

Devlet Memurları Kanunu’nda (DMK) da hukuka aykırı emre ilişkin “Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları” başlığı altında Anayasa hükmüne paralel bir düzenleme yer almaktadır. DMK m.11’e göre; “Devlet memurları kanun ve diğer mevzuatta belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar.

*Devlet memuru amirinden aldığı emri, Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine*

*getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, memur bu emri yapmağa mecburdur. Ancak emrin yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk emri verene aittir.*

*Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.*

*Acele hallerde kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.”*

Bu hususta ilginç bir hüküm de Askeri Ceza Kanunu’nda (ACK) yer almaktadır. Bu kanunun “iştirak” başlığını taşıyan 41. maddesinin 2 vd. maddelerine göre; “2- Hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür. 3- Aşağıdaki hallerde maduna da faili müşterek cezası verilir: A: Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, B: Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum ise”

Nihai olarak Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’nda (İç Hizmet Kanunu) düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kanunun “astın vazifeleri” başlıklı 14. Maddesine göre; “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamalarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.” m.16’ya göre; “Amir; maiyetine hizmetle münasebeti olmıyan emir veremez. Astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz. Hediyesini kabul edemez ve borç alamaz.” düzenlemesine bakmak gerekir. 19. maddeye göre; “Astlar, üniformalı veya üniformasız asker amirleri ile sivil amirlerinin verdiği emirleri yerine getirmek zorundadır.”

Anayasa’da hüküm başlığında her ne kadar “kanunsuz emir” ifadesi kullanılmış olsa da bunu “hukuka aykırı emir” olarak anlamak gerekir. Buradaki kanun ifadesi şekli anlamda kanun değildir. Yalnızca kanuna aykırı olan emirler değil, Anayasa m.137’de de açıkça belirtildiği üzere Anayasa’ya, yönetmeliğe veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine aykırı tüm emirler bu kapsamdadır. Örneğin Anayasa’ya aykırı olan bir emri normlar hiyerarşisinde kendisinden sonra gelen kanuna aykırı emir olarak ifade etmek doğru değildir. Yine kanundan

kaynaklanan bir emir Anayasaya aykırı nitelik taşıyabilir. Zira bir emrin kanuna dayanması o emre kaynak teşkil eden kanunun Anayasaya uygun olduğu anlamına gelmez. Bu sebeplerle madde başlığında “kanunsuz emir” yerine “hukuka aykırı emir” ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu<sup>19</sup>.

Memurun hukuka aykırı emir karşısında ne şekilde hareket etmesi gerektiği DMK’da, polisler bakımından ise PVSK’da Anayasa’daki hükme paralel şekilde düzenlenmiştir.

TCK’da hukuka aykırı emir 24. maddenin 2. vd. maddelerinde düzenlenmiştir<sup>20</sup>. 2. fıkrada yetkili merci tarafından verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayanın sorumlu olmayacağı belirtilmektedir. Burada esas olarak yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan fakat aslında hukuka aykırı olan emir düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olan emri alan memurun ne şekilde hareket edeceği TCK’da ifade edilmemiş ancak Anayasa’da düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Anayasa’nın 137. maddesine, DMK ve PVSK hükümlerine göre verilen emirde hukuka aykırılık gören ast öncelikle bu aykırılığı emri verene bildirmelidir<sup>22</sup>. Buna rağmen üst emrinde ısrar eder ve yazılı olarak tekrar bildirirse ast o emri yerine getirmek zorundadır ve bu halde yalnızca emri veren sorumlu olur. Aksi halde emri yerine getiren kişi sorumluluktan kurtulamaz.

TCK’nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında emrin, hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden yerine getirenin değil, emri veren sorumlu olacağı belirtilmektedir. Asta, kendisine verilen emri denetlemesi noktasında bir yükümlülük yüklenmiştir. Kural olarak ast, hukuka aykırı emri denetlemeden yerine getirirse sorumluluktan kurtulamayacaktır. Buna karşılık denetleyip hukuka aykırı gördüğü emri üste bildirmesine rağmen, üst emrinde ısrar eder ve yazılı olarak yeniler ise artık ast bakımından “yetkili merciden verilip, yerine getirilmesi gö-

<sup>19</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406; Özen, Genel Hükümler, s. 467-468.

<sup>20</sup> TCK’nın 24. maddesinin 1. fıkrasında kanunun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceği ifade edilmiştir. Birinci fıkra bir hukuka uygunluk sebebi olup kişinin kanundaki bir hükmü yerine getirmesinin fiilini hukuka uygun hale getireceği belirtilmektedir. Çalışmamızın konusu 24. maddenin 2. vd. fıkralarıdır.

<sup>21</sup> Anayasadaki 137. maddede yer alan bu hükmün TCK m.24’te yer almaması eleştirilmiştir (Özen, Genel Hükümler, s. 472).

<sup>22</sup> Astın kendisine verilen hukuka aykırı emrin idari yargıda iptalini isteme imkanı bulunmamaktadır. (Sevgi Bektur, “Amirin Emrine Uyma Zorunluluğunun Kapsamı”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 3, S. 1, 2020, s. 25).



rev gereği zorunlu olan bir emir” söz konusu olur ve artık ast bu emri yerine getirmek zorunda kalır<sup>23</sup>. Ancak emri yerine getirenin verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını denetleyebilmesi gerekir. Zira bir emrin denetlenmesi bazen mutlak itaat veya katı hiyerarşi sebebiyle mümkün olmamaktadır<sup>24</sup>. Bu durumda emrin denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği bir hal söz konusudur. Bu hallerde astın, emrin hukuka aykırı olup olmadığını denetleme yükümlülüğü bulunmadığı için hukuka aykırı olduğunu fark etse bile yerine getirmek zorundadır<sup>25</sup>. Anayasanın 137. maddesinin son fıkrasında askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu düzenlemesiyle esasen verilen emri denetlemenin mümkün olmadığı haller ifade edilmektedir<sup>26</sup>. Bu istisnalar Askeri İç Hizmet kanununda ve Polis Vazife ve Salayihet Kanunda yer almaktadır<sup>27</sup>.

Konusu suç teşkil eden emre de değinmek gerekir. Hem Anayasa’da hem de diğer kanunlarda konusu suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde sorumluluktan kurtulnamayacağı düzenlenmiştir. Ancak Askeri Ceza Kanunu’nun 41. maddesinde hizmete müteallik hususlarda verilen emirlerin bir suç teşkil etmesi halinde suçun işlenmesinden emir verenin mesul olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık aynı maddeye göre, ast kendisine verilen emrin hudutlarını aşmışsa veya amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını içeren bir fiile müteallik olduğunu biliyorsa üstle birlikte müşterek fail olarak sorumludur.

### III. AMİRİN EMRİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

#### A. Genel Olarak

TCK’da hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler bir arada düzenlenmiştir. 24. maddenin 1. fıkrasında kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Kanun hükmünün yerine

---

<sup>23</sup> Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 269; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 343-344.

<sup>24</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269.

<sup>25</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344.

<sup>26</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344.

<sup>27</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269.

getirilmesi olarak ifade edilen bu durumda kanunla verilen yetki aynı zamanda kişinin görevini de oluşturduğundan bu durum “görevin yerine getirilmesi” olarak ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Bu halde kişinin hareketi kanundaki bir suç tipine uysa dahi bu davranış kanun tarafından verilen bir yetkiye dayandığı için hukuka uygun olduğu kabul edilir. Zira kanun tarafından buna müsaade edilmiş hatta kişi yetkilendirilmiştir. Kişinin bir yandan bir davranışta bulunma konusunda kanun tarafından yetkilendirilmesi<sup>29</sup>, diğer yandan bu davranışta bulunduğu için cezalandırılması söz konusu olamayacağı gibi hukuk düzeninin teklifi ilkesiyle de bağdaşmaz<sup>30</sup>. TCK’nın 24. maddesinin 2. fıkrasında amirin emrinin yerine getirilmesi düzenlenmiştir. Hiyerarşik bir yapı içerisinde amir tarafından verilen emir ya hukuka uygundur ya da aykırıdır<sup>31</sup>. TCK’nın 24. maddesinde belirtilen emrin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk sebebi mi yoksa kusurluluğu ortadan kaldıran sebep mi olduğu emrin niteliğine göre belirlenmelidir<sup>32</sup>.

## B. Hukuka Uygun Emrin Hukuki Niteliği

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kanunun kişiye verdiği yetki, aynı zamanda o kişinin görevini de oluşturmaktadır<sup>33</sup>. Bu bağlamda yetkili merci tarafından verilen hukuka aykırı olmayan emirler de görev kapsamında olduğu için bu hali de ‘görevin yerine getirilmesi’ veya “görevin ifası” olarak ifade etmek mümkündür<sup>34</sup>. Amirin verdiği hukuka uygun emirler kanundan kaynaklandığı için bu durum TCK’nın 24. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kanunun hükmü (bir diğer ifadeyle görevin yerine getirilmesi) hukuka uygunluk sebebinin oluşturmaktadır<sup>35</sup>. Örneğin, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.199’a göre; “Hakim kararı

<sup>28</sup> Akbulut, Genel Hükümler, s. 548; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 275.

<sup>29</sup> Maddede belirtilen kanun ifadesini yalnızca şekli anlamda kanun olarak değil, herhangi bir yazılı hukuk kuralı olarak anlamak gerektiği belirtilmektedir (Soyaslan, Genel Hükümler, s. 376; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 276).

<sup>30</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 375; Hakeri, Genel Hükümler, s. 310; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 275.

<sup>31</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 342.

<sup>32</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 370.

<sup>33</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 275.

<sup>34</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 275-342; Yaşar-Gökcan-Artuç, s. 553.

<sup>35</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 487; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 675; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 342; Zafer, Genel Hükümler, s. 372; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 268; Özen, Genel Hükümler, s. 467, 469, 471; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 68; Selman Dursun, “Türk Ceza Hukuku’nda Emrin

üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilir.” Bu hüküm gereği Cumhuriyet savcısı yazılı emri verdiği takdirde kolluk görevlilerinin arama yapması görevin yerine getirilmesi kapsamında olup hukuka uygundur<sup>36</sup>. Hukuka uygun bir gö-zaltı emrine uyularak bir kişinin gözaltına alınması da hukuka uygun olup kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunu oluşturmayacaktır<sup>37</sup>. Çalışmamızın konu-su ise hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı olan emirlerdir.

### C. Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Hukuki Niteliği

Üstün asta verdiği emirler bazen hukuka aykırı olabilir ve ast bu emri gö-re-vi gereği yerine getirmek zorunda kalabilir. Hukuka aykırı emrin düzenlendiği TCK'nın 24. maddenin 2., 3. ve 4. fıkraları incelendiğinde kanunda emrin huku-ka aykırı olduğu her ne kadar açıkça yazmasa da “hukuka aykırı ve fakat bağla-yıcı emrin yerine getirilmesi” söz konusudur<sup>38</sup>. Keza CMK m.223/3-b'de bu hal için “hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir” ifadesi kullanılmıştır.

Hukuka aykırı emir daha çok idare hukuku ve anayasa hukukunu ilgilendiren bir konudur<sup>39</sup>. Emir suç teşkil etmediği takdirde sorumluluk disiplin ve tazminat sorumluluğu şeklinde tezahür eder<sup>40</sup>. Örneğin emri veren üst, düzenlemeye aykırı bu emri nedeniyle tazminat davasıyla veya idari bir yaptırımla karşı karşıya kalabi-lir<sup>41</sup>. Konusu suç teşkil eden emrin ise Anayasa ve kanunda hiçbir şekilde yerine getirilmeyeceğini belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hükümlere göre konusu suç teşkil eden emir yazı ile tekrarlansa dahi yerine getiren ast sorumluluktan kurtulamaz<sup>42</sup>.

---

İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelen-mesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, Y. 2014, Sa. 2, s. 234; Özgenç, Genel Hükümler, s. 487.

<sup>36</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 555.

<sup>37</sup> M. Emin Artuk-Ahmet Gökçen-M. Emin Alşahin-Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2018, s. 435.

<sup>38</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 341; M. Reşat Koparan, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. I, S. 2, 2006, s. 21.

<sup>39</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 179; Bilke, Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa, s. 9; Betül Karakoyun Berkyez, “Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk” *Yalova Üni-versitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Yalova, 2021, s. 51.

<sup>40</sup> Doğan Soyaslan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 378; Hakeri, Genel Hükümler, s. 400.

<sup>41</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 343; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 70.

<sup>42</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379.

TCK m.24/2’de yer alan amirin emri bazı yazarlarca hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekte<sup>43</sup>, bazı yazarlara göre ise bir sorumsuzluk sebebi, mazeret sebebi, diğer bir ifadeyle kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak görülmektedir<sup>44</sup>. Mazeret sebebi olarak kabul eden görüşe göre hukuka aykırı emrin ifa edilmesi yönünden getirilen bu zorunluluk emri hukuka uygun hale getirmemektedir<sup>45</sup>. Emri veren sorumlu olmaya devam ettiğine göre emir hukuka aykırılığını muhafaza etmektedir<sup>46</sup>. Ancak hiyerarşik yapı dolayısıyla emredilenin içinde bulunduğu durumda belli merasime bağlı kalınmak şartıyla emredilen bakımından bu emri yerine getirmek bir zorunluluk oluşturmaktadır. Yine emredilenin bu emir karşısında irade hürriyetinin olmadığı da normatif olarak kabul edilmekte ve emredilenin sorumluluğuna gidilmemekte, sorumluluğun emri verene ait olduğu hükümde belirtilmektedir<sup>47</sup>. Anayasadaki ve TCK’daki “sorumlu olmaz” ifadesi de bu görüşü desteklemektedir<sup>48</sup>. Bu halde emri yerine getirenin hareketi, itaate yükümlü olduğu bağlayıcı emri yerine getirmeye odaklanmış bulunmakta ve bu durum fiilin haksızlık içeriğinde azal-

<sup>43</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 362; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 297; Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara, 2008, s. 455 vd.; Yağmur Müge Akman, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015, 212-213; Bilgehan Savaşçı Temiz, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2018, s. 53.

<sup>44</sup> Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler*, C. I, Ankara, 1993, s. 377; Özgenç, Genel Hükümler, s. 488; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 318, 342-344; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Akbulut, Genel Hükümler, s. 676; Faruk Erem-Ahmet Darıncıman-M. Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1997, s. 558; Zafer, Genel Hükümler, s. 432; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 516; Hakeri, Genel Hükümler, s. 400; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 268; Özen, Genel Hükümler, s. 467; Yaşar-Gökcan-Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, s. 555; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 58; Koparan, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran, s. 20; Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s. 247; Deniz, Buket, “Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası”, *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 2020, 19(3), s. 5.

<sup>45</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 488; Hakeri, Genel Hükümler, s. 401; Yaşar-Gökcan-Artuç, *Türk Ceza Kanunu*, s. 558-559; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 58.

<sup>46</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 488; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 342; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Hakeri, Genel Hükümler, s. 401.

<sup>47</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 489; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 397; Akbulut, Genel Hükümler, s. 676; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 342, 344.

<sup>48</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 489; Sorumlu olmaz teriminin uygun olmadığı, daha geniş bir kavram olduğu, bu nedenle ceza verilmez ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağı görüşü için bkz.: Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 400.

maya sebep olmaktadır. Bununla birlikte hem astın ayrıntılı değerlendirme yapma imkanını ortadan kaldıran ve acil bir karar verme mecburiyetine iten bir emretme durumu hem de emri yerine getirmediğinde disiplin cezasıyla karşı karşıya kalma baskısı söz konusudur. Bu haller de failin kusurunda azalma meydana getirmektedir<sup>49</sup>. Bu nedenlerle TCK'daki bu düzenlemenin bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>50</sup>. CMK'da kusurun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasında m.223/3-b'de yer alan *“Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi”* halinin de bulunması, amirin emrinin kanun koyucu tarafından bir hukuka uygunluk sebebi değil, mazeret sebebi diğer bir ifade ile kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak görüldüğünü kanıtlar niteliktedir<sup>51</sup>. Keza TCK m.24'ün gerekçesinde de hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin bir hukuka uygunluk sebebi değil, sorumluluk nedeni olduğu ifade edilmiştir.

Kanaatimizce de hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu kaldıran bir sebeptir. Zira fail hukuka uygun bir zeminde yer almamaktadır. Ancak içinde bulunduğu durum ve konum itibarıyla verilen emre karşı koyamayacak bir pozisyondadır. Aksi takdirde içinde bulunduğu hiyerarşik düzende bir takım yaptırımlara maruz kalacaktır. Bu durum doğal olarak astın kusurluluğunu etkilemektedir ancak fiil hukuka aykırılığını devam ettirmektedir. Ast bu halde Anayasada belirtilen prosedürü uyguladıktan sonra yerine getirdiği emirden dolayı sorumlu tutulmaktadır. Buna karşın emri veren sorumlu olmaya devam etmektedir. Fakat amirin emri hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilirse fiil hukuka aykırı olmayacağından yalnızca emri yerine getiren değil emri veren de sorulu tutulmayacaktır. Halbuki emri veren kanunlara aykırı bir fiil gerçekleştirmekte ayrıca bunu özgür iradesiyle yapmaktadır. Bu bakımdan emri verenin fiilinden sorumluluğunun tam olması gerekir. Yalnızca maruz kaldığı baskı sebebiyle kusurluluğu etkilenen kişinin sorumlu olmasını önleyen buna karşın emri verenin sorumluluğunun devam etmesini sağlayan bu düzenleme kanun koyucu tarafından da

<sup>49</sup> Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 381.

<sup>50</sup> Özgeç, *Genel Hükümler*, s. 489; Özbek-Doğan-Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 402; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 675-676; Amirin emrinin karşılaştırmalı hukuktaki düzenleniş şekli için bkz.: Akman, *“Ceza Hukukunda Amirin Emri*, s. 71 vd.

<sup>51</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, *Genel Hükümler*, s. 402; Zafer, *Genel Hükümler*, s. 434.

kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak görülmüş ve kanun hükümleri bunu sağlayacak şekilde formüle edilmiştir.

Hukuka aykırı emrin yerine getirilmesinin hukuk devletinde bir mazeret sebebi sayılması eleştirilmiş, bunun astların suç işlemesini önleyen sebepleri ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir<sup>52</sup>. Fakat doktrinde farklı görüşe sahip yazarlar tarafından hukuka aykırı emrin yazılı olarak yenilenmesi şartının konulmasının asıl amacının, memuru sorumluluktan kurtarmak değil, emri verenin denetleme neticesinde hukuka aykırı emrini yazı ile tekrar etmesi istendiğinde bundan imtina ederek hukuka aykırı emri vermesinden alıkonulmasını sağlamak olduğu belirtilerek bu şekildeki bir kabulün daha doğru olacağı ifade edilmiştir<sup>53</sup>.

#### IV. HUKUKA AYKIRI FAKAT BAĞLAYICI EMİR

##### A. Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Koşulları

Emrin varlığı çeşitli unsurları içermesine bağlıdır. Bir irade açıklamasının emir olarak telakki edilebilmesi için kamu hukukundan kaynaklanan hiyerarşik bir yapı içerisinde, üst tarafından asta yönelmiş olması gerekir. Eğer bu unsurları taşımıyorsa ortada bir emir yoktur. Ayrıca bir emir şekli ve maddi unsurlara sahiptir. TCK m.24 kapsamında hukuka aykırı emrin kapsamına şekli anlamda değil maddi anlamda hukuka aykırı emirler girmektedir. Zira şekli anlamda hukuka aykırı emirlerin (örneğin yetkisiz kişi tarafından verilen emir, yazılılık şartı olan ancak sözlü verilen emir) hiçbir surette yerine getirilmemesi gerekir. Şeklen kanuna aykırı irade açıklamasının hukuki anlamda emir olmadığı ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Bu emirler yazılı olarak tekrarlanırsa dahi astı sorumluluktan kurtarmaz<sup>55</sup>. Bir irade açıklamasının TCK m.24 kapsamında değerlendirilebilmesi için yetkili kişiden, emri yerine getirmeye yetkili olan kişiye, şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir. Bu emir içeriği itibarıyla Anayasa, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmeliğe uygun olursa hukuka uygun; aykırı olursa, hukuka aykırı fakat bağlayıcı bir emir söz konusudur. Bu bağlamda TCK m.24/2 kapsamında hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin şartlarını inceleyelim.

<sup>52</sup> Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 559; Düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğu görüşü için bkz.: Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 180.

<sup>53</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 75; Günal'a göre yazı ile tekrar şartı, emri yerine getiren memur bakımından bir ispat kolaylığı da sağlayacaktır. (Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 179).

<sup>54</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 301.

<sup>55</sup> Deniz, Amirin Emrinin İfası, s. 11.

### 1. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Hiyerarşik Bir Yapı Olmalıdır

Yapılan bir bildirim emir niteliğini haiz olup olmadığı yalnızca içeriği ve bildirim usulüne göre değil, özellikle menşei ve muhatabına göre belirlenmektedir. Bunun için hukuka uygun, kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanan hiyerarşik yapı içerisinde bir astlık-üstlük ilişkisinin bulunması gerekir<sup>56</sup>. Anayasa’da “üstünden aldığı emri” ifadesi yer bulmaktadır. Üst ile ast ise hiyerarşik bir yapının unsurlarıdır. Eğer hiyerarşik yapı yoksa zaten bir emirden de bahsedilemez.

Anayasa’da zamanda “kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse”den söz edilmektedir. Yine TCK m.38/2’de görev gereği bir emirden bahsedilmektedir. Buradan emrin görevle alakalı olduğunu, kamu hizmetlerinde bir çalışma gerektirdiğini anlamaktayız. Dolayısıyla hiyerarşik açıdan kamu hukukundan doğan bir emir söz konusu olmalıdır<sup>57</sup>. Özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan emir ve direktifler emir niteliğine sahip değildir<sup>58</sup>. Örneğin, özel işyerinde patronun çalışanlara verdiği emir, annenin çocuklarına verdiği emir, öğretmenin öğrenciye verdiği emir kamu hukukundan kaynaklanmamaktadır<sup>59</sup>. Bu bakımdan özel hukuk ilişkisinden doğan emrin yerine getirilmesinde hukuka aykırılık söz konusu ise yukarıda da belirttiğimiz gibi sorumluluk bakımından iştirak kuralları geçerli olacaktır<sup>60</sup>. Dini telakki bir bağla bağlı olanların iradeleri de emir niteliğinde değildir<sup>61</sup>.

Emri veren merciin bir Türk mercii olması gerekir<sup>62</sup>. Emir genelge gibi ast durumunda olan tüm memurlara yönelik olan genel emir şeklinde olabileceği gibi, belirli memurlar ve memura yöneltilen özel emir şeklinde de olabilir<sup>63</sup>

<sup>56</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 402; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 515; Özen, Genel Hükümler, s. 468.

<sup>57</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 558; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 267; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 378; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 456; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 59.

<sup>58</sup> Erem, TCK Şerhi, s. 378; Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 558; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 267-268; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403; Özen, Genel Hükümler, s. 468; Hakeri, Genel Hükümler, s. 401; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 456; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 59; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 554.

<sup>59</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 373; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 311; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 554.

<sup>60</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 267-268.

<sup>61</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 401.

<sup>62</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 85; Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 560; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 457.

<sup>63</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 456.

## 2. Emrin Yetkili Bir Mercii Tarafından Verilmesi Gerekir

Emri veren mercii (kamu görevlisi, makam ya da organın) ilgili konuda karar alma ve emir verme yetkisine sahip olması gerekir<sup>64</sup>. Ancak emir verme yetkisi olan üstün emri yerine getirilebilir<sup>65</sup>. Bu husus TCK m.24'te "yetkili bir merciden verilen emir" Anayasa m.137'de "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışan birisi"nin "üstünden aldığı emir" ifadeleriyle belirtilmiştir. Bu, emrin şekli anlamda bir şarttır<sup>66</sup>.

211 sayılı İç Hizmet Kanunu'na göre; "üst tabiri, rütbe veya kıdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir" (İç Hizmet Kanunu m.10). Amir ise aynı kanunun 9. maddesinde "makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisine haiz kimse" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre amir, hiyerarşik olarak üst konumunda bulunan ve emir verme yetkisine sahip kişi veya kuruldur<sup>67</sup>. Buna göre her üst emir verme yetkisine sahip değildir. Ancak üst astın emri konumundaysa emir verme yetkisine haizdir. Dolayısıyla bir kişinin hiyerarşik bakımdan amiri olmayan veya o emir verme noktasında yetkisi bulunmayan kişi tarafından verilmesi halinde bu emrin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi gerekmektedir<sup>68</sup>. Çoğu zaman genel anlamdaki amirlik de belli bir emir verme yetkisini kapsamamakta olup mazerette, hiyerarşik amir kavramı baz alınmalıdır<sup>69</sup>. Bazen amir konumunda bulunan kişi de bir emir verme noktasında yetkisiz olabilir. Tereddüt halinde emri veren yetkili olup olmadığı her emre göre memur tarafından o konudaki yasal düzenlemeler araştırılarak ayrı ayrı tespit edilmelidir<sup>70</sup>. Emir verme yetkisi, pozitif bir düzenlemeden kaynaklanabileceği gibi; yönetmelik, yönerge, talimat ve idari düzenlemelerden de kaynaklanabilir<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> Halil Yılmaz, *Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama*, Ankara, 1999, s. 94; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 462.

<sup>65</sup> Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 312.

<sup>66</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298; Zafer, Genel Hükümler, s. 373; Özen, Genel Hükümler, s. 469.

<sup>67</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 401.

<sup>68</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 87; Özbek tutuklama kararının hakim yerine savcı tarafından verilmesi halinde şekil açısından bir hukuka aykırılık bulunduğunu kabul etmekte ve bunu hukuka aykırı emir kapsamında değerlendirmektedir. (Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406).

<sup>69</sup> Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 560.

<sup>70</sup> Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 560; Demirbaş, s. 298; Yılmaz, Yetkili Mercilerin, s. 96.

<sup>71</sup> Özen, Genel Hükümler, s. 469.



Yetkisizlik kişi bakımından, yer bakımından veya zaman bakımından olabilir<sup>72</sup>. Örneğin üstün başka bir kuruma tayini çıktıktan sonra astına emir verme konusunda bir yetkisi kalmaz. Bu kişinin verdiği emir hukuken geçerli olmadığından bağlayıcı değildir (yer bakımından yetkisizlik)<sup>73</sup>. Benzer şekilde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirin arama emri verme yetkisi vardır. Fakat amirin izindeyken verdiği arama emri geçerli ve bağlayıcı bir emir değildir (zaman bakımından yetkisizlik)<sup>74</sup>. Örneğin tutuklama kararı ancak hakim veya mahkeme tarafından verilebilir. Bir vali tutuklama kararı verme noktasında yetkili değildir<sup>75</sup>. Emri alan emri verenin yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır<sup>76</sup>. Yetkisiz amir tarafından yapılan irade açıklaması emir niteliğini haiz olsa da bu emrin yerine getirilmesi halinde ast sorumluluktan kurtulamaz. Zira emir verenin, emri vermeye yetkisi yoksa m.24 kapsamında değerlendirilmez<sup>77</sup>.

Aynı konuyla ilgili birden fazla emir verilmişse en son verilen emrin yerine getirilmesi gerekir. Farklı düzeydeki kişilerin birbiriyle çelişkili emirler vermeleri halinde ise yüksek amirin veya üstün emri geçerli olacaktır<sup>78</sup>.

### 3. Emri Alanın Emri Yerine Getirmesi Görevi Gereği Zorunlu Olmalıdır

Emrin emri veren kişinin yetkisi kadar emri yerine getirecek kişinin de yetkisine girmesi gerekir<sup>79</sup>. Anayasa m.137'de "kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimsenin üstünden aldığı emir" ifadesi kullanıla-

<sup>72</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407; Hakeri, Genel Hükümler, s. 401; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 557; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 312; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 462.

<sup>73</sup> Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 515; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 312.

<sup>74</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 557.

<sup>75</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298.

<sup>76</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 86; Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 560; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 380; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 557.

<sup>77</sup> Erem, TCK Şerhi, s. 378; Özen, Genel Hükümler, s. 468; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 312; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 463.

<sup>78</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 373; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 557; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 457; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 63; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 312; Erem ve Danişman'a göre bu halde en yakın amirin emri icra edilmelidir. (Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 564).

<sup>79</sup> Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 653; Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 561; Hakeri, Genel Hükümler, s. 401.

rak kamu görevlisinin üstünün verdiği emrin görev gereği yapılması gereken bir emir olduğu kabul edilmiştir. Bu husus TCK m.24'te ise daha açıkça ifade edilerek "yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir" şeklinde ifade edilmiştir. Memurun emri icraya mecbur olması olarak da ifade edilen bu şarta göre emri yerine getirenin emri yerine getirmek konusunda hem yetkisinin hem de görev gereği bir zorunluluğunun olması gerekir<sup>80</sup>.

Emri alan memurun amirin yetkisi kadar kendisinin de bu emri yerine getirmeye mecbur olup olmadığını veya bu konuda yetkisinin olup olmadığını araştırması gerekir<sup>81</sup>. Emri yerine getirenin yetkisi, emrin niteliğine ve astın görev alanlarının sınırlarını belirleyen idari düzenlemeler baz alınarak belirlenir<sup>82</sup>. Emri alan kişi bu emri görevi gereği yerine getirme yükümlülüğü altında olan bir kimse değilse emri veren yetkili olsa bile ast bu emri icra etmemelidir. Aksi takdirde m.24 kapsamında değerlendirilmez<sup>83</sup>. Örnek vermek gerekirse hakimin verdiği bir arama emrini, kolluk yerine getirmek konusunda yetkili ve görevlidir. Ancak kaymakamın hakimin bu emrini yerine getirme yetki ve görevi bulunmamaktadır. Bu halde hakimin emri üzerine, hakkında arama kararı olan eve giren kaymakam konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olur<sup>84</sup>.

#### 4. Emrin Kanunun Öngördüğü Diğer Şekil Şartlarını Taşımaya Gerekir

Emrin kanunda öngörülen şekil şartlarını taşımaya emrin meşruluğu açısından en önemli şarttır. Şekil şartları çoğunlukla emrin dış kanunilik unsurlarıyla ilgili olmaktadır<sup>85</sup>. Emrin verilme zamanı, yeri ve yazılı olup olmamasına ilişkin koşullar bu kapsama girer<sup>86</sup>. Emir yazılı şekil şartına bağlı kılınabileceği gibi, sözlü olmasının yeterli olduğu durumlar da vardır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde arama emrinin hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla, Cumhuriyet savcısına ulaşılamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emriyle verilebileceği belirtilmiştir. Kolluk amirinin verdiği arama emrinin yazılı olması gerektiği şekil şartı olarak

<sup>80</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 403, 404; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298; Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 314.

<sup>81</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 87; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298.

<sup>82</sup> Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 463.

<sup>83</sup> Özen, Genel Hükümler, s. 468.

<sup>84</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 298-299.

<sup>85</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299; Deniz, Amirin Emrinin İfası, s. 10.

<sup>86</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

açıkça belirtilmiştir<sup>87</sup>. Kural olarak emrin yerine getirilmesinin zorunlu olması için kesin olması ve kesin olması için de yazılı, imzalı ve gerekirse mühürlü olması gerekir. Kanunen belirli şekillerde verilmesi gereken emirlerin o şekle aykırı olarak verilmesi halinde emri veren yetkili dahi olsa emir meşru olmaz<sup>88</sup>. Yazılı olma şartı aranmayan emirlerin sözlü verilmesi mümkündür<sup>89</sup>. Örneğin PVSK m.2/B'de belirtilen hallerde polislerin amirin sözlü emirlerini derhal yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>90</sup>. Bir irade açıklaması, niteliğine göre kanunda aranan şekil şartlarını taşımıyorsa emir vasfını haiz değildir<sup>91</sup>. Amir tarafından verilen, bu şartları taşımayan bir talebin yerine getirilmesi ise mazet sebebi teşkil etmez.

##### **5. Emir Yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Kanun veya Anayasa Hükümlerine Aykırı Olmalıdır**

E Emir kanunda genel olarak bulunan bir yetkinin belirli bir olay için somutlaşması halinde ortaya çıkar<sup>92</sup>. Emrin kural olarak şekli şartla yanında içerik bakımından da kanunda belirtilen şartları taşıması, diğer bir ifadeyle kanunun belirttiği neden ve konuya ilişkin olması gerekir<sup>93</sup>. Emrin konu veya içerik bakımından hukuka uygun olması, maddi anlamda meşruiyet olarak ifade edilir<sup>94</sup>. Maddi koşullara ilişkin denetim emrin içerik denetimidir<sup>95</sup>.

TCK anlamında hukuka aykırı fakat bağlayıcı olan emirler kanun, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Anayasa'ya aykırı olan emirlerdir. Anayasa'nın 137. maddesinde bu husus açıkça belirtilmiştir. TCK'da emrin hukuka aykırı olmasıyla ilgili açıkça bir belirleme yapılmamasına karşın TCK m.24/3'te emrin konusunun suç olması halinin ayrıca düzenlenmesinden bu husus anlaşılmaktadır. Emrin yönetmelik, cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa'ya aykırı olması hukuka aykırı olması anlamına gelir. Ancak bu hukuka

<sup>87</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 404.

<sup>88</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299.

<sup>89</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 464; Deniz, Amirin Emrinin İfasi, s. 11.

<sup>90</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 404.

<sup>91</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 301.

<sup>92</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299.

<sup>93</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299; Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

<sup>94</sup> Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 516; Özen, Genel Hükümler, s. 470.

<sup>95</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

aykırılık konu bakımından hukuka aykırılıktır. Diğer bir ifadeyle şekli anlamda hukuka aykırı emirler değil maddi anlamda hukuka aykırı emirler bu kapsamdadır. Zira şekli anlamda hukuka aykırı irade açıklamalarını ast yerine getirme yükümlülüğü altında değildir.

Hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin söz konusu olduğu durumlarda emir, yetkili kişi tarafından, görev gereği, bu emri yerine getirmekle yükümlü olan kişiye verilmekte fakat kanunda belirtilen neden veya konuya ilişkin olarak verilmemektedir. Kısaca içerik yönünden hukuka aykırılık söz konusudur. Bu bağlamda örneğin tutuklama kararının ancak hakim tarafından verilebilmesi şekli bir şart iken, bu kararın ancak tutuklama nedeni ve diğer tutuklama şartları varsa verilebilmesi maddi bir şarttır<sup>96</sup>. Tutuklama kararının kanunda belirtilen bir tutuklama nedeni olmadan verilmesi<sup>97</sup> örneğin sırf erkek şüpheli küpe takıyor diye verilmesi halinde içerik yönünden yani maddi anlamda hukuka aykırılık vardır<sup>98</sup>. Keza savcının kendisine asansörde yer vermeyen kişi hakkında bu nedenle gözaltı emri vermesi bu kapsamdadır<sup>99</sup>. Yakalama, tutuklama, arama, gözaltı gibi emirler Ceza Muhakemesindeki koruma tedbirleri olup hukuka aykırı olarak yapılması aynı zamanda kanunda suç olarak tanımlanan fiillere vücut vermektedir. O nedenle bu örnekler konusu aynı zamanda suç teşkil eden emirlerdir. Bu örnekler içerik yönünden hukuka aykırılığı daha net gösterebilmek adına burada verilmiştir. Yine İç Hizmet Kanunu m.16'ya göre amir maiyetine hizmetle alakası olmayan emir veremez. Astından hususi bir işiyle ilgili talepte bulunamaz. Bu nedenle örneğin üstün astına, eşinin pazar alışverişinde aldığı malzemeleri taşıması noktasında verdiği emir meşru değildir<sup>100</sup>.

Mevzuatta amir tarafından hangi emirlerin verilebileceği belirlenmişse emrin hukuka aykırı olup olmadığının tespiti daha kolay olmakta ancak böyle bir belirleme yapılmamışsa bir nebze daha zor olmaktadır. Kanunda açıkça belirtilmemişse bir emrin hukuka aykırılığı her somut olaya ve amirle memur arasındaki ilişkiye bakılarak ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>101</sup>. Emrin hukuka aykırılığı

<sup>96</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405; Zafer, Genel Hükümler, s. 374; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299.

<sup>97</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 374.

<sup>98</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299.

<sup>99</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405.

<sup>100</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405-406.

<sup>101</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406.

yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönünden olabilir<sup>102</sup>. TCK m.24 kapsamında değerlendirilebilecek hukuka aykırılıklar sebep, konu ve maksat bir diğer ifadeyle içerik yönünden hukuka aykırılıklardır. Yetki ve şekil bakımından hukuka aykırı olan emirlerde Anayasadaki prosedür uygulanmayacak, bu emirler hiçbir suretle yerine getirilmeyecektir. Ancak diğer hususlar yönünden hukuka aykırı olan emirler yazı ile tekrar verilmesi halinde, emri yerine getiren astı sorumluktan kurtaracaktır. Sebep yönünden hukuka aykırılık, emrin daha önce var olan ve nesnel hukuk kurallarıyla belirlenmiş bir sebebe dayanıp dayanmadığına bakılarak anlaşılabilir. Konu yönünden hukuka aykırılık emrin konusunun imkansız veya gayri meşru olması, uygulama sınırlarının objektif olarak çizilememesi hallerinde söz konusu olabilir. Maksat yönünden hukuka aykırılık tespit edilirken ise verilen emir ile varılmak istenen nihai sonuç arasındaki ilişki göz önünde tutulmalıdır. Doktrinde tüm idari işlemlerin genel ve değişmez amacının başta kamu yararı olduğu, bununla birlikte özel ve somut amaçlar için de idari işlemlerin yapılabileceğine dair görüşler mevcuttur. Emrin içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığı bu kriterler çerçevesinde belirlenecektir<sup>103</sup>.

## B. Hukuka Aykırı Fakat Bağlayıcı Emrin Görünüm Şekilleri

Her suç zaten hukuka aykırıdır. Buna karşın her hukuka aykırı fiil suç oluşturmaz. Suç için kanuni tanıma uygun hukuka aykırı bir fiil gereklidir. Karşılığında ceza hukuku yaptırımı öngörülen kanuni tanıma uygun hukuka aykırı fiil suçtur. Bu bakımdan konusu hukuka aykırı fakat suç olmayan emir, Türk Ceza Kanunu, özel ceza kanunları ve diğer kanunların suç olarak tanımladığı fiillere vücut vermeyen ancak bir kanun, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Anayasa'ya aykırılık oluşturan emirdir. Bu kapsamda ceza hukuku dışındaki hukuk alanlarına ilişkin kurallar, özellikle idare hukuku ve özel hukuk kuralları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>104</sup>.

Kabahatler, konusu suç oluşturmeyen hukuka aykırı emrin kapsamına girebilir<sup>105</sup>. Kabahat teşkil eden fiil, suç oluşturmuyorsa emri yerine getiren sorumlu

<sup>102</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407.

<sup>103</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407.

<sup>104</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 64.

<sup>105</sup> Kabahatler karşılığında idari yaptırım öngörülen haksızlıklardır (KK m.87; Kabahatin tanımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Berrin Akbulut, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 215). 2005 yılında kabahatler Türk Ceza Kanunundan çıkarıldı-

olmayacaktır<sup>106</sup>. Bu sorumsuzluğun kaynağı hem Anayasanın 137. maddesi hem de Kabahatler Kanununun (KK) 12. maddesidir. KK m.12'ye göre Kabahatler Kanununda aksine hüküm bulunmayan hallerde, TCK'nın hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlere ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Dolayısıyla TCK'nın 24. maddesi kabahatler bakımından uygulanacak olup amirin kabahat teşkil eden bir fiilin yapılmasına yönelik emrinin yazılı olarak tekrarı halinde, emri yerine getiren bu kabahatten sorumlu olmayacaktır.

Kabahatler Kanununun işgal kabahatini düzenleyen 38. maddesine göre; "Yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışı arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idarî para cezası verilir." Buna göre örneğin herhangi bir resmi kurumun müdürlüğünün kurum araçlarının yoldaki kaldırımlara park edilmesi yönündeki emri hukuka aykırı fakat suç olmayan bir emirdir. Astın bu emri yerine getirmemesi gerekir. Fakat yazılı olarak tekrar edilirse yerine getirme yükümlülüğü vardır. Ancak emri yerine getiren bu fiilden dolayı Kabahatler Kanununda yazılı idari para cezasından sorumlu olmayacaktır. Benzer şekilde kamu düzenini korumak amacıyla amirin kendisinden okul önünde dilencilik yapmasını istediği kolluk görevlisi bu emri yazılı olarak tekrar edilirse yerine getirir ve KK m.33'te yer alan dilencilik kabahatinden sorumlu olmaz<sup>107</sup>. Ancak bu fiil kamu düzenini korumak için değil de suçla mücadele bakımından operasyon kapsamında gerçekleştiriliyorsa görevin ifası hukuka uygunluk sebebi gündeme gelir. Örneğin resmi bir kuruma ait bir makam aracında bulunan kurum müdürünün toplantıya yetişmek için şoföre emniyet şeridinden gitmesini emretmesi halinde bu fiil kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı bakımından tehlikeli olmadığı sürece suç oluşturmaz ancak Karayolları Trafik Kanunu'na göre idari para cezasıyla cezalandırılan bir fiildir. Bu durumda konusu hukuka aykırı fakat suç teşkil etmeyen bir emir söz konusudur. Ancak sirenlerini açarak emniyet şeridinden gitmeye çalışan bir ambulansın bu fiille gitmesine engel olunması halinde başkalarının hayat veya sağlığı

---

rak ayrı bir Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununda kabahatlerin diğer kanunlardaki kabahatler için de geçerli olan genel hükümlerine ve bazı kabahat çeşitlerine yer verilmiştir. Bununla birlikte kabahat oluşturan fiillere çoğunlukla özel kanunlarda yer verilmiştir (Akbulut, Kabahatler, s. 45; Hangi kanunlarda kabahat oluşturan fiillerin düzenlendiğini görmek için bkz.: Zeynel Kangal, *Kabahatler Hukuku*, İstanbul 2011, s. 37-43).

<sup>106</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 68.

<sup>107</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 68-69.

bakımından tehlikeli bir duruma sebep olunduğundan artık trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu söz konusu olacağından konusu suç teşkil eden emir vardır<sup>108</sup>.

Disiplin cezası gerektiren fakat suç oluşturmeyen fiiller bakımından da hukuka aykırı emir söz konusu olabilir<sup>109</sup>. Disiplin cezası gerektiren bazı fiiller ceza hukuku anlamında da suç oluşturmaktadır. Bu kapsamda ceza hukuku anlamında suç olarak düzenlenmeyen ancak karşılığında disiplin cezası öngörülen fiillerin amir tarafından emredilmesi halinde hukuka aykırı fakat suç olmayan bir emir gündeme gelecektir<sup>110</sup>. Örneğin, görev yerinde yasaklanmış bir yayın bulduran memurun fiili ceza hukuku anlamında bir suç oluşturmaz. Ancak bu fiil bir disiplin suçuna sebebiyet vermiş olabilir<sup>111</sup>. Bu nedenle yasaklanmış bir yayının buldurulması emrinin yazı ile tekrarı halinde bunu yerine getiren memur disiplin suçu bakımından sorumlu tutulamayacaktır. Benzer şekilde örneğin, memurun iş sahibinden para alma eylemi bir borç-alacak ilişkisi olduğundan rüşvet suçunu oluşturmaz.

<sup>108</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 73-74.

<sup>109</sup> Disiplin kuralları, kamusal hizmetlerin aksaklık olmadan yürütülmesi ve kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken daha dikkatli ve özenli hareket etmelerini sağlamaya yönelik kurallardır (Yasin Sezer-Ali İhsan İpek, "Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 1, S. 3, Ekim 2010, s. 67). İdareye bu kapsamda kamu hizmetinin düzenli, sürekli, verimli ve belirli bir düzen içerisinde yürütülmesini sağlamaya yönelik birtakım yükümlülükler belirleme yetkisi verilmiş ve uyulmadığı takdirde bu fiillere bir takım disiplinli sonuçlar bağlanmıştır (Selman Sacit Boz, "Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 25, S. 2, s. 16, 17). Disiplin suçları, kamu hizmetinin düzenli ve verimli bir şekilde sunulmasını ve kurum içi düzenin sağlanmasına yönelik kamu görevlilerinin statüsünü ilgilendiren kurallara aykırı olan ve karşılığında disiplin cezası öngörülen tavır ve davranışlardır (Bahattiyar Akyılmaz, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 2004, s. 244; Boz, Memur Disiplin Hukuku, s. 18). Kısaca kamu hizmetlerinin düzenini bozan (İbrahim Pınar, *4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri*, Ankara, 2003, s. 704), kamu görevinin meslek, şeref ve vakarına uymayan (Ahmet Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, Ankara, 2006, s. 123) kusurlu fiillerdir (Boz, Memur Disiplin Hukuku, s. 18; Cemil Kaya, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 38, S. 2, Haziran 2005, s. 62). "Özel bir yükümlülükle kamusal makamlara bağlı olan kimselerin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi" olarak da tanımlanabilen (Zehra Odyakmaz-Ümit Kaymak-İsmail Ercan, *İdare Hukuku*, İstanbul, 2015, s. 228) disiplin suçlarına ve karşılığında disiplin cezalarına Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer verilmiştir. Disiplin suçları memurun göreviyle ilgili kusurlu fiilleri, disiplin cezaları ise uyarı, kınama, aylıktan kesme gibi mesleki nitelikteki cezalardır.

<sup>110</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 71.

<sup>111</sup> Yücel Oğurlu, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis in Idem" Kuralı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003, s. 114.

lir. Buna karşılık memurlar tarafından, iş sahiplerinden borç para alınması, bir disiplin suçu oluşturmakta ve disiplin cezasını gerektirmektedir<sup>112</sup>. İş sahibinden borç para alınması yönünde amirin verdiği hukuka aykırı emri yerine getiren memur bu disiplin suçundan sorumlu olmayacaktır. Bu sorumsuzluğun kapsamı da hem Anayasanın 137. maddesi hem de Anayasa hükmüyle aynı düzenlemeyi içeren DMK'nın 11. maddesidir. Yargıtay bir kararında mevzuata aykırı şekilde atama yapılmasına yönelik emre uymayarak hukuka aykırı olduğunu amirine bildiren, amirin yazı ile tekrar etmesi üzerine emri yerine getiren failin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir<sup>113</sup>. Kanaatimizce bu hallerde görevin gereklerine aykırı bir davranış söz konusu olduğundan görevi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır. Ancak bu yorumumuz görevi kötüye kullanma suçunun düzenlendiği TCK m.257'de yer alan "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak" şartını objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirmemizden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlamak" objektif cezalandırılabilme şartları kapsamında olduğu için fiilin suç olma özelliği devam etmektedir<sup>114</sup>. Ancak objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmediğinde fail cezalandırılmamaktadır. Bu durumda görevin gereklerine aykırı davranmak her durumda "görevi kötüye kullanma" suçunu oluşturacağından bu suç kapsamına girmeyen örnek bulmak güçlük arz etmektedir. İkinci görüş, "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama"yı netice olarak kabul etmekte olup<sup>115</sup> bu görüş kabul edildiğinde netice suçun bir unsuru olduğundan herhangi bir zarar veya mağduriyet meydana gelmediği müddetçe salt görevin gereklerine aykırılık suç oluşturmamaktadır.

Konusu hukuka aykırı olup suç teşkil etmeyen emirlere amirin astından hususi bir işiyle ilgili talepte bulunması, amirin "şu gazeteleri oku", "şu camiye veya kiliseye git" veya "çocuğuna şu dini eğitimi ver" şeklindeki emirleri de örnek gösterilebilir<sup>116</sup>. Ancak bu emirler bağlayıcı değildir.

<sup>112</sup> Oğurlu, Ceza Mahkemesi Kararının, s. 116.

<sup>113</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 558.

<sup>114</sup> Aynı yönde bkz.: Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 975.

<sup>115</sup> Durmuş Tezcan- Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1234 vd.; Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1121 vd.

<sup>116</sup> Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 654; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 406.



## C. Emrin Hukuka Uygunluğunun Denetlenmesi ve Sorumluluğunun Tespiti

### 1. Emri Yerine Getirenin Emrin Hukuka Uygunluğunu Araştırma Yükümlülüğü

TCK m.24/4'te emrin ast tarafından denetlenmesi ifadesinin kullanılması öncelikle doktrinde eleştirilmiş ve denetleme ifadesinin araştırma olarak değiştirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir. Zira üstün denetleme yapabileceği, astın üstü denetleyemeyeceği ancak verdiği emir bakımında araştırma yapabileceği ifade edilmiştir<sup>117</sup>.

TCK m.24/2'de yetkili bir merciden verilip de yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri icra eden kişinin sorumlu olmayacağı belirtilirken Anayasa m.137'de bu sorumsuzluk birtakım şartlara bağlanmıştır. Ancak bunun için öncelikle emrin yetkili merciden verilmesi ve gerekli şekil şartlarını taşıması gerekir. Nitekim emrin yetkili merciden verilip verilmediği, şekil şartlarını taşıyıp taşımadığı da emri yerine getiren tarafından kontrol edilmesi gereken hususlardandır<sup>118</sup>. Eğer bu şartları taşıyorsa o emrin yerine getirilmesi mümkün değildir. Emri yerine getiren ast sorumluluktan kurtulamaz. Akabinde içerik denetimi yapılır. Anayasa'da emri alan ast tarafından bu emrin yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı olup olmadığına bakılması, eğer bir aykırılık söz konusu ise emrin yerine getirilmeyecek bu aykırılığın emri verene bildirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Buna rağmen emri veren üst, hala emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile tekrar ederse artık astın bu emri yerine getirmek mecburiyetinde olduğu ve bu halde sorumlu olmayacağı ifade edilmektedir. Bu durumda Ceza Kanunu'nun ifadeyle artık "yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emir" söz konusu olacaktır<sup>119</sup>. Yine hem Anayasa'da hem de TCK'da konusu suç teşkil eden emrin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi gerektiği aksi halde emri yerine getirenin sorumlu olacağı net bir şekilde belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerden anlaşıldığı üzere kanun koyucu asta, verilen emrin suç olup olmadığını, suç değilse hukuka aykırı bir emir olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yüklemiştir<sup>120</sup>. Yine TCK m.24/4'te emrin hukuka uygunluğunun

<sup>117</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 380.

<sup>118</sup> Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 648.

<sup>119</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344.

<sup>120</sup> Emrin meşruiyetini kontrol hakkındaki çeşitli teoriler için bkz.: Yılmaz Günal, "Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", *AÜSBFD*, C. 20, S. 2, 1965, s. 635 vd.; Savaşçı Temiz, Ceza Hukukunda Amirin Emri, s. 133 vd.

denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerin varlığından söz edilmesi, kanunen engellenmediği hallerde astın bu araştırma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Sonuç olarak emri alan memur, emrin hukuka aykırı olup olmadığını araştırmak zorundadır<sup>121</sup>. Eğer ast, kendisine verilen emrin hukuka uygun olup olmadığını denetlemeden hukuka aykırı emri yerine getirirse sorumlu olur<sup>122</sup>.

Doktrinde emrin hukuka uygunluğunun memur tarafından denetlenmesinin kolay olmadığı, kamu görevlileri arasındaki hiyerarşinin ve emri denetleyecek bilgiye her zaman sahip olmamasının denetimi engellediği ifade edilmektedir. Buna göre örneğin yakalama emrini yerine getiren polis memurunun, savcının bu emrini denetlemesinin imkânsız ve gereksiz olduğu belirtilmektedir. Buna göre bu hallerde memurun verilen emrin yerindeliliğini ya da hukukiliğini denetleme imkânı olmadığından memur, amirin işlediği suçtan dolayı sorumlu değildir, meğerki emrin konusu açıkça suç teşkil etsin<sup>123</sup>. Benzer diğer bir görüşe göre de bu halde polis memurundan kontrolü buraya kadar yapmış olmasını istemek mümkün değildir. Polis zahiri olarak kanuna uygun olarak hareket etmiş olup sorumlu tutulmaması gerekir. Bu görüşe göre emrin denetimini, kanuna zahiren uygun olan veya açıkça kanuna aykırı olmayan emirlere kadar götürmemek gerekir. Aksi bir durum, emri yerine getirenin amiri kadar bilgili olmasını beklemek olur ve emri yerine getiren bakımından sorumsuzluk sebebi teşkil etmesi imkansız hale gelir<sup>124</sup>. Kanaatimizce bu gibi durumlarda astın görev alanı bakımından denetlemesi gereken hususlara bakılarak karar verilmelidir. Bu hususlarda astın yeterli bilgi düzeyine sahip olması gerekir. Ancak denetlemesi beklenen hususlar dışında bir performans beklenmesi düşünülemez. Örneğin polis, amiri tarafından düzenlenen bir arama emrinde şüphenin makul olup olmadığını denetleme yetkisine sahip değildir. Ancak yaptığı denetim sonucunda amir tarafından verilen emrin hukuka aykırı veya suç olduğu anlaşılı-

<sup>121</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 88; Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 192; Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 561; Zafer, s. 434; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 343; Hakeri, Genel Hükümler, s. 403; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 559; Parlar/Hatipoğlu, TCK Yorumu, s. 459; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 69; Bektur, Amirin Emri, s. 21; Aksi görüş için bkz.: Özen, Genel Hükümler, s. 470, Özen emri alan kişinin araştırma değil, mevcut duruma, kendi bilgi, tecrübe veya kanaatine göre bir değerlendirme yetkisinin olduğunu ifade etmektedir.

<sup>122</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 343.

<sup>123</sup> Akman, Ceza Hukukunda Amirin Emri, s. 216-217.

<sup>124</sup> Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 657.

yorsa bu emri yerine getirmemelidir. Örneğin savcı tarafından ifade veya sorgu esnasında şüpheliyi tehdit etmesi yönünde polise verdiği emir suç oluşturur. Polis memuru bunu bilebilecek bilgi seviyesine sahip olmalı, denetlemeli ve yerine getirmemelidir. Yine yazılı emrin de yenilenmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle yazılı bir emri denetlemeden yerine getiren memurun kusurunun bulunmadığını kabul etmek gerektiği veya bu durumun cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği, memurun emri hukuka uygun sanma noktasındaki hatasının kaçınılmaz olduğunu ispatlama yükümlülüğü altında bırakılmaması gerektiği ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

Daha önce de belirtildiği gibi, amirin memura verdiği emir İdare Hukuku anlamında bir idari işlem niteliğinde olduğu için ve Anayasa 125/1 gereğince idarenin her işleminin yargısal denetime açık olduğu göz önüne alınırsa açıkça istisna sayılan haller dışında bir idari işlem olan emrin hukuka uygunluğu denetlenebilir. Verilen emriler İYUK m.2'de belirtilen yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından denetlenmelidir. Bu unsurlarda sakatlık veya eksiklik bulunması halinde emrin hukuka aykırı olduğundan bahsedilebileceği ifade edilmektedir<sup>126</sup>. Doktrinde net bir şekilde ortaya konulamayan bu hususta belirtmek gerekir ki yetki ve şekil bakımından bir eksiklik veya sakatlık halinde irade açıklaması emir vasfını taşımamaktadır. Sebep konu ve maksat yönünden bir eksiklik veya sakatlığın varlığı halinde ise emir mevcut olmakla birlikte bu emir hukuka aykırıdır.

Amir ile memur, emrin hukuka uygunluğu konusunda gerekçeli olmak kaydıyla farklı görüşlere sahip olurlarsa devlet görevinin niteliği gereği amirin emrinin hukuka uygun olduğu karinesine üstünlük tanınmalıdır<sup>127</sup>. Amir memuru araç olarak kullanarak dolaylı fail olarak da bir fiili gerçekleştirebilir. Bu halde memurun amirin emrine, diğer şartlarında gerçekleşmesi halinde meşru savunma kapsamında karşı koyabileceği belirtilmektedir<sup>128</sup>. Ancak ortada haksız bir saldırı ve savunmaya yönelik haksız (ve bu nedenle hukuka uygunluk sebebine ihtiyaç duyan) bir davranış bulunmadığından bu görüşe katılmamaktayız.

---

<sup>125</sup> Zafer, s. 436.

<sup>126</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 407; Deniz, Amirin Emrinin İfası, s. 13.

<sup>127</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 403; Deniz, Amirin Emrinin İfası, s. 10.

<sup>128</sup> Hakeri, Genel Hükümler, s. 403.

## 2. Konusu Suç Teşkil Etmeyen Emrin Hukuka Uygunluğunun Denetlenmesinin Kanun Tarafından Engellendiği Haller

Kanun hizmetin niteliğinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda verilen emrin içerik bakımından hukuka uygun olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü kaldırabilir<sup>129</sup>. Bu emirler kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak için<sup>130</sup> hizmetin derhal ve aksamadan yerine getirilmesi gereken faaliyetler bakımından söz konusudur<sup>131</sup>. Katı hiyerarşinin de etkisiyle emrin muhteva yönünden araştırılmadan yerine getirilmesinin emredildiği bu durumlara mevzuatın mutlak itaati aradığı durumlar da denir<sup>132</sup>.

TCK m.24/son fıkrasında “*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa m.137/son fıkrasında da “*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*” hükmü yer almaktadır. Anayasa ve TCK hükümleri birbirini tamamlar nitelikte olup kanunla belli durumlarda emrin denetlenmesine istisnalar getirilebileceği belirtilmektedir. Bu istisnaların doktrindeki çoğunluk görüşü tarafından ancak konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler bakımından mümkün olacağı; konusu suç teşkil eden emirlerin bu kapsamda yerine getirilmesine imkân tanınmadığı belirtilmekle birlikte<sup>133</sup>; konusu suç teşkil eden emirler bakımından da mümkün olduğunu ifade eden yazarlar<sup>134</sup> vardır. Konusu suç teşkil eden emirler ayrı bir başlık altında incelenecek olup bu husus orada tartışılacaktır. Bu başlık altında konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emirler bakımından belirleme yapılacaktır.

Kanunla istisnaların konulduğu hallerde konusu suç olmayan ancak içerik bakımından hukuka aykırı emrin yerine getirilmesi için yazılı tekrar şartı aran-

<sup>129</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 89-90; Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 562; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 517; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 299; Yaşar-Gökçen-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 560.

<sup>130</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 517.

<sup>131</sup> Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 562.

<sup>132</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300.

<sup>133</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 301; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 271; Hakeri, Genel Hükümler, s. 402; Özen, Genel Hükümler, s. 473; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 71.

<sup>134</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 177, 195; Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 93; Akbulut, Genel Hükümler, s. 678; Demirel, Amirin Emri, s. 153; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 518.

mayacak, emir derhal yerine getirilecektir<sup>135</sup>. Bu hallerde ast emrin şekli koşullarını yine de araştırmak zorundadır. Kanun yalnızca emrin içeriğinin araştırılmasını yasaklamıştır<sup>136</sup>. Ast amirin kendisine emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırdıktan ve şeklen uygun olduğunu tespit ettikten sonra verilen emre itaat etmek zorundadır<sup>137</sup>. Kendisine verilen emrin hukuka aykırı olup olmadığını denetleme yükümlülüğü yoktur. Bu sebeple emrin hukuka aykırı olduğunu fark etse dahi yerine getirmek zorundadır<sup>138</sup>. Kanunun mutlak itaati aradığı bu haller askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla düzenlenen haller ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için kanunla düzenlenen istisnalardır. Zira bunlar görevli memurdan hizmetin niteliği bakımından mutlak itaat arayan ve ancak bu şekilde yürütülebilen görevlerdir<sup>139</sup>.

*i. Askeri Hizmetlerinin Görülmesi İçin Kanunla Düzenlenen Haller*

Hiyerarşik ilişkinin en fazla hissedildiği yer Silahlı Kuvvetlerdir. Bu hiyerarşi ise “mutlak itaat mecburiyeti” olarak tezahür etmektedir<sup>140</sup>. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.14’e göre; “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.”

Doktrinde “kanuni mazeret sebepleri” veya “kanuni bağımsızlık” olarak da adlandırılan bu hallerde kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere maiyet veya ast, amir veya üstün emrinin hizmete ilişkin veya hizmet gereği olup olmadığını araştırmaksızın bu emri yerine getirmek zorundadır<sup>141</sup>. Aynı kanunun 16. mad-

<sup>135</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490.

<sup>136</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 89; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379; Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300-301.

<sup>137</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 345; Bazı yazarlarca şekli anlamda hukuka aykırı bir irade açıklamasının emir vasfına sahip olmadığı ifade edilmektedir. (Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 90; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 301).

<sup>138</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344; Akbulut, Genel Hükümler, s. 677.

<sup>139</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 301.

<sup>140</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491.

<sup>141</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344; Doktrinde bazı yazarlara ve Yargıtay’a göre, emri veren kişi amir ise kesin itaat kuralı her durumda geçerlidir;

desinde<sup>142</sup> amirin maiyetine hizmetle münasebeti olmayan hususlarda emir veremeyeceği ve astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamayacağı hüküm altına alınmış olup aksi davranışta bulunanlar disiplin cezasıyla cezalandırılır<sup>143</sup>. Fakat bu hüküm astın mutlak itaat mecburiyetini engellemektedir. Askeri Yargıtay da astın, amirin suç oluşturmayan askeri hizmete ilişkin emrini, hukuka aykırı olsa bile yerine getirmeye mecbur olduğu yönünde karar vermiştir<sup>144</sup>.

ast verilen emre mutlak şekilde itaat edecektir. Emri veren üst ise ast üstün kanun ve nizam-lara göre kendisine böyle bir emir vermeye yetkili olup olmadığını araştırarak, yetkili olduğu noktasında kanaate varırsa itaat edecektir. Yani ast emri verenin amir mi üst mü olduğunu inceleyecek ve amir ise mutlak itaat edecek, üst ise kanun ve nizamla göre böyle bir emir vermeye yetkili ise emri yerine getirecektir. İç Hizmet Kanunu'na göre amir, makam ve memuriyet itibarıyla emretmek yetkisine sahip kişi iken (m.9), üst, rütbe ve kıdem büyüklüğünü ifade etmektedir. Bu nedenle bölük komutanı bir erin amiri iken, dışarıda karşılaştığı herhangi bir albay üstüdür. (Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 93; Erem-Danişman-Artuk, Genel Hükümler, s. 563; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 288; Yarg. 16. CD., Esas Numarası: 2020/84, Karar Numarası: 2021/1909, Karar Tarihi: 08.03.2021) Anayasa'da "üstünden aldığı emir" ifadesi kullanılarak kişilerin üstünün kendilerine emir verme yetkisi olduğu açıkça ifade edilmiş olup, yine irade açıklamasının emir niteliğine sahip olması için yetkili bir kişi tarafından verilmesi gerektiği gözetildiğinde kişilerin yalnızca kendi üstünden aldıkları ve üstlerin yetkili oldukları alanda verdikleri emirlerin ast tarafından bağlayıcı olduğu anlaşılmakta olup böyle bir ayırımın ayrıca yapılmasına gerek olmayıp üst ve amir arasında ki farkı nitelemek için Askeri İç Hizmet Kanununda bu şekilde düzenlendiğini düşünmekteyiz.

<sup>142</sup> "Amir; maiyetine hizmetle münasebeti olmayan emir veremez. Astından hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz."

<sup>143</sup> 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluş, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun, m.53: "Astarına hizmetle ilgisi olmayan emir verenler, astlarından hediye isteyenler veya borç alanlar on günden iki aya kadar oda veya göz hapsi cezası ile cezalandırılırlar."

<sup>144</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269; "Demirhisar Gemisinde görevli bulunan sanık Astsb. T.Y.'nin; gemiye ait işe tabelalarının ve aylık cetvellerinin hazırlanması için ilgili merci ve komutanlarınca emir verilmiş olmasına rağmen bu hizmet emrini yerine getirmemek suretiyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş olduğu, dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır.

Sanık Astsb. T.Y. savunmalarında L101 Ordu Mal Yönetmeliği'ne göre hesap sorumluluğu ile mal sorumluluğu sıfat ve hizmetlerinin aynı şahsın uhdesinde birleşmeyeceğini ileri sürmekte ise de; sanığına görevli bulunduğu HİSAR sınıfı gemilerde, bu gemilerin özellikleri itibarıyla günlük işe tabelaları ve aylık çizelgelerin ikmal astsubayları tarafından hazırlandığı, bu hususun sanık tarafından da bilindiği, bu konudaki ilgili emir ve mesajlar doğrultusunda gerekli işlemi yapması için 21 Ocak 1998 tarihine kadar kendisine süre tanındığı hâlde, hizmet emrini yerine getirmemek suretiyle (emre itaatsizlikte ısrar) kastıyla hareket ettiği görülmektedir.

L101 Yönetmeliği'nin 55'nci maddesi, hizmet ve görev planlamasına ait genel prensibi içermekte olup; kaldı ki, yetkili ve ilgili amirler ve makamlarca buna rağmen verilen emirlere karşı ne gibi itiraz ve müracaatlarda bulunacağı keza mevzuatla belirlenmiş olup, konusu suç teşkil etmeyen hizmet emirlerinin yerine getirilmesi, her şeyden önce T.C. Anayasası'nın 137'nci maddesi ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kanunda öngörülen itaati sağlamak açısından Askeri Ceza Kanunu'nun 119'uncu maddesinde emrine uymayan ast hakkında üstün gerçekleştirdiği bir takım müessir fiillerin suç oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır. Askeri Ceza Kanunu m.119'a göre: "1 - Bir madunun fiili taarruzlarını defetmek yahut mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde verdiği emirlere itaat ettirmek için bir mafevk tarafından yapılan müessir fiiller makam ve memuriyet nüfuzu suistimal telakki edilmez ve suç sayılmaz. 2 - Bu hüküm harbde veya eşkiya müsademeleri ve isyan yahut askerlik hareketi ve mücrim takibatı gibi vazifeler başında mübrem surette elzem bir itaati temin için başka vasıtalar bulunmadığı takdirde bir subayın madunun ısrar ve mukavemetine karşı silah kullanmaya mecbur kalması halinde de caridir. 3 - Mafevkin, hizmete ve askerliğe dair kusur ve hatalardan dolayı madunu tenkit ve muanaze etmesi hakaret sayılmaz."

Bu hükümler doktrinde eleştirilmiş, hükümlerin uygulanırlıklarının izahının zor olduğu, bir hukuk devletinde hizmet gereği verilen emirlere itaati sağlayacak başka hukuki çarelerin aranması gerektiği belirtilmiştir<sup>145</sup>.

## ii. Acele Hallerde Kamu Düzeni ve Güvenliğinin Korunması İçin Kanunla Düzenlenen Haller

Hukuka aykırı emirle ilgili Anayasa ve TCK'ya paralel olarak PVSK'da da emrin hukuka aykırılığı halinde bunun amire bildirileceği ve amir emrinde ısrar ederse ve yazılı olarak tekrar ederse yerine getirilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>146</sup>. Maddenin 3. fıkrasında ise amirin emri denetlemesinin engellendiği istisna hükümlere yer verilerek 13 bent halinde sayılan durumlarda sözlü emrin de derhal yerine getirilmesi gerektiği, emrin yazılı olarak tekrarının istenemeyeceği belirtilmektedir. Bu hallerde sorumluluk emri verene aittir.

---

*Bu nedenle gerekçeli hükümde isabetle değerlendirildiği üzere, gerek kanuni unsurlar, gerekse suç kasti itibarıyla oluşan emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolayı verilen mahkûmiyet hükmüne karşı sanığına bozma isteminin REDDİNE ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA 12.10.1998 günü oybirliği ile karar verildi." Ask.Yrg. 1. D., 12.10.1998, 632/622 (Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 477, dn. 85).*

<sup>145</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491.

<sup>146</sup> PVSK m.2'ye göre "Kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanmasından sorumlu olan polis; amirinden aldığı emri, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelik hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı emri verene bildirir. Ancak, amir emrinde ısrar eder ve bu emrini yazılı olarak yenilirse, emir yerine getirilir. Bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir suretle yerine getirilmez. Yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz."

PVSK m.2/3'e göre; "Aşağıda yazılı hallerde: I - Can, ırz veya mal emniyetini korumak için, II - Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerin faillerini yakalamak veya delillerini tesbit etmek için, III - Devlet kuvvetleri aleyhine, yalnız veya toplu olarak taarruz veya mukavemette bulunanları yakalamak, veya bunların taarruz veya mukavemetlerini def etmek için, IV - Hükümete karşı, şiddet kullanan veya gösteren veya mukavemet edenlerin yakalanması, taarruz veya mukavemet edenlerin def edilmesi için, V - Zabıtaca muhafaza altına alınan şahıslara, bina veya tesislere, meskün veya gayrimeskün yerlere vakı olacak münferit veya toplu tecavüzleri def etmek için, VI - Ağır cezalı bir suçun sanığı olarak yakalandıktan sonra zabıta kuvvetlerinin elinden kaçmakta olan şahısların yakalanması için, VII - İşlenmekte olan bir suçun işlenmesine veya devamına mani olmak için, VIII - Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda, zabıta tarafından suç delillerinin tesbiti veya suç faillerinin yakalanması maksadiyle yapılacak ara-malar için, IX - Kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya suçlu-larını yakalamak için, X - Yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay ye-rinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için, XI - Umuma açık yerlerde yapı-lan her türlü toplantı veya yürüyüşlerde veya törenlerde bozulan düzeni sağlamak için, XII - Herhangi bir sebeple tıkanmış olan yolların trafiğe açılması için, XIII - Yukardaki maddeler dışında diğer kanunlarda istisnai olarak zabitanın sözlü emir-le yapmaya mecbur tutulduğu haller için, Yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir."

Bu haller konusu suç olmayan hukuka aykırı emirler bakımından geçerlidir ve bu durumda yazılı tekrar şartı aranmadan sözlü emirler yerine getirilecektir. Konusu suç teşkil eden emirler bakımından bu istisnalardan bahsedilemez. Örneğin, amirinin emriyle zan ve şüphe altında olan kişileri ikrar ettirmek için onlara iş-kence yapan polis de amir de bu suçtan sorumlu olmaya devam edecektir<sup>147</sup>.

#### IV. KONUSU SUÇ TEŞKİL EDEN EMİR

##### A. Genel Olarak

Emrin suç oluşturması için emredilen fiilin kanuni tanımda suç olarak ta-nımlanması ve hukuka aykırı olması gerekir<sup>148</sup>. Anayasada ve hukuka aykırı emri düzenleyen diğer kanunlarda konusu suç teşkil eden emrin hiçbir suretle yerine

<sup>147</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 96.

<sup>148</sup> Akbulut, Genel Hükümler, s. 261.



getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre konusu suç teşkil eden emri yerine getiren ast sorumluluktan kurtulamaz<sup>149</sup>. Bu husus hem Anayasa'nın 137. maddesinde hem de TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Emrin suç oluşturması halinde kişinin içinde bulunduğu hiyerarşik yapı, emir komuta zinciri veya ast-üst ilişkisi bu emrin yerine getirilmesini mazur göstermez. Bu halde hiyerarşik yapı sebebiyle kişinin irade hürriyetinin tamamen bertaraf edildiği hatta zayıflamış olduğu da söylenemez. Bunlar bir hukuk devletinde kabul edilebilecek ihtimaller değildir<sup>150</sup>. Bu halde emri veren gibi yerine getiren de sorumluluktan kurtulamaz<sup>151</sup>. Emri veren ile yerine getiren iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Bu durumda emri veren azmettiren, emri yerine getiren ise fail olarak sorumlu olacaktır<sup>152</sup>. Örneğin, kanundaki tutuklama nedenleri olmaksızın bir kişinin tutuklanması, konusu suç teşkil eden hukuka aykırı bir emirdir. Zira bu fiil TCK m.109'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturur. Yukarıda belirttiğimiz gibi tutuklama emrinin kanunda belirtilen bir tutuklama nedeni olmadan verilmesi<sup>153</sup> savcının kendisine asansörde yer vermeyen kişi hakkında gözaltı emri vermesi konusu suç olan emirlerdir. Yakalama, tutuklama, arama, gözaltı gibi emirler ceza muhakemesindeki koruma tedbirleri olup hukuka aykırı olarak icra edilmeleri aynı zamanda TCK'da suç olarak düzenlenen fiilleri karşılamaktadır.

Hukuka uygun bir emir varsa bu durumda suç da oluşmaz. Yetkili olan amirin göstericilere tazyikli su sıkılmasını emrettiği ve bunun sonucunda göstericilerin yaralandığı olayda yaralama suçu söz konusu değildir. Amir burada kanundan kaynaklanan yetkisini kullandığı için konusu suç teşkil eden veya hukuka aykırı bir emir bulunmamaktadır. Usulüne uygun olarak verilmiş bir yakalama emrine dayanarak bir kimseyi yakalayan kolluk görevlileri de hürriyeti kısıtlama suçundan sorumlu olmaz<sup>154</sup>.

---

<sup>149</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 559.

<sup>150</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Ancak yazara göre hiyerarşik ilişki, tek başına irade hürriyetini ortadan kaldırmaya veya zayıflatmaya bile emreden kişi hiyerarşinin gücünün yanında görevini kötüye kullanarak ast üzerinde şahsi nüfuzunu kullanıp rahatlıkla konusu suç teşkil eden bir emri ifa ettirebilir. Bunun da göz önünde tutulması gerekir (Özgenç, Genel Hükümler, s. 490).

<sup>151</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344; Zafer, Genel Hükümler, s. 432; Akbulut, Genel Hükümler, s. 564.

<sup>152</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 344; Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 271; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 70; Aksi görüş için bkz.: Özen, Genel Hükümler, s. 475; Zafer, s. 432; Değirmenci, Amirin Emrini İfa, s. 478.

<sup>153</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 405.

<sup>154</sup> Centel-Zafer-Çakmut, Ceza Hukuku, s. 311.

Emrin konusu suç oluşturuyorsa emri yerine getirenin sorumluluğunun devam edeceğini belirtmiştik. Örneğin emniyet amirinin polis memuruna gözaltına alınan kişiye suçunu ikrar ettirmek amacıyla işkence yapılması yönünde verdiği emir suç teşkil eden bir emir olduğu için katiyen yerine getirilmemelidir. Keza bir bakanın müsteşarına, bir kamu ihalesinin rüşvet veren firmaya verilmesi yönündeki emrinin konusu suç teşkil etmekte ve bu emri yerine getiren müsteşar da emri verenle birlikte sorumlu olmaktadır<sup>155</sup>. Yargıtay bir kararında ruhsatsız silah taşıyan kişiyi karakola getirerek işlem yapan polisin o esnada karakola gelen emniyet amirinin emriyle, düzenlemiş olduğu tutanağı yırtarak silahı geri vermesi ve sanığı serbest bırakması fiilinin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna karar vermiştir<sup>156</sup>. Yine Yargıtay ruhsata aykırı inşaatı mühürleyen belediye görevlilerine kızarak görev yerlerini değiştiren ve başka görevlilere mührün sökülmesi için emir veren belediye başkanının bu emrini yerine getirenlerin de görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olduğuna karar vermiştir<sup>157</sup>.

Benzer bir kararında Yargıtay amirin emrine uyararak dilekçeyi almamış olan astın fiilinin suç oluşturması sebebiyle amirin bu emrine uyan astın cezalandırılmasına karar vermiştir<sup>158</sup>. Konusu suç teşkil eden emirlerde emri yerine getiren bakımından kural olarak kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğu kabul edilmemiştir. Yargıtay başka bir kararında da mahkeme kararlarının yerine getirilmemesini amaçlayan emirleri yerine getiren memuru “suç oluşturan bir buyruğu yerine getirmek, eylemi suç olmaktan çıkararak ve onu hukuka uygun kılan bir neden olamaz” gerekçesiyle suçtan sorumlu tutmuştur<sup>159</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki konusu suç olan bir emir, asta cebir veya tehdit ile yaptırılmış ise TCK m.28 hükümleri söz konusu olur<sup>160</sup>. Emir hukuka aykırı olmasına rağmen hukuka aykırı olduğunu bilmeden yerine getiren kişinin fiili ise hata hükümleri kapsamında değerlendirilir.

<sup>155</sup> Akman, Ceza Hukukunda Amirin Emri, s. 215.

<sup>156</sup> Yarg. 4. CD., 06.06.1998, 4229 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 402).

<sup>157</sup> Yarg. 4. CD., 28.09.1992, 4468/5454 (Akman, Ceza Hukukunda Amirin Emri, s. 215-216).

<sup>158</sup> Yarg. 4. CD., 13.02.2013, 4036 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 402).

<sup>159</sup> Yarg. 4. CD., 08.06.2006, 25/15 (Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 559).

<sup>160</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 409.

## B. Emrin Hukuka Uygunluğunun Kanunla Engellendiği Hallerin Konusu Suç Teşkil Eden Emirler Bakımından Geçerli Olup Olmayacağı Sorunu

Askerlik sıkı bir itaati gerektirmektedir<sup>161</sup>. Zira en sert hiyerarşi orduda bulunmaktadır<sup>162</sup>. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda konusu suç teşkil eden emrin de belli hallerde yerine getirileceğine dair bir hüküm bulunmakta ve bu hükmün de kendi içerisinde istisnaları bulunmaktadır. Yargıtay'a göre de: "Amirin emrini icra sureti ile işlenen suçlardan dolayı hukuka uygunluk meselesi, Askeri Ceza Hukukunda büyük bir önem taşır. Gerçekten askerlik hizmeti, diğer hizmetlerden farklı olarak, fertlerden daha tam, daha kesin ve daha çabuk bir itaat bekler, hatta böyle bir itaate askerleri zorlar."<sup>163</sup> ACK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldür.*" Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise şu hallerde emri veren ile alan müşterek fail olarak sorumlu tutulur: "*1. Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, 2. Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise.*"

Anayasanın 137. maddesinin son fıkrasında "*Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.*" hükmü yer almakta ve yine TCK'nın 24. maddesinin son fıkrasında "*Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.*" hükmüne yer verilmiştir.

Öğretide çoğunluk yazar tarafından Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan hükmün konusu suç teşkil eden emrin kesin bir dille yerine getirilmeyeceğini öngören Anayasa hükmüne aykırılık oluşturduğu belirtilmektedir<sup>164</sup>. Anayasada yer verilen istisna getirme imkanı doktrinindeki çoğunluk görüşüne göre; yalnızca emrin konusunun hukuka aykırı ve fakat suç olmadığı haller bakımından geçerli olup<sup>165</sup> kanunun mutlak itaati aradığı haller dahi konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi bakımından emri yerine getirenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

<sup>161</sup> Soyaslan, Genel Hükümler, s. 379.

<sup>162</sup> Öztürk-Erdem, Ceza Hukuku, s. 269.

<sup>163</sup> Yag. 16. CD., Esas Numarası: 2020/84, Karar Numarası: 2021/1909, Karar Tarihi: 08.03.2021. (www.legalbank.net).

<sup>164</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 492; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 345; Hakeri, Genel Hükümler, s. 404; Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 562; Özen, Genel Hükümler, s. 474; Akkurt, Yetkili Amirin Emrini İfa, s. 74.

<sup>165</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 490.

Bu görüşlere göre Anayasaya göre konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmeyeceği kuralı kesindir. Yine bu görüşteki yazarlara göre emrin hukuka aykırılığının denetlenmesinin yasaklandığı hallerin olabileceğine dair hükümlerinin hem Anayasada hem de TCK'da son fıkralarda yer alması, kanun sistematigi açısından konusu suç teşkil eden emirler bakımından da bu istisnaların geçerli olduğu şeklinde bir izlenim uyandırsa da bir hukuk devletinde gerekçesi ne olursa olsun bir kimseye suç işleme yetkisi verilemeyeceği için kanunun bu sistematigi, düzenlemeden istenen amaca aykırı olup bu istisnaların aslen konusu suç teşkil eden emirler bakımından da geçerli olacağı şeklinde yorumlanmaması gerektiği belirtilmekte<sup>166</sup>; yani burada sistematik yorum değil, amaçsal bir yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>167</sup>. Dolayısıyla mutlak itaatin gerektirdiği hallerde dahi suç teşkil eden emri yerine getiren sorumlu olacaktır<sup>168</sup>.

Aksi görüşte olan yazarlar ise ACK m.41'de yer alan istisnanın yasal zemini Anayasa m.137/son fıkrasındaki ve TCK m.24/son fıkrasındaki düzenlemelemin oluşturduğunu savunmaktadırlar<sup>169</sup>. İkinci görüşü savunan yazarlara göre hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin suçlar bakımından hiçbir surette kabul edilmemesi TCK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmesini anlamsız kılacaktır. Zira konusu suç teşkil etmeyen bir emrin TCK'da düzenlenmesinin bir anlamı yoktur<sup>170</sup>. Bu haller idare hukukunun konusunu oluşturur. Keza TCK m.24/3'te konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği belirtilerek konusu suç teşkil eden emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmektedir. Eğer konusu suç teşkil eden emri yerine getiren kişi kesin olarak sorumluluktan kurtulamayacaksa CMK m.223/3-b'deki "**Yüklenen suçun** hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı" verileceğine ilişkin hüküm ne için konulmuştur? Zira CMK m.223/3-b'de

<sup>166</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 408-409.

<sup>167</sup> Özen, Genel Hükümler, s. 473.

<sup>168</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408.

<sup>169</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 177, 195; Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 664; Akbulut, Genel Hükümler, s. 564; Demirel, Amirin Emri, s. 101-103, 153; Artuk-Gökçen, Genel Hükümler, s. 518.

<sup>170</sup> Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s. 241, dn. 100; Demirel, Amirin Emri, s. 83-86, 103; Meraklı'ya göre konusu suç teşkil etmeyen hukuka aykırı emir ceza hukukunu ilgilendirmedikten TCK'da yalnızca konusu suç teşkil eden emre ilişkin düzenleme yapılması daha yerinde olurdu (Meraklı, Kusur, s. 382).

açıkça “yüklenen suçun” ifadesi kullanılarak bir suçtan bahsedilmektedir. Konusu suç teşkil etmeyen bir emir yerine getirilirse zaten suç oluşmayacağı için beraat kararı verilecektir. Konusu suç teşkil eden emir olduğunda ise CMK m.223/3-b’ye göre ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi ise kesin surette yasaklanmıştır. Öyleyse bu hüküm hangi durumlar için konulmuştur?<sup>171</sup> İşte doktrinde bu hükmün ACK m.41/2 için geçerli olduğu ve bu halde CMK m.223/3-b’de yer alan “yüklenen suç” ifadesinin de anlam kazanacağı ifade edilmiştir<sup>172</sup>. Bu sebeple kanunun mutlak itaati aradığı ve emrin içeriğinin denetlenmesinin engellendiği durumların aslında ACK m.41/2 hükmünü de kapsayacak şekilde düşünmenin daha mantıklı olacağını belirtmiştir<sup>173</sup>.

Biz bu görüşlerden ikincisine katılmaktayız. Anayasa m.137/4’te de askeri hizmetlerin görülmesi sebebiyle kanunla gösterilen istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir. TCK m.24/4 hükmüne göre de emrin hukuka uygunluğunun kanun tarafından engellendiği hallerde ast emrin içeriğini araştıramayacak ve emri yerine getirmek zorunda olacaktır. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu bakımından düşünüldüğünde konusu suç teşkil etmeyen emirlerin Ceza Kanunda yer almasına lüzum yoktur<sup>174</sup>. İdare ve Anayasa hukukunun konusunu oluşturur. Konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilemeyeceği kuralının istisnası söz konusu değilse, TCK m.24/4 yalnızca konusu suç olmayan hukuka aykırı hükümler için mümkünse bunun TCK’da düzenlenmesinin anlamı yoktur. Aynı şekilde CMK m.223/3-b’de hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenirse “yüklenen suç” bakımından faile kusuru bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği ifade edilmiştir. Emir suç değilse zaten sanık hakkında beraat kararı verilecek, suç oluşturuyor ise de CMK m.223/3-b gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Dolayısıyla CMK m.223/3-b hükmü kanaatimizce emrin hukuka aykırılığının kanun tarafından engellendiği ve bu suretle de konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmek zorunda kaldığı haller için getirilmiştir. Bu istisna da ACK m.41/2’de yer almaktadır. Askeri İç Hizmet Kanunu’ndaki hükümlerle birlikte düşünüldüğünde ACK m.41/2’ye göre hizmete müteallik hususlarda verilen emirler konusu suç teşkil etse bile yerine getirilecek ve emri yerine getiren sorumlu olmayacaktır.

<sup>171</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 83-86, 103.

<sup>172</sup> Dursun, Emrin İfasının Hukuki Niteliği, s. 241, dn. 100; Demirel, Amirin Emri, s. 103-106, 165.

<sup>173</sup> Demirel, Amirin Emri, s. 153 vd.

<sup>174</sup> Günal, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi, s. 650.

### C. Askeri Ceza Kanunu'nda Konusu Suç Teşkil Eden Emrin Uygulanma Koşulları

ACK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Hizmete mütaallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emir veren mesuldur."* Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise şu hallerde emri veren ile alan müşterek fail olarak sorumlu tutulur: *"1. Kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış ise, 2. Amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum ise."* Bu düzenlemeleri İç Hizmet Kanunundaki düzenlemelerle birlikte düşündüğümüzde amir hizmete ilişkin konularda asta suç oluşturan bir emir de verebilir ve ast da bu emri yerine getirmeye mecburdur ve bundan sorumlu olmayacaktır. Emrin konusu suç teşkil ettiğinden ast bakımından bu husus hukuka uygunluk sebebi değil kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden, bir mazeret sebebi teşkil etmektedir<sup>175</sup>. Emri yerine getirmeye kanunen mecbur bırakılan ast kusurlu kabul edilemez<sup>176</sup>. Fakat konusu suç teşkil eden emir hukuka aykırılık vasfını devam ettirmekte ve emri veren sorumlu olmaktadır. Ancak bu sorumsuzluk her emir bakımından söz konusu değildir. Sorumsuzluğun ölçütü emrin "hizmete müteallik hususlarda" verilmesidir. Eğer konusu suç teşkil eden emir hizmet gereği olarak verilmemişse ast bu emri yerine getirmemelidir. Aksi halde sorumlu olur<sup>177</sup>. Bununla birlikte hizmete müteallik hususlarda verilen emrin de bazı hallerde yerine getirilmeyeceği kanunda belirtilmiştir. Bunlardan ilki astın *"kendisine verilen emrin hudutlarını aşmış olması"* hali, ikincisi ise *"amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile mütaallik olduğu kendisince malum olması hali"*dir<sup>178</sup>. Diğer bir ifadeyle Askeri Ceza Kanunundaki bu mutlak itaat sınırsız değildir. Kendi içerisinde sınırlamalara tabidir. Bir emrin hem suç teşkil etmesi hem de hizmet gereği olmasının birbiriyle telifi oldukça güç unsurlar olduğu ve bir hukuk devletinde böyle bir düzenlemenin kabulünün mümkün olmadığı belirtilmektedir<sup>179</sup>.

<sup>175</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491; Akbulut, Genel Hükümler, s. 564.

<sup>176</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491.

<sup>177</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 173; Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 94; Özgenç, Genel Hükümler, s. 491; Özen, Genel Hükümler, s. 474.

<sup>178</sup> "Anayasamızın 137. maddesinde yer alan 'Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz' şeklindeki hükme askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla getirilen bir sınırlama bulunmamaktadır." (9. CD., 9.10.2013, 2013/9110, 2013/12351) şeklindeki Yargıtay kararının gerçeği yansıtmayan bir tespit ve değerlendirmede bulunduğu doktrinde belirtilmiştir. Özgenç, Genel Hükümler, s. 492, dn. 795).

<sup>179</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 492; Özen, Genel Hükümler, s. 474.

ACK m.41/2'ye göre hizmete müteallik hususlarda verilen emir kural olarak suç olsa dahi yerine getirilir ve ast bundan sorumlu olmaz. Bunun için emrin hizmete müteallik hususlarda verilmesi gerekir. Yargıtay'a göre özel nitelikte olmayan ve bu özel niteliği ilk bakışta anlaşılmayan her emrin, hizmetle ilgili sayılması gerekir<sup>180</sup>. Astın emrin içeriğinin hukuka uygun olup olmadığını araştırma yükümlüğü olmasa bile yetkili amir tarafından ve hizmete ilişkin bir konuda verilir verilmemesi araştırılması gerekir<sup>181</sup>. Örneğin bir komutanın kendisine kredi kartı verilmeyen bankayı yayılım ateşine tutması noktasında emir verdiği jandarma eri, konusu suç teşkil eden bu emri yerine getirdiği takdirde bundan sorumludur<sup>182</sup>. Zira bu hizmete ilişkin bir konuda verilmiş bir emir değildir<sup>183</sup>. Benzer şekilde komutanın kışlanın önünden geçen herkese ateş edilmesi yönünde verdiği emir de hizmete müteallik hususta verilmemesi açıkça anlaşılan bir emirdir<sup>184</sup>. Burada askerlerin esaslı fiili yanılmasından da söz edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>185</sup>. Bu bağlamda 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsüne iştirak eden üstler tarafından astlara verilen emirler cebir ve şiddetle Türkiye Büyük Millet Meclisini veya Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs (TCK m.311, 312) suçlarını oluşturmakta olup, doktrinde bu emirlerin hizmete müteallik hususlarda verilen emirler olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu emirlerin yerine getirilmesi yerine getirenler bakımından bir mazeret sebebi oluşturmamaktadır<sup>186</sup>.

Askeri Yargıtay 23.06.2009 tarihinde verdiği E. 2009/13, K. 2009/5 sayılı kararında askeri faaliyet sırasında üst A'nın emrine uymayan ast B'ye diğer ast C'nin tokat atmasını emretmesi üzerine C'nin tokat atması olayında C'nin sorumluluğu cihetine gidilmesi gerektiğine yönelik karar vermiştir. Doktrinde bu olayda sorumluluğun sebebinin emrin hizmete müteallik bir hususta verilmemesi olduğu belirtilmiştir<sup>187</sup>.

<sup>180</sup> Yarg. 16. CD., Esas Numarası: 2020/84, Karar Numarası: 2021/1909, Karar Tarihi: 08.03.2021 (www.legalbank.net).

<sup>181</sup> Yaşar-Gökcan-Artuç, Türk Ceza Kanunu, s. 560.

<sup>182</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 409.

<sup>183</sup> Farklı bir gerekçe olarak Özbek ve diğerlerine göre, konusu suç teşkil eden emir mutlak itaat arandığı hallerde dahi hiçbir surette yerine getirilemez. Ast sorumluluktan hiçbir şekilde kurtulamaz (Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408).

<sup>184</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 173; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300.

<sup>185</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300.

<sup>186</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 492, dn. 794.

<sup>187</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 491, dn. 793.

Askeri Yargıtay başka bir kararında da nöbetçi astsubay tarafından ere verilen askeri araçla dışarıdan içki alıp gelmesi hususundaki emrin, askeri suç maksadıyla verilmiş olması ve bir senelik asker olan sanığın kendisinden istenilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilmesine rağmen durumu derhal nöbetçi amirine bildirmek yerine bile bile suç teşkil eden emri yerine getirmesinin suç oluşturduğuna karar vermiştir<sup>188</sup>. Bu örnekte de emrin hizmete müteallik bir hususta verilmediği açıktır.

Emir asta korkutularak, ilerideki bir ceza tehdidiyle yaptırılmış olabilir. Bu halde şartları varsa TCK m.28'de yer alan diğer bir kusurluluğu kaldıran sebep devreye girer. Buna maddeye göre: "Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır." Cebir veya tehditten dolayı emri yerine getirenin kusursuz sayılabilmesi için cebir veya tehdidin belli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. Kanun koyucu bu hususu cebir bakımından "karşı koyamayacağı ve kurtulamayacağı" ifadesiyle, tehdit bakımından ise "ağır ve muhakkak" kavramlarıyla belirtmiştir. Cebir veya tehdidin bu yoğunluklara ulaşmaması halinde kusurluluğu kaldıran bir cebir veya tehdit söz konusu değildir. Cebir veya tehdidin yapılması istenen haksızlığı işlemeye mecbur bırakacak yoğunlukta olup olmadığı cebir ve tehdit etkisinde işlenecek haksızlığın ilgili olduğu hukuki değer ile korunacak hukuki değer arasında orana bakılarak belirlenmektedir. Buna göre cebir veya tehdidin yöneldiği hukuki değer, yapılması istenen haksızlıkla ihlal edilecek hukuki değerden fazla veya buna eşit ise bu cebir veya tehdidin maddedeki yoğunlukta olduğu kabul edilmektedir<sup>189</sup>. Amirin emir bakımından da öldürülme tehdidiyle bir başkasının öldüren veya özgürlüğünden yoksun bırakan kişinin kusurluluğu ortadan kalkacakken ileride verilecek bir ceza tehdidiyle bir kişiyi öldüren veya yaralayan kişinin kusurluluğu kalkmayacak ve gerçekleştirdiği fiilden sorumlu olacaktır. Korunan hukuki değerler arasındaki dengeye bakılarak her somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Hata halleri ayrı bir başlıkta değerlendirilmiştir.

Astın verilen emri iki halde yerine getirmemesi gerektiğini ifade etmiştik. İlk olarak ast kendisine hizmet gereği verilen ve konusu suç teşkil eden bir emri yerine getirirken verilen emrin sınırlarını aşarsa sorumlu olacaktır. Astın bu

<sup>188</sup> As.Yarg. Drl.Krl., 24.06.2004, 109/101 (Hakeri, Genel Hükümler, s. 402).

<sup>189</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 478-479; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 358; Akbulut, Genel Hükümler, s. 690;



sınırı kasten veya taksirle aşması arasında bir fark yoktur<sup>190</sup>. İkinci olarak ast kendisine verilen emrin suç işlemek maksadıyla verildiğini biliyor ve buna rağmen emri yerine getiriyorsa astın da sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ast emrin hizmet maksadıyla değil de adli ve askeri bir suç maksadıyla verildiğini bilmelidir. Örneğin ast ateş açılması emrinin kişisel husumet sebebiyle verildiğini biliyor ise hizmete müteallik bir hususta olsa bile bu emri yerine getirmemelidir<sup>191</sup>.

Kanun koyucu “emrin suç teşkil ettiğinin açıkça anlaşılması” demek yerine “emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu kendisince malum olması”nı esas alarak objektif bir kıstas yerine sübjektif bir kıstas belirlemiştir<sup>192</sup>. Emrin suç teşkil ettiği açıkça anlaşılmasına karşın astın bu emrin bir suç işlemek maksadıyla verildiğini bilmemesi ihtimali de olabilir. Emrin suç teşkil ettiği açıkça bellidir ancak emri veren amir, suç işleme maksadına sahip olmayabilir veyahut böyle bir maksada sahip olduğu ast tarafından bilinmeyebilir. Öğretide verilen emrin suç teşkil etmesinin tek başına bu emrin suç işlemek maksadıyla verildiğine kaine oluşturmayacağı ifade edilmiştir<sup>193</sup>. Kanatimizce bu durum ancak emrin hizmete müteallik hususlarda verildiği hallerde söz konusu olabilir. Emir hizmete müteallik hususlarda verilmemiş ve suç teşkil ediyorsa ast yerine getirmemelidir. Emir hizmete müteallik hususlarda verilmiş ve suç teşkil ediyorsa ancak amir bu emri hizmet için değil kişisel bir husumet veya kan davası sebebiyle veriyorsa emir suç maksadıyla verilmiştir denilebilir. Ast bu durumu biliyorsa artık emri yerine getirmemelidir. Diğer bir ifadeyle emrin suç maksadıyla verildiği açıkça anlaşılmasa dahi ast bunu biliyor ise bundan sorumludur. Bazen de verilen emir açık bir şekilde suç oluşturur ve suç işlemek maksadıyla verilmiştir ancak ast emrin suç işlemek maksadıyla değil hizmet gereği verildiğini zannediyordur. Belirtilen örnekte emir kan davalısı olma sebebiyle verildiği halde ast bunu bilmediği için hizmete müteallik bir

<sup>190</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 197.

<sup>191</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 174.

<sup>192</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 176; Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 94; Demirel, Amirin Emri, s. 161.

<sup>193</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 493; Aksi görüş için bkz.: Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 198, Günal’a göre; emrin suç maksadıyla verildiği açık ise astın bunu bilmemesi düşünülemez ve bu halde de emri yerine getirmemesi gerekir. Dolayısıyla bu görüşe göre “emrin suç teşkil ettiğinin açıkça anlaşılması” kriterinin de madde metnine eklenmesi gerekir. Demirel’e göre ise “maksadın bilinmesi” ibaresinin kaldırılarak yerine “açıkça hukuka aykırılık” şartının eklenmesi gerekir. (Demirel, Amirin Emri, s. 161.);

husus olarak verildiğini zannetmiş olabilir. Bu durumda da astın suç işleme kastı bulunmadığı için sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği ifade edilse de<sup>194</sup> kanaatimizce burada kasta ilişkin değil kusura ilişkin bir hata söz konusudur ve hatanın kaçınılabilir olup olmadığına göre sorumluluk tespit edilmelidir<sup>195</sup>. Bu husus hata halleri başlığı altında daha ayrıntılı izah edilmiştir..

Tüm bu hususlar çerçevesinde astın itaat mecburiyeti olan emir hizmete müteallik hususlarda verilen bir emir olup konusu suç teşkil eden emir hizmet gereği verilmişse ast emri yerine getirmek mecburiyetindedir<sup>196</sup>. Emir hizmete müteallik hususlara ilişkin değilse veya açıkça suç işlemek maksadıyla verilmişse ast ve üst müşterek fail olarak sorumlu tutulur<sup>197</sup>. Kural olarak suç teşkil eden bir emri yerine getiren ast fail, emri veren ise azmettiren olarak sorumlu tutulmasına karşın askeri ceza kanununu sorumluluk bakımından müşterek fail olacaklarını belirterek iştirak bakımından özel bir hüküm öngörmüştür.

Emrin suç işlemek maksadıyla verildiğinin bilinmesi durumundaki bilme, doğrudan bilmeyi ifade etmektedir. Ancak hali hazırdaki kanuni düzenleme karşısında ast tarafından bu maksadın muhtemel addedilmesi, bu konuda şüphe duyulması, tahmin edilebilir olması bilmek olarak kabul edilemez ve ast bakımından sorumluluk doğurmaz<sup>198</sup>. Zira bütün askerler, amirleri tarafından verilen emirlerin kanuni olduğunu farz ve kabul etmek mecburiyetindedirler ve bu konuda ast lehine bir karinenin varlığı kabul edilebilir<sup>199</sup>.

<sup>194</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 492-493; Koparan, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran, s. 21; Özgenç'e göre, "28 Aralık 2011 tarihinde kaçakçılıkla iştirak etikleri belirtilen 34 kişinin Uludere'de gece saatlerinde Irak sınırından ülkemize giriş yaparken Hava Kuvvetlerine ait uçaklarla bombalanmak suretiyle öldürülmesi olayında, aldıkları emir üzerine bombalamayı gerçekleştiren pilotların ceza hukuku sorumluluğunu bu bağlamda ele alıp değerlendirmek gerekir." (Özgenç, Genel Hükümler, s. 492, dn. 796.). Kanaatimizce bu hal kusurluluğu kaldıran hallerde hata kapsamına girdiği için hata kaçınılmaz ise astın sorumluluğu cihetine gidilmeyecek, kaçınılabilir ise sorumluluğu devam edecektir.

<sup>195</sup> Demirbaş bu hususu esaslı fiili yanılma şeklinde ifade etmektedir. (Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300).

<sup>196</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 196; Özgenç, Genel Hükümler, s. 437.

<sup>197</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 493; Akbulut, Genel Hükümler, s. 565.

<sup>198</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 493; Kanunda emrin suç işlemek maksadıyla verildiğini astın biliyor olmasının aranması yerine öngörmüş olmasının aranmasının daha yerinde olacağı da belirtilmektedir (Meraklı, Kusur, s. 383).

<sup>199</sup> Yarg. 16. CD., Esas Numarası: 2020/84, Karar Numarası: 2021/1909, Karar Tarihi: 08.03.2021 (www.legalbank.net).

## V. HATA HALLERİ

Memur biçimsel ve içerik bakımından meşru olmayan bir emrin meşru olduğunu zannederek bu emri icra edebilir. Keza emrin hukuka aykırı olduğunu bilmekle birlikte bu emri yerine getirmek yükümlülüğü altında olduğunu düşünebilir veyahut kusurluluğunu kaldıran bir sebebin var olduğunu zannedebilir. Bu hallerde hata hükümleri devreye girer<sup>200</sup>.

Hata TCK m.30'da düzenlenmiştir. Hata suçun maddi unsurları noktasında olabileceği gibi, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında da olabilir. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ilişkin hata TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme itibarıyla her ne kadar hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata TCK m.30/3 kapsamında ifade edilse de, doktrindeki ağırlık görüşe<sup>201</sup> ve kanaatimize göre hukuka aykırılık suçun unsurlarından biri olduğundan sonuçları bakımından m.30/1<sup>202</sup> kapsamında uygulama yapılmalıdır<sup>203</sup>. Sınırlı kusur teorisine göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata tipikliğe ait bir hata olmasa da sorunun tipikliğe ait unsurlarda hata hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Bu teoride failin hatasının kastını ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Taksir söz konusuysa fiilin taksirli hali kanunda düzenlenmişse taksirinden dolayı sorumlu olmaktadır<sup>204</sup>. Amirin emrinde en sık rastlanan hata, verilen emrin hukuka uygun olduğunu zannetmek şeklinde karşımıza çıkar. Verilen emir hukuka aykırı veya suç olmakla birlikte emri alan bu emir bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin var olduğunu düşünebilir<sup>205</sup>. Örneğin memur verilen yakalama emrini yerini getirdiğinde kişinin özgürlüğünü yok ettiğini bilmekle birlikte amirinin yalan olarak yakalama sebeplerinin oluştuğunu belirtmesi karşısında buna inanarak yakalama yaparsa hatası söz konusudur. Örneğin ustaca taklit edilmiş bir sahte yakalama emrine dayanarak yakalama yapan polis memuru her ne kadar kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu meydana gelse de bunun gerçek bir yakalama emrine dayandığını zannettiği için hukuka uygunluk nedenlerinin

<sup>200</sup> Günal, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 183; Zafer, Genel Hükümler, s. 375, 432; Özen, Genel Hükümler, s. 473.

<sup>201</sup> Doktrindeki diğer görüşler için bkz.: Akbulut, Genel Hükümler, s. 616-618.

<sup>202</sup> TCK m.30/1: "Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır."

<sup>203</sup> Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 301; Akbulut, 2021, s. 616.

<sup>204</sup> Akbulut, Genel Hükümler, s. 616.

<sup>205</sup> Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, s. 91.

maddi şartlarında hatası söz konusudur<sup>206</sup>. Burada eğer yakalama emri sahte olmasa idi ortada hukuka aykırı bir emir de bulunmayacak ve polisin fiili hukuka uygun olacaktı. Bu halde benimsediğimiz görüşe göre (TCK m.30/1 kapsamında değerlendirdiğimiz için) failin kastı ortadan kalkar. Bu hatası sebebiyle varsa suçun ancak taksirli halinden sorumlu tutulabilir. Benzer şekilde göreve yeni başlayan polis memuru amirinden aldığı bir evi arama emri karşısında hakim kararı gerektiğini bilmesine rağmen amirinin gerekli izni aldığını zannederek bu aramayı yapıyorsa yine hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatası söz konusu olup<sup>207</sup> haksız arama suçundan sorumlu tutulamayacaktır. Hata hallerinde emrin hukuka aykırılığının denetlenmesi zorunluluğu ortadan kalkmamaktadır<sup>208</sup>. Fakat ast yaptığı araştırmaya rağmen emrin hukuka aykırı olduğunu fark etmemektedir. Burada kaçınılabılır bir hata olmasına rağmen, fiilin taksirli hali cezalandırılmadığı için fail sorumlu olmamaktadır.

Bazen ast verilen emrin hukuka aykırı olduğunu bilir ve fakat suç oluşturduğunu bilmeyebilir. Ya da tecrübesizliğinden veyahut göreve yeni başlamasından verilen emrin hukuka aykırı dahi olduğunu bilmeyebilir. Bu tür hallerde TCK m.30/4'te<sup>209</sup> düzenlenen haksızlık yanığı (yasak hatası) söz konusudur<sup>210</sup>. Eğer

<sup>206</sup> Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 563; Günel, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 92; Soyaslan, Genel Hükümler, s. 380; Zafer, Genel Hükümler, s. 325.

<sup>207</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300.

<sup>208</sup> Özbek-Doğan-Bacaksız, Genel Hükümler, s. 408.

<sup>209</sup> TCK m.30/4: "İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

<sup>210</sup> Özen, Genel Hükümler, s. 475; "Bakanın, atanılacak yeri ve görevi yazılı olarak bildirmesi ve emri doğrultusunda hazırlık hareketlerinin icrasını istemesi karşısında, bu emrin, Anayasanın 137. maddesinin 1. fıkrasında zikri geçen ve üstün ısrarı halinde emri yerine getirenin sorumluluğunu gerektirmeyen türden mi olduğu yoksa aynı maddenin 2. fıkrasında tarif edilip konusu suç teşkil eden bir emir niteliğini mi taşıdığı konusunda iyiniyetli yorum farklılıkları oluşması olanaklı hale gelebilmiştir. Bakanlıkların birleştirilmesi ve bazı kadroların iptali ile yeni kadroların ihdas edilmesi hali hangi kadroların denk kadro olduğunun saptanmasında olağanüstü bir karmaşa yaratmış, emri uygulayan kişinin, verilen emrin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemesi de zorluk arz eder hale dönüşmüştür. Kişinin atanması sırasında bazı üst kadrolarda boşluk bulunmasının, denk göreve atamada açık bir kusur olarak değerlendirilmesi de isabetli değildir. Gözardı edilmemelidir ki; iki Bakanlığın birleştirilmesi olağandışı karmaşa doğurmuş, toplam 719 adetten ibaret geniş kadro 296 gibi dar bir sayıya çekilmiştir. Böyle bir evrede kadro yerleşiminden sorumlu kişilerin öncelikle ve sadece müştekiyi yerleştirme sorumluluğu taşımadığı, çok sayıda başka görevliye de denk sıfat ve makam bularak yeni idari davalara neden olmama mesuliyetini üstlendikleri gözetilmelidir. Bu durumda da sanığın, Bakan tarafından verilen atama emrinin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemede hataya düşmesi olanaklı bulunduğundan, ortaya çıkan bu şüphenin sanık lehine

ast bu noktada kaçınılmaz bir hataya düşmüşse bu hatasından yararlanır. Bu hata geniş şekilde ve fakat “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının ihmal edilmeyeceği bir sınıra kadarki bir genişlikte uygulanmalıdır<sup>211</sup>. Bu durum memurluğa alımların sınavla ve liyakat esaslarına dayandığı bir sistemde bizi kaçınılmaz hata hallerinin çerçevesinin oldukça dar olduğu sonucuna götürmektedir.

Askeri hiyerarşide verilen emirler bakımında da hata söz konusu olabilir. Yukarıda bahsettiğimiz gibi askeriyede hizmete müteallik hususlarda verilen emirleri yerine getiren ast, fiil suç oluştursa bile sorumlu olmamaktadır. Burada verilen emir askeri hizmetlere müteallik hususlarda verilmemesine rağmen ast öyle zannederek emri yerine getirebilir. Bu halde ise TCK m.30/3'te<sup>212</sup> yer alan kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata söz konusu olur. Fail ancak bu hatası kaçınılmaz ise sorumluluktan kurtulur. Kaçınılabılır bir hata var ise sorumluluktan kurtulamayacaktır. Örneğin askeri okul öğrencilerinin tatbikat var denilerek araçlara bindirilerek bazı suçların işlenmesinin sağlanması bakımından hata hükümleri söz konusu olabilir<sup>213</sup>. Burada işlenen suçun da özelliğine bakılarak hatanın varlığı tespit edilmelidir. Örneğin tatbikat amacıyla TBMM'nin bombalanması veya insanların öldürülmesi mümkün olmayacağından ve bu fiillerin askeri hizmetlere müteallik hususlarda verilmediği hatta bir suç işlemek amacıyla verildiği açıkça anlaşıldığından burada hatanın söz konusu olduğu söylenemez. Mala zarar verme suçu ve diğer suçlar bakımından da somut olaya göre değerlendirme yapılmalı ve emrin açıkça hizmete müteallik hususlarda verilip verilmediğine bakılmalıdır. Ast bu noktada hataya düşmüş ve bu hatası kaçınılmaz ise bundan yararlanacaktır. Kaçınılabılırlik için üç şartın gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak failin davranışının hukuka aykırılığını idrak edebilme imkanı olması, ikinci olarak fiili gerçekleştirirken bu fiilin hukuk düzeni karşısındaki durumunu sorgulamasını gerektiren somut bir vesilenin olması ve son olarak da davranışının hukuka aykırı olduğu-

---

*değerlendirilmesi ve eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma kastı ile hareket etmediğinin kabulü gerekmektedir.” YCGK, 2007/4.MD-197, 2008/46, 11.03.2008. Yargıtay bu olayda kastı kaldıran hata olarak m.30/1'i uygulamış ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karara katılmamakta ve olayda m.30/4 anlamında bir haksızlık yanığı olduğu için eğer bu hata kaçınılmaz ise ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aynı yönde: Zafer, s. 432.*

<sup>211</sup> Erem-Danışman-Artuk, Genel Hükümler, s. 564; Günel, Askeri Münasebetlerde Emir, s. 195.

<sup>212</sup> TCK m.30/3: “Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.”

<sup>213</sup> Demirbaş, Genel Hükümler, s. 300.

nu anlayabilmesi için var olan imkanları kullanmasının failden beklenebilir olması gerekir<sup>214</sup>. Amirin emri kapsamında bu şartlar değerlendirildiğinde somut olayda failin hukuka aykırılığı idrak edebilecek imkanı varsa ikinci şart bakımından kanun koyucu zaten emrin hukuka aykırılığını inceleme yükümlülüğü getirmiştir. Failin içinde bulunduğu şartlar itibarıyla bu imkanları kullanabilmesinin kendisinden beklenebilir de olması gerekir. Bu imkanlar tanındığı halde bir hataya düşülmüşse hatanın kaçınılabilir olduğu, aksi durumda yani söz konusu imkanlar tanınmadığı için hataya düşülmüşse hatanın kaçınılamaz olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay, kararlarında, hangi hata hükümlerinin uygulanacağı ve kaçınılabilirlik açısından hatanın niteliğine ve somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapmaktadır<sup>215</sup>. Kusurluluğu kaldıran hallerde hata halinde, bu

<sup>214</sup> Neslihan Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s. 149-150.

<sup>215</sup> “Bu değerlendirmeler yapılırken, askeri hiyerarşinin en altında yer alan erler ile rütbeli personelin “ast” kavramına bağlanan hukuki sonuçlar bakımından aynı değerlendirmelere tabi tutulamayacağı da gözetilmek suretiyle;

aa- Saniğin, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, bu fiili müşahhas olayda hukuka aykırı olmaktan çıkaran bir maddi sebebin varlığı hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kanaatine varıldığında bir hukuka uygunluk sebebi olarak “Yetkili amir tarafından verilen ve yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan, hizmete ilişkin emrin ifası (TCK madde 24) nin maddi şartlarında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kabul edilerek, hatanın TCK’nın 30/3 delaletiyle 30/1 maddesi kapsamında kastı kaldıracağından 5271 sayılı CMK’nın 223/2-c maddesi gereğince beraatine,

bb- Saniğin, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen hukuk düzeninde kabul edilmeyen “konusu suç teşkil eden emrin ifası”nın, askeri hiyerarşi içinde mutlak itaat ve emrin muhtevasını sorgulayamama ilkelerinin sonucu olarak bağlayıcı olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kanaatine varıldığında hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz bir yanılığa düştüğü kabul edilerek, kaçınılmaz izin yanılığı kusuru tamamen ortadan kaldıracağından TCK’nın 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 sayılı CMK’nın 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir.” Yarg. 16. CD., Esas Numarası: 2020/84, Karar Numarası: 2021/1909, Karar Tarihi: 08.03.2021 (www.legalbank.com).

“... konusu suç teşkil eden emirlerin yerine getirilmesi bakımından hata hali ile de karşılaşılabılır. Bu durumun iki şekilde karşımıza çıkması mümkündür. Nitekim emri yerine getiren verilen emir üzerine işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmayabilir, ya da emrin yerine getirilmesinde öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinin tüm şartlarının gerçekleştiğini düşünebilir. İlk halde TCK’nın 30/4 maddesinde yer alan haksızlık hatası, ikinci halde ise TCK’nın 30/1 maddesinde yer alan hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata söz konusu olacaktır... Astın konusu suç oluşturan emri haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek bu emri yerine getirmesi somut olay çerçevesinde, astın bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alınarak TCK’nın 30/4 maddesi bağlamında değerlendirilmelidir. Keza astın emrin askeri hizmet alanında verildiği, amirin yetkili olduğu ve zorunluluk teşkil ettiği hususlarında yanılığa düşerek, konusu suç teşkil eden emri

hata kaçınılabilir ise kişi işlediği fiilden sorumlu olacak, herhangi bir ceza indimi uygulanmayacaktır. Ancak kaçınılabilir hata, TCK m.61'e göre cezanın tespitinde göz önüne alınacak ve alt sınıra yakın bir ceza verilebilecektir<sup>216</sup>.

## SONUÇ

Devletin kamu hizmetlerini etkin bir şekilde yürütebilmesi için kamu hukukunda yer alan hiyerarşi sebebiyle bir amir-memur, üst-ast ilişkisinin sonucu olarak ast üste emir vermekte ve ast da bu emri yerine getirmekle mükellef olmaktadır. Astın emri yerin getirme yükümlülüğü emrin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Eğer verilen emir hukuka aykırı ise ast, emrin hukuk aykırı olduğunu emri verene bildirecek, emir yazı ile tekrar edilirse yerine getirecek ve bu suretle konusu hukuka aykırı olan emri yerine getirmek noktasında astın sorumluluğu ortadan kalkacak ancak üstün sorumluluğu devam edecektir.

Anayasada askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için istisnalar getirilebileceği ifade edilirken TCK'da emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanunla engellendiği hallerde emrin yerine getirilmesinden emri verenin sorumlu olacağı belirtilerek Anayasadaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmiştir. PVSK, DMK ve Askeri İç Hizmet Kanununda da buna yönelik düzenlemeler söz konusudur. Bu hüküm-

---

*yerine getirmesi halinde yapılan değerlendirme neticesinde TCK'nın 30/1 maddesi gereğince kasten hareket etmediği neticesine varılabilir. (Prof. Dr. F. S. Mahmutoğlu-Av. S. Karadeniz TCK'nın Genel Hükümler Şerhi syf. 480-482) ... Anayasanın 122. maddesinde düzenlenen usule aykırı olduğu açıkça anlaşılan ve askeri hiyerarşi zincirine uymayan, mahiyeti itibariyle de anayasal düzene karşı silahlı teşebbüs suçunu teşkil ettiği ülke genelinde objektif olarak anlaşılan "Sıkıyönetim Direktifi" konulu emrin gereğini icra yönünden, bilgi düzeyi olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgular nazara alındığında TCK'nın 30/4 maddesi bağlamında kaçınılmaz bir hata içinde olduklarının kabulüne imkan bulunmadığı da gözetilerek tüm unsurları itibariyle oluşan müsnet suçtan cezalandırılmalarında eleştiri dışında hukuka aykırılık yoktur." Yarg. 16. CD., Esas Numarası: 2017/1443, Karar Numarası: 2017/4758, Karar Tarihi: 14.07.2017 (www.legalbank.net).*

Yargıtay'ın kararlarındaki haksızlık yanlışlığına ilişkin değerlendirmesine katılmaktayız. Bu halde TCK m.30/4 kapsamında haksızlık yanlışlığı mevcuttur. Ancak, Yargıtay'ın astın emrin askeri hizmet alanında verildiği, amirin yetkili olduğu ve zorunluluk teşkil ettiği hususlarında yanlışlığa düşerek, konusu suç teşkil eden emri yerine getirmesi halinde hukuku uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata oluştuğu yönündeki görüşüne katılmamaktayız. Zira bu durumda amirin emri bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu kaldıran sebeptir ve söz konusu halde kusurluluğu kaldıran sebeplerin şartlarında hata söz konusudur. Bu hata hali mevcutsa TCK m.30/1 değil, m.30/3 hükmü uygulanmalı ve beraat kararı değil hata kaçınılmaz ise emri yerine getirenin kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

<sup>216</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 533; Akbulut, 2021, s. 719; Deniz, Amirin Emrinin İfası, s. 14.

lerde hukuka aykırı olan emirlerin Anayasa’da belirtilen prosedüre uyulmadan derhal yerine getirilmesi gerektiği ve bu halde astın sorumluluğunun olmayacağı düzenlenmektedir.

Anayasa, TCK ve diğer kanunlarda konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu halde emri yerine getiren ast sorumluluktan kurtulamamaktadır. Ancak Askeri Ceza Kanunu m.41’de hizmete müteallik hususlarda konusu suç teşkil etse bile astın emrin suç işlemek maksadıyla verildiği kendisince malum olduğu veya verilen emrin sınırlarını aştığı durumlar hariç olmak üzere emrin yerine getirilmesinin zorunlu tutulduğu bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm Anayasa m.137/4’te Askeri hizmetlerin görülmesi için kanunla getirilen sınırlamalara ve TCK m.24/4’te belirtilen emrin hukuka aykırılığının kanun tarafından engellendiği hallerde bir örnektir. Konusu suç teşkil etmeyen emrin TCK’da düzenlenmesinin bir anlamı olmadığı yine CMK m.223/3-b’deki hükümde “yüklenen suçun” ifadelerinin kullanılması da maddenin bu şekilde yorumlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan kural olarak konusu suç teşkil eden emir yerine getirilmeyecektir. Konusu suç teşkil eden emri yerin getiren sorumlu olacaktır. Fakat kanunen emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin engellendiği ACK m.41/2’deki hallerde konusu suç teşkil etse dahi emri yerine getiren, CMK m.223/3-b hükmüne göre yüklenen suçu hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlendiği için kusurunun bulunmaması sebebiyle sorumlu olmayacaktır. Bu haliyle CMK m.223/3-b’de yer alan “yüklenen suçun” hukuk aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle işlenmesi hali anlam kazanacaktır. Zira konusu suç teşkil eden emri yerine getiren kişinin sorumluluktan kurtulmayacağı kuralının istisnasının olmadığı düşüncesi CMK m.223/3-b’yi anlamsız kılmaktadır. Bu haliyle TCK m.24/2,3,4, ve CMK m.223/3-b hükümleri de işlerlik kazanacaktır.

Askeri Ceza Kanunu m.41’e göre hizmete müteallik hususlarda verilen emir bir suç teşkil ederse bu suçun işlenmesinden emri veren mesuldür. Ancak ast kendisine verilen emrin sınırlarını aşmışsa veya amirin emrinin adli ve askeri bir suç maksadını ihtiva eden bir fiile müteallik olduğu ast tarafından biliniyorsa bu halde üstle birlikte müşterek fail olarak sorumlu olur.

Emir asta korkutularak, ilerideki bir ceza tehdidiyle veya cebirle yaptırılmışsa diğer şartların da varlığı halinde TCK m.28’deki kusurluluğu kaldıran hal değerlendirilir.

Amirin emrinin yerine getirilmesinde hata hükümleri söz konusu olabilir. Verilen emir hukuka aykırı veya suç olmakla birlikte ast bir hukuka uygunluk



sebebinin var olduğunu düşünerek emri yerine getirmişse hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata vardır. Bu halde failin kastı ortadan kalkmakta ast hakkında TCK m.30/3 delaletiyle m.30/1 uygulanmaktadır. Ast emrin hukuka aykırı olduğunu veya suç oluşturduğunu bilmiyorsa TCK m.30/4 kapsamında haksızlık yanılması gündeme gelecek olup hatanın kaçınılmaz olması halinde bu hatasından yararlanacaktır. Eğer ast verilen emrin hukuka aykırı olduğunu biliyor ancak kusurluluğu kaldıran bir sebebin var olduğunu zannediyorsa, örneğin emri yerine getirmek zorunda olduğunu sanıyorsa veya askeriyede verilen emrin hizmete müteallik hususlarda verildiği düşünerek yerine getirmişse bu halde TCK m.30/3 kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıran sebeplerde hata hükümleri uygulanacak ve eğer astın hatası kaçınılmaz ise bu hatasından yararlanacak ve sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AKBULUT, Berrin, *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanunu Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- AKKURT, Ali, "Yetkili Amirin Emrini İfa ve İfadan Doğan Sorumluluk", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. I, S. 1, Haziran 2013, ss. 55-75.
- AKMAN, Yağmur Müge, "Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1-2, 2004, ss. 241-262.
- ARTUK, M. Emin-GÖKCEN, Ahmet-ALŞAHİN, M. Emin-ÇAKIR, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2018.
- BEKTUR, Sevgi, "Amirin Emrine Uyuma Zorunluluğunun Kapsamı", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 3, S. 1, 2020, ss. 11-36.
- BİLKE, Efe, "Uluslararası Hukukta Amirin Emrini İfa", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 5, Y. 2017.
- BOZ, Selman Sacit, "Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan Temel İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 25, S. 2, ss. 15-41.
- CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2020.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, "Türk Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran Neden Olarak Amirin Emrini İfa", *TAAD*, Y. 3, S. 10, Temmuz 2012, ss. 455-484.
- DENİZ, Buket, "Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Bağlamında Amirin Emrinin İfası", *Gazi-antepe University Journal of Social Sciences*, 2020, 19(3), ss. 1-25.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 16. Baskı, Ankara, 2021.
- DEMİREL, Muhammed, *Amirin Emri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, İstanbul 1994.
- DURDUN, Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Emrin İfasının Hukuki Niteliğinin Alman ve İtalyan Ceza Hukuku'yla Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, Y. 2014, Sa. 2, ss. 203-252.

- EREM, Faruk, **Türk Ceza Kanunu Şerhi Genel Hükümler**, C. I, Ankara, 1993.
- EREM, Faruk-DANIŞMAN, Ahmet-ARTUK, M. Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1997.
- GÖKTÜRK, Neslihan, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.
- GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa 2015.
- GÜNAL, Yılmaz, "Amirin Emrini İcrada, Emrin Meşruiyetini Kontrol Meselesi", **AÜSBFD**, C. 20, S. 2, 1965, ss. 635-669.
- GÜNAL, Yılmaz, "Askeri Münasebetlerde Emir ve Sorumluluk", **AÜSBFD**, C. 22, S. 4, 1967, ss. 169-207.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KANGAL, Zeynel, **Kabahatler Hukuku**, İstanbul 2011.
- KAYA, Cemil, "Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 38, S. 2, Haziran 2005.
- KARAKOYUN BERKYEZ, Betül, "Askeri Ceza Hukukunda Amirin Emrini İfa ve Sorumluluk" **Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Yalova, 2021.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KOPARAN, M. Reşat, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler (24.-34. Maddeler)", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. I, S. 2, 2006, ss. 17-40.
- MERAKLI, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- ODYAKMAZ, Zehra-KAYMAK, Ümit-ERCAN, İsmail, **İdare Hukuku**, İstanbul 2015.
- OĞURLU, Yücel, "Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu "Ne Bis in Idem" Kuralı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2003, ss. 101-124.
- ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2021.
- ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAĞSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 17. Bası, Ankara, 2021.

- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Ankara, 2008.
- PINAR, İbrahim, **4483 Sayılı Kanuna Göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri (Soruşturma Usulleri)**, Ankara, 2003.
- SAVAŞÇI TEMİZ, Bilgehan, “Ceza Hukukunda Amirin Emrinin Yerine Getirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2018, s. 53.
- SEZER, Yasin-İPEK, Ali İhsan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 1, S. 3, Ekim 2010, ss. 43-74.
- SOYASLAN, Doğan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- TAŞKIN, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, 2006.
- TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, **Uygulamalı-Yorumlu Türk Ceza Kanunu**, C. I, Ankara, 2010.
- YILMAZ, Halil, **Yetkili Mercilerin Kararlarına Uymama**, Ankara, 1999, s. 94.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2019.

## PARLAMENTO KARARLARININ YAYIMLANMASI VE YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Sezgin BAŞ<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

Parlamento kararları, TBMM Genel Kurulunun çoğu zaman kendi iç yapısı ve çalışma düzenine yönelik olarak veya diğer organlarla ilişkileri çerçevesinde yahut belirli konularda ortaya koyduğu irade açıklamalarıdır. Kararlar, kural olarak, Resmî Gazete’de yayımlanma usulüne tabi değildir. Parlamento kararlarından hangilerinin Resmî Gazete’de yayımlanacağı, Başkanlık Divanınca çıkartılan yönetmelikte belirtilmektedir. Bu kararlar ise istisnai niteliktedir. O halde, parlamento kararları kural olarak yayımlanmama esasına tabidir. Diğer taraftan, kararların yürürlüğü hakkında genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Resmî Gazete’de yayımlanmayan parlamento kararlarının TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe gireceğini ileri sürebiliriz. Ancak, Resmî Gazete’de yayımlanan kararların ne zaman yürürlüğe gireceği açık değildir. Yayımlanan parlamento kararlarının metninde yürürlüğe dair bir bilgi de yer almamaktadır. Resmî Gazete’de yayımlanan kararların da TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe girdiği kabul edilmelidir. Bu kuralın tek istisnası, Resmî Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceği açıkça düzenlenen, içtüzük metni ile içtüzük değişikliklerine ilişkin parlamento kararlarıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Parlamento Kararları, Resmî Gazete, Yayım, Yürürlük.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03/07/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 23/07/2021.

Atıf Şekli: Sezgin Baş, “Parlamento Kararlarının Yayımlanması ve Yürürlüğe Girmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 471-487.

<sup>(\*\*)</sup> Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye.

E-posta: szgnbas@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-6368-7263.

# THE PUBLICATION AND ENFORCEMENT OF THE RESOLUTIONS OF PARLIAMENT

## ABSTRACT

Resolutions of parliament are the declarations of intention of the Grand National Assembly of Turkey mostly for its internal structure and working order, or within the framework of its relations with other bodies or on specific issues. The resolutions, as a rule, are not subject to the publication process in the Official Gazette. Which of the resolutions will be published in the Official Gazette is specified in the regulation issued by the Chairmanship of the Speaker. These resolutions are exceptional. Therefore, parliamentary resolutions, as a rule, are subject to the principle of not being published. Otherwise, there is no general regulation on the enforcement of the resolutions. We can assert that resolutions of parliament that are not published in the Official Gazette entry into force as soon as they are accepted in the Plenary of the Grand National Assembly of Turkey. However, it is not clear when the resolutions published in the Official Gazette will entry into force. There is no information regarding the enforcement in the text of the published resolutions of parliament. It should be accepted that the resolutions of parliament published in the Official Gazette entry into force as soon as they are accepted in the Plenary of GNAT. The only exception to this rule is the resolutions of parliament regarding the text of the Standing Order and the amendments of the Standing Order, which will enter in force upon publication in the Official Gazette.

**Keywords:** Resolutions of Parliament, Official Gazette, Publication, Enforcement.

## GİRİŞ

Parlamento kararları, TBMM Genel Kurulunun oylama neticesinde ortaya koyduğu irade açıklamalarıdır. Kararların çoğunluğu TBMM'nin iç yapısı ve çalışma düzenine yöneliktir. Ayrıca, parlamentonun diğer organlarla ilişkileri çerçevesinde veya belirli kişi ve somut durumlar hakkında yahut kendine özgü nitelikte kararları da bulunmaktadır. Parlamento kararlarının yapım süreci, TBMM Genel Kurulunda yapılan oylama neticesinde TBMM Başkanı'nın "kabul edilmiştir" ifadesiyle sona ermektedir. Kararlar, kanunlar gibi Cumhurbaşkanının onayına/ısdarına/geri göndermesine tabi değildir. Parlamento kararlarının yayımlanması ise TBMM İçtüzüğü'nün 182'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre parlamento kararlarından hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağı Başkanlık Divanının çıkaraacağı bir yönetmelikte düzenlenir. Bu doğrultuda, TBMM Başkanlık Divanınca 23 Haziran 1989 tarih ve 40 sayılı Yönetmelik hazırlanmıştır. Bu Yönetmelik'te, parlamento kararlarından hangilerinin Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir. Söz konusu Yönetmelik'in Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyumu ise 16 Temmuz 2020 tarih ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile sağlanmıştır. Diğer taraftan, 15 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 10 sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanmıştır. Bu Kararname'nin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmî Gazete'de yayımlanması istenen parlamento kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir. İlgili Yönetmelik ve İlgili Kararname'de Resmi Gazete'de yayımlanacağı belirtilen parlamento kararları istisnai nitelikteki kararlardır. Geriye kalan kararlar ise Resmi Gazete'de yayımlanmaz. O halde, kanunların aksine parlamento kararları, yayımlanmama esasına tabidir.

Parlamento kararlarının yürürlüğü hakkında ise genel bir düzenleyici hüküm bulunmamaktadır. İlgili Yönetmelik'te Resmi Gazete'de yayımlanması gerekli parlamento kararları ile ilgili olarak ne zaman yürürlüğe gireceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun tek istisnası, TBMM İçtüzüğü ve değişikliklerine dair parlamento kararlarıdır. Ayrıca, 1982 Anayasası'nın 85'inci maddesinde düzenlenen milletvekilliğinin düşmesi ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararlarının, Anayasa Mahkemesine itiraz etme süresinin başlaması nedeniyle Resmi Gazete'de yayımlanmadan önce yürürlüğe gireceği anlaşılmaktadır. Ancak, bu üç karar dışında, ister Resmi Gazete'de yayımlanacağı düzenlensin isterse düzenlenmesin, parlamento kararlarının ne zaman yürürlüğe gireceği belirli değildir. Resmi Gazete'de TBMM Kararı başlığı altında yayımlanan parlamento kararları metninde bir yürürlük maddesi de bulunmamaktadır. O halde, gerek Resmi Gazete'de yayımlanan parlamento kararları hakkında gerekse Resmi Gazete'de yayımlanmayan parlamento kararları hak-

kinda bir yürürlük sorunu doğmaktadır. Parlamento kararlarının ne zaman yürürlüğe gireceği yani hukuki olarak bağlayıcılık kazanacağı sorununun çözülmesi hukuk devleti açısından önem arz etmektedir.

Bu maddede, öncelikle yukarıda belirtilen mevzuat çerçevesinde parlamento kararlarının yayınlanması usulü tartışılacaktır. Bu kapsamda, parlamento kararlarından hangilerinin yayınlanması gerektiği ve nasıl yayınlanacağı izah edilecektir. Sonraki bölümde ise parlamento kararlarının yürürlüğe girmesi konusu irdelenecektir. Bu konu ile ilgili olarak, Resmi Gazete’de yayınlanan parlamento kararları ile yayınlanmayan parlamento kararları arasında yürürlüğe girme usulü açısından bir farklılığın olup olmadığı tartışması yürütülecektir.

## I. GENEL OLARAK PARLAMENTO KARARLARI

Yasama işlemleri, parlamentonun belirli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla ortaya koyduğu irade açıklamalarıdır ve çok çeşitli bir görünüm arz etmektedir. Yasama işlemleri, kural itibarıyla, TBMM Genel Kurulundan çıkmaktadır. TBMM Genel Kurulunun dışındaki komisyon, TBMM Başkanı veya TBMM Başkanlık Divanı gibi birimlerin işlemleri ise hazırlık mahiyetinde olan işlemler olarak değerlendirilmelidir<sup>1</sup>. Ancak, TBMM Genel Kurulu dışındaki birimlerin bazı işlemlerinin hukuki sonuç doğurması nedeniyle yasama işlemi olarak adlandırılması gerekir. Örneğin, TBMM Dilekçe Komisyonu ve İnsan Hakları Komisyonu üyelerinden oluşan Karma Komisyon, kamu denetçilerini belirli adaylar arasından seçmektedir. Komisyonun bu kararı, TBMM Genel Kurulu tarafından onaylanmamaktadır. O halde, Karma Komisyonun bu kararı hukuki işlem doğurduğundan bir yasama işlemi olarak adlandırılmak zorundadır. Aynı şekilde, TBMM Başkanı veya Başkanlık Divanının parlamento çalışmaları sırasındaki bazı işlemlerini de yasama çalışmaları üzerinde hukuki sonuç doğurduğundan yasama işlemi olarak adlandırmak gerekir<sup>2</sup>. Bunların dışında, doktrindeki birçok yazar tarafından TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmakla hukuki sonuç doğuran işlemler, *bildirici yasama işlemleri* olarak adlandırılmaktadır<sup>3</sup>. Örneğin, 1982 Anayasası’nın 84’üncü maddesinin

<sup>1</sup> Şeref İba, “Türk Parlamento Hukukunda ‘Yasama İşlemi’ ve ‘Karar’ Kavramları”, *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2010, s. 461.

<sup>2</sup> Sezgin Baş, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 63.

<sup>3</sup> Şeref İba, *Parlamento Hukuku*, Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 55, 56; Onur Çekiç, söz konusu işlemleri bildirici yasama işlemleri değil diğer (isimsiz) yasama işlemleri olarak adlandırmasına rağmen söz konusu işlemleri bir yasama işlemi türü kabul etmektedir. Onur Çekiç, “Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri”, *Yasama Dergisi*, 2009, S. 12, s. 123.



2'nci fıkrasına göre milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlılık halinde düşmesi kararları, TBMM Genel Kuruluna sunulmasıyla hukuki sonuçlarını doğurur. Bu işlemler hiç şüphesiz ne kanundur ne de parlamento kararıdır. Zira, ilgili işlem hakkında TBMM Genel Kurulunda herhangi bir oylama yapılmamaktadır. Dolayısıyla, ortada parlamentonun bir irade açıklaması da bulunmamaktadır. O halde, bildirici yasama işlemleri her ne kadar yasama işlemleri arasında farklı bir niteliğe sahip olsa ve hukuki sonucun ortaya çıkması TBMM Genel Kuruluna bildirilmesi anına denk gelse de söz konusu işlemlerdeki irade parlamentonun iradesi değildir. Milletvekilinin düşmesi örneklerinde söz konusu irade parlamentonun değil, mahkemenin yani yargının ifadesidir<sup>4</sup>. Sonuç olarak, TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmakla hukuki sonuç doğuran işlemlerin yasama işlemi olarak adlandırılmasına böyle bir itiraz ileri sürülebilir.

Kanunlar, istisnasız bir şekilde, Resmi Gazete'de yayımlanır ve yayımlanmadıkları sürece yürürlüğe giremez ve böylelikle kamusal anlamda bir bağlayıcılığa da sahip olamaz. Kanunların Resmi Gazete'de yayımlanması, kanunların yapım sürecinin bir parçası değildir. Yayımlanma, kanunların geçerlilik şartı değil, yürürlüğe girmesi yani bağlayıcılık kazanması şartıdır. Ancak, kanunlar hakkında geçerli olan bu değerlendirmeler, parlamento kararlarının doğası bakımından kural olarak onlara atfedilebilir değildir. Çünkü parlamento kararları ve kanunların tamamı TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilmekle birlikte, bu iki norm arasında bir dizi farklılık bulunur. Kanunlar genel, kişilik-dışı ve objektif nitelikte olan hukuki işlemlerdir. Ayrıca, vatandaşların hak ve hürriyetlerini etkileyen veya yükümlülük doğuran hukuki etkiye sahiptir. Parlamento kararları ise kural olarak parlamentonun iç yapısı ve çalışma düzeni ile ilgili olarak meydana getirilen işlemler olması yönüyle belirli bir somut durum hakkında çıkartılmaktadır. Kanunlar, ayrıntılı ve uzun bir yapım sürecine tabi iken parlamento kararlarının çoğunluğu basit bir yapım sürecine tabidir. Özellikle parlamentonun iç yapısı ve çalışma düzeni ile ilgili parlamento kararlarının çoğunluğu, komisyon kurulması ve görüşme yapılması gerekmesizin çıkartılır. Diğer bazı kararlar hakkında komisyon oluşturulurken, bazı kararlarda ise komisyon oluşturulmaksızın görüşme açıldıktan sonra oylama yapılır. Ayrıca, kararlar, kural olarak vatandaşların hak ve yükümlülüklerini etkileyen metinler değildir<sup>5</sup>. Ancak, vatandaşları etkileye-

<sup>4</sup> Abbas Kılıç, *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 159; Baş, 2016, s. 100.

<sup>5</sup> İba, 2010, s. 469; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 110; Parlamentonun üçüncü kişileri de etkileyebilecek iç işleyişe ilişkin kurallarının kanun ile alınması gerektiği görüşü hakkında bkz. Fahri Bakırcı vd., *Parlamento Hukukuna Giriş*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020, s. 21.

cek bazı istisnai kararlar da bulunmaktadır. Örneğin; savaş ilanı veya olağanüstü hal ilanının onaylanması veya reddedilmesi kararları, hiç şüphesiz vatandaşları veya ülkenin bütününe ilgilendiren parlamento kararları arasındadır<sup>6</sup>. Parlamento kararları, sonuç olarak, çoğu zaman parlamentonun iç yapısı ve çalışma düzenini ilgilendirmesi nedeniyle kanunlardan farklı yapım sürecine, yayımlanma ve yürürlüğe girme hükümlerine tabidir.

Parlamento kararlarının, kanunlar gibi Resmi Gazete’de yayımlanacağını ve dolayısıyla yürürlüğe gireceğini söylemek, parlamentonun çalışmaları sırasında aldığı kararların aniden uygulanmasını erteleyerek parlamento çalışmalarını akamete uğratabilir. Parlamento kararlarının, kanunlar gibi dışa dönük değil de içe dönük olan doğası, yayımlanma ve yürürlüğe girme hususlarında farklılaşmasına ve kendine özgü bir karaktere bürünmesine yol açmaktadır. Daha ötesi, parlamento kararları, meclisin iç yapısı ve çalışma düzenini konu edinmesi yönüyle TBMM’nin yönetsel bağımsızlık ilkesi uyarınca yaptığı ve münhasır yetki sahibi olduğu işlemlerdir<sup>7</sup>. Bu nedenle, kararlar, devlet başkanının ısdar/imza/onay işlemine tabi değildir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının parlamento kararlarını geri gönderme sürecini işletmesi söz konusu olamaz<sup>8</sup>. Aksi taktirde, anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesi ihlal edilir<sup>9</sup>.

## II. PARLAMENTO KARARLARININ YAYIMLANMASI

1982 Anayasası’nda parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanması zorunluluğu ile ilgili bir kural bulunmamaktadır. Anayasa’nın 151’inci maddesi, TBMM İçtüzüğü’nün Anayasa’ya aykırılığı hakkında Anayasa Mahkemesinde dava açma süresini Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren 60 gün olarak belirtmektedir<sup>10</sup>. Anayasa’nın 85’inci maddesinde ise yasama doku-

<sup>6</sup> Bu nedenle doktrinde bazı yazarlar tarafından parlamentonun bu konuda yapacağı işlemleri, parlamento kararları ile değil kanun ile yapması gerektiği savunulmuştur. Bkz. Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 181.

<sup>7</sup> Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980, s. 25; Kılıç, 2020, s. 280.

<sup>8</sup> Erdoğan Teziç, “Parlamento Kararı ve Kanun”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1988, C. 5, s. 122-123.

<sup>9</sup> Ergun Özbudun, “Parlamento Kararları ve Yasama Meclisi İçtüzüklerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, C. 36, S. 1, s. 23; Kılıç, 2020, s. 280.

<sup>10</sup> Anayasa’da İçtüzüğün yayımlanması zorunluluğu belirtilmemesine rağmen, dava açma süresinin Resmi Gazete’de yayımlanmakla başlaması nedeniyle İçtüzüklerin yayımlanmasının anayasal bir zorunluluk olduğu görüşü hakkında bkz. Özbudun, 1979, s. 23.

nulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşürülmesi kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine 7 günlük itiraz hakkı süresinin, söz konusu kararların Resmi Gazete’de yayımlanmasından itibaren değil, TBMM Genel Kurulunda alınması tarihinden itibaren başlayacağı ifade edilmektedir. TBMM İçtüzüğü’nün 181’inci maddesinin son fıkrasında ise sadece TBMM İçtüzüğü ve değişikliklerinin Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Ayrıca, TBMM İçtüzüğü’nün, “Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının yayımlanması ve yürürlüğe girmesi” kenar başlıklı 182’nci maddesinin birinci fıkrası, İçtüzük’te mevzu bahis edilen Başkanlık Divanı tarafından hazırlanan yönetmelikler ve düzenleyici kararların Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceğini; ancak yürürlük tarihi olarak ileri bir tarihin de belirlenebileceğini düzenlemektedir. İkinci fıkra ise parlamento kararları ve Başkanlık Divanı kararlarından hangilerinin Resmi Gazete’de yayımlanacağını Başkanlık Divanınca hazırlanacak bir yönetmelikte belirtileceğini ifade etmektedir.

15 Temmuz 2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 10 sayılı Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanunu ilga ederek Resmî Gazete’nin içeriği ile yayımlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir. Kararname’nin 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmî Gazete’de yayımlanması istenen parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilmektedir. Aynı doğrultuda, 22 Kasım 2018 tarih ve 358 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Resmi Gazete Hakkında Yönetmelik’in 8’inci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, TBMM İçtüzüğü ile söz konusu İçtüzük’te ve Başkanlık Divanınca yayımlanması öngörülen parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, bu Kararname ve Yönetmelik hükümlerini Cumhurbaşkanı yürütür. Görüldüğü gibi 10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, İçtüzük’te yayımlanması istenen ve TBMM Başkanlık Divanınca belirlenen parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanacağını düzenlemektedir. Başkanlık Divanı ise TBMM İçtüzüğü’nün 182’nci maddesinin emri üzerine hangi parlamento kararlarının yayımlanması gerektiğini bir yönetmelik çıkartarak belirtmiştir.

TBMM Meclis Başkanlık Divanı tarafından hazırlanan yönetmelik, 1 Ekim 1989 tarih ve 20299 sayılı Resmi Gazete’de “Resmî Gazetede Yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divanı Kararları Hakkında Yönetmelik” başlığıyla yayımlanmıştır. Yönetmelik’in 3’üncü maddesinde parlamento kararlarından hangilerinin Resmi

Gazete’de yayımlanacağı belirtilmiştir. Bu parlamento kararları ve seçim sonuçları bir liste halinde sayılmıştır. Yönetmelik’in 3’üncü maddesi şöyledir:

“Resmi Gazetede yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları ile seçim sonuçları şunlardır.

A) TBMM Kararları:

- a) İçtüzükte değişiklik yapılmasına ilişkin karar.
- b) Kalkınma planlarına ilişkin karar.
- c) Kamu İktisadi Teşebbüslerinin denetimine ilişkin karar.
- d) Tatil ve ara verme kararı.
- e) Olağanüstü toplantı sonunda alınan, Meclis çalışmalarına devam kararı.
- f) Tatil ve ara verme sırasında çalışacak komisyonlara ilişkin karar.
- g) Seçimlerin yenilenmesi veya geriye bırakılması ve ara seçim kararı.
- h) Meclis Araştırması açılmasına ve Meclis Araştırması Komisyonunun çalışma sürelerine ilişkin karar.
- ı) Meclis Soruşturması açılmasına ve Meclis Soruşturması Komisyonunun çalışma süresine ilişkin karar.
- j) Yüce Divana sevke ilişkin karar.
- k) (16 Temmuz 2020 tarihli ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile değişik) Olağanüstü hal ilanı ile süre uzatımına ilişkin karar.
- l) (16 Temmuz 2020 tarihli ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile mülga)
- m) (16 Temmuz 2020 tarihli ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile mülga)
- n) Yasama Dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin karar.
- o) Üyeliğin düşmesine ilişkin karar.
- p) Kapalı oturum tutanaklarının yayımlanmasına ilişkin karar.
- r) Savaş hali ilanına ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verilmesine ilişkin karar.

**B) TBMM Seçim Sonuçları:**

- a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı seçimi.
- b) (16 Temmuz 2020 tarihli ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile mülga)
- c) Başkanvekilleri, Katip Üyeler ve İdare Amirlerinin seçimi.
- d) Komisyonlara üye seçimi.
- e) (16 Temmuz 2020 tarihli ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile değişik) Anayasada ve kanunlarda öngörülen kadro, makam ve görevler için TBMM Genel Kurulu tarafından yapılan diğer seçimler.”

Yönetmelik'in 3'üncü maddesinde TBMM kararları ve seçim sonuçları şeklinde yapılan ayırım anlamsızdır. Zira, TBMM'nin belirli kurumlara yaptığı üye seçimleri de birer parlamento kararıdır. Ancak, TBMM Başkanlık Divanının bu ayırımı hâlâ sürdürdüğü görülmektedir. TBMM Başkanlık Divanı, bu Yönetmelik'te değişiklik yapılmasını öngören bir yönetmelik hazırlamıştır. 16 Temmuz 2020 tarih ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararınca çıkarılan bu yönetmelik, 8 Ağustos 2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu yönetmelik, 2017 Anayasa değişikliğinin getirdiği hükümet sistemi değişikliğinden kaynaklı uyumu gerçekleştirmek amacıyla A bendinin k altbendindeki “sıkıyönetim” ibaresini, “Bakanlar Kuruluna güven kararını” belirten l altbendini ve “gensoru sonucunda Bakanlar Kurulunun veya bir bakanın düşürülmesine ilişkin kararı” belirten m altbendini ve son olarak “cumhurbaşkanı seçimi” belirten B bendinin b altbendini yürürlükten kaldırmıştır. B bendinin e altbendinde yer alan “Sayıştay Başkan ve üyelerinin seçimi” ibaresi, parlamentoya verilen RTÜK ve Anayasa Mahkemesi gibi kurumlara üye seçimi işleri dolayısıyla değiştirilmiştir. B bendinin e altbendi, “Anayasada ve kanunlarda öngörülen kadro, makam ve görevler için TBMM Genel Kurulu tarafından yapılan diğer seçimler” olarak değiştirilerek kapsayıcı bir şekilde düzenlenmiştir.

Yönetmelik'te yapılan son bir değişiklik ise Başkanlık Divanı işlemlerinden hangilerinin yayımlanması gerektiğini belirten 4'üncü maddenin değiştirilmesidir. Eski düzenlemeye göre kanunlar ve İçtüzük gereğince Başkanlık Divanınca çıkarılması öngörülen yönetmelikler ile Başkanlık Divanınca kabul edilen emniyet ve diğer kolluk hizmetlerine ilişkin düzenleyici kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır. Yeni düzenleme ise Meclis Başkanlık Divanının yönetmelik ve düzenleyici kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanacağını belirtmekle beraber,

bunlar dışında kalan işlem ve kararlardan hangilerinin yayımlanacağına Başkanlık Divanınca kararlaştırılabileceğini ifade etmiştir<sup>11</sup>. Yönetmelik'in 6'ncı maddesinde bu Yönetmelik hükümlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı'nın yürütmeye belirttiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, Yönetmelik gereğince şu parlamento kararları ve Başkanlık Divanı işlemlerinin Resmi Gazete'de yayımlanması gerekir:

- Yönetmelik'in 3'üncü maddesinin A bendinde sayılan parlamento kararları,
- Yönetmelik'in 3'üncü maddesinin B bendinde sayılan TBMM Genel Kurulu tarafından yapılan üye seçimine dair parlamento kararları,
- Başkanlık Divanı tarafından kabul edilen düzenleyici işlem ve kararlardan, Resmî Gazete'de yayımlanması kanunlarda veya TBMM İçtüzüğü'nde öngörülenler,
- TBMM Başkanlık Divanınca Resmî Gazete'de yayımlanması kararlaştırılan işlem ve kararlar (Başkanlık Divanı tarafından kabul edilen).

Sonuç olarak, parlamento kararları, TBMM Genel Kurulunda yapılan oylama neticesinde TBMM Başkanı'nın "kabul edilmiştir" ifadesiyle meydana gelmektedir. Mevzuat hükümlerinden anlaşılacağı üzere TBMM'de kararlaştırılan parlamento kararlarının tamamı Resmi Gazete'de yayımlanmaz. Bu parlamento kararlarından ve hangilerinin yayımlanacağı, Başkanlık Divanı tarafından çıkarılan yönetmelikte belirtilir. Böylelikle, parlamento kararlarının kural olarak yayımlanmama ilkesine tabi olduğu; yayımlanması istenen parlamento kararlarının Anayasa, kanun, İçtüzük veya ilgili yönetmelikte belirtilmesi gerektiği söylenebilir<sup>12</sup>. O halde, bu parlamento kararlarının yayımlanması prosedürü nasıl gerçekleşmektedir?

Doktrinde bazı yazarlar, parlamento kararlarının cumhurbaşkanına yayımlanması için sunulmadıklarını ve TBMM Başkanı tarafından doğrudan Resmi Gazete'de yayımlandıklarını ileri sürmektedir<sup>13</sup>. Şeref İba, parlamento kararlarının

<sup>11</sup> MADDE 3 - Aynı Yönetmeliğin 4'üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 4 - Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı tarafından kabul edilen düzenleyici işlem ve kararlardan Resmî Gazete'de yayımlanması kanunlarda veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde öngörülenler Resmî Gazete'de yayımlanır. Bunların dışında kalan işlem ve kararlardan hangisinin Resmî Gazete'de yayımlanacağına Başkanlık Divanı tarafından karar verilir."

<sup>12</sup> Baş, 2016, s. 182.

<sup>13</sup> Osman Korkut Kanadoğlu - Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 378; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin

belirli durumlarda TBMM Başkanı'nın aracılığıyla "TBMM Kararı" başlığı altında doğrudan Resmi Gazete'de yayımlandığını belirtmektedir<sup>14</sup>. Kemal Gözler ise 10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanması gereken parlamento kararlarının Cumhurbaşkanlığına gönderileceğini ve Cumhurbaşkanı'nın, karar üzerinde herhangi bir işlem yapmadan onu yayımlayacağını ifade eder<sup>15</sup>. Kahan Onur Arslan ve Onur Çekiç, yayımlanması gerekli parlamento kararlarının Başbakanlığa (Cumhurbaşkanlığına), Cumhurbaşkanının imzasıyla değil TBMM Başkanı'nın imzasıyla gönderileceğini belirtir<sup>16</sup>.

Anayasa'nın 104'üncü maddesinin 5'inci fıkrasına göre Cumhurbaşkanına sadece kanunları yayımlama görev ve yetkisi verilmiştir. Parlamento kararlarını yayımlama yetkisi, Cumhurbaşkanına verilmemiştir. Parlamento kararları, yazarların da belirttiği gibi, Cumhurbaşkanının onay/imza/ısdar prosedürüne tabi değildir. Dolayısıyla, Cumhurbaşkanının parlamento kararları üzerinde yapacağı herhangi bir işlem yoktur. Yasama işlemlerinin yapım süreci TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmekle tamamladıklarından ve böylelikle yasama fonksiyonu sona erdiğinden, Resmi Gazete'nin yayımlanması idari nitelikte bir işlem olarak kabul edilir ve 10 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2'nci fıkrası Resmi Gazete'nin Cumhurbaşkanlığına yayımlanacağını düzenler<sup>17</sup>. Ayrıca, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7'nci maddesinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına bağlı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünün görevleri arasında Resmi Gazete'nin yayımlanmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Resmi Gazete Hakkında Yönetmelik'in 5'inci maddesi de Resmi Gazete'nin internet ortamında Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanacağını belirtir. Dolayısıyla, TBMM Başkanı, ne parlamento kararını ne de Başkanlık Divanı karar ve düzenleyici işlemlerini doğrudan kendisi yayımlayamaz. Yazarların, "kararların TBMM Başkanı tarafından doğrudan Resmi Gazete'de yayımlanacağı" ifadesi, kararların Cumhurbaşkanına onay/imza/ısdar için gönderilmeyeceğinin ima edilmesi amacıyla kullanılmışsa

---

Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 213-215; İrfan Neziroğlu, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 256; Erdal Abdulhakimoğulları, "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu", *Yasama Dergisi*, 2007, S. 5, s. 11-12.

<sup>14</sup> İba, 2010, s. 478.

<sup>15</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 645.

<sup>16</sup> Kahan Onur Arslan, *Türk Parlamento Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 140; Çekiç, 2009, s. 121.

<sup>17</sup> ErdoğanTeziç, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 55.

doğrudur. Ancak, bu ifadeler, TBMM Başkanı'nın, kararları, yürütme organının aracılığı olmaksızın doğrudan kendi makamı tarafından Resmi Gazete'de yayımlayacağını anlatmak için kullanılmışsa yanlıştır. Parlamento kararlarının yayımlanması hususunu açıklığa kavuşturduktan sonra yürürlüğe girmesi konusuna geçebiliriz.

### III. PARLAMENTO KARARLARININ YÜRÜRLÜĞE GİRMESİ

Anayasa veya İçtüzük'te parlamento kararlarının ne zaman yürürlüğe gireceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. TBMM İçtüzüğü'nde, sadece, TBMM İçtüzüğü ve değişikliklerine ilişkin parlamento kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmakla yürürlüğe gireceği belirtilmektedir. Nitekim, TBMM İçtüzüğü, diğer parlamento kararlarından farklı olarak kural-işlem niteliğinde bir düzenleyici işlemdir. Parlamento kararlarının yürürlüğe girmesi hususunu tartışırken Resmi Gazete'de yayımlanan ve yayımlanmayan parlamento kararları arasında bir ayırım yapmalıyız. Resmi Gazete'de yayımlanmayan parlamento kararlarının TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda uygulanabilir hale geldiğini açıklıkla söyleyebiliriz. Çünkü, bu kararların neredeyse tamamı parlamentonun çalışma düzenine ve iç yapısına yönelik olarak alınan veya parlamento çalışmaları sırasında derhal uygulanması gereken işlemlerdir. TBMM Genel Kurulunda yapılan oylama sonucunun (parlamento kararının) TBMM Tutanak Dergisi'nde yayımlanması ise kararların bir kurucu işlemi değildir; aksine, kararların kamuoyuna duyurulmasını sağlayan bildirici bir işlevi yerine getirmektedir<sup>18</sup>. Böylelikle, parlamento kararlarının vatandaşlara duyurulması ve aleniyet kazanması problemi de çözülmüş olmaktadır. Ancak, Resmi Gazete'de yayımlanan parlamento kararlarının, Resmi Gazete'de yayımlandıkları an mı yoksa TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği an mı yürürlüğe gireceği açık değildir. Çünkü, bu hususu düzenleyen bir kural mevzuatta yer almamaktadır. Ayrıca, Resmi Gazete'de yayımlanan parlamento kararlarının metnine bakıldığında kimin tarafından yürütüleceğine veya ne zaman yürürlüğe gireceğine dair bir ifade bulunmamaktadır<sup>19</sup>. Parlamento kararının metninde sadece kararın adı, numarası, tarihi ve hangi birleşimde alındığı bilgileri mevcuttur.

<sup>18</sup> Kılıç, 2020, s. 211.

<sup>19</sup> 30 Nisan 2021 CUMA

#### TBMM KARARI

ANAYASA VE ADALET KOMİSYONLARI ÜYELERİNDEN KURULU KARMA KOMİSYONUN TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİNİN ARAVERMESİ SIRASINDA ÇALIŞABİLMESİNE İLİŞKİN KARAR



Şeref İba, parlamento kararları metinlerinde yürürlük hükmü bulunmadığını; dolayısıyla kararların Resmi Gazete’de yayımlandıkları tarihte değil, TBMM Genel Kurulu’nda kabul edildikleri tarihte yürürlüğe gireceğini belirtir<sup>20</sup>. Benzer şekilde, Abbas Kılıç, kural itibarıyla parlamento işlemlerinin Resmi Gazete ile vatandaşlara duyurulduğunu, bu sayede aleniyet ve bağlayıcılık kazandığını; ancak bu hükmün, parlamento kararlarının birel işlem niteliğinde olması ve Resmi Gazete’de yayımlanan parlamento kararları metninde yürürlük ifadesi bulunmaması nedeniyle kararların TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe gireceğini ileri sürer<sup>21</sup>. Bunun tek istisnası olarak içtüzük metni ve değişikliklerine dair parlamento kararları gösterilmiştir.

15 Temmuz 2018 tarih ve 10 sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının b bendinde, TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmî Gazete’de yayımlanması istenen parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilmiştir. Bu Kararname’nin “mevzuatın yürürlüğe girmesi” başlıklı 7’nci maddesi ise kanunlar, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve yönetmelikler ile diğer düzenlemelerin, ayrıca bir yürürlük tarihi belirtilmemişse Resmî Gazete’de yayımlandığı gün yürürlüğe gireceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, bu kuraldan hareketle Resmi Gazete’de yayımlanan bütün işlem ve kararların yayımlanmakla yürürlüğe gireceği çıkarımı yapılamaz. Ayrıca, “diğer düzenlemeler” ifadesinin, parlamento kararlarını da kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Kararname’nin 7’nci maddesinin ç bendi, Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete’de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgelerin de Resmi Gazete’de yayımlanacağını belirtmektedir. Anayasa ve kanunlarda Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilen Cumhurbaşkanlığı karar ve genelgelerinin, Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceği tartışmasızdır. Tartışmalı olan, Cumhurbaşkanının yayımlanmasını uygun gördüğü karar ve genelgelerin Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe girip girmeyeceğidir. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanının bütün karar ve genelgelerinin Resmi Gazete’de yayımlanmayacağı açık olduğundan, Cumhurbaşkanının takdiri üzerine yayımlanacağı belirtilen karar ve genelgelerin yayımlanmakla yürür-

---

**Karar No: 1284****Karar Tarihi: 28.04.2021**

Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyonun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin aravermede bulunduğu sürede de çalışabilmesine, Genel Kurulun 28.04.2021 tarihli 79’uncu Birleşiminde karar verilmiştir.

<sup>20</sup> İba, 2010, s. 478;

<sup>21</sup> Kılıç, 2020, s. 286.

lûğe gireceği ileri sürülemez. Cumhurbaşkanının takdiri üzerine yayımlanan hukuki işlemlerin yürürlüğe girmesi, ilgililere tebliğ veya ilan ile de gerçekleşebilir<sup>22</sup>. Diğer bir deyişle, Resmi Gazete’de yayımlanan işlem ve kararlardan bazıları, Resmi Gazete’de yayımlanmadan önce de başka usullerle yürürlüğe girmiş olabilir. Bunların Resmi Gazete’de yayımlanması, sadece bir aleniyet ve kamuoyuna duyuru işlevi görebilir. Nitekim Cumhurbaşkanının buradaki yayımlamaya karar verme yetkisi bağı yetki değil, bir takdir yetkisidir<sup>23</sup>. Takdir yetkisinin ölçütü ise kendisinin gördüğü lüzumdur.

Bir diğer örnek olarak Başkanlık Divanı kararları verilebilir. Başkanlık Divanının 23 Haziran 1989 tarih ve 40 sayılı Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesine göre İçtüzük ve kanunlarda yayımlanacağı belirtilen TBMM Başkanlık Divanı yönetmelikleri ve düzenleyici kararları dışında Başkanlık Divanınca kararlaştırılan işlem ve kararlar da Resmi Gazete’de yayımlanır. Başkanlık Divanının gördüğü lüzum üzerine yayımlanan bir karar veya işlemin Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceğini kabul etmek, yayımlanmayan karar veya işlemler ile farklı bir hukuki rejim (yürürlük açısından) ortaya koyacaktır. Hukuk düzeninin Başkanlık Divanının göreceği lüzuma sonuç bağlaması, hukuk mantığı açısından doğru değildir. Başka bir örnek olarak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları verilebilir. Anayasa Mahkemesi’nin Resmi Gazete’de yayımlanmasını uygun bulduğu bireysel başvuru kararları da kendi takdirine bağı olarak yayımlanmasını istediği kararlardan oluşmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bireysel başvuru kararının hukuki sonuç doğurması, Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihte değil; onun tebliği veya gönderilmesi anında meydana gelmektedir<sup>24</sup>.

Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilen parlamento kararlarına baktığımızda ise bu kararlardan bazılarının yayımlanmadan önce yürürlüğe girdiği görülmektedir. Örneğin, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve üyeliğin düşmesine ilişkin kararların Resmi Gazete’de yayımlanacağı ifade edilmesine rağmen kararların iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine başvuru süresi, Resmi Gazete’de yayımlanma ile başlamaz. 1982 Anayasası’nın 85’inci maddesine

<sup>22</sup> Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013, s. 241.

<sup>23</sup> Resmî Gazete’de yayımlanacağı açıkça mevzuatta belirlenemeyen Cumhurbaşkanı kararlardan hangilerinin yayımlanacağı, Cumhurbaşkanının takdir yetkisine bağıdır. Şeref İba - Yasin Söyler, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, *Anayasa Yargısı*, 2019, C. 36, S. 1, s. 218.

<sup>24</sup> Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1155.

göre milletvekilleri, TBMM Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak itiraz için yedi gün içerisinde Mahkemeye başvurabilirler. Hukuken geçerli olmayan yani milletvekillerine etki etmeyen bir işleme karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına göre, bu iki parlamento kararının TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe girdiğini kabul etmek gerekir. O halde, yayımlanacağı belirtilen bu iki parlamento kararının Resmi Gazete’de yayımlanması, dava koşulu ve yürürlük koşulu işlevinin yerine getirildiğini değil, aleniyet ve kamuoyuna duyurma işlevinin sağlandığını göstermektedir. Bunlar dışındaki Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilen parlamento kararları hakkında bir hüküm yoktur. Örneğin, bu kararlardan komisyon üyelerinin belirlenmesi veya meclis araştırması açılması kararlarını gözönüne alalım. Bu kararlar, Resmi Gazete’de yayımlanmakla birlikte kural işlem ve düzenleyici işlem gibi bir yürürlük ve yürütme maddesine sahip değildir<sup>25</sup>. Dolayısıyla, parlamento kararlarının genel olarak TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda oluştuğunu ve bağlayıcılık kazandığını kabul etmek gerekir<sup>26</sup>. Resmi Gazete’de yayımlanma gerekliliğini, önemli parlamento kararlarının kamuya duyurulması işlevinin yerine getirilmesi şeklinde düşünmek gerekir.

Sonuç olarak, sadece İktüzük metni ve değişikliklerinin yayımlanmakla yürürlüğe gireceğini, bunun dışındaki parlamento kararlarının TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda bağlayıcılık kazanacağını ileri sürebiliriz. Yönetmelik gereğince yayımlanması gereken parlamento kararları hakkında dahi TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe gireceğini; Resmi Gazete’de yayımlanmanın ise kamuoyuna duyurma ve aleniyeti sağlama işlevini yerine getirdiğini söyleyebiliriz.

## SONUÇ

Parlamento kararlarının kural olarak Resmi Gazete’de yayımlanmaması esastır. Parlamento kararlarından hangilerinin Resmi Gazete’de yayımlanacağı Başkanlık Divanının 23 Haziran 1989 tarih ve 40 sayılı Yönetmelik’te belirtilmiştir. Bu Yönetmelik’te, 2017 Anayasa Değişikliği ile getirilen yeni hükümet sisteminde uyum sağlamak ve TBMM’nin yeni kararlarının da dahil edilmesi amacıyla 16 temmuz 2020 tarih ve 38 sayılı Başkanlık Divanı Kararı ile değişiklik yapılmıştır. Böylelikle parlamento kararlarından hangilerinin Resmi Gazete’de yayımla-

---

<sup>25</sup> Kılıç, 2020, s. 286.

<sup>26</sup> Baş, 2016, s. 179, 180.

nacağına dair güncel mevzuat belirlenmiştir. Sonuç olarak, Yönetmelik gereğince şu parlamento kararlarının Resmi Gazete’de yayımlanması gerekir:

- Yönetmelik’in 3’üncü maddesinin A bendinde sayılan parlamento kararları,
- Yönetmelik’in 3’üncü maddesinin B bendinde sayılan TBMM Genel Kurulu tarafından yapılan üye seçimine dair parlamento kararları,

Resmi Gazete’de yayımlanmayan parlamento kararları, TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle uygulanabilir hale gelmekte, diğer bir deyişle, yürürlüğe girmektedir. Parlamento kararlarının çoğunlukla TBMM’nin iç yapısı ve çalışma düzeni ile ilgili olması, derhal uygulanmasını gerektirmektedir. Parlamento çalışmalarına yönelik birçok kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmesini beklemek, parlamento çalışmalarını aksatabilir, hatta duraklatılabilir. Asıl problem, Resmi Gazete’de yayımlanacağı öngörülen parlamento kararlarının ne zaman yürürlüğe gireceğine dairdir. TBMM İçtüzüğü ve değişiklikleri dışında Resmi Gazete’de yayımlanması gerekli parlamento kararlarının yürürlüğü belirtilmemiştir. Ayrıca, Resmi Gazete’de yayımlanan parlamento kararlarının metinlerine baktığımızda parlamento kararının adı, karar numarası, tarihi ve hangi birleşimde alındığı bilgisinin dışında bir husus bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, kararın ne zaman yürürlüğe gireceği ve kim tarafından yürütüleceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Parlamento kararlarının hukuki niteliği dikkate alındığında Resmi Gazete’de yayımlanması gerekli kararların da TBMM Genel Kurulunda kabul edildiği anda yürürlüğe gireceğini kabul etmek gerekir.

**KAYNAKÇA**

- ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal, "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu", *Yasama Dergisi*, 2007, S. 5, ss. 5-26.
- ARSLAN, Kahan Onur, *Türk Parlamento Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- BAKIRCI, Fahri vd., *Parlamento Hukukuna Giriş*, Lykeion Yayınları, Ankara, 2020.
- BAŞ, Sezgin, *Türk Anayasa Hukukunda Yasama İşlemleri Teorisi ve Parlamento Kararları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÇEKİÇ, Onur, "Türk Parlamento Hukukunda Yasama İşlemi Türleri ve Diğer (İsimsiz) Yasama Türleri", *Yasama Dergisi*, 2009, S. 12, ss. 107-135.
- EREN, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÖREN, Zafer, *Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013.
- GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- İBA, Şeref, "Türk Parlamento Hukukunda 'Yasama İşlemi' ve 'Karar' Kavramları", *Anayasa ve Parlamento Üzerine İncelemeler*, ed. Şeref İba, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul, 2010, ss. 457-481.
- İBA, Şeref - Söyler, Yasin, "Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları", *Anayasa Yargısı*, 2019, C. 36, S. 1, ss. 195-223.
- İBA, Şeref, *Parlamento Hukuku*, Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KANADOĞLU, Osman Korkut - Duygun, Ahmet Mert, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KILIÇ, Abbas, *Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- NEZİROĞLU, İrfan, *Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- ÖZBUDUN, Ergun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclisi İçtüzüklerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1979, C. 36, S. 1, ss. 3-27.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1980.
- TEZİÇ, Erdoğan, "Parlamento Kararı ve Kanun", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 1988, C. 5, ss. 121-130.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.



# 6306 SAYILI AFET RİSKİ ALTINDAKİ ALANLARIN DÖNÜŞTÜRÜLMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM KOLLUĞU<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Yeliz Neslihan AKIN<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Hukukî boyutuyla kentsel dönüşüm incelendiğinde, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ile 6306 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği düzenlemeleri çerçevesinde bu alana ilişkin bir idarî kolluk faaliyetinin mevcut olduğu görülmektedir. Yer verilen dar kapsamlı mevzuatın tayin ettiği hukukî çerçevede kentsel dönüşüm kolluğunun kamu düzeninin unsurlarını oluşturan güvenlik, esenlik, sağlık ve kamusal estetik konuları bulunmaktadır. Kentsel dönüşüm kolluğu hem genel idarî kolluk hem de özel idarî kolluk niteliğine sahiptir. Tıpkı diğer idarî kolluklar gibi kentsel dönüşüm kolluğunun da temel hak ve hürriyetlere yönelen ve bu anlamda onları kısıtlayan ve sınırlandıran sonuçları bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kentsel Dönüşüm Hukuku, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun, İdarî Kolluk, Kentsel Dönüşüm Kolluğu.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05/07/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 18/11/2021.

Atıf Şekli: Yeliz Neslihan Akın, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm Kolluğu", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 489-576.

<sup>(\*\*)</sup> İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Maliye Bölümü, Malî Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: akin.yn@istanbul.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-1370-7622.

# **URBAN TRANSFORMATION LAW ENFORCEMENT UNDER THE LAW NO. 6306 ON THE TRANSFORMATION OF AREAS UNDER DISASTER RISK**

## **ABSTRACT**

When the urban transformation is examined with its legal dimension, it is seen that there is an administrative law enforcement activity in this field within the framework of the Law No. 6306 on the Transformation of Areas Under Disaster Risk and the Implementation Regulation of the Law No. 6306. In the legal framework determined by the narrow-scoped legislation, the urban transformation law enforcement has issues of security, well-being, health and public aesthetics, which constitute the elements of public order. Urban transformation law enforcement has the characteristics of both general administrative law enforcement and special administrative law enforcement. Just like other administrative law enforcement agencies, the urban transformation law enforcement has consequences that tend to fundamental rights and freedoms and in this sense restrict and limit them.

**Keywords:** Urban Transformation Law, Law No. 6306 on Transformation of Areas Under Disaster Risk, Administrative Law Enforcement, Urban Transformation Law Enforcement.



## GİRİŞ

Kentsel dönüşümün güncel durumdaki uygulamalar açısından hukukî etkisini gösterdiği ölçüde büyüklüğü ve gelecekte daha da artacağı düşünülen potansiyeli açısından durum değerlendirildiğinde, kentsel dönüşüm kolluğunun irdelenmesi oldukça önemli hâle gelmiştir.

Bu çalışmanın kapsam ve sınırını oluşturarak çalışmada dar kapsamda kentsel dönüşüm hukuku mevzuatı olarak ele alınan 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun ve 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği düzenlemeleri incelendiğinde, kentsel dönüşüm kolluğu olarak ifade edebileceğimiz bir idarî kolluk faaliyetinin görev ve yetki alanının tayin edildiği görülmektedir.

İdarî kolluk faaliyetinin tespiti, kentsel dönüşüm kolluğunun normatif düzenlemeleri de dâhil olmak üzere, tıpkı diğer idarî kolluklarda olduğu gibi birtakım hukukî ilkelerin ayrıca dikkatle incelenmesini de gerektirmektedir. Bu sebeple çalışmada, kentsel dönüşüm kolluğunun özellikleri bağlamında tespitler yapılabilmesi için, bu kolluğun türü saptandıktan sonra, idarî kolluktaki kamu düzeni konularıyla olan bağlantıları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Devamında bir idarî kolluk faaliyeti olduğu düşünülen kentsel dönüşüm kolluğunun araçlarını oluşturan usullerinin neler olabileceğine ilişkin değerlendirmeler temelinde niteliğinin ne olabileceği hususu tartışıldıktan sonra hem genel idarî kolluk hem de özel idarî kolluk niteliği bulunan kentsel dönüşüm kolluğunda yetkili kentsel dönüşüm kolluk makamları hakkında bilgiler verilmiştir. Diğer idarî kolluklar gibi, birtakım temel hak ve hürriyetlere yönelen ve onları tahdit suretiyle etkileyen kentsel dönüşüm kolluğunun, bu sınırlama ve kısıtlamasına gerekçe olarak koruduğu diğer temel hak ve hürriyetler de tespit edilmeye çalışılmıştır. Tüm bu açıklama ve çıkarımlar temelinde, kentsel dönüşüm kamu düzenini korumayı amaçlayan kentsel dönüşüm kolluğunun usulleri açısından eleştiri ve öneriler geliştirilmiştir.

## I. KENTSEL DÖNÜŞÜM HUKUKU MEVZUATI

Kentsel dönüşümün hukukunu düzenleyen mevzuatı geniş kapsamda/kapsamlı ele alındığında, çalışmamızın esasını oluşturan *6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun*<sup>1</sup> dışında, birden fazla

---

<sup>1</sup> T. 31.05.2012, S. 28309 R.G.

kanun ve onlara bağlı ikincil mevzuat düzenlemesinin bulunduğunu belirtmek mümkündür. Bu kapsamda mevzuat incelendiğinde, başlı başına amacı temelinde hükme bağlanan düzenlemeleri ya da daha sonradan yapılan kanunî değişiklikler ile bir kısım düzenlemeleri ile kentsel dönüşümü konu alan 5104 sayılı *Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu*<sup>2</sup>, 775 sayılı *Gecekondu Kanunu*<sup>3</sup>, 2960 sayılı *Boğaziçi Kanunu*<sup>4</sup>, 5366 sayılı *Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun*<sup>5</sup>, 3621 sayılı *Kıyı Kanunu*<sup>6</sup>, 5393 sayılı *Belediye Kanunu*<sup>7</sup>, 5216 sayılı *Büyükşehir Belediyesi Kanunu*<sup>8</sup>, 4123 sayılı *Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanun*<sup>9</sup>, 7269 sayılı *Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun*<sup>10</sup> kapsama dâhil edilebilir. Bunun dışında, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla yürürlüğe girmiş olan 3194 sayılı *İmar Kanunu*<sup>11</sup> ile konut ihtiyacının karşılanması konut inşaatını yapanların tabi olacağı usul ve esasların düzenlenmesi, memleket şart ve malzemelerine uygun endüstriyel inşaat teknikleri ile araç ve gereçlerin geliştirilmesi ve Devlet'in yapacağı desteklemelerin belirlenmesi amacıyla yürürlüğe girmiş olan 2985 sayılı *Toplu Konut Kanunu*<sup>12</sup> da bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>13</sup>

<sup>2</sup> T. 12.03.2004, S. 25400 R.G.

<sup>3</sup> T. 30.07.1966, S. 12362 R.G.

<sup>4</sup> T. 22.11.1983, S. 18229 R.G.

<sup>5</sup> T. 05.07.2005, S. 25866 R.G. Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanunu Tasarısı ile sunulan 5366 sayılı Kanun'un yıpranan tarihi ve kültürel taşınmaz varlıklarda kentsel dönüşüm uygulamalarına özel olarak yer veren ilk kanunî düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 100.

<sup>6</sup> T. 17.04.1990, S. 20495 R.G.

<sup>7</sup> T. 13.07.2005, S. 25874 R.G.

<sup>8</sup> T. 23.07.2004, S. 25531 R.G. Doktrinde, 5393 ile 5216 sayılı Kanunların kentsel dönüşüme yönelik düzenlemelerinin ele alındığı eser için ayrıca bkz.: Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 69-79.

<sup>9</sup> T. 25.07.1995, S. 22354 R.G.

<sup>10</sup> T. 25.05.1959, S. 10213 R.G.

<sup>11</sup> T. 09.05.1985, S. 18749 R.G.

<sup>12</sup> T. 17.03.1984, S. 18344 R.G.

<sup>13</sup> Doktrinde, kentsel dönüşümü konu alan kanunî düzenlemelerin 5393 sayılı Kanun, 5366 sayılı Kanun, 5104 sayılı Kanun ve 6306 sayılı Kanun olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Gül Üstün-Turan Yıldırım, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve

Mevzuatımızda *kentsel dönüşüm* kavramını adında ihtiva eden tek kanunî düzenlemenin ise 5104 sayılı Kanun olduğu görülmektedir<sup>14</sup>. Ancak 6306 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak hazırlanan *6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği*<sup>15</sup> (*Uygulama Yönetmeliği*) şeklindeki hukukî düzenlemelerin adında her ne kadar *kentsel dönüşüm* kavramı geçmiyor ise de *uygulamada*<sup>16</sup>, *doktrin-de*<sup>17</sup> ve *yargısal kararlarda*<sup>18</sup> 6306 sayılı Kanun, *kentsel dönüşüm kanu-*

---

Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm*, 2013, C. 8, S. 111-112, s. 259. Yine doktrinde *kentsel dönüşümü amaçlayan kanunlar* kapsamında 7269 sayılı Kanun, 775 sayılı Kanun, 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 3194 sayılı Kanun, 5104 sayılı Kanun, 2985 sayılı Kanun, 5366 sayılı Kanun, 5543 sayılı İskân Kanunu ve 5393 sayılı Kanun (73. madde) ele alınmıştır. Bkz.: Muhammet Sönmez, *Kentsel Dönüşüm Hukuku: Teorik ve Uygulamalı Bir Anlatım*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 44-51. Bunun dışında doktrinde, 3194 ve 2985 sayılı Kanunların dolaylı olarak kentsel dönüşüm uygulamalarına dayanak teşkil edebildiğinin belirtildiği ve 3194, 2985 ve 775 sayılı Kanun uygulamalarının kentsel dönüşümü hedefleyen diğer uygulamalar olarak ele alındığı eser için ayrıca bkz.: Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 61, 177-182, 184-188. ifade edilmiştir. Ayrıca Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından hazırlanan *Kentsel Dönüşüm Strateji Belgesi Hazırlanmasına İlişkin İlke ve Esaslar*'da kentsel dönüşüm uygulamaları kapsamında, 5393 sayılı Kanun (73. madde), 5366 sayılı Kanun ve 6306 sayılı Kanun ele alınmıştır. Bkz.: T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, "*Kentsel Dönüşüm Strateji Belgesi Hazırlanmasına İlişkin İlke ve Esaslar*", <https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/icerikler/strateji-belges--20191001104857.pdf>, (04.11.2021).

<sup>14</sup> Ayrıca bkz.: Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 61.

<sup>15</sup> T. 15.12.2012, S. 28498 R.G.

<sup>16</sup> Örnekler için bkz.:

-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün resmî internet adresinde, 08 Ağustos 2012 tarihli ve "Kentsel Dönüşüm Yasası Olarak Bilinen Afet Riskli Alanların Kentsel Dönüşümü Yasası" başlıklı haber sunulmaktadır. Bkz.: T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, "Kentsel Dönüşüm Yasası Olarak Bilinen Afet Riskli Alanların Kentsel Dönüşümü Yasası", <https://altyapi.csb.gov.tr/kentsel-donusum-yasasi-olarak-bilinen-afet-riskli-alanlarin-kentsel-donusumu-yasasi-haber-854>, (22.02.2021).

-Manisa Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü'nün "Kentsel Dönüşüm Kanunu" ile resmî internet sayfasında ifade ettiği Kanun, 6306 sayılı Kanun'dur. Bkz.: T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Manisa Valiliği-Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü, "Görevlerimiz", <https://manisa.csb.gov.tr/gorevlerimiz-i-83692>, (22.02.2021).

<sup>17</sup> Melikşah Yasin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 3; Zekeriya Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Yasin, Melikşah-Şahin, Cenk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 17; Cem Mehmet Bay-

*nu/yasası* olarak ifade edilmektedir<sup>19</sup>. Bu kapsamda Uygulama Yönetmeliği'nin de *kentsel dönüşüm yönetmeliği* olarak ifade edilmesi de mümkündür<sup>20</sup>.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı<sup>21</sup> tarafından yayımlanan güncel resmî rakamlara göre, 760.158 adet riskli yapı tespiti yapılan bağımsız birim mevcut olup kentsel dönüşüm kapsamında da 655.913 adet bina yıkılmıştır<sup>22</sup>. Bu veriler, 6306 sayılı Kanun kapsamındaki kentsel dönüşüm hukuku mevzuatının uygulanması ile ortaya çıkmakta olup Kanun'un hukukî olarak etkilediği alanın büyüklüğünü de göstermesi açısından dikkate alınmalıdır.

---

dur, "Kentsel Dönüşüm Kanunu ve Yeniden İmar Süreci Üzerine Düşünceler", *Finans, Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi*, 2013, C. 50, S. 575, s. 7; Filiz Daşkıran-Duygu Ak, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2015, C. 13, S. 3, s. 277.

<sup>18</sup> Örnek kararlar için bkz.:

- Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2015/695, K. 2015/702, K.T. 26.10.2015, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/uyusmazlik-mahkemesi/e-2015-695-k-2015-702-t-26-10-2015>, (12.02.2021).

- Danıştay 14. Dairesi, E. 2016/1180, K. 2016/1146, K.T. 25.02.2016, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/14-d-e-2016-1180-k-2016-1146-t-25-2-2016>, (12.02.2021).

- Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2017/4863, K. 2017/7999, K.T. 18.10.2017, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/yargitay/20-hukuk-dairesi-e-2017-4863-k-2017-7999-t-18-10-2017>, (12.02.2021).

- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi, E. 2018/1525, K. 2019/12, K.T. 15.01.2019, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam15-hd-e-2018-1525-k-2019-12-t-15-1-2019>, (12.02.2021).

- İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, E. 2019/232, K. 2019/470, K.T. 02.04.2019, <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/izmir-bam14-hd-e-2019-232-k-2019-470-t-2-4-2019>, (12.02.2021).

<sup>19</sup> Ayrıca bkz.: Ergun Özsunay, "6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, S. 2014/6, Kasım-Aralık, s. 15.

<sup>20</sup> Benzer terminolojik kullanım için ayrıca bkz.: Alper İlki, "Kentsel Dönüşüm Kapsamında Binaların Bölgesel Risk Dağılımının Belirlenmesi Pera Yöntemi", *TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 3. Yapı Denetimi Sempozyumu Kitabı*, 5-6 Ekim 2013, Diyarbakır, s. 124.

<sup>21</sup> 85 No.lu Bazı Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının adı, "Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı" olarak değiştirilmiştir. Bkz.: T. 29.10.2021, S. 31643 R.G.

<sup>22</sup> Bkz.: T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, "Ana Sayfa", <https://csb.gov.tr/>, (23.04.2021).

2022 Yılı Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı'nda<sup>23</sup> da kentsel dönüşüm ihtiyacı olan alanların sayısının ve büyüklüğünün artmış olması dönüşüm uygulamalarının aynı anda yürütülmesinde malî, idarî ve teknik zorluklar ortaya çıkması sebebiyle kentsel dönüşüm uygulamalarına ilişkin önceliklendirme çalışmalarının önemini koruduğu belirtilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra bu çalışmanın kapsam ve sınırını oluşturan 6306 sayılı Kanun ile Uygulama Yönetmeliği hükümlerinden teşekkül olan **dar kapsamlı/kapsamda kentsel dönüşüm hukuku mevzuatı** (kurucu mevzuatı<sup>24</sup>) çerçevesinde kentsel dönüşüm kolluğunun irdelenmesi oluşturmaktadır.

## II. KENTSEL DÖNÜŞÜM KOLLUĞUNUN ÖZELLİKLERİ

Birbirini tamamlayan bir bütün olarak ele alınması gereken kentsel dönüşüm, birbiriyle bağlantılı ve ilgili olan birtakım ilkelere sahiptir. Bu ilkelere biri olarak belirlenen (*kentsel*) dönüşümün sürdürülebilirliği/sürekliliği ilkesi, kentsel dönüşüm projelerinde gerektiği zaman müdahale edilerek aksakların giderilmesi gerekliliğini de kapsamaktadır<sup>25</sup>. Bu bağlamda çalışmamızda ele alınan 6306 sayılı Kanun kapsamında hukukî çerçevesi çizilen kentsel dönüşüm kolluğunun varlık sebebinin de *kentsel dönüşümün sürdürülebilirliği/sürekliliği ilkesi* olduğu; zira bu hukukî düzenlemelerin hayata geçirilmesindeki kamusal müdahalelerin temelini kentsel dönüşüm kolluğunun oluşturduğu düşünülmektedir.

Bu başlık altında idare hukuku doktrini ve yargısal kararlar ışığında, bu çalışmada adlandırıldığı ve tayin edildiği kapsam ile sınır çerçevesinde, kentsel dönüşüm kolluğunun türü, konuları, usulleri, niteliği ve makamları açıklanmaya çalışılacaktır.

### A. Kentsel Dönüşüm Kolluğunun Türü

Kolluk, idare hukuku doktrininde *idarî kolluk* ve *adlî kolluk* şeklinde tasnif edilerek ele alınmakta<sup>26</sup> olup doktrinin büyük bir kısmında idarenin faaliyetleri,

<sup>23</sup> Bkz.: T. 25.10.2021, S. 31639 Mükerrer R.G.

<sup>24</sup> Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 675.

<sup>25</sup> Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 2-15.

<sup>26</sup> A. Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, C. I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 658; Atay, İdare Hukuku, s. 662; Bahtiyar Akyılmaz-Murat

-idarî- kolluk faaliyeti ile kamu hizmetleri olmak üzere<sup>27</sup> iki başlık altında irdelemektedir. Doktrindeki bir görüşe göre ise kamu hizmetleri içerisinde yer alan ve başlı başına bir kamu hizmeti olan idarî kolluğun; diğer kamu hizmetlerinden farklı, özel bir kamu hizmeti olduğu; zira diğer kamu hizmetlerini korumak, onların ifasını sağlamak, yaptırım hizmetini görmek suretiyle tüm kamu hizmetlerinin ortak usul aracı ve tüm idarî faaliyetlerin ortak usulü olduğu ifade edilmiştir<sup>28</sup>. Bu noktada kentsel dönüşümün amaçları temelinde bir kamu hizmeti olduğu<sup>29</sup> ve kentsel dönüşüm kamu düzenini korumak ve ifasını sağlamak üzere kentsel dönüşüm kolluğunun ihdas edilmiş olduğu belirtilebilir.

Kamu hizmeti-kolluk temelindeki ilgiyi en iyi şekilde ifade ettiği kanaatinde olduğumuz doktrindeki bir diğer görüşe göre de idarî kolluk, sahip olduğu özellikler nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmış bir kamu hizmeti olup bu sebeple idarî kolluğun ayrı bir başlık altında incelenme gerekliliği bulunmaktadır<sup>30</sup>. Zira yine doktrinde belirtildiği üzere, kamu hizmeti ile kolluk arasında büyük benzerlikle bulunmakta ve kolluk faaliyeti de kamu hizmeti faaliyetinin bir türü olup kolluk, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik kamu hizmetinden başka bir şey değildir<sup>31</sup>.

---

Sezginer-Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 588; Halil Kalabalık, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2014, s. 485; İsmet Giritli vd., *İdare Hukuku*, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 1148; Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 483; Kemal Gözler-Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş Yirminci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 527; Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 250; Metin Günday, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 293; Özge Okay Tekinsoy, "Kolluk", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 477; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 277; Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1469; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 42.

<sup>27</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, *Türk İdare Hukuku*, s. 541-609; Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 239; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 303; Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1147, 1192; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 254, Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 528-612; 478; Günday, *İdare Hukuku*, s. 289-366; Kalabalık, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 481; Yayla, *İdare Hukuku*, s. 36.

<sup>28</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, s. 1474-1478.

<sup>29</sup> Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 233.

<sup>30</sup> Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, C. 9, S. 1-3, s. 152. Ayrıca bkz.: Atay, *İdare Hukuku*, s. 648.

<sup>31</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 252.

Burada belirtmelidir ki, doktrinde, kentsel dönüşüm uygulamaları da *idarenin kolluk faaliyeti* ve *kamu hizmeti* niteliğinde<sup>32</sup>; başka ifade ile *kamu hizmeti faaliyeti olarak kentsel dönüşüm uygulaması* ve *kolluk faaliyeti olarak kentsel dönüşüm uygulaması*<sup>33</sup> şeklinde ele alınmaktadır. Bu bağlamda kentsel dönüşüm uygulamalarının bir yönüyle kamu hizmeti diğer yönüyle de kolluk faaliyeti olduğu ifade edilmektedir<sup>34</sup>.

Çalışmamızın devamında yapılacak açıklamalar bağlamında detaylandırılacak olmakla birlikte kentsel dönüşüm kolluğunun, suç işlendikten sonra görev ve yetkileri başlayan<sup>35</sup>, suç işlenmesi hâlinde suçun ortaya çıkarılması, suçlu ve suç delillerinin bulunarak adlî makamlara teslim edilmesine yönelik faaliyetleri konu alan<sup>36</sup>, suç sanıklarının ve suç teşkil eden eylemlerin izlenmesi, suçun işlenmesinden sonraki adlî kovuşturmanın yürütülmesi faaliyeti olan<sup>37</sup> ve *adli zabıta*<sup>38</sup>, *suç kolluğu*<sup>39</sup> olarak da ifade edilen adlî kolluk olmadığı düşünülmektedir. Buna bağlı olarak *manî zabıta*, *idarî zabıta*<sup>40</sup> ya da *engelleme zabıta*<sup>41</sup> olarak ifade edilmesi mümkün olan kentsel dönüşüm kolluğunun, toplum yararını temin etmek üzere, Türk idaresinin faaliyetlerinden birini oluşturan *kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda da geri getirilmesini amaçlayan*<sup>42</sup> *-idarî- kolluk gücü (polis<sup>43</sup> (zabıta<sup>44</sup>) kudreti<sup>45</sup>) olduğu düşünülmektedir.*

<sup>32</sup> Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 50-51.

<sup>33</sup> Onur Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 53-61.

<sup>34</sup> Esin Gürsel, *Kentsel Dönüşüm: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 164.

<sup>35</sup> Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 417.

<sup>36</sup> Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, C. I, s. 658.

<sup>37</sup> Yayla, *İdare Hukuku*, s. 42.

<sup>38</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, s. 1469-1470.

<sup>39</sup> Gözübüyük-Tan, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, C. I, s. 658; İl Han Özay, *Günlükte Yönetim*, 2004 Tarihli 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 725.

<sup>40</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, s. 1469-1470.

<sup>41</sup> Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1149.

<sup>42</sup> Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 248.

<sup>43</sup> Ayrıca bkz.: Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1147; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 477; Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 524; Özay, *Günlükte Yönetim*, s. 721.

<sup>44</sup> Ayrıca bkz.: Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 257; Kalabalık, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, s. 481.

<sup>45</sup> Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, s. 1469.

Çalışmamızın devamında kentsel dönüşüm kolluğu temelinde açıklanacak olan kolluk makamlarının kamu düzenini koruma ve sağlama görevini yerine getirirken kamu düzeni normunun uygulanmasında yetkilerinin kapsamını tayin eden üç tür yetki türü bulunduğu belirtilmektedir. Bu yetki türlerinden biri olan (*bir*) özel yetki türüne dayanarak uygulamada, kanun koyucunun idareye verdiği yetkiyi hangi şartlarda kullanacağını kendisinin belirlediği, kanunî normun konusunun genel bir yetki olmayıp özel yetki tayin edilmek suretiyle şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarının belirlendiği kamu düzenini somutlaştıran kolluk işleminin özel idarî kolluk olduğu ve bu yetki türünün örneği olarak yıkılma tehlikesi olan binalar için yürürlükteki kanunî düzenlemeler olduğu ifade edilmiştir<sup>46</sup>.

İdarenin faaliyetlerinin genel amacı daima kamu yararı olmakla birlikte, idarî kolluktaki kamu düzeninin amacı, kamu yararına göre daha dar ve özel amaç niteliği kazanmaktadır; zira kamu düzeninin tesisiyle kamu yararı sağlanmaktadır<sup>47</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğunun da özel bir amaç olarak kamu düzenini sağlamayı amaçladığı; kentsel dönüşüm kolluğundaki bu kamu düzeninin, **kentsel dönüşüm (kamu) düzeni** olduğu düşünülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında da takip ettiği özel amaçtan hareketle<sup>48</sup>, kentsel dönüşüm kamu düzenini korumayı amaçlayan idarî kolluk faaliyeti bu çalışmada kentsel dönüşüm kolluğu olarak ifade edilmiştir.

## B. Kentsel Dönüşüm Kolluğunun Konuları

Kentsel dönüşüm kolluğunun konuları da aslında doktrinde de belirtildiği üzere<sup>49</sup> aynı zamanda amaçlarını da teşkil etmektedir. Bu çalışma kapsamında kentsel dönüşüm kolluğu konularının, idarî kolluğun kamu düzeninde klasik anlayış: geleneksel üçlüsü<sup>50</sup>; geleneksel üç unsuru<sup>51</sup>, klasik unsurları<sup>52</sup> olarak

<sup>46</sup> Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 203-206.

<sup>47</sup> Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, 471.

<sup>48</sup> Atay, *İdare Hukuku*, s. 676.

<sup>49</sup> Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 254-257; Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1156; Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, s. 1479; Özay, *Günüşiğinde Yönetim*, s. 721-722.

<sup>50</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 478; Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 525.

<sup>51</sup> Atay, *İdare Hukuku*, s. 646.

<sup>52</sup> Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, s. 40; Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, s. 483.



ifade edilen<sup>53</sup> *güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık*<sup>54</sup> ile kamu düzeninde modern anlayış<sup>55</sup> kapsamında olan *kamusal estetik* olduğu düşünülmektedir<sup>56</sup>.

### 1. Güvenlik, Esenlik-Dirlik ve Sağlık

Fizik-mekânsal, sosyal ve ekonomik olmak üzere üç unsuru ihtiva eden kentsel dönüşüm uygulamalarında, *yapıların eskimesinin güvenlik açısından risk oluşturabileceği* temelinde faaliyet gösterildiğinde, bu yapıları konu alan faaliyetlerin *idarenin kolluk faaliyeti olduğu* ileri sürülmektedir<sup>57</sup>. Zira kentsel dönüşümün unsurlarından biri de *koruma* olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>58</sup>. Bu anlamda güvenlik unsurunun kamu düzeninin sağlanmasındaki öneminin tehli-ke oluşturan yerleşim alanının ya da tek başına tehlikeli hâle gelmiş bir yapının riskinin ortadan kaldırılmasında kendini göstereceği; toplum yaşamına yönelmiş tehditlerin ortadan kaldırılması ve güvenliğin sağlanmasının idareye verilen kolluk yetkilerinin ilk gerekçesini oluşturduğu belirtilmektedir<sup>59</sup>. İdarenin kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ya da bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amacıyla güvenlik konusu kapsamında riskli alanda bulunan yapıların tahliye ve yıkımını gerçekleştirme mümkün olup aksi hâlde idarenin genel anlamda kolluk faaliyetinin kötü işlemesi gerekçesiyle sorumluluğu da söz konusu olabilecektir<sup>60</sup>. Bu bağlamda kamu düzeninin güvenlik unsuruna vurgu

<sup>53</sup> Bu üç öğeye ilave olarak maddî dış düzeni tehlikeye sokması muhakkak olan durumlarda, *genel ahlak konusunun* da idarî kolluk kapsamında olduğu belirtilmektedir. Bkz.: Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 255; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 653; Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1481-1482.

<sup>54</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 254-257.

<sup>55</sup> Modern anlayış, genel ahlak ile birlikte *kamusal estetik, insan onuru ve bireylerin kendine karşı korunmasını* da diğer unsurlarla beraber kamu düzeninin unsurları saymaktadır. Bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 479-482; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 526.

<sup>56</sup> Doktrinde, bir kolluk faaliyeti olarak kentsel dönüşüm uygulamaları suretiyle temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerle, güvenlik, dirlik ve esenlik ile genel sağlık unsurlarından oluşan kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz.: Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 165.

<sup>57</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 50.

<sup>58</sup> Fatma Ayhan, "Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, 119-147, s. 129-130.

<sup>59</sup> Nusret İlker Çolak, "Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi", <https://www.ilkercolak.com.tr/kentsel-donusum-mevzuatinin-hukuksal-degerlendirmesi/>, (06.11.2021).

<sup>60</sup> Kaplan, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, s. 58-59.

yapıldığı ve dolayısıyla kentsel dönüşüm kolluğu konuları arasında *emniyet*<sup>61</sup> olarak da ifade edilen ve kişilerin umumî ya da umuma açık yerlerde zorlamaya, saldırıya, itilip kakılmaya, engellemeye ve kazaya uğramadan dolaşmaları ya da bulunmaları, canları ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaat sahibi olmalarını sağlayan<sup>62</sup> ve kişilerin kendilerini güvende hissetmeleri esasına dayanan<sup>63</sup> **güvenlik konusunun** mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca yer verilen doktrin görüşündeki “*kentsel dönüşüm uygulaması*”, “*yapıların eskimesi*”, “*güvenlik açısından risk oluşturması*” odakları ele alındığında, bu odaklar bizi doğrudan 6306 sayılı Kanun’un 1. maddesinde düzenlenen amacına da götürmektedir.

Güvenliğin kişilere veya eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğunu ifade etmesinden dolayı, bu amaca yönelen idarî kolluğun kapsamında yıkılma ya da yangın vb. tehlike arz eden bina ve eşyalar da bulunmaktadır<sup>64</sup>. Buradan hareketle kentsel dönüşüm ile doğrudan alakalı olarak binaların yıkılmasına karşı gerekli önlemlerin alınması<sup>65</sup> ve deprem gibi doğal afetler<sup>66</sup> öncesi ve sonrasında alınması gereken tedbirlerin idarî kolluğun görevleri arasında yer aldığı ve idarî kolluğun güvenlik unsuruna temas ettiği ileri sürülmektedir<sup>67</sup>. Zira bir yapının yıkılma ya da ağır hasar riski taşıdığı tespit edildikten sonra, idarenin *kolluk yetki ve görevleri* çerçevesinde bireylerin güvenliğini sağlamak adına, bu yapıların mevcudiyetine göz yummaması ve dolayısıyla gönüllülük esasını temin eden malik rızası olmasa dahi bu yapıların yıkılması gerekmektedir<sup>68</sup>.

Ayrıca doktrinde, kamu düzeninin güvenlik unsuru kapsamında *tehlikeli yapılar* ile *ani olayların* irdelendiği görülmektedir. Bu bağlamda **tehlikeli yapılar** güvenlik problemi oluşturan bir konu olarak ele alınmış ve ani olaylardan biri

<sup>61</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1157; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1482-1483.

<sup>62</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 254.

<sup>63</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 56.

<sup>64</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1482-1483.

<sup>65</sup> Ayrıca bkz.: Günay, İdare Hukuku, s. 292.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz.: Atay, İdare Hukuku, s. 647; Yayla, İdare Hukuku, s. 36-37.

<sup>67</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 581-583.

<sup>68</sup> Cenk Şahin, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler”, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, 63-117, s. 78.

olarak belirtilen **doğal felaketler**de de idarenin risklerin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak; meydana gelecek zararları azaltmak için gerekli organizasyonu oluşturmak ve önlemler almak şeklinde belirtilen iki sorumluluğun idarede olduğu ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

Bu bağlamda kentsel dönüşümün unsurlarından biri de *sağlıklaştırma*<sup>70</sup>, *sağlıklılaştırma*<sup>71</sup> olarak ifade edilmektedir. Bu sebeple doktrinde *kamu düzenini bozucu unsurlar olarak ifade edilen*<sup>72</sup> depremin kentsel dönüşümde doğal bir tehlike olarak; riskli yapıların da yapay bir tehlike olarak kişilerin can ve mallarını tehdit ederek kamu düzeninin bozucu unsurlarını teşkil ettiği düşünülmektedir. Yine bu noktada 6306 sayılı Kanun'un direkt adında yer alan ve Kanun ile Uygulama Yönetmeliği'nin amacında temel konu olan *afet riski* ile *riskli yapılar ve yıktırılması* hususları da afet riski ve riskin tehlikeye attığı güvenlik ilişkisini ortaya koymaktadır.

Ayrıca 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan "sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere" şeklindeki amacı ile kamu düzeninin güvenlik unsuruna işaret edildiği ileri sürülmektedir<sup>73</sup>. Yine 6306 sayılı Kanun'un amacından hareketle, Kanun ile mevcut riskli alan ve binaların sağlıksız hâllerinin sonlandırılması ve bunların sağlıklı ve güvenli yaşam alanlarına çevrilmesinin hedeflendiği ve bu hedefin sağlık ve güvenlik yönlerini ihtiva ettiği belirtilmektedir<sup>74</sup>.

Kamu düzeninin sağlık konusu temelinde yapılacak bir irdelemede ise bu konu kapsamında gayrimenkullere (taşınmazlara<sup>75</sup>) yönelik tedbirler de bulunduğu belirtilmektedir<sup>76</sup>. Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki

---

<sup>69</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 55, 65-68.

<sup>70</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 55, 101. Bunun yanı sıra Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Kanunu Tasarısı'nda Kanun'un amaç ve kapsamının açıklandığı Genel Gereğesi'ne göre, koruma/kullanma dengesini sağlayarak sosyal donatı alanlarını büyütme ve sağlıklaştırmak da Kanun'un amaçlarından biridir. Bkz.: Melikşah Yasin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 60, s. 101.

<sup>71</sup> Ayhan, "Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", s. 128-129.

<sup>72</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 36-37.

<sup>73</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 581.

<sup>74</sup> Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", s. 18.

<sup>75</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 729.

<sup>76</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1483.

sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etme amacı da sağlık unsurunun bir yansımasıdır<sup>77</sup>. Ayrıca 6306 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde de başta deprem olmak üzere tabii afetlerden ortaya çıkması muhtemel can ve mal kayıplarının önlenmesi ile sağlıklı ve düzenli yerleşimin sağlanmasının Kanun'un amacı olarak ifade edildiği görülmektedir<sup>78</sup>. Bu durumda, kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında, güvenlik ile birlikte *kamu düzeninde güvenlik konusunun özel bir türü olan*<sup>79</sup>, *sağlık ve sıhhat*<sup>80</sup>, *sıhhat*<sup>81</sup>, *kamu sağlığı*<sup>82</sup> ya da *genel sağlık*<sup>83</sup> olarak ifade edilen ve toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve toplumun sağlık koşulları içinde tutulmasını sağlayan<sup>84</sup> **sağlık konusunun** bulunduğu görülmektedir.

İlaveten doktrinde, kentsel dönüşümün ilkelerinden birisinin *kentsel dönüşümün ikincilliği*<sup>85</sup> olduğu belirtilmektedir. Bu ilkeye göre, gerekçeleri, yöntemi, hukukî araçları ve ortaya çıkması beklenen sonuçlar dikkate alındığında, *kentsel dönüşümün imar hukuku bakımından olağanüstü* bir nitelik taşıdığı ve olağan usullerin yetersiz kalması hâlinde, kentsel dönüşümün başvurulabilecek bir usul olarak kabul edilmesinin, kentsel dönüşümün ikincilliğini ortaya koyduğu ileri sürülmektedir<sup>86</sup>. Bu anlamda kentsel dönüşümün, düzensizliğin-karışıklığın yokluğu, toplumun normal hâli-doğal hayatı<sup>87</sup>, toplumun dirliği, rahatı, huzuru<sup>88</sup>

<sup>77</sup> Ayrıca bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 585.

<sup>78</sup> Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı", <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss180.pdf>, (25.02.2021).

<sup>79</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 39.

<sup>80</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1483.

<sup>81</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1158.

<sup>82</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 475.

<sup>83</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 585; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257; Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 501; Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 484; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 475; Özyay, Günışığında Yönetim, s. 727.

<sup>84</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1482-1483.

<sup>85</sup> Doktrinde de kentsel dönüşümün ilkelerinden biri olarak ele alınan ikincilik ilkesine yönelik irdelemede, kentsel dönüşümün özel idarî kolluk faaliyeti olarak kabul edildiğine ilişkin bilgiye yer verildiği görülmektedir. Bkz.: Zeynep Çelik Gülseven, "Yenileme Alanlarında Kentsel Dönüşüme Uygulanabilecek Temel İlkelere Dair Bir Değerlendirme", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S. 19, s. 87.

<sup>86</sup> Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 2.

<sup>87</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1479-1480.

<sup>88</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 40.

anlamına gelen ve *selamet ve intizam*<sup>89</sup>, *kamu huzur ve sükûnu*<sup>90</sup>, *sükûn*<sup>91</sup>, *kamu huzuru*<sup>92</sup> ve *esenlik*<sup>93</sup> olarak da ifade edilen kamu düzeninin, bozulma riski altında olduğu zamanlarda mevcudiyet kazandığı belirtilebilir. Ayrıca bu tespitten hareketle, risk altında olan dirlik, rahat ve huzuru ihtiva eden normal, doğal hayat ve düzendeki bu riski bertaraf etmek üzere olağanüstü müdahale<sup>94</sup> niteliğindeki kentsel dönüşümün kolları kapsamında da doğrudan kamu düzeni ve bu düzenin konularından biri olan **dirlik-esenlik unsurunun** da bulunduğu görülmektedir.

## 2. Kamusal Estetik

Kentsel dönüşümün önemli amaçlarından birinin de şehirlerin zaman içinde eskiyen kısımlarının yeniden düzenlenmesi, değiştirilmesi olduğu; yapıların eskimesinin, güvenlik açısından risk unsuru oluşturabileceği gibi, estetik açıdan da yenilenmesi gerekebileceği ifade edilmiştir<sup>95</sup>. Bu bağlamda yapıların estetik düzen açısından yenilenmesi gerekliliği hâllerinde, bu yapıları konu alan faaliyetlerin de idarenin kolluk faaliyeti olduğu ileri sürülmektedir<sup>96</sup>.

Kamu düzeninin dirlik-esenlik unsurunun kapsamında, yapıların uyumu, güzel görünümü amacıyla alınacak tedbirler de bulunmakta<sup>97</sup> olup doktrinde, bu kapsamın, kamu düzeninin kamusal estetik unsuru yönünden ele alındığı görülmektedir<sup>98</sup>. Ayrıca yine doktrine kentsel dönüşümün kenti güzelleştirdiği ifade edilmektedir<sup>99</sup>.

Günümüzde kamu düzeninin hukukî bakımdan problemi hâline gelen konulardan birisinin de *estetik* olduğu ve yeni düzenlemeler çerçevesinde hukuk terminolojisinde *estetik kamu düzeni* gibi alanlara özgü adlandırmalar yapıla-

<sup>89</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 292; Özay, Günışığında Yönetim, s. 729.

<sup>90</sup> Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 484.

<sup>91</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1158.

<sup>92</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 479; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 525.

<sup>93</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 40.

<sup>94</sup> Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 2.

<sup>95</sup> Yasin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", s. 109.

<sup>96</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 50.

<sup>97</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 583-584.

<sup>98</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 480-481; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 526.

<sup>99</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 244.

bildiği belirtilmiştir<sup>100</sup>. Bu bağlamda kamu düzeninin klasik unsurları dışında genişleyen içeriği mevcut olup bu içerikte estetik de bulunmaktadır ve estetik, kamu düzeninin problemi hâline gelen konulardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda estetik düzenin bozulmasına yol açan görüntü kirliliği gibi hususlara karşı kolluk önlemlerinin alınmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>101</sup>. İlaveten kamu düzeni kavramının içeriğine eklenen modern unsurlarından biri ve kamu düzeninin genişleyen içeriği kapsamında irdelenen estetik kavramının kamu düzeninin içeriğine dâhil edilerek zarar tehlikesinin henüz oluşmadan ortadan kaldırılabilmesi için, çevre, imar kolluğu ya da genel idarî kolluk faaliyeti çerçevesinde önlemenin ve yaptırımlara tabi tutmanın bir zorunluluk olduğu ileri sürülmektedir<sup>102</sup>.

6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekeçesi'nde hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve *görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmaların* ortadan kaldırılabilmesi, *estetik yapılar* inşa edileceği ifade edilmiştir<sup>103</sup>. Bu noktada 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan amaca göz atıldığında, salt *fen* değil; *sanat norm ve standartlarına uygunluk* da bir gereklilik olarak düzenlenmiş olup bu noktada Kanun'un amacında da kentsel dönüşüm kolluğu konularından birisi de **kamusal estetik** olmaktadır.

Ayrıca 6306 sayılı Kanun'un Ek Madde 1 hükmünün de kentsel dönüşüm kolluğuna ilişkin bir norm olduğu ve kamu düzeninin hem klasik anlayışındaki/geleneksel-klasik unsurlarındaki konuları hem de modern anlayışında yer alan kamusal estetik konusunu beraber yansıttığı düşünülmektedir.

Doktrinde de riskli alanların tespiti hususunda, *zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle riskli alan tespiti* ve *ek madde 1 kapsamında riskli alan tespiti*<sup>104</sup> ile *olağan usulde riskli alanın tespiti* ve *ek madde 1 kapsamında riskli alanın tespiti*<sup>105</sup> şeklinde tasnifler bulunmaktadır.

<sup>100</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 476.

<sup>101</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 107, 141, 146.

<sup>102</sup> Fethiye Nur Akkaya, **Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti**, 1. Baskı, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi Yayın No: 2016/2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 93, 95, 104.

<sup>103</sup> Bkz.: 6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekeçesi.

<sup>104</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 72-84.

<sup>105</sup> Kaplan, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, s. 101-111.

6306 sayılı Kanun uyarınca riskli alan kararının alınmasında, bir alanın zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıması dışındaki<sup>106</sup> diğer hukukî sebepleri düzenleyen Kanun'un ek madde 1 hükmü kapsamında riskli alanın tespiti kapsamında kamu düzeni ve güvenliğinin bozulmasına bağlı riskli alan tespiti incelenmiştir. Bu incelemede de idarenin kolluk faaliyetinde olduğu gibi, 6306 sayılı Kanun'un ek madde 1 hükmünde de kamu düzeninin bozulduğu alanlarda, bu düzenin yeniden tesis edilmesinin hedeflendiği ifade edilmektedir<sup>107</sup>.

Mezkûr maddeye göre, fen norm ve standartlarının yanı sıra, *sanat norm ve standartlarına* uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, i. *Kamu düzeni veya güvenliğinin* olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya *imar mevzuatına aykırı yapılaşma* bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar, ii. Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte *sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan* oluşan alanlar, Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak kararlaştırılabilir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm koluğunda kamusal estetiğin kamu düzeni içeriğine eklendiği ve önleyicilik ile yaptırımlar açısından doktrinde ifade edilen zorunluluğun, kentsel dönüşüm koluğunda karşılandığı görülmektedir.

### C. Kentsel Dönüşüm Koluğunun Usulleri

Doğrudan kendisi de bir idarî usul olan idarî koluğun<sup>108</sup> usul ve araçları, *nezaret, murakabe, emir (buyruk<sup>109</sup>) ve ihtar<sup>110</sup>, beyan ve ihbar sistemi, müsaade sistemi ve cebir yolları ve vasıtaları (araçları<sup>111</sup>)* başlıkları altında ele alınmaktadır<sup>112</sup>. Ayrıca idarî koluğun *düzenleyici işlem-birel işlem yapma, geçici düzenle-*

<sup>106</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 79.

<sup>107</sup> Kaplan, İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci, s. 101-111.

<sup>108</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 246; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1474-1476.

<sup>109</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 496.

<sup>110</sup> Ayrıca bkz.: Yayla, İdare Hukuku, s. 58.

<sup>111</sup> Ayrıca bkz.: Özay, Günışığında Yönetim, s. 737.

<sup>112</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1493-1499.

*meler, izin ve bildirim*<sup>113</sup>, *genel yaptırım*<sup>114</sup> ve *doğrudan uygulama*<sup>115</sup>, *zor ve silah kullanma* usulleriyle yürütüldüğü belirtilmektedir<sup>116</sup>. Bunun dışında kolluk usullerinin *yasaklama usulü, izin usulü ve bildirim usulü* olduğu belirtilmektedir<sup>117</sup>. İlaveten salt usul değil, kolluğun işlemleri ve usullerinin *düzenleyici işlemler ve birel işlemler (izin verme, bildirim alma, yaptırım uygulama, emir ve uyarı, re'sen icra ve zor kullanma*<sup>118</sup>) olduğu belirtilmektedir<sup>119</sup>. Son olarak kolluk usulleri, *serbestlik usulü (düzeltici sistem), izin usulü (önleyici sistem) ve bildirim usulü* olarak ele alınmış olup yukarıda usul olarak ifade edilen hususların ise *kolluk tedbirleri (kolluk eylem ve işlemleri)* başlığı altında irdelenerek<sup>120</sup> kolluk tedbirlerinin *düzenleyici kolluk işlemleri*<sup>121</sup>, *bireysel kolluk işlemleri*<sup>122</sup> ve *kolluk eylemleri*<sup>123</sup> olmak üzere üç türünün olduğu ileri sürülmektedir<sup>124</sup>. Bu bağlamda kamu düzeninin korunmasına yönelik idarî kolluğun yetkileri, *düzenleme yetkisi* ve *bireysel işlem yapma yetkisi* olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>125</sup>. Bireysel kolluk işlemleri kapsamında, *emir veya ihtar, yasaklama (faaliyetten men*<sup>126</sup> *etme) kararları, erteleme kararı, kapatma kararı, izin verme veya vermeme kararı* ve

<sup>113</sup> Ayrıca bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 304; Özyay, Günışığında Yönetim, s. 738.

<sup>114</sup> Ayrıca bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 305.

<sup>115</sup> Ayrıca bkz.: Özyay, Günışığında Yönetim, s. 737.

<sup>116</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 265-275.

<sup>117</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 497-499.

<sup>118</sup> Ayrıca bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 308; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 500; Özyay, Günışığında Yönetim, s. 737.

<sup>119</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 595-603.

<sup>120</sup> Doktrinde, kolluk işlem ve eylemlerinin yaratabileceği hukukî rejimler, *serbestlik rejimi, bildirim (ihbar) rejimi, izin rejimi ve yasak rejimi* şeklinde tasnif edilerek ele alınmıştır. Bkz.: Yayla, İdare Hukuku, s. 54-58. Yine doktrinde, kolluk yetkilerinin kullanılma usulleri, *izin usulü, bildirim usulü ve bastırıcı usuller* şeklinde tasnif edilerek ele alınmıştır. Bkz.: Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 671-674. Ayrıca doktrinde kolluk yetkilerinin kullanma usulleri, *izin usulü, bildirim usulü ve serbesti usulü* şeklinde tasnif edilerek ele alınmıştır. Bkz.: Atay, İdare Hukuku, s. 689-692.

<sup>121</sup> Ayrıca bkz.: Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 292; Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1167; Günday, İdare Hukuku, s. 303; Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 497.

<sup>122</sup> Ayrıca bkz.: Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 292; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 670; Günday, İdare Hukuku, s. 303; Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 497.

<sup>123</sup> Ayrıca bkz.: Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 292.

<sup>124</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 560-567; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 541-544.

<sup>125</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 649.

<sup>126</sup> Ayrıca bkz.: Yayla, İdare Hukuku, s. 58.



*alındı belgesi verme* işlemleri bulunmaktadır<sup>127</sup>. Son olarak aşağıda açıklanmaya çalışılan kentsel dönüşüm kolluğu usullerinin, *kamu düzeni tedbirleri* ya da *işlemleri*<sup>128</sup> olarak ifade edilmesi de mümkündür. Yer verilen idare hukuku doktrinindeki tasnifler ve görüşler temelinde kentsel dönüşüm kolluğunun usulleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

### 1. Tanzim Usulü

İdarî kolluk, *düzenleyici*<sup>129</sup>, *önleyici*<sup>130</sup>, *engelleyici*<sup>131</sup>, *koruyucu*<sup>132</sup>, *buyurulan*<sup>133</sup>, *cezalandırma ile yaptırım uygulama ve bastırıcı*<sup>134</sup>, *zorlayıcı*<sup>135</sup>, *durdurucu*<sup>136</sup>, *geri getirici*<sup>137</sup> ve *bozulan düzeni iade edici*<sup>138</sup> niteliklere sahiptir<sup>139</sup>. İdarî kolluğun tanzim usulünün de kolluğun bu niteliklerini tayin eden normatif düzenlemeler olduğu düşünülmektedir.

Önce kanun, yönetmelik biçiminde ortaya çıkan genel ve nesnel kolluk işlemleri mevcut olmakta ve bunların kişilere uygulanması suretiyle de birel nitelikli kolluk işlemleri oluşmaktadır<sup>140</sup>. Bu bağlamda bu başlıkta incelenen kentsel dönüşüm kolluğunun tanzim usulü, çalışmanın devamında ele alınacak olan kentsel dönüşümün kolluk usullerini formüle etmektedir. Ayrıca tanzim usulü

<sup>127</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 574-578; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 544-545.

<sup>128</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 197-198.

<sup>129</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 42.

<sup>130</sup> Ayrıca bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589; Atay, İdare Hukuku, s. 673; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1486-1487; Özay, Günışığında Yönetim, s. 723, 739; Yayla, İdare Hukuku, s. 42.

<sup>131</sup> Ayrıca bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589; Özay, Günışığında Yönetim, s. 723.

<sup>132</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589; Atay, İdare Hukuku, s. 673; Özay, Günışığında Yönetim, s. 723; Yayla, İdare Hukuku, s. 42.

<sup>133</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 739.

<sup>134</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 251; Özay, Günışığında Yönetim, s. 739. İdarî kolluğun *cebiri (zor)* ve *takyid (kısıtlama) rejimine* tabi olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1487.

<sup>135</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 740.

<sup>136</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589; Özay, Günışığında Yönetim, s. 739.

<sup>137</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 723; Yayla, İdare Hukuku, s. 42.

<sup>138</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 42.

<sup>139</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 251.

<sup>140</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1169.

kapsamındaki düzenlemeler ile kentsel dönüşüm kolluğunun *özel hukukî statüsünün*<sup>141</sup> oluşturulduğu düşünülmektedir.

#### **a. 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği**

Kolluk faaliyetleri kanunla kurallar konmasını ve bu kuralların uygulanmasını içermekte olup kanunun çizdiği hukukî çerçeveyi aşmamak kaydıyla, birtakım ayrıntılı kurallar da idarî işlemlerle getirilmektedir<sup>142</sup>. İdarenin kolluk görevini her şeyden önce düzenleyici işlemler yapmak suretiyle yerine getirdiği ve kolluk alanında çok sayıda düzenleyici işlem mevcut olduğu belirtilmektedir<sup>143</sup>. Tanzim usulüne konu edilen düzenleyici kolluk işlemleri, kamu düzenini sağlama ve koruma amacıyla genel, kişilik dışı ve tek taraflı idarî işlem niteliğindedir<sup>144</sup>. Hatta idarî kural-işlemlerinin de en çok idarî kolluk konusunda yapıldığı ifade edilmektedir<sup>145</sup>. İdarenin bu kural işlemleri ya da genel düzenlemeleri, idarî kolluğu adli kolluktan ayıran özelliklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>146</sup>. İdarî kolluktaki birincil; yani esas olan usul ve aracın genel ve objektif nitelik arz eden tanzim usulü olduğu ve temel olarak kural-işlemlerden olan icraî kararların yönetmelik kategorisinde yer aldığı ileri sürülmektedir<sup>147</sup>.

Bazı özel kolluklarda kolluk makamı olarak bakan bulunmakta ve özel kolluk alanında yönetmelik biçiminde düzenleyici işlemler yapılabilmektedir. Dolayısıyla özel kolluk makamlarının yapabileceği düzenleyici kolluk işlemlerinde bulunmaktadırlar<sup>148</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğu açısından durum değerlendirildiğinde, 6306 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan Uygulama Yönetmeliği'nin Bakanlıkça ihdası, idarî kolluk usullerinden *tanzim usulü, düzenleyici işlem yapma usulü ve bu usul ile tesis edilen düzenleyici işlemler/kolluk tedbirleri kapsamındaki düzenleyici kolluk işlemlerinden* biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğunun tanzim usulü, bu kolluğu kolluk türlerinden idarî kolluk olarak belirtmemize yönelik gerekçelerden birisini teşkil etmektedir.

<sup>141</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 676-677.

<sup>142</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 54.

<sup>143</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 303-304.

<sup>144</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 568; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 544.

<sup>145</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 265.

<sup>146</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 725.

<sup>147</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 3, s. 1487-1488.

<sup>148</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 571-572.

Uygulama Yönetmeliği hükümleri incelendiğinde, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerle doğrudan bağlantılı olarak riskli alan tespiti, riskli yapı tespiti, riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılması, lisanslandırma gibi konuların düzenlendiği görülmektedir. Ancak en nihayetinde, Uygulama Yönetmeliği'nin bahsi geçen niteliklerini ihtiva eden düzenlemeler, bir zorunluluk olarak üst normu olan 6306 sayılı Kanun'da yer almak zorundadır.

Doktrinde de belirtildiği üzere, 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkına müdahale getiren birçok hüküm içerdiği belirtilmektedir<sup>149</sup>. Bu bağlamda bir kolluk faaliyeti olarak kamu düzenini tesis etmeyi amaçlayan kentsel dönüşüm uygulamaları, başta mülkiyet hakkı<sup>150</sup> olmak üzere temel hak ve hürriyetlere çeşitli müdahaleler içermektedir<sup>151</sup>. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunlar, *kolluk kanunları*<sup>152</sup> olarak ifade edilmekte olup kentsel dönüşüm hukukunda tanzim usulünün uygulanmasına cevaz veren kentsel dönüşüm konularının aslı düzenlemesi olan 6306 sayılı Kanun'un, temel hak ve hürriyetlere müdahale eden düzenlemeleri içermesinden dolayı, **bir kolluk kanunu olduğu** ve 6306 sayılı Kanun ile **kentsel dönüşüm kamu düzeninin korunmasının amaçlandığı** tespitimize yer verilmesi gerekmektedir.

#### **b. Riskli Alan Kararı**

Kentsel dönüşüm kolluğunun kamu düzeni açısından tezahürünü oluşturan ve yukarıda ele alınan konularının korunabilmesi için, 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, iki tür alanda, fen ve sanat norm ile standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasların belirlenmesi amaçlanmıştır<sup>153</sup>: *i. Afet riski altındaki alanlar* ve *ii. Afet riski alanları dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler*.

<sup>149</sup> Adem Avcı, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 313.

<sup>150</sup> Kolluk faaliyeti kapsamında ele alınmasa da doktrinde ayrıca afet riskine karşı alınacak tedbirlerin, kamu yararıyla ve ölçülülük ilkesine uygun olarak mülkiyet hakkını kısıtlayabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Ilgın Özkaya Özlüer, "Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 67, S. 3, s. 637.

<sup>151</sup> Gürsel, *Kentsel Dönüşüm*, s. 164-165.

<sup>152</sup> Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1147; Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 565; Günay, *İdare Hukuku*, s. 290.

<sup>153</sup> Doktrinde 6306 sayılı Kanun'un 1. maddesinde düzenlenen bu amaç, Kanun'un *ratio legis* olarak ele alınmıştır. Bkz.: Özsunay, 6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, s. 17.

*i. Afet riski altındaki alanlar* açısından durum incelendiğinde afet riski altındaki alan, 6306 sayılı Kanun'un madde 2/1-ç hükmünde *riskli alan* olarak ifade edilmiş olup zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Cumhurbaşkanınca kararlaştırılan alan olarak tanımlanmıştır. Diğer taraftan *ii. Afet riski alanları dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler* açısından durum incelendiğinde, buradaki odağın riskli alan dışındaki ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıları barındıran arsa ve araziler olduğu anlaşılmaktadır. Cumhurbaşkanınca kararlaştırılacak riskli alanın koşullarından birisi de üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alan olduğu için, her iki tasnifin de riskli alan kararının sebep unsurunu oluşturabileceği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda 6306 sayılı Kanun'un Ek Madde 1 hükmünde üç bent hâlinde belirtilen yer ve alanların Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Cumhurbaşkanını kararı<sup>154</sup> şeklindeki düzenleyici işlemlerle Resmî Gazete'de yayımlanan<sup>155</sup> riskli alan kararları, kentsel dönüşüm koluğunda, idarî kolluk usullerinden *tanzim usulü, düzenleyici işlem yapma usulü ve bu usul ile tesis edilen düzenleyici işlemler/kolluk tedbirleri kapsamındaki düzenleyici kolluk işlemlerinden biri* olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>156</sup>. Dolayısıyla riskli alan kararı da merkezî idare kolluk makamlarının düzenleyici kolluk işlemlerinden biri olmaktadır<sup>157</sup>.

Bu anlamda çalışmamızın devamında ele alınacağı üzere, riskli alan ile riskli yapı tespitinin farklı usullere tabi tutulmak suretiyle 6306 sayılı Kanun'da dü-

<sup>154</sup> Cumhurbaşkanını kararı, yürütme organının düzenleyici işlemleri kategorisinde yer alan idarî işlemlerden biridir. Bkz.: Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. I, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1409. İdarenin düzenleyici işlemlerinden biri, Cumhurbaşkanını kararıdır. Bkz.: Turan Yıldırım, "İdari İşlemler", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 347. Cumhurbaşkanını kararı, *idarî düzenleme türlerinden birisini* oluşturmaktadır. Bkz.: Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 303, 308. Cumhurbaşkanlığı kararları, kanunlarla Cumhurbaşkanına verilen somut yetkilerin kullanıldığı idarî işlemlerdir. Bkz.: Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 182. Cumhurbaşkanının değişik isimlerde tesis ettiği düzenleyici işlemlerden biri de Cumhurbaşkanını kararıdır. Bkz.: Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 285.

<sup>155</sup> Bu kapsamda en güncel olarak *Konya İli, Kadınhanı İlçesi, Ünveren Mahallesi Sınırları İçerisinde Bulunan Alanın Riskli Alan İlan Edilmesi Hakkında 4332 Sayılı Cumhurbaşkanını Kararı*, Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz.: T. 05.08.2021, S. 31559 R.G.

<sup>156</sup> Benzer görüş için ayrıca bkz.: Gürsel, *Kentsel Dönüşüm*, s. 99.

<sup>157</sup> Gözler, *İdare Hukuku*, C. II, s. 568.

zenlendiği görülmekte<sup>158</sup> olup bu sebeple her iki idarî işlemin de kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında kalmakla birlikte; kolluğun farklı usulleri ve farklı kolluk makamlarınca yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

## 2. İzin Usulü: Lisanslandırma

*Ruhsat usulü* olarak da ifade edilen bu idarî kolluk usulünde, hak ve hürriyetler düzenlenmekte, bunlar kullanılabilir kılınmakta, verilen izin ile bu iznin kapsamında faaliyet gösterenler denetlenmekte ve gerekirse idarî yaptırım uygulanmakta olup bu kolluk kapsamındaki özel kişiler kendi faaliyetlerinden sorumlu olmaktadır<sup>159</sup>. Bu usul ile belirli faaliyetler izne bağlanarak yasaklanmamışsa da gerekli şartlarla sınırlandırma yapılmış olup bu faaliyetler önceden denetlenmekte ve gerektiğinde engellenebilmektedir<sup>160</sup>. Bu usulde kolluk denetimine tabi olan bu faaliyetin icrasında idarî kolluğun onayının alınması gerekmektedir<sup>161</sup>. Bu anlamda idarenin yapacağı denetim sonucuna göre izin ve ruhsat verme ya da vermeme yetkisi mevcuttur<sup>162</sup>. İzin rejimine tabi kolluğun bu usulü hem genel hem de özel idarî kolluk alanında izne tabi özel kişi faaliyetlerini kapsamaktadır<sup>163</sup>.

6306 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki *i. Afet riski altındaki alanlar* ile *ii. Afet riski alanları dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler* açısından durum birlikte incelendiğinde, afet riski altındaki alanların bir kısmının da üzerinde can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan yapılaşmaya sahip olduğu ve afet riski alanları dışındaki alanları da Kanun kapsamına dâhil eden niteliğin riskli yapı olduğu görülmektedir.

6306 sayılı Kanun'un madde 2/1-d hükmüne göre riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı ifade eden *riskli yapılar*, bunların ortaya çıkarılması faaliyeti ve bunlar için öngörülen hukukî mekanizma, kentsel dönüşüm kolluğunun merkezinde yer almaktadır.

6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmüne göre riskli yapıların tespiti, kural olarak, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde

<sup>158</sup> Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", s. 19.

<sup>159</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1154.

<sup>160</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 498.

<sup>161</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 690.

<sup>162</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 304.

<sup>163</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 56.

vesinde, öncelikle ve kural olarak yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, *Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara*<sup>164</sup> yaptırılmaktadır.

İdare hukuku doktrinde, kamu hizmetinin *bu usuller dışında özel hukuk kişilerinince görülme (ruhsat, izin, vs.)* başlığı altında, idarenin tek taraflı bir işlemi ve işlevsel denetimi altında, yasamanın açık düzenlemesi ve yetki vermesi sonucunda özel hukuk kişilerine kamu hizmeti gördürülmesi usulünde, aynı kamu hizmeti alanında ruhsat veya izinle faaliyet gösteren birden fazla özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi mevcut olup idarenin kamu hizmetini gören özel hukuk kişisi hakkında ilgili kamu hizmetinin kural ve ilkelerine uyulmadığını tespit ettiğinde, ruhsatı iptal ederek faaliyete son verebildiği ya da yaptırımlar uygulayabildiği ifade edilmiştir<sup>165</sup>.

Yukarıda da yer verildiği üzere, 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmünün uygulanmasını sağlamak üzere, Uygulama Yönetmeliği'nin madde 6/1-c hükmü uyarınca, tahdidî olarak riskli yapı tespiti hususunda yetkilendirme yapılmıştır. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki, verilen süre içerisinde malikler veya kanunî temsilcilerden istenen riskli yapı tespitinin yapılmaması hâlinde de tespitler, Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bu anlamda 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmündeki şartların gerçekleşmesi hâlinde riskli yapı tespiti ikincil olarak doğrudan Bakanlık ya da İdarenin görevleri arasındadır. Dolayısıyla bahsi geçen şartlar altında, riskli yapı tespiti faaliyeti kamu hizmetinin-hizmetlerinin görülüş (görülme<sup>166</sup>) usullerinden<sup>167</sup>/kamu hizmetinin işletilme usûllerin-

<sup>164</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin madde 6/1-c hükmünde, Bakanlıkça lisanslandırılabilir kurum ve kuruluşlar, *i. kamu kurum ve kuruluşları, ii. üniversiteler, iii. sermayesinin en az yüzde %40'ı kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan şirketler, iv. depremden korunma, deprem zararlarının azaltılması ve deprem mühendisliğinin gelişmesine katkıda bulunmak gibi konularda faaliyet gösteren sivil toplum kuruluşları, v. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a göre Bakanlıktan izin belgesi almış yapı denetimi kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları ve vi. 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanunu uyarınca, inşaat, jeoloji ve jeofizik mühendisleri odalarına büro tescilini yaptırmış kurum ve kuruluşlar* olarak belirtilmiştir. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığınca 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespiti için Yetki Verilen Kurum ve Kuruluşlar yayımlanmaktadır. Bkz.: T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespiti için Yetki Verilen Kurum ve Kuruluşlar", <https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-tespiti-ile-ilgili-kuruluslar>, (03.11.2021).

<sup>165</sup> Aydın Gülan, "Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri", İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987, s. 69-70.

<sup>166</sup> Günay, İdare Hukuku, s. 342.

<sup>167</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 564; Melikşah Yasin, "Kamu Hizmeti", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 443. Detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Gülan, Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri.

den<sup>168</sup>/kamu hizmetinin görülme biçimlerinden<sup>169</sup> biri olan *emanet usulü*<sup>170</sup>/*emanet usûlü*<sup>171</sup> (*idare tarafından görülme usulü*<sup>172</sup>/*kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişilerinince yürütülmesi*<sup>173</sup>/*bir kamu hizmetinin bir kamu idaresi tarafından doğrudan doğruya işletilmesi*<sup>174</sup>) ile yürütülmesinde idarenin yine bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri olarak tasnif edilen ruhsat (izin)<sup>175</sup>/lisans<sup>176</sup> usulü ile idarî koluğun usul ile araç ve tedbirlerinden biri olarak tasnif edilen *müsaade sistemi, izin ve bildirim (usulü), izin usulü, izin verme* şeklinde ifade edilerek bu başlık altında irdelenen izin usulü: lisanslandırma hakkında da birkaç hususun açıklanmasında fayda görülmektedir.

Doktrinde belirtildiği üzere, bir kamu hizmeti olan kamusal alanların düzeltilmesi, iyileştirilmesi, korunması ve geliştirilmesi bağlamında, bunlara yönelik uygulamaların kamu hizmeti olarak nitelendirilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla kentsel dönüşüm uygulamaları; kamusal alanların düzeltilmesi, iyileştirilmesi, korunması ve geliştirilmesine yöneldiğinde, kamu hizmeti faaliyetlerinde öngörülen amaçlara; güvenlik açısından yapıların risk oluşturması ve estetik düzen açısından yenilenmesi gerekliliği sebebiyle bu yapıların hukukî işleme konu edilmesine yöneldiğinde, kolluk faaliyetlerinde öngörülen amaçlara hizmet etmektedir<sup>177</sup>. Bu kapsamda yine doktrinde, olası bir afet esnasında can ve mal güvenliğini tehdit eden riskli yapılar hakkında, yapıların bu niteliğinin tespiti hususunda kurum ve kuruluşlara verilen yetkinin, kamu düzenini sağlamak amacıyla temel hak ve hürriyetlere müdahale eden bir kolluk işlemi olduğu; Bakanlık'ın idarenin kanunîliği ilkesi çerçevesinde bu kolluk faaliyetini özel hu-

<sup>168</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 384; 7; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 500.

<sup>169</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 610.

<sup>170</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 566-567; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 612; Günay, İdare Hukuku, s. 343; Özay, Günışığında Yönetim, s. 244-245; Yasin, Kamu Hizmeti, s. 443; Yayla, İdare Hukuku, s. 89.

<sup>171</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 389; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 501.

<sup>172</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 566-567;

<sup>173</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 612.

<sup>174</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 389; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 501.

<sup>175</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 567-568; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 506; Özay, Günışığında Yönetim, s. 248; Yasin, Kamu Hizmeti, s. 445.

<sup>176</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 398; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 506.

<sup>177</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 51.

kuk kişilerine kullandırmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu anlamda somut olaya göre 6306 sayılı Kanun çerçevesinde verilen lisansın, kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri ya da kolluk usullerinden biri kapsamında verilebileceği açıktır<sup>178</sup>. Dolayısıyla kentsel dönüşüm uygulamaları, idarenin aynı zamanda yürüttüğü bir kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 6306 sayılı Kanun'un doğal afetler sebebiyle yaşanacak can ve mal kayıplarını önleme amacı, kentsel dönüşüm uygulamalarının kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti olma niteliğini ön plana çıkararak özel kişiler tarafından kentsel dönüşüm uygulamalarının gerçekleştirilmesi durumunda da idarenin denetim görev ve yetkisi mevcut olup 6306 sayılı Kanun'a aykırı uygulamalarda sürece dâhil olması ve uygulamaları re'sen yapması da mümkündür<sup>179</sup>.

Ayrıca kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri olan izin (ruhsat) usulünde, tekel niteliği taşımayan kamu hizmetleri, idarece izin verilen özel kişilerce de idarî bir sözleşme akdedilmeksizin, idarenin talep üzerine tek yanlı irade açıklamasıyla<sup>180</sup> görülebilmektedir<sup>181</sup>. Bu usule tabi etkinlikler izin almak suretiyle yürütülmektedir ve bu usulde mutlaka bir dışsal kolluk yetkisi de kullanılmaktadır<sup>182</sup>. Zira idare, özel faaliyetlerin hepsini kolluk açısından denetleyebilmektedir<sup>183</sup>.

Doktrinde ruhsat (izin) usulünün son yıllarda virtüel kamu hizmeti olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir<sup>184</sup>. Virtüel kamu hizmeti ile organik anlamda kamu hizmeti olmayan özel bir faaliyetin maddî niteliği dikkate alınarak kamu hizmeti yükümlülükleri getirilmektedir<sup>185</sup>. Virtüel kamu hizmeti teorisi kapsamında ele alınabilen ruhsat (izin) usulündeki<sup>186</sup> hizmetin, idarenin sadece kolluk

<sup>178</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 151.

<sup>179</sup> Didem Akbey Erdidal, **6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanununa Dayalı Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 147, 149-150.

<sup>180</sup> İzin veya lisansın özel kişinin talebi üzerine verilmekle birlikte; sözleşme değil, bu işlemin tek taraflı bir işlem olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 399; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 506.

<sup>181</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 567-568; Günday, İdare Hukuku, s. 362.

<sup>182</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 249.

<sup>183</sup> Gülan, Kamu Hizmeti Kavramı, s. 157.

<sup>184</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 568.

<sup>185</sup> Yasin, Kamu Hizmeti, s. 429.

<sup>186</sup> Gülan, Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri, s. 71. Bununla birlikte, doktrinde virtüel kamu hizmetini kamu hizmetinin görülüş usullerinden biri olarak değil; ancak kamu hizmetinin kuruluş aşamasında kamu hizmeti niteliği taşıma şeklinde anlamının daha doğru olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Gülan, Kamu Hizmeti Kavramı, s. 158-159.



yetkileriyle denetim yapmadığı; kolluk denetiminin ötesinde ilgili faaliyetin içeriğinin düzenlendiği bir hizmet olduğu belirtilmektedir<sup>187</sup>. Bu bağlamda bu usulde, kolluk yetkisini aşan bir içerik denetim bulunmaktadır<sup>188</sup>.

Daha önce yer verilen doktrin görüşlerine göre de idarî kolluk, kamu hizmetleri içerisinde yer almakta ve başlı başına bir kamu hizmeti niteliği taşımaktadır<sup>189</sup>. İlaveten idarî kolluk, bir kamu hizmeti olup sahip olduğu özellikler nedeniyle çok sıkı kural ve usullere bağlanmıştır<sup>190</sup>. Bu bağlamda kolluk faaliyetlerinin, kendine özgü usullerle yürütülen bir kamu hizmeti olduğunun kabul edilmesi gerektiği, kolluk konularından biri olan güvenliğin sağlanması amacıyla yönelik faaliyetlerin kamu hizmetlerinin ilki sayılmasında kuşku bulunmadığı ileri sürülmektedir<sup>191</sup>. Bu sebeple doktrinde kolluk, *spesifik kamu hizmeti türü* olarak da ifade edilmekte<sup>192</sup> olup diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak kendine özgü usul ve teşkilatı bulunması sebebiyle bu kamu hizmetinin kolluk olarak adlandırıldığı belirtilmektedir<sup>193</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, kentsel dönüşüm mevzuatında riskli yapı tespiti hususunda *lisanslandırma yetkisinin* Bakanlık'a verildiği anlaşılmakta ve bu anlamda 6306 sayılı Kanun'da kentsel dönüşüm kolluğunun bir usulü olan *lisans(landırma) usulüne* yer verildiği düşünülmektedir. Bu kolluk usulüne ilişkin detaylı hükümlerin de kentsel dönüşüm kolluğunda tanzim usulünün bir parçasını teşkil eden Uygulama Yönetmeliği'nde yer aldığı görülmektedir.

Uygulama Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca, lisanslandırılacak niteliği haiz kurum ve kuruluşların kendisi, ortak ve yöneticileri ile kurum veya kuruluşlarda riskli yapı tespiti için görevlendirilecek mühendis(ler) adına sunulacak belgelerle birlikte *lisanslandırma talebini içeren dilekçe* ile Bakanlık'a yapılan başvurularının Yönetmelik'te belirtilen şartlar dâhilinde yapılması ve uygun görülmesi hâlinde, Bakanlıkça *Lisans Belgesi* düzenlenmektedir. Bu bağlamda riskli yapı tespiti faaliyetine özgülenmiş olan lisanslandırma usulünün, başlı başına idarî kolluk usullerinden *müsaade (izin) sistemi/izin rejimi/izin ve*

<sup>187</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 568.

<sup>188</sup> Yasin, Kamu Hizmeti, s. 446.

<sup>189</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1474-1478.

<sup>190</sup> Gülân, Kamu Hizmeti Kavramı, s. 152. Ayrıca bkz.: Atay, İdare Hukuku, s. 648.

<sup>191</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 722.

<sup>192</sup> Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 538.

<sup>193</sup> Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 267.

*bildirim/izin verme-bildirim alma/izin usulü (önleyici sistem)* olduğu görülmektedir. Ayrıca *talep ve beyana bağlı* olarak Bakanlıkça tanzim edilen *Riskli Yapı Tespit Lisans Belgesi*, kentsel dönüşüm kolluğunda, idarî kolluk usullerinden *birel işlem yapma usulüne ve bu usul ile tesis edilen birel işlemlere* ve kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki *izin verme veya vermeme kararına*<sup>194</sup> tekabül etmekte olup Bakanlık bu yolla idarî kolluğun *denetim ve gözetim olanağına*<sup>195</sup>; *gözetim ve denetim*<sup>196</sup> *araçlarına*<sup>197</sup> sahip olmaktadır.

### 3. Yaptırım Uygulama Usulü

*Müeyyide*<sup>198</sup> olarak da ifade edilen *yaptırım*, emre uyulmadığında uygulanan ve bu bağlamda emrin hukukî desteği olarak Devlet eliyle gerçekleştirilen maddî bir tepkidir. Bu sebeple her emrin maddî bir yaptırımı bulunmaktadır<sup>199</sup>. Yaptırım, cezayı da kapsayacak şekilde, daha genel bir kavram niteliğindedir<sup>200</sup>.

*İdarî yaptırım* ise idarenin yaptırım yetkilerini ifade etmektedir<sup>201</sup>. Üstlenmiş olduğu görevleri etkili ve ivedi nitelikte yerine getirmek üzere idareler yaptırım uygulama yetkisi ile donatılmıştır<sup>202</sup>. İdarî yaptırımlar, idarenin karar ve tedbirlerinin kabul ve uygulanmasını sağlamak üzere kanunlara konulmuş zorlayıcı hükümlerdir<sup>203</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bir kararında, doktrinde kabul edildiği üzere, idarenin, bir yargı kararına gerek olmaksızın kanunların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlem ile

<sup>194</sup> Gözler-Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 545.

<sup>195</sup> Giritli vd., *İdare Hukuku*, s. 1166.

<sup>196</sup> Ayrıca bkz.: Günday, *İdare Hukuku*, s. 304; Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, s. 496.

<sup>197</sup> Anayasa Mahkemesinin de bir kararında, Anayasa'nın 57. maddesinde öngörülen görevi yerine getirebilmesinin, belli bir plan ve program çerçevesinde sürekli *gözetim ve denetimi* gerekli kılmakta olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986.

<sup>198</sup> Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, Teksir/Daktilo/Fotokopi, Ankara, 1972-1973, s. 9-10; Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970, s. 201; Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 245; Ali D. Ulusoy, *İdarî Yaptırımlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 5.

<sup>199</sup> Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri*, s. 9-10.

<sup>200</sup> Sadrettin Sürbehan, "İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku", *Türk İdare Dergisi*, 1971, Y. 42, S. 328, s. 132-133.

<sup>201</sup> Balta, *İdare Hukukuna Giriş I*, s. 201.

<sup>202</sup> Günday, *İdare Hukuku*, s. 232.

<sup>203</sup> Sürbehan, "İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku", s. 133.

uyguladığı yaptırımlar<sup>204</sup> ile verdiği cezalara *idarî yaptırım* denildiği ve kişi hak ve özgürlükleriyle yakından ilgili olan idarî yaptırımların, idarenin kanun ile ya da onun açıkça verdiği yetkiye dayanarak uyguladığı bir tür ceza olduğu belirtilmiştir<sup>205</sup>. Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında idarî yaptırımların, bir idarî organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı idarî bir işlem olması ve kanunî ya da düzenleyici idarî işleme uyulmamasının bir ceza içermesi olmak üzere, belirleyici iki özelliği bulunduğu belirtilmiştir<sup>206</sup>.

Danıştay'ın bir kararında da önleyici ve caydırıcı özelliği bulunan ve henüz zarar oluşmadan uygulanan idarî yaptırım, idare hukukuna özgü yöntemlerle idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın kanunların açıkça verdiği yetkiye dayanarak doğrudan doğruya bir işlem ile uyguladığı yaptırımlar ile verdiği cezalar olarak tanımlanmıştır<sup>207</sup>.

Kişilerin kolluk tedbirlerine uyması için öngörülen yaptırımlardan birisi de idarî yaptırımlardır<sup>208</sup>. Bu bağlamda özellikle toplum hayatı ve düzeninin iyi bir şekilde işlenmesini sağlamak görevi içinde bulunan idareye, teorik olarak yargı erkinin kullanılması gereken cezayı tayin ve tatbik etmek yetkisi verilmiştir<sup>209</sup>. Kolluk yetkileri kullanılarak yapılan düzenlemelerin özgünlüğünün de idarî ve cezaî yaptırımlarla desteklenmiş olmaları olduğu belirtilmektedir<sup>210</sup>. Zira yaptırımlar, kolluğun yararı olduğu araçlar olarak karşımıza çıkmakta olup idare, kolluk alanında etkinlik gösterdiğinde idarî yaptırım uygulayabilme yeteneği ile donatılmaktadır<sup>211</sup>. Bu noktada son olarak belirtilmelidir ki, kolluk faaliyeti gösteren idarenin idarî nitelikli yaptırım uygulama yetkisiyle donatılması; yani kolluk yaptırımları<sup>212</sup> öngörülmesi de idarî kolluğu, adlî kolluktan ayıran bir diğer özellik olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>213</sup>.

<sup>204</sup> Ayrıca bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2010/55, K. 2011/140, K.T. 20.10.2011.

<sup>205</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 1996/48, K. 1996/41, K.T. 23.10.1996.

<sup>206</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2010/55, K. 2011/140, K.T. 20.10.2011.

<sup>207</sup> Bkz.: Danıştay 10. Dairesi, E. 2012/2709, K. 2016/126, K.T. 15.01.2016, (Çevrimiçi), <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/ictihat/danistay/10-d-e-2012-2709-k-2016-126-t-15-1-2016>, (29.03.2021).

<sup>208</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 633, 635; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 555-556.

<sup>209</sup> Sürbehan, "İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku", s. 128-129.

<sup>210</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 670.

<sup>211</sup> Özey, Günışığında Yönetim, s. 722, 725.

<sup>212</sup> Ayrıca bkz.: Günay, İdare Hukuku, s. 303; Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 501; Yayla, İdare Hukuku, s. 58.

<sup>213</sup> Özey, Günışığında Yönetim, s. 725, 737.

Özel kolluk tedbir ve kararlarının yaptırımları özel kanunlarında düzenlenmiş olup<sup>214</sup> Çevre, Şehircilik ve İklim Bakanlığının lisanslı kurum ve kuruluşlar üzerinde ve ayrıca riskli yapı tespitine ilişkin faaliyetleri üzerinde de denetim yetkisi bulunmaktadır<sup>215</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında da 6306 sayılı Kanun'un madde 3/8 hükmünde *idarî yaptırım* olduğu belirtilen, *yazılı uyarı cezası, idarî para cezası, lisans iptali cezası ve geçici süre ile faaliyetten men cezası*<sup>216</sup> şeklinde ifade edilen dört tür idarî yaptırım öngörülmüştür.

6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-a hükmünde, *i. Riskli yapı tespit raporunda teknik yönden tespit edilen eksikliklerin verilen süre içerisinde düzeltilmemesi, ii. Yapı maliki olmayan birinin talebine istinaden riskli yapı tespiti yapılması ve iii. Daha önce riskli yapı tespitine konu edilmiş bir yapı hakkında ikinci kez riskli yapı tespiti yapılması, yazılı uyarı cezası verilecek fiiller olarak belirtilmiştir.*

6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-b hükmünde, *i. İki kere yazılı olarak uyarı cezası alınmasından sonra, uyarı cezasını gerektiren başka bir fiilin tespit edilmesi, ii. Riskli yapı tespitinde yapıya ilişkin verilerin eksik veya yanlış alınarak hesap yapılması neticesinde riskli bir yapının risksiz veya risksiz bir yapının riskli olarak tespit edilmiş olması ve iii. Yapıda teknik inceleme yapılmadan riskli yapı tespit raporu hazırlanması, idarî para cezası verilecek fiiller olarak belirtilmiştir.*

6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-c ve 3/8-ç hükümlerinde, *i. Lisanslandırma şartlarının kaybedilmesi üzerine verilen süre içerisinde şartların sağlanmaması, ii. Lisans başvurusunda gerçeğe aykırı bilgi ve belge sunulduğunun tespit edilmesi, iii. Mevcut olmayan bir yapı hakkında riskli yapı tespit raporu hazırlanması, iv. Daha önce üç defa idarî para cezası alınmış olması ve v. Yapı denetim kuruluşları ile laboratuvar kuruluşlarının Yapı Denetimi Hakkında Kanun'a göre izin belgelerinin iptal edilerek faaliyetlerine son verilmesi, lisans iptali cezası verilecek fiiller olarak belirtilmiştir.*

Geçici süre ile faaliyetten men cezasında ise diğer idarî yaptırımlardan farklı bir durum bulunmaktadır. Bu ceza hem lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar hem bunların ortakları hem de bunlarda görevlendirilen mühendisler hak-

<sup>214</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 308.

<sup>215</sup> Sönmez, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 159-160. Yine doktrinde Bakanlık'ın riskli yapı tespiti faaliyetlerini denetleme ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Efe Bilke, *Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 93.

<sup>216</sup> Doktrinde bu idarî yaptırım, *işlemlerin geçici durdurulması* olarak ifade edilmiştir. Bkz.: Sönmez, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 169.

kında öngörülmüştür. Bu anlamda lisanslandırılan kurum ve kuruluşların faaliyetleri askıya alınırken, ortaklar ve mühendisler için görev alma yasağı getirilmektedir. Lisanslandırılan kurum ve kuruluşların ortakları ile bunlarda görevlendirilen mühendisler için öngörülen geçici süre ile faaliyetten men cezasının hukukî sebebi olan fiiller ile bu cezanın süresi, doğrudan 6306 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'da kurum ve kuruluşlara uygulanan idarî para cezası ile lisans iptali cezası yaptırımının hukukî sebep oluşturacağı şekilde, lisanslandırılan kurum ve kuruluşların ortak ve mühendisleri açısından ayrı ayrı sürelerde geçici süre ile faaliyetten men cezası şeklindeki bir idarî yaptırımın daha ihdas edildiği görülmektedir. 6306 sayılı Kanun'un madde 3/11 hükmüne göre, lisans iptal cezası alan kuruluşların ortaklarının, bu kuruluşlardaki hisselerini devretseler dahi *beş yıl süre* ile başka bir lisanslı kuruluşla ortak olamayacağı, kurdukları kuruluşlara lisans verilmeyeceği ve riskli yapı tespitinde görev alamayacakları belirtilmiştir. Yine 6306 sayılı Kanun'un madde 3/11 hükmüne göre, lisanslı kuruluşlara iki kez Kanun'un madde 3/8-b-2 ve 3/8-b-3 hükümleri uyarınca idarî para cezası verilmesine sebep olan mühendisler ile mevcut olmayan bir yapı hakkında riskli yapı tespit raporu hazırlama fiilini gerçekleştirmek suretiyle lisans iptali cezasına sebep olan mühendislerin, *üç yıl süre* ile başka bir lisanslı kurum ve kuruluşta görev alamayacağı, kurdukları kuruluşlara lisans verilmeyeceği ve başka bir lisanslı kuruluşla ortak olamayacağı belirtilmiştir. Bunun dışında 6306 sayılı Kanun'un madde 3/8 hükmünün sistematik yorumuyla, (a), (b), (c) ve nihayetinde (ç) bentlerindeki düzenlemelerin idarî yaptırım niteliğinde öngörüldüğü açıktır. 6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-ç hükmüne göre, riskli yapı tespiti yapmak üzere lisanslandırılmış olan ve 4708 sayılı Kanun'a göre Bakanlık'tan izin belgesi almış yapı denetim kuruluşları ile laboratuvar kuruluşları, 4708 sayılı Kanun'a göre belirli bir süre ile yeni iş almaktan men cezası almaları durumunda aynı süre içerisinde riskli yapı tespiti faaliyetinde de bulunamazlar. Bu sebeple, hukukî sebebi ve yine süresi 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen ve kurum ve kuruluşlar hakkında uygulanacağı öngörülen geçici süre ile faaliyetten men cezasının bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak diğer idarî yaptırımlardan farklı olarak bu idarî yaptırım, daha detaylı düzenlemelerle Uygulama Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nin madde 6/8 hükmünde yeni riskli yapı tespiti için yapı kaydı oluşturma ve işlem yapma izninin verilmemesi şeklinde metne işlenen idarî yaptırımın 6306 sayılı Kanun'un 8. maddesinde hükme bağlanan geçici süre ile faaliyetten men cezası niteliğinde olduğu görülmektedir; ancak bu cezanın aşağıda yer verilen fiilleri Kanun'da değil Yönetmelik'te düzenlenmiş olup aşağıda belirtilen

hukukî durumlarda riskli yapı tespiti için yapı kaydı oluşturma ve işlem yapma izni verilmeyecektir:

- i. *Riskli yapı tespiti yapmak üzere en az bir inşaat mühendisinin görevlendirilmemesi durumunda görevlendirme yapılınca kadar.*
- ii. *Ortaklarında, mühendislerinde, ortaklarının ve kuruluşun adında ve tebliğat adresi ve benzeri bilgilerinde yapılan değişikliklerin süresi içinde Bakanlığa bildirilmemesi durumunda bildirim yapılınca kadar.*
- iii. *4708 sayılı Kanun'a göre yeni iş almaktan men cezası verilmesi durumunda ceza süresi bitinceye kadar.*
- iv. *Ortakları, yöneticileri veya mühendisleri hakkında ilgili meslek odasının faaliyetten geçici men nevinden ceza verilmiş olması hâlinde ceza süresinin sonuna kadar.*

Yer verilen bu idarî yaptırımların **kentsel dönüşüm kolluğu yaptırımları** olarak ifade edilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım uygulama usulü de bu kolluğu, kolluk türlerinden idarî kolluk olarak belirtmemize yönelik gerekçelerden bir diğerini teşkil etmektedir.

6306 sayılı Kanun'un madde 3/8 hükmünde, riskli yapı tespiti için lisanslandırılan kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin Bakanlıkça denetimi üzerine, 6306 sayılı Kanun'a ve ilgili diğer mevzuatta öngörülen esaslara uygun olarak faaliyetlerini yerine getirmeyen lisanslı kurum veya kuruluşlara, işledikleri fiil ve hâllerin durumuna göre idarî yaptırım uygulanması düzenlenmiş olup bu anlamda kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım uygulama usulü kapsamında Bakanlık, ayrıca idarî kolluğun *gözetim ve denetim araçlarına* da sahip olmaktadır.

6306 sayılı Kanun'da lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ve kuruluşlarda çalışan mühendislere özgü olarak düzenlenen bu idarî yaptırımlar incelendiğinde, kentsel dönüşüm kolluğunda idarî kolluğun usullerinden *cebiri yolları/yaptırım uygulama/genel yaptırım usulü* öngörülmüş olup *birel işlem yapma usulü ile tesis edilen birel işlemlerden emir ve ihtar (uyarı), yaptırım uygulama* ve kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki *emir veya ihtar, yasaklama (faaliyetten men etme) kararları, erteleme kararları* olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### 4. Emir ve İhtar Usulü

Emir ve ihtar usulünde idarî kolluk, sürekli ve kesintisiz biçimde yaptığı denetim ve gözetimlerde kurallara uyulmadığının tespiti hâlinde uymayan kişiye

duruma göre, belli bir süre içerisinde bu kurallara uyma ödevi yükleyerek emir ve uyarının içeriği yerine getirilmemesi hâlinde yaptırım ya da re'sen icra yetkisini kullanmaktadır<sup>217</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğunda da mevcut olduğu emir ve ihtar usulüne yönelik açıklamalara aşağıda yer verilmiştir.

#### **a. Riskli Yapı Tespiti Yaptırma Emri**

Doktrinde belirtildiği üzere, bir yapının riskli olduğunun tespitinde; telafisi mümkün olmayan can ve/veya mal kayıpları ile karşı karşıya kalılabileceği ve idarenin gereği gibi işlemeyen kolluk faaliyeti dolayısıyla sorumluluğunun doğacağı sebebiyle, kamu yararı bulunmaktadır. Bu anlamda riskli yapı tespiti işlemi de idarenin kolluk faaliyeti kapsamında tesis edilen bir idarî işlemdir<sup>218</sup>.

Kentsel dönüşüm kolluğunun izin usulünde belirtildiği üzere, 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmüne göre Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, riskli yapıların tespiti, öncelikle yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır. Bu bağlamda *riskli yapıların tespiti faaliyetinde yapı maliklerinin talepte bulunması ilkesinin* etkin kılındığını belirtmek gerekir.

Dolayısıyla riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapıların yıkılarak yeniden inşasını düzenleyen 6306 sayılı Kanun kapsamında maliklerin anlaşması ve rızası dâhilinde inşaat yapılması öngörülmüşse de aksi durumda kamu gücü devreye girmektedir<sup>219</sup>. Zira bu ilkenin mutlak olarak uygulanmadığı hâller de mevcut olup 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmüne göre Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanunî temsilcilerinden isteyebilir. Dolayısıyla yapı maliklerinin (ya da kanunî temsilcilerinin) talebi olmadan da Bakanlık kendiliğinden riskli yapı tespiti yaptırılmasını isteyebilmekte ve bu noktada kişiler için riskli yapı tespiti yaptırma zorunluluğu getirilmektedir. Bu icraî karar, kentsel dönüşüm kolluğunda idarî kolluğun usullerinden *emir ve ihtar (uyarı) usulünü* teşkil etmekte olup *birel işlem yapma usulü ile tesis edilen birel işlemlerden emir ve uyarı* ve kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki *emir veya ihtar* olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>217</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1169.

<sup>218</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 149, 165.

<sup>219</sup> Üstün-Yıldırım, Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm, s. 161.

### **b. Riskli Yapı Tahliye ve Yıkırma Emri**

Bir önceki başlıkta kentsel dönüşüm kolluğunun emir ve ihtar usulünden biri olarak ele alınan riskli yapı tespiti işlemi, devamında tesis edilebilecek olan yıkım kararının hazırlayıcısı niteliğinde bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>220</sup>. Kanaatimizce bu hukukî sonuç, tahliye kararı için de geçerlidir.

6306 sayılı Kanun'un *tahliye ve yıkırmanın* düzenlendiği madde 5/1 hükmüne göre, riskli yapıların yıkıtılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi ve bu anlamda kentsel dönüşümün ilkelerinden olan *katılım ilkesi*<sup>221</sup> esas olmakla birlikte; idareye kolluk faaliyeti kapsamında kanunî olarak re'sen icra ve cebri icra yetkisinin verildiği<sup>222</sup> madde 5/3 hükmüne göre uygulamaya başlanmadan önce, yapı maliklerine altmış günden az olmak üzere verilen süre içerisinde riskli yapıların yıkıtılması istenir ve bu süre içinde yapı maliki tarafından yapı yıkıtılmadığı takdirde, yapının idarî makamlarca yıkıtılacağı belirtilerek ve tekrar süre verilerek tebligatta bulunulur. Bu anlamda riskli yapıların tahliye ve yıkıtılmasında yapı maliki kişilere zorunluluk getirilmekte ve bu icraî karar da kentsel dönüşüm kolluğunda idarî kolluğun usullerinden *emir ve ihtar (uyarı) usulünü* teşkil etmekte olup *birel işlem yapma usulü ile tesis edilen birel işlemlerden emir ve uyarı* ve kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki *emir veya ihtar* olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **c. Yazılı Uyarı ve İdarî Para Cezaları**

6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-b-1 hükmüne göre, iki kere yazılı olarak uyarı cezası alınmasından sonra, uyarı cezasını gerektiren başka bir fiilin tespit edilmesi, idarî para cezası verilecek fiillerden biri olarak düzenlenmiştir. Yine 6306 sayılı Kanun'un madde 3/8-c-4 hükmüne göre de daha önce üç defa idarî para cezası alınmış olması da lisans iptali cezası verilecek fiillerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında tesis edilen *yazılı uyarı cezası* yönünden durum değerlendirildiğinde, bu idarî yaptırımın tekerrürü hâlinde hem idarî para cezasının hem de lisans iptali cezasının sebep unsuru olacak şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Durum, *idarî para cezası* yönünden değerlendirildi-

<sup>220</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 151.

<sup>221</sup> Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 11.

<sup>222</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 175.



rildiğinde de bu idarî yaptırımın da tekerrürünün lisans iptali cezasının sebep unsuru olacak şekilde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. O hâlde yazılı uyarı cezasının idarî para ve lisans iptali cezaları; idarî para cezasının da lisans iptali cezası yönünden kentsel dönüşüm kolluğunda idarî kolluğun usullerinden *emir ve ihtar (uyarı) usulünü* teşkil etmekte olup *birel işlem yapma usulü ile tesis edilen birel işlemlerden emir ve uyarı* ve kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki *emir veya ihtar* olduğu düşünülmektedir.

##### 5. Doğrudan Uygulama Usulü: Re'sen İcra

Kamu hizmetlerinin düzenli işlenmesini temin eden idarî kolluk, kamu gücünün (kudretinin) maddî unsuru ile re'sen icra yetkisinin yaptırım aracı niteliğindedir<sup>223</sup>. *Doğrudan yerine getirme*<sup>224</sup> olarak da ifade edilen bu usul açısından, kentsel dönüşüm kolluğunda da re'sen icra yetkisi kapsamında idarî faaliyetler bulunmaktadır.

6306 sayılı Kanun'un *uygulama işlemlerinin* düzenlendiği 6. maddesinde, başta Bakanlık olmak üzere, birden çok idareye çok sayıda gerçekleştirilebilecek uygulama işlemi tesis etme görev ve yetkisi verilmiş olduğu görülmektedir. Ayrıca 6306 sayılı Kanun'un *uygulamaların resen yapılmasının* düzenlendiği madde 6/A-1 hükmünde de doğrudan yapılacak uygulamalar düzenlenmiştir. Yer verilen 6306 sayılı Kanun hükümleri de dâhil olmak üzere, bu çalışmada, *re'sen riskli yapı tespitinin yapılması/yaptırılması, riskli yapıların tahliye ve yıktırılması, tasarrufların kısıtlanması, satış ve teferruğdan teşekkül kentsel dönüşüm kolluğunun doğrudan uygulama usulleri* ele alınacaktır. Aşağıda yer verilen kentsel dönüşüm kolluğu uygulamaları, idarî kolluğun usul ve araçlarından, *cebir yolları, doğrudan uygulama* kapsamındaki *birel işlem yapma usulüne ve bu usul ile tesis edilen birel işlemlerden re'sen icraya* temas etmektedir.

Kanaatimizce bu başlıktaki usul kapsamında incelenecek olan kentsel dönüşüm kolluğu, asıl olarak bir özel idarî kolluk niteliği gösteren kentsel dönüşüm kolluğunda *özel koruma ihtiyacının*<sup>225</sup> bir tezahürü olmaktadır.

<sup>223</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1474-1478.

<sup>224</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 273; Özyay, Günışığında Yönetim, s. 740.

<sup>225</sup> Doktrinde genel idarî kolluğun dışında özel bir idarî kolluğa olan ihtiyacın nedenleri, *özel koruma ihtiyacı ve daha ağır müeyyide ihtiyacı* olarak belirtilmiş olup özel koruma ihtiyacı açısından, bazı alanlarda genel idarî kolluğun alamayacağı tedbirlerin, kendilerine tanınan kanunî yetki ile özel idarî kolluk makamlarınca alınabildiği ve genel idarî kolluğun ilgili alanı korumadaki yetersizliğinin aşılarda idarenin özel idarî kolluk yetkisi ile daha güçlü hâle geldiği ifade edilmiştir. Bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 503.

#### **a. Riskli Yapı Tespitinin Yapılması/Yaptırılması**

6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmüne göre, eğer ki verilen süre içinde emir ve ihtar usulü şeklindeki kentsel dönüşüm kolluğunun icabı yerine getirilmeyerek riskli yapı tespiti yaptırılmaz ise bu defa tespitler, doğrudan Bakanlıkça veya İdarece<sup>226</sup> yapılır veya lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır. Yer verilen kanunî hükümde düzenlenen afet riski altındaki alanlarda gerçekleştirilen kentsel dönüşüm uygulamaları kapsamındaki riskli yapı tespit işlemi, daha önce de belirtildiği üzere kolluk faaliyeti niteliğinde olup<sup>227</sup> Bakanlık'ın sürece dâhil olmak suretiyle kentsel dönüşüm uygulamalarını başlatacak olmasının, kolluk faaliyetlerini tam ve gerektiği gibi yürütmesi için bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir<sup>228</sup>.

Bunun dışında, 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A hükmünde ise, yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda dönüşüm uygulamalarının maliklerin ve ilgililerin muvafakati aranmaksızın Bakanlıkça re'sen yapılabileceği veya yaptırılabilceği ve bu alanlarda riskli yapı tespitinin re'sen Bakanlıkça yapılacağı belirtilmiştir. Yer verilen bu kanunî hüküm açısından ortaya çıkan acil müdahale nitelikli kentsel dönüşüm uygulaması da idarenin bir önlemi olarak idarî kolluk faaliyeti niteliğinde olmaktadır<sup>229</sup>.

#### **b. Riskli Yapıların Tahliyesi ve Yıkılması**

6306 sayılı Kanun'un madde 5/3 hükmüne göre, eğer ki verilen süre içinde emir ve ihtar usulü şeklindeki kentsel dönüşüm kolluğunun icabı yerine getirilmeyerek riskli yapı tahliye edilmez ve yıktırılmaz ise bu defa bu yapıların insandan ve eşyadan tahliyesi ve yıktırma işlemleri, mahallî idarelerin de katılımıyla mülkî amirler tarafından yapılır veya yaptırılır. Ayrıca yine aynı maddenin 5/4

<sup>226</sup> 6306 sayılı Kanun'un madde 2/1-b hükmüne göre *idare*, belediye ve mücavir alan sınırları içinde *belediyeleri*, bu sınırlar dışında *il özel idarelerini*, büyükşehirlerde *büyükşehir belediyelerini* ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki *ilçe belediyelerini* ifade etmektedir.

<sup>227</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 149, 165.

<sup>228</sup> Akbey Erdidal, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanununa Dayalı Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, s. 54, 58.

<sup>229</sup> Akbey Erdidal, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanununa Dayalı Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, s. 221.

hükmüne göre, hükmün 1, 2 ve 3. fıkralarında belirtilen usullere göre süresinde yıktırılmadığı tespit edilen riskli yapıların yıktırılması hususu yazılı olarak İdareye, Bakanlık tarafından bildirilir. Ardından bildirim üzerine yıktırılmadığı tespit edilen yapılar var ise bunlar, Bakanlıkça yıkılır veya yıktırılır. Hukukî bu silsile somut durumda ortaya çıktığında, Bakanlık'ın bağlı yetkiye tabi tutulduğu görülmektedir. Bakanlık, ayrıca uygulamanın gerektirmesi hâlinde tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini doğrudan yapabilir.

Bunun dışında, 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A hükmüne göre de yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, su baskını, heyelan, yangın, kaya düşmesi, patlama gibi sebeplerle ağır hasar görme riski bulunan veya ağır hasar gören yapıların tahliyesinin Bakanlıkça verilen süre içerisinde yapılması mecburî olup bu sürede yapıların tahliye edilmemesi hâkinde kilitli olan kapıları açmak veya açtırmak da dâhil olmak üzere tahliye ve yıktırmaya yönelik iş ve işlemler, gerektiğinde kolluk kuvvetlerinin de yardımıyla Bakanlıkça yapılabilir veya yaptırılabilir.

Doktrinde tehlikeli yapıların yıkılması, idarî kolluğun re'sen icra (doğrudan yerine getirme) yetkisi kapsamında değerlendirilmiştir<sup>230</sup>. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da kamu idaresinin kolluk faaliyetinin bir gereği olarak depremden zarar gören yıkılacak derecede tehlikeli yapıların yıktırılması olduğu ve başvuruçunun konutunun bulunduğu alanlardaki bu türlü yapıların yıktırılması işinin de idarî kolluk faaliyeti kapsamında gerçekleştirildiği belirtilmiştir<sup>231</sup>.

### ***c. Tasarrufların Kısıtlanması***

6306 sayılı Kanun'un madde 4/1 hükmüne göre, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini iki yıl süre ile geçici olarak durdurabilme yetkisi Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya İdare'ye verilmiştir. İmar ve yapılaşma işlemlerinin geçici olarak durdurulması, uygulamanın gerektirmesi hâlinde, bir yıl daha uzatılabilmektedir.

Yine 6306 sayılı Kanun'un madde 4/3 hükmünde de Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi hâlinde, uygulama sırasında hak sahiplerinin de

<sup>230</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 741. Ayrıca bkz.: Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1170; Akbey Erdi-dal, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanununa Dayalı Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları, s. 159. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da yıkma işlemlerinin imar kolluğu kapsamında yer aldığı belirtilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2001/377, K. 2002/59, K.T. 26.06.2002.

<sup>231</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No. 2013/6880, K.T. 23.03.2016.

görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara doğal gaz, su ve elektrik verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur.

#### **d. Açık Artırma Usulü ile Satış**

6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmüne göre, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde, yapılar yıktırılmadan önce, hükümde belirtilen işlemlerin yapılmasına, yapının paydaşı olup olmadıkları gözetilmeksizin sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek ve anlaşma sağlayan diğer paydaşlara ya da paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde hükümde belirtilen şartlarla riskli yapılar üçüncü kişilere rayiç değerden az olmak üzere açık artırma usulüyle satılır.

Ayrıca yine 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmüne göre, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hariç olmak üzere, riskli yapılarda, anlaşma temin eden diğer paydaşlara veya anlaşma temin eden paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya riayet ederek işlem yapılmasını kabul etmek kaydıyla paydaş olmayanlara satış gerçekleştirilinceye kadar satış işlemi tekrarlanır. Dolayısıyla açık artırma usulü ile satış şeklindeki bu kentsel dönüşüm koluğunda, anlaşmaya katılmayan paydaşlar, paydaşlıktan çıkarılmaktadır<sup>232</sup>.

Kentsel dönüşüm koluğunda ihdas edilen açık artırma usulü, bağlı yetkiye tabi tutularak idarî koluğun özelliklerinden biri olan *mecburîlik (bağlı yetki)* özelliğini<sup>233</sup> haiz olmaktadır. Zira Bakanlık'ın kentsel dönüşüm koluğunun bu usulünün uygulanmasında takdir yetkisi değil; bağlı yetkisi bulunmaktadır.

#### **e. Riskli ve Rezerv Alanlarda Teferruğ**

Teferruğ müessesesi, kentsel dönüşüm koluğu açısından sadece riskli ve rezerv alanlardaki paylara özgülenmiş olup riskli yapılarda idareye teferruğ kararı alma yetkisi tanınmamıştır. Bu sebeple, riskli yapıların mülkiyetinin teferruğ ile kamuya nakli mümkün olmayıp riskli ve rezerv alanlardaki payların mülkiyetinin özel hukuk kişilerine naklini öngören kentsel dönüşüm koluğu usulü açık artırma usulü ile satış; kamuya naklini öngören kentsel dönüşüm koluğu usulü ise teferruğ olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>232</sup> Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", s. 62.

<sup>233</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 497-498.

6306 sayılı Kanun'da *teferruğ* şeklinde bir ifade yer almamakla birlikte, uygulama amacı ve şekli bakımından bu başlık altında açıklanacak kentsel dönüşüm koluğu usulünün, kamu icra hukuku çerçevesinde, kamu (vergi) alacağının güvenliğini sağlayıcı kurumlara ve gerektiğinde bu alacağın kamu gücünün kullanılması yolu ile cebren takip ve tahsiline ilişkin kurallara yer veren<sup>234</sup> 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un*<sup>235</sup> *gayrimenkullerin teferruğu ve geri verilmesinin* düzenlendiği ve doktrinde *gayrimenkullerin teferruğu*<sup>236</sup> ya da *haczedilen gayrimenkul malların teferruğu* başlığı altında irdelenen<sup>237</sup> 98. maddesinde<sup>238</sup> düzenlenen teferruğ müessesesine benzer olduğu düşünülmektedir. Bu çalışmada da 6306 sayılı Kanun'da düzenlenen kentsel dönüşüm koluğu usulünün, riskli ve rezerv alanlarda teferruğ olarak ele alınması yeğlenmiştir.

Kural olarak haciz olunan bir gayrimenkulün mülkiyeti alacaklıya verilmekle birlikte<sup>239</sup>; kamu icra hukukunda, kamu alacağının korunması ve cebren tahsilinin sağlanması amacıyla 6183 sayılı Kanun'da haczedilen gayrimenkullerin satışında öngörülen teferruğ hükümleri suretiyle satılmayan gayrimenkullerin teferruğ edilebilmesi konusunda<sup>240</sup> takdir yetkisi tanınmıştır.

Dolayısıyla teferruğ talebinde bulunması hususunda, alacaklı kamu idaresi zorlanamaz<sup>241</sup>. Ayrıca bu takdir yetkisinin kullanımını engelleyen bir düzenleme olarak 6183 sayılı Kanun'un madde 98/4 hükmüne göre, teferruğ kararı veril-

<sup>234</sup> S. Ateş Oktar, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 369.

<sup>235</sup> T. 28.07.1953, S. 8469 R.G.

<sup>236</sup> S. Binnur Çelik, *Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku)*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 247.

<sup>237</sup> Adnan Gerçek, *Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü*, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 284.

<sup>238</sup> 6183 sayılı Kanun'un 90. maddesine göre, kamu alacağına karşılık idarece haczedilen gayrimenkuller, satış komisyonlarınca fizikî veya elektronik ortamda açık artırma ile satılır. Bu bağlamda gayrimenkullerinin satışı bir açık artırma usulü; yani bir ihale çerçevesinde yapılmaktadır. 6183 sayılı Kanun'un madde 98/1 hükmüne göre, ikinci arttırma ihalesinin tarihinden başlayarak bir yıl içinde gayrimenkul en az bir kere daha satışa çıkarıldığı hâlde satılmasına imkân bulunmadığı takdirde, satışa konu gayrimenkul alacaklı kamu idaresinin talebi üzerine ve satış komisyonu kararıyla kamu idaresince, gayrimenkulün biçilen rayiç değerinin %50'si bedeli ile teferruğ edilebilir.

<sup>239</sup> Turgut Candan, *Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 520.

<sup>240</sup> Oktar, *Vergi Hukuku*, s. 413-414.

<sup>241</sup> Candan, *Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, s. 521.

meden; başka ifade ile taşınmazın alacaklı kamu idaresince belirlenen değerinin %50'sini teferruğ bedeli olarak ödenmek suretiyle, taşınmazın mülkiyetini alacaklı kamu idaresi üzerine almadan<sup>242</sup> önce biçilen rayiç bedelin %75'i veya fazlası için başka bir talip çıkarsa alacaklı kamu idaresi teferruğdan vazgeçer. Bu sebeple yer verilen hükümdeki hâl mevcut olduğunda, idare teferruğ kararı almama hususunda bağlı yetkiyle donatılmıştır.

6183 sayılı Kanun çerçevesinde *mülkiyeti üzerine alma işlemi* olarak ifade edilen ve zorunlu nitelikte olmayan teferruğ işleminde, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkı, tescilden önce gayrimenkul sahibinden alınmakta ve Devlet'in ya da vergi dairesinin üzerine geçmektedir<sup>243</sup>. Alacaklı kamu idaresinin talebi ve satış komisyonunun kararıyla tesis edilmek suretiyle bir idarî işlem niteliği taşıyan<sup>244</sup>, kamu icra hukukunda taşınmazların haczi ve satışına ilişkin olan teferruğ<sup>245</sup>, gayrimenkul üzerindeki mülkiyet hakkının gayrimenkul sahibinden alınarak Devlet'in ya da diğer kamu idarelerinin uhdesine geçmesini ifade etmektedir<sup>246</sup>. Bu bağlamda gayrimenkullerin kamu idaresinin mülkiyetine geçmesi usulü olan teferruğ<sup>247</sup>, kamu icra hukukunda bir *idarî ve malî usul* olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 6183 sayılı Kanun'da öngörülen ve malî bir karşılığı olarak bir taşınmaz mülkiyeti transferini ifade eden teferruğ, özel bir usule bağlanmıştır.

Kentsel dönüşüm koluğu kapsamında olan ve doktrinde *zorunlu pay satışı*<sup>248</sup> olarak ifade edilen teferruğda, bir önceki başlıkta ele alınan açık artırma usulü satıştan farklı olarak üçte iki çoğunluğun kararına katılmayanların riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki payları, bedeli ödenmek suretiyle diğer özel hukuk kişilerinin değil; doğrudan kamunun malvarlığına dâhil edilmektedir. Bu anlamda 6183 sayılı Kanun'daki kamu alacaklarının cebren tahsilindeki haciz işlemlerinden olan teferruğda olduğu gibi, 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1

<sup>242</sup> Yusuf Karakoç, *Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 372.

<sup>243</sup> Ayrıca bkz.: Gerçek, Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü, s. 284.

<sup>244</sup> Candan, Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, s. 521.

<sup>245</sup> Selim Kaneti vd., *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 606.

<sup>246</sup> Mahmut Sekdur-Muhsin Altun, *Mali Hukuk Ansiklopedisi*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2001, s. 653.

<sup>247</sup> Çelik, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku), s. 247.

<sup>248</sup> Seda Yurtcanlı, "Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, C. 2, S. 4, s. 328.

hükmündeki riskli ve rezerv alanlardaki paylar için uygulanan teferruğ işleminin, *idarenin taşınmaz mal edinimi*<sup>249</sup> yöntemlerinden birisi ve *kamu hukuku usulü*<sup>250</sup> olduğu düşünülmektedir.

6306 sayılı Kanun'da düzenlenen riskli ve rezerv alanlarda teferruğun, idarenin özel hukuk usulleri (satın alma) kullanarak mal edinmesinden farklı olduğu, zira mülkiyetini satmak istemeyen kişiyi buna zorladığı görülmektedir<sup>251</sup>.

İlaveten 6183 sayılı Kanun'da kamu borçlusunun borcunu ödemediği gerekçesiyle başvuru cebrî takip işlemi olarak hacizde, satışa çıkarılan hacizli gayrimenkule hiç talip çıkmaması veya birinci ve ikinci artırmalarda verilen bedellerin rüçhanlı alacaklar ve yapılan masrafların toplam tutarını aşmaması hâlinde satış yapılamayacak olup alacaklı kamu idaresince teferruğ yapıncaya karar da haciz devam edecektir. İdarenin hacizli gayrimenkul hakkında teferruğ kararı alması durumunda ise teferruğ edilen gayrimenkulü geri almak isteyen borçluya bir imkân olarak, bu karardan itibaren bir yıllık süre ile vefa (geri alım) hakkı tanınmıştır<sup>252</sup>. 4721 sayılı Kanun'da taşınmaz mülkiyetinin devir hakkının kısıtlamalarından biri olarak Kanun'un *alım ve geri alım haklarının* düzenlendiği 736. maddesine göre, tapu kütüğüne şerh verilen alım ve geri alım hakları, şerhte belirtilen süre içinde her malike karşı kullanılabilir. Şerhin etkisi, her durumda, şerhin verildiği tarihin üzerinden on yıl geçmekle sona erer. 6183 sayılı Kanun'un madde 98/2 hükmünde de idarenin bir malı olan teferruğa konu gayrimenkul hakkında, borcuna karşılık haczedilerek teferruğ işlemi tesis edilen gayrimenkul sahibi, 1 yıl süre ile bu hakka sahip olmaktadır. Bu anlamda 6183 sayılı Kanun'da idarenin taşınmaz mal edinimi bir yıl süre ile kalıcı nitelik kazanmamakta olup teferruğ kararından itibaren bu süre boyunca teferruğ edilen gayrimenkul satılamamaktadır<sup>253</sup>. Kanaatimizce bu düzenleme, Amme

<sup>249</sup> Terminolojik kullanım için bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 611.

<sup>250</sup> Terminolojik kullanım için bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 611.

<sup>251</sup> İdarenin özel hukuk usullerini (satın alma) kullanmasında idarenin ihtiyaç duyduğu bir malı özel hukuk hükümlerine göre iktisap etmesinde malın sahibi olan özel kişinin rızası olması gerekmekte olup karşılıklı anlaşma olmaksızın özel hukuk usulleri çerçevesinde bu malı satmaya kişileri zorlayamaz. Bkz.: Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 640.

<sup>252</sup> Gerçek, Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü, s. 284.

<sup>253</sup> 6183 sayılı Kanun'un madde 98/2 ve 98/3 hükümlerine göre, teferruğ işleminin tamamlanmasından sonra, takip ve teferruğ masrafları düşülerek artan bedel borca mahsup edilir. Teferruğ edilen gayrimenkul teferruğ kararı tarihinden itibaren bir yıl müddetle satışa çıkarılamaz. Borçlu satış komisyonunun teferruğ kararı tarihinden başlayarak bir yıl içinde kamu alacağını, gecikme zamları ile birlikte ödediği takdirde gayrimenkul kendisine geri verilir. Ferağ masrafı borçluya aittir.

Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi'nde kamu alacaklarının takip ve tahsili açısından bu Kanun sistematığında uygulandığı ifade edilen ve *kamu alacağını ödemekle mükellef olanlara ödeme bakımından her türlü kolaylıklar göstermek* şeklindeki esasa<sup>254</sup> uygun düşmektedir. Diğer taraftan ise 6306 sayılı Kanun'da idarenin taşınmaz mal ediniminin; yani mülkiyetin kamuya geçişin kalıcı nitelikte olduğu ve idarenin malvarlığına geçen payın bir daha geri alınamadığı görülmektedir. Bu durumda 6306 sayılı Kanun'da riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki payları satın alınan kişilere herhangi bir geri alım (vefa) hakkı düzenlemesi yapılmamıştır.

6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmüne göre, riskli yapılar dışında, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki<sup>255</sup> paylar, açık artırma usulü ile paydaşlara satışı yapılamadığı takdirde, Bakanlık'ın talebi üzerine, Bakanlık tarafından tespit edilen rayiç bedeli ödenmek kaydı ile Hazine adına tapuda re'sen tescil edilir ve Bakanlık'a yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek kaydıyla tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlık tarafından uygun görülenler İdare'ye ya da TOKİ'ye devredilir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kentsel dönüşüm kolluğu açısından kentsel dönüşüme konu edilen riskli ve rezerv alanlardaki paylar ile taşınmazlar, 6306 sayılı Kanun'da öngörülen *idarî ve malî usule* riayet etmek kaydıyla ve Bakanlık kararıyla teferruğ edilmektedir. Ayrıca 6183 sayılı Kanun'un aksine, 6306 sayılı Kanun uyarınca tesis edilen teferruğ işleminde idarenin takdir yetkisinin bulunmadığı; Kanun'daki şartlar gerçekleştiğinde teferruğ kararı alınmak zorunda olduğu ve bağlı yetki ile donatıldığı görülmektedir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğunda ihdas edilen riskli ve rezerv alanlarda teferruğ, bağlı yetkiye tabi tutularak idarî kolluğun özelliklerinden biri olan *mecburîlik (bağlı yetki)* özelliğini<sup>256</sup> haiz olmaktadır.

<sup>254</sup> Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Lâyihası ve Geçici Komisyon Raporu (1/464)", <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d09/c024/tbmm09024111ss0286.pdf>, (11.10.2021).

<sup>255</sup> 6306 sayılı Kanun'un madde 2/1-c hükmüne göre, *rezerv yapı alanı*, bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alanları ifade etmektedir.

<sup>256</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 497-498.



## D. Kentsel Dönüşüm Kolluğunun Niteliği

İdare hukuku doktrininde idarî kolluk, *genel idarî kolluk* ve *özel idarî kolluk* şeklinde tasnif edilerek irdelenmektedir<sup>257</sup>. Bu sebeple doktrinde *idarî kolluklar* şeklinde bir inceleme de mevcuttur<sup>258</sup>. Ancak her iki tür idarî kolluk da nihayetinde kamu düzeninin farklı yönlerine ilişkin olduklarından dolayı, konuları açısından farklı olsalar dahi aynı amaca (toplumsal bir düzeni koruma amacına<sup>259</sup>) yönelik faaliyetler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>260</sup>.

### 1. Genel İdarî Kolluk Niteliği

Daha önce belirtildiği üzere, 6306 sayılı Kanun ile *i. Afet riski altındaki alanlar* ve *ii. Afet riski alanları dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler* şeklindeki iki tür alanda fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, yenileme ve tasfiyeye ilişkin usul ve esasları belirlenmesi amaçlanmıştır.

*Afet riski altındaki alanlar* açısından yapılacak değerlendirmede, kentsel dönüşüm kolluğunun ekseriyetinde bulunan niteliğin burada bir istisnasının bulunduğunu belirtmek gerekir. Zira 6306 sayılı Kanun'un Ek Madde 1/1-a hükmünde belirtilen amaçla Cumhurbaşkanınca riskli alan olarak kararlaştırılabilecek yerlerden birisinin kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerler olduğu belirtilmiştir<sup>261</sup>.

<sup>257</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 590; Atay, İdare Hukuku, s. 674; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 282; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257-258; Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1151; Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 498; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 531; Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 662; Günday, İdare Hukuku, s. 295; Kalabalık, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, s. 485; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478; Özay, Günışığında Yönetim, s. 727; Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 541-542; Yayla, İdare Hukuku, s. 44; Yenisey, Kolluk Hukuku, 38, 61; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 481.

<sup>258</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 727.

<sup>259</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 482-483.

<sup>260</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 750.

<sup>261</sup> Uygulama Yönetmeliği'nin *riskli alanın tespiti* düzenlendiği madde 5/2-a hükmünde de Bakanlıkça, *i. Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde*, 1) Planlama veya altyapı hizmetlerinin yetersiz olması, 2) İmar mevzuatına aykırı yapılaşmanın bulunması, 3) Altyapı veya üstyapıda hasar meydana gelmiş olması, sebeplerinden birinin veya bir kaçının bir arada bulunması hâlinde; *ii) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlarda*, uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenen alanların, riskli alan olarak belirlenmek üzere Cumhurbaşkanına sunulacağı belirtilmiştir.

Bu sebeple bu hüküm kapsamındaki kentsel dönüşüm kolluğunun niteliğinin *kamu düzeninin bütün faaliyetlerini ilgilendiren*<sup>262</sup>, coğrafi olarak yetkili olduğu alanda *herkes ve her türlü faaliyet (bütün faaliyetler) açısından* kamu düzenini sağlamak üzere kolluk tedbir ve işlemleri konusunda yetkili ve görevli olan<sup>263</sup> ve *olağan* nitelikteki<sup>264</sup> *genel idarî kolluk* olduğu düşünülmektedir. Zira bahsi geçen hüküm açısından, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerde uygulanacak kolluk faaliyeti için herhangi bir belirli faaliyet, belirli kişiler ya da önceden belirli bir alan öngörülmemiş olup bu anlamda Cumhurbaşkanlığı riskli alan kararı şeklindeki kentsel dönüşüm kolluğu, tüm ülke çapında (bütün ülke düzeyinde<sup>265</sup>) kamu düzenini sağlamak için yürütülen<sup>266</sup> ve *umumî zabıta*<sup>267</sup>, *genel kolluk*<sup>268</sup> olarak da ifade edilen ***genel idarî kolluk niteliğini haizdir.***

## 2. Özel İdarî Kolluk Niteliği

Yukarıda kentsel dönüşüm kolluğunun tanzim usulü irdelenirken, 6306 sayılı Kanun'un bir kolluk kanunu olduğuna yönelik tespitimize yer verilmiştir. Yasama fonksiyonunun bir tasarrufu olan 6306 sayılı Kanun ile bu çalışma kapsam ve sınır çerçevesinde irdelenen kentsel dönüşüm kolluğu usullerinin uygulanmasındaki yetkili idarî (kolluk) makamları da tayin edilmiştir.

*Özel bir kanun hükmüne dayanılarak kurulan*<sup>269</sup> ve *özel kanunların verdiği yetkiler uyarınca kamu düzenini tesis etmeyi amaçlayan*<sup>270</sup> özel idarî kolluk gibi kentsel dönüşüm kolluğu da özel kanunî düzenlemesi olan 6306 sayılı Kanun ile yukarıda yer verilen kamu düzeni konularının (güvenlik, sağlık, dirlik-esenlik ve kamusal estetik) bileşiminden oluşan kentsel dönüşüm kamu düzenini korumayı amaçlamaktadır.

<sup>262</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 674.

<sup>263</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 499, 513; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 531.

<sup>264</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 44.

<sup>265</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 513.

<sup>266</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 590; Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1151.

<sup>267</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257-258; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

<sup>268</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 293.

<sup>269</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 675.

<sup>270</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 592.

*i. Afet riski altındaki alanlar* açısından yukarıda yer verilen kentsel dönüşüm kolluğunun idarî kolluk niteliğinin yanı sıra, bu arsa ve arazileri Kanun'un amaç kapsamına dâhil eden bir diğer hususun, üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıması olduğu görülmektedir. İlaveten bu alanlar *ii. Afet riski alanları dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve araziler* ile birlikte değerlendirildiğinde, bu yerleri 6306 sayılı Kanun'un kapsamında dâhil eden hususun, *riskli yapılara* ve dolayısıyla *riskli yapı tespiti faaliyeti ve faaliyeti yürütenlere* özgülendiği görülmektedir.

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre riskli yapı tespiti faaliyeti, doğrudan Bakanlıkça yapılabileceği gibi, lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılabilen bir faaliyet olarak hükme bağlanmış olup bu usulün uygulama düzenlemeleri kentsel dönüşüm kolluğunun tanzim usulünü oluşturan Uygulama Yönetmeliği'nde öngörülmüştür.

Bu noktada öncelikle kentsel dönüşüm kolluğunun usullerinden biri olarak tespit edilen izin usulü: lisanslandırmanın odağında da lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar ve riskli yapı tespiti faaliyeti olduğu görülmektedir. Bu bağlamda özel idarî kolluğun özelliklerinden biri olarak özel bir kanunî düzenleme örneği teşkil eden 6306 sayılı Kanun kapsamında lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar nezdinde *farklı bilgi ve örgütlenme gerektiren*<sup>271</sup>, *belli teknik yetkilerin kullanılması zorunluluğu içeren*<sup>272</sup>, *teknik özellikleri bulunan*<sup>273</sup> ve bu temelde *özel, spesifik yetkileri haiz olarak özel ihtisas gereken sınırlı görev alanlarını*<sup>274</sup> teşkil eden riskli yapı tespiti faaliyeti oluşturulmuştur.

Uygulama Yönetmeliği'nin madde 6/1-c-6 hükmünde lisanslı kurum ve kuruluşlar herhangi bir alan ile sınırlı olmaksızın ülke genelinde riskli yapı tespiti yapabileceğinin öngörüldüğü belirtilmelidir. Ancak burada riskli yapı tespiti faaliyeti, *belirli bir coğrafi alanda genel olarak yetkili olmayan*<sup>275</sup>, *özel ve belirli konuda faaliyet gösteren*<sup>276</sup> ve bu bağlamda *konu itibarıyla yetki sınırlandırılmış*<sup>277</sup> özel idarî kollukla benzerlik göstermektedir. Zira hükümde de

<sup>271</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 44.

<sup>272</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 675.

<sup>273</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1163.

<sup>274</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 592.

<sup>275</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 499-500, 509; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 532.

<sup>276</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 675.

<sup>277</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 505.

belirtildiği üzere, ülke çapında yetki verilen faaliyet, genel bir faaliyet değil salt riskli yapı tespitine özgülenmiş olup konu itibarıyla yetki unsuru açısından konuyu riskli yapı tespiti faaliyeti oluşturmaktadır.

Ayrıca kentsel dönüşüm koluğunun yaptırım uygulama usulünün yansıması olarak tespit ettiğimiz idarî yaptırımların, bu açıdan özel idarî kollukta olduğu gibi belirli bir coğrafi alanda genel olarak yetkililiği değil, *kendilerine mahsus kanunlarda düzenlenmiş belirli görevleri*<sup>278</sup> yerine getirmek üzere, *özümlendikleri faaliyet konusu özelinde; belirli bir faaliyet konusunda, bu belirli faaliyeti icra eden kişiler üzerinde yetkililiği sağladığı*<sup>279</sup> görülmektedir. Zira bu idarî yaptırımlar, sadece lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar (kuruluşların yöneticileri ve kuruluşlarda çalışan mühendisler) hakkında tesis edilebilecek şekilde kurala bağlanmış olup yaptırımın uygulanacağı kabahatler de icra ettikleri belirli bir faaliyet niteliğindeki riskli yapı tespiti faaliyeti çerçevesindeki fiillerden oluşmaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar ışığında kentsel dönüşüm koluğunun usullerinden olan tanzim usulü, izin usulü: lisanslandırma ve yaptırım uygulama usulü, kendine mahsus kanunları ve diğer normları ile tayin edilen hukukî çerçevede faaliyet gösteren özel idarî kolluk ile benzerlik göstermektedir. Bu alana **mahsus kanun** olarak değerlendirilen ve kentsel dönüşüm kamu düzenini korumayı amaçlayan 6306 sayılı Kanun ile riskli yapı tespiti faaliyetini -Bakanlık'ın izin vermesi kaydıyla- yürüten lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar nezdinde, Yönetmelik ile düzenleme, lisanslandırma ve idarî yaptırım uygulama ile kentsel dönüşüm koluğunun özel idarî kolluk niteliği sağlanarak kolluk usulleri oluşturulmuştur.

Doktrinde, ayrıca *yabancılar koluğu*<sup>280</sup>, *çevre koluğu*<sup>281</sup>, *imar koluğu*<sup>282</sup>, *ta-rihi ve doğal anıtları koruma koluğu*<sup>283</sup>/*sit koluğu*<sup>284</sup>, *kent koluğu*<sup>285</sup>, *rekabet*

<sup>278</sup> Ayrıca bkz.: Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257.

<sup>279</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 499-500, 509, 542; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 532.

<sup>280</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 483.

<sup>281</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 546.

<sup>282</sup> Doktrinde yıkılmaya yüz tutmuş tehlikeli, rahatsız ve sağlık koşullarına uymayan yapılar konusunda imar koluğunun güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık gibi genel idarî kolluğun temel amaçları ile doğrudan ilgili bulunmakla birlikte; 3194 sayılı Kanun şeklinde özel düzenlemeye bağlanması ve yerel yönetimlerin görev ve yetki alanına dâhil edilmesi sebebiyle özel idarî kolluk olduğu ileri sürülmektedir. Bkz.: Özay, Günışığında Yönetim, s. 734. Ayrıca bkz.: Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1152; Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 65. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da imar koluğunun 3194 Kanun ile özel idarî kolluk şeklinde düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2001/377, K. 2002/59, K.T. 26.06.2002.

*kolluğu*<sup>286</sup>, *kamu ihale kolluğu*<sup>287</sup>, *şehircilik kolluğu ve imar*<sup>288</sup> şeklinde de türleri bulunduğu belirtilen özel idarî kolluğun ya *banka ve sigorta, at yarışları, avcılık, ormanları koruma (orman*<sup>289</sup>), *gümrükleri muhafaza (gümrük*<sup>290</sup>), *turizm, maliye, yabancıların seyahat ve ikametleri, tekel, sağlık*<sup>291</sup> *kolluğu (zabıtaları)* şeklinde genel idarî kolluğun konu ve amacından farklı faaliyet göstermekte<sup>292</sup> ya da güvenlik ve sağlık gibi genel idarî kolluğun özellik ve önem taşıyan bölümlerinin ayrılarak başlı başına uzmanlaşmış şekilde<sup>293</sup> yürütülmesini ifade ettiği belirtilmektedir<sup>294</sup>. Bu bağlamda özel idarî kolluk bazen genel idarî kolluğun kapsamındaki kamu düzeninin güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık konularının dışında

<sup>283</sup> Doktrinde de 5366 sayılı Kanun kapsamında yapılan bir değerlendirmede, öncelikle Anayasa'da tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunması konusunun idareye verilmiş bir görev olduğu, bu görevin bir boyutunu oluşturan koruma görevinin de özel idarî kolluk faaliyeti olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Aydın Gülan, "Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 1956-1957.

<sup>284</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 499; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 532.

<sup>285</sup> Ulusoy, İdarî Yaptırımlar, s. 12, 14.

<sup>286</sup> Ulusoy, İdarî Yaptırımlar, s. 12, 14.

<sup>287</sup> Meltem Kutlu Gürsel, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", **Bilgi Toplumunda Hukuk**, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. III, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003, s. 609, 622; Ulusoy, İdarî Yaptırımlar, s. 12. Kamu ihale kolluğu hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz.: Yeliz Neslihan Akel, **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, 47-48.

<sup>288</sup> Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 560.

<sup>289</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 542-543; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

<sup>290</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 543.

<sup>291</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

<sup>292</sup> Ayrıca bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 297; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 483. Doktrindeki bir görüşe göre, özel idarî kolluğun amacı kamu düzeninin geleneksel unsurları olan güvenlik, huzur (dirlik-esenlik) ve genel sağlığın dışında bir amaçtır. Bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 501. Yine doktrindeki bir başka görüşe özel idarî kolluk, kamu düzeninin klasik unsurlarını aşan amaçlar için görevli olduğundan bu kolluğun koruma amacı içinde olduğu toplumsal düzen, kamu düzeninden daha geniş niteliktedir. Bkz.: Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 483. Doktrindeki bir diğer görüşe göre, idarî kolluğun bir türünü oluşturan bu kolluğun, genel idarî kolluğun amaç ve konuları olan güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlığın dışında faaliyet göstermek için oluşturulduğu, korunmak ve sağlanmak istenen düzenin kamu düzeninden tamamen farklı bir düzen olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 297.

<sup>293</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 483.

<sup>294</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 258; Günday, İdare Hukuku, s. 297. Doktrindeki bir görüşe göre ise özel idarî kolluk, başlı başına bir kamu hizmeti niteliğinde olan genel idarî kolluğun (kolluk fonksiyonunun) dışında kalmakta olup bunun bir usulünü ve aracını teşkil etmektedir. Bkz.: Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

bazen ise bu konularda olmakla birlikte özel kanunî düzenlemeler uyarınca farklı örgüt, personel ya da usullerle yürütülmektedir<sup>295</sup>. Dolayısıyla özel idarî kolluk, idarelerin kendi çalışma alanlarına ilişkin olarak belli bir alandaki (spesifik) düzeni sağlamaya yönelik olarak yürütülen faaliyetlerdir<sup>296</sup>.

Yukarıda yer verilen açıklamalar uyarınca kentsel dönüşüm kolluğunun konularının, idarî kolluğun klasik anlayışındaki/geleneksel-klasik unsurlarını oluşturan *güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık* ile modern anlayışta yer alan *kamusal estetik* olduğu daha önce belirtilmiştir. Bu anlamda genel idarî kolluğun bir ya da birkaç amacından birine yönelik olan ve farklı bir hukukî düzenleme konusu yapılan kentsel dönüşüm kolluğu, kamusal estetik açısından sahip olduğu amaç bakımından da görev ve yetkili olması sayesinde<sup>297</sup> özel idarî kolluk özelliği kazanmaktadır. Ancak genel idarî kolluğun özellik ve önem taşıyan bu bölümleri açısından kentsel dönüşüm kolluğunda, *“sağlıklı ve güvenli yaşama çevresi”<sup>298</sup>, “sağlıklı ve düzenli yerleşim”<sup>299</sup>, “sağlıklı ve düzenli kentleşme”<sup>300</sup>, “sağlıklı bir yapılaşma süreci”<sup>301</sup>, “iyi ve modern şehirleşme”<sup>302</sup> ve “güvenli bir yerde, barış içinde ve onurlu bir şekilde yaşama”<sup>303</sup>* şeklinde tezahürlerle bir ayrım olduğu, bunların kamu düzeni konularının uzmanlaşmış kollarını<sup>304</sup> oluşturduğu, bu anlamda güvenlik, esenlik-dirlik ve sağlık konularında başlı başına uzmanlaşmış şeklini kazandığı düşünülmektedir. Başka bir ifade ile kamu düzeni açısından kentsel dönüşüm kolluğunun amacı şeklindeki karşımıza çıkan bu tezahürler, özellik ve önem taşıyan bölümleri oluşturmakta ve buradaki özel idarî kolluk faaliyetlerinin yürütüldüğü belirli (spesifik) alan da *kentsel dönüşüm kamu düzeni* olarak karşımıza çıkmaktadır.

<sup>295</sup> Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 727.

<sup>296</sup> Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, s. 542.

<sup>297</sup> Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 734.

<sup>298</sup> Bkz.: 6306 sayılı Kanun, m.1.

<sup>299</sup> Bkz.: 6306 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi.

<sup>300</sup> Bkz.: Anayasa, m.23.

<sup>301</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986.

<sup>302</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986.

<sup>303</sup> Bkz.: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin madde 11/1 hükmünün 4 No.lu Genel Yorumu. Bkz.: Lema Uyar, *Birleşmiş Milletler’de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 145, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul, 2006, s. 144-145.

<sup>304</sup> Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 292.

Yukarıda yer verilen kamu düzeni tezahürlerinin ihlallerinin önlenmesi ve bundan doğan tehlikelerin de bertaraf edilebilmesinin ihtiyaç duyduğu ve özel idarî kolluğun sağladığı uzmanlığı<sup>305</sup>, kentsel dönüşüm kolluğu temin etmektedir.

Ayrıca kentsel dönüşüm kolluğunun kamu düzeni konularından biri olan kamusal estetik sağlama amacı çerçevesinde de özel idarî kolluk genel idarî kolluğun kapsamındaki kamu düzeninin güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık konularının dışındaki bir konunun da var olduğu anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ve tespitler ışığında, kentsel dönüşüm kolluğu, *hususî zabıta*<sup>306</sup>, *özel kolluk*<sup>307</sup>, *hizmet zabıtası*<sup>308</sup>, *hizmet kolluğu*<sup>309</sup>/*kollukları*<sup>310</sup>, *uzman idarî kolluk*<sup>311</sup> olarak da ifade edilen **özel idarî kolluk niteliğini de haizdir**. Bu bağlamda doktrinde özel idarî kolluk türleri kapsamında da diğer türlerin yanı sıra, müstakil olarak **kentsel dönüşüm kolluğunun da mevcut olduğu düşünülmektedir**.

#### E. Kentsel Dönüşüm Kolluğu Makamları

Her kamu hizmeti teşkilatında, kendi araçları ile ifa ettiği kamu hizmetinin işlemesine mâni olan ve kamu düzenini ihlal eden hareketleri önlemek konusunda idarî kolluk mevcuttur<sup>312</sup>. Bu bağlamda kolluk faaliyeti kapsamında kolluk yetkisine sahip makamlar bulunmakta olup<sup>313</sup> kolluk makamları, hukuk devletinde kurumsal düzeni korumak amacıyla müdahalede bulunur<sup>314</sup>. Genel idarî

<sup>305</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 44, 64.

<sup>306</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

<sup>307</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 675; Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257-258; Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1161; Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 513; Özay, Günışığında Yönetim, s. 749; Özyörük, İdare Hukuku Dersleri, s. 105.

<sup>308</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 257-258; Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478; Özay, Günışığında Yönetim, s. 735.

<sup>309</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1152; Özay, Günışığında Yönetim, s. 727; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 483.

<sup>310</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 297; Özay, Günışığında Yönetim, s. 727.

<sup>311</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 56.

<sup>312</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1478.

<sup>313</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1160.

<sup>314</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 200.

kolluk, merkezî idare kolluğunu (Devlet kolluğu) oluşturan *Cumhurbaşkanı, İçişleri Bakanı, valiler, kaymakamlar*<sup>315</sup> ile *mahallî idareler*<sup>316</sup>/*mahallî kolluk*<sup>317</sup> makamları tarafından yürütülmektedir<sup>318</sup>. Diğer taraftan doktrinde özel idarî kolluğun da *mahallî idare kollukları*<sup>319</sup> ile *diğer kolluklardan*<sup>320</sup> oluştuğu ifade edilmiştir<sup>321</sup>. Zira özel idarî kolluğun birçok türü mevcut olup<sup>322</sup> kuramsal olarak sınırı yoktur<sup>323</sup>. Bu sebeple doktrinde özel idarî kolluklar şeklinde bir irdeleme yapılmaktadır<sup>324</sup>. Genel idarî kolluk makamları dışındaki hizmet kolluğu makamları, hizmet kolluğunun bağlı bulunduğu bakanlığa ve idarî kuruluşa göre değişmektedir<sup>325</sup>.

Özel idarî kolluğun kurucu mevzuatında net ve belirgin yetkiler tanımlanmaktadır<sup>326</sup>. Özel idarî kolluk makamlarının kendi örgüt kanunları gereğince bu örgütün başı olan bakana bağlı olduklarından dolayı da kendi kamu hizmeti kollukları açısından ve bağlı oldukları bakanların kolluk yetkileri çerçevesinde görev yaptıkları belirtilmektedir<sup>327</sup>. Bakanların da bir makam olarak yer alabildiği özel idarî kolluk makamları, ilgili kanunlarında belirtilmektedir<sup>328</sup>. Bu bağlamda bakanlıkların da kendi çalışma alanlarına ilişkin olarak belli bir alandaki düzeni sağlamak için yürüttüğü faaliyetler özel idarî kolluk niteliğindedir<sup>329</sup>. Çalışmamızda dar kapsamlı/kapsamda kentsel dönüşüm hukukunun kurucu mevzuatı çerçevesinde kentsel dönüşüm kolluğunun açıklanmasında, bu alana mah-

<sup>315</sup> Ayrıca bkz.: Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 590.

<sup>316</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 532; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 533.

<sup>317</sup> Ayrıca bkz.: Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 482.

<sup>318</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 513-542; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 535-536.

<sup>319</sup> Ayrıca bkz.: Günday, İdare Hukuku, s. 296.

<sup>320</sup> Diğer kolluk kapsamında *orman kolluğu, gümrük kolluğu, tarım kolluğu, kara avcılığı kolluğu, su avcılığı kolluğu, hayvan kolluğu ve çevre kolluğunun* irdelendiği eser için bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 542-546.

<sup>321</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 592.

<sup>322</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 676.

<sup>323</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 64.

<sup>324</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 258.

<sup>325</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 299.

<sup>326</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 675.

<sup>327</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1161.

<sup>328</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 513-532; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 537.

<sup>329</sup> Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, s. 542.



sus kanun olarak belirttiğimiz 6306 sayılı Kanun'un bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğunun **ilgili kanunu** olduğu da düşünülmektedir. İlgili kanun niteliğini haiz 6306 sayılı Kanun uyarınca da Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanının Kanun'un Ek Madde 1/1-a hükmü dışında, kentsel dönüşüm kolluğunda kolluk makamı olarak öngörüldüğü belirtilebilir.

**Tanzim usulü** açısından durum değerlendirildiğinde, yukarıda yer verildiği üzere, kentsel dönüşüm kolluğunun bu usulü kapsamındaki "riskli alan Cumhurbaşkanlığı kararı" şeklindeki düzenleyici kolluk işleminin hukukî sebeplerinden birisi, doğrudan genel idarî kolluk amacı içerisinde yer aldığından dolayı, burada kentsel dönüşüm kolluğunun niteliğinin genel idarî kolluk olduğuna; bunun dışında aynı işlemin diğer hukukî sebepleri ve kentsel dönüşüm kolluğunun diğer usulleri kapsamındaki kolluk işlemleri temelinde yapılan değerlendirmede ise bunların özel idarî kolluk niteliğini haiz olduğuna yönelik düşüncelerimize daha önce yer verilmiştir.

Doktrinde de belirli bir faaliyet alanında özel idarî kolluğun ihdasının, her zaman o faaliyet alanında genel idarî kolluğun dışlanması anlamına gelmediği; özel idarî kolluk yetkisine tabi bir faaliyetin bazı bakımlardan genel idarî kolluk yetkisini haiz olabileceği ve bu bağlamda kolluğun bu iki niteliğinin yarışabileceği belirtilmiştir<sup>330</sup>. Bu bağlamda farklı kolluk makamları aynı alanda faaliyet göstererek karışabilir<sup>331</sup>. Zira özel idarî kolluk yetkisi bazı durumlarda genel idarî kolluk makamlarına verilebilir<sup>332</sup>. Çalışmamızda ele alınan "riskli alan Cumhurbaşkanlığı kararı" şeklindeki kentsel dönüşüm kolluğunun tanzim usulünde de *bir makamın aynı zamanda hem genel hem de özel idarî kolluk yetkilerine sahip olabilmemesinin*<sup>333</sup> bir örneği olarak Cumhurbaşkanlığı makamı karşımıza çıkmaktadır.

6306 sayılı Kanun'un Ek Madde 1/1-a hükmündeki "*planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlarda kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulması*" şeklindeki hukukî sebep, kentsel dönüşüm kolluğunun genel idarî kolluk niteliğini taşımakta ve bu anlamda kolluk makamı da **Cumhurbaşkanlığı** olmaktadır. Aynı şekilde Ek

<sup>330</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 557-558; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 540-541.

<sup>331</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 61.

<sup>332</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 501; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 541.

<sup>333</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 559; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 540-451.

Madde 1/1-b hükmündeki “Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65’i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlar” için tesis edilecek riskli alan Cumhurbaşkanlığı kararı şeklindeki kentsel dönüşüm koluğu, özel idarî kolluk niteliğinde olmakta ise de yine kolluk makamı **Cumhurbaşkanı** olmaktadır.

Özel idarî kolluklar da konusuna göre, ilgili Bakan, genel müdür gibi görevliler, genel ve düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip olduklarında kolluk makamı niteliği kazanmaktadır<sup>334</sup>. Kentsel dönüşüm koluğunun ilgili kanunu olan 6306 sayılı Kanun’un madde 3/1 ile 8/7 hükümlerinde yönetmelik çıkarma yetkisi Bakanlık’a verilmiştir. Bu noktada çalışmamızda daha önce de belirtildiği üzere, 6306 sayılı Kanun’a dayanılarak hazırlanan Uygulama Yönetmeliği Bakanlıkça hazırlanarak yürürlüğe girmiş olup bu anlamda tanzim usulü kapsamında Cumhurbaşkanlığı makamının yanı sıra; kentsel dönüşüm koluğunun kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** da olmaktadır.

**İzin usulü: lisanslandırma** açısından durum değerlendirildiğinde, 6306 sayılı Kanun’un madde 3/1 hükmüne göre riskli yapıların tespitinde bulunabilmek için gerekli olan lisans, Bakanlık tarafından verilmektedir. Bu bağlamda Uygulama Yönetmeliği’nin madde 6/1-c hükmünde Bakanlıkça lisanslandırılacak kurum ve kuruluşlar düzenlenmiştir. Dolayısıyla **lisanslandırma yetkisinin** Bakanlık’a verilmiş olduğunu belirtmek gerekir. Bu sebeple, izin usulü: lisanslandırmada kentsel dönüşüm koluğunun kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

**Yaptırım uygulama usulü** açısından durum değerlendirildiğinde, 6306 sayılı Kanun’un madde 3/8 hükmüne göre, riskli yapı tespiti için lisanslandırılan kurum ve kuruluşların faaliyetleri Bakanlık tarafından denetlenebilir ve mevzuatta öngörülen esaslara uygun olarak görevini yerine getirmeyen lisanslı kurum veya kuruluşlar hakkında idarî yaptırım uygulanabilir. Bu bağlamda yaptırım uygulama usulünde kentsel dönüşüm koluğunun kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

**Emir ve ihtar usulü** açısından durum değerlendirildiğinde, riskli yapı tespiti yaptırma emri, riskli yapı tahliye ve yıktırma emri ile yazılı uyarı ve idarî para cezaları temelinde bir irdeleme yapılması gerekmektedir.

<sup>334</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 750.

*Riskli yapı tespiti yaptırma emri* hususunda, 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmünde riskli yapıların tespitinin, öncelikle yapı malikleri veya kanunî temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılacağı kurala bağlanmıştır. Ancak mezkûr hükümde Bakanlık'ın riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanunî temsilcilerinden isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, emir ve ihtar usulünde (riskli yapı tespiti yaptırma emri) kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

*Riskli yapı tahliye ve yıktırma emri* hususunda, 6306 sayılı Kanun'un madde 5/3 hükmüne göre, riskli yapıların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalara başlanmadan önce, riskli yapıların maliklerince yıktırılması için 60 günlük süre verilerek tebligatta bulunulur. Verilen süre içerisinde riskli yapılar yıktırılmaz ise bu defa, yapının idarî makamlarca yıktırılacağı belirtilerek verilen sürede yıktırılması hususu tebliğ edilir. Yer verilen düzenlemede riskli yapı tahliye ve yıktırma emrini verme hususunda yetkili idarî makam anlaşılammaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nin *riskli yapıların yıktırılması* nın düzenlendiği madde 8/1 hükmünde, riskli yapı tespitinin kesinleşmesi hâlinde Müdürlük'ün (Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü olan illerde bu Müdürlüğü, diğer illerde ise Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü) gerekli tebligatların yapılmasını ve riskli yapının yıktırılmasını İdareden isteyeceği belirtilmiştir. Bu anlamda, riskli yapı tahliye ve yıkım kararında kentsel dönüşüm kolluğunun ilgili kanunu olan 6306 sayılı Kanun'da özel kolluk makamı olarak **Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü** ve **Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü** öngörülmüştür.

Yine Uygulama Yönetmeliği'nin madde 8/2-a hükmünde İdare tarafından 60 günden az olmamak üzere süre verilerek riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılmasının yapı maliklerinden isteneceği; madde 8/c hükmünde de (a) bendinde verilen süre içerisinde maliklerince riskli yapıların yıktırılmamış olması hâlinde yapının idarî makamlarca yıktırılacağı ve 30 günden az olmayan bir ek süre verilerek tebligatta bulunulacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, tahliye ve yıkım emri verilen yapı, belediye ve mücavir alan sınırları içindeyse **belediye başkanı**, bu sınırlar dışında ise **vali**, büyükşehirde ise **büyükşehir belediye başkanı** ve Bakanlıkça yetkilendirme yapılması şartıyla büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesinde ise **belediye başkanı** kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı olacaktır. Burada ayrıca 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A-1 hükmünde sayılan alanlarda, dönüşüm uygulamalarının maliklerin ve ilgililerin onayı aranmaksızın Bakanlıkça resen yapılabileceği düzenlenmiştir.

olduğundan; Kanun kapsamındaki istisnaî bu alanlar açısından da emir ve ihtar usulünde (riskli yapı tahliye emri) kentsel dönüşüm kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır. Zira 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A-3 hükmünde de yapıların tahliyesinin Bakanlıkça verilen süre içerisinde yapılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir.

*Yazılı uyarı ve idarî para cezaları* hususunda, yaptırım uygulama usulünde kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı olduğundan dolayı; bu idarî yaptırımların emir ve ihtar usulüne tabi olduğu durumlarda da kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

**Doğrudan uygulama usulü** açısından durum değerlendirildiğinde, riskli yapı tespitinin yapılması/yaptırılması, riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılması, tasarrufların kısıtlanması, açık artırma ile satış ve riskli ve rezerv alanlarda teferuğ temelinde bir irdeleme yapılması gerekmektedir.

*Riskli yapı tespitinin yapılması/yaptırılması* hususunda, 6306 sayılı Kanun'un madde 3/1 hükmünde Bakanlık'ın riskli yapıların tespiti için verdiği süre içinde riskli yapı tespiti yaptırılmadığı takdirde, tespitlerin Bakanlıkça veya idarece yapılacağı veya yaptırılacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla emir ve ihtar usulünde (riskli yapı tespitinin yapılması/yaptırılması) kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı öncelikle, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır. Bununla birlikte, riskli yapı tespiti yaptırılan yapı, belediye ve mücavir alan sınırları içindeyse **belediye başkanı**, bu sınırlar dışında ise **vali**, büyükşehirde ise **büyükşehir belediye başkanı** ve Bakanlıkça yetkilendirme yapılması şartıyla büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesinde ise **belediye başkanı** kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı olacaktır. Burada ayrıca 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A-2 hükmünde, madde kapsamındaki riskli yapı tespitinin Bakanlıkça resen yapılacağı belirtilmiş olup Kanun kapsamındaki istisnaî bu alanlar açısından da kentsel dönüşüm kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

*Riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılması* hususunda, 6306 sayılı Kanun'un 5. maddesi çerçevesinde üç ayrı kolluk makamı ihdas edildiği görülmektedir. Şöyle ki, 6306 sayılı Kanun'un madde 5/4 hükmünde, uygulamanın gerektirmesi hâlinde Bakanlık'ın, tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini bizzat da yapabileceği belirtildiğinden; riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılmasında kentsel dönüşüm kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır. 6306 sayılı Kanun'un madde 5/3 hükmüne göre, kentsel dönüşüm uygulamala-

rına başlamadan önce, riskli yapıların yıktırılması için, ilki 60 günden; ikincisi ise Uygulama Yönetmeliği'nin madde 8/2-c hükmü uyarınca 30 günden az olmamak üzere verilen sürelerle rağmen, malikleri tarafından yıktırılmayan riskli yapıların tahliye ve yıktırma işlemleri, mahallî idarelerin de iştiraki ile mülkî amirler tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu sebeple yer verilen idarî usulde riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılmasında kentsel dönüşüm kolluk makamı, illerde **vali** ve ilçelerde **kaymakamlar**<sup>335</sup> olmaktadır. 6306 sayılı Kanun'un madde 5/4 hükmünde ise önceki fıkralarda belirtilen usullere göre süresinde yıktırılmadığı tespit edilen riskli yapıların yıktırılmasının, Bakanlıkça yazılı olarak İdareye bildirileceği; buna rağmen yıktırılmadığı tespit edilen yapıların, Bakanlıkça yıkılacağı veya yıktırılacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda tahliye ve yıkım kararına konu olan riskli yapı, belediye ve mücavir alan sınırları içindeyse **belediye başkanı**, bu sınırlar dışında ise **vali**, büyükşehirde ise **büyükşehir belediye başkanı** ve Bakanlıkça yetkilendirme yapılması şartıyla büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesinde ise **belediye başkanı** kentsel dönüşüm kolluğunun kolluk makamı olacaktır. Burada ayrıca 6306 sayılı Kanun'un madde 6/A hükmü uyarınca, yıkılacak derecede riskli olan yapıların bulunduğu alanlar ile kendiliğinden çöken veya zeminin kayması, heyelan, su baskını, kaya düşmesi, yangın, patlama gibi sebeplerle ağır hasar gören veya ağır hasar görme riski bulunan yapıların bulunduğu alanlarda, Bakanlıkça verilen süre içerisinde yapıların tahliye edilmemesi durumunda, tahliye ve yıktırmaya yönelik iş ve işlemlerin, gerektiğinde kolluk kuvvetlerinin de yardımıyla Bakanlıkça yapılabileceği veya yaptırılabilceği belirtilmiştir. Şartları bu hükme uyan tahliye ve yıkım kararları açısından da kentsel dönüşüm makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

*Tasarrufların kısıtlanması* hususunda, 6306 sayılı Kanun'un madde 4/1 hükmüne göre, Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya İdare bu kısıtlama kararlarını alma konusunda yetkilendirilmiştir. Bu anlamda riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında her türlü imar ve yapılaşma işlemlerinde iki yıl süre ile geçici olarak durdurma kararını kapsayan kentsel dönüşümün bu kolluk usulünde kolluk makamları, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı**; alan, belediye ve mücavir alan sınırları içindeyse **belediye başkanı**, bu sınırlar dışında ise **vali**, büyükşehirde ise **büyükşehir belediye başkanı** ve Bakanlıkça yetkilendirme yapılması şartıyla büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesin-

<sup>335</sup> Üstün-Yıldırım, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi, s. 262.

de ise **belediye başkanı** ve **TOKİ** olmaktadır. Ayrıca, 6306 sayılı Kanun'un madde 4/3 hükmündeki riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmemesi ve verilen hizmetlerin durdurulması şeklindeki tasarrufların kısıtlanmasında da aynı kolluk makamları kentsel dönüşüm kolluğu açısından yetkilidir.

*Açık artırma ile satış* hususundaki yetkinin, 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmü uyarınca Bakanlık'a verildiği anlaşılmaktadır. Uygulama Yönetmeliği'nin *açık artırma usulü ile satışın* düzenlendiği madde 15/A-3 hükmünde, satış yapılacak arsa paylarının rayiç değerini tespit etmek ve sonrasında satış işlemini gerçekleştirmek üzere, Müdürlük veya İdare bünyesinde, biri başkan ikisi üye olmak üzere, en az üç kişiden oluşan Bedel Tespiti Komisyonu ile Satış Komisyonu teşkil olunacağı düzenlenmiştir. Ancak Uygulama Yönetmeliği'nin madde 15/A-1-Ç hükmüne göre, satış işlemleri için Müdürlük veya Bakanlıkça yetki devri yapılması durumunda İdareye müracaatta bulunulacağı belirtilmiştir. Bu anlamda açık artırma usulü ile satış şeklindeki kentsel dönüşüm kolluğunun makamı, kural olarak, **Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Müdürlüğü** ve **Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü** olmaktadır. Bununla birlikte, Bakanlık'ın yetki devri yapması hâlinde ise riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu parsellerindeki arsa paylarının açık artırma usule ile satılmasında, belediye ve mücavir alan sınırları içindeyse **belediye başkanı**, bu sınırlar dışında ise **vali**, büyükşehirde ise **büyükşehir belediye başkanı** ve Bakanlıkça yetkilendirme yapılması şartıyla büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyesinde ise **belediye başkanı** kolluk makamı olmaktadır.

Riskli ve rezerv alanlarda teferruğ hususunda da 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 ile 6/5-b hükümleri ayrıca, riskli ve rezerv yapı alanlarında bulunan paylar ve taşınmazları satın almaya Bakanlık yetkili olup bu usul açısından da kentsel dönüşüm kolluk makamı, **Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanı** olmaktadır.

### III. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER BAĞLAMINDA KENTSEL DÖNÜŞÜM KOLLUĞU USULLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasalar, kişilerin hak ve özgürlüklerini birer ilke olarak öngördükten sonra, birtakım kanunî hükümlerle bunları düzenlemekte ve sınırlandırmaktadır.<sup>336</sup> Devlet'in en başta gelen kamu düzenini koruma görevinin yerine getiril-

<sup>336</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1507.

mesi, kolluk faaliyetinin varlık sebebini oluşturmakta olup bu amaca ulaşmak için kolluk, özgürlüklerin kullanılma biçimini düzenleyebildiği gibi, kamu düzenini bozan ve tehdit eden bir faaliyeti birel işlem tesis ederek önleyebilir ya da durdurabilir<sup>337</sup>. Bu anlamda idarî kolluk da ilgililer üzerinde cezaya benzeyen etkiler içeren yaptırımlar içermektedir<sup>338</sup>. Bu bağlamda idarî kolluk, cebir ve kısıtlama içeren karakterinden dolayı, hakları tehdit etme ve kısıtlama sonucunu doğurmaktadır<sup>339</sup>. Başka bir ifadeyle idarî kolluk ile Anayasal güvenceye bağlanmış olan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve sınırlandırılması<sup>340</sup> söz konusudur<sup>341</sup>. Zira idarî kolluk, temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili<sup>342</sup> olup temel hak ve özgürlüklere en fazla karışılabilirliği bir alan olmakta<sup>343</sup>, temel hak ve özgürlüklere yönelmekte ve bu sebeple de idare ile kişi ve toplulukların temel hak ve özgürlükler konusunda en fazla kaşı karşıya geldiği idarî faaliyet olmaktadır<sup>344</sup>.

Bu açıklamalar ışığında idarî kolluk, çoğunlukla sınırlandırıcı bir şekilde tezahür eder. Bazı hâllerde, yasaklanmış ya da sınırlandırılmış bir hususta izin ve ruhsatı kapsadığı gibi, çoğunlukla kişilerin sahip olduğu yetkinin kullanılmasını yasaklamakta ya da kullanma şeklini tayin etmektedir<sup>345</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğunda hem izin ve ruhsat kapsamakta hem de kişilerin kullandığı yetkiler ve temel hak ve hürriyetleri üzerinde de hukukî etkiler bulunmaktadır.

Doktrinde de afet risklerinin önlenmesi için dönüşümü hedef alan bir kanton açısından, yaşam, mülkiyet, konut ve yerleşim gibi temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahale ve sınırlamalar getirilmesinin kaçınılmaz olduğu durumlara da dikkat çekilerek, hukuksal bakımdan nasıl bir kentsel dönüşüm olması gerektiği tartışılmıştır<sup>346</sup>. Zira daha önce de belirtildiği üzere, kentsel dönüşüm şehir-

<sup>337</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 207.

<sup>338</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 245.

<sup>339</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1506.

<sup>340</sup> Ayrıca bkz.: Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 483; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 545; Okay Tekinsoy, İdare Hukuku, s. 471.

<sup>341</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 248.

<sup>342</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589.

<sup>343</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 723.

<sup>344</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 289.

<sup>345</sup> Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. 3, s. 1484.

<sup>346</sup> Şahin, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler, s. 64-65.

lerin, yaşanabilir hâle gelmesi başta olmak üzere çok yönlü nitelikteki problemlerinin çözümünün olağan imar uygulamaları ile mümkün olmadığı durumlarda kentsel dönüşüm, olağanüstü bir imar uygulaması olarak karşımıza çıkmakta<sup>347</sup> olup bu olağanüstü müdahale, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı açısından önemli bir özellik taşımaktadır. Bu bağlamda özellikle Anayasa'da güvence altına alınmış olan yerleşme hürriyeti, mülkiyet hakkı ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının, insan haklarına saygılı bir kentleşme anlayışı temelinde kentsel dönüşümle birlikte tüm şehircilik uygulamalarında dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>348</sup>.

Bir bölgenin ya da mahallenin deprem ya da diğer bir doğal afet riski altında olması hâlinde, mülk sahibinin yapısını yeni yapı standartlarına uygun olarak yeniden inşa etmek veya yeniden inşa edebilecek birine satmak zorunda olduğu ve 6306 sayılı Kanun'un da amacının mülk sahiplerini yapılarını yeniden inşa etmeye ve ardından depreme dayanıklı ve yeni binalara geri taşınmaya ya da satmaya zorladığı belirtilerek, Kanun'un özeti ifade edilmiştir<sup>349</sup>.

6306 sayılı Kanun hükümleri, özellikle kişilerin temel hak ve hürriyetleri ile ilgili bir süreç yaratmakta<sup>350</sup> olup Kanun, başta mülkiyet olmak üzere, birçok temel hak ve hürriyetin ihlal edilmesi sonucunu doğuracak müdahalelere imkân veren düzenlemeler içermektedir<sup>351</sup>. Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkı ile birlikte, özellikle barınma hakkı ve yerleşme ve seyahat özgürlüğü gibi<sup>352</sup> hak ve hürriyetlere müdahale ettiği ifade edilmiştir<sup>353</sup>. Zira genel olarak kentsel dönüşüm projelerinde kent sakinlerinin başta barınma hakkı olmak üzere, bir dizi hak

<sup>347</sup> Ayrıca bkz.: Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 2.

<sup>348</sup> Melikşah Yasin, "Soyulaştırma Yoluyla Yapılan Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, C. 17, S. 1, 11-12, s. 128.

<sup>349</sup> Denis Binder, Çev.: İsmail Pamuk, "İstanbul'un Acil Durum Planlamasına Bir Yabancı'nın Bakış Açısı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm*, 2013, C. 8, S. 111-112, s. 91.

<sup>350</sup> Yasin, Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler, s. 11.

<sup>351</sup> Şahin, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", s. 63.

<sup>352</sup> Ayrıca bkz.: Cem Ergun-Hüseyin Gül, "Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri", *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler*, 4-5-6 Kasım 2010, Pamukkale Üniversitesi İİBF ÇEEİ Bölümü, Petrol-İş Yayını-113, Ekim 2010, İstanbul, s. 362.

<sup>353</sup> Seyit Rasim Doru, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun' İlişkin Değerlendirme", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 274.



ihlallerine sebep olabilecek proje ve programlarda dikkate alınması gereken ölçütler, kentte insan hakları belgelerinde vurgulanmaktadır<sup>354</sup>. Bu anlamda mülkiyet hakkına çeşitli açılardan müdahaleler öngören 6306 sayılı Kanun'da istisnâ rejimi çağrıştıran düzenlemeler bulunmaktadır<sup>355</sup>. Zira 6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde de riskli alanların dönüştürülmesinin mülkiyet hakkını ve mülkiyetin dışındaki sınırlı aynî hakları etkileyeceği vurgulanmıştır<sup>356</sup>. Ancak önemle belirtilmesi gerekir ki, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ancak düzenli bir toplum içinde kullanabilmesi mümkün olduğundan; kamu düzenini ve kanunla tayin edilmiş özel amaçları tehdit eden ya da tehlikeye sokan durumlar açısından varlık kazanan idarî kolluk, her ne kadar temel hak ve özgürlüklere yönelmiş olsa da amacı, kişilerin ve toplumun temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarına imkân ve ortam yaratmaktır<sup>357</sup>. Dolayısıyla kentsel dönüşüme ilişkin normatif düzenlemeler, konut, mülkiyet, barınma ve sağlıklı çevrede yaşama hakkı ile dayanışma içinde olabileceği gibi çatışma içinde de olabilir<sup>358</sup>. Afetler mevzubahis olduğunda, afete hazırlık doğası itibarıyla haklar temelli bir yaklaşım olup *afete hazırlıkta çatışan haklar* ortaya çıkmaktadır<sup>359</sup>. Bu bağlamda, kentsel dönüşüm uygulamalarının genel amaçlarından birisinin de *kentsel dönüşümün temel hakların korunması ve sağlanmasını gerçekleştirme amacı* olduğu ileri sürülmektedir<sup>360</sup>. Ayrıca açıklanan hususlarla bağlantılı olarak kentsel dönüşümde temel ilkelere birisinin de kapsamında yaşama, konut ve mülkiyet hakları bulunan *temel hak ve özgürlüklere saygı ilkesinin* olduğu belirtilmektedir<sup>361</sup>.

<sup>354</sup> Senem Zeybekoğlu Sadri, "Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları, *Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*, 1. Baskı, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 3.

<sup>355</sup> Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", s. 62.

<sup>356</sup> Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı.

<sup>357</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 259.

<sup>358</sup> Selami Demirkol-Zuhal Bereket Baş, "Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması", *TBB Dergisi*, 2013, S. 108, s. 23, 31.

<sup>359</sup> Monika Spitzer, Çev.: İsmail Pamuk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm*, 2013, C. 8, S. 111-112, s. 287, 289.

<sup>360</sup> Hakan Karadabağ, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 605, İstanbul, 2020, s. 25, 34-45.

<sup>361</sup> Mehpare Çaptuğ, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 88-118.

Kentsel dönüşüm kolluğu da temsil ettiği idarî kolluk gibi, hakları tehdit etme ve kısıtlama sonucunu doğurmaktadır. Ancak idareyi bu hukukî sonuca götüren husus, odağında kamu düzeninin yer aldığı; bu düzenin güvenlik, dirlik-esenlik, sağlık ve kamusal estetik konularının özel tezahürlerini koruma amacıdır. Zira bu koruma mekanizması sağlanmadığında, başka hak ve hürriyetler tehdit altında olmakta, kısıtlanmakta ve sınırlanmaktadır.

Kamu düzeninin varlık sebebi, demokratik toplumlar açısından temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır; bu anlamda kamu düzeni ile özgürlük arasındaki ilişki, birbirini dışlayıcı olmaktan çok sınırlayıcı ve düzenleyici nitelikte olmaktadır<sup>362</sup>. Bu anlamda kentsel dönüşüm kolluğu faaliyetleri, aynı temel hak ve hürriyet temelinde olabileceği gibi, genel olarak temel hak ve hürriyetler bağlamında hem çatışan hem de destekleyen hukukî etkiler yaratmaktadır.

Yukarıda yer verildiği üzere, bu çalışmada ele alınan kentsel dönüşüm kolluğu usulleri kapsamında gerçekleştirilen idarenin faaliyetlerinin, temel hak ve hürriyetlere yönelme ve bunları kısıtlama, sınırlandırma sonuçları ortaya çıkabilmektedir. Bu anlamda *kolluk yetkilerinin sınırlılığı*<sup>363</sup> kapsamında bir *Anayasal sınır*<sup>364</sup> olarak Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, maddede yer alan diğer şartlar sağlansa dahi, mutlaka bir kanunî düzenleme mevcut olması; dolayısıyla *kolluk yetkilerinin kullanılış ilkeleri ve sınırlarından*<sup>365</sup> /*kolluk eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun şartlarından*<sup>366</sup> biri olarak *kanunîlik ilkesine*<sup>367</sup> riayet edilmesi gerekmektedir. Bu anlamda kolluk, sadece kanunda yetkilendirildiği takdirde ve kanunda gösterilen sınırlar içinde faaliyette bulunabilmektedir<sup>368</sup>.

Bütün demokratik toplumların korunmasını sağlamak zorunda olduğu kamu düzeni, özgürlükler nezdinde ölçülü ve kabul edilebilir bazı sınırlamaları gerektirmektedir<sup>369</sup>. Kolluğun tanımındaki temel unsur da *kamu düzeni* kavramıdır<sup>370</sup>. İdarî kolluk ile toplum içindeki bireylerin tutum ve davranışları gözet-

<sup>362</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 17.

<sup>363</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 260.

<sup>364</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 705; Günday, İdare Hukuku, s. 310.

<sup>365</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 50.

<sup>366</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 579.

<sup>367</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 50.

<sup>368</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 201.

<sup>369</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 17.

<sup>370</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 477; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 524.

lenip denetlenmek suretiyle *kamu düzeni* gerçekleştirilir<sup>371</sup>. Kolluk yetkilerinin konusunu, kamu düzenini korumak üzere, temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturmaktadır<sup>372</sup>. Doktrinde de kolluk müdahalelerinde kanunî yetkinin bulunmak zorunda olduğu<sup>373</sup>; kolluk yetkisinin temelini mutlaka kanunun oluşturması gerektiği<sup>374</sup> ve kolluk işlem ve eylemlerinden teşekkül kolluk tedbirlerinin kanuna dayanması zorunluluğu<sup>375</sup> belirtilmiştir.

Bu açıklamalardan sonra, kentsel dönüşüm koluğunun kamu düzenini etkin kılmak için sahip olduğu usul, araçlar ve işlemlerinin, Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetler ile ilkeler bağlamında değerlendirilmesinde fayda görülmektedir.

### A. Tanzim Usulü Açısından

Bir kolluk kanunu olarak 6306 sayılı Kanun, kamu düzeninin tezahürü olan amaçların sağlanabilmesi için varlık kazanmıştır. Normlar hiyerarşisi açısından daha üst düzenlemelere bakılmak istendiğinde, 6306 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde de yer bulan Anayasa'nın 23 ile 57. maddeleri karşımıza çıkmaktadır<sup>376</sup>.

Anayasa'nın 23. maddesinde *kişinin haklarından biri* olarak düzenlenen **yerleşme hürriyetinin**, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek amacıyla sınırlandırılabilceği hükme bağlanarak aslında bir müdahale aracı olarak *sağlıklı ve düzenli kentleşmenin Devlet görevi olabileceği* belirtilmiştir. Bu anlamda kentsel dönüşüm koluğunun özel idarî kolluk olarak nitelendirilmesinde etkin olan ve kamu düzeninin bir tezahürü olan *sağlıklı ve düzenli kentleşme* şeklindeki özel ihtisas gereken sınırlı görev alanı, yerleşme hürriyetinin kısıtlanması ve sınırlandırılmasında bir gerekçe olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa'nın 57. maddesinde de *sosyal ve ekonomik haklardan biri* olarak **konut hakkı** teminatı sağlanmış olup maddeye göre Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.

<sup>371</sup> Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 248.

<sup>372</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 50.

<sup>373</sup> Balta, İdare Hukukuna Giriş I, s. 80.

<sup>374</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1147.

<sup>375</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 477; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 546.

<sup>376</sup> Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı.

Kentsel dönüşüm proje ve uygulamaları da konut hakkını sağlamayı hedeflemekte olup<sup>377</sup> konut hakkı bağlamında kentsel dönüşüm, bir Devlet görevi olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak burada konut hakkı kapsamında salt bir konut ihtiyacının temininden bahsetmek güçtür. Konut hakkının temelinde sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ve barınma hakkı bulunmakta olup bu bağlamda dar anlamda konut hakkı barınma hakkı olarak kabul edilebilirse de konut hakkı, zorunlu olarak asgarî niteliklere sahip olan, uygun ve yeterli konutu ifade etmektedir<sup>378</sup>.

Bu noktada Türkiye'nin taraf olduğu **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme**<sup>379</sup> (*Sözleşme*) hükümleri çerçevesinde kentsel dönüşümle ilişkin süreçlerde Devlet'e görev verildiğini belirtmek gerekmektedir. Sözleşme'nin madde 11/1 hükmünde<sup>380</sup>, Sözleşme'ye taraf Devletlerin, herkese, kendisi ve ailesi için beslenme, giyim ve *konut dâhil*, yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkı tanıyacağı; Taraf Devletlerin, özgür isteğe dayalı uluslararası iş birliğinin bu alandaki temel önemini tanıyarak bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlama yolunda gerekli girişimlerde bulunacağı belirtilmiş olup Türkiye'nin Sözleşme'ye ilişkin beyan ve çekinceleri incelendiğinde de bu hüküm açısından bir sınırlama getirilmediği anlaşılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nin kararıyla kurulan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Sözleşme'ye ilişkin 18 adet genel yorumu taraf Devletlerin bilgisine sunmuştur. Bu yorumların ilk 15 adedini içeren<sup>381</sup> **Compilation of General Comments and General Recommendations**

<sup>377</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 59. Konut hakkının sağlanması hususunun kentsel dönüşüm uygulamalarının amacı olarak irdelendiği eser için ayrıca bkz.: Çaptuğ, İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm, s. 20, 25-28.

<sup>378</sup> Z. Gönül Balkır, "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu", **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, 4-5-6 Kasım 2010, Pamukkale Üniversitesi İİBF ÇEEİ Bölümü, Petrol-İş Yayını-113, Ekim 2010, İstanbul, s. 342, 357.

<sup>379</sup> Sözleşme (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*), Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16.12.1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 19.12.1966 tarihinde imzaya açılmış ve 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz.: United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, "International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, (25.03.2021).

<sup>380</sup> T. 11.08.2003, S. 25196 R.G.

<sup>381</sup> Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, s. xvi.

**Adopted by Human Rights Treaty Bodies** belgesinde<sup>382</sup> Sözleşme'nin madde 11/1 hükmünün, 4 No.lu Genel Yorum ile *yaşamaya elverişli konut hakkı (the right to adequate housing)* başlığı altında yorumlandığı görülmektedir. Yaşamaya elverişli konut hakkının, herkesin sahip olması gereken bir hak olduğu ve dolayısıyla bu haktan herkesin faydalanması gerektiği; 7. bendinde, yaşamaya elverişli konut hakkının dar olarak veya sadece kişiye barınabileceği bir yer sağlanması gibi sınırlandırıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği, bu hakkın kişinin sadece maddi anlamda bir konuta sahip olmasını değil; aynı zamanda *güvenli bir yerde, barış içinde ve onurlu bir şekilde yaşayabilmesi* olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda Sözleşme'nin madde 11/1 hükmünün sadece konut edinmeye değil, yaşamaya elverişli konut edinmeye yönelik olarak algılanması gerektiği belirtilmiştir<sup>383</sup>. Doktrinde de Sözleşme ile öngörülen konut hakkı, *yeterli standartta konut hakkı* olarak ifade edilmiştir<sup>384</sup>. Ayrıca konut hakkı, yerleşme hürriyetinin de altyapısını oluşturmaktadır<sup>385</sup>.

Bu anlamda konut hakkının Anayasal ve Sözleşmesel kapsamı dâhilinde herkes için sağlamaya çalıştığı temel haklardan biri olarak konut hakkı şeklinde Devlet görevi bulunmakta olup bu hakkın etkin kılınması da diğer temel hak ve hürriyetlere müdahalede gerekçe oluşturmaktadır.

### 1. 6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliği

6306 sayılı Kanun'a dayanılarak hazırlanan ve kentsel dönüşüm tanzim usulünün yansımalarından biri olarak Bakanlıkça ihdas edilen Uygulama Yönetmeliği, aslında diğer kentsel dönüşüm kolluğu usullerinin ilişki kurduğu tüm temel hak ve hürriyetler için ortak noktayı oluşturmaktadır.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, normlar hiyerarşisi için arz ettiği kıymeti sebebiyle Uygulama Yönetmeliği kentsel dönüşüm kolluğunun ilişkili olduğu temel hak ve hürriyetler yönünden ilk elden düzenleme getiremez. Bu sebeple Uygulama Yönetmeliği'nin kentsel dönüşüm kolluğu ile temel hak ve hürriyetler bağlantısı açısından ilişkisini, 6306 sayılı Kanun kurmak zorundadır. Bu noktada geçmiş düzenlemelerde kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım usulünde

<sup>382</sup> United Nations, "Digital Library", <https://digitallibrary.un.org/record/576098>, (30.03.2021).

<sup>383</sup> Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, s. 142, 144-145.

<sup>384</sup> Şahin, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler, s. 98.

<sup>385</sup> Z. Gönül Balkır, Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu, s. 342.

kanunîlik ilkesinin gözetilmemiş olduğunu belirtmek gerekir. Kentsel dönüşüm kolluğunda idarî yaptırımlar ilk olarak **6306 Sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik**<sup>386</sup> ile yapılan değişiklik suretiyle 6306 sayılı Kanun'da değil; Uygulama Yönetmeliği'nde yer almıştır. Ancak daha sonra, **7153 sayılı Çevre Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**<sup>387</sup> ile 10.12.2018 tarihinde yürürlüğe girmek üzere, 6306 sayılı Kanun'da değişiklik yapılarak idarî yaptırımlar için kanunîlik ilkesi sağlanmıştır.

Kanunîlik ilkesi kapsamında irdelemeye muhtaç olan usullerden bir diğersinin de kentsel dönüşüm kolluğunun izin usulü: lisanslandırma olduğu düşünülmektedir. Bu idarî kolluk usulünün genel ve nesnel bir kural-işleme düzenlenebilmesi için, idarenin açık bir kanunî yetkiye ihtiyacı bulunmakta olup idare, kanunî düzenlemelere uygun başvurulara karşılık olarak izin verecek<sup>388</sup>, kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında ise riskli yapı tespiti faaliyeti konusunda lisanslandırma yapılacaktır. 6306 sayılı Kanun'un sadece madde 3/1 hükmünde bu konuya ilişkin doğrudan düzenleme mevcut olup "(...) riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde (...) Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar" şeklinde ibare mevcut olup Kanun'un madde 8/7 hükmünde, "(...) riskli yapıların tespit edilmesine veya ettirilmesine dair usul ve esaslar, risklilik kriterleri, riskli yapıların tespitinde ve itirazların değerlendirilmesinde görev alacak teknik heyet ve diğer komisyonlar ile bu Kanun'un uygulanmasına dair diğer usul ve esasların, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelik (...)" ile düzenleneceği belirtilmiştir. Ancak hüküm dikkatle incelendiğinde, kentsel dönüşüm kolluğundaki izin usulüne ilişkin zaten 6306 sayılı Kanun'da hüküm bulunmadığı gibi, Bakanlık'a verilen yönetmelik ile düzenleme görev ve yetkisi kapsamında da bu usule yönelik bir düzenleme yetkisi verilmediği görülmektedir. Başka ifade ile yönetmelik ile lisanslandırma şeklindeki kolluk usulünün düzenlenebilmesinde kanun ile bir yetkilendirme yapılmamıştır. Bu anlamda izin usulünün de etkin kılındığı kentsel dönüşüm kolluğunda, kurum ve kuruluşların riskli yapı tespiti faaliyeti açısından kısıtlanması ve sınırlandırılması, 6306 sayılı Kanun'dan ya da Kanun'un öngördüğü bir hükümden değil; doğrudan Uygulama Yönetmeliği'nde kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda izin usulü kapsamında çalışmanın devamında yer verilecek olan temel hak ve hürriyetlere, Uygulama Yönetmeliği ile müdahale edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>386</sup> T. 27.10.2016, S. 29870 R.G.

<sup>387</sup> T. 10.12.2018, S. 30621 R.G.

<sup>388</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1166.

Bunun dışında, 6306 sayılı Kanun'daki *Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar* şeklindeki ifade ile riskli yapı tespiti faaliyetleri, izin usulü ile kurum ve kuruluşlara gördürülebilecek şekilde hükme bağlanmıştır. Ancak idareden aldıkları izin ile bu faaliyeti yürüteceklerin kimler olabileceği ve yetkilerinin kapsamı da 6306 sayılı Kanun'da değil; Uygulama Yönetmeliği'nde hükme bağlanmış olup 6306 sayılı Kanun'da bu konuda yönetmelik ile düzenleme görev ve yetkisinin Bakanlık'a verilmediği düşünülmektedir. Kanaatimizce, kişilerin yapılarına müdahale etmek suretiyle, kişiler nezdinde de tesis edilmesi gereken kamu düzeni konularını kişiler aleyhine bozabilecek ve kişilerin aşağıda detaylarıyla açıklanacak temel hak ve hürriyetlerine yönelen riskli yapı tespiti faaliyetinde bulunabileceklerle ilişkin yetkinin, yer, kişi ve zaman bakımından unsurlarının 6306 sayılı Kanun'da hükme bağlanmaması, kanunîlik ilkesinin tesis edilmediğini göstermektedir. Dolayısıyla buradaki temel hak ve hürriyetlere müdahale de Uygulama Yönetmeliği düzenlemesine dayanmaktadır.

## 2. Riskli Alan Kararı

Bu çalışma kapsamında incelenen ve Cumhurbaşkanlığı kararı ile tesis edilen riskli alan kararının kapsamında, Hazinesinin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar olabileceği gibi, özel mülkiyete tabi olan taşınmazlar da mevcut olabilir. Bu bağlamda 6306 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri gereğince, bu alanların ve alanlardaki yapıların tahliyesi, taşınmazlar üzerindeki tasarrufların kısıtlanması, bu alandaki riskli yapıların yıktırılması gibi icraî kararlarla Anayasa'nın 35. maddesinde *kişi haklarından* biri olarak herkes için öngörülerek düzenlenen ve kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinde korunmasının öncelikli amaç olması gerektiği ifade edilen<sup>389</sup> özel hukuk kişilerinin **mülkiyet hakkına** yöneldiği ve bu hak temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırma olduğu görülmektedir.

Riskli alan kararı, mülkiyet hakkını kamu yararı ile sınırlamanın<sup>390</sup> yanı sıra, mülkiyet hakkının temelinde de barınma ihtiyacını karşılayan yapılar da bulunduğu göz önüne alındığında, **yerleşme hürriyeti** açısından da bir kısıtlama ve sınırlandırma olduğu görülmektedir.

Kentsel dönüşüm koluğunun tanzim usulü ile sınırlanan ve kısıtlanan mülkiyet hakkı ile yerleşme hürriyetine yönelik bir müdahale, aslında yine Anayasa'da güvenceye bağlanan haklar üzerindeki tehditleri bertaraf etmek amacıyla

<sup>389</sup> Yasin, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", s. 136.

<sup>390</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 99.

varlık kazanmaktadır<sup>391</sup>. Zira tarafı olunan Sözleşme ve Anayasa'nın 57. maddesinde güvence sağlanan **konut hakkı**, güvenli bir yerde, barış içinde ve onurlu bir şekilde yaşayabilmeyi ifade etmekte olup zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanlarda, bu hakkın temin edilemeyeceği açıktır. Ayrıca, daha da ötesinde riskli alan tanımındaki can ve mal kaybına yol açma riski, Anayasa'nın 17. maddesinde **kişi haklarından biri olarak herkes için düzenlenen yaşama hakkı**<sup>392</sup> ile **maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının** etkin kılınamamasına yol açacaktır.

Bunun dışında belirtmek gerekir ki, kentsel dönüşüm uygulamaları ile tehlikeli bölgelerde yapılaşmayı engellemek ve sağlıksız niteliğinden dolayı yıkılmak üzere olan binaların yıkılması suretiyle yaşam hakkının korunması temin edilmektedir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm uygulamaları ile aslında yaşama hakkına hizmet edilmektedir<sup>393</sup>.

İlaveten **çevre hakkının** son kertede, yaşam hakkının bir türevi<sup>394</sup> olup bu bağlamda insan haklarının kaynağını yaşama hakkı olarak görüşlerde, çevre hakkının yaşam hakkının bir uzantısı olduğu ileri sürülmektedir<sup>395</sup>. Anayasa'nın 17. maddesi ile birlikte Anayasa'nın **sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasının** düzenlendiği 56. maddesinde kişilerin yaşama hakkı korunma altına alınmış

<sup>391</sup> Doktrinde, yaşama hakkı, çevre hakkı, konut hakkı, mülkiyet hakkı ve insanlığın ortak mirasından faydalanma hakkı şeklinde belirtilen hukukî değerlerin riskli alan ilanı korunmak istendiği belirtilmiştir. Bkz.: Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 85-98.

<sup>392</sup> 6306 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi'nde de Kanun'un temel amacının, afet riski altındaki alanlarda bulunması dolayısıyla yıkılması her an mümkün olan, can ve mal kaybına sebep olabilecek yapıların ve buldukları alanların iyileştirme, yenileme ve dönüştürülmesi suretiyle can ve mal güvenliği için uygun ve yaşanabilir kılınmasını sağlamak olduğu ve bu yönüyle Kanun'un diğer temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının olmazsa olmaz şartı yaşama hakkı ile doğrudan ilgili olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Türkiye Büyük Millet Meclisi, Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı.

<sup>393</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 53, 231.

<sup>394</sup> Genel bir başlık olan sağlıklı çevre kavramı kapsamında çevre korunmasının ele alınmasının mümkün olduğu, sağlıklı bir çevre içinde yaşamının hukukî bir kurum hâline getirildiğinde yaratmış olduğu koruma/korunma kavramları dolayısıyla birey ve toplum bakımından bir hak statüsüne ulaştırıldığı ve bu durumun da çevre hakkının, bir insan hakkı olduğunun göstergelerinden biri olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1987, C. 52, S. 1-4, s. 234.

<sup>395</sup> Ayrıca bkz.: Kivılcım Akkoyunlu Ertan-Birol Ertan, "Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı", **Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları**, 1. Baskı, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 54.



olup kentlerde kişilerin yaşam ve sağlığını tehdit eden başlıca sebepler arasında yıkılmakta olan binalar ve deprem bölgelerindeki kaçak yapılaşmalar olduğu; bu Anayasal hükmün Devlet'e deprem bölgelerindeki kaçak yapılaşmaları engelleme, yıkılmakta olan binaları tahliye etme, tadilatı mümkün olmayan derhal yıktırma görevini yüklediği ifade edilmiştir<sup>396</sup>. Bu bağlamda kentsel dönüşüm uygulamalarında yaşama hakkı çerçevesinde, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamayı sağlamayı gerçekleştirme amacı bulunmaktadır<sup>397</sup>. Doktrinde doğrudan kentsel dönüşüm uygulamalarının amacı kapsamında da sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının sağlanması hususu ele alınmaktadır<sup>398</sup>. Bu anlamda kentsel dönüşüm müdahaleleri ile müdahale edilen hakların karşılığı olarak kişilerin **çevre hakkı** olarak da ifade edilen<sup>399</sup> **sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı** da korunmaya çalışılmaktadır. Bu bağlamda riskli alan kararı ile mülkiyet hakkı ve yerleşme hürriyetindeki kısıtlama ve sınırlandırmanın gerekçesi, bu karara konu olan riskli alanların konut, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlaline sebep olacak sonuçları olabilmektedir.

#### B. İzin Usulü: Lisanslandırma Açısından

Bakanlıkça riskli yapı tespiti şeklindeki idarî kolluk faaliyeti, 6306 sayılı Kanun düzenlemeleri ile özel kişilere de gördürülmesi mümkün hâle gelmiş olup Uygulama Yönetmeliğinde belirtilen kurum ve kuruluşlara verilen yetki, temel hak ve hürriyetlere müdahale içermektedir<sup>400</sup>.

Kentsel dönüşüm kolluğunun izin usulü: lisanslandırmanın riskli yapı tespiti faaliyeti hakkında izin verme veya vermeme kararı şeklindeki sonucun; başka ifade ile lisanslandırılmak isteyen kurum ve kuruluşların talebi ve beyanlarına bağlı olarak Bakanlıkça yapılacak değerlendirme sonucunda, kentsel dönüşüm alanındaki riskli yapı tespit faaliyetinde bulunabilmeleri konusunda izin kararının verilmesi gerekliliğinin, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen ve *sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerden biri* olarak öngörülen **çalışma hakkına** yöneldiği ve bu hak temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırma olduğu görülmektedir.

<sup>396</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 52-53.

<sup>397</sup> Karadabağ, Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm, s. 34.

<sup>398</sup> Çaptuğ, İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm, s. 20-25.

<sup>399</sup> Akkoyunlu Ertan-Ertan, Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı, s. 55.

<sup>400</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 151.

### C. Yaptırım Uygulama Usulü Açısından

İdarî kolluk, kamu düzenini korumak ve bozulmasını engellemek noktasında kamu düzeni bozulmadan ve ayrıca kamu düzeni bozulduğunda da idarî para cezası vermek<sup>401</sup>, iş yerini kapatmak gibi idarî yaptırımlar uygulamak suretiyle de görevlidir<sup>402</sup>. Bu bağlamda kolluk makamlarınca da idarî yaptırımlar uygulanmaktadır<sup>403</sup>. Kentsel dönüşüm kolluğu kapsamında tesis edilen tüm idarî yaptırımlar açısından birtakım şartların mevcut olması hâlinde, yaptırım uygulama usulünün **mülkiyet ve çalışma haklarına** yöneldiği ve bu hak temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırmanın söz konusu olabildiği görülmektedir.

*Lisans iptali cezası* açısından durum değerlendirildiğinde, bireysel kolluk işlemlerinden *yasaklama (faaliyetten men etme) kararının* tesis edilmesi mevzu bahis olup<sup>404</sup> bu anlamda kolluk makamlarının bir faaliyeti yasaklamaları, bir temel hak ve hürriyete müdahale teşkil etmektedir<sup>405</sup>. Burada da riskli yapı faaliyetinde bulunma/bu alanda çalışma hakkı süresiz olarak yasaklandığı için, bu hakka yönelen sınırlandırma ve kısıtlamanın sürekli hâle getirildiği görülmektedir.

*Geçici süre ile faaliyette men cezası* ile de riskli yapı faaliyetinde bulunma/bu alanda çalışma hakkının süresiz olmasa dahi, bireysel kolluk işlemlerinden *erteleme kararı* tesis edilmesi suretiyle<sup>406</sup> belirli sürelerde sınırlandırıldığı ve kısıtlandığı belirtilebilir. Bu sebeplerle, yer verilen lisans iptali ve geçici süre ile faaliyette men cezaları şeklindeki idarî yaptırımlarda kentsel dönüşüm kolluğunda izin sistemi/usulünden çıkılarak, *yasaklama usulünün* uygulandığı görülmektedir.

*İdarî para cezası* yönünden durum değerlendirildiğinde, değeri parayla ölçülebilen ve ekonomik değeri bulunan her türlü mal varlığı hakkını kapsamakta olan<sup>407</sup> **mülkiyet hakkına** yöneldiği ve bu hak yönünden kentsel dönüşüm kolluğunun bir kısıtlama ve sınırlandırmasının olduğu düşünülmektedir. Zira Anayasa

<sup>401</sup> Ayrıca bkz.: Özay, Günışığında Yönetim, s. 739.

<sup>402</sup> Akylmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 589; Günday, İdare Hukuku, s. 305.

<sup>403</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 305.

<sup>404</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 576; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 545.

<sup>405</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 576.

<sup>406</sup> Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 545.

<sup>407</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2018/106, K. 2019/80, K.T. 16.10.2019; Anayasa Mahkemesi, E. 2015/39, K. 2015/62, K.T. 01.07.2015.

Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda alınan bir kararında, başvurucuya idarî para cezası ile cezalandırılması yoluyla yapılan müdahalenin, kişilerin mal varlığına dâhil olan parasından yoksun kalmasına yol açtığından dolayı, mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğinin kuşkusuz olduğu belirtilmiştir<sup>408</sup>. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda aldığı başka bir kararında da idarî para cezasına hükmedilmesi neticesinde başvurucudan tahsil edilen tutardaki paranın başvurucunun mal varlığına dâhil olduğundan dolayı, idarî para cezasıyla yoksun bırakılan bu paranın başvuru açısından mülk teşkil ettiğinin açık olduğu belirtilmiştir<sup>409</sup>.

Kentsel dönüşüm koluğu kapsamında tesis edilen *yazılı uyarı cezası* ve aynı zamanda *idarî para cezası* şeklindeki idarî yaptırımlar, tekerrürü hâlinde diğer bir idarî yaptırımın sebep unsuru olacak şekilde 6306 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu anlamda daha önce belirtildiği üzere, yazılı uyarı ve idarî para cezaları, kentsel dönüşüm koluğunun *emir ve ihtar usulünü* oluşturmaktadır. Ancak tekerrürüne bağlanan idarî yaptırımlarla birlikte düşünüldüğünde, yazılı uyarı cezası sebep unsurunu oluşturduğu idarî para cezası ve lisans iptal cezasının; idarî para cezası da sebep unsurunu oluşturduğu lisans iptali cezasının özelliklerini göstermektedir. Bu sebeplerle, yazılı uyarı ve idarî para cezaları da **mülkiyet ve çalışma haklarına** yönelen ve bu hak temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırma etkisi yaratan bir sonuca sahip olmaktadır.

Bu açıklamalar sonrasında önemli bir hususa daha yer verilmesinde fayda görülmektedir. *Anayasal sınır*<sup>410</sup> olarak Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, maddede yer alan diğer şartlar sağlansa dahi, *kolluk yetkilerinin kullanılış ilkeleri ve sınırlarından*<sup>411</sup>, *kolluk eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun şartlarından*<sup>412</sup> biri olan ve *kolluk işlem ve eylemlerinin (işlev etkinliklerinin) denetiminde*<sup>413</sup> başvuru olan *ölçülülük ilkesine*<sup>414</sup> de riayet edilmesi gerekmektedir.

<sup>408</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/31072, K.T. 20.10.2020. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin başka bir kararında, *adli para cezası*, mülkiyet hakkına müdahale olduğu değerlendirilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/39772, K.T. 13.10.2020.

<sup>409</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/22459, K.T. 16.09.2020; Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/38836, K.T. 15.01.2020.

<sup>410</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 705; Günday, İdare Hukuku, s. 310.

<sup>411</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 50.

<sup>412</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 579.

<sup>413</sup> Özay, Günışığında Yönetim, s. 722.

İdarî kolluk, kamu düzenini sağlamak amacıyla kamu özgürlüklerine konulan sınırlamaları<sup>415</sup> ifade etmekte olup kamu düzenini sağlama amacı gerçekleştirilirken, yetkinin kamu yararı ile kamu özgürlükleri arasında bir denge gözetmek suretiyle kullanması gerekmektedir<sup>416</sup>. En yoğun şekilde idarî kolluk alanında kullanılan<sup>417</sup> ölçülülük ilkesi de bu anlamda bir *denge kaygısını* içermektedir<sup>418</sup>. Başka ifade ile kolluğun müdahalesinin uymak zorunda olduğu ilkelerden biri olan ve kamu düzeni işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde kullanılan ölçülülük ilkesinde de temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeni kaygısıyla kullanılamaz hâle getirilmesini önleme fikri bulunmaktadır<sup>419</sup>.

Bu noktada 6306 sayılı Kanun perspektifinde afet riskinin önlenmesindeki kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasındaki adil dengenin sağlanmasının, ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>420</sup> olup bu durum, kentsel dönüşüm kolluğu açısından da tam merkezde yer almaktadır.

Devlet'in temel hak ve hürriyetleri etkin bir şekilde koruması gerekliliği de mevcut olup "yetersiz koruma sağlama yasağı" ile bu korumanın gerekli olduğundan daha az korunmaması gerekliliği ifade edilmektedir<sup>421</sup>. Bu anlamda önlenmek istenen tehlike ile varılmak istenen sonuç ölçülü olmalıdır<sup>422</sup>. Bu noktada *elverişlilik ilkesi*, *gereklilik ilkesi* ve *oranlılık ilkesinden* teşekkül ölçülülük ilkesi<sup>423</sup>, bahsi geçen yasak kapsamında değerlendirildiğinde ise, kentsel dönü-

<sup>414</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 651; Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 588; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 546; Günday, İdare Hukuku, s. 312; Yayla, İdare Hukuku, s. 59. Doktrinde bu ilke, *ölçülülük kuralına* uygun olma olarak da ifade edilmiştir. Bkz.: Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 741.

<sup>415</sup> Giritli vd., İdare Hukuku, s. 1147.

<sup>416</sup> Gözübüyük-Tan, İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, s. 652.

<sup>417</sup> Atay, İdare Hukuku, s. 651.

<sup>418</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 60.

<sup>419</sup> Okay Tekinsoy, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, s. 206-207.

<sup>420</sup> Şahin, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", s. 65, 73.

<sup>421</sup> Yenisey, Kolluk Hukuku, s. 5.

<sup>422</sup> Özay, *Günişığında Yönetim*, s. 739.

<sup>423</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 489-590; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 546, 547. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu belirtilmiştir. Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2017/21, K. 2020/77, K.T. 24.12.2020.

şüm kolluğunun yaptırım usulündeki düzenlemelerin bu yasağa tam olarak uyduğu düşünülmemektedir. Zira kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım usulü ile sınırlanan ve kısıtlanan mülkiyet ve çalışma haklarına yönelik bir müdahale, aslında yine Anayasa'da güvenceye bağlanan diğer hak ve özgürlükler üzerindeki tehditleri bertaraf etmek amacıyla varlık kazanmaktadır.

Kamu düzeninin güvenlik konusu irdelenirken yer verilmemiş olan birkaç hususa, bu başlık altında yer verilmesi yeğlenmiştir. Doktrinde, *konut dokunulmazlığının sağlanması*<sup>424</sup>, *mal güvenliği*<sup>425</sup> kapsamında mülkiyetin saldırı ve müdahalelerden korunmasının<sup>426</sup> da kolluğun görevleri arasında olduğu ifade edilmiş ve bu görev, kamu düzeninin güvenlik unsuru kapsamında ele alınmıştır<sup>427</sup>. Yine doktrinde, kamu düzeninin güvenlik konusu, unsuru ya da amacına yönelik açıklamalarda, mal güvenliğinin kapsamında *mülkiyet hakkının* bulunduğu ifade edilmektedir<sup>428</sup>.

Durum bu açıdan değerlendirildiğinde, lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ve çalışan mühendisler hakkında tesis edilen idarî yaptırımlar ve dolayısıyla bu temeldeki kentsel dönüşüm kolluk faaliyeti, bahsi geçenler açısından mülkiyet ve çalışma haklarını kısıtlamak ve sınırlandırmak suretiyle bir müdahale niteliğindedir. Ancak kentsel dönüşüm hukukunda idarî yaptırıma tabi tutulan lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ve çalışan mühendislerin fiillerinin ise diğer kişilerin de mülkiyet, konut, yaşam, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme ve yerleşme olarak sıralayabileceğimiz temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebep olacak sonuçları olabilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasında başvuru aracı, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması anlamına gelen ve öngörülen tedbirin hedeflenen amaca katkısının olup olmadığının değerlendirildiği<sup>429</sup> ve öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade eden<sup>430</sup> elverişlilik ilkesi bağlamında, kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım usulünde, bu kolluk tedbirinin hedeflenen kamu düzeni amacının gerçekleşmesine katkısının hiç olmadığı söylenemese de düşük

<sup>424</sup> Akyılmaz-Sezginer-Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 581.

<sup>425</sup> Ayrıca bkz.: Duran, İdare Hukuku Ders Notları, s. 254.

<sup>426</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 38-39.

<sup>427</sup> Günday, İdare Hukuku, s. 292; Yayla, İdare Hukuku, s. 38-39.

<sup>428</sup> Yayla, İdare Hukuku, s. 39.

<sup>429</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 589; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 546.

<sup>430</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2017/21, K. 2020/77, K.T. 24.12.2020.

olduğunu belirtmek gerekir. Zira kentsel dönüşüm kolluğunun kapsamındaki idarî yaptırımlara sebep olan fiillerin ihlal ettikleri hukukî değerler ile fillere öngörülen yaptırımların caydırıcılık düzeyleri arasında dengenin sağlanamadığı düşünülmektedir. Bu bağlamda yazılı uyarı cezasının hukukî sebeplerini oluşturan “*Yapı maliki olmayan birinin talebine istinaden riskli yapı tespiti yapılması.*” ve “*Daha önce riskli yapı tespitine konu edilmiş bir yapı hakkında ikinci kez riskli yapı tespiti yapılması.*” şeklindeki idarî yaptırıma tabi fiillerin, kişilerin doğrudan Anayasa’da güvence altına alınan mülkiyet ile konut ve devamında yerleşme, yaşam, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakları ile ilgili olduğu görülmektedir. Burada mülkiyet hakkını güvence altına alan ve Taraf Ülke statüsünde bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 1 No.lu Protokol’ün 1. maddesi açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre mülkiyetten barışçıl yararlanmaya (mülkiyetin dokunulmazlığına saygı) ilişkin genel nitelikli kuralı içerdiğine<sup>431</sup> yönelik yorumunun da mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Zira bir kişinin hukuka aykırı şekilde ikamet ettiği konutunda dahi haksız ve insan haklarına aykırı müdahalelerden korunması gerekmekte ve herkesin oturduğu yerden zorla tahliye edilmeye, rahatsız edilmeye ve diğer tehditlere karşı belirli bir derecede korunmaya hakkı bulunmaktadır<sup>432</sup>. Lisanslandırılan kurum ve kuruluşların 6306 sayılı Kanun’da yaptırıma bağlanan “*Yapı maliki olmayan birinin talebine istinaden riskli yapı tespiti yapılması.*” ve “*Daha önce riskli yapı tespitine konu edilmiş bir yapı hakkında ikinci kez riskli yapı tespiti yapılması.*” şeklindeki fiilleri de açık şekilde mülkiyetten barışçıl yararlanmaya (mülkiyetin dokunulmazlığına saygı) şeklinde ifadesini bulan kuralın açık şekilde ihlalidir.

Dolayısıyla mülkiyet hakkından doğduğu üzere, malik olunan yapı üzerindeki tasarruf hakkının izinsiz, rızasız ve kanunî bir düzenleme olmaksızın lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca engellenmesine sebep olan bu fiiller; konut dokunulmazlığının ihlaline sebebiyet verecektir. Bu anlamda *yapı maliki olmayan birinin talebine istinaden riskli yapı tespiti yapılması* fiili, malikin iradesinin ya da Bakanlık’a 6306 sayılı Kanun ile re’sen icrasına imkân veren kamusal yetkinin gasp edilmesi anlamına gelmektedir. Dahası, bir daire malikinin talebinin yeterli görüldüğü uygulama işlemlerinde, paylı mülkiyet rejiminin esas olduğu yapılardan diğer maliklerin bilgisi dışında karotlar aldırıldığı ve böylece Anaya-

<sup>431</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No. 2017/28126, K.T. 10.12.2019. Ayrıca bkz.: Anayasa Mahkemesi, B. No. 2017/17378, K.T. 13.02.2020.

<sup>432</sup> Şahin, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’a Yönelik Bazı Eleştiriler”, s. 98.

sal ve kanunî olarak güvenceye bağlanan mülkiyet hakkına bilinçli tecavüzde bulunduğu doktrinde ifade edilmiştir<sup>433</sup>. Bu anlamda, yapı maliki olmayan birinin talebine istinaden yapılan riskli yapı tespiti de mülkiyet hakkına bilinçli tecavüz olmaktadır. Dolayısıyla kanunî tanımda yer bahsi geçen bu fiil, öncelikle kadim bir hak olan **mülkiyet hakkına** yönelmekte; kişilerin konut hakkını temsil eden, dokunulmazlıktan faydalanan yapılarına hiçbir kanunî düzenlemeye dayanmadan ve kişilerin rızası, izni olmadan keyfî olarak gerçekleştirilmektedir. İlaveten yer verilen her iki fiil de riskli yapı numunesi almak suretiyle, hiçbir hukuka uygun sebebe/hakka dayanmaksızın kişilerin maliki olduğu yapılarda güvenliğini, dirliğini-esenliğini, huzurunu ve ayrıca yapı estetiğini bozan bir sonuç yaratmaktadır. Alınan numuneler, kişilerin yapılarında büyük hasarlar ortaya çıkarabilme, sağlıklı bir yapının sağlıksız hâle gelmesine neden olabilme risklerini de içermektedir. Bu anlamda kişilerin **konut ve yerleşme**; daha büyük riskler açısından **yaşam, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme** hak ve özgürlükleri tehlikeye atılmaktadır. Burada birden çok hak ve özgürlüğü tehlikeye giren kişilerin rızası, izni, bilgisi olmadığını ve kamu yararı amacıyla harekete geçen bir idarî kararın bulunmadığının altını tekrar çizmek gerekmektedir. 6306 sayılı Kanun'un riskli yapı tespitini istemeye yetkili kişiler olarak yapı malikleri veya bunların kanunî temsilcilerini tayin ettiği açık olup Kanun'da Bakanlık'ın dahi riskli yapı tespitini yapmasını isteyeceği kişiler, yapı malikleri veya bunların kanunî temsilcileri olarak düzenlenmiştir. Kişilerin temel hak ve hürriyetleri açısından olumsuz hukukî sonuçları bulunan bu fiilleri gerçekleştiren lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar hakkında, salt yazılı uyarı cezasının ihdası, kişilerin tehlikeye atılan hakları açısından caydırıcılık etkisinde olması gereken dengenin kurulmadığını göstermektedir. Bu anlamda yazılı uyarı cezası, bu kuruluşların, yapı maliklerinin izni olmaksızın kişilerin mülklerinde riskli yapı tespiti faaliyetinde bulunmalarını engelleyici nitelikte değerlendirilmemektedir.

Ayrıca yapılan açıklamalar uyarınca mülkiyet hakkına yönelen bir fiil olarak *hiçbir başvuruya/talebe dayanmayan riskli yapı tespiti faaliyetlerinin* ise kabahat olarak düzenlenmemesi ve dolayısıyla da idarî yaptırıma bağlanmaması daha da dikkat çekicidir. Başka ifadeyle lisanslandırılan kurum ve kuruluşların hiçbir başvuru ya da talep olmaksızın herhangi bir yapıda gerçekleştireceği riskli yapı tespiti faaliyeti yaptırımsız kalmaktadır. Anayasa'da, mülkiyet hakkın sınırlandırılmasında dahi kamu yararı amacıyla kanunla yapıma zorunluluğu belirtilerek, bu hakkı sınırlandırmada kamu yararı amacı öngörülmüş olduğuna yer verilmesinde fayda görülmektedir.

<sup>433</sup> Özsunay, 6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler, s. 45.

Tarafı olunan Sözleşme ve Anayasa'nın 57. maddesinde yine bir sosyal ve ekonomik hak olarak güvence sağlanan **konut hakkı** açısından aynı değerlendirme yapılabilir. Zira bu hak, güvenli bir yerde, barış içinde ve onurlu bir şekilde yaşayabilmeyi ifade etmekte olup yine kentsel dönüşüm hukukunda idarî yaptırıma tabi tutulan lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ve çalışan mühendislerin fiillerinin ise konut hakkının ihlaline sebep olacak sonuçları olabilmektedir. Bu bağlamda örneğin, *“Daha önce riskli yapı tespitine konu edilmiş bir yapı hakkında ikinci kez riskli yapı tespiti yapılması”* şeklindeki fiilin doğrudan bu kapsamda olduğu görülmektedir. Bu sebeple diğer kişilerin konut hakkından yararlanmalarına imkân ve ortam yaratmak üzere, kentsel dönüşüm koluğu suretiyle, lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ve çalışan mühendislerin mülkiyet ve çalışma haklarına müdahale etmektedir.

Açıklanan sebeplerle, yukarıda örneklendirilen fiillerin tabi oldukları idarî yaptırımların cezalandırıcı niteliğinin yüksek olması gerekmektedir. Yer verilen bu fiillere uygulanacak idarî yaptırımların caydırıcılığı yüksek tutulmadığı takdirde, keyfi olarak yapı tespiti faaliyetlerinin sürdürüleceği ve bu anlamda kentsel dönüşüm koluğu ile korunması istenen genel amaç olan kamu düzeninin, kendi öngördüğü usul ile daha da bozulacağı açıktır. Öncelikle Anayasa'da teminat altına alınan mülkiyet ve konut haklarının ikisini birden tehdit eden bu fiillerin, bu idarî yaptırımlar içerisinde caydırıcılık unsuru en az olan yazılı uyarı cezası ile cezalandırılmış olması, bu fiiller ile ihlal edilen hukukî değerler arasındaki denge- nin tam olarak sağlanmamış olduğu sonucunu doğurmaktadır. Zira kıyasa tabi tutularak caydırıcılık unsuru yazılı uyarı cezasına göre daha yüksek olan idarî para ve lisans iptali cezalarının fiilleri incelendiğinde, bu durum daha iyi anlaşılmaktadır. İdarî para cezasının fiilleri olarak düzenlenen *“Riskli yapı tespitinde yapıya ilişkin verilerin eksik veya yanlış alınarak hesap yapılması neticesinde riskli bir yapının risksiz veya risksiz bir yapının riskli olarak tespit edilmiş olması.”* veya *“Yapıda teknik inceleme yapılmadan riskli yapı tespit raporu hazırlanması.”* şeklindeki fiillerin bir kez gerçekleştirilmesi ile yazılı uyarı cezasının mülkiyet ve konut haklarının ihlaline sebep olan fiillerinin üç kez gerçekleştirilmesi eşit cezalandırılmıştır. Yine lisans iptali cezasının fiili olarak düzenlenen *“Mevcut olmayan bir yapı hakkında riskli yapı tespit raporu hazırlanması”* şeklindeki fiilin bir kez gerçekleştirilmesi, yazılı uyarı cezasının mülkiyet ve konut haklarının ihlaline sebep olan fiillerinin dokuz kez gerçekleştirilmesi eşit cezalandırılmıştır. Fiiller incelendiğinde, cezalandırmanın caydırıcılığı açısından öngörülen böyle bir hiyerarşik ayrımın makul bir izahını yapmak oldukça güçtür.



Son olarak idarî para cezalarının ölçülülük ilkesiyle çeliştiği durumlarda, bu cezaların ayrıca **çalışma hakkına** yönelmesi ve bu hak temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırılma olması da mümkündür<sup>434</sup>. 6306 sayılı Kanun'da öngörülen 24.819 Türk Lirası<sup>435</sup> tutarındaki idarî para cezası açısından ise hem tutarın çalışma hakkı önündeki arz ettiği engel ölçüsü hem de ihlal ettiği kişisel haklar bağlamında ölçülülük ilkesinin hâkim olduğu kanaatindeyiz.

#### D. Emir ve İhtar ile Doğrudan Uygulama Usulleri Açısından

Kentsel dönüşüm kolluğu usullerinden emir ve ihtar usulü incelendiğinde; aslında bu kapsamdaki işlemlerin re'sen icra yetkisinin hukukî sebep unsurunu oluşturduğu görülmektedir. Bu sebeple emir ve ihtar usulü ile hangi re'sen icra yetkisi harekete geçirilecek ise bu yetki kapsamındaki temel hak ve hürriyete müdahaleyi bildiren bir uyarı yapıldığı belirtilebilir. Bu sebeple kentsel dönüşüm kolluğundaki bu iki usulün bu başlık altında birlikte ele alınması tercih edilmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinde de doğrudan tesis edilebilecek işlem türlerine de yer verilmiştir. Zira bu madde kapsamında da gönüllük esasını aşarak ve belirli şartlara göre yapı maliklerini zorlayarak mülkiyet hakkı yönünden müdahale niteliğinde düzenlemeler mevcuttur<sup>436</sup>. Zira kentsel dönüşüm uygulamaları ile mülkiyet hakkı arasında çatışma çıkmasının muhakkak olduğu ifade edilmiştir<sup>437</sup>.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun *mülkiyet hakkının içeriğinin* düzenlendiği 683. maddesine yer verilmesinde fayda görülmekte olup hükme göre,

<sup>434</sup> Bkz.: Anayasa Mahkemesi, E. 2009/29, K. 2010/66, K.T. 13.05.2010.

<sup>435</sup> 6306 sayılı Kanun'da her ne kadar idarî para cezasının tutarı 15.000 Türk Lirası olarak hükme bağlanmış olsa da Kanun'un madde 3/9 hükmünde, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere ilgili yılda idarî para cezasının, *213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun* mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanacağı; bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsurunun dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. 2018 yılında ihdas edilen bu idarî para cezasının güncel tutarına ulaşmak için, 2019, 2020 ve 2021 yılı yeniden değerlendirme oranlarının uygulanması gerekmektedir. *503 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği* ile 2019 yılında uygulanmak üzere yeniden değerlendirme oranı %23,73; *512 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği* ile 2020 yılında uygulanmak üzere yeniden değerlendirme oranı %22,58 ve *521 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği* ile 2021 yılında uygulanmak üzere yeniden değerlendirme oranı %9,11 olarak tespit edilmiştir. Bu bağlamda 2021 yılında idarî para cezası tutarı *24.821 Türk Lirası* olarak gerçekleşmiştir. Bkz.: T. 30.11.2018, S. 30611 R.G.; T. 23.12.2019, S. 30987 R.G.; T. 28.11.2020, S. 31318 R.G.

<sup>436</sup> Şahin, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", s. 79.

<sup>437</sup> Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, s. 231.

bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Bu başlık altında irdelenecek kolluk tedbirlerinin sonuçları açısından, yapı ve alan maliklerinin tasarruflarının kısıtlandığı, kullanma ve yararlanma haklarında sınırlamaya gidildiği; dahası malik sıfatlarının sona erdirildiği görülecektir.

Doktrinde, bu çalışmanın aksine, kentsel dönüşüm kolluğu usulleri temelinde değil de kentsel dönüşüm uygulamasının yöneldiği temel hak ve özgürlük açısından bir irdeleme yapıldığı ve dolayısıyla kentsel dönüşüm uygulamaları temelinde temel hak ve hürriyetler bağlamındaki ilişkinin ortaya konulduğu görülmektedir. Bu bağlamda doktrinde bir görüşte, 6306 sayılı Kanun'un mülkiyet hakkına getirdiği müdahaleler, *risksiz yapıların projeye tabi tutulması, tasarrufların kısıtlanması, kararların en az üçte iki çoğunlukla alınması ve acele kamulaştırma* başlıkları altında<sup>438</sup>; yine başka bir görüşte, idarenin riskli alan ve riskli yapı kararlarının mülkiyet hakkına getirdiği kısıtlamalar, *tasarrufların kısıtlanması, tahliye ve yıktırma ve acele kamulaştırma* başlıkları altında incelenmiştir<sup>439</sup>.

**Riskli alan ya da riskli yapı kararının** doğrudan kendisinin mülkiyet hakkını kısıtlayan sonuçları olduğu anlaşılmakta<sup>440</sup> olup bu karara bağlı olarak ortaya çıkan kentsel dönüşüm kolluğunun doğrudan uygulama usulleri açısından değerlendirme yapılmasında fayda görülmektedir.

**Riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılması** hususunda, özel hukuk kurallarının öngördüğü sebepler dışında idareye tanınan yıkma yetkisinin, *kamu hukuku* sebeplerine dayandığı belirtilmiştir<sup>441</sup>. Bu bağlamda idarelerin alacağı yıkım kararlarının mülkiyet hakkının kısıtlanmasına yönelik işlem olduğu ifade edilmektedir<sup>442</sup>. Zira, riskli yapı tespiti sonucunda yapının riskli olduğu tespit edilirse, yapı maliklerinin mülkiyet hakkına müdahaleyi kapsayan yıkım kararı alınacaktır<sup>443</sup>. Tahliye kararı da aynı şekilde, riskli yapı olduğu tespit edilen yapı ma-

<sup>438</sup> Avcı, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, s. 313-334.

<sup>439</sup> Özkaya Özlüer, Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması, s. 639.

<sup>440</sup> Ayrıca bkz.: Özkaya Özlüer, Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması, s. 641.

<sup>441</sup> Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Derleri*, Güncellenmiş Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 608.

<sup>442</sup> A. Kürşat Ersöz, "Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. XIX, S. 3, s. 104.

<sup>443</sup> Gürsel, Kentsel Dönüşüm, s. 151.

liklerinin mülkiyet hakkını kısıtlayan ve sınırlayan bir hukukî sonuç yaratmaktadır<sup>444</sup>.

**Tasarrufların kısıtlanması** değerlendirildiğinde, doktrinde bu kısıtlama uygulayabilme yetkisi, taşınmaz tasarruflarının kısıtlanması olarak ifade edilmiş olup<sup>445</sup> yer verilen bu düzenlemenin kamu düzenini bozan faaliyetler hakkında belirli bir süre için tesis edebileceği ve *kolluk tedbirlerinden bireysel kolluk işlemleri kapsamındaki erteleme kararı*<sup>446</sup> niteliğinde olduğu düşünülmektedir.

6306 sayılı Kanun'un 4. maddesinde düzenlenen ve mülkiyet hakkına bir müdahale olduğu belirtilen<sup>447</sup> bu kolluk faaliyeti ile kişilerin maliki olduğu riskli ya da rezerv yapı alanlarında azamî üç yıla kadar bu sıfatlarının kaynağı olan **mülkiyet hakkının** kapsamındaki tasarrufları engellenmektedir. Bu anlamda bu geçici süre ile yine **yerleşme hürriyeti** de kısıtlanmakta ve sınırlandırılmaktadır. Bunun dışında kişilerin görüşü alınma şartı öngörülmüş olsa da bunun bir rıza niteliğinde olmadığı açık olup riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılarda yaşamayı imkânsız kılmaya yönelik olarak elektrik, su, doğalgazın verilmemesi ve kamu hizmetlerinin durdurulması<sup>448</sup>, **yaşama hakkı**, **konut hakkı**<sup>449</sup> ve **barınma hakkının**<sup>450</sup> ihlaline sebep olabilecek niteliğinden dolayı bahsi geçen temel hak ve özgürlükler açısından kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı özelliktedir. Ayrıca kanaatimizce tasarrufların kısıtlanmasına yönelik 6306 sayılı Kanun düzenlemeleri hem **mülkiyet hakkı** hem de **yerleşme hürriyeti**nin kısıtlanması ve sınırlandırılması şeklinde bir hukukî sonuç yaratmaktadır.

**Açık artırma usulü ile satış**, usul ve esasları 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmünde belirtilen bir usul olup bu usulde, sahip oldukları hisseleri ora-

<sup>444</sup> Karadabağ, Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm, s. 120.

<sup>445</sup> Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 142.

<sup>446</sup> Gözler, İdare Hukuku, C. II, s. 577; Gözler-Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, s. 545.

<sup>447</sup> Avcı, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, s. 318; Yurtcanlı, Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar, s. 328. Ayrıca bkz.: Karadabağ, Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm, s. 122.

<sup>448</sup> Doktrinde ayrıca riskli alandaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğalgaz verilmemesi ve verilen hizmetlerinin durdurulması kuralının, kişilerin **sağlık hakkı** ile **kentsel hizmetlere erişim hakkının** da kısıtlanması ve sınırlandırılmasına neden olabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Üstün, Kentsel Dönüşüm Hukuku, s. 143.

<sup>449</sup> Çaptuğ, İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm, s. 92.

<sup>450</sup> Demirkol-Bereket Baş, Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması, s. 65.

nında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında uygulama yapılan etap veya adada, riskli yapılarda ise bu yapıların bulunduğu parsellerde hükümde belirtilen kararlar alınmakta ve bu karara katılmayanların arsa payları Bakanlıkça özel kişilere satılmaktadır. Dolayısıyla doktrinde de madde 6/1 hükmündeki *kararların üçte iki çoğunlukla alınması* esası, mülkiyet hakkına müdahale<sup>451</sup> teşkil eden bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir<sup>452</sup>. Zira maliklerin taşınmazlarının kesin ve icraî bir idarî işlem suretiyle satılması söz konusu olup mülkiyet hakkı kamu kudreti ile sona ermektedir<sup>453</sup>. Burada da **mülkiyet hakkı** ile birlikte **yerleşme hürriyetine** yönelen ve bu haklar temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırma sonucu doğuran işlem gerçekleştirilmektedir. Zira bu idarî ve malî usul ile bir özel hukuk kişisinden başka bir özel hukuk kişisine mülkiyet transferi söz konusu olmakta ve mülkiyeti nakledilenin malik sıfatını kaybettiği alanda yerleşme hürriyetinden bahsedilememektedir.

**Riskli ve rezerv alanlarda teferruğ**, 6306 sayılı Kanun'un madde 6/1 hükmü ile çoğunluğun kararına katılmayan paydaşların arsa paylarının, rızaları dışında, Bakanlık'a zorunlu satışına ilişkin düzenleme yapılmış olup mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu yaratan bir müdahale niteliğindedir<sup>454</sup>. Bu anlamda özel mülkiyete tabi taşınmazların mülkiyetinde, idare lehine bir transfer yapılarak **mülkiyet hakkı** temelinde bir kısıtlama ve sınırlandırma yapıldığı görülmektedir; mülkiyet transferi söz konusu olduğundan dolayı da mülkiyeti nakledilenin malik sıfatını kaybettiği alanda **yerleşme hürriyetine** de yönelme olmaktadır.

## SONUÇ

İdarenin faaliyetlerinden biri ve aslında kendisi de bir idarî usul olan idarî kolluk faaliyeti, kamu düzeninin korunması amacına yönelmektedir. Bu anlamda her idarî faaliyetteki kamu yararı amacına hizmet eden idarî kolluk, kamu düzeni ile bağlantılı olan konularda idarenin iradesini yansıtmaktadır.

<sup>451</sup> Ayrıca bkz.: Yurtcanlı, Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar, s. 328.

<sup>452</sup> Avcı, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, s. 335-326; Kurşat, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", s. 62.

<sup>453</sup> Baki Sakallı, "6306 Sayılı Kanun'a Göre İdarenin Yaptığı Taşınmaz Satış İşleminin İdari Yargı Denetimi", *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, Ocak, s. 25, 28.

<sup>454</sup> Yurtcanlı, Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar, s. 328. Ayrıca bkz.: Kurşat, 6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, s. 62.

İdarî kolluk harekete geçtiğinde, hukukî etkisi temel hak ve hürriyetler üzerinde gerçekleşmektedir. Bu hukukî etki, idarî kolluk uygulananlar nezdinde hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması ve kısıtlanması şeklinde sonuç doğururken; aslında çoğu kez idarî kolluk makamları tarafından diğer kişilerin temel hak ve hürriyetlerine yönelmiş tehlike(ler) bertaraf edilmek de istenmektedir. Dolayısıyla bu çalışmada incelenen kentsel dönüşüm kolluğunda da Devlet'e verilen görevler çerçevesinde, kişilerin sahip olduğu diğer temel hak ve hürriyetleri korumak adına, haklar blokundaki başka temel hak ve hürriyetlere müdahale ederek kamu düzeninin sağlanması amacıyla oluşan bir denge arayışı bulunmaktadır.

Çalışmadaki kapsamı ile kurucu mevzuatına yer verilen kentsel dönüşüm kolluğunun, bu mevzuat çerçevesinde sahip olduğu usullerle birlikte değerlendirildiğinde, adlî kolluk türünü oluşturmadığı; doktrin görüşleri ve yargısal kararlarla ortaya konulan özellikleri de taşıması kaydıyla idarî bir kolluk faaliyeti olduğu tespit edilmiştir.

Kentsel dönüşüm kolluğunda, 6306 sayılı Kanun'un amaca ilişkin düzenlemesi başta olmak üzere, Kanun'un gerekçeleri de birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın sırasıyla 23 ve 57. maddelerindeki yerleşme hürriyeti ile konut hakkının sağlanması şeklindeki Devlet görevinden doğan ve yine Anayasa'nın 17 ve 56. maddelerinde düzenlenen yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme ve sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının korunmasına yönelik bir amaç bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada ülkemiz gerçekliğinde deprem gibi afetlerden dolayı ortaya çıkan riskli alanlar ve üzerindeki yapıların yanı sıra; bina yapılaşmasındaki eskime ve bundan bağımsız olarak fen ve sanat normlarına uyumsuzluktan yapay olarak ortaya çıkan riskli yapılar, kamu düzeni açısından bir korunma mekanizmasını gerekli kılmaktadır. Bu noktada, can ve mal güvenliğinin tehdit altında olması, sağlık konusunda da kamu düzeninin kapsamını genişleten bir sonuç yaratmaktadır. Yapıların sağlıklılaştırılması suretiyle, sağlıklı yaşama çevrelerine ulaşma ve bu nitelikli yapılar ile toplumun sağlıklı koşullara kavuşturulması amacı da yer almaktadır. Ayrıca salt kendisi dahi olağan bir müdahale niteliğinde olmayan kentsel dönüşüm, dirlik-esenlik konusu bakımından zaten tehdit altında olan bir kamu düzeni açısından ele alınmalıdır. Bu sebeple birtakım usullerle ihdas edilen kentsel dönüşüm kolluğu da dirlik-esenlik konusuna yönelerek bunu sağlama amacına sahiptir. Son olarak normatif düzenlemelerde de ayrıca vurgulandığı üzere, sadece teknik açıdan değil; sanat ve bu temelde estetik açıdan da kentsel dönüşüm uygulamalarının varlık gerekçesi bulunmaktadır. Bu anlamda sağlık

konusunda görülen kapsamdaki genişleme gibi, burada da kamu düzeninin klasik anlayışındaki/geleneksel-klasik unsurlarını aşarak kamu düzeninin modern anlayışında yer alan kamusal estetik konusunun da kentsel dönüşüm koluğu amaçlarından biri hâline geldiği görülmektedir.

Yukarıda yer verilen kamu düzeni konularının kentsel dönüşümün amacı olması sebebiyle, bu amaçlara ulaşmak için bu alana özgü idarî kollukta da usuller bulunmaktadır. Birden fazla idarenin kolluk makamı olarak yetkilendirildiği bu usuller, tanzim usulü ile başlatılmakta ve bu usul kapsamında, kurucu mevzuatın da bir parçasını teşkil eden Uygulama Yönetmeliği ile bu usul kapsamında yetkisi Cumhurbaşkanına verilen riskli alan kararları bulunmaktadır. Genel düzenleyici idarî işlemlerin kentsel dönüşüm koluğunun birer aracı olmasının yanı sıra, bireysel idarî işlemlere de aynı niteliğin kazandırıldığı görülmekte olup diğer kolluk usulleri, bu işlemler suretiyle yürütülmektedir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm koluğunda, tamamen bu alana özgü olan ve bu alandaki spesifik faaliyeti oluşturan riskli yapı tespitine yönelik izin usulü: lisanslandırma öngörülmüştür. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının kolluk makamı olduğu bu usul kapsamında, birtakım kurum ve kuruluşlara lisanslandırma yapılarak lisanslandırılan kurum ve kuruluşlarca bu faaliyetler yürütülmektedir. Buna koşut olarak lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, bunların ortakları ile bunlarda çalışan mühendisler açısından ise kentsel dönüşüm koluğunda yaptırım uygulama usulünün öngörülmüş olduğu da anlaşılmaktadır. Ayrıca yine kentsel dönüşüm koluğunda, emir ve ihtar ile doğrudan uygulama usulleri de bulunmaktadır. Emir ve ihtar usulünün aslında çoğunlukla doğrudan uygulama usulünün bir hazırlayıcısı olduğu ve aslında müdahale edilecek temel hak ve hürriyetin de belirlendiği ve bu anlamda bir uyarı mahiyetinde olduğu da görülmektedir. Doğrudan uygulama usulü ise yaptırım uygulama usulünde olduğu gibi, temel hak ve hürriyetler ile en fazla ilişki kurulan usul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Birden çok usul ve işlem ile yürütülen ve kamusal estetik ile birlikte kamu düzeninin geleneksel üç konusunda da faaliyet gösteren kentsel dönüşüm koluğunun kamu düzeni konularının uzmanlaşmış kollarını oluşturduğu ve ancak bu konuların birbirilerinden ayıramaz şekilde iç içe geçmiş olduğu da görülmektedir. Zira kentsel dönüşüm koluğunda “sağlıklı ve güvenli yaşama çevresi”, “sağlıklı ve düzenli yerleşim”, “sağlıklı ve düzenli kentleşme”, “sağlıklı bir yapılaşma süreci”, “iyi ve modern şehirleşme” ve “güvenli bir yerde, barış içinde ve onurlu bir şekilde yaşama” şeklinde tezahürler bulunmakta olup salt bir kamu düzeni konusu ile bu amaçlara ulaşamayacağı açıktır. Bu iç içe geçiş de spesifik bir alan yaratmış olup bu çalışmada bu spesifik alan kentsel dönüşüm

kamu düzeni olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda kentsel dönüşüm kolluğunun özel idarî kolluk niteliğini taşıdığı sonucuna da varılmıştır. Bu tespite ilişkin bir istisna olarak kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde Cumhurbaşkanınca alınacak riskli alan kararının genel idarî kolluk niteliğinde olduğu düşünülmektedir.

Son olarak temel hak ve hürriyetlerle çok yakın ilişki içinde bulunan idarî kolluğun değerlendirildiği kanunilik ve ölçülülük ilkeleri, kentsel dönüşüm kolluğu açısından ele alınmış olup yaptırım uygulama usulünde geçmiş normatif düzenlemelerde sağlanamamış olan kanunilik ilkesinin mevzu hukukta sağlanmış olmakla birlikte; ölçülülük ilkesindeki dengenin sağlanamadığı düşünülmektedir. Zira yaptırım uygulanan ve esasında çalışma hürriyeti ile mülkiyet haklarına müdahale edilen kişilerin fiillerinden dolayı hak ve hürriyetleri ihlal edilen kişilerin aleyhine bir caydırıcılık öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu noktada diğer kişilerin yaşam hakkı, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yerleşme hürriyeti, mülkiyet hakkı, konut hakkı şeklindeki temel hak ve hürriyetlere yönelik bu fiiller sebebiyle bozulan kamu düzeninin bu kolluktaki amaçları için harekete geçen kentsel dönüşüm kolluğunun, yaptırımlar açısından müdahalesinin yetersiz kaldığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu anlamda ölçülülük ilkesi açısından kanun koyucunun kentsel dönüşüm kolluğunun yaptırım uygulama usulü açısından normatif düzenlemeleri tekrar gözden geçirmesi oldukça önemli hâle gelmektedir. Ayrıca kanunilik ilkesi açısından ise kentsel dönüşüm kolluğunun izin usulü: lisanslandırma açısından da hukukî mesele bulunduğu; bu usule ilişkin düzenlemelerde yetki açısından Uygulama Yönetmeliği düzenlemesinin kanuniliği temin etmediği düşünülmekte olup bu düzenlemelerin 6306 sayılı Kanun'da yer alması gerektiği belirtilmelidir.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

- AKBEY ERDİDAL, Didem, **6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Kanununa Dayalı Riskli Alan - Riskli Yapı Tespiti ve Hukuki Sonuçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- AKEL, Yeliz Neslihan, **2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları ve Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, 9. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- AKKAYA, Fethiye Nur, **Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti**, 1. Baskı, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi Yayın No: 2016/2, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- AKKOYUNLU ERTAN, Kıvılcım-ERTAN, Birol, "Kent ve İnsan Hakları Bağlamında Kentsel Hizmetlere Erişim Hakkı", **Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları**, 1. Baskı, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 45-72.
- AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 11. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- AVCI, Adem, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması", **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 309-339.
- AYHAN, Fatma, "Kentsel Dönüşüm Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 119-147.
- BALKIR, Z. Gönül, "Konut Hakkı ve İhlalleri: Kentli Haklarının Doğuşu", **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, 4-5-6 Kasım 2010, Pamukkale Üniversitesi İİBF ÇEEİ Bölümü, Petrol-İş Yayını-113, Ekim 2010, İstanbul, ss. 339-358.
- BALTA, Tahsin Bekir, **İdare Hukukuna Giriş I**, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, Ankara, 1968/1970.
- BAYDUR, Cem Mehmet, "Kentsel Dönüşüm Kanunu ve Yeniden İmar Süreci Üzerine Düşünceler", **Finans, Politik ve Ekonomik Yorumlar Dergisi**, 2013, C. 50, S. 575, ss. 7-17.
- BINDER, Denis, Çev.: İsmail Pamuk, "İstanbul'un Acil Durum Planlamasına Bir Yabancı'nın Bakış Açısı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm**, 2013, C. 8, S. 111-112, ss. 75-94.



- BİLKE, Efe, **Kentsel Dönüşüm Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanların Tespit ve Yargısal Denetimi**, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- CANDAN, Turgut, **Açıklamaları Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş Dördüncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÇAPTUĞ, Mehpere, **İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÇELİK GÜLSEVEN, Zeynep, "Yenileme Alanlarında Kentsel Dönüşüme Uygulanabilecek Temel İlkeler Dair Bir Değerlendirme", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S. 19, ss. 79-101.
- ÇELİK, S. Binnur, **Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku (Vergi İcra Hukuku)**, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇOLAK, Nusret İlker, "Kentsel Dönüşüm Mevzuatının Hukuksal Değerlendirmesi", <https://www.ilkercolak.com.tr/kentsel-donusum-mevzuatinin-hukuksal-degerlendirmesi/>.
- DAŞKIRAN, Filiz-AK, Duygu, "6306 Sayılı Kanun Kapsamında Kentsel Dönüşüm", **Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, 2015, C. 13, S. 3, ss. 264-288.
- DEMİRKOL, Selami-BEREKET BAŞ, Zuhul, "Kentsel Dönüşümün, 6306 Sayılı Yasa Kapsamında Hak ve Özgürlükler Açısından Ele Alınması", **TBB Dergisi**, 2013, S. 108, ss. 23-70.
- DORU, Seyit Rasim, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun' İlişkin Değerlendirme", **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 257-308.
- DURAN, Lûtfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- ERGUN, Cem-GÜL, Hüseyin, "Barınma Hakkının İhlal Edilme Sürecinde Kentsel Dönüşüm Projeleri", **Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler**, 4-5-6 Kasım 2010, Pamukkale Üniversitesi İİBF ÇEEİ Bölümü, Petrol-İş Yayını-113, Ekim 2010, İstanbul, ss. 359-378.
- ERSÖZ, A. Kürşat, "Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2015, C. XIX, S. 3, ss. 103-149.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Bir İnsan Hakkı Olarak Çevre Hakkı ve Türk Düzenlemesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1987, C. 52, S. 1-4, ss. 233-278.
- GERÇEK, Adnan, **Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü**, 6. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GİRİTLİ, İsmet vd., **İdare Hukuku**, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. II, Güncellenmiş Üçüncü Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal-KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş Yirminci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref-TAN, Turgut, *İdare Hukuku: Genel Esaslar*, C. I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti ve Görülüş Usulleri", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1987.
- GÜLAN, Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 1988, C. 9, S. 1-3, ss. 147-159.
- GÜLAN, Aydın, "Tarihi Dokuyu Yenilemek Adına Cerrahi Bir Müdahale Aracı: Yenileme Alanları", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, Cilt: 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, ss. 1955-1964.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜRSEL, Esin, *Kentsel Dönüşüm: 6306 Sayılı Kanun Kapsamında Afet Riski Altındaki Alanlarda Riskli Yapı ve Hukuki Rejimi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- İLKİ, Alper, "Kentsel Dönüşüm Kapsamında Binaların Bölgesel Risk Dağılımının Belirlenmesi Pera Yöntemi", *TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası 3. Yapı Denetimi Sempozyumu Kitabı*, 5-6 Ekim 2013, Diyarbakır, ss. 124-132.
- KALABALIK, Halil, *İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2014.
- KALABALIK, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- KANETİ, Selim vd., *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- KAPLAN, Onur, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- KARADABAĞ, Hakan, *Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde Kentsel Dönüşüm*, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 605, İstanbul, 2020.
- KARAKOÇ, Yusuf, *Vergi Hukuku (Genel Vergi Hukuku) Bilgisi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KURŞAT, Zekeriya, "6306 Sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 17-61.

- KUTLU GÜRSEL, Meltem, "Kamu İhale Sürecinde Rekabetin Bozulmasının Cezai Yaptırımları", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. III, Beta Yayınevi, İstanbul, 2003.
- OKTAR, S. Ateş, *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumî Esasları*, C. 3, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ÖZAY, İl Han, *Günişğinde Yönetim*, 2004 Tarihli 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- ÖZLÜER, Ilgın Özkaya, "Riskli Alan Kararları ve Acele Kamulaştırma Uygulaması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 67, S. 3, ss. 635-655.
- ÖZSUNAY, Ergun, "6306 sayılı Kanun ve Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Düşünceler", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, S. 2014/6, Kasım-Aralık, ss. 15-51.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, *İdare Hukuku Dersleri*, Teksir/Daktilo/Fotokopi, Ankara, 1972-1973.
- SADRI, Senem Zeybekoğlu, "Kentsel Dönüşüm ve Kentte İnsan Hakları", *Kentsel Dönüşüm ve İnsan Hakları*, 1. Baskı, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 1-16.
- SAKALLI, Baki, "6306 Sayılı Kanun'a Göre İdarenin Yaptığı Taşınmaz Satış İşleminin İdari Yargı Denetimi", *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, Ocak, ss. 15-46.
- SEKDUR, Mahmut-ALTUN, Muhsin, *Mali Hukuk Ansiklopedisi*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2001.
- SÖNMEZ, Muhammet, *Kentsel Dönüşüm Hukuku: Teorik ve Uygulamalı Bir Anlatım*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SPITZER, Monika, Çev.: İsmail Pamuk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm*, 2013, C. 8, S. 111-112, s. 279-290.
- SÜRBEHAN, Sadrettin, "İdarî Müeyyide ve İdarî Ceza Hukuku", *Türk İdare Dergisi*, 1971, Y. 42, S. 328, ss. 128-152.
- ŞAHİN, Cenk, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'a Yönelik Bazı Eleştiriler", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 63-117.
- TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- TEKİNSOY, Özge Okay, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

- TEKİNSOY, Özge Okay, "Kolluk", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 471-531.
- ULUSOY, Ali D., *İdarî Yaptırımlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ULUSOY, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- UYAR, Lema, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 145, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul, 2006.
- ÜSTÜN, Gül, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- ÜSTÜN, Gül-YILDIRIM, Turan, "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun Düzenlemesi ve Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Afet Yönetimi ve Kentsel Dönüşüm*, 2013, C. 8, S. 111-112, ss. 259-265.
- YASİN, Melikşah, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 60, ss. 105-137.
- YASİN, Melikşah, "Soylulaştırma Yoluyla Yapılan Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Temel Hak ve Özgürlüklere Etkisi", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, 2014, C. 17, S. 1, 11-12, ss. 128-140.
- YASİN, Melikşah, "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarına İlişkin Temel İlkeler", *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, Editörler: Melikşah Yasin-Cenk Şahin, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, ss. 1-15.
- YASİN, Melikşah, "Kamu Hizmeti", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 411-468.
- YAYLA, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Tıpkı 2. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- YENİSEY, Feridun, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- YILDIRIM, Turan, "İdari İşlemler", *İdare Hukuku*, Editör: Turan Yıldırım, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 293-408.
- YURTCANLI, Seda, "Afet Riski Altında Temel Hak ve Özgürlükler: 6306 Sayılı Afet Yasası Kapsamında Temel Hak ve Özgürlüklere Getirilen Sınırlamalar", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2013, C. 2, S. 4, ss. 317-358.

#### **Diğer Kaynaklar**

- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, "Kentsel Dönüşüm Yasası Olarak Bilinen Afet Riskli Alanların Kentsel Dönüşümü Yasası", <https://altyapi.csb.gov.tr/kentsel-donusum-yasasi-olarak-bilinen-afet-riskli-alanlarin-kentsel-donusumu-yasasi-haber-854>.

- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “6306 Sayılı Kanun Kapsamında Riskli Yapıların Tespiti için Yetki Verilen Kurum ve Kuruluşlar”, <https://altyapi.csb.gov.tr/riskli-yapi-tespiti-ile-ilgili-kuruluslar>.
- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, “Ana Sayfa”, <https://csb.gov.tr/>.
- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı-Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “Kentsel Dönüşüm Strateji Belgesi Hazırlanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, <https://webdosya.csb.gov.tr/db/altyapi/icerikler/strateji--belges--20191001104857.pdf>.
- T.C. Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı, Manisa Valiliği-Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü, “Görevlerimiz”, <https://manisa.csb.gov.tr/gorevlerimiz-i-83692>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun Tasarısı”, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss180.pdf>.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Lâihası ve Geçici Komisyon Raporu (1/464)”, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTA-NAK/TBMM/d09/c024/tbmm09024111ss0286.pdf>.
- United Nations, “Digital Library”, <https://digitallibrary.un.org/record/576098>.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

### **Mahkeme Kararları**

- Anayasa Mahkemesi, E. 2017/21, K. 2020/77, K.T. 24.12.2020.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/106, K. 2019/80, K.T. 16.10.2019.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2015/39, K. 2015/62, K.T. 01.07.2015.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/55, K. 2011/140, K.T. 20.10.2011.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2009/29, K. 2010/66, K.T. 13.05.2010.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/383, K. 2003/92, K.T. 16.10.2003.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2001/377, K. 2002/59, K.T. 26.06.2002.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1996/48, K. 1996/41, K.T. 23.10.1996.
- Anayasa Mahkemesi, E. 1985/11, K. 1986/29, K.T. 11.12.1986.
- Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/31072, K.T. 20.10.2020.
- Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/39772, K.T. 13.10.2020.
- Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/22459, K.T. 16.09.2020.

- Anayasa Mahkemesi, B. No. 2017/17378, K.T. 13.02.2020.  
Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/38836, K.T. 15.01.2020.  
Anayasa Mahkemesi, B. No. 2017/28126, K.T. 10.12.2019.  
Anayasa Mahkemesi, B. No. 2013/6880, K.T. 23.03.2016.  
Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2015/695, K. 2015/702, K.T. 26.10.2015.  
Danıştay 14. Dairesi, E. 2016/1180, K. 2016/1146, K.T. 25.02.2016.  
Danıştay 10. Dairesi, E. 2012/2709, K. 2016/126, K.T. 15.01.2016.  
Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, E. 2017/4863, K. 2017/7999, K.T. 18.10.2017.  
İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesi, E. 2018/1525, K. 2019/12, K.T. 15.01.2019.  
İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, E. 2019/232, K. 2019/470, K.T. 02.04.2019.

**Not:** Makale metninde yer verilen mahkeme kararlarında,  
<https://www.lexpera.com.tr/>den yararlanılmıştır.

# ALMAN ÖĞRETİSİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA YAĞMA SUÇUNUN İHMALİ HAREKETLERLE İŞLENİP İŞLENEMEYECEĞİ MESELESİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Ziya KOÇ<sup>(\*\*)</sup>

## ÖZ

Yağma suçu, TCK'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Yağma, öğretilerde kabul edildiği üzere, icrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir. Suçun kanuni tanımında yer alan tehdit etmek veya cebir kullanmak şeklindeki zorlama hareketleri aktif bir hareketin varlığını gerektirmektedir. Alman hukukunda yağma suçunun ihmali hareketle işlenebilmesi kimi yazarlara göre mümkündür. Hukukumuz bakımından baskın görüş, yağma suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceği yönündedir.

İhmali suçlar, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Gerçek olmayan ihmali suçlar, esasen, icrai hareketle işlenebilen suçlardır. Bir suçun, ihmali hareketle işlenebilmesi için kanunda buna ilişkin özel bir düzenlemenin bulunması gerekir. Alman hukukundan farklı olarak, hukukumuzda bu yönde bir genel hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kanunilik ilkesi gereğince, gerçek olmayan ihmali suç sebebiyle cezalandırma için bunu düzenleyen bir özel norm bulunmalıdır. Keza yağma, sırf hareket suçu olması nedeniyle, ancak icrai hareketle işlenebilir. Fakat bu suçta, genel hükümler uyarınca ihmali hareketle katılmak mümkündür.

**Anahtar Kelimeler:** Yağma, Cebir, Tehdit, Zorlama, İhmal.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 16/11/2021.

Atıf Şekli: Ziya Koç, "Alman Öğretisinde İleri Sürülen Görüşler Işığında Türk Hukukunda Yağma Suçunun İhmalî Hareketlerle İşlenip İşlenemeyeceği Meselesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 577-612.

<sup>(\*\*)</sup> Adana Bölge Adliye Mahkemesi, Daire Başkanı, Adana, Türkiye.

E-posta: ziyakoc@yahoo.com.

Orcid: 0000-0002-0160-1997.

# **IN THE LIGHT OF THE OPINIONS PUT FORWARD IN THE GERMAN DOCTRINE, THE QUESTION OF WHETHER THE CRIME OF ROBBERY IN TURKISH LAW CAN BE COMMITTED BY NEGLIGENT ACTS**

## **ABSTRACT**

The crime of robbery is regulated in Article 148 of the Turkish Penal Code. Robbery, as accepted in the doctrine, is a type of crime that can be committed by active action. Coercive acts in the form of threats or use of force, which are included in the legal definition of the crime, require the existence of an active act. According to some authors, it is possible to commit robbery by negligence in German law. In terms of our law, the dominant view is that the crime of robbery cannot be committed through negligence.

Negligence crimes are divided into two as real and unreal negligence crimes. Unreal negligence crimes are essentially offenses that can be committed by active action. In order for an act to be punished by negligence, there must be a special provision in the law regarding this.

**Keywords:** Robbery, Force, Threat, Coercion, Negligence.



## GİRİŞ

Yağma suçunun temel şekli TCK'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir<sup>1</sup>. Maddenin birinci fıkrasında klasik yağma, ikinci fıkrasında ise senedin yağması suçuna yer verilmiştir. TCK'nın 149. maddesinde yağma suçunun daha fazla ceza verilmesini; 150. maddesinde ise daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri bulunmaktadır.

Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere yağma suçunun hareketleri; bir başkasını tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakmaktır. Hukuki niteliği gereği yağma, icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Failin aktif bir hareketle mağduru mecbur bırakması cezalandırılmaktadır.

Alman hukukunda, öğretide ve uygulamadaki genel kabul, yağmanın icrai hareketle işlenebilen bir suç tipi olduğu yönündedir. Ancak, genel kabulün aksine, yağmanın zorlama hareketleri olan cebir ve tehdidin ihmali hareketle de işlenebileceğine dair görüşler bulunmaktadır. Bu konuda ileri sürülen görüşlerin, TCK'nın yağma suçuna ilişkin hükümleri karşısında, bir değerlendirmesinin yapılmasında ve suçun ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olup olmadığı hususlarının ele alınmasında yarar vardır. Bu bağlamda, çalışmamızda, failin başka amaçlarla kullandığı cebir veya tehdidin devam ettiği veya zorlama araçlarının yarattığı etkiden yararlanıldığı durumlarda, ihmali hareketle yağmanın gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle, yağma suçu hakkında genel açıklamalara yer verilecektir. Genel açıklamalardan sonra, Alman ve Türk hukuku öğretisinde konu ile ilgili lehte ve aleyhte ileri sürülen görüşler ele alınacaktır. Akabinde her iki ülke hukuku bakımından uygulamanın meseleye nasıl baktığı değerlendirilerek; TCK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde, ihmali hareketle yağma suçunun işlenip işlenemeyeceği tartışılacaktır.

<sup>1</sup> TCK'nın 148. Maddesine göre: "(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Cebir veya tehdit kullanılarak mağdurun, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir vesikayı vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet haline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi halinde de aynı ceza verilir. (3) Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hale getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır".

## I. YAĞMA SUÇUNUN UNSURLARI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Bu başlık altında teorik açıklamalara yer verilecektir. Yağma suçunun kanuni tarifteki unsurları incelenerek zorlama araçlarının hukuki niteliği üzerinde durulacaktır<sup>2</sup>.

Yağma suçu, cebir veya tehdit kullanılması suretiyle işlenen hırsızlıktır<sup>3</sup>. Bu sebeple yağma, araç ve amaç hareketlerden oluşan çok hareketli bir suç tipidir<sup>4</sup>. Yağma suçunun amacı, zilyetlik ve mülkiyete karşı bir saldırının yöneltilmesidir; araç hareketleri ise cebir veya tehdit kullanılarak bir şeyin alınmasıdır<sup>5</sup>.

Yağma, öğretide ve madde gerekçesinde kabul edildiği üzere bir bileşik suçtur<sup>6</sup>; her biri Kanun'da bağımsız suç olarak tanımlanan cebir, tehdit ve hırsızlık suçlarının bir araya gelmesiyle oluşur. Bu sebeple yağma, hukuki niteliği itibarıyla, bileşik suçu oluşturan suçların koruduğu hukuki değerleri birlikte korur<sup>7</sup>.

Kanun'da düzenlendiği yer itibarıyla yağma suçu, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Bu nedenle, yağma suçunun koruduğu hukuki değerlerin başında malvarlığı gelmektedir<sup>8</sup>. Zorlama araçları olan cebir veya tehdide başvurmanın amacı bir malın alınmasıdır. Bunun yanında, kişinin bir şey üzerindeki zilyetlik hakkı, dolayısıyla fiili hâkimiyeti ortadan kaldırıldığından, zilyetlik hakkı da korunmaktadır<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Kanun'da senedin yağması suçu da düzenlenmiş olduğundan, çalışmamızda, klasik yağma ile ilgili açıklamalar senedin yağması bakımından da geçerlidir.

<sup>3</sup> Kristian Kühl-Martin Heger, *Strafgesetzbuch*, 29. Baskı, C. H. Beck, München, 2018, §§249, Rn. 1. Bir başka tanıma göre yağma, başkasına ait bir malın cebir veya tehdit kullanılarak alınmasını ifade eder. Mahmut Koca, *Yağma Cürümleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 25.

<sup>4</sup> M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 566. Aksi yönde görüş için bkz. Köksal Bayraktar vd., *Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 89.

<sup>5</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 624.

<sup>6</sup> Rudolf Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 22. Baskı, C. H. Beck, München, 2020, §7, Rn. 1; Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 566.

<sup>7</sup> Ahmet Gökçen vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 72.

<sup>8</sup> Nikolaus Bosch, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, C. H. Beck, 2019, §§249, Rn. 1; Wolfgang Mitsch, *Strafrecht Besonderer Teil 2*, Springer, Heidelberg, 2015, §§249, Rn. 1; Otto Harro, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, 7. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2005, §§249, Rn. 1.

<sup>9</sup> Günther Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Baskı, C. H. Beck, München, 2021, §§249, Rn. 2; Bayraktar vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, s. 81; Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 650.

Mülkiyet hakkı ve zilyetlik ile birlikte, korunan bir diğer hukuki değer kişi özgürlüğüdür. Suçun işlenmesi suretiyle kişinin özgür iradesi ile karar verme ve serbest hareket etme özgürlüğüne müdahale edilmektedir. Zorlama araçlarına başvurulmasının sonucunda bu özgürlük ortadan kaldırılmaktadır<sup>10</sup>.

Son olarak yağma suçu, kişinin vücut dokunulmazlığını korumaktadır. Cebir teşkil eden hareketler ile esasen bir kasten yaralama suçu (TCK m.86) işlendiğinden, yağma ile korunan hukuki değerlerden bir diğerini vücut dokunulmazlığı oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

Yağma suçunun fiil unsurunu, kanuni tanımda ifade edildiği üzere, “*cebir veya tehditle, bir malı teslim veya alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak*” oluşturur. Malın alınması amacıyla zorlama araçları olan cebir veya tehdide başvurulmalı; bu hareketlerin ardından mal alınmış olmalıdır. Bu durumu ifade etmek üzere, öğretide, zorlama araçlarının kullanılması ile malın alınması arasında bir final, başka bir deyişle gai (amaçsal) bağlantının bulunması gerektiği ifade edilmiştir<sup>12</sup>.

Suçun kanuni tanımında malın alınması dışında bir neticenin meydana gelmesi veya failin aldığı maldan faydalanması aranmamıştır. Bu sebeple yağma, sırf hareket suçu niteliğindedir. Cebir veya tehditle suçun işlenmesi mümkün olduğundan, yağma, hem seçimlik hareketli hem de bağlı hareketli bir suç tipidir. Ancak, tehlike suçu-zarar suçu ayrımı bakımından yağma bir zarar suçudur. Suçun konusu üzerinde gerçekleştirilen alma hareketi ile bir mal mağdurun zilyetliğinden çıkarılarak failin zilyetlik alanına sokulmaktadır<sup>13</sup>.

Cebir ve tehdit zorlama etkisi yaratan suçlardandır. Cebirde bu etki, kişiye karşı fiziki güç kullanmak; tehditte korkutmak suretiyle (manevi güç) gerçekleştirilir. Fail, mağduru fiziki ve ruhi bakımdan zorlayarak irade özgürlüğüne müdahale etmektedir. Dolayısıyla, mağdurun iradesini etkilemeye yönelmeyen kaba güç kullanımı şeklindeki hareketler cebir sayılmamaktadır<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 2; Durmuş Tezcan vd, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 801; Nur Centel vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 384.

<sup>11</sup> Bosch, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 1; Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 625.

<sup>12</sup> Micheal Heghmanns, “Verknüpfung von Nötigungsmitteln und Wegnahme beim Raub”, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2016, S. 4, s. 519-524; Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 643.

<sup>13</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 630.

<sup>14</sup> Tezcan vd, *Ceza Özel Hukuku*, s. 797.

TCK, cebir kullanmayı bağımsız bir suç olarak tanımlamıştır. Bunun gerekçesi TCK'nın 108. maddesinde izah edilmiştir. Gerekçeden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu klasik cebir anlayışına taraftar olduğunu ortaya koymuştur. Bu sebeple, Kanun'da cebire unsur veya nitelikli hal olarak yer veren tüm suçlar bakımından cebir kavramı, "kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi" şeklinde anlaşılmalıdır<sup>15</sup>.

Yukarıdaki tanımdan anlaşılacağı üzere, öncelikle cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanılmasını ifade etmektedir. Öğretide de kabul edildiği gibi kasten yaralama suçunu oluşturmeyen hareketler yağma suçu bakımından cebir teşkil etmeyecektir<sup>16</sup>. Kasten yaralamadan farklı olarak, kendisine karşı fiziki güç kullanılan kişi belli bir davranışta bulunmaya zorlanmalıdır. Cebirin amacı, mağduru malı teslimine veya alınmasına karşı koymamaya zorlamaktır<sup>17</sup>. Bundan çıkan sonuç, cebirin yağma suçu bakımından kasten yaralama boyutuna varması gerektiğidir. Kasten yaralama teşkil etmeyen cebir ile bir malın alınması hâlinde yağma suçundan değil, şartları varsa hırsızlık suçundan bahsedilmelidir<sup>18</sup>.

Cebir, farklı şekillerde görülebilir: vurma, itme, tekme atma, ısırma, saçını ve kulağını çekme, mekanik araçlar kullanma (söz gelimi mağdurun elinin kolunun bağlanması) gibi hareketlerle gerçekleştirilebilir. Cebirin mutlaka beden ile teması şart değildir, ancak vücutla temas etmeyen bir fiziki güç kullanmanın beden üzerinde kasten yaralama derecesinde bir etki meydana getirmesi gerekir. Örneğin, mağdurun kulaklarını sağır edecek derecede yüksek sesle müziğe maruz bırakılması bu anlamda cebri harekettir<sup>19</sup>.

Cebir, mağdurun direncini kırmaya yeter ölçüde ve buna elverişli olmalıdır. Bu nedenle, mağdura uygulanacak cebirin etkisi önemli ve ciddi olmalıdır. Beden bütünlüğüne yönelmiş olsa da tamamen önemsiz ihlaller yağmanın tipikliğini oluşturmaz<sup>20</sup>. Bu mahiyette olmayan bir cebir veya tehdit, mağdurun psiko-

<sup>15</sup> Özlem Yenerer Çakmut, "Cebir Suçu (TCK m.108)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. VIII, S. 2, s. 222.

<sup>16</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 633; yağma suçunun unsuru olan cebir, basit yaralama derecesinde kalmış olan cebirdir, açıklamalar için bkz. Centel vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 389; aksi yönde bkz. Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, s. 801.

<sup>17</sup> Bayraktar vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, s. 90.

<sup>18</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 633.

<sup>19</sup> Özbek vd., *Özel Hükümler*, s. 653.

<sup>20</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 635.

lojik durumundan kaynaklanan nedenlerle, örneğin fazla ürkek olması gibi, mali teslime veya malın alınmasına yöneltilmişse yağma suçu oluşmaz ve fiil hırsızlık suçu kapsamında kalır<sup>21</sup>.

Tehdit, cebirde olduğu gibi kişinin irade özgürlüğüne yönelik bir zorlama aracıdır. Cebirden faklı olarak tehditte, bir kötülüğün gelecekte yapılacağı bildirilir. Tehdit suretiyle mağdur korkutulmaktadır. Tehdidin başlangıcı failin iradesine ve gerçekleşmesi keza failin isteğinin yerine getirilmemesine bağlıdır. Kötülüğün gerçekleştirilmesi failin iradesine bağlı olduğundan, tehdit uyarıdan farklıdır. Uyarıda bir kişiye davranışının doğması muhtemel sonuçları, kötülükler gösterilir; ancak bu sonucun gerçekleşmesi uyarıda bulunanın iradesi ve gücünden bağımsızdır<sup>22</sup>.

Tehdit, her şekilde gerçekleştirilebilir; sözlü, yazılı veya herhangi bir işaretle de (örneğin, eliyle boğazı kesme işareti) yapılabilir. Burada mühim olan tehdidin muhatabının bilgisine ulaştırılmasıdır. İma suretiyle de tehdit etmek mümkündür<sup>23</sup>. Ancak, ima etmek biçiminde de olsa tehdit anlaşılır ve tanınabilir olmalıdır. Bunun yanında tehdit, irade ve algılama yeteneği olan kişiye karşı ileri sürülmelidir. Aksi takdirde bu kişilere karşı yağma suçu işlenemez<sup>24</sup>.

Kanun'da tehdidin yönelebileceği değerler yaşama hakkı, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık ve malvarlığı hakkıyla sınırlı bir biçimde düzenlenmiştir. Tehditle bir malın alınması hâlinde, tehdidin konusunu oluşturan kötülüğün bu değerlerden birine yönelik olması gerekir. Bu değerlerin dışında bir değere yönelik tehdit söz konusu ise yağma suçundan bahsedilemez. Keza, tehdidin konusu kötülüğün kişinin kendisine veya bir yakınına karşı gerçekleştirileceği bildirilmelidir. Yakın, aralarında sıkı ilişki bulunan arkadaş, dost veya akraba şeklinde anlaşılmalıdır<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> "... mağdurun sanık ve/veya sanıkların kimliklerine yönelik geçmişten gelen algı ya da tasavvurunun, ya da mağdurun psikolojik durumu ve/veya ürkek kişiliği ile yarattığı düşünceye de bu şekilde bir anlam yüklenemeyeceği dikkate alındığında; sanık hakkında yerinde olmayan gerekçe ile yağma suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...". Yargıtay 6. CD, 15.01.2018, 11574/504 UYAP.

<sup>22</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 637.

<sup>23</sup> Volker Krey-Uwe Hellmann, *Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte*, 15. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008, §3, Rn. 194.

<sup>24</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §249, Rn. 20; Krey-Hellmann, *Vermögensdelikte*, §3, Rn. 195.

<sup>25</sup> Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 638.

Yağma suçunun bir diğer unsuru malın alınmasıdır. Çok hareketli bir suç olması sebebiyle yağma, cebir kullanılması veya tehditte bulunulmasının yanında, bu araç hareketleri izleyen bir hareket ile malın alınmasını da gerektirir. Kanuni tanımda tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmaktan bahsedilmiştir. Malın teslimine mecbur kılmaktan kastedilen, cebir veya tehdide direnemeyen mağdurun malı faile kendisinin vermesidir. Malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılmak ise cebir veya tehdide maruz kalan mağdurun, malın fail tarafından alınmasına ses çıkarmamasıdır<sup>26</sup>.

Yağma suçunun tamamlanma anı ile ilgili öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüşe göre, suçun tamamlanma anı alma hareketi ile bağlantılı olarak belirlenmelidir<sup>27</sup>. Hırsızlık suçundaki alma hareketine yönelik açıklamalar yağma suçu bakımından da geçerlidir<sup>28</sup>.

Hırsızlık suçunda alma hareketinin ne şekilde anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>29</sup>. Günümüzde hırsızlık suçunda öğretide ve uygulamada kabul edilen ve bizim de katıldığımız görüş, “hâkimiyet alanı” teorisidir<sup>30</sup>. Bu teoriye göre, mala sırf dokunulmuş olması yeterli değildir; malın götürülmesi veya bir yere saklanmış olması da gerekli değildir. Mal üzerinde, fail tarafından yeni bir fiili hâkimiyet kurulmuş olmalıdır. Yeni bir fiili hâkimiyetin kurulup kurulmadığı günlük yaşam tecrübeleri çerçevesinde somut olayın koşullarına göre belirlenmelidir<sup>31</sup>. Failin aldığı mal üzerinde eski zilyedin herhangi bir engellemesi olmaksızın egemenliğini kullanabildiği ve önceki zilyedin, failin mal üzerindeki egemenliğini ortadan kaldırmadan o mal üzerinde tasarrufta bulunama-

<sup>26</sup> Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, s. 807; Ercan Yaşar, “Alman Hukukunda Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu Işığında Türk Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçlarının Tamamlanma ve Sona Erme Zamanlarının Tespiti”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Yıl: 2021, S. 4, s. 553.

<sup>27</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 593.

<sup>28</sup> Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, Öğretide ifade edildiği üzere, hırsızlık suçu bir sırf hareket suçudur. Malın alınmasıyla, mevcut zilyedin mal üzerindeki fiili hâkimiyetinin sona erdirilip failin kendi hâkimiyetini kurmasıyla suç tamamlanmış olur. Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 533.

<sup>29</sup> Görüşler için bkz. Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 520.

<sup>30</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 521; Koca-Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 640.

<sup>31</sup> Öğretide bu görüş eleştirilmiştir. Yaşar’a göre, bu görüşün kabul edilmesi hâlinde, muhtemelen suçun sona ermesi ile tamamlanması anı eş zamanlı olarak gerçekleşir. Bulunduğu yerden almaya geniş bir anlam verilmesi, keyfi sonuçlara yol açacağından kanunilik ilkesi ile örtüşmemektedir. Her ne kadar madde gerekçesinde bu görüşü destekler cümlelere yer verilmiş ise de bu durum kanunilik ilkesine aykırılığı gidermemektedir. Yaşar, *Alman Hukukunda Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu*, s. 557.

dığı hallerde, yeni bir egemenliğin kurulduğu kabul edilmelidir. Çoğu zaman, yeni bir fiili hâkimiyet, önceki zilyedin mal üzerindeki fiili hâkimiyetinin kaldırılması ile kurulur. Başka bir deyişle, yeni fiili hâkimiyet, failin (veya üçüncü bir kişinin) eşya üzerindeki fiili egemenliğini kullanmada esas itibarıyla herhangi bir engelle karşılaşmaması durumunda elde edilmiş olur. Malı alınanın, mal üzerinde tekrar egemenlik kurması, failin egemenlik alanına haklı bir saldırıyı gerektirir<sup>32</sup>.

Suçun tamamlanması için malın başkasının egemenlik alanından alınıp götürülmesi gerekli değildir. Alma kavramı, failin mal üzerinde kesin ve güvenli bir fiili hâkimiyet elde etmesini de gerektirmez. Keza, egemenliğin belirlenmesinde, failin aldığı malın tehlikede olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>33</sup>. Failin malı güvenlik altına alması hâlinde suçun sona erdiği kabul edilmelidir<sup>34</sup>.

Cebir veya tehdit ile malın alınması hâlinde, zorlama araçlarının kullanılması ile malın alınması arasında bir gai bağlantı bulunmalıdır. Burada aranılan husus salt bir nedensellik bağı değildir. Failin sübjektif düşüncesi ile bir malı almak amacıyla cebir veya tehdit kullanması yeterlidir. Bu anlamda, cebir veya tehditle malın alınması için zorlama araçlarının kullanılmasının olmazsa olmaz koşul olmasına gerek yoktur. Önemli olan failin tasavvuruna göre bu amaçla cebir veya tehdide başvurulmuş olmasıdır<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 521; Koca-Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 640. Öğretide Yaşar'a göre, hırsızlık veya yağma suçlarında zilyetliğin (veya mülkiyetin) korunan hukuki değer olması, tipik fiilin gerçekleşmesi bakımından etkili olmamalıdır. Zilyetliğin el değiştirmesine verilen anlamdan hareketle, hırsızlık suçundaki bulunduğu yerden alma fiilinin açıklanması, yerinde bir değerlendirme değildir. Zilyetlik değerlendirmesi, ancak rıza vermeye ehil olan kişinin, suçun mağdurunun tespiti gibi konularda belirleyici olacaktır. Alma fiilinin kapsamı, kanun koyucu madde metninde ayrıca bir açıklamaya yer vermediği sürece, malın bulunduğu yerden fiziki alınması (malın el değiştirmesi) şeklinde anlaşılmalıdır. Açıklamalar için bkz. Yaşar, *Alman Hukukunda Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu*, s. 553.

<sup>33</sup> Koca-Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s.

<sup>34</sup> Urs Kindhäuser vd., *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017, §§249, Rn. 27; aynı yönde bkz. Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 49; Reinhart Maurach vd., *Strafrecht Besonderer Teil*, 10. Baskı, C. F. Müller, Heidelberg, 2009, §§249, Rn. 23; Harro, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, §§249, Rn. 12. Kühl'e göre, yağma suçu, zorlamanın ve malı almanın tamamlanması ile gerçekleşir. Kühl-Heger, *Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 4a. Aynı yönde bkz. Jörg Eisele, *Strafrecht-Besonderer Teil II*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2009, §§249, Rn. 321.

<sup>35</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 24; Kühl-Heger, *Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 4; Kindhäuser vd., *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 11; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Besonderer Teil*, Tübingen, 2015, Rn. 897, s. 380; Eisele, *Strafrecht-Besonderer Teil*, §§249, Rn. 299. Aksi yönde nedensellik bağı için bkz. Bayraktar vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, s. 91.

Cebir veya tehdit kullanılması ile malın alınması arasında zaman ve mekân bakımından bağlantı olması gerekir<sup>36</sup>. Genellikle cebir veya tehdit kullanılması ile malın alınması aynı anda gerçekleşir. Ancak, belirli bir zaman aralığının bulunması da mümkündür. Burada mühim olan zorlama araçlarına başvurma ile malın alınmasının birbirini takip etmesidir. Şayet cebir kullanıldıktan sonra, söz gelimi fail mağduru dövdükten sonra, ertesi gün kendisine para verilmesini istemişse, bu durumda artık cebirle almadan ziyade cebrin tekrarlanacağı tehdidiyle alma söz konusudur<sup>37</sup>. Şayet, hırsızlık suçunun tamamlanmasından, yani failin malı hâkimiyet alanına almasından sonra zorlama araçlarına başvurulmuş ise, cebir veya tehdit kullanılması sebebiyle hırsızlık suçunun yanında kasten yaralama veya tehdit suçlarından failin cezalandırılması gerekir.

Yağma kasten işlenebilen bir suçtur. Kanuni tanımında, suçun temel veya daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli halleri bakımından, kastın dışında başka bir manevi unsura (amaç, saik) yer verilmemiştir. Bu sebeple, failin bir malı cebir veya tehditle alması suçun oluşması için yeterlidir. Amaç, daha az ceza verilmesini gerektiren TCK'nın 150. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen nitelikli hal bakımından dikkate alınmaktadır. Her ne kadar suçun kanuni tanımında faydalanma maksadından söz edilmemiş ise de, öğretide kabul edildiği üzere failin bu maksatla hareket etmesi gerekir<sup>38</sup>. Örneğin, mala zarar vermek amacıyla bir malın bulunduğu yerden alınması sırasında cebir veya tehdit kullanılması durumunda yağma suçundan değil, mala zarar verme ve kasten yaralama veya tehdit suçundan söz edilebilir<sup>39</sup>. Keza, haksız bir saldırıyı engellemek amacıyla zorlama araçlarına başvurularak failin elinden silahının alınması hâlinde yağma suçunun işlendiğinden bahsedilemez<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 34.

<sup>37</sup> Koca-Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 645.

<sup>38</sup> Tezcan vd, *Ceza Özel Hukuku*, s. 822.

<sup>39</sup> Yargıtay 6. CD, 11.12.2014, 9593 /22229 UYAP.

<sup>40</sup> "... takip edildiğini düşünen sanığın yaşamının tehlikeye gireceği korkusu ve saldırıları ispatlama düşüncesi ile silah sesi gelen bölgeye sessizce yaklaşıp, katılanın ellerini derede yıkarken fişeklerden ayrı olarak yanına bıraktığı tüfeğini ani bir hareketle aldığı, bunu fark edip müdahale eden katılana "Sen ne ses yapıyorsun, ben rahatsız oldum, eğer karakola haber verersen seni öldürürüm" diyerek katılanın yanı başına bıraktığı sadece av tüfeğini aldığı, bunu fark eden mağdurun karşı duruşu ve çıkan tartışma sırasında, sanığın mağdurun başka bir eşyasını almaya yönelmeden, arkasından takip edilip, ateş edileceği korku ve/veya korunma duyguları altında mağduru tehdit edip mukavemetini kırıp, av tüfeğini alıp ayrılması, ihbar üzerine yol güzergahında tüfek ile yakalanadığı olay, sanığın savunması ile birlikte ele alındığında sanığın maldan faydalanma kastından bahsedilemeyeceği, Hal böyle olunca; yağma suçunda aranan



## II. GÖRÜŞLER VE MAHKEME KARARLARI

### A. Genel Açıklamalar

Bu bölüm altında, öncelikle, ihmal suretiyle yağma hakkında öğretide ileri sürülen görüşlere yer verilecektir. Yağma suçunun ihmal hareketle işlenebileceğini ileri süren lehte ve aleyhte görüşler ele alınacaktır. Akabinde, uygulamadan örnek olaylar verilerek Alman hukukundaki gelişim ve Yargıtay'ın meseleye bakışı incelenecektir. Öğretideki görüşler ve mahkeme kararlarına ilişkin kanaatimiz, TCK'nın ilgili hükümleri bağlamında meselenin ele alındığı bölümde açıklanacaktır.

### B. Görüşler

#### 1. Alman Öğretisinde Durum

##### a. Aleyhte Görüşler

Alman hukukunda, Alman CK §§249<sup>41</sup> çerçevesinde yağma suçunun ihmal hareketle işlenip işlenemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Konu ile ilgili farklı görüşler ileri sürülmüştür. Tartışmaların büyük bir kısmı, Alman mahkeme kararlarında kabul edilen, cebrin devam etmesi veya devam eden etkisinden yararlanılması ile alakalıdır<sup>42</sup>. Failin bağladığı veya bir yere hapsedtiği mağduru serbest bırakmak yerine, mevcut durumu fırsata çevirerek bir malı almasının; yağma suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususu ihmal hareket bağlamında ele alınmıştır<sup>43</sup>.

Öğretide, ihmal hareketle yağmaya yöneltilen ilk eleştiri cebrin tanımı ile alakalıdır. Bu tartışma, Alman CK §240<sup>44</sup> ile paralel bir biçimde ortaya konulmuştur. Aleyhte görüş taraftarlarına göre cebir, ihmal hareketle gerçekleştiril-

---

manevi unsur, yani kastın varlığından söz edilemeyeceği düşünmeden yerinde ve yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...". Yargıtay 6. CD, 23.10.2013, 4170 /21296 UYAP.

<sup>41</sup> Alman CK §249/1: "Her kim, diğer bir kişiye karşı cebir kullanarak veya vücut veya hayat için halihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek, başka birinin taşınır malını kendisine veya üçüncü bir kişiye hukuka aykırı bir şekilde mal edindirmek maksadıyla, muhafaza edenin rızası olmadan bulunduğu yerden alırsa, bir yıldan az olmamak üzere, hapis cezası ile cezalandırılır". Feridun Yenisey-Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 362, 363.

<sup>42</sup> Sander, **Münchener Kommentar zum StGB**, 249, Rn. 29.

<sup>43</sup> Tonio Walter, "Raubgewalt durch Unterlassen?", **NSZ**, 2005, Heft. 5, s. 240, 241.

<sup>44</sup> Alman CK 240/1: "Her kim, bir insanı hukuka aykırı bir şekilde cebir ile veya ağır bir kötülük tehdidi yoluyla bir şey yapmasına, yapmamasına veya bir şeyin yapılmasına tahammül etmesi için zorlarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır". Yenisey-Plagemann, **Alman Ceza Kanunu**, s. 353.

lemez ve cebir ile cebir teşkil eden hareketler birbirinden farklıdır; bundan anlaşılması gereken aktif bir hareketin varlığıdır<sup>45</sup>. Öğretide, Alman CK §240 ile paralel bir değerlendirmenin yapılamayacağı; zorlama suçunu düzenleyen bu maddenin sonraki alma hareketini kapsamadığı belirtilmiştir<sup>46</sup>.

Konu ile ilgili bir diğer itiraz, malı alma niyetiyle cebre veya tehdide başvurulması gerektiği arayan yazarlar tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre, ihmali hareketle yağmanın kabul edilmesi hâlinde, başka amaçlarla cebir kullanılması sonucunda meydana gelen zorlama durumunun yarattığı etkiden yararlanma ile bir malın alınması amacıyla zorlama araçlarına başvurma birbirinden ayırt edilmesinin güçleşeceği<sup>47</sup>; başka bir deyişle bu ayırımın belirsizleşeceği ifade edilmiştir. Bu durumun aynı zamanda, zorlama araçlarının kullanılması ile meydana gelen etkinin ortadan kaldırılmamasını başlı başına bir zorlamaya dönüştüreceği ileri sürülmüştür<sup>48</sup>.

Bu görüş taraftarlarına göre, suçun maddi ve manevi unsurları ayrılmaz bir biçimde gerçekleşmelidir. Yağma suçu bakımından, failin malı alma amacı suçun objektif ve sübjektif unsurları ile bağlantılı olarak meydana gelmelidir. Aksine bir kabulün, bu durumla çeliştiği belirtilerek itiraz edilmiştir<sup>49</sup>.

Cebir veya tehdide malın alınması amacıyla başvurulması gerektiğini savunanlara göre, cebir uygulamanın malı almak amacıyla gerçekleştiği durumlarda, almanın da bu kararla yapılması gerekir. Yağma ancak, zorlama araçlarının kullanılmaya devam ettiği hallerde oluşabilir. Cebir, yağmanın zorlama aracı olması sebebiyle, failin malın almaya karar verdiği anda; cebrin sona ermemiş olması, devam etmesi gerekir. Cebrin devam etmediği, cebrin devam eden etkisinden yararlanılması hâlinde yağma suçu oluşmaz<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Joachim Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2010, §249, Rn. 25.

<sup>46</sup> Görüşler için bkz. Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 242.

<sup>47</sup> Wilfried Küper, "Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.12.1980, JZ 1981, 596", *Juristen Zeitung*, 1981, C. 36, S. 17, s. 568, 571; Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 241; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §7 Rn. 3.

<sup>48</sup> Küper, *Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft*, s. 568, 571.

<sup>49</sup> Aksi yönde bu bağlantının sadece lafzi bir bağlantı olduğu ve bunun Welzel tarafından ileri sürülen kişisel haksızlık teorisi bakımından da sorunlu olduğu itirazı ve görüşlerin değerlendirilmesi için bkz. Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 241.

<sup>50</sup> Michael Heghmanns, *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil*, Springer, Heidelberg, 2009, s. 438, 439. Öğretide, cebrin etkisinin ortadan kaldırılmamasının cebir kullanma ile eşdeğer olmadığı ve dolayısıyla yağma suçunu yaptırma bağlayan 249. maddenin unsurlarının gerçekleşmediği ifade edilmiştir. Krey-Hellmann, *Vermögensdelikte*, §§3, Rn. 193a.

Yine bu görüşü ileri süren yazarlara göre, cebre başvurma'nın yegâne amacının malın alınması olmadığı, bir kaç amaç arasında malın alınması amacının da bulunduğu hallerde dahi, alma amacının diğer amaçların gölgesinde kalmaması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, malı alma amacı yağma suçu bakımından belirleyici etkiye sahiptir. Failin cebrin devam eden etkisinden yararlandığı durumlarda ise bu amacın tespiti zorlaşmaktadır<sup>51</sup>.

Mağdurun savunmasız ve fiile karşı koyamayacağı bir durumda bulunmasının Alman CK §177'de<sup>52</sup> bir zorlama aracı olarak kabul edildiği, bununla birlikte yağma bakımından ihmali hareketin ikna edici olmadığı ifade edilmiştir. Özellikle, olay yerine gelen üçüncü bir kişinin cebrin etkisi altındaki mağdurdan bir şey alması hâlinde, garantör pozisyonu bakımından gai bağlantının eksik olduğu ileri sürülmüştür<sup>53</sup>.

Yağma suçunun Kanun'da düzenleniş amacından hareketle, ihmali bir biçimde işlenip işlenemeyeceği tartışılmıştır. İhmali hareketle yağmaya itiraz edenlere göre, yağma suçunun faili, aktif bir hareketle ve saldırgan bir davranışla bir malı almak amacıyla hareket eder. Suç, Kanun'daki düzenleniş şekli itibarıyla sadece icrai davranışla işlenebilir; suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir<sup>54</sup>.

Bir diğer itiraz ise, gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından model denkliliğinin (Modalitätenäquivalenz) bulunmadığı yönündedir. Alman CK §13 uyarınca, kanuni metindeki düzenleme ile ihmali hareketle yağmanın uyuşmadığı ileri sürülmüştür. Failin yarattığı vis absolutaya bağlı zorlayıcı durumdan yararlanmasının, yağma suçu bakımından ihmali hareketle suçun işlenebileceği anlamına gelmediği; bu durumun aktif cebir uygulayarak malı alma ile eşdeğerde olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, ihmalin aktif bir harekete karşılık gelmesi için; ihmali hareketin ifade ettiği haksızlık ile aktif hareketin ifade ettiği haksızlığın eş değerde olması gerekir. Yağma suçu bakımından ihmali hareketi kabul

<sup>51</sup> Görüşler için bkz. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 241.

<sup>52</sup> Alman CK §177: "(1) Her kim başka bir kimseyi, 1. cebir kullanarak, 2. vücut veya hayat için hâlihazırdaki bir tehlike ile tehdit ederek veya 3. mağdurun, failin etkisine karşı mukavemet edemeyeceği bir durumda bulunmasını kötüye kullanarak, failin veya başka birisinin kendi üzerinde yaptığı cinsel davranışlara katlanmaya veya fail üzerinde veya başka birisinin üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlarsa, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır". Çeviri için bkz. Yenisey-Plagemann, *Alman Ceza Kanunu*, s. 276, 277.

<sup>53</sup> Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 241.

<sup>54</sup> Görüşler için bkz. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 241.

ettiğimizde, haksızlık içeriği bakımından icrai davranışın ihmali davranışla eş değerde olduğundan söz edilemez<sup>55</sup>.

Öğretide, zorlayıcı halin devam eden etkisinden yararlanmak suretiyle yağma suçunun işlenmesi hâlinde, ceza politikası bakımından sakıncalı sonuçların ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, daha az şiddet uygulayan ve zorlama durumunu ortadan kaldırma imkânı olan failin, yağma bakımından ihmali yaklaşımın benimsenmesi ile sert bir biçimde cezalandırılacağı iddia edilmiştir<sup>56</sup>. Keza, daha acımasız bir biçimde cebir kullanan ve daha sonra bunun etkilerinden yararlanan failin, görece daha düşük seviyede cebir kullanan birine göre ayrıcalıklı olacağı ileri sürülmüştür<sup>57</sup>. Bunun yanında, failin tespit edilemeyen kötü niyetinin aleyhine yorumlanması suretiyle, aktif hareket ile bağlantı kurularak bir cezalandırmanın yapılacağı; böylece sanık aleyhinde cezai sorumluluğun genişlemesine sebep olunacağı belirtilerek itiraz edilmiştir<sup>58</sup>.

#### **b. Lehte Görüşler**

Konu ile ilgili ilk değerlendirme Eser tarafından ortaya konulmuştur<sup>59</sup>. Bir mahkeme kararını değerlendiren Eser, mağdurun başka bir amaçla bağlandığı ve failin eklenen kast ile malın alınması amacı ile hareket ettiği durumlarda konunun tartışılması gerektiğini; kavramsal olarak, cebrin devam eden etkisinden yararlanıldığı hallerde malın alınmasının mümkün olabileceğini ifade etmiştir. Eser, malın alınmasını, aktif hareketin devam ettiği an (aktives Moment)

<sup>55</sup> Görüşler için bkz. Tillmann Bartsch vd., "Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2015, S. 4, s. 421. Doktinde Jäger'e göre, örneğin dolandırıcılık suçunda failin bir hareketi yapmaması -ihmali- aktif bir hareketle eşdeğerde olmalıdır. Benzer şekilde yağma, bir hareket suçu olup cebir kullanılmasını gerektirir. Şayet yağma, bir saldırı suçu olarak nitelendirilirse o zaman ihmali hareketle suçun işlenebileceğini iddia etmek güçleşir. Şayet, bir garantörlük pozisyonu söz konusu ise, bu yükümlülüğün ihmali esasen aktif bir harekete eşdeğerdir. Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Baskı, CF Müller, Heidelberg, 2019, s. 343.

<sup>56</sup> Vogel, *Leipziger Kommentar*, §249 Rn. 49; Eisele, *Strafrecht-Besonderer Teil II*, §249 Rn. 327.

<sup>57</sup> Eser, Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub, s. 377, 380; Otto Harro, "BGH, 15.10.2003 - 2 StR 283/03. Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme beim Raub", *Juristen Zeitung*, 2004, C. 59, S. 7, s. 364, 365; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §7 Rn. 32; eleştiriler için ayrıca bkz. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 240, 242.

<sup>58</sup> Bartsch vd., Referendarexamensklausur, s. 421.

<sup>59</sup> Albin Eser, "Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, C. 18, S. 9, s. 377, 379.

olarak tarif etmiştir<sup>60</sup>. Bu kapsamda *Eser, Maurach* tarafından ortaya atılan, failin cebre başvurduktan sonra bunun etkisinden yararlandığı veya mağduru sindirdiği durumlarda; alma amacı olmaksızın kullanılan önceki cebirin yağma suçunu oluşturmayacağı yönündeki görüşüne itiraz etmiştir<sup>61</sup>.

Öğretide *Lorenz, Maurach* tarafından ileri sürülen görüşün, esasen, genel ve kapsamlı olduğunu ancak, kavramsal düzeyde bir sınıra işaret ettiğini ifade etmiştir. *Maurach*'ın, tamamlanmış ancak etkisi devam eden bir cebir veya tehdit kullanmadan yararlanılmasının yağma suçunu oluşturmadığı yönündeki görüşünün sorgulanmasının, göstermiş olduğu sınırın aşılmasının, bir bakıma “şiddetin tehdit olarak sürdürülmesi (Fortwirkung von Gewalt als Drohung)” tartışmasının da önünü açtığını ifade etmiştir<sup>62</sup>.

Öğretide bir kısım yazar *Eser*'in görüşlerini takip etmiştir<sup>63</sup>. Baskın görüş, iki kişilik bir ilişkide ihmalî hareketle suçun işlenebileceği olasılığını reddetmektedir. Fail ile mağdur arasında gerçekleşen bu tür vaka örneklerinde yağma suçunun oluşmayacağı iddia edilmiştir. Ancak, kolluk kuvvetlerinin ihmalî davranışla cebir veya tehdit kullanılmasını engellemediği, suçun işlenmesine katkı sağladığı üç

---

<sup>60</sup> Eser, Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub, s. 377, 379. Öğretide Walter bu görüşe karşı, yağmanın gerçekleşmesi için her zaman aktif bir davranışa gerek olmadığı, kaçınma şeklinde de işlenebileceği; örneğin babanın, çocuğunun malı alması esnasında müdahale etmeyerek bu suçu işleyebileceğini ifade etmiştir. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 242.

<sup>61</sup> Maurach'tan naklen ve konu ile ilgili görüşler için bkz. Henning Lorenz, “Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?”, *HHRS*, 2017, C. 18, S. 7, s. 309.

<sup>62</sup> Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 309. Konu ile ilgili olarak öğretide Otto'ya göre, ceza hukukunun genel ilkelerinin uygulanmasında, örneğin, actio libera in causa ile uygun olarak, şiddet uygulayarak malı alan fail ile mağdura karşı uyguladığı cebir vesilesi ile zorlayıcı durumu yaratan ve bundan yararlanarak malı alan fail arasında bir fark yoktur. Harro, Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme beim Raub, s. 364, 365. Öğretide Otto'nun önerisine itiraz edilmiştir. Walter'e göre, Otto'nun önerisinden anlaşıldığı üzere, fail şayet daha fazla aktif şiddet kullanma ihtiyacının farkında ise ve bu şekilde malı almışsa ihmalî gerçekleşmiş olabilir. Diğer bir deyişle, malın alınması sırasında, faile aktif güç kullanmadığını iddia etmesine izin verilmemelidir, çünkü bu durum failin önceki kusurlu davranışından kaynaklanmaktadır. Öğretide Otto, yağmanın (Alman CK §249) kasten işlenen bir suç olduğunu göz ardı etmiştir. Failin ilk hareketinde ve ayrıca sonraki hareketinde alma amacı bulunmalıdır. Failin niyeti baştan malı almaya yönelik ise mevcut problem geçerli değildir. Actio libera in causa öğretisine başvurmak bizi daha ileriye götürmez. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 242, 243.

<sup>63</sup> Kühl-Heger, *Strafgesetzbuch*, §249 Rn 1, 2; Mitsch, *Besonderer Teil 2*, §3 Rn 27; Bernd Schünemann, “Raub und Erpressung (3. Teil)”, *JA*, 1980, 349, 353.

tarafli ilişkilerde yağma suçuna ihmali hareketle katılmanın mümkün olabileceğine dair görüşler bulunmaktadır<sup>64</sup>. Bunun yanında, failin mağdurun vücudu üzerinde yarattığı fiziki zorlayıcı etkiyi kaldırmaması, üçüncü şahısların şiddet uygulamasını engellememesi; failin önceden yarattığı tehlikeli durum ile ilgili olarak ve garantörlük bağlamında, bir istisnai hal kabul edilmektedir<sup>65</sup>. Öğretide gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından (Alman CK §13<sup>66</sup>) geçerli olduğu üzere, yağmanın da ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir<sup>67</sup>.

Failin mağdura karşı aktif cebri hareketi sonlandırmasına rağmen, mağduru bağlaması sebebiyle vis absoluta halinin devam ettiği durumlarda; failin yarattığı bu zorlayıcı hali ortadan kaldırmamasının yükümlülüklerine aykırı bir davranış olduğu ve bunun ihmali hareket kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren görüşlere rastlanmaktadır<sup>68</sup>. Benzer yönde, mağduru serbest bırakması hâlinde direnç göstereceği bilinci ile bunu ihmal eden ve malı alan failin davranışının başlangıçtaki icrai davranışla eşdeğer olduğu ifade edilmiştir<sup>69</sup>.

<sup>64</sup> Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, §249, Rn 24. Aynı yönde Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 240, 241.

<sup>65</sup> Görüşler için bkz. Kindhäuser vd., *Strafgesetzbuch*, §249 Rn 24. *Jakops*, failin garantör pozisyonunda olduğu ve mağdurun fail tarafından yaratılan savunmasızlık halinin ortadan kaldırılmadığı; aksine bundan yararlandığı durumlarda ihmali hareketle yağmanın işlenebileceğini ifade etmiştir. Görüşler için bkz. Lorenz, *Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?*, s. 316.

<sup>66</sup> Alman CK §13/1 şu şekildedir: “Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmali gösteren kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukukî yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır”. Çeviri için bkz. Yenisey-Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, s. 15, 16.

<sup>67</sup> Kindhäuser vd., *Strafgesetzbuch*, §249, Rn. 36. Öğretide bu durumda, garantör olan failin ihmali hareketi yağma kastı ile gerçekleştirmediği durumlarda gai bağlantının, başka bir deyişle malın alınması amacıyla hareket edilmesi unsurunun eksik olabileceği ifade edilmiştir. Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 242, 243.

<sup>68</sup> Bartsch vd., *Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz*, s. 420. Bu yönde Schünemann, failin mağduru bir yerde hapsedtikten sonra malı almaya karar vermesini yağma suçunun ihmali hareketle işlenebileceği yönünde bir örnek olarak ileri sürmüştür. Schünemann, *Raub und Erpressung*, s. 349, 353. Ancak, öğretide Eisele’ye göre, her ne kadar ön gelen tehlike (Ingerenz) nedeniyle garantörlük bakımından açık kapı bırakılmış gibi görünse de, burada mesele mütemadi suç olan özgürlükten yoksun bırakmanın hukuki niteliği ile alakalıdır. Bu suç, hukuki niteliği gereği devam eden bir suçtur ve failin mağduru çözmemesi suçun devam etmesini ifade eder. Bu nedenle ön gelen tehlike ile mütemadi suç yapısının karıştırılmaması gerekir. Eisele, *Strafrecht-Besonderer Teil II*, §249 Rn. 327.

<sup>69</sup> Görüşler için bkz. Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 242.

İhmali hareketle yağmanın işlenebileceğini ileri süren yazarlar tarafından, cebrin tanımından hareketle yağmanın ihmali hareketle işlenemeyeceğine dair görüşe itiraz edilmiştir. Buna göre, cebrin kendisi bir netice değildir; aktif veya ihmali olsun her iki hareketle gerçekleştirilmesi mümkündür. Aktif hareketle cebrin gerçekleştirilmesi zorunlu olmayıp; bu durum cebrin bir gerçekleştiriliş şekli olarak kabul edilmektedir<sup>70</sup>. Örneğin, failin başka bir amaçla bağladığı mağdurun telefonunu almaya karar vermesi hâlinde, yağma suçu manasında bir cebri hareketin bulunduğu ifade edilmiştir<sup>71</sup>.

Öğretide, cebri harekette belirleyici faktörün fiziki zorlayıcı etki olduğu ve failin, garantörlük sebebiyle böyle bir etkiden sorumlu olduğu; fiili ortadan kaldırma olasılığının bulunduğu hallerde, neden aktif bir zorlamanın arandığını anlamının güç olduğu ifade edilmiştir. En basit haliyle, Alman CK §240'a göre zorlama suçunu oluşturan fiilin işlenmesi hâlinde dahi zorlamanın ihmali hareketle ya da başka bir şekilde yapılmasına ilişkin bir itirazın bulunmadığı belirtilmiştir<sup>72</sup>.

İhmali hareketle yağmanın kabulü hâlinde, malı alma niyetiyle zorlama araçlarına başvurma unsurunun eksik olduğunu ileri süren görüş, ihmal taraftarlarınca reddedilmiştir. Öncelikle, başka amaçlarla cebir kullanılması sonucunda meydana gelen zorlama durumunun yarattığı etkiden yararlanma ile bir malın alınması amacıyla zorlama araçlarına başvurmanın birbirinden ayırt edilmesinin güçleşeceğine dair kaygının, esasen yağma suçuna mahsus olmadığı; diğer gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir<sup>73</sup>. Bunun yanında, mağdurun bağlandığı durumlarda, prangaların çözülmesinin aktif şiddet biçiminde devam ettiği; failin devam eden bu durumu koruduğu ve şiddet devam ederken almanın gerçekleştiği ileri sürülmüştür. Bu durumun zorlama araçlarının kullanılması ile malın alınması arasında gai bağlantının eksikliği şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Buna göre, aktif cebrin devam ettiği- cebrin güncelliğini koruduğu- hallerde, fiilin yağma olarak nitelendirilmesi için, alma kararının daha sonra alınmış olması belirleyici değil-

<sup>70</sup> Jakops'a göre, bu durumda doğal hareket yaklaşımının benimsenmesi için bir sebep yoktur. Günümüzde baskın görüş, cebrin zorlayıcı etkiye sahip olmasıdır. Fiziksel zorlayıcı etki, sağlığa verilen zarar kadar elverişlidir. Görüşler için bkz. Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 241.

<sup>71</sup> Schünemann, Raub und Erpressung, s. 340.

<sup>72</sup> Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 241.

<sup>73</sup> Görüşler için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 315.

dir. Bu nedenle, ihmal yoluyla yağmanın gerçekleşmesi mümkündür<sup>74</sup>. Öğretide, bu durumun bir negatif test ile belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, failin mağduru serbest bırakması hâlinde, mağdurun direnç göstereceğinin fail tarafından kabul edildiği hallerde, amaç bakımından bağlantıda bir eksikliğin olmadığı iddia edilmiştir<sup>75</sup>.

Öğretide ileri sürülen yağmanın sadece aktif bir davranışla işlenebileceği, kanun koyucunun bu suçu düzenleme amacının saldırgan davranışları cezalandırmak olduğuna dair görüşün bir mantık hatasından ibaret olduğu ifade edilmiştir. Örneğin, “bilim doğrudur çünkü bilim adamları öyle söylüyor” gibi bir durumun ortaya çıktığı; bu yaklaşımın bilimsel bir temelini olmadığı, yağmanın sadece aktif bir davranışla işlenebileceğine dair görüşün hukuki dayanağının bulunmadığı iddia edilmiştir<sup>76</sup>. Öğretide *Walter*'e göre, suçun düzenleniş amacı geniş bir çerçevede ele alınmalıdır. Fail, aktif veya ihmali hareketle olsun, uygun olduğu düşüncesiyle fiziksel zorlayıcı herhangi bir harekette bulunabilir<sup>77</sup>.

Öğretide, ihmali hareketlerle yağma suçunun işlenebileceğinin kabul edilmesi hâlinde, Alman CK §13 bakımından bir problemin olmadığı ileri sürülmüştür. Maddenin ifade şeklinden, yağma suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceğine dair bir hükmün olmadığı belirtilmiştir<sup>78</sup>. Yağma suçunun, psikolojik olarak ve haksızlık içeriği bakımından malın aktif bir şiddet kullanılması suretiyle oluşabileceğine dair görüşün, ihmal yoluyla zorlamanın mümkün olmadığına dair düşünce tarzının, döngüsel bir mantık hatası (Zirkelschlusses) olduğu iddia edilmiştir. Nihayetinde, bu sonucun mevcut yorumlama yöntemleri açısından da desteklenmediği belirtilmiştir<sup>79</sup>. Bir garantör yükümlülüğünün söz konusu

<sup>74</sup> Görüşler için bkz. Problem - Raub durch Unterlassen, <https://jura-online.de/lernen/problem-raub-durch-unterlassen/735/excursus> (15.10.2021).

<sup>75</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §249, Rn. 33. Öğretide, failin subjektif düşüncesine göre malı alması için zorlayıcı durumdan yararlanmasının gerekli ve yeterli olduğu, final hareket anlamında bir eksikliğin bulunmadığı; failin başka surette hareket etme imkânının bulunduğu hallerde, yağmanın koruduğu hukuki değerler ve suçun yapısı uyarınca, failin, mağdurun direncini kırmak için şiddete başvurmasının gerektiğini düşünmesinin ihmali hareket yapısının bir sonucu olduğu ileri sürülmüştür. Bosch, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 6b.

<sup>76</sup> Görüşler için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 315.

<sup>77</sup> Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 240, 241.

<sup>78</sup> Küper, Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft, s. 568, 571; Rengier, *Strafrecht Besonderer Teil I*, §7 Rn. 32.

<sup>79</sup> Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 240, 241.



olduğu durumlarda, bu yükümlülük ihmalinin esasen aktif bir harekete eşdeğer olduğu<sup>80</sup>; keza, Alman CK §240 uyarınca zorlamanın ihmali hareketi de kapsadığı hususunda, iki taraflı ilişki de dâhil olmak üzere, bir çekincenin olmadığı ileri sürülmüştür<sup>81</sup>.

Öğretide, ihmali hareketle yağma suçunun işlenebileceğinin kabul edilmesi durumunda, ceza politikası bakımından bir sakıncanın olmadığı ifade edilmiştir. Aleyhte görüşlerin, gerçek olmayan ihmali suçların dogmatikliğine dair bir sonuç olduğu ve Alman CK §13 bakımından norma uygun olduğu ileri sürülmüştür<sup>82</sup>. Yine, fiili acımasız bir biçimde gerçekleştiren failin korunduğu düşüncesinin tutarlı olmadığı; failin uyguladığı vahşet sebebiyle Kanun'daki diğer hükümler uyarınca cezalandırılabilmesi belirtilmiştir<sup>83</sup>.

Öğretide konu ile ilgili bazı çözüm önerileri ileri sürülmüştür. *Walter* tarafından lehte ve aleyhte görüşlerin bir değerlendirmesi yapılarak ortalama bir çözüm önerilmiştir. *Walter*'e göre, yağmanın her halde ihmali hareketle işlenebileceğine dair kesin ve inandırıcı bir görüş ileri sürülemediği. Keza, yağmanın ihmali hareketle işlenemeyeceğine dair herhangi bir hukuki engel de bulunmamaktadır. Ancak, öğretide bahsedilen tartışma uygulamada nadiren görülen bir duruma karşılık gelmektedir. *Walter*, cebrin veya tehdidin devam eden etkisi bakımından, failin, mağduru bağladıktan veya kilitledikten sonra, nadiren serbest bırakma niyetinde olduğunu; bunun yerine, genellikle, mağduru suç mahallinde bağlı veya kilitli bırakma niyeti ile hareket ettiğini belirtmiştir. Failin bakış açısı ile mağduru tekrar serbest bırakmanın akıllıca olmayacağını, çünkü mağdurun kolluk güçlerini arayarak daha hızlı yardım alabileceğini; bunun failin yakanmasını olası hale getireceğini ifade etmiştir<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Öğretide Alman CK §13'ün arka planında hangi düşüncenin yattığı hususunun genel olarak belirsiz olduğu vurgulanmıştır. Görüşler için bkz. *Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 241.

<sup>81</sup> Kühl-Heger, *Strafgesetzbuch*, §240 Rn. 9a.

<sup>82</sup> Lorenz, *Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?*, s. 316.

<sup>83</sup> *Walter*'e göre fail, Alman CK §211 veya 224, 226, 227 uyarınca cezalandırılabilir. *Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 242. Öğretide, bayılıta veya savunmasız duruma getirene kadar cebir uygulanan bir mağdur ile, bağlı olduğu için harekete geçemeyen mağdurun haklarının korunması arasında bir farkın olmadığı, bu durumdaki mağdurun daha az korunması için bir sebebin olmadığı ifade edilmiştir. Aksi yönde bir diğer düşünce için bkz. *Bosch, Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, §§249, Rn. 6b.

<sup>84</sup> *Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 243.

*Walter'e* göre, sadece şu halde ihmali hareketle yağmanın cebri hareketi gerçekleşebilir: İhmali hareketi yapan failin garantör olduğu, zorlama araçlarına malın alınması kararı olmadan başvurduğu, ancak mağdurun serbest bırakılmasını ihmal ettiği durumlarda, eklenen kast ile malı almaya karar vermesi hâlinde yağmanın ihmal suretiyle cebri hareketi gerçekleşebilir. Yazara göre bu durum çok nadiren meydana gelebilir, keza bu amacın ispatı da her zaman kolay değildir. Dolayısıyla, bu gibi hallerde şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince hareket edilmesi mümkündür. *Walter'e* göre, failin garantör olduğu bu tür durumlarda, genel kurallar ile uyumlu olarak, ihmal suretiyle alma hareketinin gerçekleşebileceğini kabul etmek gerekir<sup>85</sup>.

## 2. Türk Öğretisinde Durum

Türk hukuk öğretisinde, yağma suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceği hususunda görüşlere rastlanmaktadır<sup>86</sup>. Buna karşılık, hareketin şekline göre suçların icrai, ihmali veya ihmal suretiyle icrai suçlar olarak üçe ayrıldığı; yağma suçunun icrai hareketle işlenebilen bir suç olduğu, ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olmadığı; zira bu suçta kanunun yükümlü kıldığı bir hareketi yapmamanın cezalandırılmadığını ifade eden görüşler mevcuttur<sup>87</sup>.

Öğretide, gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından TCK'da düzenlenen kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarına ilişkin düzenlemeler ile sınırlı değerlendirme yapılmaması gerektiği; bunların dışında kalan suçların da ihmali hareketle işlenebileceği ifade edilmiştir<sup>88</sup>.

Öğretide, serbest hareketli suçların ihmali hareketle de işlenebileceği ileri sürülmüştür. Buna göre, TCK'da yer alan çoğu suç tipinin serbest hareketli olarak düzenlendiği, serbest hareketli suçlarda, Kanun'da suç sayılan hareketin gerçekleştirme biçimine ilişkin herhangi bir sınırlayıcı normun bulunmadığı; bu suçlar bakımından da hareketin icrai veya ihmali davranışla işlenebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Kanunda açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle suçun ancak icrai hareketle işlenebileceğinin kabulünün, serbest hareketli suçların kapsamını daraltacağı ve kanun koyucunun amacı ile ters düşeceği ileri

<sup>85</sup> Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?, s. 242, 243.

<sup>86</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 582; Centel vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*; s. 386; Elif Şule Korkmaz, *Yağma Suçu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 58.

<sup>87</sup> Gökçen vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, s. 74.

<sup>88</sup> Görüşler için bkz. Fatih Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 167.

sürülmüştür<sup>89</sup>. Bu teorik açıklamalar ışığında, gerçek olmayan ihmali suçların kanunda düzenlenmesinin zorunlu olmadığını kabul eden görüşlerin, ihmali hareketle yağma suçunun işlenebileceğini mümkün gördükleri anlaşılmaktadır.

### C. Mahkeme Kararları

#### 1. Alman Mahkeme Kararları

Alman Hukukunda, “kol saati davası” olarak bilinen olayda, fail, mağdura ait kulübede kışı geçirmiş; baharın gelmesi ile kulübeye dönen mağduru önce darp etmiş, akabinde bağlamıştır. Fail, mağduru bağladıktan sonra, mağdurun kol saatini ve aracının anahtarını almıştır<sup>90</sup>. Öğretide, kimi yazarlar, başka amaçlarla kullanılan cebrin (örneğin, mağdurun bağlanması) devam ettiği hallerde, failin eklenen kast ile bir malı alması durumunda, devam eden güç kullanımının yağma suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunda Alman Yüksek Federal Mahkemesi veya BGH (Bundesgerichtshof)’nin bir karar vermesini istemişlerdir. Federal Yüksek Mahkeme’nin 1. Ceza Senatosu, süreklilik arz eden güç kullanımının yağma suçunu oluşturacağına karar vermiştir<sup>91</sup>. Öğretide kararın, şiddetin devam eden etkisinin tehdit olarak sürdürülmesi kavramının ortaya çıkması bakımından ilk adımı teşkil ettiği ifade edilmiştir<sup>92</sup>.

Kol saati davasından kısa bir süre sonra, şiddetin devam eden etkisi ile ilgili bir karar verilmiştir<sup>93</sup>. Davaya konu olayda, failler, mağdurun evinden ayrılırken, onlara sokağa kadar eşlik eden mağduru yağma amacı olmaksızın darp etmiş-

<sup>89</sup> Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, s. 167. Benzer yönde, serbest hareketli suçlarda, kişinin suçu icrai bir davranışla işleyebileceği gibi ihmali hareketle de işleyebileceği ifade edilmiştir. Ali Rıza Töngür-Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 136.

<sup>90</sup> BGH 1 StR 267/64, Urteil v. 15. September 1964 = BGHSt 20, 32, karar için bkz. *NJW*, 1965, Heft. 3, s. 115, www.beck-beck.online.de (20.10.2021).

<sup>91</sup> Karar, yağma suçunda, zorlama araçlarının kullanılması ile malın alınması arasındaki ilişkinin tartışılmasına zemin hazırlamıştır. Öğretide Eser, bu kararın, mağdurun bağlanmak suretiyle özgürlüğünden mahkûm edildiği davalarda yağma suçunun oluşup olmadığını tartışmak için bir fırsat olduğunu vurgulamıştır. Bu karar, Eser’in ileri sürdüğü ve yukarıda izah edilen cebrin devam eden etkisinin kullanılması terminolojisi bakımından önemlidir. Eser, *Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub*, s. 377, 379; Açıklamalar için bkz. Lorenz, *Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?*, s. 310.

<sup>92</sup> Lorenz, *Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?*, s. 310.

<sup>93</sup> BGH 2 StR 234/67, Urteil v. 12. Juli 1967 = MDR 1967, 17. Karar için bkz. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=15.12.1967&Aktenzeichen=4%20StR%20441/67> (20.10.2021).

lerdir. Failler mağduru darp ettikten sonra, cüzdanını almaya karar vermişlerdir. Darp edildiği için korkan mağdur, cüzdanının alınmasına ses çıkarmamıştır. Federe Bölge Mahkemesi, kol saati davasına atıf yaparak, darbe şeklindeki şiddetin devam ettiğini ve failin bunu bilerek kullandığını kabul etmiş ve yağmadan hüküm kurmuştur. İkinci Ceza Senatosu, mahkemenin yanlış bir değerlendirmede bulunduğunu, yağma suçunun ancak, örneğin sürekli kolu tutma yoluyla, şiddetin kendisinin devam ettiği hallerde gerçekleşebileceğine; sadece mağdurun sindirilmesi şeklindeki hareketlerin yağma suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir. Bunun yanında mahkeme, ilk kez, cebrin etkisini sürdürdüğünden (fortwirken) bahsetmiş, bu terimi kullanmıştır. Ancak 2. Ceza Senatosu, malı alma amacı olmadan kullanılan önceki şiddetin devam eden etkilerinden yararlanmanın yağma suçunu oluşturmayacağına karar vermiştir. Senato, mağdurun korku halinin sömürülmesini, tamamlanmış bir cebri hareketin etkilerinin malın alınması amacıyla devam ettirilmesini, yağma suçunun oluşumu bakımından reddetmiş; cebrin devam eden etkisini sınırlama yoluna gitmiştir<sup>94</sup>.

Bir kararda cebrin devam eden etkisi, tehdit bağlamında ele alınmıştır. Mahkeme, mağdurun cebrin yeniden kullanılmasından korkmasını tek başına bir tehdit olarak kabul etmemiştir. Buna göre failin, tehdit teşkil eden davranışı ile yaşam veya vücut bütünlüğü bakımından bir tehlike olasılığını ortaya koyması; yani belirli davranışlar yoluyla onu yeterince tanınabilir hale getirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mağdurun, failin hayatına ya da vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı gerçekleştireceği endişesinin veya beklentisinin olması yeterli görülmemiştir. Mahkeme, bu kararlar, cebrin devam eden etkisinin tehdit olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Önceki cebir kullanmadan bahisle, failin yeniden cebir kullanacağını ortaya koyarak tehdidini güncellemesi hâlinde yağma suçunun oluşabileceği kararda vurgulanmıştır<sup>95</sup>.

Dördüncü Ceza Senatosu, 1983 yılında incelediği bir davada meseleyi ele almıştır<sup>96</sup>. Olayda, birden çok fail bir otel görevlisini oda ücretinden kurtulmak

<sup>94</sup> Karar ile ilgili açıklamalar için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 310.

<sup>95</sup> BGH 1 StR 393/76, Urteil v. 9. November 1976. Benzer bir karar için bkz. BGH NSTZ-RR 2015, 173, 173 f.; NSTZ 2013, 648, 648; NSTZ 2009, 325, 325 f, Motivwechsel bei fortdauernder Gewaltwirkung, <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/249/obj-tb/fortdauerndegewaltwirkung/> (20.10.2021).

<sup>96</sup> BGH 4 StR 376/83, Urteil v. 22. September 1983 = BGHSt 32, 88, karar için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2012-9&Sort=1&Seite=6&nr=62257&pos=185&anz=270&Blank=1.pdf> (20.10.2021).

amacıyla bağlamışlardır. Failler otelden ayrılmak üzereyken kasadan para almaya karar vermişlerdir. Dördüncü Ceza Senatosu, yerel mahkeme kararına uygun olarak, sadece hırsızlık suçunun oluştuğuna karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, paranın alındığı anda cebri hareketin tamamlanmış olduğu; sadece zorlamanın etkilerinin devam ettiği ifade edilmiştir. Dördüncü Ceza Senatosu, açıkça ihmal yoluyla yağmanın işlenemeyeceğini ifade etmemiştir, ancak hırsızlık suçu ile ilgili görülen davada verilen kararı onamıştır. Öğretide karardan sonra, ihmali hareketle de suçun işlenebileceği tartışılmış ve kısmen desteklenmiştir<sup>97</sup>.

İkinci Ceza Senatosu bir kararında, failin başlangıçta farklı amaçlarla zorlama araçlarına başvurmuş olmasına rağmen, zorlayıcı durumdan yararlanarak; şiddetin devam ettiği veya önceki şiddete dair aktüel bir tehdidin söz konusu olduğu ve bu suretle malın alındığı, mağdurun mecbur bırakılmış olduğu hallerde yağmanın oluşabileceğine karar vermiştir<sup>98</sup>. Senato, *Eser'in* konu ile ilgili çözümünü savunmuştur. Failin, önceden uyguladığı cebir nedeniyle bağladığı mağduru serbest bırakmaması suretiyle garantör yükümlülük hâlinde olduğu ve yağmanın oluşabileceğini ifade etmiştir. Karara göre failin, mağduru serbest bırakması esasen onun görevidir. Ancak, fail bundan yararlanmış, bu hali kullanmıştır<sup>99</sup>. Güç kullanımı ile bunun etkisinin kullanılması arasında mekân ve zaman olarak yakınlık olduğu durumlarda bu hususun kabul edilebileceği vurgulanmıştır. Senato, önceki cebrin devam eden etkisinden yararlanmayı güncel bir tehdit olarak kabul etmiştir<sup>100</sup>.

Federal Yüksek Mahkeme, prangaların çözülmemesi suretiyle aktif şiddetin devam ettiğini, failin devam eden bu durumu koruduğunu ve şiddet devam ederken almanın gerçekleştiğini; bu sebeple, malı alma niyetiyle cebre veya

<sup>97</sup> Schünemann, Raub und Erpressung, s. 349, 352.

<sup>98</sup> BGH 2 StR 234/67, Urteil v. 12. Juli 1967. Karar için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 310.

<sup>99</sup> Alman hukukunda, garantör durumunda olan kişinin bir başkasının kasten ve hukuka aykırı bir fiilini engellemeyi ihmal ettiğinde, Alman Federal Mahkemesi, ihmali davranışın failinin amacını ve özellikle de fiilden elde edilecek sonuçtan nasıl bir fayda sağladığını göz önüne almakta, duruma göre failik, duruma göre yardım etme kapsamında cezalandırma cihetine gitmektedir. Kararlar ve açıklamalar için bkz. Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 433.

<sup>100</sup> Kararla ilgili açıklamalar için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 310, 312.

tehdide başvurmanın gerçekleştiğini kabul etmiştir. Fail, mağduru bağlamadan önce malı almaya karar vermiş olsaydı, yağmanın gerçekleştiği varsayılırdı; ancak, cebrin güncelliğini koruduğu hallerde, fiilin yağma olarak nitelendirilmesi için alma kararının daha sonra alınmış olması belirleyici değildir. Mahkemeye göre, bu nedenle, ihmal yoluyla yağmanın gerçekleşmesi mümkündür<sup>101</sup>.

3. Ceza Senatosu, 2012 yılında verdiği bir kararla yukarıdaki görüşten dönmüştür. Buna göre, tehditten bahsedilebilmesi için failin belli bir davranışta bulunması; tehdidin fail tarafından tanınabilir bir halde mağdura iletilmesi gerekir. Bu sebeple, önceki zorlamanın etkilerinden yararlanmanın, bunu kullanmanın yağma suçunun unsurları bakımından yeterli olmadığına karar verilmiştir<sup>102</sup>. Keza 2. Ceza Senatosu, 2013 yılında verdiği bir kararda, mağdurun yeniden şiddet kullanma korkusunun salt istismarının tek başına bir tehdit oluşturmadığına karar vermiştir<sup>103</sup>.

Alman hukukunda güncel kararlara bakıldığında, artık şiddetin devam eden etkisi yağma suçunun oluşması bakımından dikkate alınmamaktadır. Failin, zorlama araçlarına başka bir amaçla başvurduğu, zorlayıcı hareketin tamamlanmasından sonra malın alınmasına karar verdiği durumlarda; gai bağlantının eksik olduğu, cebrin devam eden etkisinden yararlanmanın ihmal suretiyle yağma olarak kabul edilmediği görülmektedir<sup>104</sup>.

### 3. Türk Mahkeme Kararları

Yargıtay kararlarını incelediğimizde, öncelikle, yağmanın icrai hareketle işlenebilen bir suç olduğu kabul edilmektedir. Öğreti ile aynı yönde, suçun oluşması için malın alınması amacıyla cebir veya tehdide başvurulmasının arandığı

<sup>101</sup> Karar için bkz. Problem - Raub durch Unterlassen, <https://jura-online.de/lernen/problem-raub-durch-unterlassen/735/excursus> 15.10.2021. Şayet, şiddete başvurma özgürlükten yoksun bırakma şeklinde ise, hukuka aykırı durum ortadan kaldırılmadığı sürece, zorlamanın yani cebir kullanmanın devam ettiği kabul edilmelidir. Bu sonuç, mütemadi bir suç olan özgürlüğün yoksun bırakılması suçunun doğası gereğidir. BGHSt 48, 365, karar için bkz. Motivwechsel bei fortdauernder Gewaltwirkung, <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/249/obj-tb/fortdauernde-gewaltwirkung/> (20.10.2021).

<sup>102</sup> Karar için bkz. BGH 3 StR 232/12 - Beschluss vom 31. Juli 2012 (LG Rostock), <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/12/3-232-12.php> (20.10.2021).

<sup>103</sup> BGH 2 StR 558/12, Karar için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 313.

<sup>104</sup> BGH 3 StR 261/13, Beschluss v. 26. November 2013 = NStZ-RR 2014, 110). 3. Strafsenat ile 4 ve 5. Strafsenat da aynı görüşü izlemektedir (BGH 5 StR 41/14, Beschluss v. 18. Februar 2014 = NStZ 2015, 156 = HRRS 2013 Nr. 332; BGH 4 StR 544/13, Beschluss v. 25.2.2014 = NStZ 2013, 269 = HRRS 2014 Nr. 409. Kararlar için bkz. Lorenz, Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?, s. 313.

görülmektedir<sup>105</sup>. Örneğin, failin cinsel saldırı esnasında mağdurun malını da alması hâlinde, aktif cebri hareketin devam etmesi nedeniyle yağma suçunun oluştuğuna karar verilmiştir<sup>106</sup>. Ancak, sadece mağdurun korkutulmasının veya üzerinde baskı kurulmasının cebir veya tehdit olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir<sup>107</sup>. Keza, zorlama araçlarına başvurmaksızın, mağdurun kendisine zarar verileceği korkusu ile faillere istedikleri parayı vermesinin yağma suçunu oluşturmadığı bir kararda vurgulanmıştır<sup>108</sup>.

Bir davada cebrin devam eden etkisi incelenmiştir. Başka bir husumet nedeniyle darp edilen ve bayılan mağdurun telefonunun alınmasının TCK'nın 142. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde düzenlenen suçu oluşturduğu ifade edilmiştir. Mahkeme kararında, yağma suçunda, cebir veya tehdidin malın alınması

<sup>105</sup> "İcrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir. Yağma suçunun maddi unsuru hareket kısmıdır. Kullanılan cebir ve tehdidin, kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkartmamaya yönelmeye elverişli olması gerekir. Cebir ve tehdidin yönlendirilmiş olduğu şahıs, yer ve zaman da göz önüne alınarak her somut olayda nitelik ve nicelik incelemesi gerekmektedir...". Yargıtay 6. CD, 25.02.2021, 2068/3325 UYAP; "Yağma, icrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir ve bu suçun maddi unsuru hareket kısmıdır...". Yargıtay 6. CD, 06/02/2020, 2406/400 UYAP.

<sup>106</sup> Yargıtay 5. CD, 27.09.2010, 5136/6889 UYAP. "... sanık Ç.'ın bıçakla tehdit ederek mağdur B.'yi evin arka bahçesine götürüp cinsel saldırıda bulunduğu esnada mağdurun sağ cebinde bulunan 200 TL parayı aldığı olayda, sanıkların tehdit kullanarak mağdurların uhdesinde bulunan eşyaları almak şeklinde gerçekleşen eylemlerinin kül halinde tek yağma suçunu oluşturacağı gözetilmeden, sanıklar hakkında ayrıca mağdur E.'a karşı hırsızlık suçundan da mahkumiyet hükmü kurulması...". Adana BAM 8. CD, 07/07/2020, 1165/1340 UYAP.

<sup>107</sup> "... somut olayda, malın teslimi sırasında yağma suçunda aranan nitelikteki ciddi, korkutucu seviyede cebir/tehdit içeren söz veya hareket bulunmadığı, mağdurun geçmişten gelen algı ya da tasavvuru ya da psikolojik durumu ve/veya ürkek kişiliği ile yarattığı düşünceye de bu şekilde bir anlam yüklenemeyeceği, salt mağdurun kendi iç dünyasındaki korku ve endişesiyle malın teslimine yöneldiğinin anlaşılması karşısında, mağdura yönelik herhangi bir tehdit ve cebir uygulamayan suça sürüklenen çocuğun 5237 sayılı TCK'nın 142/2-b, 145 maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden...". Yargıtay 6. CD, 09.06.2021, 1650/10959 UYAP.

<sup>108</sup> "... cebinde bulunan 160 lira parasını sanıklara verdikten sonra kendisine zarar vereceklerinden korktuğu için kalan ödemeyi otele dönüp yapmayı teklif ettiği, sanık Ö. ile beraber kaldığı otele dönen mağdur 400 dolar ve 100 tl daha verdikten sonra 15.11.2013 tarihinde yasal şikayet hakkını kullandığı olayda; olayın başlangıcı, olay sırası ve sonrasında sanıkların kendisine yönelik dış dünyaya yansıyan ve suç teşkil eden herhangi bir söz, söylem ve/veya eylemi olduğu iddiasında bulunmayan mağdurun ifadesi ve suçlamaları kabul etmeyen sanıkların savunmaları karşısında; sanıkların, mağdura yönelik eylem ve söylemlerinin suç teşkil eden haksız bir fiili ve/veya fiilleri oluşturup oluşturmadığı saptanıp, suç teşkil eden bir eylemin tesbiti halinde ise her bir sanığın anılan suça ne şekilde katıldığı ve/veya katılmadığı duraksamaya yer bırakmayacak şekilde belirlendikten sonra denetime olanak verecek şekilde hüküm kurulması gerekirken eksik soruşturma ile yetinilip, yerinde ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması...". Yargıtay 6. CD, 25.02.2021, 2068 /3325 UYAP.

veya teslimini sağlamaya yönelik olmasının gerektiği, başka maksatlarla kullanılmış cebirin etkisiyle malın alınmasının yağma suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir<sup>109</sup>.

### III. TCK'NIN İLGİLİ HÜKÜMLERİ BAKIMINDAN MESELENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölüm altında, TCK'nın yağma suçunu düzenleyen hükümleri ile ihmale dair Kanun'da ve öğretide kabul edilen genel kurallar bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır. Ayrıca, bir önceki bölümde Alman hukukunda ileri sürülen görüşlerin ve mahkeme kararlarının hukukumuz bakımından karşılığı ile bu görüşlere ve mahkeme kararlarına yönelik düşüncelerimiz açıklanacaktır.

Yağma suçu, TCK'nın 148. maddesinde tanımlandığı üzere; Kanun'da sayılan hukuki değerlere yönelik bir saldırı gerçekleştirileceğinden bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakmak suretiyle işlenebilir. Yağma suçu bakımından mühim olan, failin mağduru bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakmasıdır. Dolayısıyla, kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere yağma icrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir<sup>110</sup>. Bununla birlikte, kanuni metinde yağmanın ihmali hareketle işlenebileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Öğretide ihmali suçlar; gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir<sup>111</sup>. Gerçek ihmali suçlar, kanuni tanımda davranış unsuru ihmal olarak belirlenen fiillerdir. Bu tür düzenlemelerde, suçun sadece ihmali hareketle işlenebileceği belirtilebileceği gibi (TCK m.98), icrai şekilde gerçekleştirilebilmesinin yanında ihmali hareketle de işlenebileceği (TCK m.257/2) öngörülebilmektedir<sup>112</sup>. Başka bir deyişle, gerçek ihmali suçlarda ihmali hareket bizzat suç tipinde gösterilir. Bu suçlarda tipiklik unsuru, kanunda tarif edilen belli bir emredici normun kasten yerine getirilmemesiyle gerçekleşir. Gerçek

<sup>109</sup> "... olay gecesi, saniğin, müştekilerin aracının yanına gelerek, her iki müştekiye yönelik sinkaf-  
lı küfür ettiği, aracın sağ ön kısmında oturan müşteki A. K.'ın kapısını açıp, kafasına şişe ile  
vurduğu, aracı kullanan müşteki S.Ö.'ün, yere düşen arkadaşına bakmak için araçtan indiği sı-  
rada, saniğin, aracı çaldığının anlaşılması karşısında...". Yargıtay 2. CD, 05.12.2019,  
6060/18873 UYAP.

<sup>110</sup> Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 582.

<sup>111</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi,  
Ankara, 2003, s. 99 vd.; öğretide gerçek olmayan ihmali suçlar için "ihmal suretiyle icra" suç-  
ları kavramı da kullanılmaktadır. Dönmezer vd., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, 15.  
Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 89.

<sup>112</sup> Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 281.



ihmali suçlar, sırf hareket suçları görünümünde olup failin kanunda istenilen hareketi yapmamasıyla oluşur<sup>113</sup>.

Kanunda düzenlenen ve icrai hareketle işlenebilen bir suçun ihmali hareketle de işlenmesine, gerçek olmayan (görünüşte) ihmali suç denmektedir<sup>114</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlar, suçun kanuni tanımında, hareket unsurunun yalnız aktif bir hareket olarak öngörüldüğü; davranış unsurunun bir hareket yasağına aykırılığı ifade ettiği suç tipleridir. Esasen bu suçlar icrai suçlardır; fail, tipe uygun neticenin engellenmemesi suretiyle bir suç işlemektedir. Ancak, bunun için failin neticeyi önleme bakımından bir yükümlülüğünün (garantörlük) bulunması gerekir<sup>115</sup>. Örneğin, bir itfaiye görevlisinin yangını söndürmek hususundaki yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle binada bulunan yaşlı bir kimsenin ölmesi hâlinde; fail, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlemiş olur. Failin buradaki yükümlülüğü, soyut ahlaki bir ödevden kaynaklanmamakta; hukuki bir yükümlülüğün varlığı gerekmektedir. Ancak bu durumda, ihmali hareketle icrai hareket eşdeğerde kabul edilmektedir<sup>116</sup>.

Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından yükümlülüğün bir diğer kaynağını ön gelen tehlikeli fiil oluşturmaktadır. Örneğin, trafik kazasında bir başkasının yaralanmasına sebep olan kimse yaralanan kişinin tedavi ettirilmesine, sağlığının iyileştirilmesine yönelik teminat yükümlülüğü altına girmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda kişinin ölmesi hâlinde; kazaya neden olan, yaralanan kişiye yardım etmeyen ve ilgili mercilere bildirimde bulunmayan kimse kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu olacaktır (TCK m.83)<sup>117</sup>.

Hukukumuzda gerçek olmayan ihmali suçlar ile ilgili, Alman CK §13'te düzenlendiği şekilde, bir genel hüküm bulunmamaktadır<sup>118</sup>. Ancak, TCK'nın özel

<sup>113</sup> Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 392.

<sup>114</sup> M. Emin Artuk vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 320, 321; Koca-Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 395.

<sup>115</sup> Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 290.

<sup>116</sup> İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 397.

<sup>117</sup> Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 396, 397.

<sup>118</sup> Öğretide, Alman CK §13 gibi genel hükümler içerisinde bu yönde bir düzenlemenin yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Veli Özer Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 227. Aleyhte böyle bir düzenlemeye gerek olmadığı, aksine isabetli olduğu yönünde görüş için bkz. Koca-Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 397.

hükümler kısmında öldürme, yaralama ve işkence suçları bakımından açık bir düzenleme yapılmıştır (TCK m.83, 88, 94/5)<sup>119</sup>. Öğretide ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, TCK'daki mevcut düzenlemeye göre, kanunda ihmali hareketle işlenebileceği açıkça belirtilmeyen suçların ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir. Bu suretle kanun koyucu ilgili suçlar bakımından ihmali hareketi, icrai harekete eş değer gördüğünü ortaya koymuştur. Dolayısıyla, kanunda ihmali hareketle işlenebileceği belirtilenler dışında kalan suçların ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmek kanunilik ilkesine aykırıdır<sup>120</sup>. Bunun yanında, gerçek olmayan ihmali suçlar, kanuni tarifte bir neticenin öngö-

<sup>119</sup> Öğretide Ünver'e göre, kanun koyucunun sadece kasten öldürme veya yaralama suçları için ayrı hüküm öngörmesi, diğer suçların ihmali hareketle işlenemeyeceği anlamına gelmez. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 59 vd.

<sup>120</sup> Öğretide Hakeri, genel nitelikli bir hükmün eksikliği nedeniyle, öğretide söz konusu suçlar dışındaki suçların ihmali suretle işlendiği takdirde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususunda tereddüt hasıl olduğunu; 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'un 212. maddesi ile 6831 sayılı Orman Kanunu'nda yapılan değişiklik ile artık mevzuatımızda garantör ihmali suçların sadece kanunda açıkça gösterilen hallerde söz konusu olabileceğini kabul etmenin zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu genel bir hüküm koymak yerine bu şekilde özel hükümler sevk etmek suretiyle garantör ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenlenmesi hâlinde söz konusu olabileceği yönünde iradesini gösterdiğini ileri sürmüştür. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 168. Öğretide, ihmal suretiyle bir suçun işlendiği durumlarda, ihmalin cezalandırılabilir olduğunu düzenleyen normlar tipikliği genişleten normlardır. İhmali hareketin cezalandırılabilir olduğunu açıkça gösteren, genel hükümler arasında bu yönde bir düzenleme bulunmaması sebebiyle böyle bir davranışı cezalandırmak ceza kanunlarının güvence fonksiyonuna aykırıdır. Öztürk-Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 451. Öğretide, ihmal unsurunun genel hükümler arasında düzenlenmemiş olması sebebiyle, ihmal suretiyle işlenebilen diğer icrai suçlarda ihmalin cezalandırılmaması sonucunun doğabileceği ifade edilmiştir. Dönmezer vd., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, s. 91. Akbulut'a göre, kanunilik ilkesi gereğince böyle bir düzenlemenin bulunması gerekir. Ancak, 765 sayılı TCK döneminde tüm icrai suçların ihmali şekilde gerçekleştirilmesinin mümkün olduğunu; Alman hukukunda da gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin 13. madde düzenlemesi yapılmadan önce cezalandırmanın kabul edildiğini ifade etmiştir. Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 290; öğretide aksi yönde diğer bir görüşe göre, Kanun'da açık hüküm bulunmayan hallerde de TCK'da yer alan suç tiplerinin hem icrai hem de ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. TCK'da yer alan çoğu suç tipinin serbest hareketli olarak düzenlendiği, serbest hareketli suçlarda, Kanun'da suç sayılan hareketin gerçekleştirme biçimine ilişkin herhangi bir sınırlayıcı normun bulunmadığı; bu suçlar bakımından da hareketin icrai veya ihmali davranışla işlenebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Kanunda açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle suçun ancak icrai hareketle işlenebileceğinin kabulünün, serbest hareketli suçların kapsamını daraltacağı ve kanun koyucunun amacı ile ters düşeceği ileri sürülmüştür. Birtek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, s. 167. Benzer yönde, serbest hareketli suçlarda, kişinin suçu icrai bir davranışla işleyebileceği gibi ihmali hareketle de işleyebileceği ifade edilmiştir. Töngür-Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 136.

rüldüğü suçlar bakımından söz konusu olup; sırf hareket suçlarının ihmali hareketle işlenebileceği düzenlenmediğinden<sup>121</sup> yağmanın ihmali hareketle gerçekleştirilmesi mümkün değildir<sup>122</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, model denkliği ile ilgili Alman CK §13 bakımından ileri sürülen görüşlerin hukukumuz bakımından bir geçerliliği yoktur. Kanunilik ilkesi gereğince, kanunda özel hüküm bulunmadığı hallerde gerçek olmayan ihmali suçların işlenmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, ön gelen tehlike sebebiyle garantör sorumluluğa dair kabul edilen ihmali yağma örneklerinin de benzer gerekçelerle kabulü mümkün değildir. Keza, Alman hukukunda ileri sürülen, Alman CK §§240 uyarınca cebirin ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceği ve §§249 uyarınca yağma suçunun düzenleniş amacından ihmali hareketin dışlanmadığına ilişkin tartışmaların hukukumuz bakımından bir karşılığı bulunmamaktadır.

Yağma suçunun, kanunilik ilkesi gereğince, ihmali hareketle işlenemeyeceğine dair hukuki tespitten sonra; öğretide ve mahkeme kararlarında kabul edilen örnek olaylarla ilgili kanaatimiz şu şekildedir:

Zorlama ve malın alınması arasındaki gai bağlantı, failin fiil sırasında kastının değiştiği durumlarda sorun teşkil etmektedir. Bununla birlikte, zorlayıcı etkinin devam ettiği durumlar ile zorlama araçlarının devam eden kullanımı arasında bir ayırım yapmak gerekir<sup>123</sup>.

Öncelikle, iki taraflı bir ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda ihmali hareketle yağma suçu işlenemez. Başka bir amaçla zorlama araçlarına başvurduktan sonra, cebirin devam eden etkisinden yararlanan failin, değişen kastı ile mali almaya karar vermesi hâlinde yağma suçu gerçekleşmez.

Alman mahkeme kararlarında, cebirin devam etmesi nedeniyle yağma suçunun gerçekleştiğine dair kararlara rastlanmaktadır<sup>124</sup>. Bu kararlara bir yönü ile

<sup>121</sup> Koca-Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 397. Aksi yönde görüşler için bkz. Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 248, 249; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 290; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 240.

<sup>122</sup> Öğretide, kanun koyucunun senedin yağması suçu ile ilgili olarak failin hareketsizliği yerine belli bir yönde hareket etmesini cezalandırdığı, bu sebeple senedin yağması suçunun ihmali hareketle işlenemeyeceği ifade edilmiştir. Burak Taş, "Senedin Yağması Suçu", *NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, S. 1, s. 242.

<sup>123</sup> Benzer görüş için bkz. Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 29.

<sup>124</sup> BGH NStZ-RR 2014, s. 110. Karar için bkz. Motivwechsel bei fortdauernder Gewaltwirkung, <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/249/obj-tb/fortdauernde-gewaltwirkung/> (20.10.2021).

katılmak mümkündür. Şayet, cebir yani fiziki zorlama teşkil eden hareket devam etmekte ise, yağma suçunun işlenmesi mümkündür<sup>125</sup>. Kanaatimizce buradaki cebrin de kasten yaralama boyutuna ulaşması gerekir. Her ne kadar mağdurun serbest bırakılmaması suretiyle fail, ihmali bir davranışta bulunmakta ise de cebri hareket devam ettiğinden fiilin icrai davranışla işlendiği kabul edilmelidir. Aksi halde, mağdur üzerinde cebir kullanmanın devam etmediği; bunun etkisinden yararlanıldığı, zorlayıcı durumun yarattığı etkinin malın alınması amacıyla bir fırsata çevrildiği durumlarda yağma suçunun işlendiğinden bahsedilemez<sup>126</sup>.

Benzer bir örnek, öğretide Mitsch tarafından ileri sürülen bir olay bağlamında değerlendirilebilir<sup>127</sup>. Failin, ihmali davranış göstererek serbest bıraktığı köpeğinin mağdurun bacağını ısırması üzerine, mağduru kurtarma karşılığında bir miktar para verilmesinin fail tarafından şart koşulduğu olayda; başlangıçta zorlama teşkil eden hareketin ihmali olduğu düşünülse dahi, zorlama aracının malın alınması amacıyla kullanıldığı ve icrai hareket olarak devam ettirildiği görülmektedir. Bu durumda cebrin devam eden etkisinden ziyade, cebrin devam ettirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla, icrai hareketle işlenmiş bir yağma sebebiyle köpeğin sahibi fail olarak sorumludur<sup>128</sup>.

Failin mağduru bir yere hapsedtiği veya önceki cebir kullanma nedeniyle mağdurun korktuğu, sindiği olaylarda ihmali hareketle yağmanın işlendiğinden bahsedilemez<sup>129</sup>. Bu gibi hallerde, önceki zorlamanın etkisi devam etmektedir. Zorlayıcı durumun etkilerinden yararlanıldığı, bunun bir fırsat olarak kullanıldığı durumlarda, failin kastındaki değişiklik ihmal suretiyle yağmanın işlendiği şeklinde yorumlanamaz<sup>130</sup>. Zorlama hareketlerine başka bir amaçla başvurulduğundan ve önceki güç kullanmanın güncel bir tehdit olarak mağdura bildirilmemesi sebebiyle gai bağlantı eksiktir. Bu gibi hallerde, şartları varsa yağma suçundan değil, hırsızlıktan bahsetmek gerekir.

<sup>125</sup> Aynı yönde bkz. Bayraktar vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, s. 91; Krey-Hellmann, *Vermögensdelikte*, §§3, Rn. 193a.

<sup>126</sup> Aynı yönde bkz. Artuk vd., *Özel Hükümler*, s. 591; Tezcan vd., *Ceza Özel Hukuku*, s. 798; Özbek vd., *Özel Hükümler*, s. 652.

<sup>127</sup> Mitsch, *Strafrecht Besonderer Teil*, §§249, Rn. 26.

<sup>128</sup> Benzer yönde Koca, failin cebri hareketin devamını veya cebrin devam eden etkisini engelleme veya ortadan kaldırma bakımından garantör yükümlülüğünün olduğunu; failin mağdurun savunmasızlığını bir malı almak amacıyla kullanması hâlinde yağma suçunu işlemiş olacağını ifade etmiştir. Koca, *Yağma Cürümleri*, s. 162.

<sup>129</sup> Benzer görüş için bkz. Bayraktar vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s. 386.

<sup>130</sup> Sander, *Münchener Kommentar zum StGB*, §§249, Rn. 30, 31.

Yağma suçuna ihmali hareketle yardım etmek mümkündür. Ancak, ihmali hareketle yardım edenin, bir hukuki yükümlülüğünün olması ve fiilin icrasını engellemek, zorlaştırmak veya fail için daha riskli hale getirmek için müdahale olanağına sahip olmasına rağmen bunu engellememesi aranır<sup>131</sup>. Bu bağlamda, üç taraflı bir ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda, yağma suçuna ihmali hareketle katılmak mümkündür. Örneğin, kolluk görevlisinin başkası tarafından işlenmekte olan yağma suçunu öğrendikten sonra, suçun işlenmesini önlemeyi kasten ihmal etmesi hâlinde; görevinin gereklerine aykırı davranarak müdahale etmemesi, mağdurun bir başka kişi tarafından cebre veya tehdide maruz kalarak malının alınmasına göz yumması nedeniyle yağma suçundan cezalandırılması mümkündür. Bu durumda kolluk görevlisi, ihmali davranışla işlenen yağma suçunun müstakil faili olarak değil de, icrai suça ihmali davranışla iştirak eden, başka bir ifadeyle yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır<sup>132</sup>. Bunun yanında, bir başkası tarafından işlenen suçu engellemeyen garantör durumundaki kişinin, bir suç işleme kararı çerçevesinde, fiil üzerinde TCK'nın 37. maddesi manasında hâkimiyet kurması hâlinde müşterek fail olarak sorumlu tutulması mümkündür<sup>133</sup>.

Failin uyguladığı cebir nedeniyle mağdurun baygın olduğu durumlarda, üçüncü bir kişinin herhangi bir zorlamada bulunmaksızın mağdura ait bir malı alması hâlinde, zorlama unsuru olmadığından ve önceki zorlama ile sonraki malın alınması hareketi arasında amaç bakımından bir bağlantı bulunmadığından yağma suçunun işlendiğinden söz edilemez. Bu durumda hırsızlık suçundan bahsetmek mümkündür. Şayet, üçüncü kişi tarafından mağdura karşı zorlama araçlarına başvurulmuş ise yukarıdaki paragrafta verilen çözüm şekli uyarınca hareket etmek gerekir. Önceki cebri hareketin faili, icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla iştirak etmek suretiyle katılmakta; yardım eden sıfatıyla sorumluluğu bulunmaktadır. Bu durumda, failin garantör sorumluluğundan

<sup>131</sup> Öztürk-Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 433.

<sup>132</sup> Benzer bir örnek öğretide Özgenç tarafından cinsel istismar bakımından verilmiştir. Yazara göre, çocuğun cinsel istismarı suçunun ihmali davranışla da işlenebileceğine dair Kanun'da açık bir hüküm bulunmadığından, garantör yükümlülüğü altında bulunan anne ve babayı, bu suçu ihmali davranışla suç işlemekten dolayı değil, bir başkasının işlediği icrai suça ihmali davranışla iştirak etmekten dolayı, yani cinsel istismar suçunun yardım edeni sıfatıyla sorumlu tutmak gerekir. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 398, 434. Alman hukukunda bu durumu ifade etmek için "eksik garantörlük durumu (fehlende Garantenstellung) denmiştir. Otto, *Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme beim Raub*, s. 364; Walter, *Raubgewalt durch Unterlassen?*, s. 240; Vogel, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, §249, Rn. 25.

<sup>133</sup> Öztürk-Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, s. 433.

bahsedilemez. Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından geçerli olan kanunilik ilkesi bu halde de devreye girer. Şayet fail, başından itibaren malın alınması amacıyla hareket etmiş, zorlama araçlarına başvurmuş; üçüncü bir kişi de işti- rak iradesi ile malı almış ise failin, yağma suçunun icrai hareketlerini gerçekleştirdiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

## SONUÇ

Yağma, TCK'nın 148. maddesinde düzenlendiği üzere, tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur bırakmak suretiyle işlenebilir. Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere yağma, icrai hareketle işlenebilen bir suç tipidir.

İhmali suçlar; gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Gerçek olmayan ihmali suçlar kanuni tanımda bir neticenin öngörüldüğü suçlardır. Kanun koyucu, neticeyi önleme yükümlülüğü olan failin, bu yükümlülüğünü ihmal etmesi nedeniyle gösterdiği ihmali davranışı icrai harekette eş değer kabul etmiştir. Bu nedenle, sırf hareket suçları bakımından gerçek olmayan ihmali suçların varlığından söz edilemez.

Alman CK'nın §13. maddesinde, gerçek olmayan ihmali suçlar ile ilgili olarak bir genel hüküm öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, icrai hareketle işlenebilen bir suç tipinin, garantörlük hukuki ilişkisi kapsamında ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. Hukukumuzda, Alman CK'da olduğu gibi, TCK'da genel bir hükme yer verilmemiştir. Bunun yerine, her bir suç tipi bakımından o suçun ihmali hareketle işlenebileceğine dair bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bunun sonucu olarak, icrai bir suçun kanunda ihmali hareketle işlenebileceği belirtilmediği sürece ihmali hareketle gerçekleştirilmiş şekliyle kişi sorumlu tutulamaz. Bu nedenle, yağma ihmali hareketle işlenemez.

İcrai hareketle işlenen bir suçta ihmali hareketle katılmak mümkündür. Bu durumda garantör sorumluluğuna gitmeden, genel hükümler uyarınca bir sonuca varılabilir. Üç taraflı bir ilişkide, örneğin kolluk görevlisinin görevinin gereklerine aykırı davranarak mağdura karşı zor kullanan faili engellememesi hâlinde, ihmali hareketle icrai suçta katılmasından söz edilebilir. Kolluk görevlisi ihmali hareketinden sorumlu olur. Keza, sebep olduğu tehlikeli durum nedeniyle üçüncü kişilerin zor kullanmasını engellemeyen kişi; ihmali davranışı ile icrai hareketle işlenen suçta yardım eden sıfatıyla katılmış olur.

Yukarıdaki kabul uyarınca, Alman hukukunda, Alman CK §13 uyarınca ileri sürülen tartışmaların hukukumuz bakımından bir karşılığı bulunmamaktadır. Bir

an için hukuken bir engel olmadığı varsayılsa dahi, cebrin devam eden etkisinden yararlanıldığı durumlarda malın alınması amacıyla zorlama araçlarının kullanıldığını tespit etmek güçleşecektir. Bu durum, fail aleyhine cezai sorumluluğun genişlemesine neden olacaktır. Hâlbuki yağma suçunda, malı alma niyetiyle cebre veya tehdide başvurulması gerekir. Aksi halde failin, malı almak amacıyla zorlama hareketlerini kullanması ile zorlama hareketlerine başvurduktan sonra meydana gelen zorlayıcı etkiden yararlanarak alması arasındaki ayırım belirsizleşecektir.

Malın alınması amacı yağma suçu bakımından belirleyici etkiye sahiptir. Fail, başka amaçlarla hareket etse dahi malın alınması amacının ön planda olması gerekir. Malın alınması amacının diğer amaçlara göre geri planda kalması hâlinde yağma suçunun manevi unsuru bakımından, bir sorun ortaya çıkacaktır.

Cebrin devam ettiği, bağlanma gibi örnek olaylarda, failin mağduru serbest bırakmaması esasen ihmali hareket niteliğinde olmakla beraber; şayet cebir devam etmekte ve kasten yaralama boyutuna varmış ise icrai davranışla yağmadan söz etmek mümkündür.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARTUK, M. Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARTUK, M. Emin vd., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- BARTSCH, Tillmann vd., "Referendarexamensklausur: Die Wahrheit liegt (nicht nur) auf dem Platz", *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2015, S. 4, ss. 417-430.
- BAYRAKTAR, Köksal vd., *Özel Ceza Hukuku, Cilt: IV, Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BİRTEK, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BOSCH, Nikolaus, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Baskı, C. H. Beck, 2019.
- CENTEL, Nur vd., *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I*, 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2017.
- ÇAKMUT, Özlem Yenerer, "Cebir Suçu (TCK m.108)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. VIII, S. 2, ss. 221-228.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi vd., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II*, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- EISELE, Jörg, *Strafrecht-Besonderer Teil II*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2009.
- ESER, Albin, "Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1965, C. 18, S. 9, ss. 377-380.
- GÖKCEN, Ahmet vd., *Malvarlığına Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- HARRO, Otto, "BGH, 15.10.2003 - 2 StR 283/03. Verknüpfung von Gewalt und Wegnahme beim Raub", *Juristen Zeitung*, 2004, C. 59, S. 7, ss. 362-365.
- HARRO, Otto, *Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte*, 7. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2005.
- HEGHMANN, Michael, *Strafrecht für alle Semester Besonderer Teil*, Springer, Heidelberg, 2009.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Strafrecht Besonderer Teil*, Tübingen, 2015.
- JÄGER, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Baskı, CF Müller, Heidelberg, 2019.



- KINDHÄUSER, Urs vd., **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 5. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- KOCA, Mahmut, **Yağma Cürümleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- KORKMAZ, Elif Şule, **Yağma Suçu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- KREY, Volker-HELLMANN, Uwe, **Strafrecht Besonderer Teil, Band 2, Vermögensdelikte**, 15. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008.
- KÜHL, Kristian-HEGER, Martin, **Strafgesetzbuch**, 29. Baskı, C. H. Beck, München, 2018.
- KÜPER, Wilfried, "Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft - Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.12.1980, JZ 1981, 596", **Juristen Zeitung**, 1981, C. 36, S. 17, ss. 568-574.
- LORENZ, Henning, "Die Fortwirkungs-Rechtsprechung des BGH - Raub mit Drohung durch Unterlassen?", **HHRS**, 2017, C. 18, S. 7, ss. 309-319.
- MITSCH, Wolfgang, **Strafrecht Besonderer Teil 2**, Springer, Heidelberg, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZBEK, Veli Özer vd., **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- RENGIER, Rudolf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, 22. Baskı, C. H. Beck, München, 2020.
- SANDER, Günther, **Münchener Kommentar zum StGB**, 4. Baskı, C. H. Beck, München, 2021.
- SCHÜNEMANN, Bernd, "Raub und Erpressung (3. Teil)", **JA**, 1980, ss. 486-493.
- TAŞ, Burak, "Senedin Yağması Suçu", **NKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2021, S. 1, ss. 231-264.
- TEZCAN, Durmuş vd., **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

- TÖNGÜR, Ali Rıza- ÇETİNTÜRK, Ekrem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- VOGEL, Joachim, **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, 12. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2010.
- WALTER, Tonio, “Raubgewalt durch Unterlassen?”, **NStZ**, 2005, Heft. 5, ss. 240-243.
- YAŞAR, Ercan, “Alman Hukukunda Yağma Benzeri Hırsızlık Suçu Işığında Türk Hukukunda Hırsızlık ve Yağma Suçlarının Tamamlanma ve Sona Erme Zamanlarının Tespiti”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, Yıl: 2021, S. 4, ss. 527-572.
- YENİSEY, Feridun- PLAGEMANN, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

#### **Elektronik Kaynaklar**

- BGH 2 StR 234/67, Urteil v. 12. Juli 1967 = MDR 1967, 17. Karar için bkz. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=15.12.1967&Aktenzeichen=4%20StR%20441/67> (20.10.2021).
- Motivwechsel bei fortdauernder Gewaltwirkung, <https://strafrecht-online.org/problemfelder/bt/249/obj-tb/fortdauernde-gewaltwirkung/> (20.10.2021).
- Problem - Raub durch Unterlassen, <https://jura-online.de/lernen/problem-raub-durch-unterlassen/735/excursus> (15.10.2021).

## TÜRKİYE’NİN E-DEVLET KAPISI (DİJİTAL TÜRKİYE PORTALI)<sup>(\*)</sup>

Öğr. Gör. Emrah DUMAN<sup>(\*\*)</sup>

Prof. Dr. Mehmet AKTEL<sup>(\*\*\*)</sup>

### Öz

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi’ne geçiş sonrasında Türk idari teşkilatlanmasında önemli değişiklikler olmuştur. Bu değişiklikler kapsamında, elektronik devlet hizmetlerine tek bir noktadan ulaşılmasını sağlayan e-Devlet kapısının (Dijital Türkiye Portalı) yönetiminde yetkili idari birimlerde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu çalışma ile idari teşkilat içinde güncel olarak e-Devlet kapısının yönetiminde yetkili idari makamların ve hiyerarşik alt birimlerinin ortaya konulması hedeflenmektedir. Bu kapsamda öncelikle, elektronik devletin kavramsal temeli ve e-Devlet Kapısına giden olgunlaşma süreci açıklanmıştır. Ardından Türkiye’de e-Devlet kapısının yönetsel ve hukuki gelişim süreci birincil kaynaklar incelenerek özetlenmiştir. Son olarak, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde idari teşkilatta yapılan değişiklikler ışığında, e-Devlet kapısının yönetim ve koordinasyonunda görevli ve yetkili idari makamların ve alt hiyerarşik birimlerin tespiti yapılmış; güncel durum hukuki ve yönetsel açıdan değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Yönetimi, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, İdari Teşkilat, e-Devlet Kapısı, Dijital Türkiye Portalı.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25/06/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 30/10/2021.

Atıf Şekli: Emrah Duman - Mehmet Aktel, “Türkiye’nin E-Devlet Kapısı (Dijital Türkiye Portalı)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 613-641.

<sup>(\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Isparta, Türkiye.

E-posta: emrahduman@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-5927-2153.

<sup>(\*\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Yönetim Bilimleri Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: mehmetaktel@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-6417-8498.

## **TURKEY'S E-GOVERNMENT GATEWAY (DIGITAL TURKEY PORTAL)**

### **ABSTRACT**

After the transition to the Presidential Government System, there have been important changes in the Turkish administrative organisation. Within the scope of these changes, important changes were made in the administrative units responsible for the management of the e-Government gateway (Digital Turkey Portal), which provides access to electronic government services from a single point. With this study, it is aimed to identify the units and hierarchical sub-units that are currently responsible and authorized for the management of the e-Government portal within the administrative organisation. In this context, firstly, the conceptual basis of the electronic state and the maturation process leading to the e-Government Gateway are explained. Then, the administrative and legal development process of the e-Government gateway in Turkey was summarized by examining the primary sources. Finally, in the light of the changes made in the administrative organization in the Presidential Government System, the administrative authorities and sub-hierarchical units responsible and authorized in the management and coordination of the e-Government portal were determined; the current situation has been evaluated in terms of legal and administrative aspects.

**Keywords:** Public Administration, Presidential Government System, Administrative Organisation, e-Government Gateway, Digital Turkey Portal.

## GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrası günümüzdeki temelleri atılan sayısal veri işleme teknolojileri, günümüz dünyasında beklentilerin ötesinde değişimler gerçekleştirmiştir. Nitekim son otuz yılda yaşanan gelişmelerin dünyada yeni bir devrim yarattığı ve bilişim çağına girmemizi sağladığı da güçlü şekilde kabul edilmektedir.

Bu yenilikler, insanların daha önce uzun sürelerde yapabileceği hesaplama, tasnifleme gibi işlemleri çok kısa sürelerde yapabilmelerini sağlamıştır. Dolayısıyla, eğitim, bilimsel araştırma, savunma ve başka faaliyetlerde kullanım 20. yüzyıl boyunca sürekli olarak artmıştır.

Ancak günümüz elektronik devlet uygulamaları bakımından kırılma noktası niteliğindeki gelişmelerin, 1980'lerde gerçekleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Veri giriş ve çıkış birimlerinin de aynı küçük yapı içinde birleştirilmesi, bu yaygınlaşmada büyük etken olmuştur. Bunun sonucunda bireysel tüketicilerin bilgisayarlara ilgisi artmış, bu da sektördeki gelişmeyi daha da tetiklemiştir<sup>1</sup>.

Bireysel bilgisayar dünyasındaki bu gelişme, eğer internetin gelişimi gerçekleşmesiydi, günümüzdeki devrimsel dönüşümü şüphesiz tek başına sağlayamazdı. İnternet, 1980'li yıllarda yeni protokollerin geliştirilmesi ile bireysel bilgisayarların da aralarında "konuşabilmelerini" sağlamış<sup>2</sup> ve 1990'larda da süratle dünyada yayılmıştır. Bu yayılım ve dönüşüm, kitlelerin artan oranda internete ulaşımını sağlamıştır<sup>3</sup>. Bilgiye çok hızlı ulaşma ve bilgiyi üretmekle başkalarıyla da çok hızlı paylaşabilme, dünyayı kalıcı şekilde değiştirmiş ve değiştirmeye de devam etmektedir.

Teknolojinin sunduğu bu imkânlarla devletler de kayıtsız kalamamış ve bu fırsatlardan kamu hizmetlerinde yararlanmak istemişlerdir. Geliştirilen yeni

---

<sup>1</sup> Ryan Abbott, "A Study of the Growth and Evolution of Personal Computer Devices Throughout the Pc Age", *Cardiff Metropolitan University, Cardiff School of Management, Department of Computing & Information Systems*, (Yayımlanmamış Lisans Mezuniyet Tezi), Cardiff, 2017, s. 20, 36, 37; National Research Council, *Funding a Revolution: Government Support for Computing Research*, The National Academies Press, Washington, DC, 1999, s. 108-111.

<sup>2</sup> John Naughton, "The Evolution of the Internet: From Military Experiment to General Purpose Technology", *Journal of Cyber Policy*, 2016, C. 1, S. 1, s. 11.

<sup>3</sup> Naughton, "The Evolution of the Internet: From Military Experiment to General Purpose Technology", s. 5, 14, 16; The World Bank, "Individuals using the Internet (% of population)", <https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS>, (02.10.2021); Lee Rainie, *Internet, Broadband, And Cell Phone Statistics*, Pew Internet & American Life Project, Washington, DC, 2010, s. 5.

online hizmetler ve bunları destekleyen kimlik doğrulama sistemleri, her geçen gün internet üzerinden, bilişim teknolojileri vasıtasıyla ulaşılabilen kamu hizmetlerinin sayısını ve çeşidini arttırmıştır. Bu durum elektronik devlet hizmetlerinin gelişimine devam edebilmesini de sağlamıştır.

Türkiye'de devletin, dijitalleşme sürecini 2000'lerin başlarından beri aktif olarak yürüttüğü bilinmektedir. Bu doğrultuda 2008 yılında aynı portal çatısı altında birleştirilen *e-Devlet* hizmetlerinin yürütülmesi ve işletilmesinden sorumlu birimler çeşitli düzenlemelere tabi tutulmuştur. Ayrıca *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi* ile birlikte Türk idari teşkilatlanmasında da önemli değişiklikler olmuştur.

Bu çalışmada elektronik devlet hizmetlerine tek bir kapıdan ulaşılmasını sağlayan e-Devlet kapısı (portal) yönetiminin, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi sonrası oluşan, idari teşkilat yapısındaki yeri üzerinde durulacaktır. Dolayısıyla tüm kamu idareleri tarafından ayrı ayrı sunulan elektronik devlet hizmetlerinin idari teşkilatlanması, bu çalışma kapsamında incelenmemiştir. Öncelikle, elektronik devletin kavramsal temeli ve e-Devlet Kapısına ulaşan olgunlaşma süreci ortaya konulacak; ardından Türkiye'de e-Devlet kapısının yönetsel ve hukuki gelişim süreci incelenecektir. Türkiye'deki e-Devlet kapısının gelişim süreci birincil kaynaklar incelenerek özetlenmiş ve böylece konunun araştırmacılar için de faydalı olması amaçlanmıştır. Çalışma ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi değişiklikleri ışığında, e-Devlet hizmetlerinin ortak kapısı olan [www.turkiye.gov.tr](http://www.turkiye.gov.tr) adresinin yönetiminde yetkili idari makamların ve e-Devlet kapısı yönetiminde görevli alt hiyerarşik yapıların tespiti yapılacaktır. Böylece 2018 sonrası yaşanan önemli yönetsel değişikliklere vurgu yapılarak, merkezi idarede e-Devlet kapısına ilişkin tasarruflarda yetkili idari makamlar ortaya konacak; örgütsel ve hukuki güncel durum anlaşılmaya çalışılacaktır.

## I. ELEKTRONİK DEVLET VE E-DEVLET KAPISI

### A. Kamu Hizmetleri Açısından e-Devlet Kavramı

20. yüzyılın ikinci yarısında atılım yapan bilişim teknolojileri, belli bir düzeye ulaştıktan sonra, kamu hizmetleri bakımından da pek çok fırsat penceresi yaratmıştır. Devletler de teknolojinin yarattığı bu fırsatlardan yararlanmak istemişlerdir. Bu isteklerinde şüphesiz vatandaşlara daha kaliteli hizmet götürme isteği temel belirleyici olmuştur. 1980'li yıllar bilgi teknolojilerinde önemli gelişmelerin olduğu ve dünyada kamu yönetimi anlayışının değişmeye başladığı

yıllar olarak bilinmektedir. *Yeni Kamu Yönetimi* anlayışında “kalite” kavramının öne çıkması, bilgi teknolojilerine devletlerin ilgisini daha da arttırmıştır<sup>4</sup>. Şüphesiz devletlerin diğer devletler karşısında uluslararası rekabette geri kalmamak isteği, e-Devlet bakımından bir diğer tetikleyici sebep olmuştur<sup>5</sup>.

Elektronik Devletin teknik, idari, hukuki gibi birden fazla boyutu olması nedeniyle tekil bir tanımının olmasına imkân yoktur. Farklı perspektifler farklı tanımlar gerektirecektir. Bu çalışma kapsamında ise e-Devleti kamu hizmeti perspektifinden, dolayısıyla kamu yönetimi ve idare hukuku penceresinden tanımlamakta fayda vardır.

*Elektronik Devlet (e-Devlet)*'i çok kısa bir şekilde, kamu hizmetlerinin bilişim teknolojileri aracılığıyla görülmesi şeklinde tanımlamak mümkündür. Ancak kamu hizmetinin görülmesi olgusu da birçok alt unsur içerir. Bu nedenle e-Devlete ilişkin çok daha kapsamlı tanımların olması şaşırtıcı olmadığı kadar aynı zamanda da gereklidir.

e-Devlet kavramı farklı açılardan iki boyutlu anlamlar taşıyabilmektedir. Örneğin teknolojik bağın kurulduğu tarafların niteliği, bu açılardan bir tanesidir. e-Devlet hizmetleri sadece devlet-vatandaş ilişkilerinde değil, bir devlet kurumunun kendi içindeki süreçlerinde de kullanılan bir olgudur. Bu açıdan e-Devlet kavramı, hem devletin kendi iç işleyişinde hem de vatandaşlara sunduğu hizmetlerde, bilişim teknolojilerinin kullanılması olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>.

Bir diğer iki boyutlu yaklaşım ise elektronik vasıtalarla kimlerin görev ve yükümlülüklerini yerine getireceğidir. Elektronik devlet faaliyetleri ile şüphesiz kamu kurumları görevli oldukları hizmetleri vatandaşlara sunabilmektedirler. Ancak görev ve sorumluluk tek taraflı değildir. Devletin vatandaşlara karşı görevleri olduğu gibi vatandaşların da devlete karşı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. İşin bu ikinci boyutu ile vatandaşlar da görev ve yükümlülüklerini yine elektronik devlet işlemleriyle yerine getirebilmektedirler. Bu açıdan e-Devlet, devletin vatandaşlara karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu görev ve

<sup>4</sup> Bilal Eryılmaz, *Kamu Yönetimi, Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar*, 11. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2018.

<sup>5</sup> Gökhan Turhan - Murat Okcu, *Siyasette Dijital Yerliler ve Göçmenler*, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018, s. 111.

<sup>6</sup> Rukiye Özcivelek, “Dünya’da ve Türkiye’de Elektronik Devlet Tartışmaları: Kavram Üzerine Bir Sorgulama”, <https://pdfslide.net/documents/duenyada-ve-tuerkiyede-e-devlet.html>, (20.08.2021); Demokan Demirel, “E-devlet ve Dünya Örnekleri”, *Sayıştay Dergisi*, 2006, S. 61, s. 84.

hizmetler ile vatandaşların buna karşılık devlete karşı olan görev ve yükümlülüklerini, karşılıklı olarak elektronik iletişim ve işlem ortamlarında, kesintisiz ve güvenli olarak yürütülmesi olarak da tanımlanabilir<sup>7</sup>. Vergilendirme işlemleri e-Devletin karşılıklı görev ve sorumluluklar boyutuna iyi bir örnek olarak gösterilebilir. Bir kamu idaresi kanuni yükümlülüklerini e-Devleti kullanarak yerine getirebildiği gibi, bir mükellef de vergi borcunu e-Devlet vasıtasıyla ödeyebilir.

Doktrinde e-Devlet kavramını idare hukuku perspektifinden tanımlamaya uygun yaklaşımlar da bulunmaktadır. “Kamusal bilgilerin ve kamu hizmetlerinin internet veya diğer dijital araçlar vasıtasıyla çevrimiçi ulaştırılması” şeklinde bir tanım bu yaklaşıma örnek gösterilebilir<sup>8</sup>. Bilişim teknolojilerinin ve elektronik ticarete kullanılan araç ve tekniklerin, idari işlerde hem devlete hem de vatan-daşa hizmet edecek şekilde kullanılması şeklinde bir tanımlama da yapılabilmektedir<sup>9</sup>. İdari birimlerin bilişim teknolojilerini kullanarak vatandaşlar, işletmeler ve devletin diğer birimleri ile ilişkilerinin dönüştürülmesi olarak yapılan tanımlama da idare hukuku yaklaşımına uymaktadır<sup>10</sup>. Nihayet kamu alanında yapılan her türlü işlemin ve kamu hizmetinin dijital ortama taşınması şeklinde bir tanım da yapılabilmektedir<sup>11</sup>. 2009 yılında Başbakanlık tarafından hazırlanan “E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı” taslağı da e-Devlet kavramında yol gösterici niteliktedir. Taslak 2/1-h bendinde e-Devleti, “Bilgi ve iletişim teknolojilerini kullanarak; devletin iş ve işlemlerinin kolaylaştırılması, kamu hizmetlerinin sunulması ve gerçek ve tüzel kişilerin kamu yönetimine etkin katılımının sağlanması” olarak tanımlayarak, hukuki bir yaklaşım sergilemektedir<sup>12</sup>.

Ancak en nihayetinde elektronik devletin konusunu oluşturan faaliyetler, özünde kamusal faaliyetler veya devlet faaliyetleridir. Farkı oluşturan ise bir devlet faaliyetinin veya kamu hizmetinin yürütülmesinde bilgisayar, internet ve

<sup>7</sup> Ali Arifoğlu vd., *E-Devlet Yolunda Türkiye*, Türkiye Bilişim Derneği, İstanbul, 2002, s. 12; Türkiye Bilişim Şurası, *Sonuç Raporu*, Başbakanlık, Ankara, 2002, s. 206.

<sup>8</sup> Darrell M. West, “State and Federal E-Government in the United States, 2001”, s. 3., <http://www.insidepolitics.org/egovt01us.PDF>, (08.09.2021).

<sup>9</sup> Mark Howard, “e-Government Across the Globe: How Will “e” Change Government?”, *Government Finance Review*, Ağustos 2001, s. 6.

<sup>10</sup> Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda “E-Devlet” Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 24.

<sup>11</sup> Oğurlu, 2010, s. 25.

<sup>12</sup> Başbakanlık, “E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı”, s. 1., [http://www.egovturkey.com/wp-content/uploads/2018/10/e-Devlet-ve-Bilgi-Toplumu-Kanun-Tasar%C4%B1s%C4%B1Tasla%C4%9F%C4%B1www.egovturkey.com\\_.pdf](http://www.egovturkey.com/wp-content/uploads/2018/10/e-Devlet-ve-Bilgi-Toplumu-Kanun-Tasar%C4%B1s%C4%B1Tasla%C4%9F%C4%B1www.egovturkey.com_.pdf), (17.08.2021).



iletişim teknolojilerinin kullanılmasıdır. Bu araçlar zaman ve mekânda bağımsızlık, maliyet tasarrufu, hız, konfor, katılımcılık gibi yararlar sağlayarak, elektronik devleti cazip hale getirmektedir. Şunu da eklemek gerekir ki, her ne kadar konusunu klasik anlamda kamu hizmetleri oluştursa da, e-Devlet hizmetlerini kurmak ve işletmek faaliyetinin bizzat kendisinin de, başlı başına bir kamu hizmeti haline gelebileceği değerlendirilebilir. Dolayısıyla, ayrı bir çalışma konusu olmakla beraber, yakın gelecekte devletlerin klasik görevlerinin arasına, e-Devlet hizmetinin bağımsız bir kategori olarak girebileceği yorumu da yapılabilir.

### B. Olgunlaşma Süreci Bakımından e-Devlet Kapısı

Elektronik devletin belirli aşamalardan geçerek geliştiği ve belli bir olgunluğa eriştiği görülmektedir. Doktrinde e-Devletin geçtiği aşamaların sayısı konusunda ittifak bulunmamakla birlikte, iki, üç, dört, beş ve altı aşamalı yaklaşımlar geliştirilmiştir<sup>13</sup>. Ancak dört ve beş aşamalı yaklaşımların daha fazla tercih edildiği tespit edilmektedir<sup>14</sup>. Her modelde bir e-Devlet Kapısı aşamasının bulunmadığını da hatırlatmakta fayda vardır.

Dört aşamalı ve beş aşamalı e-Devlet yaklaşımlarının bazıları, e-Devlet kapısının kurulmasını son aşama olarak kabul etmektedir<sup>15</sup>. Bu yaklaşımların kimilerinde ise son aşama ortak bir portal olmayıp, e-Devlet kapısı daha önceki aşamalara oturtulmaktadır<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Ali Şahin, *Türk Kamu Yönetiminde Yapısal Dönüşüm ve E-Devlet*, Atlas Akademi, Konya, 2019, s. 45.

<sup>14</sup> Murat Yıldırım, *e-Devlet ve Yurttaş Odaklı Kamu Yönetimi*, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 24.

<sup>15</sup> Karen Layne - Jungwoo Lee, "Developing Fully Functional E-Government: A Four Stage Model", *Government Information Quarterly*, 2001, C. 18, S. 2, s. 124; Michiel Backus, *E-Governance and Developing Countries*, International Institute for Communication and Development, The Hague, 2001, s. 6-7; Irina Netchaeva, "E-Government and E-Democracy: A Comparison of Opportunities in the North and South", *Gazette: The International Journal for Communication Studies*, 2001, C. 64, S. 5, s. 468.

<sup>16</sup> Darrell M. West, "E-Government and the Transformation of Service Delivery and Citizen Attitudes", *Public Administration Review*, 2004, C. 64, S. 1, s. 17; Janine S. Hiller - France Bélanger, *Privacy Strategies for Electronic Government*, The PricewaterhouseCoopers Endowment for the Business of Government, Arlington, 2001, s. 14-15; Keng Siau - Yuan Long, "Synthesizing E-Government Stage Models - A Meta Synthesis Based on Meta-Ethnography Approach", *Industrial Management & Data System*, 2005, C. 105, S. 4, s. 454-455.

Doktrinde sıklıkla başvurulmuş Layne ve Lee'nin dört aşamalı e-Devlet modelinde, elektronik devlet hizmetleri için ortak bir kapı kurulmasının dördüncü ve son aşamaya yerleştirildiği görülmektedir. Bu aşamalar şu şekilde ortaya konmaktadır<sup>17</sup>:

- Birinci aşama “kataloglama” aşaması olarak da adlandırılmaktadır. Bu aşamada kamu kurumu, bilişim teknolojilerini kullanarak, internet sitesi üzerinden yalnızca tek taraflı bilgi sunar. Vatandaşın bilişim teknolojisi vasıtasıyla işlem yapması mümkün değildir. Kurum sunum yoluyla veya indirilebilir belgeler vasıtasıyla görev ve işlemleriyle ilgili bilgi vermekle yetinir.
- İkinci aşamada “işlem” aşamasına geçilir. Vatandaş kurum sitesinden artık kendini ilgilendiren birtakım işlemleri yapmaya başlamıştır. Bazı kamu hizmetleri, online olarak kurum internet sitesindeki servisler veya formlar vasıtasıyla gerçekleştirilir. Vatandaş kurum veri tabanında kendisini ilgilendiren bilgileri sorgulayabilir. Süreç “iki taraflı” hale gelmiştir.
- Üçüncü aşama “dikey bütünleşme” olarak da adlandırılmaktadır. Bu aşama, birbirine benzer konularda veya ilişki içerisinde olabilecek farklı kademelerdeki kamu hizmetlerinin online servislerinin birleştiği aşamadır. Bu birleşmenin amacı benzer kamusal görevler yürüten merkezi idare ile yerel idareler arasındaki veya üst hiyerarşik birimler ile alt hiyerarşik birimler arasındaki sistem entegrasyonunun sağlanmasıdır.
- Dördüncü ve son aşamada ise ülkenin farklı işlevlerdeki tüm elektronik devlet uygulamaları birbirine entegre edilerek ve “tek çatı” altında birleştirilerek, vatandaşın tek kapıdan hepsine ulaşması sağlanır. Bu aşamaya “yatay bütünleşme” de denmektedir. Bir devlette yer alan merkezi idarenin ve yerinden yönetim kuruluşlarının sunduğu tüm elektronik hizmetlere, vatandaşlar ortak bir kapıdan ulaşır.

Yaygın olarak kullanılan beş aşamalı e-Devlet modellerinden olan Hiller ve Belagner'in modelinde ise kimi farklılıklar göze çarpmaktadır<sup>18</sup>. Bu modelde birinci aşama “bilgi” aşamasıdır ve kullanıcıların ihtiyaç duyabileceği bilgilere kurum websitelerinde yer verilir. İkinci aşama “iki-yönlü iletişim” ismini almaktadır ve kullanıcıların çeşitli formlar veya e-posta aracılığıyla basit istekler ve değişiklikler yapabilmeleri sağlanmaktadır. “İşlem” adındaki üçüncü aşamada

<sup>17</sup> Layne - Lee, “Developing Fully Functional E-Government”, s. 124-134.

<sup>18</sup> Hiller - Bélanger, “Privacy Strategies for Electronic Government”, s. 15-16.

kullanıcılar bir kamu çalışanına gerek olmaksızın online olarak doğrudan belli işlemleri yapabilmektedirler. Dördüncü aşamada ise “entegrasyon” gelmekte ve ortak portal benzeri bir yapı ile, hangi kurum tarafından verildiği fark etmesizin tüm kamu hizmetleri birleştirilmektedir. Bu modelde beşinci aşamada ise “katılım” yer almaktadır. Katılım aşaması ile kullanıcıların kamusal işlerle ilgili online oylamalara katılması, belli idari süreçlere kayıt olması veya yorumlarını idari makamlarla paylaşmaları hedeflenmektedir<sup>19</sup>. Görüldüğü üzere Hiller ve Belagner’in modelinde e-Devlet Kapısı sondan bir önceki aşamaya oturtulmuş; son aşamayla ise e-Devletin “yönetime katılım” ve “e-demokrasi” yönüne vurgu yapılmak istenmiştir.

Türk kamu yönetiminde, burada açıklanan ve çalışmanın da konusunu oluşturan aşamaya yani ortak e-Devlet kapısı aşamasına 2008 yılında geçilmiştir<sup>20</sup>. Böylece Türkiye’de de elektronik kamu hizmetlerinin tamamına tek bir internet sitesinden (www.turkiye.gov.tr) ulaşma imkânı doğmuştur.

### C. E-Devlet Kapısı

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalardan da yararlanarak çalışmanın konusunu oluşturan e-Devlet Kapısı kavramına çeşitli tanımlamalar getirmek mümkündür. Başbakanlık tarafından hazırlanan “E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı” taslağının 2/1-i bendinde e-Devlet Kapısı, “kullanıcılara, kamu kurum ve kuruluşlarına e-Devlet hizmetlerinin tek erişim noktasından sunulmasını sağlayan bilgi sistemi” şeklinde tanımlanmıştır<sup>21</sup>. Tanımın yalnızca devlet-vatandaş ilişkisi ile yetinmeyip, devletin kendi iç süreçlerinde de e-Devlet Kapısını işlevsel kılması dikkat çekicidir.

Bunun dışında “dijital kamu hizmetlerine tek bir site üzerinden erişim sağlayan bir yapı”<sup>22</sup> veya “kamu hizmetlerinin tek noktadan sunulmasını ve kullanıcıların kamu hizmetlerine elektronik ortamdan ulaşmalarını sağlayan bir plat-

<sup>19</sup> Hiller - Bélanger, “Privacy Strategies for Electronic Government”, s. 15-16.

<sup>20</sup> Ömür Kadri Sarı, *İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve UYAP*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 41; Adnan Söylemez, “Geçmişten Günümüze Türkiye’de Uygulanan Önemli E-Devlet Projeleri”, Ali Şahin - Ersan Örselli (Edr.), *Teoriden Uygulamaya E-Devlet*, Atlas Akademi, Konya, 2020, s. 152-153; Arife Yıldız Ünal, “e-Devlet 10. yılında yeni arayüzüyle hizmet vermeye başladı”, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/e-devlet-10-yilinda-yeni-arayuzuyle-hizmet-vermeye-basladi/1008189>, (16.04.2020).

<sup>21</sup> Başbakanlık, E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı, s. 1.

<sup>22</sup> Oğurlu, 2010, s. 81.

form"<sup>23</sup> şeklinde bütüncül tanımlamalar yapmak da mümkündür. Türkiye'nin e-Devlet kapısı ise kendisini "farklı kurumlar tarafından, farklı kanallar aracılığıyla verilen e-Devlet Hizmetlerinin, tek noktadan güvenli ve kesintisiz bir şekilde sunulduğu elektronik platform" olarak tanıtmaktadır<sup>24</sup>.

e-Devlet kapısının vatandaş bakımından en önemli getirisinin, dijital kamu hizmetlerine kolay erişim sağlaması olduğu söylenebilir<sup>25</sup>. İdare açısından ise bürokrasiyi, kırtasiyeciliği ve maliyetleri azaltma faydaları bulunmaktadır. Tüm elektronik hizmetlere tek bir noktadan ulaşmak, kullanıcının hızlı ve kaliteli bir hizmet almasını ve böylece memnuniyetinin artmasını sağlamaktadır. e-Devlet kapıları bunu yaparken aynı zamanda veri güvenliğini de sağlamak zorundadırlar. Bununla bağlantılı olarak şifreler veya elektronik imza gibi araçlarla kimlik doğrulaması yapılması, bu portalların bir diğer gerekli özelliğidir. Ancak kullanıcı sadece bir kez kimlik doğrulaması yaptıktan sonra, birden fazla hizmete ve birden fazla kamu idaresine erişim sağlayabilmektedir<sup>26</sup>.

## II. TÜRKİYE'DE E-DEVLET KAPISI'NIN YÖNETSEL VE HUKUKİ GELİŞİMİ

Türkiye bilgi alt yapısına ilişkin çalışmalarını 1980'li yıllarda başlatmış olmasına ve ilk internet bağlantısını 1993'te yapmış olmasına karşın, e-Devlet çalışmalarının hızlanmasının 1999 tarihli e-Avrupa girişimi ile olduğu görülmektedir<sup>27</sup>. Bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturmayı hedefleyen bu girişimin, Avrupa Birliği aday adayı ülkelere doğru genişlemesi kararının alınması ve Türkiye'nin davet edilmesi ile birlikte Türkiye 2001 yılında bu girişime resmen katılmıştır. Böylece Başbakanlığın koordinasyonu altındaki çeşitli çalışma grupları vasıtasıyla e-Türkiye girişimi başlatılmıştır<sup>28</sup>. Bu kapsamda yapılan çalışmaların, e-Devlet kapısına giden yolu da açtığı görülmektedir.

Türkiye'de elektronik devlet hizmetlerine ait ortak bir kapının hukuki ve yönetsel temelinin, 2003/48 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nde yer aldığı görülmektedir. Adı geçen genelgede, Türkiye'nin bilgi toplumuna geçiş çalışmaları

<sup>23</sup> Şahin, 2019, s. 129.

<sup>24</sup> e-Devlet Kapısı, "Sıkça Sorulan Sorular", <https://www.turkiye.gov.tr/bilgilendirme?konu=sikcaSorulanlar>, 22.08.2021.

<sup>25</sup> Oğurlu, 2010, s. 80.

<sup>26</sup> Şahin, 2019, s. 130.

<sup>27</sup> Şahin, 2019, s. 105-106.

<sup>28</sup> Şahin, 2019, s. 105-106.

nın hızlandırılması, bilgi toplumu strateji ve planlarının belirlenerek bu alandaki tüm faaliyetlerin bir bütünlük içerisinde yürütülmesi ve küresel rekabet koşullarına uyum sağlamak üzere ekonomik ve sosyal dönüşümün gerçekleştirilmesi amacıyla, 58. Hükümet tarafından hazırlanan Acil Eylem Planı'nda "e-Dönüşüm Türkiye Projesi"ne yer verildiği belirtilmektedir<sup>29</sup>.

Bu projenin koordinasyon, izleme, değerlendirme ve yönlendirilmesi için *Devlet Planlama Teşkilatı* bünyesinde *Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı* kurulmuştur<sup>30</sup>. Daha önceki tarihli, 2003/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile de e-Dönüşüm Türkiye Projesi'nin amaçları, kurumsal yapısı ve uygulama esasları belirlenmiştir<sup>31</sup>. Her ne kadar e-Dönüşüm Türkiye Projesi'nin ilk olarak somut şekilde adının konduğu ve yol haritasının çizildiği metin 2003/12 sayılı Genelge olsa da, çalışma konumuz olan "e-Devlet Kapısı" bakımından daha somut adımın 2003/48 sayılı Genelgede atıldığını vurgulamakta fayda vardır. Ancak bir yandan da, 2003/12 sayılı genelgede "Kamu hizmetlerinin sunumunda, bilgi ve iletişim teknolojilerinden azami ölçüde yararlanılarak iyi yönetim ilkelerinin hayata geçirilmesine katkıda bulunulması" amacı yer almaktadır. Bu da şüphesiz e-Devlet hizmetlerine işaret eden bir düzenlemedir.

2003/48 sayılı Genelge ile 2003-2004 yıllarını kapsayan bir Kısa Dönem Eylem Planı hazırlandığı ifade edilmektedir. Genelgenin sonunda EK-I olarak verilmiş bu Kısa Dönem Eylem Planı'nın yürütülmesini sağlamak için ayrıca bir *e-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu* kurulmuştur<sup>32</sup>.

Kısa Dönem Eylem Planı'nın hayata geçirilmesinde öncelikli olarak, kamu kurumlarınca çevrimiçi hizmetlerin etkin bir şekilde sunulabilmesi için gerekli iş birliği ve bilgi paylaşımının sağlanmasına, birlikte çalışabilir ve güvenli altyapının oluşturulmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede belirli bir kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili tüm kurumların ortak çalışma ve çözümler için azami gayret sarf etmeleri gerektiği belirtilmiştir<sup>33</sup>. Ortak e-Devlet kapısının etkili şekilde hizmet verebilmesi için gerekli kurumlar arası entegrasyona, bu düzenleme ile işaret

<sup>29</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi, Resmi Gazete, 4 Aralık 2003, S. 25306, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/12/20031204.htm>, (18.04.2020).

<sup>30</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

<sup>31</sup> Başbakanlık, "2003/12 Sayılı Başbakanlık Genelgesi", 27 Şubat 2003, S.B.02.0.PPG.0.12-320-3416, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Mevzuatlar/BasbakanlikGenelge\\_2003-12.Pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Mevzuatlar/BasbakanlikGenelge_2003-12.Pdf), (15.04.2020).

<sup>32</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

<sup>33</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

edildiği görülmektedir. Nitekim hizmetlerin kurulmasında ve sunulmasında gerek altyapı iş birliği gerekse veri tabanı iş birliği olmazsa olmaz niteliktedir.

2003/48 sayılı Başbakanlık Genelgesi ekinde EK-I numarası ile yer verilen “e-Dönüşüm Türkiye Projesi Kısa Dönem Eylem Planı (2003-2004)” incelendiğinde, planlanan toplam 73 eylemin çeşitli kategoriler altında toplandığı görülmektedir. Bu kategorilerin, “Bilgi Toplumu Stratejisi”, “Teknik Altyapı ve Bilgi Güvenliği”, “Eğitim ve İnsan Kaynakları”, “Hukuki Altyapı”, “Standartlar”, “e-Devlet”, “e-Sağlık” ve “e-Ticaret” olduğu anlaşılmaktadır<sup>34</sup>.

Adı sayılmış kategorilerden “e-Devlet” kategorisindeki 40 ve 41 numaralı eylem planları önem taşımaktadır. 40 numaralı eylem planında, Devlet Planlama Teşkilatı (DPT) tarafından kamu hizmetlerinin ortak platformda-tek kapıdan (portal) sunumu ve sunulacak hizmetlerin geliştirilmesine yönelik stratejinin belirlenmesi planlanmıştır. Bu eylem ile ortak hizmet portalı, kimlik denetimi gibi temel bileşenlerin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca merkezi ve yerel kurumlar arası ağ mimarisi ile öncelikli hizmetlerin belirlenmesi, vatandaş odaklı hizmetlerin kurumların iş süreçlerine çevrilmesi, ilişkili iş süreçlerinin yeniden mühendisliği, bu hizmetlerin sunumu kapsamında gerekli kurumlar arası veri paylaşımı esaslarının belirlenmesine yönelik çalışma yapılacağı ortaya konmaktadır. 41 numaralı eylem planında ise DPT tarafından kamu hizmetlerinin geliştirilmesi ve ortak platformda sunumu için proje oluşturulması hedeflenmiştir. Bu eylem basamağı ile vatandaş odaklı hizmetlere tek kapıdan (portal) erişim için, arka planda gerekli bilgi ve teknoloji altyapısının sağlanmasına yönelik proje oluşturulacaktır<sup>35</sup>.

Bahse konu kısa dönem eylem planının bu iki basamağı ile ortak bir e-Devlet Kapısının kurulması çalışmalarının ilk kez somut bir plana bağlandığı görülmektedir. 2004 yılı içerisinde bitirilmesi hedeflenen bu planlama çalışmaları, vatandaşlara tek kapıdan elektronik hizmet sunma hedefinde *icrai aşamaya* geçildiğinin göstergesidir.

2003-2004 Eylem Planı'nın yürütülmesinden sorumlu E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu, 2007 yılı Mart ayına kadar 27 toplantı yapmış ve görevli olduğu konularda çeşitli kararlar almıştır<sup>36</sup>. E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu'nun 8. Toplantısı neticesinde ortaya 09.09.2004 tarihli, 8 no.lu, “e-Devlet Kapısı” konulu

<sup>34</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

<sup>35</sup> Başbakanlık, 2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi.

<sup>36</sup> Bilgi ve İletişim Teknolojileri Dairesi, “İcra Kurulu”, <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/bilgi-toplumu/kurumsal-yapilar/icra-kurulu>, (04.04.2020).

kararı ortaya çıkmıştır. Bu kararda, İcra Kurulu tarafından, e-Devlet Kapısı teknik altyapısının en kısa zamanda kurularak, hâlihazırda internet üzerinden sağlanmakta olan ve vatandaşın en fazla kullanmakta olduğu sınırlı sayıdaki hizmetin bu altyapı üzerinden sunulmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde de, kamu hizmetlerinin ortak platformda-tek kapıdan sunumunu ve vatandaşın devlet hizmetlerine elektronik ortamdan, güvenli ve hızlı bir şekilde erişimini sağlayacak olan e-Devlet Kapısı teknik altyapısının acil olarak kurulması görev ve sorumluluğu Türk Telekomünikasyon A.Ş.'ye verilmiştir. Taşıdığı önem ve gerektirdiği yüksek düzeyli koordinasyon nedeniyle, e-Devlet Kapısı Projesinin başarılı olabilmesinin en üst düzeyde sahiplenilmesine bağlı olduğu vurgulanarak, İcra Kurulu'nca, adı geçen kararın, aynı doğrultuda bir Bakanlar Kurulu Kararı ile desteklenmesinin uygun olacağı da belirtilmiştir<sup>37</sup>.

Bunun üzerine Bakanlar Kurulu'nun 25/1/2005 tarihli ve 2005/8409 sayılı kararı yayımlanmıştır. İcra Kurulu'nun mütalaasına uygun şekilde, kamu hizmetlerinin elektronik ortamda entegre şekilde sunulmasına imkân verecek, tek bir kapının kurulmasına karar verilmiştir<sup>38</sup>. Adı geçen Bakanlar Kurulu Kararı, İcra Kurulu kararına uygun şekilde, e-Devlet Kapısı teknik altyapısının kurulması görevini Türk Telekom A.Ş.'ye vermiştir. Bu kararnamenin ekindeki 3. maddede, mevcut hizmetlerin e-Devlet kapısına entegre edileceği, diğer hizmetlerin de hazır hale geldikçe entegre edilmeye devam edileceği belirtilmektedir. e-Devlet kapısının sürekli olarak değişim içinde olacağının ve entegrasyonun sonuçtan ziyade bir süreç olduğunun vurgulanması önemlidir.

Bu dönemde bir yandan da Devlet Planlama Teşkilatı Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı tarafından 24.03.2005 tarihli "e-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Eylem Planı" yayımlanmıştır. Bu planın 21 no.lu "e-Devlet Ana Kapısı" başlıklı eyleminde, "kamu hizmetlerinin ortak platformda tek kapıdan sunumunu ve vatandaşın e-Devlet hizmetlerine güvenli ve hızlı bir şekilde erişimini sağlamak amacıyla e-Devlet Ana Kapısının oluşturulması" yer almıştır<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu, "8 no.lu Karar", [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/040909\\_IcraKuruluKararNo08.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/040909_IcraKuruluKararNo08.pdf), (12.05.2020).

<sup>38</sup> Bakanlar Kurulu, "2005/8409 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı", Resmi Gazete, 29 Ocak 2005, S. 25711, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/01/20050129-1.htm>, (22.04.2020).

<sup>39</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, "e-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Eylem Planı", s. 8, [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem\\_Planı\\_2005.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2014/04/Eylem_Planı_2005.pdf), (18.08.2021).

Adı geçen karar ve planlar ile Türkiye’de e-Devlet kapısının fiili olarak ilk ve acilen kuruluşu ile koordinasyon görevinin Türk Telekomünikasyon A.Ş.’ye verildiği anlaşılmaktadır. 15.09.2005 tarihindeki İcra Kurulu 14. toplantısında da Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin konuya ilişkin proje sunumunda, kurulunun ve pilot hizmetlerin sunumunun ilk bir yıl içerisinde başlaması hedeflenmiştir<sup>40</sup>.

Ancak Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin proje yürütücülüğü görevi fazla uzun sürmemiş, İcra Kurulu’nun 26.01.2006 tarihli ve 11 no.lu kararı ile yeni bir görevlendirme yapılmıştır. Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin 14.11.2005 tarihinde özelleştirilmesi nedeniyle, şirketin e-devlet kapısının kurulması görev ve sorumluluğunun, Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı’nca üstlenilmesinin uygun olacağı kararlaştırılmıştır<sup>41</sup>.

Bu kararı uygulamaya koymak için yeni bir Bakanlar Kurulu kararı yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun 2006/10316 sayılı ve 24.03.2006 tarihli kararı ile e-Devlet Kapısı’nın kurulması ve yönetilmesi görev ve sorumluluğu Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı’na verilmiştir. Ulaştırma Bakanlığı’nın e-Devlet Kapısı teknik altyapısının kurulumu ve işletilmesi ile ilgili görev ve sorumluluklarını ise Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV İşletme A.Ş. aracılığı ile yürüteceği hükme bağlanmıştır<sup>42</sup>. Günümüzde de halen devam etmekte olan Türksat A.Ş.’nin e-Devlet Kapısı “işletme” görevi, ilk olarak bu kararname ile ortaya çıkmıştır.

Bu dönemde bir yandan da Devlet Planlama Teşkilatı tarafından, Mayıs 2006 döneminde, 2006-2010 yıllarını kapsayan Bilgi Toplumu Stratejisi’nin yayımlandığı görülmektedir. Bu planda vatandaşa tek noktadan bütünleşik hizmet sunumuna yönelik e-devlet kapısına ilişkin çalışmaların devam ettiği belirtilmekte ve 2006-2010 döneminde kamu hizmetlerinin elektronik sunumunda e-Devlet kapısı gibi ortak altyapıların kurulması, bazı ortak yazılımların geliştirilerek kurumlara yaygınlaştırılması amaçlanmaktadır<sup>43</sup>.

2006 yılında kabul edilen Dokuzuncu Kalkınma Planında da (2007-2013) e-Devlet Kapısını ilgilendiren düzenlemeler olduğu tespit edilmektedir. Planda e-

<sup>40</sup> Bilişim Ağları Dairesi Başkanlığı, “e-Devlet Kapısı Projesi”, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/050915\\_IK14.ToplantisiE-DevleKapisiGelismeler.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/050915_IK14.ToplantisiE-DevleKapisiGelismeler.pdf), (15.04.2020).

<sup>41</sup> E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu, “11 no.lu Karar”, 2006, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/060126\\_IK16.ToplantisiE-DevletGorevlendirme.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/060126_IK16.ToplantisiE-DevletGorevlendirme.pdf), (15.05.2020).

<sup>42</sup> Bakanlar Kurulu, “2006/10316 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”, Resmi Gazete, 20 Nisan 2006, S. 26145, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/04/20060420-3.htm>, (27.04.2020).

<sup>43</sup> Devlet Planlama Teşkilatı, *Bilgi Toplumu Stratejisi (2006-2010)*, Ankara, 2006, s. 13, 35.



Devlet Kapısı çalışmalarının devam ettiği, plan döneminde e-devlet yatırımlarının diğer kamu hizmet yatırımları içindeki ağırlığının artırılacağı, elektronik ortamda etkin bilgi paylaşımını sağlayacak *bütünleşik* bir e-devlet yapısının inşa edileceği belirtilmektedir<sup>44</sup>.

Ulaştırma Bakanlığı ve Türksat A.Ş.'nin e-Devlet kapısına ilişkin çalışmalarının 2007 yılı içinde sonuç vermediği görülmektedir. Türksat A.Ş. Genel Müdürü tarafından 23. İcra Kurulu Toplantısı'nda "e-Devlet Kapısı Projesi" isimli bir sunum yapılmıştır<sup>45</sup>. Bu sunumda, Türksat A.Ş. adına yüklenici firmanın 16.10.2007'de projeyi tamamlamadığının ortaya çıktığı ve 07.12.2007'de sözleşmesinin feshedildiği belirtilmiştir. Bunun üzerine 08.12.2007 itibariyle projenin Türksat tarafından tamamen yeniden ele alındığı beyan edilmiştir<sup>46</sup>. Hızlı bir çalışma neticesinde de 02.01.2008 tarihinde, e-Devlet Kapısı olarak "[www.turkiye.gov.tr](http://www.turkiye.gov.tr)" adresinin, kamu kurumlarına test amaçlı açılmış olduğu tespit edilmektedir<sup>47</sup>. Yapılan test çalışmalarının ardından nihayet 18.12.2008 tarihinde, e-Devlet Kapısı "[www.turkiye.gov.tr](http://www.turkiye.gov.tr)" adresi üzerinden vatandaşların kullanımına açılmıştır<sup>48</sup>.

Türkiye'nin e-Devlet kapısı faaliyete geçtikten sonra da hukuki düzenlemeler yapılmaya devam edilmiştir. 31.07.2009 tarihli Kamu Hizmetlerinin Sunulmasında Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin 4., 5. ve 6. madde hükümlerince İdare, sunulan hizmetlerin e-Devlet Kapısına entegrasyonunu sağlamalı, hizmet envanterini e-Devlet Kapısından en güncel haliyle yayınlamalı ve oluşturulan hizmet standardı tablolarını e-Devlet Kapısında duyurmalıdır<sup>49</sup>.

Bir diğer hukuki düzenlemenin Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın hazırlayarak yürürlüğe soktuğu E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile yapıldığı görülmektedir. Bu yönetmeliğin 4/1-ç hükmü ile e-Devlet Kapısı "e-Devlet hizmetlerinin son kullanıcıya farklı erişim kanallarından tek noktadan bütünleşik olarak sunulduğu ortak elektronik platform" olarak tanımlanmıştır. Bu yönetmelikte Ulaştırma, Denizcilik

<sup>44</sup> Başbakanlık, *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013)*, Ankara, 2006, s. 59, 66, 120.

<sup>45</sup> TÜRKSAT A.Ş., "e-Devlet Kapısı Projesi", [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/080304\\_IK23.ToplantisiE-DevletKapisiProjesi.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/080304_IK23.ToplantisiE-DevletKapisiProjesi.pdf), (17.04.2020).

<sup>46</sup> TÜRKSAT A.Ş., "e-Devlet Kapısı Projesi".

<sup>47</sup> TÜRKSAT A.Ş., "e-Devlet Kapısı Projesi".

<sup>48</sup> İHA, "E-Devlet kapısı açıldı", <https://www.ih.com.tr/haber-e-devlet-kapisi-acildi-47221/>, (20.04.2020).

<sup>49</sup> Resmi Gazete, 31 Temmuz 2009, S. 27305.

lik ve Haberleşme Bakanlığı'nın (md.6), diğer kamu kurum ve kuruluşlarının (md.7), Türksat A.Ş.'nin (md.8) e-Devlet Kapısına ilişkin görev ve sorumlulukları detaylı şekilde açıklanmıştır<sup>50</sup>.

### III. E-DEVLET KAPISI'NIN İDARE İÇERİSİNDEKİ ÖRGÜTLENMESİ

#### A. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Öncesi Genel Durum

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin uygulamaya konulmasından önceki e-Devlet Kapısı örgütlenmesini anlamak bakımından, yukarıda verilmiş yönetsel gelişim çizgisi temel başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bakanlar Kurulu'nun 2006/10316 sayılı ve 24.03.2006 tarihli kararı ile e-Devlet kapısının kurulması ve yönetilmesi görev ve sorumluluğunun, Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı'na verildiği daha önce belirtilmişti. Buna ek olarak, aynı yıl içerisinde daha sonra çıkarılmış olan 2006/22 sayılı Başbakanlık Genelgesi de aynı doğrultuda bir düzenleme yapmıştır. 10.08.2006 tarihli söz konusu genelge ile e-Devlet kapısının kurulması ve yönetilmesi görev ve sorumluluğunun Başbakanlık adına Ulaştırma Bakanlığı'na verildiği hususu vurgulanmıştır. Genelge hükmünce, e-Devlet kapısı projesi kapsamında; kamu hizmetlerinin elektronik ortamda, ortak bir platformda ve vatandaş odaklı sunumu için iş süreçlerinin gözden geçirilmesi, içerik yönetimi, entegrasyon ile ilgili standartlar ve gerekli hukuki düzenlemeler konusundaki çalışmalar, Ulaştırma Bakanlığı'nın koordinasyonunda ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının etkin katılımıyla Türksat Uydu Haberleşme ve Kablo TV İşletme A.Ş. tarafından yürütülecektir<sup>51</sup>.

Bu açıklamalar ışığında e-Devlet Kapısının faaliyete geçtiği dönemde Ulaştırma Bakanlığı'nın yönetim ve koordinasyonunda olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Ulaştırma Bakanlığı'nın 2009 Yılı Faaliyet Raporu'nda da e-Devlet Kapısının yönetilmesi görevinin Ulaştırma Bakanlığı'na verildiği belirtilmektedir<sup>52</sup>. Ulaştırma Bakanlığı'nın ana hizmet birimleri incelendiğinde ise 2009 yılı itibarıyla Haberleşme Genel Müdürlüğü'nün e-Devlet Kapısı yönetiminde ve koordinasyonunda görevli olduğu görülmektedir<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Resmi Gazete, 3 Eylül 2016, S. 29820.

<sup>51</sup> Başbakanlık, "2006/22 Sayılı Başbakanlık Genelgesi", Resmi Gazete, 10 Ağustos 2006, S. 26255, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060810-6.htm>, (21.04.2020).

<sup>52</sup> Ulaştırma Bakanlığı, **2009 Yılı Faaliyet Raporu**, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2010, s. 28, 111.

<sup>53</sup> Ulaştırma Bakanlığı, 2010, s. 28, 40, 168.

e-Devlet kapısının faaliyete geçtiği zaman yürürlükte bulunan 3348 sayılı Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, 01.11.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>54</sup>. Bu kararname ile yeni bir bakanlık kurulması suretiyle Ulaştırma Bakanlığının ismi değişmiştir. Bakanlığın isminin, görev tanım ve kapsamının ve teşkilatlanmasının değişmesi gibi önemli sonuçlar ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla e-Devlet Kapısı yönetiminde yetkili idari birimlerinin anlaşılabilmesi için, söz konusu kanun hükmünde kararnamenin incelenmesi gerekmektedir.

655 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan yeni bakanlığın ismi Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'dır. Bakanlığın görevlerinin belirtildiği 2/1-f bendinde, "... e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek" görevi Bakanlığa verilmiştir. Bu düzenleme ile e-Devlet Kapısı yönetimi yetkisi Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'na yeniden tanınmıştır. Bu yetkilendirmeye ilişkin detaylar 3/9/2016 tarihli ve 29820 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* ile açıklanmıştır. Yönetmeliğin Bakanlığın görev ve sorumluluklarını açıklayan 6. maddesinin 1-ğ ve 1-h bentleri diğer bentleri ile birlikte değerlendirildiğinde Bakanlığa e-Devlet Kapısı'nda sunulan ve sunulacak tüm hizmetler bakımından iş birliği ve koordinasyon yetkisini vermektedir<sup>55</sup>.

655 sayılı KHK ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı bünyesinde yirmi adet hizmet birimi kurulmuştur. Bu hizmet birimlerinden bir tanesi olan Haberleşme Genel Müdürlüğü'nü düzenleyen 13. Madde incelendiğinde, adı geçen müdürlüğün görevlerinden birinin, 1-ç bendinde verilmiş olan, "... e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar ile bu hizmetlere ilişkin eylem planlarını hazırlamak, koordinasyon ve izleme faaliyetleri-

<sup>54</sup> Resmî Gazete, 1 Kasım 2011, S. 28102 (Mükerrer), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111101M1-1.htm>, (04.02.2021).

<sup>55</sup> "ğ) Kurumlardan alınacak bilgiler doğrultusunda hangi hizmetlerin elektronik ortamda e-Devlet Kapısı üzerinden sunulması gerektiği ve bunun için hangi faaliyetlerin yürütüleceği hususunda ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapar.

h) Kamu kurum ve kuruluşlarının internet siteleri üzerinden sunduğu ve sunacağı uygulamaların e-Devlet Kapısına entegrasyonu için işbirliği yapar.", Resmî Gazete, 03.09.2016, S. 29820.

ni yürütmek, gerekli düzenlemeleri hazırlamak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek.” olduğu görülmektedir. Dolayısıyla 2011 yılı itibarıyla e-Devlet Kapısına ilişkin yönetim faaliyetinin Bakanlık teşkilat yapısı içinde *Haberleşme Genel Müdürlüğü* tarafından yürütüldüğü tespit edilmektedir.

Haberleşme Genel Müdürlüğü içerisinde e-Devlet kapısı ile ilgili faaliyetleri yürüten alt hiyerarşideki birimin ise *e-Devlet Hizmetleri Dairesi* olduğu anlaşılmaktadır<sup>56</sup>. Nitekim 2016 yılında yürürlüğe giren E-Devlet Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in e-Devlet Hizmetleri Dairesi tarafından hazırlandığı belirtilmektedir<sup>57</sup>.

## B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Dönemi E-Devlet Kapısı İdari Teşkilatı

9 Temmuz 2018 tarihinde tüm hükümleri ile yürürlüğe giren 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu ile Bakanlar Kurulu ve Başkanlık kaldırılarak yürütme organında tek başlı bir yapıya geçilmiştir. Anayasanın 8. Maddesi hükmünce yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmektedir<sup>58</sup>. Anayasanın 106. Maddesinin son fıkrası hükmünce bakanlıkların kurulmaları, örgütlenmeleri ve görevleri artık Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenebilecektir. Anayasanın 104. Maddesi hükmünce Cumhurbaşkanı, yardımcılarını ve bakanları atama ve görevden alma yetkisine sahiptir.

Cumhurbaşkanının sahip olduğu kapsamlı görev ve yetkileri yerine getirebilmesi için gerekli olan idari teşkilatta önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu görevi daha önce yürütmekte olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği yerine İdari İşler Başkanlığı kurulmuştur<sup>59</sup>. İdari İşler Başkanlığı'nın ise Cumhurbaşkanlığının “temel hizmet birimleri” olarak kabul edilen dört alt birimi kurulmuştur<sup>60</sup>. Bu alt birimler Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Personel ve Prensipier Genel

<sup>56</sup> Türksel Kaya Benschir, “Açık Devlet Verisi: Türkiye’de Bakanlıkların ve Bazı Kurumların Hazır Olma Durumları Üzerine Bir İnceleme”, Fahrettin Özdemirci - Zeynep Akdoğan (Edr.), *Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yönetimi: Beklentiler ve Yeni Yaklaşımlar*, Ankara Üniversitesi Bilgi Yönetim Sistemleri Belgelendirme Merkezi, Ankara, 2017, s. 93; İsmail Tekbaş, *Muhasebenin Dijital Dönüşümü ve Mali Mühendislik*, Ceres Yayınları, İstanbul, 2019, s. 193.

<sup>57</sup> Mehmet Fırat Önal, “e-Devlet Yönetmeliği”, [egovturkey.com/e-devlet-yonetmeliği-11092018](http://egovturkey.com/e-devlet-yonetmeliği-11092018), (20.04.2020).

<sup>58</sup> Yusuf Tekin - M. Çağatay Okutan, *Türk Siyasal Hayatı*, Orion Kitabevi, Ankara, 2019, s. 266.

<sup>59</sup> Kemal Gözler - Gürsel Kaplan, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020, s. 65.

<sup>60</sup> Gözler - Kaplan, 2020, s. 66.

Müdürlüğü, Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğü ve Destek ve Mali Hizmetler Genel Müdürlüğü'dür.

Cumhurbaşkanlığı teşkilatındaki bir diğer yenilik ise oluşturulan Politika Kurullarıdır. Sayıları dokuz olan bu kurulların kendi alanlarındaki geliştirilecek politikalara ve stratejilere ilişkin istişare ve öneri işlevini görecekleri ve Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülen politikalar hakkında çalışmalar yapacakları belirtilmektedir<sup>61</sup>.

Anayasa değişikliği sonrasında Türk kamu yönetiminde ilk olma niteliği taşıyan bir diğer birim ise Cumhurbaşkanlığı Ofisleri olmuştur<sup>62</sup>. Cumhurbaşkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli bu ofisler Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi'dir<sup>63</sup>.

6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu tüm hükümleri ile yürürlüğe girmen önce, anayasa değişikliğiyle uyum sağlanması amacıyla 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>64</sup> çıkarılmıştır. Bu KHK ile Türk idari teşkilatına ilişkin çok sayıda kanun ve KHK kaldırılmış veya önemli değişikliklere uğratılmıştır. Çalışmaya konu bu düzenlemelerden birisi de 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'dir. 703 sayılı KHK, 655 sayılı KHK'nin öncelikle ismini değiştirerek, KHK'nin temel amacını da değiştirmiştir. 703 sayılı KHK'nin 31. Maddesi ile 655 sayılı KHK'nin yeni ismi, "Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" olmuştur. Dolayısıyla 703 sayılı KHK sonrasında 655 sayılı KHK'nin artık Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın teşkilat ve görevlerini düzenlemediği görülmektedir. İsim değişikliği dışında, yapılan düzenleme ile 655 sayılı KHK'nin çok sayıda maddesi de ilga edilmiştir.

703 sayılı KHK'nin 655 sayılı KHK'nin 28. Maddesinde yaptığı değişiklik ile bakanlığın ismini de değiştirdiği görülmektedir. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı'nın yeni ismi "*Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı*" olmuştur.

<sup>61</sup> Ahmet Hamdi Aydın, *Türk Kamu Yönetimi: Sistem - Niteliği - Örgütü - İşleyişi - Sorunları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 109.

<sup>62</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, S. 30474, md.525.

<sup>63</sup> Aydın, 2018, s. 120.

<sup>64</sup> Resmi Gazete, 9 Temmuz 2018, S. 30473 (3. Mükerrer).

Anayasa değişikliğinin tüm hükümleriyle yürürlüğe girmesinin ardından ise 10.07.2018 tarihli ve 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanmıştır<sup>65</sup>. Bu kararnamede diğer bakanlıkların yanında Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın teşkilat ve görev yapısı da düzenlenmiştir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın görevlerini 474. Maddesinde düzenlemiştir. Adı geçen 474. Madde 1-f bendinde *"... e-Devlet hizmetlerinin kapsamı ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bu hizmetlere ilişkin eylem planları yapmak, koordinasyon ve izleme faaliyetlerini yürütmek, gerekli düzenlemeleri yapmak ve bu kapsamda ilgili faaliyetleri koordine etmek"* görevi Bakanlığa verilmiştir. Dolayısıyla cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişin ardından e-Devlet Kapısı yönetimi yetkilendirmesinde değişiklik olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın 2018 yılı faaliyet raporu da, Bakanlıkça e-Devlet Kapısının yönetimine ilişkin gerçekleştirilmiş çok sayıda faaliyeti içermektedir<sup>66</sup>.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 483. maddesinde Bakanlık teşkilatında bulunan Haberleşme Genel Müdürlüğü'nün düzenlendiği görülmektedir. 483. maddenin 1-ç bendindeki düzenleme incelendiğinde, Müdürlüğün e-Devlet Kapısı yönetimine ilişkin yetki ve görevinin aynen devam ettirildiği anlaşılmaktadır.

Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın, e-Devlet Kapısının faaliyete geçtiği tarihten beri sahip olduğu yönetim görevi, 2019 yılının sonuna kadar sürmemiştir. 2019 yılında e-Devlet Kapısı yönetimi ile yetkili idari birimlerde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Bu değişikliğin kaynağı ve sebebi ise 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde yapılan değişikliklerdir.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ndeki bahse konu değişiklik, 24.10.2019 tarihli ve 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi<sup>67</sup> ile yapılmıştır. Kararnamenin 5. Maddesi ile öncelikle Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın ve bünyesindeki Haberleşme Genel Müdürlüğü'nün e-Devlet Kapısı yönetim yetki ve görevlerine ilişkin, yukarıda bahsi geçen 474/1-f ve 484/1-ç bentleri yürür-

<sup>65</sup> Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, S. 30474.

<sup>66</sup> Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı, "2018 Yılı Faaliyet Raporu", 2019, s. 26, 101, 136, 162, <https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/butce-raporlari/faaliyet-raporu-2018.pdf>, (26.04.2020).

<sup>67</sup> Resmi Gazete, 24 Ekim 2019, S. 30928.

lükten kaldırılmış; e-Devlet Kapısının yönetimi yetkisi Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan alınmıştır.

48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 9. Maddesi ile değişen 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 527. Maddesi 1-a bendinde *“Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak kamunun dijital dönüşümüne öncülük etmek, Dijital Türkiye (e-devlet) hizmetlerinin sunumuna aracılık etmek, kurumlar arası iş birliğini artırmak ve bu alanlarda koordinasyonu sağlamak”* Dijital Dönüşüm Ofisi'nin görevleri arasında sayılmıştır. Bu şekilde e-Devlet Kapısı yönetimine ilişkin yetki Dijital Dönüşüm Ofisi'ne geçmiştir. Yani 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, e-Devlet Kapısı yönetimi görevini Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan alarak Dijital Dönüşüm Ofisi'ne vermiştir.

Bu düzenlemeye karşın Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Haberleşme Genel Müdürlüğü teşkilatı içinde halen *“E-Devlet Hizmetleri Dairesi Başkanlığı”* isimli birimin olduğu görülmektedir<sup>68</sup>. Bu durumun aydınlığa kavuşturulması adına, Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi'ne 07.11.2020 tarihinde yapılan 2004924667 no.lu bilgi edinme başvurusu ile Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan bilgi talep edilmiştir. Bakanlıktan gelen 08.12.2020 tarihli yanıtta *“Mevzuatta yapılan bu düzenlemeler sonucunda Bakanlığımız hem e-Devlet koordinasyonu hem de e-Devlet Kapısı ile ilgili tüm görev, yetki ve sorumluluklarını Dijital Dönüşüm Ofisi'ne devretmiştir. Haberleşme Genel Müdürlüğü içerisinde e-Devlet Hizmetleri Daire Başkanlığı halen bulunmakla birlikte, Başkanlığın daha önce ulusal çapta yürüttüğü e-Devlet hizmetleri koordinasyon görevi Bakanlık kapsamına indirgenmiştir. Bu doğrultuda e-Devlet Hizmetleri Dairesi Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın kendi e-Devlet hizmetleri çerçevesinde çalışmalarını gerçekleştirmektedir.”* ifadeleri ile durum açıklanmıştır. Böylece Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın e-Devlet kapısı ile yönetsel bir ilişkisinin kalmadığı kesinleşmiştir.

Açıklanan düzenleme ile getirilmiş bir diğer dikkat çekici yenilik ise, e-Devlet Kapısı'nın isim değişikliğidir. Ortak portalın yeni adının *“Dijital Türkiye”* olduğu görülmektedir. Nitekim Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanı Dr. Ali Taha Koç'un, 2019 yılı Haziran ayında e-Devlet kapısının adının değiştirileceğini açık-

<sup>68</sup> Haberleşme Genel Müdürlüğü, “Organizasyon Şeması”, <https://hgm.uab.gov.tr/organizasyon-semasi>, (22.04.2020).

ladığı tespit edilmektedir<sup>69</sup>. Ek olarak Dijital Dönüşüm Ofisi resmi web sitesindeki Dijital Türkiye bilgi sayfası incelendiğinde de, e-Devlet Kapısı olarak adlandırılan [www.turkiye.gov.tr](http://www.turkiye.gov.tr) adresi için artık “*Dijital Türkiye Portalı*” isminin kullanıldığı açık şekilde görülmektedir<sup>70</sup>.

Yapılan değişiklik neticesinde Dijital Dönüşüm Ofisi'nin hiyerarşik yapısındaki alt idari birimlerin görevlerinde de değişiklikler meydana gelmiştir. Bu hizmet birimlerinden *Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı*'nın görevlerini düzenleyen 527/B maddesi 1-a bendi bütüncül şekilde incelendiğinde, Dijital Türkiye Portalı'nın idaresinden sorumlu esas alt birimin Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı olduğu sonucuna varılmaktadır. Dijital Dönüşüm Ofisi'nin Dijital Türkiye hizmetlerine ilişkin yeni görev tanımını anlatan düzenlemede “*kamunun dijital dönüşümüne öncülük ederek Dijital Türkiye hizmetlerinin sunumuna aracılık edileceği*” vurgusu bulunmaktadır. “*Kamunun dijital dönüşümü*” vurgusunun, Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'nın görevlerinin birçoğunda da bulunduğu tespit edilmektedir. Dairenin görevlerinde geçen, kamunun dijital dönüşümüne yönelik strateji geliştirmek ve koordinasyonu sağlamak, kamuda dijital dönüşüm yol haritasını hazırlamak, dijital dönüşüm alanında kamuda teknik ve idari kapasiteyi geliştirmek, kamuda dijital dönüşüm alanındaki kurumsal mimari çalışmalarını koordine etmek, kamu kurumlarının dijital ortamda sundukları hizmetlere yönelik envanterleri oluşturmak şeklindeki görevler, yukarıda belirtilen sonuca götürmektedir.

Elektronik Kamu Bilgi Yönetim Sistemi (KAYSİS) verileri de bu tespiti doğrulamaktadır. KAYSİS kayıtlarında Dijital Dönüşüm Ofisi teşkilatı incelendiğinde, alt birimlerinden Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'nın “e-Devlet Kapısının Kurulması ve İşletilmesi”<sup>71</sup> ile “e-Devlet Hizmetlerine İlişkin Usul ve Esasların Belirlenmesi, Koordinasyon ve İzleme Faaliyetlerinin Yürütülmesi” hizmetlerini yerine getirdiği çok açık şekilde belirtilmektedir<sup>72</sup>. Belirtilen bu

<sup>69</sup> Merve Özlem Çakır, “Dijital Dönüşüm Ofisinden ‘Dijital Türkiye’ seferberliği”, <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/dijital-donusum-ofisinden-dijital-turkiye-seferberligi/1505486>, (01.06.2020).

<sup>70</sup> Dijital Dönüşüm Ofisi, “Dijital Türkiye Projesi”, <https://cbddo.gov.tr/projeler/dijital-turkiye-v1.0>, (01.12.2020).

<sup>71</sup> KAYSİS, Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, <https://envanter.kaysis.gov.tr/HizmetDetay.aspx?ID=40259>, 14.03.2020.

<sup>72</sup> KAYSİS, Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, <https://envanter.kaysis.gov.tr/HizmetDetay.aspx?ID=83765>, (14.03.2020).



hizmetler Dijital Dönüşüm Ofisi'nin sahip olduğu yetkinin konusunu da ortaya koymaktadır.

Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi'nin içinde daha alt düzeyde bir e-Devlet Kapısı teşkilatlanmasının olup olmadığı hususu ise Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi aracılığı ile 08.11.2020 tarihinde 2004936174 no.lu bilgi edinme başvurusu ile Dijital Dönüşüm Ofisi'ne sorulmuştur. Ofisten gelen 03.12.2020 tarihli cevapta Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi'nin kendi içinde bir alt idari biriminin olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle e-Devlet Portalı yönetiminde, idari teşkilat içindeki en alt kademe yetkili biriminin Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı olduğu sonucuna varılmıştır.

Belirtildiği üzere Cumhurbaşkanlığı Ofisleri ve çalışma özelinde Dijital Dönüşüm Ofisi, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli kurumlardır. Bu nedenle de "Ofisler" doktrinde hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu (kamu kurumu) olarak kabul edilmektedirler<sup>73</sup>. Bir yandan ise Ofislerin "kendilerine *verilen görevleri* yerine getirmek üzere Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak kurulmuş oldukları"<sup>74</sup>; "Ofiste görev yapan her kademedeki yöneticilerin yapmakla yükümlü buldukları hizmet veya görevleri, Cumhurbaşkanı tarafından verilecek *emir ve direktifler* yönünde yapacakları"<sup>75</sup>, yönünde düzenlemeler vardır. Nitekim 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 527/1 hükmü de Dijital Dönüşüm Ofisi'nin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak faaliyet göstereceğini ve Cumhurbaşkanı tarafından verilen görevleri yerine getireceğini belirtmektedir.

Bu düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı Ofislerinin hukuki niteliği bakımından eleştirilmektedir<sup>76</sup>. Ofisler kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumları olmaları nedeniyle üzerlerinde ancak idari vesayet denetimi kurulabilmesi gerekir. Ancak mevzuatın Cumhurbaşkanıya doğrudan ofislere emir ve direktif verme yetkisini verdiği görülmektedir. Emir ve direktif verme ise hiyerarşi yetkisinin bir parçasıdır ve Ofislerin kamu tüzel kişiliği ile bağdaşmamaktadır.

<sup>73</sup> Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, s. 368; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 405; Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 235.

<sup>74</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, S. 30474, md.525.

<sup>75</sup> 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, 10 Temmuz 2018, S. 30474, md.533.

<sup>76</sup> Gözler, 2019, s. 368; Kalabalık, 2019, s. 405; Çağlayan, 2019, s. 235-236.

Konu e-Devlet Kapısı bakımından değerlendirildiğinde de aynı doğrultuda bir sonuca ulaşılmaktadır. Mevzuat gereği e-Devlet Kapısının yönetiminde yetkili birim Dijital Dönüşüm Ofisi'dir. Ancak Dijital Dönüşüm Ofisi, haiz olduğu kamu tüzel kişiliği ve idari özerklik gereği e-Devlet Kapısının yönetiminde karar özerkliğine sahip olmasına karşın, bir yandan da Cumhurbaşkanının e-Devlet Kapısına ilişkin vereceği her emri yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Dijital Dönüşüm Ofisi'nin belli bir teknik alanda uzmanlaşmış kamu kurumu olarak kurulduğu göz önüne alınırsa, bahse konu durumun e-Devlet Kapısı yönetiminde etkinliği azaltılabileceği ve karar alımında iki başlılığa yol açılabileceği düşünülebilir. e-Devlet Kapısı yönetiminin belli bir uzmanlık bilgisi gerektirmesi nedeniyle, yönetiminde Dijital Dönüşüm Ofisinin özerkliğinin güçlendirilmesi isabetli olacaktır.

## SONUÇ

Türkiye'nin elektronik devlet çalışmalarında ve dönüşümünde, 2003 yılında daha somut adımlar atmaya başladığı görülmektedir. 58. Hükümet Acil Eylem Planı'nda yer verilen E-Dönüşüm Türkiye Projesi ve bu projeyi yürütmesi için DPT bünyesinde kurulan Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı öncül somut adımlardır.

2003 senesinde çıkarılan Başbakanlık Genelgesi ile e-Devlet Kapısı'na ilişkin ilk hedefler ortaya konulmuştur. E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu'nun kurulması ve 2003-2004 Kısa Dönem Eylem Planı ile e-Devlet Kapısı hazırlık çalışmaları için bir takvim hazırlanmıştır. E-Dönüşüm Türkiye Projesi'nin hayata geçirilmesi için kurulan E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu, yaptığı toplantılar ve aldığı kararlar ile e-Devlet kapısının kurulması sürecini yönetmiş ve olgunlaştırmıştır.

Yapılan çalışmalar neticesinde 2008 yılında e-Devlet Kapısı faaliyete geçmiştir. Kapının yönetilmesi Ulaştırma Bakanlığı sorumluluğunda başlamıştır. 2008-2019 arasındaki dönemde Ulaştırma Bakanlığı'nın ismi öncelikle Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, sonra da Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na dönüşmüştür. Ancak Bakanlığın e-Devlet Kapısı'na ilişkin görevlerinde bir değişiklik olmamıştır. Bakanlık bünyesinde e-Devlet Kapısının yönetimine ilişkin alt hiyerarşideki birimlerin, Haberleşme Genel Müdürlüğü ve bu müdürlük bünyesindeki E-Devlet Hizmetleri Dairesi Başkanlığı olduğu anlaşılmıştır.

2018 yılı Temmuz ayında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ile birlikte idari teşkilatta önemli değişiklikler olmuş ve yetkili bakanlığın ismi Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'na dönüşmüştür. Ancak görev tanımında bir değişiklik olmadığı gibi e-Devlet Kapısı'na ilişkin alt hiyerarşik yönetim örgüt-

lenmesinde de bir değişiklik olmamıştır. Ancak 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile e-Devlet Kapısı'nın yönetim görevi Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'ndan alınarak, Dijital Dönüşüm Ofisi'ne verilmiştir. Dijital Dönüşüm Ofisi'nin hizmet birimlerinden Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'nın ise e-Devlet kapısı yönetimi ile yetkili alt düzey idari birim olduğu anlaşılmaktadır.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin yayımlandığı ilk halinde Dijital Dönüşüm Ofisi'nin 527/1 hükmünde sayılan görevleri arasında "Kamunun dijital dönüşümünü (e-devlet dönüşümü) koordine etmek" de vardı. Dolayısıyla Dijital Dönüşüm Ofisi'nin kuruluş temelinde bile e-Devlet faaliyetleri olduğu söylenebilir. Daha sonra 48 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Ofisin e-Devlet faaliyetlerine ilişkin görev tanımı genişletilmiştir.

Ancak bir yandan da Dijital Dönüşüm Ofisi'nin görevlerini Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen amaç, politika ve stratejilere uygun olarak ve Cumhurbaşkanının emir ve direktiflerine göre yapması zorunluluğu bulunmaktadır. Hiyerarşi denetimine yaklaşan bu durum Dijital Dönüşüm Ofisi'nin haiz olduğu kamu tüzel kişiliğine ve idari özerkliğe uymamaktadır. Dijital Dönüşüm Ofisi'ne verilmiş olan kamu tüzel kişiliği ve idari özerkliğin e-Devlet Kapısı yönetiminde etkin bir şekilde kullanılabilmesi için, Cumhurbaşkanı ile Ofis'in ilişkisinin idari vesayete yaklaştırılmasında fayda görülmektedir.

Bir diğer önemli değişiklik ile de e-Devlet Kapısı'nın ismi Dijital Türkiye Portalı olarak değiştirilmiştir. Bu nedenle akademik literatürde de artık kavram olarak e-Devlet Kapısı yerine Dijital Türkiye Portalı ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, e-Devlet Kapısı'nın yeni isminin Dijital Türkiye Portalı olduğu ve Portalın yönetim ve koordinasyon yetkisinin Cumhurbaşkanlığı bağlı kuruluşu olan, kamu tüzel kişiliğini haiz Dijital Dönüşüm Ofisi'ne ait olduğu tespit edilmektedir. Dijital Dönüşüm Ofisi içinde Portalın yönetimi ile görevli alt birim ise Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'dır. Bu daire başkanlığının içinde ise daha alt düzeyde bir idari birim bulunmamaktadır.

Dijital Dönüşüm Ofisi'nin kuruluş amaçları arasında gerek kamuda gerek özel sektörde teknolojik dönüşümün sağlanması olduğu da göz önüne alınırsa, bilişim teknolojilerinin ofisin temel çalışma alanı olması bakımından, e-Devlet Kapısı yönetimi için de yetkilendirilmesinin isabetli bir karar olduğu değerlendirilmektedir. Böylece bu durumun, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı'nın da geleneksel görev tanımına dönmesini sağlayarak, kamu hizmeti performansına olumlu etki yapacağı düşünülmektedir.

**KAYNAKÇA**

- ABBOTT, Ryan, "A Study of the Growth and Evolution of Personal Computer Devices Throughout the Pc Age", *Cardiff Metropolitan University, Cardiff School of Management, Department of Computing & Information Systems*, (Yayımlanmamış Lisans Mezuniyet Tezi), Cardiff, 2017.
- ARİFOĞLU, Ali, KÖRNES, Abdullah, YAZICI, Ali, AKGÜL, Kemal, AYVALI, Ahmet, *E-Devlet Yolunda Türkiye*, Türkiye Bilişim Derneği, İstanbul, 2002.
- AYDIN, Ahmet Hamdi, *Türk Kamu Yönetimi: Sistem - Niteliği - Örgütü - İşleyişi - Sorunları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BACKUS, Michiel, *E-Governance and Developing Countries*, International Institute for Communication and Development, The Hague, 2001.
- BAŞBAKANLIK, *Dokuzuncu Kalkınma Planı (2007-2013)*, Ankara, 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- DEMİREL, Demokaan, "E-devlet ve Dünya Örnekleri", *Sayıştay Dergisi*, S. 61, ss. 83-118.
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI, *Bilgi Toplumu Stratejisi (2006-2010)*, Ankara, 2006.
- ERYILMAZ, Bilal, *Kamu Yönetimi, Düşünceler-Yapılar-Fonksiyonlar-Politikalar*, 11. Baskı, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2018.
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku Cilt I*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukukuna Giriş*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2020.
- HILLER, Janine S. - BÉLANGER, France, *Privacy Strategies for Electronic Government*, The Pricewaterhouse Coopers Endowment for the Business of Government, Arlington, 2001.
- HOWARD, Mark, "e-Government Across the Globe: How Will "e" Change Government?", *Government Finance Review*, Ağustos 2001, ss. 6-9.
- KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri Cilt-I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAYA BENSGHIR, Türksel, "Açık Devlet Verisi: Türkiye'de Bakanlıkların ve Bazı Kurumların Hazır Olma Durumları Üzerine Bir İnceleme", Fahrettin Özdemirci - Zeynep Akdoğan (Edr.), *Bilgi Sistemleri ve Bilişim Yönetimi: Beklentiler ve Yeni Yaklaşımlar*, Ankara Üniversitesi Bilgi Yönetim Sistemleri Belgelendirme Merkezi, Ankara, 2017.
- LAYNE, Karen - LEE, Jungwoo, "Developing Fully Functional E-Government: A Four Stage Model", *Government Information Quarterly*, 2001, C. 18, S. 2, ss. 122-136.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Funding a Revolution: Government Support for Computing Research*, The National Academies Press, Washington, DC, 1999.

- NAUGHTON, John, "The Evolution of the Internet: From Military Experiment to General Purpose Technology", *Journal of Cyber Policy*, 2016, C. 1, S. 1, ss. 5-28.
- NETCHAEVA, Irina, "E-Government and E-Democracy: A Comparison of Opportunities in the North and South", *Gazette: The International Journal for Communication Studies*, 2001, C. 64, S. 5, ss. 467-477.
- OĞURLU, Yücel, *İdare Hukukunda "E-Devlet" Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- RAINIE, Lee, *Internet, Broadband, And Cell Phone Statistics*, Pew Internet & American Life Project, Washington, DC, 2010.
- SARI, Ömür Kadri, *İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve UYAP*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- SİAU, Keng - LONG, Yuan, "Synthesizing E-Government Stage Models - A Meta Synthesis Based on Meta-Ethnography Approach", *Industrial Management & Data System*, 2005, C. 105, S. 4, ss. 443-458.
- SÖYLEMEZ, Adnan, "Geçmişten Günümüze Türkiye'de Uygulanan Önemli E-Devlet Projeleri", Ali Şahin - Ersan Örselli (Edr.), *Teoriden Uygulamaya E-Devlet*, Atlas Akademi, Konya, 2020.
- ŞAHİN, Ali, *Türk Kamu Yönetiminde Yapısal Dönüşüm ve E-Devlet*, Atlas Akademi, Konya, 2019.
- TEKBAŞ, İsmail, *Muhasebenin Dijital Dönüşümü ve Mali Mühendislik*, Ceres Yayınları, İstanbul, 2019.
- TEKİN, Yusuf - OKUTAN, M. Çağatay, *Türk Siyasal Hayatı*, Orion Kitabevi, Ankara, 2019.
- TURHAN, Gökhan - OKCU Murat, *Siyasette Dijital Yerliler ve Göçmenler*, Gece Kitaplığı, Ankara, 2018.
- TÜRKİYE BİLİŞİM ŞURASI, *Sonuç Raporu*, Başbakanlık, Ankara, 2002.
- ULAŞTIRMA BAKANLIĞI, *2009 Yılı Faaliyet Raporu*, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, 2010.
- WEST, Darrell M., "E-Government and the Transformation of Service Delivery and Citizen Attitudes", *Public Administration Review*, 2004, C. 64, S. 1, ss. 15-27.
- YILDIRIM, Murat, *e-Devlet ve Yurttaş Odaklı Kamu Yönetimi*, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015.

**Elektronik Kaynaklar**

- BAKANLAR KURULU, “2005/8409 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”, Resmi Gazete, 29 Ocak 2005, S. 25711, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/01/20050129-1.htm>, (22.04.2020).
- BAKANLAR KURULU, “2006/10316 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı”, Resmi Gazete, 20 Nisan 2006, S. 26145, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/04/20060420-3.htm>, (27.04.2020).
- BAŞBAKANLIK, “2003/12 Sayılı Başbakanlık Genelgesi”, 27 Şubat 2003, S.B.02.0.PPG.0.12-320-3416, [http://www.bilgitolumu.gov.tr/Documents/1/Mevzuatlar/BasbakanlikGenelge\\_2003-12.pdf](http://www.bilgitolumu.gov.tr/Documents/1/Mevzuatlar/BasbakanlikGenelge_2003-12.pdf), (15.04.2020).
- BAŞBAKANLIK, “2003/48 Sayılı Başbakanlık Genelgesi”, Resmi Gazete, 4 Aralık 2003, S. 25306, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/12/20031204.htm>, (18.04.2020).
- BAŞBAKANLIK, “2006/22 Sayılı Başbakanlık Genelgesi”, Resmi Gazete, 10 Ağustos 2006, S. 26255, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/08/20060810-6.htm>, (21.04.2020).
- BAŞBAKANLIK, “E-Devlet ve Bilgi Toplumu Kanun Tasarısı”, [http://www.egovturkey.com/wp-content/uploads/2018/10/e-Devlet-ve-Bilgi-Toplumu-Kanun-Tasar%C4%B1s%C4%B1Tasla%C4%9F%C4%B1www.egovturkey.com\\_.pdf](http://www.egovturkey.com/wp-content/uploads/2018/10/e-Devlet-ve-Bilgi-Toplumu-Kanun-Tasar%C4%B1s%C4%B1Tasla%C4%9F%C4%B1www.egovturkey.com_.pdf), (17.08.2021).
- BİLGİ VE İLETİŞİM TEKNOLOJİLERİ DAİRESİ, “İcra Kurulu”, <http://www.bilgitolumu.gov.tr/bilgi-toplumu/kurumsal-yapilar/icra-kurulu>, (04.04.2020).
- BİLİŞİM AĞLARI DAİRESİ BAŞKANLIĞI, “e-Devlet Kapısı Projesi”, [http://bilgitolumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/050915\\_IK14.ToplantisiE-DevleKapisiGelismeler.pdf](http://bilgitolumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/050915_IK14.ToplantisiE-DevleKapisiGelismeler.pdf), (15.04.2020).
- ÇAKIR, Merve Özlem, “Dijital Dönüşüm Ofisinden ‘Dijital Türkiye’ seferberliği” <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/dijital-donusum-ofisinden-dijital-turkiye-seferberligi/1505486>, (01.06.2020).
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI, “e-Dönüşüm Türkiye Projesi 2005 Eylem Planı”, s. 8, [http://www.bilgitolumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2014/04/Eylem\\_Plani\\_2005.pdf](http://www.bilgitolumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2014/04/Eylem_Plani_2005.pdf), (18.08.2021).
- DİJİTAL DÖNÜŞÜM OFİSİ, “Dijital Türkiye Projesi”, <https://cbddo.gov.tr/projeler/dijital-turkiye-v1.0>, (01.12.2020).
- E-DEVLET KAPISI, “Sıkça Sorulan Sorular”, <https://www.turkiye.gov.tr/bilgilendirme?konu=sikcaSorulanlar>, (22.08.2021).

- E-DÖNÜŞÜM TÜRKİYE İCRA KURULU, “8 no.lu Karar”, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/040909\\_IcraKuruluKararNo08.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/040909_IcraKuruluKararNo08.pdf), (12.05.2020).
- E-DÖNÜŞÜM TÜRKİYE İCRA KURULU, “11 no.lu Karar”, 2006, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/060126\\_IK16.ToplantisiE-DevletGorevlendirme.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/060126_IK16.ToplantisiE-DevletGorevlendirme.pdf), (15.05.2020).
- HABERLEŞME GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, “Organizasyon Şeması”, <https://hgm.uab.gov.tr/organizasyon-semasi>, (22.04.2020).
- İHA, “E-Devlet kapısı açıldı”, <https://www.iha.com.tr/haber-e-devlet-kapisi-acildi-47221/>, (20.04.2020).
- KAYSIS, Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, <https://envanter.kaysis.gov.tr/HizmetDetay.aspx?ID=40259>, (12.03.2020).
- KAYSIS, Dijital Dönüşüm Koordinasyon Dairesi Başkanlığı, <https://envanter.kaysis.gov.tr/HizmetDetay.aspx?ID=83765>, (14.03.2020).
- ÖNAL, Mehmet Fırat, “e-Devlet Yönetmeliği”, [egovturkey.com/e-devlet-yonetmeliği-11092018](http://egovturkey.com/e-devlet-yonetmeliği-11092018), (20.04.2020).
- ÖZCİVELEK, Rukiye, “Dünya’da ve Türkiye’de Elektronik Devlet Tartışmaları: Kavram Üzerine Bir Sorgulama”, <https://pdfslide.net/documents/duenyada-ve-tuerkiyede-e-devlet.html>, (20.08.2021).
- THE WORLD BANK, “Individuals using the Internet (% of population)”, <https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS>, (02.10.2021).
- TÜRKSAT A.Ş., “e-Devlet Kapısı Projesi”, [http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra\\_Kurulu/080304\\_IK23.ToplantisiE-DevletKapisiProjesi.pdf](http://bilgitoplumu.gov.tr/Documents/1/Icra_Kurulu/080304_IK23.ToplantisiE-DevletKapisiProjesi.pdf), (17.04.2020).
- ULAŞTIRMA VE ALTYAPI BAKANLIĞI, “2018 Yılı Faaliyet Raporu”, 2019, <https://www.uab.gov.tr/uploads/pages/butce-raporlari/faaliyet-raporu-2018.pdf>, (26.04.2020).
- ÜNAL, Arife Yıldız, “e-Devlet 10. Yılında Yeni Arayüzüyle Hizmet Vermeye Başladı”, <https://www.aa.com.tr/tr/turkiye/e-devlet-10-yilinda-yeni-arayuzuyle-hizmet-vermeye-basladi/1008189>, (16.04.2020).
- WEST, Darrell M., “State and Federal E-Government in the United States, 2001”, <http://www.insidepolitics.org/egovt01us.PDF>, (08.09.2021).





**ÖZEL HUKUK**

PRIVATE LAW



## Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanmanın Bir Koşulu Olarak YAPILAN İŞİN VE İŞYERİNİN NİTELİĞİNİN YILLIK ÜCRETİ İZNE ELVERİŞLİ OLMASI<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. İştar URHANOĞLU<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

İşçinin çalışarak yorulduğu zamanın bedensel ve ruhsal bakımdan telafi edilmesi gerekir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için, dinlenme sürelerinin işçinin insani ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelik ve ölçüde olması gerekir. Yıllık cretli izin hakkı da çalışanların korunması amacına yönelik, Anayasal kaynaklı ve sosyal nitelikli bir haktır. Yıllık cretli izin hakkı; *işçiler için kanun, iş veya toplu iş sözleşmesi veya örf ve âdet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma süresinin içinde, çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak* olarak tanımlanabilecektir. Niteliklerinden dolayı bir yıldan az süren mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanların yıllık ücretli izin hakkı yoktur (m.53/III). Ayrıca süreksiz işlerde çalışan işçiler de yıllık ücretli izin hakkından yararlanamaz (m.10).

**Anahtar Kelimeler:** Dinlenme Hakkı, Yıllık cretli İzin Hakkı, Süreksiz İş, Mevsimlik İş, Kampanya İşleri.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06/07/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 05/08/2021.

Atıf Sekli: İştar Urhanoğlu, “Yıllık cretli İzne Hak Kazanmanın Bir Koşulu Olarak Yapılan İşin ve İşyerinin Niteliğinin Yıllık cretli İzne Elverişli Olması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 643-668.

<sup>(\*\*)</sup> Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: [istarurhanoglu@hacettepe.edu.tr](mailto:istarurhanoglu@hacettepe.edu.tr).

Orcid: 0000-0002-3769-9260.

## **As a Condition of Entitlement to Annual Paid Leave QUALITY OF THE WORK DONE AND THE WORKPLACE SUITABLE FOR ANNUAL PAID LEAVE**

### **ABSTRACT**

The time that the worker is tired by working should be compensated physically and mentally. In order for his aim to be realized, the rest periods must be of the quality and extend to meet the human needs of the worker. The right to annual paid leave is a constitutional and social right for the protection of employees. The right to annual paid leave; an inalienable, personality-related right that provides the opportunity for workers to be free to rest without working and without any cuts in their wages, during the continuation of the employment relationship and during the working period, provided that the working conditions determined by the law, labor or collective bargaining agreement or customary rules are fulfilled. Due to their qualifications, employees working in seasonal and campaign works lasting less than one year are not entitled to annual paid leave (article 53/III). In addition, employees working in non-permanent jobs cannot benefit from annual paid leave (article 10).

**Keywords:** Right to Rest, Right of Annual Paid Leave, Temporary Work, Seasonal Work, Campaign Work.

## GİRİŞ

Yıllık ücretli izin hakkı, çalışanların korunması amacına yönelik, Anayasal kaynaklı ve sosyal nitelikli bir haktır. Nitekim Anayasa'nın 50. maddesinde “*Çalışma şartları ve dinlenme hakkı*” güvence altına alınmış, bu çerçevede yıllık ücretli izin hakkının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda yıllık ücretli izin hakkı; *işçiler için kanun, iş veya toplu iş sözleşmesi veya örf ve âdet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma süresinin içinde, çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak* olarak tanımlanabilecektir.

Yıllık ücretli izin hakkının hukuki niteliğine ilişkin birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Kanaatimizce yıllık ücretli izin hakkı, işverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonucu olarak işçiye verilmiş sosyal ve ekonomik nitelikte bir haktır. Yıllık ücretli izin hakkının Anayasa'da *Sosyal ve Ekonomik Haklar* başlığı altında düzenlenmesi de bu görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.

Yıllık ücretli izin, işçinin ücretinden yoksun kalmadan, belirli zaman aralıklarıyla geçici olarak iş yükümlülüğünden kurtulmasını sağlayan izin dönemlerini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır.

Türk Hukukunda yıllık ücretli izin hakkı, ilk defa 1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tazimi Hakkında Kanun ile *gazetecilere*, daha sonrasında ise 1954 tarihli ve 6379 sayılı Deniz İş Kanunu ile *gemi adamlarına* tanınmış, halen uygulanan 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile *gemi adamlarına* tanınmıştır. 1936 tarihli ve 3008 sayılı İş Kanunu'na göre çalışan işçilere ise 1960 yılında ve 7467 sayılı *Yıllık Ücretli İzin Kanunu* ile bilahare tanınmıştır. Ayrıca Kanunu uygulamaya taşımak amacıyla *Yıllık Ücretli İzin Talimatnamesi* yürürlüğe konulmuştur. Daha sonrasında ise 25.08.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu ve bu Kanunun uygulanmasına istinaden *Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği* çıkartılmış ve 4857 Sayılı İş Kanunu'nun kabul edilmesine kadar söz konusu düzenlemeler yürürlükte kalmıştır.

## I. YILLIK ÜCRETLİ İZİN HAKKI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Dinlenme hakkı, anayasal sosyal bir hak olan çalışma hakkı kapsamında, genel ve soyut bir kuralla güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası<sup>1</sup>'nin “*Çalış-*

<sup>1</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, 01.07.2021.

*ma şartları ve dinlenme hakkı*" kenar başlıklı 50. maddesinin üçüncü fıkrasında "Dinlenmek, çalışanların hakkıdır." denildikten sonra dördüncü fıkrasında "Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiş<sup>2</sup> ve bu hükümlerle, ücretli hafta tatili ve yıllık ücretli izin bakımından dolaylı etkinin varlığı kabul edilerek kanun koyucuya görev yüklenmiştir. İş Hukukunda mevzuatla öngörülen doğum izni, evlenme izni, ölüm izni, işveren tarafından verilen ücretli veya ücretsiz mazeret izinleri de bulunmakla birlikte, bu tür izinler belirli olayların veya durumların varlığına bağlı olduğundan, genel olarak dinlenme hakkı bağlamında ele alınmazlar.

Dinlenme hakkının kullandırılmasının ve süresinin işçinin sağlığı ve iş güvenliği ile olan bağlantısı, bu sürelerin emredici hukuk kuralları ile düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır.<sup>3</sup> 4857 sayılı İş Kanunu'nun *çalışma süresi* kenar başlıklı 63. maddesinin gerekçesinde, mevcut düzenlemelerin işçilerin sağlıklarını korumak amacıyla yapıldığı ifade edilmiştir. Alman Hukukunda çalışma sürelerini düzenleyen Çalışma Süreleri Kanununda amaç, öncelikli olarak işçi sağlığının ve iş güvenliğinin korunması olarak belirtilmiştir. Avrupa Birliği kapsamında çalışma sürelerini düzenleyen 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Direktifinde de amacın aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Günlük, haftalık ve yıllık olarak yapılan çalışmaların sonunda, dinlenme ve izin sürelerinin tanınmaması, işgücünün aşırı ve dengesiz kullanılmasının sonucu olarak fiziksel ve ruhsal iyilik halinin bozulmasına yol açar. Bu olumsuzluk ve yorgunluk, işçinin emeğine ilişkin motivasyonunu ve konsantrasyonunu düşürür, işin tehlikelerine karşı dikkatini kaybetmesine neden olur, iş kazası ve meslek hastalıklarına maruz kalma ihtimalini artırır.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu - Muhittin Astarlı, *İş Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 1131; Ö. İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine*, 3. Bası, İstanbul 1993, s. 239-240; Şükran Ertürk, *İş İlişkisinde Temel Haklar*, Ankara 2002, s. 52 vd.; A. Tarık Gümüüş, *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, İstanbul 2010, s. 338; Sarper Süzek, *İş Hukuku*, 7. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011, s. 762; Oğuz Kurucu, *İş Süreleri-Dinlenmeler-Fazla Çalışma*, Ankara 1987, s. 987; Fevzi Demir, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 3. Bası, İzmir 2003, s. 112; Barry Titman - Peter Camp, *Individual Employment Law*, Third Edition, London 1989. s. 12.

<sup>3</sup> Ayşe Arat, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Ankara 2006, s. 45-50; Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Ankara 2008, s. 55; Micheal Whincup, *Modern Employment Law*, A Guide to Job Security and Safety, Eight Edition, 1995, s. 77.

<sup>4</sup> Whincup, 1995, s. 76-77; Ali Cengiz Köseoğlu - Sibel Kabül, "Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. I, İstanbul 2011, s. 970; Ali Ekin, "Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. II, İstanbul 2011, s. 1385 vd.; Astarlı, 2008, s. 54; Mina Özevren, *İşletmelerde Çalışma Saatleri Programları ve Marmara Bölgesindeki Uygulama*, İstanbul 1987, s. 18-29.

Dinlenme hakkı, çalışarak yorulan işçiye bedensel ve ruhsal bakımdan dinlenip, yorgunluğunu gidermesi için serbest zaman tanınmasıdır. Dinlenme hakkı, hem iş sözleşmesinin taraflarını yani işçi ve işvereni hem de işçinin ailesini etkilemesi sebebiyle, aslında toplum huzuruna hizmet eden bir sosyal haktır. İşçinin çalışarak yorulduğu zamanın bedensel ve ruhsal bakımdan telafi edilmesi gerekir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için, dinlenme sürelerinin işçinin insani ihtiyaçlarını karşılayabilecek nitelik ve ölçüde olması gerekir.<sup>5</sup>

Yıllık ücretli izin hakkı ise, çalışanların korunması amacına yönelik, Anayasal kaynaklı ve sosyal nitelikli bir haktır.<sup>6</sup> Nitekim Anayasa'nın 50. maddesinde "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" güvence altına alınmış, bu çerçevede yıllık ücretli izin hakkının yasayla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.<sup>7</sup> Hükme göre; "Dinlenmek çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir." (AY m.50/III, IV). Hükümün gerekçesinde ise, "Dinlenme, çalışanların hakkıdır. Bu hem çalışanın bedenen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." ifadesi yer almaktadır. Böylece, işçinin her yıl belirli bir süre ücreti ödenerek dinlendirilmesi suretiyle sağlığının korunması ve iş gücünün yenilenmesi sağlanmaktadır. Anayasa'nın söz konusu hükmüne istinaden yıllık ücretli izin hakkı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 53 ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Yıllık ücretli izinlerin kullanılmasına ilişkin yöntem ve koşullar ise Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği<sup>8</sup> ile düzenlenmiştir. Ayrıca bu hakka, 854 sayılı Deniz İş Kanu-

<sup>5</sup> Mollamahmutoğlu - Astarlı, 2011, s. 1131; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2010, s. 240; Faruk Andaç, *İş Hukuku, Türk Çalışma Hukuku Uygulaması*, Ankara 2008, s. 132; Alvin Goldman, *Labor and Employment Law in the United States*, 1996, s. 302-303; Kurucu, 1987, s. 176 vd.; Öner Eyrenci - Savaş Taşkent - Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 253 vd.; Tankut Centel, *İş Hukuku Bireysel İş Hukuku*, Cilt 2, İstanbul 1994, s. 243; John Bowers, *Employment Law*, Fourth Edition, London 1997, s. 56-57.

<sup>6</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998, s. 112-113; Bülent Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, Ankara 1976, s. 102.

<sup>7</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu - Hamdi Astarlı - Ulaş Baysal, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019, s. 377; Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2019, s. 819; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 05.11.2009, E. 2009/1159, K. 2009/30499; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 31.10.2008, E. 2008/30895, K. 2008/29667.

<sup>8</sup> Resmî Gazete Tarihi: 03.03.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25391; <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=7.5.5451&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=Y%C4%B1ll%C4%B1k%C3%9Ccretli%20%C4%B0zin%20Y%C3%B6netmeli%C4%9Fi>, 01.07.2021.

nu'nda<sup>9</sup> ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunda<sup>10</sup> da yer verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde yıllık ücretli izin hakkı; *işçiler için kanun, iş veya toplu iş sözleşmesi veya örf ve âdet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma süresinin içinde çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak* olarak tanımlanabilecektir.<sup>11</sup>

4857 sayılı İş Kanunu'nda bu hak, işçiyi koruma amacı ve toplum yararı nedeniyle emredici nitelikte hükümler ile düzenlenmiştir. Anayasa m.53/II'de yer alan *"Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez."* ifadesi ile iş ilişkisinin devamında işçinin sağlığının korunması ve dinlenme hakkının amacına ulaşabilmesi için kendisine karşı da koruma sağlanmıştır.<sup>12</sup> İş Kanunu'nun yıllık izin ücretine ilişkin hükümleri de sosyal kamu düzenine ilişkin hükümlerdir.<sup>13</sup> Buradan da

<sup>9</sup> Kanun Numarası: 854, Kabul Tarih: 20/4/1967, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 29/4/1967, Sayı: 12586, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5, Cilt: 6, Sayfa: 1849; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.854.pdf>, 30.06.2021.

<sup>10</sup> Kanun Numarası: 5953, Kabul Tarihi: 13/6/1952, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 20/6/1952, Sayı: 8140, Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3, Cilt: 33, Sayfa: 1511 (<https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.3.5953&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=>, 30.06.2021).

<sup>11</sup> Hamdi Mollamahmutoğlu - Hamdi Astarlı - Ulaş Baysal, *İş Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, s. 1314; Mollamahmutoğlu - Astarlı - Baysal, 2019, s. 377; Taner Çöğenli, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, İstanbul 1983, s. 61; Nuri Çelik - Nurşen Caniklioğlu - Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2018, s. 729; A. Nizamettin Aktay - Kadir Arıcı - E. Tuncay Kaplan Senyen, *İş Hukuku*, 4. Bası, Ankara 2011, s. 266; Süzek, 2019, s. 826; Ünal Narmancıoğlu, *İş Hukuku, Ferdî İş İlişkileri I*, İzmir 2012, s. 697; Süzek, 2011, s. 708; Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 24. Bası, İstanbul 2011, s. 371-372; Çöğenli, 1983, s. 61; Haluk Hadi Sümer, *İş Hukuku*, 16. Bası, Konya 2011, s. 19-140; Münir Ekonomi, *İş Hukuku, C. I, Ferdî İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984, s. 333; Kenan Tunçomağ - Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 160-161; Ercan Akyiğit, *1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin*, Ankara 2000, s. 31; Murat Özveri, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları", *Legal İHSGHD*, S. 15, 2007, s. 922; Cevdet İlhan Günay, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı", *Sicil İHD*, S. 20, Aralık 2010, s. 28-29.

<sup>12</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 23.13.2003, E. 2003/10839, K. 2003/22571; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 05.02.1986, E. 1986/12076, K. 1986/1206; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 12.02.1996, E. 1996/507, K. 1996/1779; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 25.12.1996, E. 1996/16099, K. 1996/2412; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 11.04.1996, E. 1996/7413, K. 1996/8106; ayrıca bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2010, s. 250; Ergun İnce, *Çalışma Hukuku*, İstanbul 1998, s. 122; Süzek, 2011, s. 283.

<sup>13</sup> Turhan Esener, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1978, s. 209; Süzek, 2011, s. 773; Nurşen Caniklioğlu, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları", *Prof. Dr.*



anlaşılacağı üzere, yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemeler işçinin korunması amacına yönelmişlerdir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2003 yılında vermiş olduğu bir kararında; *yıllık ücretli izin hakkının İş Kanunu ve Anayasa tarafından korunan bir hak olduğu ve vazgeçilemeyeceği* hususunu vurgulamıştır. Karara göre; “... Yıllık ücretli izin alacağı istemli davada, mahkemece, davacının davalı idareye verdiği 16.05.2001 tarihli dilekçesinde; izin hakkını kullanmayacağını, ileride kanuni bir hak talep etmeyeceği ibareleri bulunuşu nedeniyle davacının davası reddedilmiştir. Taraflar arasındaki hizmet sözleşmesi 14.12.2002 tarihinde emeklilik nedeniyle son bulmuştur. Sözü edilen belge 16.05.2001 tarihlidir. Yıllık ücretli izin hakkı İş Kanunu ve Anayasaca korunan bir haktır. Dinlenme hakkından vazgeçilemez. Yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işverenin feshi, ölüm veya emeklilik durumunda ücrete dönüşür. Dolayısıyla doğmamış haktan vazgeçmek hukuken geçerli olmaz...”.<sup>14</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi ise 2019 yılında verdiği diğer bir kararında<sup>15</sup> da bu hususu açıkça ifade etmiştir. Karara göre; *yıllık izin hakkı anayasal temeli olan bir dinlenme hakkı olup, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında ücrete dönüşmez ve bu haktan vazgeçilemez; işçinin iş sözleşmesinin devamı süresinde kullanmadığı yıllık izinlere ait ücreti istemesi mümkün değildir; bu nedenle, işçinin iş sözleşmesinin devamı sırasında izin hakkının bulunduğunun tespitini istemesinde hukuki menfaati vardır. İş sözleşmesi devam ederken yıllık ücretli izin talebi zamanaşımına uğramamakta, kendiliğinden sona ermemektedir (m.59). Bunun yanında iş sözleşmesi devam ederken, işçinin izin sırasında yasak sayılabilecek bir işte çalıştığının anlaşılması durumunda ondan izin ücreti geri alınabilecek (m.58) ve belki de bu yüzden İş Kanununun 25/II,e maddesi uyarınca iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshi yoluna da gidilebilecektir<sup>16</sup>. Yıllık ücretli izin hakkının kullanılmasından önce iş sözleşmesinin sona ermesi halinde ise, yıllık ücretli iznin bütünlüğünün (izin ve ücret birlikteliği) sağlanması mümkün olmayacağından bu noktada bir bölünme yaşanacaktır. Zira iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle*

---

**Nuri Çelik'e Armağan**, C. II, İstanbul 2001, s. 1147; Akyiğit, 2000, s. 72; Necati Kayhan, “Ulusal ve Uluslararası Normlara Göre Türkiye’de Yıllık İzin Hakkı ve Kamuda Alt İşverenlik İzin Uygulaması”, *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 1, S. 1, 2010, s. 121.

<sup>14</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 23.12.2003, E. 2003/10839, K. 2003//22571.

<sup>15</sup> Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T. 26.12.2019, E. 2016/25693, K. 2019/24536; bkz. aynı yönde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T. 26.12.2019, E. 2019/8754, K. 2019/24584; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, T. 19.06.2019, E. 2017/22881, K. 2019/13485.

<sup>16</sup> Ercan Akyiğit, *İş Kanunu Şerhi*, Ankara 2008, s. 1790.

sona ermesi durumunda *yıllık izin* ögesi de imkânsızlık nedeniyle sona erecektir. Nitekim İş Kanunu m.59'da iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesiyle kullanılması olanaksız hale gelen yıllık ücretli izin hakkı yerine işçinin kendisine veya hak sahiplerine yıllık ücretli izin süresine ait ücretin ödeneceği hususu açıkça belirtilerek, iş sözleşmesinin devamı sırasında kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkın, iş sözleşmesinin sona ermesiyle parasal bir hakka dönüş- tüşü kabul edilmektedir.<sup>17</sup> Bütünlük anlayışını savunan yazarlar, iş sözleşmesi- nin sona ermesi durumunda yıllık ücretli izin hakkının (izin ve ücret birliğinin) tümüyle olanaksızlaştığını, onun yerini (fesih haliyle sınırlı olarak) *tazminatın* alacağını kabul etmektedirler.<sup>18</sup>

*Kanaatimizce* yıllık ücretli izin hakkı, işverenin işçiyi gözetme borcunun bir sonucu olarak işçiye verilmiş sosyal ve ekonomik nitelikte bir haktır. Bu hakkın kanunen ve/veya sözleşmelerle tanınması temelini işverenin gözetme borcun- dan aldığı gerçeğini değiştirmemektedir. İşçi de kendisine tanınan bu hak çer- çevesinde ve kendisine verilen ücret ile birlikte iş görme borcundan geçici bir süre kurtulmaktadır. Yıllık ücretli izin hakkının Anayasa'da *Sosyal ve Ekonomik Haklar* başlığı altında düzenlenmesi de bu görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.

Türk Hukukunda sözleşme serbestisi ilkesine dayalı olarak iş sözleşmesi temel kaynak olmakla birlikte, bu sözleşmenin içeriği işçiyi koruma amacını taşıyan emredici kurallar nedeniyle diğer sözleşmelerden farklı bir nitelik gös- termektedir ve bu özelliği nedeniyle iş sözleşmesi işçiye gerçek bir statü kazan- dırmaktadır. Yıllık ücretli izin hakkı İş Kanunu'nun sosyal karakterini gösteren emredici hükümlerle düzenlenmiş bulunmaktadır.<sup>19</sup>

## II. YILLIK ÜCRETLİ İZNE HAK KAZANMANIN KOŞULLARI

İş Kanunu ile düzenlenen yıllık ücretli izne hak kazanma koşulları, m.53'te hükme bağlanmıştır. Buna göre işçinin işyerinde işe başladığı günden itibaren, deneme süresi de içinde olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olması ve işin de niteliklerinden dolayı bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinden olmaması gerekmektedir. Yıllık ücretli izni düzenleyen hükümlerde açıkça iş

<sup>17</sup> Eyrenci - Taşkent - Ulucan, 2010, s. 259; Akyiğit, 2000, s. 33.

<sup>18</sup> Erdoğan Çubukçu, "Yıllık Ücretli İznin Kullanım Zamanı, İşçinin Kullanmadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı, Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı Başlangıcı", Karar İnceleme, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Kasım 1999-Şubat 2000, s. 65 vd.; aksi görüş için bkz. Akyiğit, 2000, s. 33.

<sup>19</sup> Nuri Çelik - Nurşen Caniklioğlu - Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Ekim, İstanbul 2019, s. 755.

Kanunu kapsamında çalışan işçilerden, işten veya işyerlerinden bahsedilmemiş olsa da kanun koyucunun bunu açıkça ifade etmeye gerek duymadığı kabul edilmelidir. O halde yıllık ücretli izin hakkından yararlanılabilmesi için öncelikle işçinin, işin ve işyerinin kişi, yer, iş türü ve zaman itibarıyla İş Kanunu kapsamında olması, işçinin en az bir yıldır çalışıyor olması ve yapılan işin ve işyerinin niteliğinin yıllık ücretli izne elverişli olması gerekmektedir. Mevsimlik işlerle, kampanya işlerinde ve süreksiz işlerde (m.10/II) çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından yararlanamazlar. Yıllık ücretli izin hakkından yararlanmak için işin sürekli işlerden olması m.53'de tasrih edilmese de şarttır.<sup>20</sup>

Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde bir yıllık ücretli iznin gündeme gelebilmesi için ise, öncelikle 6098 sayılı Kanuna tabi bir hizmet (iş) sözleşmesiyle çalışmanın bulunması gerekir. Zira diğer iş kanunları kapsamındaki yıllık ücretli izinler her bir ilgili yasada ayrıca düzenlendiğinden, 6098 sayılı Kanunun yıllık izine dair hükümlerinin onlarda da doğrudan kendiliğinden uygulanacağı söylenemez. Hangi hizmet sözleşmesiyle çalışmanın (hangi işlerdeki çalışmanın) 6098 sayılı Kanuna tabi olacağı konusunda diyebiliriz ki; 4857 sayılı İş Kanunu (m.1, 4), Basın İş Kanunu (m.1 vd.) ve Deniz İş Kanunu (m.1 vd.)'nun kapsamına tümüyle giremeyen her işteki iş sözleşmesiyle çalışma Türk Borçlar Kanunu'na tabidir. Faaliyet ve onda çalışmayı içeren hizmet sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'na tabi olduktan sonra, onun tam veya kısmi süreli (TBK. 393/2) yahut belirli veya belirsiz süreli olması farksızdır. Yıllık ücretli izin, hepsinde gündeme gelebilir. Yani tipik veya atipik bir iş sözleşmesiyle çalışma farksızdır. İş Kanunundan farklı olarak hizmet sözleşmesinin mevsimlik veya sürekli/süreksiz işte çalışmayı öngörmesi de farksızdır. Temelde İş Kanunu'na tabi olan ama yıllık izinden dışlanan süreksiz işlerde (m.10) ve mevsim/kampanya işlerinde (m.53) Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı açıktır (10). Bu durumda İş Kanunundan tümüyle dışlanan işçilere (m.4) ve yıllık izinden dışlanan işçilere de Türk Borçlar Kanunu'nun yıllık ücretli izinle ilgili hükümleri uygulanacaktır (m.10) denilebilir.<sup>21</sup>

İşçinin, yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmesi için, işin ve işyerinin İş Kanunu'nun uygulama alanında olması ve işçinin bir yıldır çalışıyor olması koşullarının yanında, yapılan işin ve işyerinin niteliğinin de yıllık ücretli izin hakkını tanınması için elverişli olması gerekmektedir. Niteliklerinden dolayı bir yıldan

<sup>20</sup> Mollamahmutoğlu - Astarlı - Baysal, 2012, s. 1316.

<sup>21</sup> Ercan Akyiğit, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin", *MESS, SİCİL, İş Hukuku Dergisi*, Aralık 2011, Yıl 6, Sayı 24, s. 27.

az süren mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanların yıllık ücretli izin hakkı yoktur (m.53/III). Ayrıca süreksiz işlerde çalışan işçiler de yıllık ücretli izin hakkından yararlanamaz (m.10).

### III. YAPILAN İŞİN VE İŞYERİNİN NİTELİĞİNİN YILLIK ÜCRETLİ İZNE ELVERİŞLİ OLMASI

Süreksiz işlerin tanımına Kanunda yer verilmiş olmasına rağmen, mevsimlik işin tanımlanmamış olmasına bağlı olarak, uygulamada özellikle işçilerin yıllık ücretli izin haklarından yararlanmaları bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. İşverenlerin işçileri bir yıldan daha kısa sürelerle çalıştırarak, onları mevsimlik işçi statüsüne dahil etmeleri ve bu yolla işçileri yıllık ücretli izin hakkından mahrum bırakmaya çalıştıkları görülmektedir. Bunun için mevsimlik ve kampanya işlerinin niteliğinin, sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli olduğunun, iş ilişkisinin mevsim ve kampanya dışında devam edip etmediğinin belirlenmesi gerekir.

Hafta Tatili Kanununun 4/I maddesinde “... açık havada ve senenin bir kısmında yürütülen işler” ifadesi ile kampanya işleri, “... faaliyeti mevsime tabi işler ...” ifadesi ile de mevsimlik işyerleri düzenlenmiştir. Yine İş Kanunu’nun Toplu İşçi Çıkarma kenar başlıklı m.29/VII hükmünde “Mevsim ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin işten çıkarılmaları hakkında ...” ifadesi ile yıllık ücretli izin hakkını düzenleyen m.53/III hükmünde “... bir yıldan az süren mevsimlik ya da kampanya işleri...” ifadelerine yer verilmiştir. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin 12. maddesine göre; “İş Kanunu’nun 53. maddesinin üçüncü fıkrasında sözü geçen ve nitelikleri yönünden bir yıldan az süren mevsim ve kampanya işlerinin yürütüldüğü işyerlerinde devamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanır” ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 35/3 maddesine göre; “Faaliyetleri bir yıldan az süren işlerde uygulanmak üzere yapılan toplu iş sözleşmelerinin süresi bir yıldan az olabilir. İşin bitmemesi hâlinde bu sözleşmeler bir yılın sonuna kadar uygulanır.” hükümleri ile mevsimlik iş ve kampanya işlerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

#### A. Mevsimlik İşler ve Kampanya İşleri

İşin niteliğinden dolayı bazı işkollarında mal veya hizmet üretimi sadece yılın belirli dönemlerinde yoğun bir şekilde gerçekleşir. Bu dönemlerin belirlenmesi genel olarak mevsimlerle bağlantılı olduğu için söz konusu işler mevsimlik iş veya kampanya işi olarak adlandırılır. Mevsimlik işler ve kampanya işleri, sadece yılın belli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmak-

la birlikte yılın belli dönemlerinde faaliyetin yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler olarak tanımlanabilir.<sup>22</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2008 yılında vermiş olduğu bir kararından da aynı husus vurgulanmıştır. Karara göre; "*Çalışmanın sadece yılın belirli dönemlerinde sürdürüldüğu veya tam yıl çalışılmakla birlikte yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan isler mevsimlik is olarak tanımlanabilir. Her zaman aynı miktarda işçi çalıştırmaya elverişli olmayan ve işyerinde yürütölen faaliyetin niteliğine göre işçilerin her yıl belirli sürelerde yoğun olarak çalıştıkları ve fakat yılın arta kalan dönemlerinde işçilerin iş sözleşmelerinin ertesi yılın faaliyet dönemi basına kadar askıya alındığı bu işlerin özelliğini, yılın belirli dönemlerinde periyodik, düzenli olarak tekrarlanması oluşturur.*"<sup>23</sup>

Mevsimlik işler nitelikleri gereğince, farklı özellikler taşımaktadırlar. *Taşkent*'e göre, mevsimlik işlerde işyerinin bütün bir yıl faaliyette bulunması mümkün olup, faaliyetin yılın belli bir zamanında artması asıldır. Oysa kampanya işlerinde, işyerinin yılda belirli dönemlerin dışında faaliyette bulunması mümkün değildir.<sup>24</sup> *Akı*'ya göre ise mevsimlik iş, yılın belli bir döneminde işyerinde faaliyetin arttığı ve bu durumun hemen her yılın belirli dönemlerinde düzenli olarak tekrarlandığı işleri ifade etmektedir. Kampanya işleri de bir bakıma mevsimlik faaliyetlere benzemekle birlikte, bir kampanya çalışması yıl içerisinde 2-3 ay yoğun bir biçimde sürdürdükten sonra faaliyete son verilir.<sup>25</sup> Bu tür işlerde yılın belirli dönemlerinde işçiler tam süreli çalışmakta, diğer dönemlerinde ise işçi sayısı düşürölmekte veya faaliyete tamamen ara verilmektedir. Kampanya işlerinde ise, herhangi bir nedenle yılda kural olarak birkaç ay çalışılmakta ve özellikle yapılan işin niteliğine göre ürünün zorunlu olarak hızlı bir şekilde toplanıp işlenmesi ge-

<sup>22</sup> Erol Akı, "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları", *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000, s. 250; Bektaş Kar, "Mevsimlik İş", *Sicil İHD*, S. 4, Y. 1, Aralık 2006, s. 70; Zeki Okur, "Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin", *Kamu-İş*, C. 10, S. 2, 2008, s. 4; Savaş Taşkent, "Mevsim ve Kampanya İşleri", *İBD*, S. 11/12, Kasım-Aralık 1976, s. 38; Esener, 1978, s. 210; Gülsevil Alpagut, *Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi*, Ankara 1998, s. 103-104; Z. Gönöl Balkır, "Her Yönüyle Mevsimlik İşler", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi*, S. 1, Kasım 1997, s. 151; Ö. Polat Soyer, "Avrupa Birliğinde İş Süresi ve Dinlenme Hakları", *Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri*, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997, Ankara 1997, s. 47; Süleyman Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", *AÜHFD*, 2005, S. 3, 2006, s. 164.

<sup>23</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 14.04.2008, E. 2008/11496, K. 2008/8311.

<sup>24</sup> Taşkent, 1976, s. 39.

<sup>25</sup> Akı, 2000, s. 236.

rekmetedir.<sup>26</sup> Kampanya işlerinin en tipik örneğini, yılın belirli mevsimlerinde üretilen ürünlerin işlenmesi için sadece o dönemde faaliyet gösteren tarım sanatlarına ilişkin işyerlerinde yürütülen işler oluşturur. Şeker endüstrisi, çay, pamuk toplama faaliyetleri, yılbaşı için açılan fuarlardaki hediye stantlarında çalışma kampanya işine örnek olarak gösterilebilir. Niteliği itibarıyla her iki çalışma türünün genel özelliği, çalışma zamanlarının önceden bilinebilir olmasıdır. Genel olarak benzerliklerin çokluğu nedeniyle, işin niteliği gereği farklılık arz etseler de her ikisi de mevsimlik iş başlığı altında ifade edilmektedir. Nitekim mevsimlik işler ve kampanya işleri mevzuatımızda ayırım yapılmadan birlikte değerlendirilmiş ve aynı hukuki sonuçlara tabi tutulmuşlardır. Yargıtay, önceki kararlarında mevsimlik işin tanımına yer vermemiş, ancak bu kavramı kullanmıştır.<sup>27</sup>

İşin yoğunluğuna göre her zaman aynı sayıda işçi çalıştırılmasına elverişli olmayan mevsimlik veya kampanya işlerinde yoğun olarak çalışılan dönemlerin dışında kalan dönemde iş sözleşmeleri ertesi yılın faaliyet dönemi başına kadar askıya alınmaktadır. Bununla beraber, bu işlerin genel özelliği yılın belirli bir döneminde periyodik ve düzenli olarak tekrarlanması gereğidir. Plaj, kaplıca, otel işletmeciliği, turfanda meyve sebze için kutu ya da kasa imalatı, kış mevsimine bağlı olarak yapılan kar temizleme işleri, sulama ve fidan dikim işleri mevsimlik iş olarak nitelendirilebilir.<sup>28</sup>

İşin süresine ilişkin niteliğinden dolayı süre sınırlamasına tabidir. Bu sebeple mevsimlik işin belirlenmesinde devam ettiği süre değil, işin niteliği belirleyici özellik arz etmektedir.<sup>29</sup> Yargıtay birçok kararında mevsim ve kampanya işlerinin niteliği itibarıyla belirlemeden, sırf çalışmalar her dönemde bir yıldan az sürdüğü için işçilerin izin taleplerinin kabul edilemeyeceği esasını benimsemiştir. Yargıtay bir kararında, süreyi esas almak suretiyle, on ayın üstündeki işi

<sup>26</sup> Mollamahmutoglu - Astarlı, 2011, s. 401 vd.; Çöğenli, 1983, s. 92; Taşkent, 1976, s. 40; Gülsevil Alpagut, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Mercek*, Ocak 2004, s. 104.

<sup>27</sup> Yargıtay HGK., T. 03.02.1993, E. 1993/9-716, K. 1993/35; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 27.03.2006, E. 2006/28454, K. 2006//7364; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 09.05.1991, E. 1991/325, K. 1991/8245; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 02.04.1997, E. 1997/649, K. 1997/6557; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 28.2.1996, E. 1996/29369, K. 1996/3299; Öğretideki tanımlara benzer bir tanımın yapıldığı sonraki tarihli karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 15.09.2006, E. 2006/21611, K. 2006/22886,

<sup>28</sup> Sevil Büyüktarakçı, "Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *DEÜ-HFD*, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1074; Mollamahmutoglu - Astarlı, 2011, s. 402 vd.; Çöğenli, 1983, s. 92-93.

<sup>29</sup> Alpagut, 2004, s. 105; Caniklioğlu, 2001, s. 1156.

mevsimlik olarak kabul etmemiştir.<sup>30</sup> Başka bir kararında ise, on bir ay devam eden bir işi kampanya işi olarak değerlendirmiştir.<sup>31</sup> Kararlardaki isabetsizlik işçinin çalıştığı işin mevsimlik veya kampanya işi olduğu konusunda bir inceleme yapılmaksızın, işçinin bir yıldan az çalışmış olmasına göre hüküm verilmesinden kaynaklanmaktadır. Uygulamada işçinin çalıştırıldığı işin gerçekte mevsimlik veya kampanya işi olmamasına rağmen, böyle bir iş yapıyor gibi düzen kurularak işçi her yıl 4-11 ay çalıştırılmaktadır. Bazen inşaat işinde olduğu gibi, iş niteliği gereği mevsimlik iş olmasa da o şekilde kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu boşlukların ortadan kaldırılabilmesi için Kanunda açıkça tanımı yapılmalı, niteliklerine göre bu işler belirlenmeli ve sınırları çizilmeli, süre unsuru son olarak dikkate alınmalıdır. Nitekim mevsim veya kampanya işi, doğrudan işin ve işyerinin niteliği ile ilgilidir, bu durumda işin süresinin kısalığı, mevsim veya kampanya işi olarak değerlendirilmesine sebep olmaz.<sup>32</sup> Bununla beraber, mevsimlik iş olarak nitelendirilmesi için, işyerinin mevsimlik işyeri olması da zorunlu değildir. Faaliyet tüm yıl boyunca devam etmesine rağmen, ancak mevsimsel sebeplerle belirli dönemlerde yoğunlaşma söz konusu ise, yapılan iş yine mevsimlik iştir.<sup>33</sup> Yargıtay'a göre; *"Uygulamada tamamen mevsimlik faaliyet gösteren işyerleri olduğu gibi çoğunlukla bazı işyerlerini mevsimlik işçilerle yürüten kısmi mevsimlik işyerlerine de rastlanmaktadır ... adli işyeri bir kısım işlerini yılın 12 ayında çalıştırdığı işçilerle, diğer bir kısım işlerini ise her yılın belli dönemlerinde çalıştırdığı mevsimlik işçilerle yürütmektedir. Bu nedenle mevsimlik iş ve işyeri kavramlarını birbirinden ayırarak mütalaa etmek gerekir. Önemli ve belirleyici olan işçinin yaptığı işin mevsimlik iş olup olmadığıdır ..."*<sup>34</sup>

Mevsimlik işler ve kampanya işlerinde özellikle işyerindeki faaliyet, tekrarlayan bir şekilde dönem dönem artmakta, azalmakta veya durmaktadır. İşin niteliği sürekli bir çalışmaya değil, mevsime bağlı olarak ihtiyaç çerçevesinde çalışmayı gerek-

<sup>30</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 05.03.1976, E. 1976/6202, K. 1976/8823.

<sup>31</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 13.06.1979, E. 1979/7539, K. 1979/9234.

<sup>32</sup> Alpagut, 1998, s. 105; Taşkent, 1976, s. 40; Mollamahmutoğlu - Astarlı, 2011, s. 402-403.

<sup>33</sup> *"Her ne kadar yerel mahkemeye savunmaya değer verilerek davacının mevsimlik işçi olarak çalıştığı ve iş sözleşmesinin askıya alındığı gerekçesiyle davacının ise iade talebi reddedilmişse de, vize uygulaması idari bir tasarruf olup, iş sözleşmesinin kurulması ya da feshedilmesi ile ilgilendirilmesinin olanağı yoktur. Davalı işverence yapılan işler sürekli iştir. Mevsimlik iş olarak değerlendirilmesi ve davacı işçinin mevsimlik işçi olarak kabul edilmesi olanağı yoktur. İşverence yapılan feshin geçersizliğine..."* (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 15.03.2004, E. 2004/4501, K. 2004/4971; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 18.04.2006, E. 2006/ 4840, K. 2006/10622; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 27.03.2006, E. 2006/28454, K. 2006/7364).

<sup>34</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 13.11.2002, E. 2002/23829, K. 2002/21243.

tirmektedir. Yargıtay'a göre de; "Mevsimlik işten söz edebilmek için unsurlardan ilki üretimin mevsim olarak belirlenecek dönemlere göre yürütülmesinin sebepleri ve diğeri ise yılın belirli dönemlerinde bütün olarak ya da kısmen faaliyette bulunmanın her yıl belirli dönemlerde düzenli bir şekilde tekrarlanmasıdır."<sup>35</sup> Bununla beraber mevsimlik işler nitelikleri itibarıyla, belli bir süre sınırı içerseler de sürekli işlerdendir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10. maddesine göre, "Nitelikleri bakımından en çok otuz iş günü süren işlere süreksiz iş; bundan fazla devam edenlere sürekli iş denir.". Mevsimlik işler ve kampanya işlerinde yılın belirli dönemlerinde çalışması veya belli dönemlerinde iş yoğunluğunun artması ve görülen işin niteliğinden dolayı süre sınırlaması söz konusu olmaktadır. Kural olarak iş sözleşmesinin tarafları, sözleşmeyi Kanun hükümleri ile getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler (m.9/I). Bu doğrultuda iş sözleşmesini belirli veya belirsiz süreli olarak da yapabilirler (m.9/II). İş sözleşmeleri kural olarak belirsiz süreli olmakla beraber, tarafların belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması ya da belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapmaları mümkündür (m.11/I).

Mevsim ya da kampanya işinde kurulan iş sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olabilir.<sup>36</sup> Mevsimlik işlerde çalıştırılacak işçinin iş sözleşmesinin belirli süreli yapılmasına ilişkin olarak objektif neden bulunabileceği kabul edilmelidir.<sup>37</sup> Nitekim tek bir mevsim ya da kampanya dönemi için yapılan mevsimlik iş ve kampanya işlerinde belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için gerekli olan objektif neden bulunmasına rağmen, mevsimlik çalışan işçi aynı işyerinde sürekli olarak belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılıyorsa. İş Kanunu m.11/II hükmünde belirli süreli iş sözleşmelerinin esaslı bir neden olmadıkça birden fazla üst üste yapılamayacağı hüküm altına alındığı için, iş sözleşmesi baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilecektir.<sup>38</sup> Aksi görüşe göre, belirli

<sup>35</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 13.11.2002, E. 2002/23829, K. 2002/21243.

<sup>36</sup> Alpagut, 1998, s. 105; Alpagut, 2004, s. 80; Akı, 2000, s. 252; Eyrenci/ Taşkent/Ulucan, 2010, s. 60 vd.; Taşkent, 1976, s. 41; Büyüktarakçı, 2009, s. 1081 vd.

<sup>37</sup> A. Can Tuncay, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri; Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 130; Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, 5. Bası, Ankara 1984, s. 889; Büyüktarakçı, 2009, s. 1082; Taşkent, 1976, s. 53; Kar, 2006, s. 72; Eyrenci - Taşkent - Ulucan, 2010, s. 81; Çöğenli, 1983, s. 93; Aktay - Arıcı - Kaplan Senyen, 2011, s. 62 vd.

<sup>38</sup> Akı, 2000, s. 261; Esener, 1978, s. 135; Tunçomağ - Centel, 2008, s. 109-110; Büyüktarakçı, 2009, s. 1092; Bekir Uzun, "4857 Sayılı İş Yasası ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile Getirilen Düzenlemeler Işığında Yıllık Ücretli İzin", *Mercek*, Nisan 2004, s. 53; Kar, 2006, s. 72; Narmanlıoğlu, 2001, s. 291.



sürelî iş sözleşmesi yapmayı haklı kılabilecek objektif nedenlerin başında mevsimlik işlerin geldiğini ve belirli bir mevsim ya da kampanya döneminin işin niteliği gereği öngörüldüğünü belirtmiştir. *Alpagut*'a göre ise, mevsimlik işler ve kampanya işlerinde işyerinin faaliyetinin artması veya faaliyetin salt bir dönem için ortaya çıkması arızî bir nitelik taşımayıp, işyerinin normal çalışma düzenini oluşturur ve belirli periyodik aralıklarla, belirli bir işgücü ihtiyacı doğmaktadır. Her ne kadar gelecek sezon da işçiye ihtiyaç duyulup duyulmayacağı belli olmadığı ileri sürülse de gelecekteki iş piyasasındaki belirsizlik, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasında haklı neden olarak ileri sürülemez.<sup>39</sup> Yargıtay'a göre; *"Uyuşmazlık, davalı işyerinde yapılan işin mevsimlik iş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Çalışmanın sadece yılın belirli bir döneminde sürdürüldüğü veya tüm yıl boyunca çalışılmakla birlikte çalışmanın yılın belirli dönemlerinde yoğunlaştığı işyerlerinde yapılan işler mevsimlik iş olarak tanımlanabilir. Mevsimlik iş sözleşmeleri, belirli süreli olabileceği gibi belirsiz süreli de olabilir."*<sup>40</sup> Yargıtay başka bir kararında ise yılın belirli bir döneminde yapılan mevsimlik iş sürekli iş niteliğinde olsa bile, belirli dönemde yapılmasının belirli süreli iş sözleşmesi için esaslı neden olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir.<sup>41</sup> Buna göre, mevsim veya kampanya işinde her dönem tekrarlanan belirli süreli iş sözleşmelerinin, baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekir. Mevsim ve kampanya işleri niteliği gereği belirli bir süre iş yapılmasını gerektirse de faaliyetin bu şekilde olması geçici nitelik taşımayıp, her dönem sürekli tekrarlanan bir şekilde aynı çalışmanın yapılmasını gerektiriyorsa ve işçinin işgücüne ihtiyaç duyuluyorsa, baştan itibaren belirsiz süreli kabul etmek işçinin korunması ilkesine de daha uygundur.<sup>42</sup> Mevsimlik veya kampan-

<sup>39</sup> Alpagut, 2004, s. 80.

<sup>40</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 10.10.2008, E. 2008/27615, K. 2008/26809.

<sup>41</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 10.01.2005, E. 2005/21961, K. 2005/110.

<sup>42</sup> *"Belirli süreli olarak yapılan bir mevsimlik iş sözleşmesinin uzatılabilmesinde de belirli iş sözleşmelerinin uzatılması için gereken koşullar aranacaktır. Söz konusu olan koşullar bulunmadan örneğin, iş sözleşmesinin süresinin uzatılması veya yeni bir belirli iş sözleşmesinin yapılması ya da işçinin çalıştırılmasına devam edilmesi durumlarında artık taraflar arasında belirli süreli sözleşmesinin varlığından söz etmek mümkün olamayacaktır."* (Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2010, s. 82); *"... son dönem çalışmasının 15 günlük önel verilme suretiyle mevsimlik işin hitam tarihinde sone erdirildiği, ... anlaşılmaktadır. Bu açıklamalar karşısında davacının zincirleme sözleşmelerle çalıştırıldığı bunun sonucu olarak da bütün sürelerin birbirlerine eklenerek tamamına göre ihbar ve kıdem tazminatları yönünden değerlendirme yapılması gerektiği ortadadır. Bu durumda sadece bir dönem çalışma dikkate alınarak akdin süresi belirli sözleşme olarak nitelendirilmesi ve bir yıldan az sürenin kabul olanağı bulunmamaktadır. Bu hususlar dikkate alınarak ihbar ve kıdem tazminatları isteklerinin hüküm altına alın-*

ya işçilerinin çalışma koşullarının zorluğu, birbiri ardına yenilenen iş sözleşmelerinin belirli süreli sayılması ve bundan dolayı bazı hak kayıplarının söz konusu olması sebebiyle, birbiri ardına tekrarlanan mevsimlik işler ve kampanya işlerine ait zincirleme iş sözleşmelerinin başlangıçtan itibaren belirsiz süreli sayılması gerekir. Belirsiz süreli iş sözleşmeleri iş hukukunda kuralı oluşturduğundan, mevsimlik ve kampanya işlerinde de iş sözleşmelerinin kural olarak belirsiz süreli yapıldığını kabul etmek; bu durumda işin mevsimlik veya kampanya işi olduğu üzerinde durmayıp sadece bir mevsim veya kampanya dönemi için yapıldığı, yani belirli süreli olduğu iddiasında bulunan taraftan bu iddiasını ispat etmesi beklenmelidir. Zira bu işler kural olarak devamlı işlerdendir. Esasen *öğreti* ve yargı kararları, bu çözümü, mevsimlik işlerde peş peşe yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri için kabul etmekte; ortada artık belirsiz süreli bir iş sözleşmesinin var olduğunu baskın görüş olarak ifade etmektedir.<sup>43</sup>

Buna göre, işgücü ihtiyacının artması işin niteliği gereği belirli döneme ilişkin olarak geçici nitelik taşıyorsa, bu ihtiyacın karşılanması amacıyla mevsim veya kampanya işinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için objektif koşulun varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu tür çalışmalarda işçi ile işveren arasında belirsiz süreli iş sözleşmesi de yapılabilir; bu durumda mevsimin veya kampanyanın sona ermesi ile birlikte işgücüne olan ihtiyaç da ortadan kalkacağı için, bir sonraki döneme kadar iş sözleşmesinden doğan iş görme ve ücret ödeme borçları askıya alınır.<sup>44</sup>

Mevsimlik ve kampanya işlerinde yıllık ücretli izin hakkı, İş Kanunu m.53/III'te hükme bağlanmıştır. Buna göre, niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanunun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz. Yargıtay'ın 2005 yılında verdiği bir karara göre; *"Davacı işçi, davalı işverenin yapılan işi mevsimlik iş kabul ederek yıllık ücretli izin kullandırmadığını iddia etmiştir. Yıllık ücretli izin, dinlenme hakkı kapsamında vazgeçilmez bir haktır. Bu hak, iş sözleşmesinin feshi halinde ala-*

---

*ması gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır."* (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 28.01.1999, E. 1999/4389, K. 1999/6715; *"İşçi ile işveren arasında mevsimlik bir işte belirli süreli iş sözleşmesi yapılmış ve izleyen yıllarda da zincirleme mevsimlik iş sözleşmeleriyle çalışılmışsa, iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11/son maddesi uyarınca belirsiz süreli nitelik kazanacaktır."* (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 14.04.2008, E. 2008/11498, K. 2008/6715).

<sup>43</sup> Mollamahmutoğlu - Astarlı, 2011, s. 403.

<sup>44</sup> Mollamahmutoğlu - Astarlı, 2011, s. 403; Kenan Tunçomağ, *Türk İş Hukuku*, C. I, İstanbul 1979, s. 195; Kar, 2006, s. 73; Alpagut, 1998, s. 80-81; Eyrenci - Taşkent - Ulucan, 2010, s. 84; Büyüktarakçı, 2009, s. 1091.

*cağa dönüşür. Dosya içeriğinden davalı işverenin yıllık izin kullandırığı anlaşıl-  
mamaktadır. Somut uyuşmazlıkta, mevsimlik iş olduğu gerekçesiyle işverenin  
yıllık izin kullandırmadığı sabit olduğu takdirde, davacı işçinin mevsimlik iş ol-  
madığı konusunda tespitte hukuki yararı vardır. Mahkeme kararının gerekçe  
kısmında işin sürekli olduğu kabul edilmesine rağmen yıllık ücretli izin bakımın-  
dan belirtilen hususlar açıklığa kavuşturulmadan davanın reddine karar veril-  
mesi hatalıdır.”<sup>45</sup> Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği’nin 12. maddesinde ise, “İş Ka-  
nunu’nun 53. maddesinin üçüncü fıkrasında sözü geçen ve nitelikleri yönünden  
bir yıldan az süren mevsim ve kampanya işlerinin yürütüldüğu işyerlerinde de-  
vamlı olarak çalışan işçilerin yıllık ücretli izinleri hakkında bu Yönetmelik hü-  
kümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Türk iş hukuku mevzuatında mevsimlik iş ile ilgili yeterli düzenlemelere ve mevsimlik işin tanımına yer verilme-*

<sup>45</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 30.06.2005, E. 2005/16775, K. 2005/23330); aynı yönde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 12.02.2001, E. 2001/1358, K. 2001/2090; “Davacının tüm süresinin yıllık ücretli izin ücretinde değerlendirilmesi için, aralıklı ve yılın belirli dönemlerinde yaptığı işin mevsimlik iş olmadığının saptanması gerekir. Bu nedenle davacının anılan dönemlerdeki çalışması ile ilgili araştırma yapılarak, yaptığı işin mevsime bağlı olup olmadığı belirlenmelidir. Yaptığı iş yılın her döneminde yapılmakta ve mevsime bağlı bir iş değilse, aralıklı çalışma kabul edilmelidir. Aksi halde ise bu dönemler mevsimlik işte çalışma olacağından ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacağından, bu süreler dışında kalan çalışması ile ilgili kullanılmayan yıllık ücretli izinleri karşılığı ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 14.04.2008, E. 2008/11496, K. 2008/8311); “... mevsimlik işyerinde çalışanlara yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümler uygulanmaz.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 28.02. 2008, E. 2008/10875, K. 2008/2768); “Bununla birlikte, davacı işçi 1999 yılında 330 gün üzerinde çalışmış olmakla sözü edilen yıl bakımından çalışılan süre işçinin dinlenme hakkının varlığını gerektirmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 53. maddesinde mevsimlik işlerde yıllık izin hakkının doğmayacağı belirtilmiş ise de yılın ne kadar bölümünde çalışılma halinde mevsimlik iş sayılacağı yönünde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Öyle ki yılın tamamına yakın bir bölümünde çalışılma halinde Anayasal temeli olan dinlenme hakkının tanınmasının gerekeceği açıktır. Somut olayda da davacı işçi 1999 yılında bu şekilde çalışmış olmakla, çalışılmayan süre bakımından Anayasal dinlenme hakkını kullanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu durumda 1999 yılındaki fiili çalışma süresine göre mevsimlik statüden vazgeçilmiş, taraflar arasında işçinin yıllık izin ücretine hak kazanacak şekilde sürekli çalışmasına dair bir sisteme geçilmiş olur. Dairemizin istikrar kazanan kararlarında da çalışmanın 11 ayın üzerine çıktığı hallerde mevsimlik iş ilişkisinin dışına çıkıldığı kabul edilmiş ve daha sonraki çalışmalar için yıllık izin hakkının doğduğu sonucuna varılmıştır.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 23.10.2009 E. 2008/5773, K. 2009/28807; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 16.3.2007, E. 2007/5978, K. 2007/6827); “Yapılan bu açıklamalara göre davacının çalışmasının 11 ayın üzerine çıktığı 1999 yılı ve sonrası için işyerinde fiilen çalışılan süreler göre hesaplanacak olan izin ücretinin kabulüne karar verilmeli, daha önceki çalışmalar (11 ayı geçen yıllar hariç) mevsimlik iş statüsünde geçmiş olmakla isteğin reddine dair hüküm kurulmalıdır. Mahkemece gerekirse bu yönden bilirkişiden ek rapor alınmalı ve sonucuna göre istekle ilgili bir karar verilmelidir. Hatalı değerlendirme ile sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 02.04.2012, E. 2012/41282, K. 2012/10926).

mesi, uygulamada işçilerin bir yıldan az sürelerle çalıştırılıp, bunun mevsimlik iş sayılmasına ve yıllık ücretli izin hakkından yararlanamamalarına yol açmaktadır.<sup>46</sup> İşçi lehine yorum ve işçinin korunması ilkesi çerçevesinde bu tür çalışmalarda yıllık ücretli izin hakkını yasaklayan hükmün değerlendirilmesi ve öncelikle de mevsimlik işe ilişkin niteliklerin belirlenmesi gerekir. Nitekim işçi gerçekten mevsimlik veya kampanya işinde çalışıyorsa, yıllık izin hakkından yararlanamayacaktır; bu nedenle işin niteliği itibarıyla mevsimlik iş veya kampanya işi olduğunun tespiti önemlidir.<sup>47</sup>

Mevsimlik işlerin yapıldığı işyerlerinde öncelikle sürekli olarak çalışan işçilerin, yıllık ücretli izin hakkından yararlanmaları gerekir (YÜİY m.12).<sup>48</sup> Mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışılan süre, işin niteliği gereğince bir yıldan az sürüyorsa ve iş sözleşmesi belirli süreli ise, işçinin yıllık ücretli izin hakkı yoktur (m.53/III). Birbiri ardına yenilenen belirli süreli iş sözleşmelerinde ise, çalışılan sürelerin toplanarak işçiye yıllık izin verilmesi de mümkün değildir. Bu durumda mevsim ve kampanya işlerinin yapıldığı işyerlerinde sürekli çalışanların yıllık izin hakkı olmakla beraber, geçici çalışanlar bu haktan yararlanamaz. Ayrıca işveren mevsimlik olarak çalışan işçiye yılın belli dönemlerinde sürekli bir biçimde ihti-

<sup>46</sup> “Yargıtay birçok kararında mevsim veya kampanya işlerinin belirlenmesi yoluna gitmeksizin, sırf çalışmaları her dönemde bir yıldan az süren işçilerin izin isteklerinin, mevsimlik işte çalışmalarını gerekeceği göstererek, yararlanmamaları gerektiği yönünden kararlar vermiştir. Yargıtay kararlarının çoğunda, bir işin mevsimlik niteliğinin tespitinde yeterli ölçüde değerlendirme ve inceleme yapılmamakta; işin sırf bir yıldan az sürmesi durumu, işin mevsimlik iş olarak nitelendirilmesine yeterli görülmektedir. Bu konuda Yargıtay kararlarında da bir birlik olmadığı dikkat çekmektedir.” (Okur, 2008, s. 3-4).

<sup>47</sup> Yargıtay, bazı kararlarında, yapılan işe dikkat ederek işin mevsimlik iş olmadığına karar vermiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 22.11.1993, E. 1993/ 8652, K. 1993/16864; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 02.05.2005, E. 1993/26578, K. 1993/15178; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 17.01.2001, E. 1993/15646, K. 1993/272; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 09.05.2006, E. 2006/10552, K. 2006/ 13049); Bazı kararlarında ise, bir işin mevsimlik iş olup olmadığı yönünden niteliğini değerlendirirken, işin devam ettiği süre unsuruna başvurmaktadır (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 05.03.1976, E. 1976/6202, K. 1976/8823).

<sup>48</sup> Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır (Yargıtay HGK., T. 03.02.1993, E. 1993/9-716, K. 1993/35; Yargıtay 9. HD, T. 13.12.2006, E. 2006/13839, K. 2006/2776); “Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işverenler, bazı işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunları mevsimlik statüye sokma gayreti içine girmektedirler. Bu konuda çok sayıda uyuşmazlığın ortaya çıktığı gözlenmektedir. Tam bir yıldan daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada, mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik iş saymak doğru değildir. Ancak Yargıtay kararlarının çoğunda, bir işin mevsimlik iş olup olmadığının niteliği itibarıyla belirlenmesi yoluna gidilmeksizin, sırf çalışmalar her dönemde bir yıldan az sürdüğü gerekçesiyle işçilerin izin istekleri kabul edilmemektedir. Bu durum, doktrinde, haklı olarak eleştirilmektedir.” (Okur, 2008, s. 12).

yaç duyuyorsa ve sürekli tekrarlanan bir nitelik taşıyorsa artık mevsimlik iş ya da kampanya işinin sürekli bir iş olma niteliği ön plana çıktığından belirli süreli iş sözleşmesi geçerli kabul edilmeyerek, baştan itibaren belirsiz süreli mevsimlik iş sözleşmesi olarak kabul edilmelidir.

Mevsimlik işler ve kampanya işlerinde işçi ile işveren arasında doğrudan belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulması da mümkündür. Bu durumda, mevsimin ya da ihtiyacın sona ermesiyle ertesi yılın sezon başına kadar iş sözleşmesi askıya alınır ve tarafların iş görme ve ücret ödeme borcu ertelenir. Gelecek mevsim ya da kampanyanın başlangıcı ile her iki borç tekrar yürürlüğe girer. Birbiri ardına yenilenen belirli süreli iş sözleşmelerinin baştan itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi sayılması veya doğrudan belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılması halinde, işçinin işyerinde yaptığı işin devamlılık niteliği taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Mevsimlik işin yapıldığı işyerlerinde mevsim dışında kalan dönemde veya askı döneminde, işçi başka bir şekilde çalıştırılıyorsa, yapılan çalışma devamlı niteliktedir<sup>49</sup>; Yönetmelik hükmü gereğince yıllık ücretli izin hakkından yararlanmalıdır. Ancak aksi durum söz konusu ise ve işçi ile işveren arasında sözleşmeden doğan borçlar askıda kalıyorsa, işçinin fiilen çalıştığı sürelerin toplanarak yıllık ücretli izne hak kazanması mümkün değildir. Nitekim bekleme süresinin hesabında işçinin bir yıl çalışmış olması gerekmektedir.

Fiili çalışmanın dışında, m.55'te yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller düzenlenmiş, ancak bunlar arasında iş sözleşmesinin askıda kaldığı hallerden bahsedilmemiştir, ancak askı sürelerinin m.55/j'de ifade edilen *işveren tarafından verilen diğer izinler* kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. İşveren kendi rızası ile iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreyi, çalışılmış gibi saymak suretiyle işçiye yıllık izin hakkı tanınması mümkün olabilir. Yine belirsiz süreli iş sözleşmesi açısından, m.54/II'de yer alan *"Bir yıllık süre içinde 55'inci maddede sayılan halle dışındaki sebeplerle işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkım elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır."* hükmü gereğince, askıda kalan süreler m.55/j ile çalışma süresinden sayılamıyorsa, m.54/II gereğince bu boşlukları karşılayacak hizmet süresi eklenerek işçinin yıllık izne hak kazanması mümkün olabilir.

<sup>49</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 10.10.2008, E. 2008/27145, K. 2008/26149; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 18.01.2010, E. 2010/14602, K. 2010312.

Yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler kural olarak, sosyal kamu düzenine ilişkin olup, tarafların anlaşmak suretiyle işçi lehine farklı düzenlemeler yapmaları mümkündür.<sup>50</sup> İş Kanunu'nun 53. maddesinin üçüncü fıkrasındaki mevsimlik işlerde yıllık ücretli izin ile ilgili düzenleme de nispi emredici nitelikte bir kuraldır. Bu nedenle iş veya toplu iş sözleşmesi ile mevsimlik işte çalışan bir işçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlandırılması mümkündür.

## B. Süreksiz İşler

İş Kanunu'nun kısmen kapsamı dışında kalan işler süreksiz işler olup, bu işlere m.10/II'de belirtilen İş Kanunu hükümleri uygulanmaz. Süreksiz iş, nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işlere denilir (m.10/I). Bir işin süreksiz iş olup olmadığının tespiti, işin kaç işgünü sürdüğüne göre değil, objektif ölçülere göre işin kaç işgününde bitebilecek nitelikte olduğuna bakılarak yapılır. Dolayısıyla yapılan işin sürekli veya süreksiz iş olduğunun, tarafların iradelerine göre değil, işin niteliğine bakılarak objektif esaslara göre; her somut olayda, olayın özellikleri dikkate alınarak, görülecek iş için kaç işçiye ihtiyaç bulunduğu ve bu işçilerin öngörülen işi hangi süre içinde bitirebileceklerinin belirlenmesi gerekir.<sup>51</sup> Yıllık ücret-

<sup>50</sup> “Uygulamada tam yıl çalışılması gereken ve devamlılığı olan bir işte, işçilerin işlerine 1-2 ay ara vererek bunların mevsimlik işte çalıştıkları birçok olayda gözlemlenmiştir. Tam bir yılda daha az sürmüş olan böyle bir çalışmada mevsimlik iş kriterlerinin bulunup bulunmadığı araştırılmadan sırf bir yıldan az bir çalışma olduğu için mevsimlik saymak doğru değildir. Bir işyerinde işkolundaki faaliyetin yılın her dönemi yapılıyor, ancak bazı işçiler yılın belirli bir zamanında çalıştırılmakta iseler, bu işçilerin aralıklı çalıştıkları kabul edilmelidir. Zira yapılan iş, mevsimlik iş değildir. Somut uyumsuzlukta, davacı işçinin 1978-1986 yılları arasında kayıtlara göre yılın belirli zamanları çalıştığı anlaşılmaktadır. Davacının taraf olduğu sendika ile işveren arasında bağitlanan son toplu iş sözleşmesinde mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışan işçilerin ücretleri ve izinleri konusunda düzenlemelere de yer verilmiş ve mevsimlik işte çalışanların yıllık ücretli izin kullanmayacağı açıkça belirtilmiştir. Davacının tüm sürenin yıllık ücretli izin ücretinde değerlendirmesi için aralıklı ve yılın belirli dönemlerinde yaptığı işin mevsimlik iş olmadığına saptanması gerekir. Bu nedenle davacının anılan dönemlerdeki çalışması ile ilgili araştırma yapılarak, yaptığı işin mevsime bağlı olup olmadığı belirlenmelidir. Yaptığı iş yılın her döneminde yapılmakta ve mevsime bağlı bir iş değilse, aralıklı çalışma kabul edilmeli ve şimdiki gibi karar verilmelidir. Aksi halde ise, bu dönemler mevsimlik işte çalışma olacağından ve yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmayacağından, bu süreler dışında kalan çalışması ile ilgili kullanılmayan yıllık ücretli izinleri karşılığı ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 14.04.2008, E. 2008/11498, K. 2008/8313).

<sup>51</sup> Eyrenci - Taşkent - Ulucan, 2010, s. 58; Yargıtay bir kararında, işçinin çalıştığı işin niteliğinin değil de çalıştığı süreye bakarak süreksiz iş olduğunu kabul eden ve bu nedenle de davayı görev yönünden reddeden mahkeme kararının usul ve kanuna aykırı olduğuna hükmetmiştir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 13.10.1969, E. 1969/308, K. 1969/9795); “İş Hukuku uygulamasında bir kimse geçici işçi olarak işe alınmış olup da sürekli bir şekilde çalıştırılmış ise o işçinin geçici olduğu görüşüne değer verilmemektedir. Böyle bir işçi diğer işçilerin yararlandığı hakların tamamını isteyebilir.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, T. 25.03.1999, E. 1999/4337, K. 1999/6654).

li izne ilişkin m.53, 54, 55, 56, 57, 58 ve 59. maddeler de, m.10/II'de sayılmıştır, dolayısıyla bu hşkşmlerin sşreksiz iş sşzleşmelerinde uygulanması mşmkşn değildir. Sşreksiz işlerde bu maddelerin konusu olan uyuzmazlıklar hakkında ise, Tşrk Borçlar Kanunu hşkşmleri uygulama alanı bulur.

## SONUÇ

Yıllık ücretli izin hakkı; *işçiler için kanun, iş veya toplu iş sşzleşmesi veya örf ve âdet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma sşresinin içinde çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir hak* olarak tanımlanabilecektir.

Niteliklerinden dolayı bir yıldan az sşren mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanların yıllık ücretli izin hakkı yoktur (m.53/III). Ayrıca sşreksiz işlerde çalışan işçiler de yıllık ücretli izin hakkından yararlanamaz (m.10).

Yıllık ücretli izin hakkına ilişkin dşenlemeler işçinin korunması amacına yşnelmişlerdir. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu hak, işçiyi koruma amacı ve toplum yararı nedeniyle emredici nitelikte hşkşmler ile dşenlenmiştir. Yargıtay kararlarında da bu husus özellikle vurgulanmıştır.

İşçinin, yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmesi için, işin ve işyerinin İş Kanunu'nun uygulama alanında olması ve işçinin bir yıldır çalışıyor olması koşullarının yanında, yapılan işin ve işyerinin niteliğinin de yıllık ücretli izin hakkını tanınması için elverişli olması gerekmektedir.

Sşreksiz işlerin tanımına Kanunda yer verilmiş olmasına rağmen, mevsimlik işin tanımlanmamış olmasına bağlı olarak, uygulamada özellikle işçilerin yıllık ücretli izin haklarından yararlanmaları bakımından sorunlar ortaya çıkmaktadır. İşverenlerin işçileri bir yıldan daha kısa sşrelerle çalıştırarak, onları mevsimlik işçi statősüne dahil etmeleri ve bu yolla işçileri yıllık ücretli izin hakkından mahrum bırakmaya çalıştıkları gşrşlmektedir. Bunun için mevsimlik ve kampanya işlerinin niteliğinin, sşzleşmenin belirli veya belirsiz sşreli olduğunun, iş ilişkisinin mevsim ve kampanya dışında devam edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Zira niteliklerinden dolayı bir yıldan az sşren mevsimlik ve kampanya işlerinde çalışanların yıllık ücretli izin hakkı yoktur. Ayrıca sşreksiz işlerde çalışan işçiler de yıllık ücretli izin hakkından yararlanamaz.

**KAYNAKÇA**

- AKI, Erol, "Mevsimlik İşlerde Çalışma Sorunları", **Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000. (2000).
- AKTAY, A. Nizamettin/ ARICI, Kadir/ KAPLAN SENYEN, E. Tuncay, **İş Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2011. (2013).
- AKYİĞİT, Ercan, "Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)", **Çalışma ve Toplum**, 2011/3. (2011a).
- AKYİĞİT, Ercan, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin", **MESS, SİCİL, İş Hukuku Dergisi**, Aralık 2011, Yıl 6, Sayı 24, s. 55-73. (2011b).
- AKYİĞİT, Ercan, **İş Hukuku**, 8. Bası, Ankara 2010. (2010).
- AKYİĞİT, Ercan, **İş Kanunu Şerhi**, Ankara 2008. (2008).
- AKYİĞİT, Ercan, **1475 Sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin**, Ankara 2000. (2000).
- ALPAGUT, Gülsevil, "4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **Mercek**, Ocak 2004. (2004).
- ALPAGUT, Gülsevil, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, Ankara 1998. (1998).
- ANDAÇ, Faruk, **İş Hukuku**, Türk Çalışma Hukuku Uygulaması, Ankara 2008. (2008).
- ARAT, Ayşe, **Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması**, Ankara 2006. (2006).
- ASTARLI, Muhittin, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Ankara 2008. (2008).
- BALKIR, Z. Gönül, "Her Yönüyle Mevsimlik İşler", **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 1, Kasım 1997. (1997).
- BAŞTERZİ, Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri", **AÜHFD**, 2005, S. 3, 2006. (2006).
- BOWERS, John, **Employment Law**, Fourth Edition, London 1997. (1997).
- BÜYÜKTARAKÇI, Sevil, "Mevsimlik İşler ve Kampanya İşlerinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi", **DEÜHFD**, C. 11, Özel Sayı, 2009. (2009).
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzin Kullanılmamasının Sonuçları", **Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan**, C. II, İstanbul 2001. (2001).
- CENTEL, Tankut, **İş Hukuku Bireysel İş Hukuku**, Cilt 2, İstanbul 1994. (1994).
- ÇELİK, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, 24. Bası, İstanbul 2011. (2011).
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul 2018. (2018).
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Bası, Ekim, İstanbul 2019. (2019).



- ÇENBERCİ, Mustafa, *İş Kanunu şerhi*, 5. Bası, Ankara 1984. (1984).
- ÇÖĞENLİ, Taner, *Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin*, İstanbul 1983. (1983).
- ÇUBUKÇU, Erdoğan, “Yıllık Ücretli İzin Kullanım Zamanı, İşçinin Kullanmadığı Yıllık İzne Ait Ücret Alacağı, Yıllık İzin Ücretinde Zamanaşımı Başlangıcı”, Karar İnceleme, *TÜ-HİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Kasım 1999-Şubat 2000. (2000).
- DEMİR, Fevzi, *Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, 3. Bası, İzmir 2003. (2003).
- EKİN, Ali, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda Dinlenme Süreleri”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. II, İstanbul 2011. (2011).
- EKONOMİ, Münir, *İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1984. (1984).
- ERTÜRK, Şükran, *İş İlişisinde Temel Haklar*, Ankara 2002. (2002).
- ESENER, Turhan, *İş Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1978. (1978).
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, *Bireysel İş Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2010. (2010).
- GOLDMAN, Alvin, *Labor and Employment Law in the United States*, 1996. (1996).
- GÜMÜŞ, A. Tarık, *Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü*, İstanbul 2010. (2010).
- GÜNAY, Cevdet İlhan, “Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı”, *Sicil İHD*, S. 20, Aralık 2010. (2010).
- İNCE, Ergun, *Çalışma Hukuku*, İstanbul 1998. (1998).
- KABOĞLU, Ö. İbrahim, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine*, 3. Bası, İstanbul 1993. (1993).
- KAPLAN, E. Tuncay, *Bireysel İş Hukuku*, 11. Baskı, Kasım 2020, Ankara. (2020).
- KAR, Bektaş, “Mevsimlik İş”, *Sicil İHD*, S. 4, Y. 1, Aralık 2006. (2006).
- KAYHAN, Necati, “Ulusal ve Uluslararası Normlara Göre Türkiye’de Yıllık İzin Hakkı ve Kamuda Alt İşverenlik İzin Uygulaması”, *Çalışma İlişikleri Dergisi*, C. 1, S. 1, 2010. (2010).
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/KABÜL, “Sibel, Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. I, İstanbul 2011. (2011).
- KURUCU, Oğuz, *İş Süreleri-Dinlenmeler-Fazla Çalışma*, Ankara 1987. (1987).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Hamdi, *İş Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011. (2011).
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Hamdi/BAYSAL, Ulaş, *İş Hukuku*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012. (2012).

- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Hamdi/BAYSAL, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2019. (2019).
- NARMANLIOĞLU, Ünal, *İş Hukuku*, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 2012. (2012).
- OKUR, Zeki, "Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin", *Kamu-İş*, C. 10, S. 2, 2008. (2008).
- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1998. (1998).
- ÖZEVREN, Mina, *İşletmelerde Çalışma Saatleri Programları ve Marmara Bölgesindeki Uygulama*, İstanbul 1987. (1987).
- ÖZVERİ, Murat, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları", *Legal İHSGHD*, S. 15, 2007. (2007).
- SOYER, Ö. Polat, "Avrupa Birliğinde İş Süresi ve Dinlenme Hakları", *Avrupa Birliğinin Sosyal Politikaları ve Türkiye Semineri*, Ölüdeniz-Fethiye, 16-19 Mayıs 1997, Ankara 1997. (1997).
- SÜMER, Haluk Hadi, *İş Hukuku*, 16. Bası, Konya 2011. (2011).
- SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2019. (2019).
- SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, 7. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., İstanbul 2011. (2011).
- TANÖR, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, Ankara 1976. (1976).
- TAŞKENT, Savaş, "Mevsim ve Kampanya İşleri", *İBD*, S. 11/12, Kasım-Aralık 1976. (1976).
- TITMAN, Barry/ CAMP, Peter, *Individual Employment Law*, Third Edition, London 1989. (1989).
- TUNCAY, A. Can, İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri; Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı: 2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003. (2003).
- TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk İş Hukuku*, C. I, İstanbul 1979. (1979).
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2008. (2008).
- UZUN, Bekir, "4857 Sayılı İş Yasası ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği ile Getirilen Düzenlemeler Işığında Yıllık Ücretli İzin", *Mercek*, Nisan 2004. (2004).
- WHINCUP, Micheal, *Modern Employment Law, A Guide to Job Security and Safety*, Eight Edition, 1995. (1995).

# GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİ KAVRAMI VE GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNE SEBEP OLANLARIN ÖZEL HUKUK BAĞLAMINDA SORUMLULUĞUNUN BELİRLENMESİ<sup>(\*)</sup>

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ<sup>(\*\*)</sup>  
Av. Orkun ŞAHİN<sup>(\*\*\*)</sup>

## Öz

Gündelik yaşam içerisinde hayatımızı etkileyen farklı olaylar ve farklı durumlar insan sağlığının olumsuz olarak etkilenmesine sebep olmaktadır. İnsan sağlığını olumsuz etkileyen durumlardan birisi de gürültü kirliliğidir. Gürültü kirliliğinin ortaya çıkmasının en önemli sebepleri; teknolojinin gelişmesi, sanayileşme, nüfus artışı ve sosyal-ekonomik sebepler olarak sayılabilecektir. Ulaşım araçları, şehir içinde yapılan tadilat çalışmaları, açık alanlar, okullar, yapıların tadilatları sırasında içlerindeki gürültü, yapıların yapılması sırasında dıştaki gibi farklı gürültü kaynakları insanların huzurunu ve sağlığını olumsuz etkilemiştir. Bu olumsuz etki insanlarda geri dönülmez sağlık sorunlarına sebep olabilmektedir. Sağlık sorunlarının bir kısmının ortadan kaldırılması gürültü kirliliğinin ortadan kaldırılmasıyla mümkün olabilecektir. Gürültü kirliliği kavramı, gürültü kirliliğine sebep olanlar, gürültü kirliliğine sebep olanların özel hukuk anlamında sorumluluğunun belirlenmesi çalışma konumuzu oluşturmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Sağlığı, Gürültü Kirliliği, Özel Hukuk Anlamında Sorumluluk, Sebep Olma, Sorumluluğun Tespiti.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 08/11/2021.

Atıf Şekli: Selin Sert Sütçü - Orkun Şahin, "Gürültü Kirliliği Kavramı ve Gürültü Kirliliğine Sebep Olanların Özel Hukuk Bağlamında Sorumluluğunun Belirlenmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 669-693.

<sup>(\*\*)</sup> Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye.

E-posta: selin81hukuk@gmail.com, selinsert@akdeniz.edu.tr.  
Orcid: 0000-0001-7483-6394.

<sup>(\*\*\*)</sup> Antalya Barosu Avukatı; Yüksek İnşaat Mühendisi, Mühendislik Akustiği Uzmanı, Antalya, Türkiye.

E-posta: sahinorkun@yandex.com.  
Orcid: 0000- 0002-6665-8177.

# **NOISE POLLUTION CONCEPT AND DETERMINATION OF THE RESPONSIBILITY OF THE CAUSES OF NOISE POLLUTION IN THE CONTEXT OF SPECIAL LAW**

## **ABSTRACT**

Different events and different situations that affect our lives in daily life cause human health to be adversely affected. One of the conditions that negatively affect human health is noise pollution. The most important reasons for the emergence of noise pollution; development of technology, industrialization, population growth and social-economic reasons. Different noise sources such as transportation vehicles, renovation works in the city, open spaces, schools, the noise inside the buildings during the renovations, and the outside during the construction of the buildings have adversely affected the peace and health of the people. This negative effect can cause irreversible health problems in humans. Elimination of health problems will be possible by eliminating noise pollution. The concept of noise pollution, those who cause noise pollution, the determination of responsibility in the sense of private law of those who cause noise pollution constitute our study subject.

**Keywords:** Human Health, Noise Pollution, Liability in Terms of Private Law, Causation, Determination of Responsibility.

## GİRİŞ

Çevresel kirlilikler günümüzün en önemli sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmakta ve farklı ülkeler bu sorunlara milletlerarası düzeyde çareler aramaktadır. Gürültü kirliliğinin çevre üzerinde kalıcı bir etki bırakıp bırakmadığı ve insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin neler olduğu henüz tam olarak tespit edilememiştir. Yüksek ses ve gürültünün çok kısa bir sürede kalıcı nitelikte bir etki bırakabileceği göz önünde bulundurulduğunda gürültü, önlem alınması gereken bir kirlilik kaynağı olarak mevzuatlarda yerini almaktadır.

Gürültü kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde; aralarında uyum bulunmayan düzensiz seslerin bütünü, şamata olarak tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Gürültü insan sağlığını ve huzurunu bozan, çalışma verimini azaltan önemli bir çevre sağlığı problemi olarak tanımlanabilecektir. İnsanın ruh durumu, hayatı algılama biçimi, farklı tonlardaki seslerin bazen gürültü olarak algılanmasına sebep olabilecektir<sup>2</sup>.

Gürültü tarih boyunca farklı zamanlarda insanların problemi olmuştur. Örneğin, İmparator Jül Sezar Roma'da at arabalarının geceleri dolaşmasını yasaklamıştır. Yunanlılar ise kalaycı, çömlekçi gibi gürültüye neden olan meslek gruplarının şehirlerde halkın yaşadığı yerlerde çalışmasını yasaklamışlar, ayrıca şehirlerde horoz beslenmesi de yasaklar arasına alınmıştır. 1787'de Amerikan anayasası çalışmaları yürütülürken toplantının yapıldığı binanın önündeki parke taşlarının üstüne gürültüyü önleme<sup>3</sup> amaçlı saman atılmıştır<sup>4</sup>. Bu durum gürültünün tarih boyunca insan sağlığı üzerindeki olumsuz etkisine insanların farklı çareler aradığını gözler önüne sermektedir.

Dr. Robert Koch'un 1910 yılında söylediği "*Bir gün gelecek insanlar kolera ve veba gibi gürültüye karşı da amansız bir mücadele verecekler.*" sözü günümüzde sanayi ve teknolojinin ulaştığı seviye göz önüne alındığında, gürültünün insan sağlığı üzerinde görünmez bir tehlike olduğu hususuna ayrıca dikkat çekmektedir.

<sup>1</sup> TDK, [www.sozluk.gov.tr](http://www.sozluk.gov.tr), (01.03.2021).

<sup>2</sup> Çevresel Gürültü Eylem Planı 2009-2020. [Internet]. T. C. Çevre ve Orman Bakanlığı, [http://www.cygm.gov.tr/CYGM/Files/EylemPlan/Cevresel\\_%20Gurultu\\_%20Eylem\\_Plani.Pdf](http://www.cygm.gov.tr/CYGM/Files/EylemPlan/Cevresel_%20Gurultu_%20Eylem_Plani.Pdf), (13.04.2021).

<sup>3</sup> Şebnem Akipek, "Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu", *Manisa Barosu Dergisi*, 1994, Yıl: 13, Sayı: 48, Manisa, s. 4-22 (14).

<sup>4</sup> Enda Murphy-Eoin King, "Environmental noise pollution Noise Mapping", *Public Health, and Policy USA*: Elsevier; 2014: 2, 204, 206-208.

Yirminci yüzyıl sonrasında gündelik yaşantımızda daha da artan trafik gürültüsü, eğlence gürültüsü, sanayi gürültüsü, evsel gürültüler, iş makinası ya da el aletleri gürültüsü gibi birçok ses üretici çevremizde sürekli olarak faaliyet gösterdiği için insanların gürültüden<sup>5</sup> farklı kaynaklardan; ancak çoğu zaman aynı şekilde olumsuz etkilendiği sonucuna varılmaktadır.

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte gelinen son aşamada gürültü, ölçülebilir ve derecelendirilebilir bir büyüklük şeklinde nicel olarak açıklanabilmektedir. Ses<sup>6</sup> seviyesi<sup>7</sup> ölçülürken sesin şiddetini açıklamak üzere ölçü birimi olarak Desibel<sup>8</sup> (dB) kullanılmaktadır<sup>9</sup>. Desibel ses frekanslardan oluşmaktadır. Frekans ise sesin saniyedeki atım dalgalanma sayısı olarak adlandırılabilir. Düşük frekanslı sesler tarafımızca bas sesler olarak adlandırılırken, frekans yükseldikçe ses de tizleşir. Sesin hızı belli olduğundan (344 m/sn) frekansına göre düşük frekanslı seslerin dalga boyu yüksek, yüksek frekanslı seslerin dalga boyu ise düşüktür. İnsan kulağı yaklaşık 20 Hz ile 20.000 Hz arasında kalan frekanslardaki sesleri duyabilir. 20 Hz'den daha düşük frekanslar ile 20.000 Hz'den daha yüksek frekanslar ise kulaklarımız tarafından hissedilemez. Frekans ile ses şiddeti arasında bir bağıntı yoktur. Yani düşük frekanslı bas tonda bir ses düşük şiddette olabileceği gibi yüksek şiddette de olabilir. Ancak kulağın değişik frekanslardaki aynı şiddetteki sesleri farklı hissettiği bilinmektedir. Bu sebeple insan kulağının nasıl hissettiğini anlamaya yönelik ölçüm yapmaya yarayan dBA kavramı gelişmiştir. Normalde ses düzeyi dB ile ölçülmekte iken her bir frekans insanlar tarafından farklı hissedildiği için bu dBA kavramına çevrilerek bu sesin insanlarca hissedilme şiddeti ifade edilmektedir. Dolayısıyla fiziki açıdan gürültü olarak ifade edilen kavram; insan yaşamını ve sağlığını olumsuz etkilediği gibi çevre kirliliğine de sebep olmaktadır.

<sup>5</sup> “Gürültü bir çeşit enerjidir. Basınç dalgaları şeklinde kulağımıza gelir. Gürültü insan huzurunu bozan, çalışma verimini azaltan bir çevre sağlığı problemidir.”, Noise in Figures. [Internet]. European Agency for Safety and Health at Work Risk Observatory Thematic Report, <https://osha.europa.eu/en/publications/report-noise-figures/view>, (13.04.2021).

<sup>6</sup> Ses insan kulağının algılayabildiği basınç dalgalarının oluşturduğu duyum olarak tanımlanmaktadır.

<sup>7</sup> Yavuz Bozkurt, **Çevre Sorunları ve Politikaları**, Bursa 2013, s. 66.

<sup>8</sup> Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliğinde desibel, “Birbirinden merteye farklılıkları gösteren, nicelikleri anlamlı olarak ifade etmede kullanılan logaritmik bir ölçeği” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>9</sup> Çağatay Güler-Zakir Çobanoğlu, **Gürültü**, Ankara 1994, s. 16.

## I. GÜRÜLTÜ KAVRAMI

Gürültü kavramının açıklanması için önce sağlık kavramının açıklanması gerekmektedir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) sağlığın tanımını; *“Sağlık sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir.”* şeklinde dile getirmiştir. Türkiye ise 9 Haziran 1949 tarih ve 5062 sayılı Kanunla DSÖ Anayasasını onaylayarak, Örgüte resmen üye olmuştur. Buradaki *“ruhça ve sosyal yönden tam iyilik halidir”* şeklindeki ifade bu çalışmanın konusu ile yakından ilgilidir. Tam iyilik halinin bozulması, sağlığın bozulması ile aynı anlama geleceği için örneğin geceleri gürültü kaynaklı olarak uykudan sık sık uyanmak gibi durumlarda tam iyilik halinin bozulacağı kabul edilmelidir. Ayrıca gürültünün derecesinin artması sonrasında kişilerin sağlığını olumsuz olarak etkileyecek daha ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşılması da ihtimal dahilindedir.

Ülkemizin de tarafı olduğu ve Anayasa'mızın m.90/5 hükmündeki düzenleme gereği iç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde gürültü kirliliğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuya dair vermiş olduğu birçok kararında gürültünün önlenmemesini Sözleşme'nin m.8 hükmünde koruma altına alınan *“özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı”*nın ihlali saymıştır<sup>10</sup>.

Gürültü kavramının mevzuatta Türk Ceza Kanunu ile Çevre Kanunu'nda tanımlanmadığı görünmektedir. Kanun koyucu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu gibi diğer temel kanunlarda gürültü kavramını tanımlamamıştır. Gürültünün tanımlanmamış olması, bu kavramın çevresel etkilerine karşı önlem alınmayacağı şeklinde nitelendirilmemeli, aksine gürültünün önlenmesiyle ilgili gerekli önlemler alınmalıdır. Buna istinaden gündelik hayatta bazı istisnai günler için özel önlemler - örneğin üniversiteye giriş sınavının yapılacağı gün korna kullanılmasının yasaklanması- alınabilir. Bazı havalimanlarında anons sistemlerinden ziyade sesli yönlendirmelere başvurulduğu dikkate alındığında bu özel önlem önermesine çok yaygın olmasa da halihazırda riayet edildiği görülmektedir.

Çevre Kanunu m.14 hükmüne dayanılarak çıkarılan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nde gürültünün tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğin tanımlar başlıklı m.4 hükmünün 1. fıkrasının m. bendinde gürültü: *“Ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği,*

<sup>10</sup> Moreno Gomez v. İspanya, T. 16.11.2004, p. 53; Borysiewicz v. Polonya, T. 1.7.2008, p. 48; Giacomelli v. İtalya, T. 2.11.2006, p. 76; Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 8.7.2003, p. 96; Deés v. Macaristan, T. 9.11.2010, p. 21; Leon ve Agnieszka Kania v. Polonya, T. 21.7.2009, p. 98-104.

*açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava seslerini ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. AB'nin 25.06.2002 tarih ve 2002/49 EC sayılı Çevresel Gürültünün Yönetimi ve Değerlendirilmesi Direktifinin 2. maddesinde de çevresel gürültü tanımlanmıştır. Maddedeki tanıma göre çevresel gürültü; ulaşımdan, karayolu trafiğinden, demiryolu trafiğinden, hava yolu trafiğinden ve endüstriyel faaliyetlerden yayılan istenmeyen ve zararlı dış sestir<sup>11</sup>.

Tanım dikkate alındığında; gürültünün sebebi olarak farklı kaynaklara işaret edildiği, gürültünün insan faaliyetleri sebebiyle ortaya çıktığı gibi zarar verici olduğu veya olabileceği ve en önemlisi gürültünün istenmeyen açık hava sesleri olduğuna işaret edildiği görülmektedir. O halde her ses değil, insan sağlığına zarar veren, insan sağlığını olumsuz etkileyen ve bu sebeplerle istenmeyen seslerin gürültü olarak kabul edildiği söylenebilir. Gürültünün her zaman aynı şekilde algılandığını söylemek ise çok doğru olmayacaktır. Bu anlamda; sinirli iken sesleri daha yoğun, sakinken daha az algılamakla birlikte, sesin yüksekliği veya alçaklığı gibi birtakım başka faktörler de sesin gürültü olarak algılanmasında ve değerlendirilmesinde farklı nitelikteki etkilere sebep olabilecektir.

## II. GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNİN ULUSAL MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Gürültü kirliliğinin birçok mevzuatta düzenlendiği ve gürültü kirliliğinin önlenmesi için farklı şekillerde önlemler alındığı görülmektedir.

Gürültü kirliliğinin en çok çevreyi etkilediği düşünüldüğünde 1982 Anayasası m.56:

*“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”*

hükmünün incelenmesi gerekmektedir.

<sup>11</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002L0049&from=EN>, (13.04.2021).



Çevre hakkı<sup>12</sup>, 1982 Anayasası'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı m.56 hükmünde hem çevre hakkına hem de sağlık hizmetlerine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Maddenin ilk iki fıkrası çevre hakkına özgülenmişken; madde başlığında önce sağlık hizmetlerine, ardından çevrenin korunmasına yer verilmesi başlık ile madde metninin sistematığı arasındaki bir uyumsuzluk olarak düşünülse de T.C. Anayasası herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamasının ancak çevrenin ve çevre sağlığının geliştirilmesi ve iyileştirilmesi yoluyla olabileceğini ifade edildiği için çevrenin korunmasıyla insan sağlığının nasıl etkileneceği arasındaki bağlantı kolaylıkla tespit edilebilecektir. 1982 Anayasası'nda çevre hakkı, kendisine özgü bir maddeyle düzenlenmemiştir. Çevre hakkının hukuki gelişimi ve çevre sorunlarının günümüzde ulaştığı boyut göz önünde bulundurularak söz konusu hakkın ayrı bir madde halinde düzenlenmesi daha doğru olacaktır<sup>13</sup>.

Türk Ceza Kanunu gürültü kirliliğini m.183 hükmünde düzenlemiştir. Söz konusu hükümde "İlgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklere aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi, ..." şeklinde düzenleme yapılarak, aynı zamanda gürültü kirliliğine neden olma suçunun unsurlarına yer vermiştir. Burada suçun unsurlarının kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olmak olduğu dikkat çekmektedir. Türk Ceza Kanunu ilgili suç tipini tehlike suçu olarak düzenlediği

<sup>12</sup> Çevre hakkı Anayasa Mahkemesi kararlarında da dile getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, çevre hakkına ilişkin kararlarında çevre hakkının bir sosyal hak niteliğinde olup olmadığına ilişkin tartışmalara yer vermemektedir. Bununla birlikte; çevre hakkının, bir pozitif statü hakkı olduğuna ve devlete birtakım ödevler yüklediğine Yüksek Mahkeme tarafından değinilmiştir. AYM'nin 29.11.2012 tarihli bir kararında, Anayasa'nın m.56 ve m.63 hükümlerine değinildikten sonra "Bu hükümlere göre, çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almak Devletin temel ödevlerindedir. Bu amaçla Devlet, çevrenin ve kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için etkili bir maddi hukuk düzeni oluşturmak ve öngörülen maddi hukuku uygulamak üzere gereken teşkilatı kurmakla yükümlüdür" denilmektedir. Yüksek Mahkemenin 24.05.2012 tarihli bir kararında da Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği hususunun yasa koyucunun takdirinde olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla; çevre hakkının gerçekleştirilmesi için devletin olumlu edimlerde bulunması ve somut önlemler alması gerektiği AYM tarafından ortaya konmuştur., AYM, E. 2001/106, K. 2012/192, 29/11/2012; Resmi Gazete: 02.04.2013, 28606 (mükerrer).

<sup>13</sup> Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2009, s. 106.

için zararın ortaya çıkması da şart değildir<sup>14</sup>. Gürültüye neden olma suçunun faili herkes olabilecektir<sup>15</sup>. Gürültüye sebep olan ise sadece gerçek kişiler olabilecek, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliği meydana getiren gerçek kişilerin ancak gürültü kirliliğine sebep olabileceğini kabul etmek gerekecektir.

Kabahatler Kanunu'nda yer verilen, çevreye karşı işlenen ve idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı fiilleri, başka bir ifade ile kabahatleri; çevreyi kirletme, tütün mamullerinin tüketilmesi, işgal, rahatsız etme ve gürültü yapılması olarak saymak mümkündür<sup>16</sup>. Kabahatler Kanunu m.36 hükmünde bireylerin sakin, huzurlu ve dengeli bir çevrede yaşama haklarını ihlal edecek boyutta gürültü yapan veya gürültüye neden olan ilgilinin fiili, kabahat olarak tanımlanmıştır. Kabahatler Kanunu gürültü yapan veya gürültüye neden olan kişinin fiilinden bahsetmiş, sesin gürültü olarak kabul edilmesi noktasında huzurlu ve sakin bir çevrede yaşama hakkını ihlal edecek boyutta olması gerektiğine işaret etmiştir.

Çevre Kanunu m.14 hükmünde "*Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır*" şeklinde düzenleme mevcuttur. Maddede tedbir alması gereken kişilerin vatandaşlar olması gerektiği belirtilmektedir. Devletin görevi ise denetim ve mevzuat düzenlemelerini yapmak, standartları düzenleyip yürürlüğe koymaktır. Çevre Kanunu m.14 hükmünde geçen "*Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde*" ifadesinden hareketle Çevre Kanunu açısından izin verilen gürültünün kişileri rahatsız etmeyecek düzeyde olması gerektiği belirtilmektedir. Kişileri rahatsız

<sup>14</sup> Gürültünün suç olarak nitelendirilebilmesi için başkalarının sağlığına zarar verecek boyutta olması gerekmektedir. Bu suç herkes tarafından işlenebilir. Özel bir fail şartı yoktur. Gürültüye sebep olan gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişilerde olabilir. Suçun mağduru herkes olabilir. Hukuki konusu ise kamu yararadır. Kanun anılan düzenleme ile zarar verecek boyutta gürültü yapılmamasını emretmektedir. Dolayısıyla suçun fiili, zarar verecek yükseklikte gürültü yapılmamasıdır.

<sup>15</sup> Özlem Yenerer Çakmut, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, İstanbul 2014, s. 96; Handan Yokuş Sevik, *Gürültü*, Ankara 2017, s. 372; Osman Yaşar-Hasan Tahsin Gökcan-Mustafa Artuç, *Uygulamalı Yorumlu Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2014, s. 5619; Zeki Hafizoğulları-Devrim Özen, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB Dergisi*, 2007, S. 69, s. 61; Ahmet M. Güneş, *Çevre Hukuku*, İstanbul 2015, s. 293; Nükhet Yılmaz Turgut, *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2009, s. 41.

<sup>16</sup> Kabahatler Kanunu m.36, 37, 38, 39, 41.

etmeyecek düzeyde olan bir gürültü kabahat olarak da değerlendirilemez. Gürültünün standartları ile gürültünün hangi andan itibaren rahatsız edici boyutlara ulaştığının kabul edileceği hususlarında Çevre Kanunu düzenleme yapmıştır.

Mevzuatımızda gürültü, gürültü kirliliğinin önlenmesi ve bu hususta standartlar belirlenmesi için üç farklı normda hükme bağlanmıştır. Bunlardan ikisi çevre hukukuna, birisi ise iş hukukuna ilişkindir. Çalışma kapsamında çevre hukukuna dair düzenlemelere yer verilecektir.

Çevre Kanunu m.14 hükmüne dayanılarak çıkarılan Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimine İlişkin Yönetmelik hükümleri, AB direktifi doğrultusunda çıkarıldığından doktrinde olumlu karşılanmaktadır<sup>17</sup>.

Çevresel Gürültünün Denetlenmesi ve Yönetimi Yönetmeliği (ÇGDYY) 04.06.2010 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin amacı m.1 hükmünde; “çevresel gürültüye maruz kalınması sonucu kişilerin huzur ve sükûnunun, beden ve ruh sağlığının bozulmaması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak ve kademeli olarak uygulamaya konulmak üzere...” şeklinde belirtilmiştir. Buna bağlı olarak stratejik planların yapılması, gürültü haritalarının yapılması, denetimlerin ve eylem planlarının yapılması ile binaların gürültü yalıtımına ilişkin nasıl tasarlanması gerektiği bu yönetmelikte standartlara atıf yapılarak belirtilmiştir. Ayrıca belirtilen işleri kimlerin nasıl eğitim alarak yürütecekleri de yine bu yönetmelikte ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin m.28 hükmü “Planlama aşamasındaki faaliyetler için uyulması zorunlu kriterler aşağıda belirtilmiştir: a) 7/3/2008 tarihinden sonra inşa edilmiş ve bu Yönetmeliğin yayım tarihinden sonra inşa edilecek yapıların mimari projelerinde, yapı tiplerine bağlı olarak Ek-VII’de yer alan Tablo-9’da verilen sınır değerlerin sağlanması zorunludur” şeklindedir. Dolayısıyla 07.03.2008 Tarihinden sonra inşa edilmiş tüm binalar bir sonraki yönetmeliğin çıktığı tarihe kadar bu yönetmelik şartlarına göre değerlendirilmeli ve projelerinde yalıtım ile ilgili sınır değerlerin yakalanması için gerekli tahkikler yapılmalıdır.

Çevresel Gürültü Esas ve Kriterleri, Yönetmeliğin m.16 ve m.24 hükümleri arasında düzenlenmiş; gürültünün kaynağına göre bir sınıflandırma yapılmıştır. Bu sebeple yaptırımın belirlenmesi açısından önemli olan, gürültünün kaynağı-

<sup>17</sup> Süheyla Suzan Alica, *Kent-Çevre-Hukuk*, Ankara 2011, s. 88.

nı<sup>18,19</sup> tespit etmektir. Meydana gelen gürültünün sadece mevzuatta belirtilen eşik değerlere aykırı olması yeterli değildir. Gürültünün insan sağlığı açısından zarar verici nitelikte de olması gerekir. Gürültünün insan sağlığı açısından tehlikeli olup olmadığının tespiti için mahkemeler ve Cumhuriyet Savcılığı, bilirkişiye başvurarak gürültünün boyutunun değerlendirilmesini isteyebilecektir. Gürültünün, insan sağlığına zarar vermeye elverişli olup olmadığının belirlenmesinde

<sup>18</sup> “...davalının oturmuş olduğu 18 no.lu bağımsız bölümde iki adet köpek beslediği, söz konusu köpeklerin devamlı havlamak suretiyle gürültüye neden olduğu, kat malikleri kurulu toplanarak apartmanda hayvan beslenmemesi yönünde karar alındığı, bu karara rağmen davalının yine bu köpekleri apartmandan uzaklaştırmadığı, bu nedenlerle davalının apartmanda köpek beslememesine karar verilmesi ve müvekkilinin vekile ödeyeceği 2.500,00 TL vekalet ücretinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesi istenilmiş, mahkemece; davalının Seba apartmanında maliki olduğu bağımsız bölümde (2) adet köpek beslediği, söz konusu köpeklerin devamlı havlamak suretiyle gürültüye neden oldukları, ayrıca köpeklerin apartman içinde kirliliğe neden oldukları, bu gürültü ve kirlilik nedeniyle apartman sakinlerinin rahatsız oldukları ve rahatsızlığın dayanılmaz hale dönüştüğü, apartman yönetiminin köpeklerin apartmanda gürültüye ve kirliliğe neden olması ve kat maliklerine saldırıları olduğunu belirterek hayvan beslememesi için noterden ihtarname keşide ettiği, ihtarnamenin davalıya 14/03/2014 tarihinde tebliğ edildiği kat malikleri kurulu apartmanda hayvan beslememesi yönünde 14/02/2014 tarihinde karar almış olmasına rağmen davalının köpek beslemeye devam ettiği gerekçesiyle...”, Yargıtay söz konusu kararında köpek sesinin apartman sakinlerinin hayatını ne şekilde etkilediğinin değerlendirilmesi bakımından yerinde inceleme yapılması gerektiği hususuna işaret etmiştir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin, 15.01.2018 tarihli ve 2017/1108 E., 2018/46 K. sayılı kararı, <https://legalbank.net/belge/y-20-hd-e-2017-1108-k-2018-46-t-15-01-2018/3072255/g%c3%bcr%c3%bct%c3%bc+kirlili%c4%9fi>, (13.04.2021).

<sup>19</sup> “...Davacı vekili dava dilekçesi ile ... mahallesi 1063 ada 20 parsel numaralı taşınmaz üzerinde bulunan apartmanın ... kat ... no.lu bağımsız bölümde müvekkilinin ikamet ettiğini, zemin iş yerinde ise davalı ...’in yufka börek imalatı yaptığını, davalının sabah 06.00 iş yerini açtığını, masa ve sandalyeleri dışarı çıkarıp yüksek sesle çalışan hamur karma makinesini çıkarıp imalata başladığını, tüm bu işlerin yukarı katta oturan müvekkiline rahatsızlık verdiğini, gürültü ile birlikte sabah çok erken saatte uyanmalarına neden olduğunu beyanla iş yerinde börek, yufka imalatının yapılması ve bu imalatta kullanılan hamur karma ve diğer makinelerin kullanılması sırasında çıkan gürültünün yarattığı rahatsızlığının giderilmesi için alınacak tedbirlerin tespiti ile tedbirlerin davalılar tarafından yerine getirilmesi için davalıya uygun süre verilmesine ve bu sürede tedbirler yerine getirilmediği takdirde iş yerinin faaliyetine son verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece davanın kabulüne, davaya konu davalı ...’e ait iş yerinde oluşan gürültü nedeniyle davalı işyerinde 02/05/2016 tarihli bilirkişi raporunda belirtilen taş yünü levhaların tavana raptedilmesi ve alçı siva yapılmak suretiyle ses izolasyonu yaptırılmasına, bu hususta davalı ...’e kararın kesinleşmesinden itibaren 30 günlük süre verilmesine, süresi içinde yapılmadığı takdirde işyerinin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmiştir...”, Yargıtay söz konusu kararında işletmenin imalat yapması sebebiyle gerekli önlemleri alması gerekliliğine işaret etmiştir. Gürültünün boyutu ve katlanılmazlığının bu anlamda değerlendirilmesi önemlidir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesi’nin 22.01.2019 tarihli ve 2017/5321 E., 2019/353 K. sayılı kararı, <https://legalbank.net/belge/y-20-hd-e-2017-5321-k-2019-353-t-22-01-2019/3375239/g%c3%bcr%c3%bct%c3%bc+kirlili%c4%9fi>, (13.04.2021).

ortalama bir kişi dikkate alınmalıdır<sup>20</sup>. Duyu organları veya algı düzeyi açısından seslere karşı daha duyarlı olan veya daha hassas konumda olan kişilerin esas alınması mümkün değildir. Doktrinde sesin ve gürültünün göreceli kavramlar olduğu ifade edilmiş de olsa gerek ÇGDYY gerekse BGKKY hükümleri hangi ses seviyelerinin dikkate alınacağı ve nereler için hangi sınır değerlerin kullanılacağını net olarak göstermektedir. Öyle ki ölçüm yapan personelin nitelikleri, ölçüm cihazının konumlandırılması, ölçüm süresi, havadaki rüzgar hızının ya da rutubetin ölçüm sonuçlarına etkisi gibi detaylar dahi gerek yönetmeliklerde gerekse ilgili standartlarda net olarak açıklanmıştır. Örneğin ÇGDYY incelendiğinde;

- İşletme, tesis ve işyerleri için çevresel gürültü kriterlerinin m.22 hükmünde;
- Şantiye alanları için çevresel gürültü kriterlerinin m.23 hükmünde;
- Eğlence yerlerine ilişkin kriterlerin ise m.24 hükmünde farklı başlıklar altında incelenmiştir.

Her gürültü, alıcılar diğer bir ifadeyle canlılar ve çevre üzerinde aynı etkiye yol açmaz. Örneğin işletmeler, tesisler ve işyerleri için Leq gürültü göstergesi cinsinden arka plan gürültü seviyesini 5 dBA'dan fazla aşamaz şeklinde sınırlama var iken; eğlence yerlerine ilişkin Leq gürültü göstergesi cinsinden arka plan gürültü seviyesini 5 dBA'dan ve 7 dBC'den daha fazla aşamayacağı belirtilmektedir. Bu da farklı nitelikteki gürültü kaynaklarının farklı şekilde algılanabileceğinin mümkün olduğu anlamına gelmektedir. Dikkat edilirse eğlence yerlerinde dBA cinsinden 5 ve dBC cinsinden 7 sınırını, yani iki sınırı birden aşma şartı gelmiştir.

Ayrıca bir ses seviyesinin gürültü sayılabilmesi için tek bir seviye sınırı getirilmediği açıktır. Norm koyucu örneğin 70 ya da 80 dB ya da dBA sınırı koymamıştır. Arka plan gürültü seviyesinden 5 dBA ve/veya 7 dBC fazla gürültü yapıldığında sınır aşılmış sayılmaktadır. Yani arka plan gürültü seviyesi 50 dBA ise tolere edilebilir gürültü sınırı 55 dBA olacaktır. Yine arka plan 80 dBA olarak belirlenmişse bu durum 85 dBA'dan fazla gürültü yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Gürültü olarak adlandırılan ses düzeyinin göreceli olduğu ortadadır. Ses seviyesinin gürültü sayılıp sayılmayacağı subjektif değil son derece ayrıntıya girilerek ulaşılan objektif bir sonuçtur.

<sup>20</sup> Gülsün Aygörmez-Ayhan Uğurlubay, *Çevreye Karşı Suçlar*, Ankara, 2015, s. 472.

Bir başka husus ise bir sesin gürültü sayılabilmesi için tek kriterin ses seviyesi ya da arka plan ses seviyesi ile olan ilişkisi olmadığıdır. Yapılan çalışmalar göstermiştir ki tonalite şeklinde adlandırılan, komşu frekanslar arasındaki seviye farkının 5 dB olduğu durumlarda kişiler rahatsızlık hissetmektedir. Bu durumda salt bir genel ses seviyesi ölçümü eksik kalacak ve frekans bazında her bir komşu frekansın birbirleri ile olan farkı irdelenecektir<sup>21</sup>. Dolayısıyla rahatsız edici olmasıyla birlikte kişinin ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali bozulmuş olacağından bir sesin gürültü olup olmadığının değerlendirilmesi, sadece genel bir dB ölçümü ile geçiştirilebilir görünmemektedir.

Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimi Yönetmeliği'nden sonra binaların yalıtımı özelinde, 31.05.2017 tarihinde Binaların Gürültüye Karşı Korunması Yönetmeliği (BGKKY) yayımlanmıştır. Bina yalıtımı ya da iletimin denetlenmesi konusunda özel norm niteliğindeki yönetmeliğin m.23 hükmü, yönetmeliğin yayınlandıktan bir yıl sonra yürürlüğe gireceğini belirtmekte olup, Yönetmeliğin Geçici m.1 hükmüyle yürürlük tarihinden sonra bir yıl boyunca akustik proje yerine akustik hesabın yeterli olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla 31.05.2019 tarihinden itibaren yönetmelik tam anlamıyla yürürlüğe girecektir.

BGKKY'ne göre *konut, yataklı hizmet veren sağlık kurumları, çocuk ve yaşlı bakım evleri, yatılı eğitim kurumları, öğrenci yurtları gibi kullanımları, kültürel tesisler* gibi kullanımların, gürültüye çok hassas alanlardan olduğu belirtilmektedir. Benzer hükümler ÇGDYY'de de mevcuttur. BGKKY m.5 hükmünde ise tüm yapılar için akustik hesaplamaların, m.5/6 hükmünde belirtilen binalar için ise akustik projenin yapılması mecburidir. Söz konusu projeler ve hesaplar, binaların gürültü yalıtımına ilişkin tahkik ve gerekli önlemleri kapsamalıdır. Belediyeler ve Yapı Denetim Kuruluşları bu hesapları ruhsat eki olarak istemelidir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği;

- m.5/20 "Yapı ruhsatı talep edilen projelerde ayrıca; afet, deprem, yangın, otopark, enerji verimliliği, sığınak, asansör, yapı malzemeleri, **gürültüye karşı korunma**, ısı ve su yalıtımı, yapı denetimi, iş güvenliği, iskele, erişilebilirlik ve çevre gibi konulardaki yapıya ilişkin hükümler içeren mevzuata da uyulur."
- m.57/2-b "Ayrıca ilgili mühendis ve mimarlarca hazırlanan; asansör avan projesi, ısı ve su yalıtım projesi veya raporu, **gürültüye karşı korunma proje**

<sup>21</sup> TS 1996-1 Ek A1.

***veya raporu***, yerleşme ve yapının özelliğine göre ilgili idarece istenecek peyzaj projesi de eklenir.”

şeklinde düzenlemeler ihtiva etmektedir. Dolayısıyla bu gereklilik imar yönetmeliklerine de girmiş vaziyettir.

Bir kısım binaların gürültü projelerinin, tamamının da akustik hesaplamalarının ruhsat eki hesaplarından ve projelerinden sayıldığı ve belediyelerce ruhsat aşamasında istenmesi gerektiği açıktır.

Yönetmelikler kapsamında yapılan düzenlemelerle gürültünün geleceğin en büyük problemleri arasında yer alacağı, bu sebeple binaların yapım aşaması dâhil her aşamada ses kontrollerinin yapılması gerektiği ortadadır. Yapı ruhsatı alınması aşamasından başlayarak, binanın tamamlanmasından sonra da ses yalıtım kontrolleri yapılması, insan sağlığını olumsuz etkileyecek durumlardan kaçınılması gerekmektedir.

### III. GÜRÜLTÜ KİRLİLİĞİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Gürültü kirliliğine sebep olanların özel hukuk anlamında sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Gürültü kirliliğinden doğan sorumluluk belirlenirken TBK, TMK, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Kat Mülkiyeti Kanunu'nun değerlendirilmesi gerekmektedir.

#### A. Türk Borçlar Kanunu Bakımından

##### 1. Gürültü Kirliliğine Sebep Olma Kavramı

Gürültü; sebep olduğu etkiler göz önüne alındığında çevreyi, insan sağlığını ve günlük hayatı olumsuz etkileyen en önemli faktörlerden birisidir. Gürültünün insan sağlığına zarar veren etkilerinden zarar görme durumu ise, gürültü kirliliğine sebep olunması şeklinde açıklanmaktadır. Gürültü kirliliğine sadece insanlar değil; havayolu, karayolu ve denizyolu ulaşımında kullanılan araçlar gibi farklı etkenler de sebep olabilecektir.

Gürültü kirliliğine sebep olan durumun tespitinden ziyade önemli olan husus; gürültünün rahatsız edici boyutlara ulaşıp ulaşmadığının, böylece gürültünün olumsuz etkilerinin ortaya çıkıp çıkmayacağının belirlenmesidir. Gürültü kirliliği kavramı canlıların sağlığı, çevresel değerler ve çevre dengesi unsurlarında ortaya çıkan olumsuz etkilerdir<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Başak Başoğlu, *Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, İstanbul 2016, s. 177.

## 2. Sorumluluğun Tespiti

### a. Yapı Eseri Malikinin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu anlamında sorumluluk ilk olarak, yapı eseri malikinin sorumluluğunun düzenlendiği m.69 hükmüne göre belirlenmelidir. Söz konusu hükme göre; “bir binanın veya yapı eseri maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. İntifa ve oturma hakkı sahipleri binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zarardan malikle birlikte müteselsilen sorumludur”. Madde hükmünde düzenlenen sorumluluk bina veya diğer bir yapının yapılış bozukluğu veya bakım eksikliğinden doğan zararları kapsamaktadır<sup>23</sup>. Bina ve yapı olarak değerlendirilmeyen hususlar bakımından ise bu hükmün uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>24</sup>.

Binanın ses ve gürültüye karşı izole edilmemiş olması, yapı eseri malikinin sorumluluğuna sebep olacaktır. TBK m.69 hükmünde bir sorumluluk karinesi öngörülmüştür ve bu karinenin çürütülmesine imkân sağlayan bir düzenleme, madde metninde bulunmamaktadır. Madde hükmünde kusursuz bir sorumluluk öngörülmüştür. Aynı şekilde bina veya yapı zarara yol açmamış olmakla birlikte zarar tehlikesi varsa veya tazminata yol açmış bir olgu zarar tehlikesi yaratmaya devam ediyorsa, bu tehlike ile karşılaşan herkes bu tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınması isteyebilecektir<sup>25</sup>. Zarara, binanın veya

<sup>23</sup> “OR 2020 Tasarısında TBK m.69’a karşılık gelen m.62’ye göre, bir binanın veya başka bir eserin maliki, zararın yapıdaki bozukluktan veya bakımdaki eksiklikten kaynaklanmadığını ispatlamadığı takdirde, binanın veya eserin yol açtığı zarardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Hükümler mukayese edildiğinde TBK’nın daha ayrıntılı olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre TBK’da, intifa ve oturma hakkı sahiplerinin de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumlu oldukları, sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı bulunduğu belirtilmektedir”. Murat Topuz, “İsviçre Borçlar Kanununa İlişkin Genel Hükümlerin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması”, **Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı**, Y. 2016, C. 22, S. 3, s. 2709-2710.

<sup>24</sup> Kemal Oğuzman-Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2020, s. 171; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020, (Genel Hükümler), s. 211; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Sorumluluk), s. 171; Serdar Nart, **Borçlar Hukuku**, Ankara 2014, s. 66; Abdülkerim Yıldırım, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020, s. 200; İhsan Erdoğan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019, s. 94; Hüseyin Hatemi-Kadir Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2017, s. 148; Murat Doğan-Gökhan Şahan-İsmail Atamulu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı**, Ankara 2020, s. 2019-220; Ali Naim İnan-Özge Yücel, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 429.

<sup>25</sup> Oğuzman-Öz, s. 182; Eren, **Genel Hükümler**, s. 215; Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sorumluluk**, s. 181.



diğer bir yapının yapılışındaki bozukluğun veya bakım eksikliğinin yol açtığını ispat mağdura düşmektedir<sup>26</sup>. Gürültünün yapı içinde duyulmasına sebep olan, yapı içerisinde yaşamayı zorlaştıran hem iç hem dış etkenlere açık hale gelen yapının, yapım aşamasındaki eksiklikler sebebiyle gürültü kirliliği ortaya çıkıyorsa, yapı eseri malikinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

Yapı eseri malikinin sorumluluğu bakımından düzenlenen TBK m.69/2 hükmü gereğince; bina veya yapı üzerinde intifa veya oturma hakkı varsa, intifa veya oturma hakkı sahibi, yapının bakımındaki eksiklikten doğan zararlardan, zarar görene karşı malikle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Burada değerlendirilmesi gereken husus şudur: İntifa veya oturma hakkı sahibi, binanın yapısını bozarak duvar kırma veya başka şekillerde gürültünün ve gürültü kirliliğinin oluşmasına sebep olmuşsa malik ile birlikte müteselsilen sorumludur, aksi halde malik tek başına sorumlu olacaktır.

Binanın birden çok malikinin olması halinde, bunların TBK m.69 uyarınca tazmin edilmesi gereken zarardan; elbirliği mülkiyetinde müteselsilen, paylı mülkiyette ise paydaşların payları oranında sorumluluk söz konusu olmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu tazminatın belirlenmesinde durumun gereğine (TBK m.51), mağdurun birlikte kusuruna (TBK m.52/1), tazminatın davalıyı yoksulluğa düşürecek olmasına (TBK m.52/2) ilişkin hükümler de TBK m.69 anlamında tazminatın belirlenmesinde uygulanacaktır.

Yapım aşamasında, yapının eksik veya hatalı yapılmasından dolayı da yapı eseri malikinin sorumlu olacağı TBK m.69/3 hükmünde düzenlenmiştir. Bu bakımdan yapım aşamasında üçüncü kişilerden de yararlanılmış ise, oluşan zarar sebebiyle sorumluluğu gündeme gelen yapı eseri maliki o kişilere karşı rücu edilebilecektir. Yapının tamamlanması sırasında duvar sıvası için bir başka kişiden, yapının izolasyonu için bir başa kişiden yararlanılmış ise sorumluluk, malikle birlikte bu yararlanan üçüncü kişiler bakımından da söz konusu olmalıdır.

#### ***b. Eser veya Vekâlet Sözleşmesi Gereğince Sorumluluk***

Fenni mesuller ya da şantiye şeflerinin somut olayın şartlarına göre vekâlet sözleşmesi veya eser sözleşmesine dayanarak iş görme borcunu yerine getir-

<sup>26</sup> Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sorumluluk*, s. 177; Oğuzman-Öz, s. 176; Eren, *Genel Hükümler*, s. 214; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul 1949, s. 182; Mehmet Ali Erten, *Türk Hukukunda Yapıların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk*, Ankara 2000, s. 10 vd.

meleri dolayısıyla ayrıca sorumlulukları gündeme gelebilecektir. Bu sorumluluğun sebebi; taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi olacaktır. Fenni olarak mesul tayin edilenler veya şantiye şeflerinin yapı eseri maliki ile yapmış oldukları sözleşme gereğince; yapı eseri maliki tarafından “binanın tamamlanması ve kontrolleri ile ilgili bütün gürültü kontrollerinin yapıldığı konusunda bir garanti verilmişse” eser sözleşmesi anlamında sorumluluk; sadece “bina tamamlanmıştır, kontroller yapılmıştır şeklinde bir bildirim yapılmış ama bu hususlarla ilgili bir garanti verilmemişse” vekalet sözleşmesi anlamında sorumluluk gündeme gelebilecektir.

### **c. Tehlike Sorumluluğu Gereğince Değerlendirme**

Tehlike sorumluluğu; TBK m.71 hükmünde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm:

*“Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler”.*

düzenlemesini ihtiva etmektedir.

Türk Borçlar Kanunu m.71 hükmü; tehlike sorumluluğunun söz konusu olabilmesi bakımından bir işletmenin bulunmasını ve bu işletmenin zarar verme olgusunu aramaktadır. Oysaki gürültü kirliliğinin ortaya çıkması için her zaman bir işletmeye dolayısıyla bir işletme faaliyetine ihtiyaç olmayacaktır. Her ne kadar bir işletmenin işletilmesi gürültü kirliliğine sebep olabilecek ise de gürültü kirliliğine sadece bir işletmenin işletilmesi değil, başka etmenler de sebep olabilecektir.

Türk Borçlar Kanunu m.71 hükmü, Çevre Kanunu m.28 hükmünün tamamlayıcısı niteliğinde değerlendirilmeli; Çevre Kanunu m.28 hükmü özel hüküm kabul edilerek, bu hükmün uygulama imkânının olmadığı durumlarda TBK m.71 hükmü uygulanmalıdır<sup>27</sup>.

## B. Türk Medeni Kanunu Bakımından

Türk Medeni Kanunu m.730 hükmünde; “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Hakim, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir”. düzenlemesine yer verilmiştir.

Türk Medenî Kanunu m.730 hükmü, taşınmaz malikinin sorumluluğunun iki şekilde olabileceğini öngörmüştür. Birincisi taşınmaz mülkiyetinin yasal kısıtlamalara aykırı olarak kullanılması halinde ortaya çıkan sorumluluk, ikincisi ise taşınmaz mülkiyetinin yasal sınırları içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılması sonucunda meydana gelen kaçınılmaz taşkınlıklardan sorumluluk halidir<sup>28</sup>. Türk Medenî Kanunu m.730/f.1 açısından taşkın davranışların tespitinde, işlevi ve önemi dolayısıyla TMK m.737 hükmünün TMK m.730/f.1 hükmü ile birlikte değerlendirilmesi daha doğrudur. Herkesin taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmak zorunda olduğu, ilgili madde hükmünde düzenlenmiştir. Komşuları olumsuz olarak etkileyebilecek taşkın kullanımlar örnek olarak sayılarak gürültü yapılması<sup>29</sup> sonucu rahatsızlık verilmesi<sup>30</sup> halini de taşkın kullanım olarak kabul etmiştir.

<sup>27</sup> Başoğlu, s. 171.

<sup>28</sup> Haluk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, Ankara, 1961 (Mes’uliyet Hukuku), s. 198; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, Ankara 2020, s. 440; Turgut Akıntürk-Jale Akipek-Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2018, s. 570; Mustafa Reşit Karahasan, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C. I, İstanbul 2007, s. 1401; Yıldız, Abik, “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 153- 154; Turhan Esener-Kudret Güven: *Eşya Hukuku*, Ankara 2019, s. 284; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2020, (Mülkiyet Hukuku), s. 466.

<sup>29</sup> “... Gürültü nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan el atmanın önlenmesi davasında her ne kadar yerleşim yerinin köy olması nedeniyle komşuluk hukukundan kaynaklanan ve mülkiyet hakkının kullanım sınırlarını belirleyen kısıtlamaların kentsel yerleşime göre farklılık gösterebileceği düşünülse de davalı tarafından kullanılan spiral cihazının çıkardığı gürültünün köy yerleşimlerinde dahi katlanma sınırlarında kalmadığı ve hoş görülemeyeceği kanaatine varılmıştır...”. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 08.05.2014 tarihli ve 2009/6031 sayılı kararı, www.kazanci.com, (28.04.2021).

Gürültü kirliliğinden dolayı oluşacak zarardan komşuların zarar görmesi halinde ise bu durum TMK m.730 hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu hükümde taşınmaz malikinin sorumluluğu da kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Komşuların gürültüden dolayı zarar görmesi halinde, şartları oluşmuş ise zarar sebebiyle maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulabilmesi mümkündür. Ayrıca şiddetli gürültülerin sağlığı bozucu etkileri dolayısıyla çalışma yeteneğinin azalması yüzünden yoksun kalınan kârın da istenebileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>31</sup>.

Çevre Kanunu m.28 hükmünde; “*çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar*”<sup>32</sup> düzenlemesine yer verilmiştir. Doktrinde burada düzenlenen sorumluluğun ağırlaştırılmış, objektif sorumluluk olarak nitelendirilen özel bir kusursuz sorumluluk türü olduğu ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Sorumluluk, kusur aranmayan bir sorumluluk olduğu için, kusurun derecesi tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmayacaktır. Çevre Kanunu m.28/3 hükmü gereğince; çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ile tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrayacaktır. Çevreyi kirletenler meydana gelen zarardan başka sebeplerle de sorumlu ise, diğer hükümler ile tazminat taleplerinin yarışabileceği kabul edilmelidir<sup>34</sup>.

### C. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Bakımından

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında gürültü kirliliğinden kaynaklı sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı tartışılması gereken bir konudur. TBK m.69 hükmü kapsamında yapı eseri malikinin zarar gören üçüncü kişilere ödediği tazminat için, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine

<sup>30</sup> “... Demircilik işini yürütürken çıkartılan gürültü ile bitişik evde oturan davacının rahatsız edilmesi komşuluk hakkının ihlalini teşkil edeceği...”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 21.12.1983 tarihli ve 1-610/1365 sayılı kararı, www.kazanci.com, (28.04.2021).

<sup>31</sup> Tandoğan, *Mes’uliyet Hukuku*, s. 210; Tandoğan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, s. 201; Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 441.

<sup>32</sup> Sorumluluk için; bir kimsenin zarara uğraması, zararın sebebinin çevrenin kirlenmesi olması, kirletme şartı gerçekleşmeli, kirlilik ve zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Kirlilik Çevre Kanununa aykırı bir husus olarak düzenlendiği için ayrıca hukuka aykırılığın ispatlanması gerek yoktur.

<sup>33</sup> Lale Sirmen, “Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, *ABD*, 1990, S. 2, (Çevre Kanunu), s. 23.

<sup>34</sup> Oğuzman-Öz, s. 230.

yükleniciden tazminat talep edilebileceği rücu kapsamında söz konusu olmaktadır<sup>35</sup>. TBK m.69 hükmü kapsamında zarar gören üçüncü kişinin tüketici olarak nitelendirilmesi durumunda<sup>36</sup> TKHK anlamında ayıplı mal veya ayıplı hizmet kavramı<sup>37</sup> ortaya çıkabilecek, kanunda öngörülen zamanaşımı süreleri içerisinde<sup>38</sup> ayıplı maldan dolayı sorumluluk hükümlerine başvurulması mümkün olabilecektir. Ayrıca Kanun'da; ayıplı mal ve hizmetlerde ağır kusur ve hile ile ayıbın gizlenmesi halinde zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

#### D. Kat Mülkiyeti Kanunu Bakımından

Gürültü kirliliği ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer yasal düzenleme ise; 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'dur<sup>39</sup>. KMK m.18'de; "*Kat malikleri, gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentileri ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirini rahatsız etmemek, birbirinin haklarını çiğnememek ve yönetim planı hükümlerine uymakla, karşılıklı olarak yükümlüdürler. Bu kanunda kat maliklerinin borçlarına dair olan hükümler, bağımsız bölümlerdeki kiracılara ve oturma (Sükna) hakkı sahiplerine veya bu bölümlerden herhangi bir suretle devamlı olarak faydalananlara da uygulanır; bu borçları yerine getirmeyenler kat malikleri ile birlikte, müteselsil olarak sorumlu olur*" hükmüne yer verilmiştir. Bağımsız bölümlerin ve ortak alanların kullanılmasında hangi kurallara uyulması gerektiği konusunda kanun koyucunun getirdiği bu düzenlemeyle birlikte gürültü yapmama borcu kat maliklerine yüklenmiş bir sorumluluk olarak da ortaya çıkmaktadır<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> Oğuzman-Öz, s. 182; Tandoğan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, s. 179.

<sup>36</sup> 6502 Sayılı TKHK tüketiciyi; "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlamıştır.

<sup>37</sup> Ayıplı mal veya hizmet kavramı için bkz. Yeşim M. Atamer-Ece BAŞ, "Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk", *İstanbul Barosu Dergisi*, Y. 2014, C. 88, Özel Sayı 1, s. 19-61; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara 2015; Sezer Çabri, *6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara 2016; Ahmet Karakocalı-Ali Suphi Kurşun, *Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, Bası 1, Eylül 2015, Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, İstanbul 2014.

<sup>38</sup> Ayıplı mal veya hizmetler bakımından satıcıya, sağlayıcıya, üretici veya ithalatçıya başvuru süresi iki yıl, konut veya tatil amaçlı taşınmazlar bakımından ise beş yıl olarak belirlenmiştir.

<sup>39</sup> Kat Mülkiyeti Hukukuna ilişkin olarak bkz., Mahir Ersin Germeç, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2020; Ali Rıza İlgezdi, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2019.

<sup>40</sup> "... Davacı dava dilekçesi ile, davalının erkek kardeşi ... ile aynı apartmanda ikamet ettiklerini, ...'nın kendi dairesinde sürekli gürültü çıkardığını, gece gündüz bağırıldığını, zaman zaman fiziki müdahalelerde bulunduğunu, apartman sakinlerinin ve ev sahibinin bu durumdan rahatsız

### E. Çevre Kanunu Bakımından

Çevre Kanunu m.28 hükmü, çevreyi kirletenlerin sebep olduğu zararlardan dolayı kusursuz sorumlu olmaları gerektiğini düzenlemektedir<sup>41</sup>. Madde hükmünde; “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zararlardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar” düzenlemesi yer almaktadır. Çevre Kanunu m.8 hükmüyle söz konusu m.28 hükmü birlikte değerlendirildiğinde; kirlenmenin ortaya çıkmasından önce çevreyi kirletme ihtimali olan kişilere önlem alma yükümlülüğü<sup>42</sup> (m.8), kirlenmenin ortaya çıkmasından sonra ise kirletene onun etkilerinin azaltılması veya giderilmesi (m.8) ve bu çerçevede oluşan masraflar ile oluşan zararın tazmini (m.28) yükümlülüğü getirilerek, zamansal bir tespit de yapılmıştır.

Gürültü kirliliği bakımından da gürültü meydana getirecek bir tadilat veya benzeri bir durum söz konusuysa, çevredeki canlıların en az zarar göreceği veya hiç zarar görmeyeceği şekilde önlem alınması önem arz etmektedir. İnşaat yapımında ses yalıtımının sağlanması, ulaşım araçlarının çok olduğu yerlere ses geçirmez duvarlar yapılması gibi gürültünün çeşidine ve boyutuna göre önlem alınması söz konusu olabilecektir.

---

*lık duyduğunu, 19/07/2014 tarihli apartman toplantısında ...'nın tahliyesine karar verildiğini, ancak tahliyenin gerçekleşmediğini, ...'nin taşınmazdan tahliyesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 18. maddesine göre kat malikleri gerek bağımsız bölümlerini, gerek eklentilerini ve ortak yerleri kullanırken doğruluk kaidelerine uymak, özellikle birbirlerini rahatsız etmemek ve yönetim planı hükümlerine uymakla karşılıklı olarak yükümlüdürler. Buna göre mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu ile mahallinde inceleme yapılarak davalıların kullandığı bağımsız bölümleri yukarıda açıklanan esaslara uygun olarak kullanıp kullanmadığı ayrıntılı olarak saptanıp aykırı kullanıldığının tespiti halinde alınacak önlemlerin neler olduğunun belirlenerek bu hususta davalılara Kat Mülkiyeti Kanununun 33. maddesi uyarınca makul bir süre verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi gerektiğinin düşünülmeden doğrudan davalının tahliyesine karar verilmiş olması, doğru görülmemiştir...”, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin 22.01.2018 tarihli ve 2017/1306 E., 2018/348 K. sayılı kararı, www.legalbank.net, (28.05.2021).*

<sup>41</sup> Emel, Badur, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, **Çevre Hukuku Sempozyumu**, Ankara 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 105-116 (111); Mustafa Ateş, “Çevre Kanununa Göre Çevre Kirlenmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1995, Sayı: 2, Ankara, s. 68-80 (79).

<sup>42</sup> Sahir Çortoğlu, “Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, **Yargıtay Dergisi**, Ocak 1986, Ankara, Yıl: 12, Sayı: 45-46, s. 77-100 (93); Başoğlu, s. 137.

Çevre kanunu çevre kirliliğinin önlenmesi için yapılması gerekenlere işaret etmiş, çevre kirliliğinin ortaya çıkması halinde ise bu kirliliği ortadan kaldırılması gerektiğine vurgu yapmıştır.

Çevre Kanunu m.28 hükmü incelendiğinde bu hükmün çevreye zarar veren bir etken olarak uygulanması gerektiği ortadadır. Gürültü kirliliği tehlikesine sebep olanların ve ilgili idarenin dışında, gürültü kirliliği ihtimalinin bulunduğu durumlarda Çevre Kanunu m.30/1 hükmü gereğince gürültü kirliliğini veya sükûnu bozan bir faaliyetten haberdar olan herkesin ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını istemesi mümkündür. Buna göre, başta gürültü kirliliği tehlikesi ile karşı karşıya olan bireyler olmak üzere, çevre bilincine sahip herkesin gerekli önlemlerin alınmasını talep etme hakkı bulunmaktadır<sup>43</sup>. Bu durum gürültü kirliliğine sebep olma, önlem alma konusunda yol göstericidir.

Çevre Kanunu m.28 hükmü gereğince sorumluluğun ortaya çıkması için; hukuka aykırı bir fiil (gürültünün meydana gelmesi), zarar, fiille zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Çevre Kanunu m.28 hükmü; doktrinde Türk Borçlar Kanunu m.71 hükmünün özel bir görünümü olarak nitelendirildiğinden dolayı, m.28 hükmünde düzenleme bulunmayan hallerde TBK m.71 hükmü tamamlayıcı nitelikte rol oynayacaktır.

Gürültü kirliliğinin çevre kirliliği olarak nitelendirilmesi, bu durumun ise tehlike sorumluluğuna yaklaştırılması kanaatimizce de Çevre Kanunu düzenlemesinin daha kolay uygulanmasını sağlayacaktır.

## SONUÇ

Gürültü kavramı; ulaşım araçları, kara yolu trafiği, demir yolu trafiği, hava yolu trafiği, deniz yolu trafiği, açık alanda kullanılan teçhizat, şantiye alanları, sanayi tesisleri, atölye, imalathane, işyerleri ve benzeri ile rekreasyon ve eğlence yerlerinden çevreye yayılan gürültü dâhil olmak üzere, insan faaliyetleri neticesinde oluşan zararlı veya istenmeyen açık hava seslerini ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır. Çevreyi rahatsız edici boyuttaki seslerin gürültü olarak nitelendirilmesi mümkündür.

<sup>43</sup> Elvend Kantar, "Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1984, İstanbul, s. 20-42 (35).

Her ses gürültü olarak nitelendirilemeyecek, sesin gürültü olarak nitelendirilmesi bakımından rahatsız edici boyutlara ulaşması hatta katlanılmaz olması dahi aranabilecektir. Sesin yüksekliği, kalıcı birçok zarara sebebiyet verebilecek nitelikte olabileceğinden, kanun koyucu gürültü ve gürültü kirliliğinin önlenmesi ve ortadan kaldırılabilmesi adına yasal düzenlemeler yapmıştır.

1982 Anayasası'nın m.56 hükmünde "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlığı altında; TCK da çevre suçları adı altında ve Çevre Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler yapılmış, bu düzenlemeler dışında ayrıca yönetmeliklerle de ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Gürültü kirliliğine sebep olunması halinde gürültü kirliliğine sebep olanların sorumluluğu TBK, TMK, TKHK ve KMK anlamında ayrı ayrı incelenmesi ve oluşan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir.

Gürültü kirliliğinin gelecek yıllarda da insan hayatını olumsuz etkileyeceği göz önüne alındığında, gürültü kirliliğini ortadan kaldırmaya veya en aza indirmeye yönelik önlemler alınması gerektiği ortadadır.

Yeni yapılacak olan ve 2008 yılından sonra inşa edilmiş olan binaların gürültüye karşı yalıtım hesaplarının ve gerekmesi halinde akustik projelerinin tamamlanması gerekmektedir. Eksiklerin tamamlanmaması binanın ayıplı olarak değerlendirilmesine sebep olabilecektir. Binayı inşa edenlerin hukuki ve idari açıdan sorumlulukları söz konusu olabileceği gibi cezai sorumlulukları da ortaya çıkartacaktır. Ayrıca bu ayıplar kasten ya da ağır ihmali sonucu ortaya çıktığı için tüketici haklarının aranması dolayısıyla zamanaşımına da tabi olacaktır.



**KAYNAKÇA**

- ABİK, Yıldız, ‘Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu’, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, C. XIV, S. 3-4, ss. 145-186.
- AKINTÜRK, Turgut- AKİPEK, Jale-ATEŞ, Derya, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2018.
- AKİPEK, Şebnem, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, *Manisa Barosu Dergisi*, 1994, Y. 13, sayı: 48, ss. 4-22.
- ALICA, Süheyla Suzan, *Kent-Çevre-Hukuk*, Ankara 2011.
- ATAMER, Yeşim M.-BAŞ, Ece, “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıptan Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, C. 88, Özel Sayı 1, ss. 19-61.
- ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Konya 2009.
- ATEŞ, Mustafa, “Çevre Kanununa Göre Çevre Kirletilmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1995, Ankara, sayı: 2, ss. 68-80.
- AYDOĞDU, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Ankara 2015.
- AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan, *Çevreye Karşı Suçlar*, Ankara, 2015.
- BADUR Emel, “Çevreyi Kirletenin Hukuki Sorumluluğu”, *Çevre Hukuku Sempozyumu*, Ankara, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2006, ss. 105-116.
- BAŞOĞLU, Başak, *Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, İstanbul 2014.
- BOZKURT, Yavuz, *Çevre Sorunları ve Politikaları*, Bursa 2013.
- ÇABRİ, Sezer, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara 2016.
- ÇÖRTOĞLU, Sahir, “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara, Yıl. 12, sayı: 45-46, Ocak 1986, ss. 77-100.
- DOĞAN, Murat-ŞAHAN, Gökhan-ATAMULU, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, Ankara 2020.
- ERDOĞAN, İhsan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2020, (Mülkiyet Hukuku).
- ERTEN, Mehmet Ali, *Türk Hukukunda Yapıların Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk*, Ankara 2000.
- ESENER, Turhan-GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, Ankara 2019.

- GERMEÇ, Mahir Ersin, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2020.
- GÜLER, Çağatay-ÇOBANOĞLU, Zakir, *Gürültü*, Ankara 1994.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, İstanbul 2014.
- GÜNEŞ, Ahmet M., *Çevre Hukuku*, İstanbul, 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki-GÜNGÖR, Devrim, "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", *TBB Dergisi*, S. 69, Y. 2007, ss. 21-51.
- HATEMİ, Hüseyin-GÖKYAYLA, Kadir Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2017.
- İLGEZDİ, Ali Rıza, *Kat Mülkiyeti Hukuku*, Ankara 2019.
- İMRE, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul 1949.
- İNAN, Ali Naim-YÜCEL, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014.
- KANTAR, Elvend, "Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı", *İstanbul Barosu Dergisi*, İstanbul, 1984, ss. 20-42.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C. I, İstanbul 2007.
- KARAKOCALI, Ahmet-KURŞUN, Ali Suphi, *Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, İstanbul 2015.
- MURPHY, E.-KING, E. A., Environmental noise pollution Noise Mapping, *Public Health, and Policy. USA: Elsevier*; 2014:2, 204, 206-208.
- NART, Serdar, *Borçlar Hukuku*, Ankara 2014.
- OĞUZMAN, Kemal-ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020.
- SİRMEN, Lale, "Çevre Kanununa Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk", *ABD*, 1990, S. 2 (Çevre Kanunu).
- SİRMEN, Lale, *Eşya Hukuku*, Ankara 2020 (Eşya Hukuku).
- TANDOĞAN, Haluk, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Sorumluluk).
- TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, Ankara, 1961 (Mes'uliyet Hukuku).
- TOPUZ, Murat, "İsviçre Borçlar Kanununa İlişkin Genel Hükümlerin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz Armağanı*, Y. 2016, C. 22, S. 3, ss. 2693-2710.

YAŞAR, Osman-GÖKCAN, Hasan Tahsin-ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2014.

YENERER ÇAKMUT, Özlem, *Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma ve Gürültüye Neden Olma Suçları*, İstanbul 2014.

YILDIRIM, Abdülkerim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020.

YILMAZ TURGUT, Nükhet, *Çevre Politikası ve Hukuku*, Ankara 2009.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, *Çevre Hukuku*, Ankara, 2017.



# EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE EKLEMENİN KONUSU OLAN DEĞERLER (TMK m.229) VE YARGITAY UYGULAMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Eşler herhangi bir mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olurlar. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu serbesti bir eşin diğer eşin katılma alacağı bakımından bir tehlikenin varlığını da beraberinde getirmektedir. Kanun koyucu da bu tehlikeyi öngörmüş ve katılma alacaklısı eşin bu alacağını korumayı amaçlamıştır. Türk Medeni Kanununun 229'uncu maddesi ile eşlerden birinin diğer eşin katılma alacağı aleyhine gerçekleştirilmiş olduğu karşılıksız kazandırma ve devirlerin hesaplama yapılırken farazi olarak eklenmesini düzenlemektedir. Söz konusu hükümde yer alan eklenecek değerler tasfiyede yalnızca değere olarak eklenecek, yapılan tasarruf/tasarruflar üzerinde herhangi bir etki doğurmayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Mal Rejimi, Eklenecek Değerler, TMK m.229.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 02/12/2021.

Atıf Şekli: Süheyla Zorlu, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklemenin Konusu Olan Değerler (TMK m.229) ve Yargıtay Uygulaması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 695-723.

<sup>(\*\*)</sup> Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye.

E-posta: szorlu@erbakan.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-6962-387X.

# **VALUES WHICH ARE THE SUBJECT OF ADDING IN THE REGIME OF PARTICIPATION TO ACQUIRED GOODS (Turkish Civil Law Art.229) AND JURISDICTION APPLICATION**

## **ABSTRACT**

If the spouses have not signed any property regime agreement, they are subject to the legal property regime, the participation regime in the acquired property. In the regime of participation in acquired property, there is no provision that prevents spouses from freely disposing of their assets. However, this freedom brings with it the existence of a danger in terms of the participation of one spouse by the other spouse. The legislator has foreseen this danger and aimed to protect this receivable of the spouse who is the creditor of participation. Article 229 of the Turkish Civil Code regulates the hypothetical addition of gratuitous gains and transfers made by one of the spouses against the other spouse's participation receivables while calculating. The values to be added in the aforementioned provision will only be added to the value in the liquidation and will not have any effect on the savings/savings made.

**Keywords:** Regime of Participation in Acquired Goods, Goods Regime, Values to be Added, TMK m.229.

## GİRİŞ

Sona eren edinilmiş mallara katılma rejimi tasfiye edildikten sonra her eş ya da eşlerin vefatı halinde mirasçıları, diğer eşe ait artık değer yarısında hak sahibi olur. Kanun koyucu bu katılma alacağını sağlayabilmek için bir kısım malvarlığı değerlerinin edinilmiş malların kapsamına dâhil edilmesini öngörmektedir<sup>1</sup>. “Eklenecek değerler” olarak ifade edilen bu malvarlığı değerleri Türk Medeni Kanununun 229’uncu maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar ile mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler mal rejiminin sona erdiği anda mevcutmuş gibi tasfiyeye dâhil edilir. Ancak eşler, edinilmiş mallara katılma rejiminde malvarlığını kötü yönetirse ya da fazla tüketime konu ederse bu durumda Türk Medeni Kanununun 229’uncu maddesi uygulanmaz. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler, edinilmiş mal grubu üzerinde, kişisel mallarda olduğu gibi tasarruf özgürlüğüne sahiptir (TMK m.193). Diğer taraftan katılma alacağı aynı nitelikte değildir ve eşlerden biri diğer eşin hukukî işlemlerine katılma alacağının bulunduğu gerekçesiyle müdahalede bulunamaz. Mal rejiminin devamı sürecinde eşin tasarruf özgürlüğünün kısıtlanması ancak Türk Medeni Kanununun 199’uncu maddesine dayanılarak hâkim tarafından karar verilmesiyle veya aile konutuna ilişkin 194 hükmüne istinaden mümkündür. Bu şekilde bir kısıtlama olmadığı sürece eşler malları üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Dolayısıyla mal rejiminin genel hükümleri arasında yer almayan ve tasfiye hükümleri kapsamında düzenlenmiş olan 229’uncu madde, mal rejiminin devamı sürecinde koruyucu etkiye sahip olan bir hüküm değildir<sup>2</sup>; yalnızca tasfiye netice-

<sup>1</sup> Suat Sarı, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 191; Mustafa Dural - Tufan Öğüz - M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C. III*, Filiz Kitabevi, Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Bası, İstanbul, 2019, s. 238-239; Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185 - 281)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 366; Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 241; Şükran Şıpka, *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 228; Ayşe Karakimseli, *Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 197; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Katkı-Katılma Alacağı*, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2016, s. 139; Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2021, s. 312-313.

<sup>2</sup> Şıpka, 2011, s. 230.

sinde ortaya çıkan katılma alacağının korunmasını sağlar<sup>3</sup>. Belirtilmelidir ki, 229'uncu maddenin uygulanmasıyla üçüncü kişiye devredilmiş olan malvarlığı değerinin akıbetinde bir değişiklik olmamakta; sadece varsayımsal olarak eşin yaptığı devir sanki hiç yapılmamış gibi kabul edilerek edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde hesaba dâhil edilmektedir<sup>4</sup>. Böylece eşlerden birinin edinilmiş mallarını karşılıksız olarak ya da diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastı ile üçüncü kişilere devrederek, diğer eşin katılma alacağını azaltması (ve hatta bundan menfaat elde ederek diğer eşin edinilmiş mallarından daha fazla pay alabilmesi) TMK m.229 hükmü ile yaptırıma tabi kılınmaktadır<sup>5</sup>. Ancak bu yaptırım, işlemi yapan eşin eklenecek değerleri konu edinen işlemlerinin geçersiz sayılması şeklinde tezahür etmez<sup>6</sup>. Sadece eşin yapmış olduğu işlemler hiç yapılmamış, işlemlere konu olan malvarlığı değerleri edinilmiş mal grubundan hiç çıkmamış gibi kabul edilir<sup>7</sup>. Ancak kanunkoyucu bu farazi ekleme ile yetinmeyecek, tasfiye neticesinde borçlu eşin katılma alacağını ifa edememesi halinde, katılma alacağını tahsil edemeyen eşe TMK m.241'de kazandırmadan yararlanan üçüncü kişiye müracaat etme imkânı tanımıştır<sup>8</sup>. Ancak üçüncü kişilere yapılabilecek olan bu başvuru çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmış olup, sadece TMK m.229 kapsamında eklemenin konusu olabilecek tasarruflar Yargıtay kararlarıyla somutlaşmış örnekler ortaya konularak açıklanmaya çalışılmıştır.

<sup>3</sup> Karakimseli, 2017, s. 197.

<sup>4</sup> Zeytin, 2021, s. 241; Fatih Karamercan, *Katkı- Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları*, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 636; Genç Arıdemir, Arzu, "TMK md.241'e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler", *BÜHFD*, 2018, C. 13, S. 169-170, s. 41-42; Genç Arıdemir, 2019, s. 445; Sarı, 2007, s. 191; Gümüş, 2008, s. 366, 367; Şıpka, 2011, s. 228, 229; Karakimseli, 2017, s. 197; Dural - Öğüz - Gümüş, 2019, s. 238, 239; Acar, 2021, s. 314; Kılıçoğlu, 2016, s. 140; Zeynep Rana Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler (TMK m.229)", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019, s. 4-5.

<sup>5</sup> Zeytin, 2021, s. 241; Acar, 2021, s. 312-313; Karamercan, 2019, s. 636; Kılıçoğlu, 2016, s. 139.

<sup>6</sup> Gümüş, 2008, s. 367. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.5.2016 tarihli ve 2015/911 E. 2016/8977 K. sayılı kararı, "... Eşin talep hakkı, edinilmiş malın mülkiyetine yönelik bir aynı hak olmayıp, malın değeri üzerinden hesaplanan bir alacak hakkı niteliğinde olduğundan; karşılıksız kazandırma veya devrin yapıldığının tespit edilmesi halinde, işlemin (tasarrufun) iptaline karar verilemez ve eşle birlikte üçüncü kişi davalı olarak gösterilse bile, bu aşamada davacı lehine hüküm altına alınan katılma alacağından üçüncü kişi sorumlu tutulmaz...", <https://www.lexpera.com.tr>, (20.10.2021).

<sup>7</sup> Acar, 2021, s. 314; Zeytin, 2021, s. 247-248; Sarı, 2007, s. 198.

<sup>8</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Sinan Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", *ERÜHFD*, 2016, C. XI, S. 1, s. 147-198.



Evliliğin sona ermesi eşlerden birinin ölümüyle gerçekleşmişse, mal rejimi kuralları gereği eklenecek değerlerle birlikte miras hukuku kuralları gereği eklenecek değerler de söz konusu olabilir<sup>9</sup>. Nitekim Türk Medeni Kanununun 229'uncu maddesi, 508'inci madde hükmüyle ve 565'inci maddenin üç ve dördüncü bentlerinde yer alan mirasta saklı pay hükümlerinin bertaraf edilmesi amacıyla yapılmış olan tenkise tabi tasarruflara ilişkin hükümlerle uyum içerisindedir<sup>10</sup>.

TMK m.229 hükmünün uygulanabilmesi için ilk olarak mal rejiminin sona ermiş olması gerekmektedir<sup>11</sup>. Karşılıksız kazandırma, kazandırmada bulunan eşin edinilmiş mallarından olmalıdır. Diğer taraftan TMK m.229 hükmü bir eşin diğer eşten mal rejiminin tasfiyesinden bağımsız olarak bir talepte bulunabilmesine imkân sağlamamaktadır. Eşin yapmış olduğu karşılıksız kazandırma ya da devirlerin eklenecek değerler arasında değerlendirilebilmesi için edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine girilmiş olmalıdır; burada tasfiyeye ilişkin dava kapsamında diğer taleplerle birlikte değerlendirme yapılır<sup>12</sup>. Tasfiye aşamasında TMK m.229 kapsamındaki talepleri ileri sürebilecek olan sadece katılma alacaklısı olan eş ile onun vefatı halinde kanunî mirasçılardır. Bunlar dışında söz konusu hüküm kapsamında talepte bulunulabilmesi mümkün değildir. Ancak karşılıksız devir aynı zamanda mirasçı olan katılma alacaklısına yapılmışsa, onun eklenecek değerlere ilişkin talepte bulunması haksız olarak tekrar kazanım elde etmesine neden olabilir. Bu nedenle TMK m.229 anlamında kazandırma işlemi yapan eşin eklenecek değer miktarınca bundan dönmesine olanak tanınmalıdır<sup>13</sup>.

Eşlerden biri edinilmiş malından kişisel malına katkıda bulunmuşsa ve sonra bu kişisel malını elden çıkarmışsa bu durumda TMK m.229 gereği eklenecek değer olarak hesaplanmasına gerek yoktur. Zira bu durumda TMK m.230/III

<sup>9</sup> Zeytin, 2021, s. 245; Şıpka, 2011, s. 229. Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aytuğ Ceyhan Çakır, *Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

<sup>10</sup> Acar, 2021, s. 314; Şıpka, 2011, s. 229; Kılıçoğlu, 2016, s. 139; Gümüş, 2008, s. 366.

<sup>11</sup> Zeytin, 2021, s. 241; Genç Arıdemir, 2019, s. 447; Şıpka, 2011, s. 229.

<sup>12</sup> Genç Arıdemir, 2019, s. 447. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 8.6.2016 tarihli ve 2016/9805 E. 2016/10078 K. sayılı kararı, "... Yargıtay'ın ve Dairemizin sapmaksızın devam eden uygulamalarına göre, mal rejiminin tasfiyesi ile alacak hakkında bir karar verilmesi için eşler aralarındaki mal rejiminin sona ermesi gerekir. Başka bir anlatımla, şahsi hak niteliğindeki mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan alacak hakkının dava konusu yapılabilmesi için muaccel (istenebilir) hale gelmesi gerekir, bu da mal rejiminin sona ermesi ile gerçekleşir..." , <https://www.lexpera.com.tr>, (16.10.2021).

<sup>13</sup> Zeytin, 2021, s. 244-245; Genç Arıdemir, 2019, s. 448.

uygulanarak denkleştirme yapılır ve böylece diğer eşin katılma alacağına dayanan menfaati korunmuş olur<sup>14</sup>.

TMK m.229 da belirtilmiş olan kazandırmaların eklenebilmesi için önem arz eden bir diğer şart da diğer eşin bu kazandırmaya ilişkin olarak rızasının alınmamış olmasıdır<sup>15</sup>. Diğer eş mal rejiminin tasfiyesinden önce, tasfiye sürecinde ya da tasfiye süreci sonrasında karşılıksız kazandırmaya onay vermişse artık bu eklemeyi istemeyeceği, bundan feragat etmiş sayılacağı şeklinde yorum yapılabilir<sup>16</sup>. Ancak eşin yapılan bir karşılıksız kazandırmaya rıza göstermiş olması, onun tasfiye neticesinde katılma alacağının eksik kalan kısmı için lehine kazandırma yapılan üçüncü kişilere müracaat etme hakkından da vazgeçmesi anlamına gelmez<sup>17</sup>.

## I. EKLEMENİN KONUSU OLAN DEĞERLER

### A. Genel Açıklama

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde artık değere katılma alacağı miktarı belirlenirken Türk Medeni Kanunundaki düzenleme gereği “eklenecek değerler” göz önünde bulundurulur. Nitekim eklenecek değerlerin neler olduğu Türk Medeni Kanununun 229’uncu maddesinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre,

*“Aşağıda sayılanlar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir:*

- 1. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,*
- 2. Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler.”*

<sup>14</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Sinan Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar ile Edinilmiş Mallar Arasında Denkleştirme (TMK m.230)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi*, 2019, C. I, S. I, s. 563-604.

<sup>15</sup> Gamze Turan Başara, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, *THD*, 2015, C. 10, S. 111, s. 62.

<sup>16</sup> Zeytin, 2021, s. 250; Acar, 2021, s. 316-317; Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 154; Şıpka, 2011, s. 234; Karamercan, 2019, s. 645.

<sup>17</sup> Zeytin, 2021, s. 250.

Bu hüküm, diğer eşin katılma alacağı talebinde bulunmasını ya da katılma alacağı hakkını tam olarak elde etmesini engellemek isteyen eşin tasarruflarına karşı koruma öngörmektedir<sup>18</sup>. Zira 229'uncu madde evlilik birliği ve yasal mal rejiminin devamı sürecinde eşlerin kötüniyetli davranışları karşısında Türk Medeni Kanununun 194'üncü, 199'uncu, 206'ncı, 223'üncü (ikinci fıkra) ve 225'inci (ikinci fıkra) maddeleri ile öngörülmüş olan koruyucu önlemlere ek niteliğindedir<sup>19</sup>. Ancak belirtilmelidir ki, hak sahipleri edinilmiş mallara katılma rejiminde sadece tasfiye söz konusu ise eklenecek değerleri ileri sürebilirler<sup>20</sup>. Bir eş tarafından edinilmiş mal grubundan bir malvarlığı değerini konu edinen bir hukukî işlem yapılmışsa, bu işlemin 229'uncu maddede sayılan amaç ve doğrultuda kazandırma ya da devir olup olmadığı araştırılıp belirlenmelidir<sup>21</sup>. Karşılıksız kazandırma ya da devir TMK m.229 hükmünün kapsamında değerlendirilir ise, bu kazandırma ya da devirler mal rejiminin sona erdiği anda mevcutmuş gibi

<sup>18</sup> Kılıçoğlu, 2016, s. 139; Şıpka, 2011, s. 228; Sarı, 2007, s. 191; Acar, 2021, s. 313; Zeytin, 2021, s. 241; Arzu Genç Arıdemir, "Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md. 229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İHM*, 2019, C. 76, S. 2, s. 445.

<sup>19</sup> Şıpka, 2011, s. 229. Ancak bir görüşe göre TMK m.188 ve 199 ile eşin diğer eş aleyhine karşılıksız kazandırma yapmasının önüne geçilmektedir. Bu nedenle TMK m.229'un uygulama alanının muhtevası bir hayli dardır (bkz. Acar, 2021, s. 313-314).

<sup>20</sup> Zeytin, 2021, s. 241. Hak sahibi tasfiye sürecinde somut bir takım haklardan vazgeçebilir (Bkz. Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 154). Bir görüşe göre edinilmiş mallara katılma rejimi sona ermişse, ancak henüz tasfiyeye girilmemişse, eşler Türk Medeni Kanununun 237'nci maddesine dayanarak bir sözleşme yapabilir ve katılma alacağından vazgeçebilirler. Ancak mal rejiminde tasfiye gerçekleşmiş ve neticede eşlerden biri lehine miktarı belirli bir alacak hakkı doğmuşsa, katılma alacağına hak kazanan eşin bundan vazgeçmesi için geçerli bir ibra sözleşmesi aranmalıdır. Bir başka ifadeyle bu durumda borçlar hukuku kurallarına tabi olan bir alacak hakkına dönüşen katılma alacağından kısmen ya da tamamen vazgeçmek için Türk Borçlar Kanununun 132'nci maddesine tabi olan ibra sözleşmesi yapılmalıdır (Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Şengül, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar", *ERÜHFD*, 2012, C. VII, S. 3-4, s. 75-77).

<sup>21</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.5.2018 tarihli ve 2018/10458 E. 2018/13019 K. sayılı kararı (Corpus Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, E. T. 15.09.2021); Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 3.4.2019 tarihli ve 2016/21616 E. 2019/3601 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (27.09.2021); Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 25.3.2019 tarihli ve 2018/12046 E. 2019/3123 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (27.9.2021); Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 20.3.2019 tarihli ve 2018/13949 E. 2019/2926 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (27.9.2021); Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 4.2.2019 tarihli ve 2016/20410 E. 2019/961 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (E.T. 29.9.2021).

tasfiyeye dâhil edilir<sup>22</sup>. Hesaplama eklenecek olan malvarlığı değerinin devir tarihindeki durumu (yaşı, niteliği, seviyesi, kalitesi vs.) dikkate alınarak karar (tasfiye) tarihindeki sürüm (rayiç) değeri hesaplamada esas alınır (TMK m.235/II). Mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırmadan ya da devirden menfaat elde eden üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir. Böyle bir durumda TMK m.241 hükmüne dayanılarak üçüncü kişiye karşı alacak davası açıldığında<sup>23</sup>, TMK m.229’da yer alan düzenlemenin şartlarının oluşup oluşmadığı yeniden bir inceleme konusu olmayacaktır<sup>24</sup>.

Türk Medeni Kanununun 229’uncu maddesi emredici nitelikte olduğundan, tarafların anlaşarak bunun aksini kararlaştırabilmeleri mümkün değildir<sup>25</sup>. Doktrinde savunulan bir görüşe göre 229’uncu maddenin emredici olmasının bir diğer sonucu da eşlerden birinin bu hükmün kapsamına giren işlemler yaptığı dosya kapsamında anlaşılırsa, hâkim diğer eşin talebi bulunmasa dahi, bunları re’sen göz önünde bulundurmalıdır<sup>26</sup>. Bir başka görüşe göre TMK m.229 un yaptırımını kesin hükümsüzlük değildir. Bu nedenle bir işlemin TMK m.229 çerçevesinde eklenecek değer olduğu iddiasını hak sahibi olan eş ya da mirasçılarını ileri sürmelidir<sup>27</sup>. Yargıtay ise eklenecek değerlerin taraflarca ileri sürülmesi halinde tasfiyeye dâhil edilmemesi gerektiği görüşündedir<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 16.12.2019 tarihli ve 2019/5799 E. 2019/11378 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>, 23.09.2021).

<sup>23</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 147-198.

<sup>24</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.5.2018 tarihli ve 2018/10458 E. 2018/13019 K. sayılı kararı (Corpus Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, E. T. 16.9.2021); Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 26.2.2019 tarihli ve 2017/11052 E. 2019/2009 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>, (28.9.2021).

<sup>25</sup> Zeytin, 2021, s. 241; Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 154; Şıpka, 2011, s. 229; Sarı, 2007, s. 199; Gümüş, 2008, s. 366; Genç Arıdemir, 2019, s. 446.

<sup>26</sup> Bkz. Zeytin, 2021, s. 244; Sarı, 2007, s. 199; Nil Karabağ Bulut, “Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel Kullanımına Yarayan Eşyanın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesindeki Rolü”, *BÜHFD Özel Sayısı (Prof. Dr. Özer Selçü’nin Anısına Armağan)*, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 823.

<sup>27</sup> Genç Arıdemir, 2019, s. 448.

<sup>28</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.1.2018 tarihli ve E. 2017/15876 K. 2018/1143 sayılı kararı, “... Dosya kapsamında bulunan belgelere göre, davalı ...’ın Merkez Bankası’ndaki Euro hesabı mal rejimi sona ermesinden yaklaşık üç yıl önce (15.11.2005) çekilerek eşlerin müşterek çocukları...’a verilmiş, ... plakalı araç da 17.03.2005 tarihinde ... tarafından devredilmiş olup,

## B. Mal Rejiminin Sona Ermesinden Önceki Bir Yıl İçinde Diğer Eşin Rızası Olmadan Olağan Hediyeler Dışında Yapılan Karşılıksız Kazandırmalar

TMK m.229/1-b.1'e göre "eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar" katılma alacağının hesabında değer olarak eklenir. Dolayısıyla bu hüküm anlamında bir malvarlığı değerinin edinilmiş mal hesabında ekleme konusu olabilmesi için bir takım özellikleri haiz olması gerekmektedir. Bu bağlamda eklenecek değerden bahsedebilmek için eş tarafından karşılıksız kazandırma yapılmış olmalı, bu karşılıksız kazandırma edinilmiş mal grubundan olmalı, olağan hediyelerin dışında kalmalı, sağlararası işlem söz konusu olmalı, üçüncü kişi lehine yapılmalı, diğer eşin rızası bulunmamalı ve mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmalıdır.

"Karşılıksız kazandırma" kavramı kanunda edinilmiş mal rejimi bahsi kapsamında özel olarak tanımlanmış değildir. Bu nedenle genel hükümler dikkate alınarak ve bilhassa miras hukuku hükümleri (TMK m.565/b1 ve TMK m.669/1) kaynaklığında tanımlanabilir. Doktrindeki bir tanıma göre Türk Medeni Kanununun 229'uncu maddesinin birinci fıkrasının ilk bendi anlamında karşılıksız kazandırma, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıllık süreç içerisinde üçüncü kişi ile kazandırmayı yapan eş arasında onun malvarlığı değerlerine ilişkin olarak gerçekleşen ve diğer eşin rızası olmaksızın üçüncü kişi/kişiler lehine olağan hediyeler dışında karşılık elde etmeksizin bir menfaat ya da kazanç sağlamaya yönelik tasarrufla muameledir<sup>29</sup>. Bir başka tanıma göre ise buradaki karşılıksız kazandırma edinilmiş mallarda bir azalmaya neden olan ya da edinilmiş malların artmasını engelleyen, iradi, ivazsız olarak yapılan ya da bir ölçüde ivazsız olarak yapılan kazandırmalardır<sup>30</sup>.

---

mal rejimi sona erdiği tarihte mevcut olmayıp, TMK. 229 maddesinde belirtilen eklenecek değer olduğu yönünde iddia ileri sürülmediğinden sözkonusu davalı ...'ın Merkez Bankası'ndaki Euro hesabının ve ... plakalı aracın tasfiyeye dâhil edilmemesi gerekir...", <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, (22.10.2021). Ayrıca bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23.01.2018 tarihli ve E. 2017/15876, K. 2018/1143 sayılı kararı (Fatih Karamercan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK m.229, 241)", **Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2019, s. 4, dn. 24).

<sup>29</sup> Bkz. Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılardan Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 155.

<sup>30</sup> Bkz. Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler (TMK m.229)", s. 6.

Karşılıksız kazandırma denilince ilk olarak akla gelen bağışlama sözleşmesidir. Nitekim edinilmiş mal grubundan yapılan bağışlama bir karşılıksız kazandırma olarak kabul edilebilir. Türk Borçlar Kanununun 285'inci maddesinde "Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmaktadır. Yargıtay katılma alacağıının belirlenmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin bağışlama iradesinin var olup olmadığını değerlendirirken "causa donandi" unsuruna önem atfetmiştir<sup>31</sup>. Causa donandi unsuru gereği bağışlayan bağışlanana bir karşılık almadan, onu zenginleştirme amacıyla kazandırma yapmış olmalıdır. Bazı kazandırmalar bağışa benzese de kazandırmanın bağışlama amacıyla yapılmaması sebebiyle bağışlama olarak değerlendirilmez. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m.285/II-III'te "*Henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama değildir. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz.*" Bağışlamanın kapsamına devredilebilen her türlü malvarlığı değerlerinin devri (taşınır veya taşınmaz eşya ile hakların devri), sınırlı aynî haktan feragat edilmesi, alacak devirleri, çeyiz ya da kuruluş sermayesi temini, ibra (TBK m.132), üçüncü kişi lehine hayat sigortası ödemeleri, karma bağışlamalar, vakıf kurma<sup>32</sup> ve başkasının borcunu ifa gibi işlemler dâhil edilebilir<sup>33</sup>.

Ahlaki yükümlülüğün ifası amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmalar Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında değerlendirilmeli midir? İsviçre'de kabul gören görüş bu tarz karşılıksız kazandırmaların eklenecek değerlere dâhil edilmesi gerektiği yönündedir<sup>34</sup>. Nitekim İsviçre Medenî Kanununda deği-

<sup>31</sup> Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.4.2019 tarihli ve 2017/1613 E. 2019/419 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (26.9.2021). Bu kararda Yargıtay "causa donandi" unsurunu dikkate alarak yapmış olduğu değerlendirme neticesinde eşlerde birinin diğer eşe ait olan malvarlığına katkıda bulunması halinde, bunun bağışlama olarak kabul edilmeyeceğine karar vermiştir.

<sup>32</sup> TMK m.102/I hükmüne dayanılarak gerçek kişilerin resmî bir senetle sağ iken vakıf kurmalarının mümkün olduğu ifade edilebilir. Ayrıca TMK m.526/I hükmü çerçevesinde ölüme bağlı tasarrufla da vakıf kurulabilir. Dolayısıyla TMK m.229/I-b1 de düzenlenen eklenecek değerler değerlendirilirken bunlar göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>33</sup> Özge Yenice Ceylan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", *YBHD*, Y. 3, S. 2018/2, s. 220-221; Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 156-157. Bir görüşe göre tek taraflı işlem niteliğindeki vakıf kurma işlemi bağışlamadan farklıdır. Detaylı bilgi için bkz. Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Bağışlama Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

<sup>34</sup> Bkz. Acar, 2021, s. 322, dn. 952; Zeytin, 2021, s. 248-249, dn. 591.

şiklik yapılmasına ilişkin Kanun taslağının gerekçesinde ahlaki yükümlülüklerin ifası amacıyla yapılan kazandırmaların ZGB. Art.208 Ziff.1 (TMK m.229/I-b.1) hükmü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>35</sup>. Alman Hukukunda ise İsviçre Hukuku'ndan farklı olarak ahlaki yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmaların eklenecek değerlere dâhil edilmemesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Türk Hukukunda doktrinde kabul gören görüş<sup>37</sup>, ahlaki yükümlülüklerin ifası amacıyla eşin yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündedir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>38</sup> ise kocanın evlilik dışı dünyaya gelmiş çocuğuna yükümlü olduğundan daha fazla nafaka ödemesinde bulunması durumunda karşılıksız kazandırmanın ahlaki bir yükümlülüğün ifası amacıyla yapıldığının kabul edilmesi gerekir<sup>39</sup>. Ancak eşi bu karşılıksız kazandırmayı yapmaya iten düşünce ahlaki yükümlülüğün ifa edilmesinden ziyade, hak sahiplerinin haklarını etkisiz kılmak ise, bu durum Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü anlamında bağış olarak nitelendirilebilir. Yine bu konuyla alakalı olarak ileri sürülen bir görüşe göre<sup>40</sup> ise bir kazandırma ahlaki bir yükümlülük olduğu tartışılmayacak bir kapsamda gerçekleşmişse, sadece bir kanunî düzenlemeye dayanmadığı savına dayanılarak tasfiyede Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında eklenecek değer olarak değerlendirilmesi, toplumdaki dayanışma ve yardımlaşma duygusunu yıpratacaktır. Bu noktada diğer eşin alacak hakkının korunabilmesi için yapılan kazandırmanın haki katen bir ahlaki yükümlülüğün ifası amacıyla yapıp yapılmadığının, tarafların sosyal statüleri, gelir durumları, bilhassa yerel adetler, kazandırmanın bu adetlere ve içinde bulunulan sosyal çevreye uygun olması gibi kriterler göz önünde

<sup>35</sup> BBI 1979 II 1191 (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 11 Juli 1979, s. 1317, [https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1979/2\\_1191\\_1179\\_1119/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1979/2_1191_1179_1119/de), (1.8.2021).

<sup>36</sup> Bkz. BGB §1375 Abs.2 Nr. 1.

<sup>37</sup> Şıpka, 2011, s. 234; Sarı, 2007, s. 194; Acar, 2021, s. 322.

<sup>38</sup> Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016, s. 231-232.

<sup>39</sup> İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun annesine yapılan ödemenin karşılıksız kazandırma olarak kabul edilerek eklenecek değer niteliğinde değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir (TF, 28.09.2012, JdT 2013 II 261) (bkz. Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler (TMK m.229)", s. 17-18).

<sup>40</sup> Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağı Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılardan Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 158.

bulundurulması değerlendirilmesi doğru olur. Eğer uygunluk söz konusuysa Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamına dâhil edilmemelidir.

Eşlerden birinin iş gücünü herhangi bir karşılık almadan üçüncü kişinin menfaatine sunması halinde TMK m.229/I-b.1 anlamında karşılıksız kazandırmanın varlığından söz edilebilir mi? Eğer bu şekilde iş gücünün bir bedel alınmadan sunulması karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilirse bunun değerinin edinilmiş mallara eklenmesi gündeme gelir. Kanaatimce doğru olan görüşe göre bu şekilde bir değerlendirme edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin düzenlemelerin özüne ve amacına uygun olmaz. Nitekim TMK m.229/I-b.1'in uygulanabilmesi için karşılıksız kazandırmanın edinilmiş mal grubundan yapılmış olması, malvarlığı değerlerinin sürüm değerlerinin esas alınacak olması gibi prensipler niteliği gereği iş gücü bakımından uygulanamaz<sup>41</sup>. Ancak bir başka görüşe göre eşin bir bedel almaksızın üçüncü kişiye iş gücünü sunması, onun hizmetini görmesi karşılıksız kazandırma olarak değerlendirilmeli ve eklenecek değerlerin kapsamına dâhil edilmelidir<sup>42</sup>.

Eşlerden biri mirastan feragat sözleşmesi<sup>43</sup> yapmışsa bu hukuki işlem Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında ele alınmalı mıdır? Mirastan feragat sözleşmesi kanunî mirasçının beklenen mirasçılık hakkından vazgeçmesini konu edinir<sup>44</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre<sup>45</sup> mirastan feragat sözleşmesi ivazsız ise Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmünün kapsamında ele alınmamalıdır. Buna karşın mirastan feragat sözleşmesi ivaz karşılığında yapılmışsa ve ivaz edinilmiş mallardan karşılanmış ise bu durumda Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında değerlendirilmesi mümkündür<sup>46</sup>. Bir başka

<sup>41</sup> Bkz. Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenerek Değerler (TMK m.229)", s. 7.

<sup>42</sup> Bkz. Zeytin, 2021, s. 248.

<sup>43</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakan Albaş, "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükmüne İlişkin Bazı Sorunlar", *DEÜHFD*, 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 535-552.

<sup>44</sup> Detaylı bilgi için bkz. Mehmet Ayan, *Miras Hukuku*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2020, s. 167; Gökhan Antalya, *Mirastan Feragat Sözleşmesi*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999; Rona Serozan - Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2019, s. 265; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Yetkin Yayınları, 11. Bası, Ankara, 2020, s. 253-256; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara, 2021, s. 151- 160; Mustafa Dural - Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku C. IV: Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, Onuncu Bası, İstanbul, 2016, s. 101; Ali Raşit Cingil, "Mirastan Feragat Sözleşmesi", *TNBHD*, 2007, S. 136, s. 55 vd...

<sup>45</sup> Acar, 2021, s. 315.

<sup>46</sup> Detaylı bilgi için bkz. Acar, 2021, s. 315 dn. 930 ve dn. 931.



görüşe göre<sup>47</sup> ise mirastan feragat sözleşmesi, feragat ettiren bakımından ölüme bağlı tasarruf niteliğinde olduğundan, ivaz onun edinilmiş malından karşılanmış olsa dahi Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.1 hükmü kapsamında sağlararası kazandırma olarak sayılmamalıdır. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu m.677 kapsamında yapılan miras payının devri sözleşmesi karşılıksız yapılmış ise sağlararası karşılıksız kazandırma niteliğinde kabul edilmelidir<sup>48</sup>. Bir başka ifadeyle TMK m.220 hükmü gereği kişisel mal niteliğindedir.

TMK m.229/I-b.1 anlamında eklenecek değerden söz edebilmek için karşılıksız kazandırma edinilmiş mal grubundan olmalıdır. Ancak edinilmiş mal grubundan kişisel mal grubuna bir katkıda bulunulmuşsa, ancak daha sonra kişisel mal karşılıksız kazandırmaya konu olursa TMK m.229/I-b.1 uygulanabilir mi? Bir başka ifadeyle bir eşin kişisel malı diğer eş lehine denkleştirmeye tâbi ise ve malik olan eş söz konusu mal varlığı değerini karşılıksız kazandırırsa TMK m.229/I-b.1 hükmü uygulama alanı bulur mu? Örneğin eşlerden X'e ait olan ve annesinden miras kalan 750 bin TL. değerindeki bir daireye, yine X'in çalışmasının karşılığı olarak elde edilen 250 bin TL. ile tadilat yapılmıştır. Böylece dairenin değeri 1 milyon TL. olmuştur. Mal rejimi sona erip tasfiyeye geçildiğinde, X'in edinilmiş mal grubundan kişisel mal grubuna yapılan katkı, malın değerine göre oranlanarak denkleştirme miktarı bulunur  $(250 \text{ bin} / (250 \text{ bin} + 750 \text{ bin}) = 250 \text{ bin} / 1 \text{ milyon} = \frac{1}{4})$  ve diğer eş olan Y'nin katılma alacağının aktifinde bu miktar yer almalıdır. Ancak X bir süre sonra daireyi taraftarı olduğu spor kulübüne bağışlar. İsviçre doktrininde kabul gören görüşe göre bir mal grubunun diğer mal grubundan TMK m.230/III (ZGB 209/III) hükmüne göre denkleştirme alacağı, o malın ekonomik değerini tamamen kaybetmesinin yanı sıra, tüketilmesi, hediye edilmesi ya da yok edilmesi durumlarında da son bulur<sup>49</sup>. Bir eşin örnekte olduğu gibi edinilmiş mal grubu aleyhine tasarrufta bulunması durumunda TMK m.229 hükmünün uygulanması mümkündür<sup>50</sup>. Doktrinde savunulan bir görüş bu sonucun kabulünün zorunlu olmadığını belirtmektedir. Zira TMK m.230/III'te malın daha önce elden çıkarılması halinde ("elden çıkarma" geniş yorumlanmalıdır) denkleştirme alacağının hakkaniyete göre tespit edileceği düzenlenmektedir. Bu durumda kişisel mal elden çıkartılmış olsa da, edinilmiş mal grubunun katkısı nedeniyle denkleştirme alacağı yok olmaz, sadece

<sup>47</sup> Genç Arıdemir, 2018, s. 57.

<sup>48</sup> Genç Arıdemir, 2019, s. 450.

<sup>49</sup> Bkz. Zeytin, 2021, s. 251, dn. 596.

<sup>50</sup> Zeytin, 2021, s. 251.

hakkaniyete göre tespit edilir. Bir kayıp olmadığı için de TMK m.229 anlamında eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmesine de gerek yoktur<sup>51</sup>. Bu konudaki başka bir görüşe göre denkleştirme ile alakalı olarak üçüncü kişiye başvurulamamalıdır; zira denkleştirme bağımsız bir alacak niteliğinde değildir, bir eşin kendi mal gruplarındaki değer kaymalarının değerlendirilmesini sağlama amacındadır. Kişisel mal üçüncü kişiye devredilmişse TMK m.230/III'e dayanılarak "hakkaniyete göre" denkleştirme alacağı tasfiyede dikkate alınır, dolayısıyla TMK m.229'un uygulanması gerekliliği bulunmaz<sup>52</sup>. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise madde metnindeki "elden çıkarma" ifadesi dar yorumlanmalı ve denkleştirme alacaklısının yükümlüsü olan kişisel mal, yerine ikame değer gelecek şekilde elden çıkarılmış olmalıdır. Eğer ikame değer olmaksızın elden çıkarılmışsa (kullanma, tüketme, sarf etme, kaybetme, bağışlama gibi) değer kaybı olarak nitelendirilmelidir. Bir eş edinilmiş maldan kişisel mala önemli bir miktarda katkı sağlamış, bu sayede kişisel mal mühim bir değere ulaşmışsa, ancak bağışlanarak elden çıkarılmışsa TMK m.229/I-b.1 uygulanarak çözüme ulaşılmıştır. Buna karşın söz konusu mal, çok küçük bir miktarda dahi olsa, bir bedel karşılığında elden çıkarılmışsa, denkleştirme alacağı TMK m.230/III gereği hakkaniyete göre belirleneceğinden TMK m.229'un uygulanmasına gerek kalmaz<sup>53</sup>.

Bir malvarlığı değerinin eklenebilmesi için edinilmiş mal grubundan karşılıksız kazandırma yapılmış olmasının yanı sıra, bu malvarlığı değerinin olağan hediye dışında olması gerekmektedir. Dolayısıyla doğum günü, evlenme, bir başarının ödüllendirilmesi, mezuniyet, sünnet, dünyaya gelen bir bebek için yapılan kutlama gibi özel günlerde verilen ve aynı zamanda kazandırmayı yapan eşin ekonomik durumuna uygun olan hediyeler olağan hediye niteliğinde kabul edilmelidir. Bir başka deyişle hediyein olağan olarak nitelendirilebilmesi için kazandırmayı yapan eşin mali durumu ile bulunduğu sosyal çevre göz önünde bulundurulduğunda mutad hediye olarak değerlendirilmesi ve ekonomik gücünün üzerinde olmaması gerekmektedir<sup>54</sup>. Olağan hediye niteliğinde bir kazan-

<sup>51</sup> Zeytin, 2021, s. 251. Ayrıca bkz. Sarı, 2007, s. 192-193, dn. 226, 196.

<sup>52</sup> Genç Arıdemir, 2019, s. 39, dn. 22.

<sup>53</sup> Okur, "Sinan, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 164.

<sup>54</sup> Sarı, 2007, s. 194; Zeytin, 2021, s. 249; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul 2016, s. 173; Turan Başara, "Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi", s. 61; Genç Arıdemir, 2019, s. 450-451.

dırma Türk Medeni Kanunu m.229/1-b1 hükmünün uygulama alanının dışında kalmaktadır. Belirtilmelidir ki burada Türk Medeni Kanunu m.565/b.3 hükmünün bir ölçüt olarak kıyasen uygulanması mümkündür<sup>55</sup>.

TMK m.229/1-b.1 hükmü kapsamında bir karşılıksız kazandırmanın eklenecek değer niteliğinde olabilmesi için aynı zamanda sağlar arası işlemle yapılmış olması gerekmektedir. Eşin karşılıksız kazandırması ölüme bağlı tasarrufla gerçekleşmişse, Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.1 hükmünün kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş karşılıksız kazandırmanın ölüme bağlı tasarrufla yapılması durumunda da Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.1 hükmünün kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>56</sup>. Daha çok taraftar bulan ve kanaatimce doğru görünen bir diğer görüşe göre ise eşin karşılıksız kazandırması ölüme bağlı tasarrufla yapılmışsa Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.1 hükmünün kapsamı dışında ele alınmalıdır<sup>57</sup>. Zira edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinin mirasın paylaşılmasından önce gerçekleşmesi gerektiğinden hareketle, ölüme bağlı tasarruf yoluyla gerçekleştirilen karşılıksız kazandırmalar mal rejiminin tasfiyesinde hesaba dâhil edilmemelidir<sup>58</sup>. Diğer taraftan Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.1 hükmü kapsamında değerlendirilebilecek bir karşılıksız kazandırma aynı zamanda Türk Medeni Kanunu m.565/b. 3 hükmü gereği tenkise tabi bir tasarruftur. Sağ kalan eşin saklı payını zedeleyen bir karşılıksız kazandırma söz konusuysa miras hukuku hükümleri çerçevesinde tenkis edilmesi mümkündür<sup>59</sup>.

Karşılıksız kazandırmanın Türk Medeni Kanununun m.229/1-b.1 anlamında eklenecek değer olarak göz önünde bulundurulabilmesi için sağlararası bir tasarruf ile yapılmış olması gerekmektedir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf yapmakla, ölümünden sonra hükmün doğmasını arzu etmektedir. Dolayısıyla bir karşılıksız kazandırma ölüme bağlı tasarruf ile yapılmışsa, buna konu olan mal-

<sup>55</sup> Şıpka, 2011, s. 233-234; Acar, 2021, s. 322.

<sup>56</sup> Akıntürk - Ateş, s. 168; Kılıçoğlu, 2016, s. 140.

<sup>57</sup> Bkz. Dural - Öğüz - Gümüş, 2019, s. 239 dn. 97; Sarı, 2007, s. 192; Zeytin, 2021, s. 248; Şıpka, 2011, s. 233; Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılardan Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 155; Genç Aridemir, 2018, s. 53; Yenice Ceylan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", s. 221; Gümüş, 2008, s. 366-367, 417.

<sup>58</sup> Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılardan Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 155, dn. 27; Şıpka, 2011, s. 233; Zeytin, 2021, s. 248.

<sup>59</sup> Şıpka, 2011, s. 233.

varlığı değeri halihazırda malvarlığında yer almaktadır<sup>60</sup>. Nitekim mal rejiminin ölümle sona ermesi halinde mal rejiminin tasfiyesi ölüme bağlı tasarrufların ifa edilmesinden önce gerçekleşir<sup>61</sup>. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruflar TMK m.229/I-b.1 hükmünün kapsamında değildir.

TMK. 229/I-b.1'in uygulanabilmesi için karşılıksız kazandırmanın üçüncü kişiye yapılmış olması gerekmektedir. Eşlerden biri diğerine bir kazandırmada bulunmuşsa, bu karşılıksız kazandırma eklenecek değerlerin kapsamının dışında kalmalıdır. Zira eşlerden birinin diğerine yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalarda rızanın bulunduğu kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Bunun aksinin kabulü karşılıksız kazandırmadan yararlanan eşin menfaate sonuç doğurarak; edinilmiş mallara katılma rejimi ve eklenecek değerlere ilişkin düzenlemenin özüne aykırılık teşkil eder<sup>63</sup>.

Karşılıksız kazandırmadan söz edebilmek için, diğer eşin rızası bulunmamalıdır. Eğer diğer eş yapılan karşılıksız kazandırmaya rıza göstermişse, kazandırmaya konu olan malvarlığı değerine ilişkin payından vazgeçmiş olduğu anlamı çıkartılabilir<sup>64</sup>. Eşin bilgisi dışında TMK m.229/I-b.1 anlamında karşılıksız kazandırma yapılmışsa, rızanın bulunmadığından söz edilmelidir<sup>65</sup>. Diğer eşin rızasının var olduğu ya da bulunmadığı her somut olayda, bu olaya ilişkin şartlar göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilmelidir<sup>66</sup>. Örneğin eşlerden birinin kardeşine mezuniyet hediyesi olarak aldığı bir arabaya diğer eş de katkıda bulunmuşsa, onun olağan hediyelerin dışında kalan bu kazandırmaya rızasının var olduğu kabul edilebilir. Ancak burada aleyhine karşılıksız kazandırma yapılan eşin kazandırmayı öğrenmesine rağmen sesini çıkarmayarak suskunluğunu koruması rızanın bulunduğu anlamına gelmez<sup>67</sup>.

<sup>60</sup> Sarı, 2007, s. 194.

<sup>61</sup> Bkz. Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenerek Değerler (TMK m.229)", s. 32. Ayrıca bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Akçaal, "Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2020, Y. 6, S. 2, s. 231-247.

<sup>62</sup> Sarı, 2007, s. 194; Zeytin, 2021, s. 250.

<sup>63</sup> Zeytin, 2021, s. 250.

<sup>64</sup> Gümüş, 2008, s. 369; Acar, 2021, s. 317.

<sup>65</sup> Bkz. Acar, 2021, s. 317, dn. 937; Gümüş, 2008, s. 369.

<sup>66</sup> Gümüş, 2008, s. 369.

<sup>67</sup> Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenerek Değerler (TMK m.229)", s. 40; Gümüş, 2008, s. 369.

Türk Medeni Kanunu m.229/l-b.1 anlamında karşılıksız kazandırmadan söz edebilmek için kazandırmanın, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekmektedir. Bu süre içinde yapılan karşılıksız kazandırmanın varlığı halinde kanun koyucu mal kaçırma kastının bulunduğu “aksi ispat edilemez” bir karine olarak değerlendirmiştir<sup>68</sup>. Zira hayat tecrübeleri göz önünde bulundurulduğunda, bu son bir yıl içerisindeki karşılıksız kazandırmaların diğer eşin katılma alacağını azaltmaya ya da ortadan kaldırmaya yönelik olacağı bir kanuni karine olarak kabul edilmektedir<sup>69</sup>. Dolayısıyla bir eş üçüncü kişi lehine karşılıksız kazandırmada bulunmuşsa, bu kazandırma tamamen iyiniyetle yapılan bir bağış olsa dahi, mal rejimi tasfiye edilirken hesaba dâhil edilir<sup>70</sup>.

Mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıldan daha önceki bir tarihte bağışlama sözleşmesi yapılmışsa, bu sözleşmeye bağlı olarak yapılan tasarrufla işlemin ifası, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde gerçekleşmişse, bu işlem eklenecek değer olarak kabul edilir mi? Bu konuda Türk Hukukunda hâkim görüş böyle bir işlemin eklenecek değerler arasına dâhil edileceği yönündedir<sup>71</sup>. Bu görüşe katılmayan bir diğer görüş ise kanun koyucunun süreyi mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl ile sınırlı tuttuğundan bahisle ba-

<sup>68</sup> Turan Başara, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, s. 61; Acar, 2021, s. 319. Nitekim Yargıtay da bir kararında “... TMK’nın 222. maddesi gereğince, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu ve Bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edildiği, davaya konu paraya dair ispat yükümlüğünün davalı-karşı davacı Ahmet’te oluşuna, davalı-karşı davacı Ahmet D.’in ilk açılan boşanma dava tarihinden çok kısa süre önce bankada birikmiş olan parayı çekip dava dışı babası Mehmet Ali D.’in hesabına transfer yaptığı, yargılama devamında gerekçesinin açıklayamamasına, hayatın olağan akışına ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile Usul ve Kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA...” karar vermiştir (Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 27.4.2015 tarihli ve E. 2013/23970 K. 2015/9450 sayılı kararı) (Karamercan, 2019, s. 679).

<sup>69</sup> Zeytin, 2021, s. 249. Kesin karineden söz edilmekteyse gerçek hayata uygunluk vardır. Nitekim doktrinde de kanunî karinelerin birçoğunun kaynağının fiili karineler olduğu ifade edilmektedir. (Detaylı bilgi için bkz. Gökçen Topuz, *Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat*, Ankara, 2015; Fatma Tülay Karakaş, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, *AÜHFD*, 2013, C. 62, S. 3, s. 729-759).

<sup>70</sup> Kılıçoğlu, 2016, s. 140; Turgut Akıntürk - Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 20. Bası, İstanbul, 2017, s. 168.

<sup>71</sup> Acar, 2021, s. 318-319; Dural - Öğüz - Gümüş, 2019, s. 239 (dn. 99); Sarı, 2007, s. 193; Genç Arıdemir, 2019, s. 452; Turan Başara, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, s. 62.

ğışlamaya yönelik iradenin bir yıldan daha önceki bir tarihte ortaya konması halinde bu işlemin eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmesinin Türk Hukuku bakımından makul olmadığını ifade etmektedir<sup>72</sup>. Diğer taraftan malvarlığının devrini gerektiren borçlandırıcı işlem gerçekleşmişse, ancak malvarlığı henüz devretmekle yükümlü olan eşin mülkiyetinde ise, yani henüz devir gerçekleşmemişse, Türk Hukuku bakımından hâkim sayılabilecek görüşe göre mal rejiminin tasfiyesinde mevcut edinilmiş mal olarak hesaba dâhil edilmelidir<sup>73</sup>. Kanaatimce burada hükmün konuluş amacı katılma alacaklısı eşin zarara uğratılmasının önüne geçilebilmesi olduğundan, bağışlama borcu artık değerini hesaplanmasında pasifler arasında da yer almamalıdır.

### C. Bir Eşin Mal Rejiminin Devamı Süresince Diğer Eşin Katılma Alacağını Azaltmak Kastıyla Yaptığı Devirler

Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmü bir zaman kısıtlaması olmaksızın mal rejiminin devam ettiği süreç içerisinde bir eşin diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirleri eklenecek değerler arasında düzenlemektedir. Öyleyse eşin yapmış olduğu “devir” süre ve amaç bakımından söz konusu hükümdeki şartları taşımaktaysa eklenecek değer olarak katılma alacağını hesaplanmasında hesaba dâhil edilir.

Belirtilmelidir ki bu hüküm her türlü devri kapsamaktadır. Bu nedenle eş tarafından yapılan karşılıksız ya da bir karşılık alınarak yapılan devir Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmünün kapsamına dâhil edilebilir<sup>74</sup>. Eş tarafından yapılan devir karşılık alınarak yapılmış olsa dahi, diğer eşin katılma alacağını azaltma kastıyla yapılmışsa, kanun koyucunun Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmünde kullandığı açık ifadenin bir gereği olarak, eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmelidir<sup>75</sup>. Devri yapan eşin katılma alacağını azaltma kasti,

<sup>72</sup> Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılardan Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 157.

<sup>73</sup> Zeytin, 2021, s. 249; Şıpka, 2011, s. 233; Sarı, 2007, s. 193.

<sup>74</sup> Acar, 2021, s. 322-323; Şıpka, 2011, s. 235; Zeytin, 2021, s. 250; Dural - Öğüz - Gümüş, 2019, s. 239; Sarı, 2007, s. 195; Gümüş, 2008, s. 369.

<sup>75</sup> Sarı, 2007, s. 195; Kılıçoğlu, 2016, s. 140; Dural - Öğüz - Gümüş, 2019, s. 239; Gümüş, 2008, s. 370; Zeytin, 2021, s. 250-251; Acar, 2021, 322-323. Ancak belirtilmelidir ki, alınan karşılık ile yapılan devrin bir karşı edim ile yapıldığı anlaşılmaktaysa edinilmiş mal grubunda bir değer azalması olmayacağından TMK m.229 anlamında eklenecek değer de söz konusu olmaz. Zira bu durumda karşı edim ile devir gerçekleştiğinden diğer eşin katılma alacağının azalmasından söz etmek objektif olarak mümkün değildir (Acar, 2021, s. 323, dn. 955).

işlemin yapıldığı anda mevcut bulunmalıdır<sup>76</sup>. Ayrıca “katılma alacağını azaltma amacı”, eşin işlemi yapmaktaki temel amacı olmalıdır<sup>77</sup>. Örneğin eşin diğer eşle yaşadığı tartışma sonrasında taşınmaz malı üçüncü kişiye devretmesi, boşanma davasından sonra da yeniden taşınmazı devralmasını Yargıtay doğru bir şekilde katılma alacağını azaltma kastı olarak kabul etmiştir<sup>78</sup>. Yine bir Yargıtay kararında taşınmaz devrinin boşanma davası açılmadan üç gün önce yapılmış olması doğru bir şekilde mal kaçırma kastı bakımından yeterli sayılmış ve tasfiyede söz konusu taşınmazın hiç satılmamış gibi kabul edilerek değerlendirmeye dâhil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>79</sup>.

Diğer eşin katılma alacağını azaltma amacıyla birlikte başka amaçlara da ulaşma arzusuyla hareket edilmiş olması halinde dahi Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmü uygulanmalıdır<sup>80</sup>. Nitekim Yargıtay bir kararında eşlerden bir tanesinin babası adına satın aldığı taşınmazı, taşınmazın satın alındığı tarihte eşin banka hesabından gönderilen parayı, aidat ödemelerinin eş adına gerçekleştiğini ve kira kontratının da aynı eş tarafından yapıldığını göz önünde bulundurarak eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilebileceği kanaatine

<sup>76</sup> Sarı, 2007, s. 195; Yenice Ceylan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, s. 228.

<sup>77</sup> Bir görüşe göre eşin yapmış olduğu işlemde diğer eşin katılma alacağı bakımından olumsuz bir sonucun ortaya çıkacağını göze alarak, öngörerek hareket etmesi gerekli ve yeterlidir. Ayrıca bu sonucun ortaya çıkması arzusunun varlığı aranmamalıdır (Bkz. Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 160). İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda “kötüniyet” nedeniyle kastı aramıştır, 6.2.2009 tarihli BGer, 5A\_662/2008, [https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=06.02.2009&to\\_date=06.02.2009&sort=relevance&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=all&query\\_words=&rank=5&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F06-02-2009-5A\\_662-2008&number\\_of\\_ranks=33](https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=06.02.2009&to_date=06.02.2009&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&query_words=&rank=5&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F06-02-2009-5A_662-2008&number_of_ranks=33), (8.8.2021).

<sup>78</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 12.4.2021 tarihli ve 2020/3418 E. 2021/3357 K. sayılı kararı (Yargıtay Bilgi Bankası, E. T. 18.9.2021). Ayrıca bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 6.4.2016 tarihli ve 2014/26603 E. 2016/6145 K. sayılı kararı, <https://www.lexpera.com.tr/>, (20.10.2021).

<sup>79</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 4.2.2019 tarihli ve 2016/20410 E. 2019/961 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (29.9.2021).

<sup>80</sup> Okur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, s. 160. Ancak ahlâki ya da kanunî bir yükümlülüğün ifası (örneğin nafaka yükümlülüğü), alışılmış hediye verilmesi gibi işlemlerin yapılması durumunda Türk Medeni Kanununun 229/1-b.2 hükmü kapsamında kastın bulunmadığı kabul edilmelidir (Acar, 2021, s. 326).

varmıştır<sup>81</sup>. Ancak evlilik birliğinin getirdiği yükümlülükleri ihlâl eden ve edinilmiş mallarını sarf eden eşin bu kişisel tüketimi Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmü anlamında eklenecek değer olarak kabul edilmez<sup>82</sup>.

Eşlerden biri ya da eşin mirasçılığı Türk Medeni Kanununun 229/1-b.2 hükmünden yararlanmak istiyorlarsa devir işlemini yapan eşin kastı ve kötünyeti ispat edilmelidir<sup>83</sup>. Yargıtay bir kararında, salt üçüncü kişiyle satış sözleşmesi yapılarak taşınmazın devredilmiş olmasını “katılma alacağının azaltma kastı”nın varlığı için yeterli görmemiştir<sup>84</sup>. Bir başka kararında ise edinilmiş mal niteliğindeki taşınmaz malın boşanma davasının açılmasından kısa süre önce kardeşe tapuda devredilmesi durumunda katılma alacağının azaltma kastının var olduğu kabul edilerek, bu malvarlığı değeri eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir<sup>85</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında<sup>86</sup> eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmesi istenen bir malvarlığı değerinin mal rejiminin devam ettiği süreç içerisindeki bir zaman diliminde diğer eşe ait olduğunun, malik olan eşin bu malvarlığı değerini elden çıkarmadaki amacının ve kaim değer nasıl sarf edildiğinin ispatının gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>81</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 5.12.2018 tarihli ve 2017/15191 E. 2018/19775 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (29.9.2021).

<sup>82</sup> Yenice Ceylan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, s. 227; Gümüş, 2008, s. 369-370.

<sup>83</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 20.03.2019 tarihli ve 2018/13949 E. 2019/2926 K. sayılı kararı”... Mahkemece, tasfiyeye konu devremülkün evlilik birliği içinde satın alınması yeterli kabul edilip devredildiği gözardı edilerek katılma alacağına hükmedildiği, davalı adına satın alınan devremülkün boşanma dava tarihinden yaklaşık iki yıl önce devredildiği anlaşılmıştır. Mal rejimin sona erdiği tarihte tasfiyeye konu mal mevcut olmadığına göre, TMK’nın 229 maddesine göre eklenecek değerlerin varlığını yani mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devir olduğunu davacının ispatlaması gerekir (TMK mad.6, HMK mad.190). Taraf ve tanık beyanları ile toplanan tüm delillere göre, davacı tarafından taşınmazın devir parasının mevcut olduğunun veya davalının diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla devir yaptığının iddia ve ispat edilmediğinin, ayrıca devremülkün değeri dikkate alındığında devir bedelinin evlilik birliği içinde harcanmış olacağının kabulü gerekir. O halde, Mahkemece, davanın devremülk yönünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan...”, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (28.9.2021). Bkz. Sarı, 2007, s. 200; Şıpka, 2011, s. 235.

<sup>84</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 25.1.2021 tarihli ve 2020/1436 E. 2021/403 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (18.9.2021).

<sup>85</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 21.3.2019 tarihli ve 2018/11854 E. 2019/3013 K. sayılı kararı.

<sup>86</sup> BGE 118 II 27 (27.2.1992).



Bu karardan hareket eden bir görüşe göre<sup>87</sup> Türk Medeni Kanununun 229'uncu maddesi de, 222'nci maddesi de ispat külfetinin ters çevrildiğine ilişkin bir düzenleme içermediğinden, Türk Medeni Kanununun 229'uncu maddesine dayanarak eklenecek değerlere ilişkin talepte bulunan eşin hakkını dayandırdığı olguyu ispat etmesi gerekmektedir. Yine bu görüşe göre bir taşınmaz mal rejiminin sona ermesinden bir sene önce satılarak elden çıkarılmışsa, hayatın olağan akışının bir gereği olarak, satıştan elde edilen bedelin sarf edildiği davalı eş tarafından ispat edilmedikçe, eklenecek değer olarak değerlendirilir.

TMK m.229/I-b.2 düzenlemesi doğrultusunda üçüncü kişiye yapılmış olan bir devir olmalıdır. Ancak bir görüşe göre herhangi bir üçüncü kişinin bulunmadığı durumlar da (örnek olarak maddi fiiller verilebilir) eklenecek değerlerin kapsamına dâhil olmalıdır<sup>88</sup>. TMK m.229/I-b.2 kapsamında üçüncü kişiye devir yapılarak diğer eşin katılma alacağı azaltılmışsa da üçüncü kişide kötüniyet aranmamalıdır. Ancak belirtilmelidir ki üçüncü kişi iyiniyetli olsa dahi, katılma alacağının ihlâl edildiği oranda kendisinden talepte bulunulabilir<sup>89</sup>. Bir görüşe göre<sup>90</sup> devir satış sözleşmesiyle gerçekleşmişse ve satış bedeli piyasa değerinin altında kararlaştırılmışsa, işlemin tarafı olan üçüncü kişiden talepte bulunulabilir. Ama borçlu eşin satım bedelini kasıtlı olarak düşük belirlediğini üçüncü kişi bilebilecek durumda değilse, Türk Medeni Kanununun 241'inci maddesi uygulanmamalıdır. Kanaatimce doğru olan görüşe göre Türk Medeni Kanununun 229/I-b.2 hükmünün düzenlemesi dikkate alındığında hükmün uygulanması için üçüncü kişilerin kastını aramamak gerekir. Eşin tasarrufunun muhatabı olan üçüncü kişi iyiniyetli olsa dahi, katılma alacağının ihlâl edildiği nispette kendisinden talepte bulunulabilir<sup>91</sup>.

Türk Medeni Kanununun 229/I-b.2 hükmünde, Türk Medeni Kanunu 229/I-b.1 hükmünden farklı olarak diğer eşin rızasının bulunup bulunmadığına ilişkin bir düzenleme öngörmemektedir<sup>92</sup>. Ancak burada diğer eş tarafından yapılan

<sup>87</sup> Zeytin, 2021, s. 253.

<sup>88</sup> Bkz. Demir, "Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler (TMK m.229)", s. 43.

<sup>89</sup> Yenice Ceylan, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler", s. 228; Acar, 2021, s. 324; Genç Arıdemir, 2018, s. 44.

<sup>90</sup> Öztaş, "Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi", s. 561.

<sup>91</sup> Sarı, 2007, s. 195; Şıpka, 2011, s. 236; Acar, 2021, s. 324; Öztaş, "Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi", s. 560.

<sup>92</sup> Sarı, 2007, s. 197; Zeytin, 2021, s. 250; Öztaş, "Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi", s. 559.

tasarruf nedeniyle katılma alacağı azalan eşin rızasına ilişkin bir açıklama yapılmamış olması doğal karşılanmalıdır. Zira bu tarzdaki bir işlem doğası gereği katılma alacağı azalan eşten gizlenerek ya da onun rızası hilafına gerçekleşecektir<sup>93</sup>. Bir eşin diğerine muvazaalı bir devir yapması durumunda, devralan eş bakımından katılma alacağının azaltılmasından söz edilemeyeceğinden, eklenecek değer olarak artık değer hesabına dâhil edilmemesi gerektiği ifade edilmelidir<sup>94</sup>. Bir eş tarafından yapılan devir işlemi, diğer eş tarafından onaylanmışsa, bir görüşe göre<sup>95</sup> yine de mal rejiminin tasfiyesi sürecinde Türk Medeni Kanununun 229/1-b.2 hükmü gereği eklenecek değer olarak değerlendirilmelidir. Zira aleyhine devir yapılan eşin kendisine yönelik katılma alacağını azaltma kastını öngörebilmesi beklenemez. Ancak diğer eş, katılma alacağının azaldığını öngörmesine rağmen yine de devri onaylamaktaysa kanunun amacına aykırı olduğundan Türk Medeni Kanununun 229/1-b.2 hükmü uygulanamaz<sup>96</sup>. Bir görüşe göre<sup>97</sup> de diğer eş tarafından yapılan ve katılma alacağını azaltan işlemi onaylayan eşin sonradan bu konuda istemde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak görülmelidir. Bu istem aynı zamanda da çelişkili davranış yasağının ihlâli olarak değerlendirilebilir.

Türk Medeni Kanunu m.229/1-b.2 hükmünde kullanılan “devir” kavramının geniş yorumlanarak bir sonuca ulaşılması, adaletin sağlanması bakımından daha doğru olur<sup>98</sup>. Böylece eşlerden birinin beklenen katılma alacağı hakkına

<sup>93</sup> Sarı, 2007, s. 197.

<sup>94</sup> Acar, 2021, s. 330.

<sup>95</sup> Zeytin, 2021, s. 252.

<sup>96</sup> Bkz. Zeytin, 2021, s. 252-253; Öztaş, “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, s. 559; Gümüş, 2008, s. 370.

<sup>97</sup> Sarı, 2007, s. 197.

<sup>98</sup> Bir görüşe göre TMK m.229/1-b2’de kullanılan “devir” kavramı, ZGB. Art.208 Ziff.2’de geçen “Vermögensentäußerung” kavramından daha dar kapsamlıdır. İsviçre Hukukunda edinilmiş mal kapsamında bulunan bir malın değerini azaltmaya yönelik davranışlar da hükmün kapsamına dâhil edilmektedir. Halbuki Türk hukukunda “devir” kavramı ile bir malın mülkiyetinin ya da mal üzerindeki hakkın başkasına geçirilmesi ifade edilmektedir. Dolayısıyla burada TMK m.229/1-b2’de kullanılan “devir” kavramının, İsviçre Hukukundaki şekliyle geniş yorumlanması doğru olacaktır (Bkz. Zeytin, 2021, s. 252). Bir başka görüşe göre ise İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde kullanılan “Veräußerung” ifadesi ve bunu karşılamak üzere Türk Medeni Kanununda kullanılan “devir” kelimesi, Türk ve İsviçre Hukuk doktrininde kavrama yüklenen amaç göz önünde bulundurulduğunda yetersiz kalmaktadır. Halbuki Alman Medeni Kanununda öngörülmüş olan (BGB §1375 Abs.3 Nr.) “diğer eşe zarar vermek kastıyla gerçekleşen eylemler” ifadesi hükmün amacını gerçekleştirmeye daha elverişlidir (Bkz. Okur, s. 159). Doktrinde kabul gören görüşe göre ise “devir” ifadesi geniş yorumlanmalıdır (Bkz. Sarı,

yönelik kötüniyetle gerçekleşen tasarrufları karşısında diğer eşin korunması sağlanır<sup>99</sup>. Nitekim mülkiyet hakkından feragat edilmesi ya da taşınmaz üzerindeki hakkın terkin ettirilmesi, taşınmaz üzerinde muvazaalı olarak intifa hakkının, üst hakkının ya da oturma hakkının tesis edilmesi, edinilmiş mal grubunda yer alan bir eşyaya zarar verici eylemlerde bulunulması, devir borcunun doğumunda neden olan ya da edinilmiş mal grubundaki bir malın değerini düşürmeye yönelik borçlandırıcı işlem yapılması kötüniyete örnek olarak sayılabilir<sup>100</sup>. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda boşanma öncesinde banka hesaplarının kasıtlı ve bilinçli olarak boşaltılması durumunda, eklenecek değer olarak bunun da artık değer hesabına dâhil edilebileceğine hükmetmiştir<sup>101</sup>. Kanaatimce kanunun lafzı dikkate alındığında eş tarafından bankada bulunan hesabın boşatılarak kişisel harcamaların yapılması, ancak üçüncü bir kişiye herhangi bir kazandırma ya da devir olmaması durumunda eklenecek değer olarak değerlendirilememelidir. Eşin tasarruflarıyla malın değerini düşürmeye yönelik eylemlerinin varlığı halinde ise, malın değeri bu bunlardan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir<sup>102</sup>. Diğer taraftan kanun koyucu tarafından, eşin yapmış olduğu devirlerin kanuna karşı hile teşkil edebileceği düşüncesiyle süre sınırı öngörülmemiştir<sup>103</sup>. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında dava konusu taşınmazın boşanma dava tarihinden itibaren 1 yıl 1 ay önce elden çıkarılmış olmasına rağmen, taraflar arasında uzun zamandır var olan uyuşmazlıklar göz önünde bulundurulduğunda, eş tarafından yapılan devirde katılma alacağını azaltma kastının bulunduğu hükmetmiştir<sup>104</sup>. Ancak “mal rejiminin devamı süresince”

---

2007, s. 197; Şükran Şıpka - Ayça Özdoğan, *Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları*, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 199; Genç Arıdemir, 2019, s. 455; Şıpka, 2011, s. 235; İlker Öztaş, “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2011, S. 98, s. 560).

<sup>99</sup> Sarı, 2007, s. 195; Şıpka, 2011, s. 235; Zeytin, 2021, s. 251.

<sup>100</sup> Bkz. Gümüş, 2008, s. 369; Şıpka, 2011, s. 235; Zeytin, 2021, s. 251; Sarı, 2007, s. 197; Genç Arıdemir, 2019, s. 457; Şıpka - Özdoğan, 2017, s. 199. Malvarlığı değerinin değerini düşüren bir işlem söz konusuysa, bu edinilmiş mallara değer olarak eklenmemeli, ancak söz konusu değer azaltıcı işlem hiç yapılmamış ve malvarlığı değerinin değeri hiç düşmemiş gibi hesaba dâhil edilerek diğer eşin katılma alacağı hesaplanmalıdır (Sarı, 2007, s. 197).

<sup>101</sup> Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 10.10.2018 tarihli ve 2016/5992 E. 2018/17050 K. sayılı kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (29.10.2021).

<sup>102</sup> Şıpka, 2011, s. 235; Genç Arıdemir, 2019, s. 457; Sarı, 2007, s. 198; Şıpka - Özdoğan, 2017, s. 199.

<sup>103</sup> Acar, 2021, s. 322; Akıntürk - Ateş, s. 168; Karamercan, 2019, s. 17.

<sup>104</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 21.11.2018 tarihli ve 2016/18541 E. 2018/19005 K. sayılı kararı, “... eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu 06.02.2009 tarihinde edinilen tasfiyeye konu taşınmazın davalı tarafından 10.07.2009 tarihinde dava dışı kişiye satıldığı, bo-

ifadesi nedeniyle katılma alacağına azaltma kastıyla yapılan devirlerden edinilmiş mallara katılma rejimi başlamadan önce ya da bu mal rejiminin sona ermesinden sonra yapılanlar bu hükmün muhtevasının dışında kalır<sup>105</sup>.

Edinilmiş mal grubunda bulunan bir mal, bu mal rejiminin sona ermesinden sonra Türk Medeni Kanunu m.229 hükmünün kapsamına girmeyen bir tasarrufa konu olmuşsa, eklenecek değer olarak ele alınmamalıdır. Ancak bu şekilde bir işlemin varlığı halinde, tasarrufa konu olan mal sanki mal rejiminin tasfiyesinde varmış gibi hesaba dâhil edilmelidir<sup>106</sup>. Kişisel malın geliri Türk Medeni Kanunu m.229/I-b.II anlamında bir tasarruf işlemine konu olmuşsa, mal rejiminin tasfiyesinde eklenecek değerler arasında yer almalıdır. Ancak bir görüşe göre eşlerden biri kişisel malından gelir elde etmemişse ya da gelir elde etmeyi ihmal etmişse diğer eşe karşı sorumluluğu olmamalı ve bu değer TMK m.229 kapsamında ele alınmamalıdır<sup>107</sup>.

---

şanma dava tarihinin 25.08.2010 olduğu, boşanma dava tarihinde tasfiyeye konu taşınmazın mevcut olmadığı ve elden çıkartılmasında davalının zarar verme kastının davacı tarafça ispatlanmadığı gerekçesiyle bu taşınmaz yönünden davanın reddine karar verilmişse de, gerekçe dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Şöyle ki, dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tarafların boşanmalarına ilişkin mahkeme kararı dikkate alındığında, kadın eş tarafından 03.09.2008 tarihinde erkek eş aleyhine boşanma davası açıldığı, yargılama aşamasında davadan feragat ettiği ve davanın feragat nedeniyle reddine karar verildiği, daha sonra erkek eş tarafından açılan boşanma ve kadın eş tarafından açılan karşı boşanma davasında yapılan yargılama neticesinde 26.10.2011 tarihli kararlar tarafların boşanmalarına karar verildiği, kararda erkek eşin uzun zaman önce müşterek evi terk ettiğinin yazılı olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan bu durum karşısında, her ne kadar dava konusu taşınmaz boşanma dava tarihinden yaklaşık 1 yıl 1 ay önce elden çıkartılmışsa da, taraflar arasındaki gerek reddedilen gerekse kabul edilen boşanma davalarına ilişkin boşanma süreci dikkate alındığında, TMK'nın 229/2. maddesi uyarınca tasfiyeye konu taşınmazın davacının katılma alacağını azaltmak kastıyla devredildiğinin, bu nedenle eklenecek değer olarak tasfiyede dikkate alınması gerektiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla Mahkemece, yukarıdaki ilke ve esaslar gözetilerek, tasfiyeye konu taşınmazın devir tarihindeki durumu esas alınarak tasfiye tarihindeki (önceki karar bozulmakla değer güncelliğini yitirdiğinden bozma sonrası yeni karar tarihindeki) güncelleştirilmiş piyasa sürüm (rayiç) değeri belirlenerek bu değer üzerinden talep miktarı da gözetilerek hüküm kurulması gerekirken bu husus gözardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır..." (Yargıtay Bilgi Bankası, E. T. 29.9.2021).

<sup>105</sup> Kanaatimce doğru olan bir görüşe göre edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi ile mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanma anı arasındaki süreçte, borçlu eş tarafından gerçekleştirilen bir takım kazandırmalar da buraya dâhil edilebilmelidir (Bkz. Öztaş, "Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi", s. 563).

<sup>106</sup> Şıpka, 2011, s. 263; Zeytin, 2021, s. 296, 349; Karamercan, 2019, s. 526. Bu doğrultuda Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 3.2.2016 tarihli ve E. 2014/2095, K. 2016/1791 sayılı kararı (Bkz. Karamercan, 2019, s. 527).

<sup>107</sup> Okur, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241'e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı", s. 165.

## SONUÇ

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlere malvarlıkları üzerinde tasarruf özgürlüğü sunar. Eşlerden biri ancak Türk Medeni Kanununun 199'uncu maddesine dayalı olarak ve hâkim kararıyla bu özgürlükten yoksun bırakılabilir. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerin evlenmesiyle başlar ve eşlerden birinin ölümü, eşlerin başka bir mal rejimini kabulü ya da mahkemenin evliliğin iptali, boşanma ya da mal ayrılığına geçiş kararı vermesiyle sona erer. Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermeden önce eklenecek değerlerin gündeme getirilmesi söz konusu olamaz. Zira Türk Medeni Kanunu 229'uncu maddenin koruyucu etkisi ancak mal rejiminin tasfiyesi aşamasında gündeme gelir. Dolayısıyla eşler, evlilik birliği devam ederken tasarruf özgürlüğünün sınırlandığı haller dışında, diğer eşin katılma alacağını azaltacak nitelikte olsa dahi Türk Medeni Kanunun 229'uncu maddesinde düzenlenen işlemleri geçerli bir şekilde yapabilirler.

Türk Medeni Kanunun 229'uncu maddesinde düzenlenmekte olan eklenecek değerler edinilmiş malların, dolayısıyla diğer eşin katılma alacağını, azaltmasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim söz konusu hükmün ilk bendinde karşılıksız kazandırmaların, ikinci bendinde ise diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yapılan devirlerin edinilmiş mallara değer olarak ekleneceğinden söz eder. TMK m.229/b.1'de düzenlenmiş olan eklenecek değerde bulunması gereken şartlar üçüncü kişiye yapılan karşılıksız kazandırmanın olağan hediye sayılmaması, mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içerisinde yapılmış olması ve diğer eşin buna rızasının bulunmamasıdır. Olağan hediye dışındaki kazandırma tasarruf işlemi olmalıdır.

TMK m.229/1-b.2'de ise bir eşin katılma alacağını azaltma kastıyla hareket etmesi halinde yapılan devirlerin de eklenecek değer olarak hesaba dâhil edilmesini öngörülmüş ve burada bir süre sınırı getirilmemiştir. Belirtmek gerekir ki doktrin ve uygulama edinilmiş malları korumak adına ikinci bentte geçen "devir" kavramını geniş yorumlama eğilimindedir.

Eklenecek değerlere ilişkin olarak özellikle üzerinde durulan husus, işlemi yapan eşin tasarrufunun edinilmiş mal grubu aleyhine gerçekleşmiş olmasıdır. Ancak eşlerden biri edinilmiş mal grubundan kişisel mal grubuna katkı yapmışsa ve kişisel malını da elden çıkarmışsa bu katkı eklenecek değer kapsamına dâhil değildir. Zira Türk Medeni Kanunu 230'uncu madde ile böyle bir durumda denkleştirme yapılmasını öngörerek diğer eşin yararının zedelenmesine engel olmaktadır.

Eklenecek değerlerin ekleme yapılması menfaatine olan eş ya da mirasçılar tarafından ileri sürülmesi söz konusu olsa da esasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceği savunulmaktadır. TMK m.229 anlamında eklenecek değere ilişkin bir talep varsa, bunu ispat etme yükümlülüğü de talepte bulunan taraftadır. Ancak burada edinilmiş mal karinesi dolayısıyla, karşılıksız kazandırma ya da devrin edinilmiş mallardan yapıldığını ispatlama yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla ispat yükünün aleyhine tasarrufta bulunan eş bakımından hafiflemiş olduğu söylenebilir. Ayrıca eklenecek değerler eğer mirasçı tarafından ileri sürülmeğe, bir mirasçının eklenecek değerlerin dâhil edilmesini talep etmesiyle tüm mirasçıların bundan yararlanması kanaatimce daha doğru olur.

Yargıtay kararları, kazandırmaya ya da devre konu olan malın işlemin yapıldığı andaki durumunun tasfiye anındaki değeriyle göz önünde bulundurulması gerektiği yönündedir. Kanaatimce bu konuda Yargıtay'ın TMK m.232 ve 235/II'ye getirdiği yorum doğrudur. Zira devir ya da kazandırma anındaki sürüm değerinin dikkate alınması halinde, ülkemizdeki enflasyon oranı dikkate alındığında, katılma alacaklısı eşin aleyhine bir sonuç ortaya çıkacaktır.

**KAYNAKÇA**

- ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu- Mal Rejimleri- Eşin Yasal Miras Payı**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- AKÇAAL, Mehmet, “Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasın Tasfiyesine Etkisi”, **İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2020, Y. 6, S. 2, ss. 231-247.
- AKINTÜRK, Turgut - ATEŞ, Derya, **Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku- İkinci Cilt**, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- ALBAŞ, Hakan, “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, **DEÜHFD**, 2007, C. 9, Özel Sayı, ss. 535-552.
- ANTALYA, Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1999.
- AYAN, Mehmet, **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- CINGİL, Ali Raşit, “Mirastan Feragat Sözleşmesi”, **TNBHD**, 2007, S. 136, s. 55 vd.
- ÇAKIR, Ayтуğ Ceyhan, **Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DEMİR, Zeynep Rana, “Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler (TMK m.229)”, **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019.
- DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan - GÜMÜŞ, M. Alper, **Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- DURAL, Mustafa - ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV. Miras Hukuku**, Onuncu Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, “TMK md.241’e Göre Karşılıksız Kazandırmadan Yararlanan Üçüncü Kişiye Karşı Açılan Dava ile Miras Hukukuna İlişkin Tenkis Davası Arasındaki İlişkiler”, **BÜHFD**, 2018, C. 13, S. 169-170, ss. 31-86 (Genç Arıdemir, 2018).
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, “Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK Md. 229 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İHM**, 2019, C: 76, S: 2, ss. 443-480 (Genç Arıdemir, 2019).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185 - 281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- KARABAĞ BULUT, Nil, “Eşlerden Yalnız Birinin Kişisel Kullanımına Yarayan Eşyanın Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesindeki Rolü”, **BÜHFD Özel Sayısı (Prof. Dr. Özer Selici’nin Anısına Armağan)**, 2016, C. 11, S. 145-146, ss. 799-828.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, **AÜHFD**, 2013, C. 62, S. 3, ss. 729-759.

- KARAKİMSELİ, Ayşe, **Eşler Arasındaki Yasal Mal Rejimine Karşı Alacaklıları Koruyucu Düzenlemeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- KARAMERCAN, Fatih, **Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- KARAMERCAN, Fatih, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşin Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı (TMK m.229, 241)”, **Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Katkı-Katılma Alacağı**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- NAR, Ahmet, **Türk Miras Hukukunda Tenkis**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- OKUR, Sinan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağını Borçlu Eşten veya Borçlu Eşin Mirasçılarında Tahsil Edemeyen Katılma Alacaklısı Eşin TMK m.241’e Göre Üçüncü Kişilere Karşı Dava Hakkı”, **ERÜHFD**, 2016, C. XI, S. 1, ss. 147-198.
- OKUR, Sinan, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Kişisel Mallar ile Edinilmiş Mallar Arasında Denkleştirme (TMK m.230)”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi**, 2019, C. I, S. I, ss. 563-604.
- ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZTAŞ, İlker, “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, 2011, S: 98, ss. 553-579.
- SARI, Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2007.
- SEROZAN, Rona - Engin, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞEKER, Muzaffer, “Yeni Türk Yasal Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Kaynak Kanun’dan Farklı Olan Yönleri”, **Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı III. Dönem (17-18 Kasım 2016) - Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları**, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 133-152.
- ŞENGÜL, Mehmet, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, **ERÜHFD**, 2012, C. VII, S. 3-4, ss. 75-77.
- ŞİPKA, Şükran, **Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- ŞİPKA, Şükran - ÖZDOĞAN, Ayça, **Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- TOPUZ, Gökçen, **Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.



TURAN BAŞARA, Gamze, “Eşlerden Birinin Yaptığı Sağlararası Karşılıksız Kazandırmaların Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine ve Miras Hukukuna İlişkin Kurallar Kapsamında Değerlendirilmesi”, *THD*, 2015, C. 10, S. 111, ss. 58-77.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, *Bağışlama Sözleşmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

YENİCE CEYLAN, Özge, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eklenecek Değerler”, *YBHD*, Y. 3, S. 2018/2, ss. 213-243.

ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.



# ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA BAŞLANGIÇ KİRA BEDELİNİN SINIRLANDIRILMASI MESELESİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN<sup>(\*\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Özkan ÖZYAKIŞIR<sup>(\*\*\*)</sup>

## ÖZ

Bazı ülkelerin hukuki düzenlemelerinde, kiracının korunması esası benimsenip kiracıyı koruyucu özel hükümler ihdas edilmiştir. Söz konusu ülkelerde, genellikle kira bedelinin serbestçe belirlenmesinin ve/veya artırılmasının önüne geçilerek kiracının korunması amaçlanır. Misal, Alman ve İsviçre hukukunda, özel düzenlemeler uyarınca taraflar, yeni bir kira sözleşmesi akdederken dahi kira bedelini serbestçe belirleyememektedirler. Bir başka deyişle, bahsi geçen ülkelerde, başlangıç kira bedeli, özel hükümler yoluyla sınırlandırılmıştır. Türk hukukunda ise 6098 sayılı TBK m.344'te, kira sözleşmesi devam ederken kira bedelinde meydana gelecek artış sınırlandırılmış, ancak başlangıç kira bedelini sınırlayan özel bir hüküm öngörülmemiştir. Oysaki, son zamanlarda Türkiye'de bazı illerde başlangıç kira bedellerinde büyük artışların yaşandığı görülmektedir.

Bu çalışmamızda, Alman ve İsviçre hukukundaki başlangıç kira bedeline ilişkin sınırlamalar ele alınıp Türk hukukunda Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi başlangıç kira bedeline ilişkin sınırlamalara ihtiyaç duyulup duyulmadığı incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Kiracının Korunması, Başlangıç Kira Bedeli, Kira Bedelinin Sınırlandırılması, Aşırı Yararlanma (Gabin), Özel Düzenleme.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 17/11/2021.

Atıf Şekli: Nurten İnce Akman - Özkan Özyakışır, "Alman ve İsviçre Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması Meselesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 725-770.

<sup>(\*\*)</sup> Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye.

E-posta: nurten.ince@marmara.edu.tr.

Orcid: 0000-0002-8674-3221.

<sup>(\*\*\*)</sup> Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye.

E-posta: ozyakisirozkan@gmail.com.

Orcid: 0000-0002-1401-9891.

# THE ISSUE OF LIMITING THE INITIAL RENTAL PRICE IN TURKISH LAW COMPARATIVELY WITH GERMAN AND SWISS LAW

## ABSTRACT

In some legal regulations, the principle of tenant protection has been adopted and, it is generally aimed to protect the tenant by preventing the determination and/or increase of the rental price uncontrolledly. In German and Swiss law, pursuant to special regulations, the parties cannot freely determine the rental price even when concluding a new lease agreement. In Turkish law, the increase in the rental price over the course of the rental agreement is limited in accordance with the article 344 of the Turkish Code of Obligations, but there is no special provision limiting the initial rental price. There have been large increases in the initial rental prices in some provinces in Turkey recently.

In this study, the limitations on the initial rental price in German and Swiss law will be discussed and it will be examined whether there is a need for restrictions on the initial rental price in Turkish law.

**Keywords:** Protection of Tenants, Initial Rental Price, Limitation of Rental Price, Lision, Special Regulation.

## GİRİŞ

Kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği ve günlük hayatta en fazla rastlanan sözleşme tipi, kira sözleşmesidir. Pek çok ülkede kanun koyucu, konut ve işyeri kiracısının sözleşmenin zayıf tarafı olduğunu ve bu sebeple korunması gerektiğini kabul edip bu yönde düzenlemeler yapmıştır. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesi, konut ve işyerinin insan hayatı için taşıdığı önem dikkate alındığında anlam kazanmaktadır<sup>1</sup>. Nitekim devletler, sosyal koruma düşüncesiyle kiracıyı koruyucu özel hükümler sevk ederek kamuunun menfaatini korumaya çalışır<sup>2</sup>. Kiracı, sözleşmenin zayıf tarafı varsayıldığından, kira ilişkisine müdahalede bulunularak sözleşme dengesinin sağlanması amaçlanır. İşte, söz konusu müdahalelerden biri de kira bedeline getirilen sınırlamalardır<sup>3</sup>.

Ülkemizde özellikle yaşanan göç olayları, girdi maliyetlerinin konut arzını düşürmesi ve kentsel dönüşüm çalışmaları sebebiyle konut ihtiyacı artmış, bu durum kiralarda fahiş fiyat artışına yol açmıştır. Bazı bölgelerde, kira bedelinde %50'yi aşan oranlarda artış gözlemlenmektedir<sup>4</sup>. İsviçre ve Almanya'da da, sebepleri farklılık arz etse de, kira bedeli hususunda yaşanan durum benzerdir. İsviçre'de, kiracı sayısının fazlalığı ve aile bütçesinden kira giderine ayrılan payın ciddi bir orana sahip olması, kira bedeline devlet müdahalesini beraberinde getirmiştir<sup>5</sup>. İsviçre'de ailelerin yarısından fazlasının kendine ait bir evi bulun-

<sup>1</sup> M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt 1, XII Levha, İstanbul, 2014, s. 1; Huriye Reyhan Demircioğlu, "6098 Sayılı TBK'ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu", *BATİDER*, Haziran 2015, C. XXXI, Sa. 2, s. 168; Klaus Tonner, *Schuldrecht, Vertragliche Schuldverhältnisse*, 4. Auflage, Nomos, 2016, s. 177; Özkan Özyakışır, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 27.

<sup>2</sup> Frank Thomas Petermann, *Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1881 bis 1989*, Diss., SVIT-Verlages, Zürich, St. Gallen, 1997, s. 57, 78; Eike von Hippel, *Der Schutz des Schwächeren (Uni-Taschenbücher)*, J.C.B. Mohr (Paul SIEBECK), Tübingen, 1982, s. 19; *Soziales Mietrecht in Europa*, (Hrsg. Paul Oberhammer- Andreas Kletecka- Andrea Wall), Springer Verlag, Wien, 2011, s. 37 vd.; Özyakışır, 2019 s. 44.

<sup>3</sup> Murat Doğan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2011, s. 2; Özyakışır, 2019, s. 162.

<sup>4</sup> <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/fahis-kira-artisi-isyan-ettirdi-41880192>;  
<https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede-konutta-fahi%C5%9F-fiyat-krizi/a-59113134>;  
<https://www.haberturk.com/tuketici-konut-kiralardaki-fahis-artistan-sikayetci-3171501-ekonomi>;  
<https://www.ntv.com.tr/ekonomi/ev-kiralarda-fahis-artist-bin-liralik-ev-2-bin-500-lira-oldu,-cfdRkyUYkKF2VH1JzxE2A> (16.09.2021).

<sup>5</sup> Peter Zihlmann, *Das Mietrecht, Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker*, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1995, s. 131; Özyakışır, 2019, s. 113.

mamaktadır. Aile bütçesinin %14'ü net kira bedeli (Nettomiete), ayrıca %5'i de yan giderler (Nebenkosten) için kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Almanya'da da ulusal düzeyde konut kiralalarında yaşanan kira bedeli artışı dikkat çekmektedir. Almanya'da insan onuruna uygun bir yaşam için aile bütçesinin sadece %30'unun kira bedeli olarak ödenmesi gerektiği belirtilse de özellikle Berlin, Münih, Köln gibi büyük şehirlerde kira bedellerinin sürekli arttığı ve aile bütçesinin büyük bir kısmının kira bedeli ve yan giderler için kullanıldığı ortaya çıkmaktadır<sup>7</sup>. Ayrıca kira bedellerinde meydana gelen artışın, gelirlerin (maaşlar) artışından daha fazla olduğu tespit edilmiştir<sup>8</sup>. Son yıllarda özellikle büyük şehirlerde kiracıların, konut bulmakta zorluk çektikleri ve yeni akdedilen kira sözleşmelerinde fahiş başlangıç kira bedelleri ile karşılaştıkları gözlemlenmiştir.

Sosyal devlet olmanın gerekleri, konut politikasına devlet müdahalesini kaçınılmaz kılmaktadır. Bu doğrultuda İsviçre ve Alman hukukunda özellikle konut kira sözleşmesinin tarafı olan kiracıyı, koruyucu hükümler sevk edilmiş ve hem başlangıç kira bedeline ilişkin sınırlamalar öngörülmüş hem de sözleşmenin devamında kira bedeli sınırlandırılmıştır. Buna karşın Türk hukukunda başlangıç kira bedeli için, genel hükümler haricinde, özel bir sınırlama hükmü öngörülmemiştir. Türk hukukunda, sadece TBK m.344<sup>9</sup> çerçevesinde, sözleşmenin devamında kira bedellerindeki artış oranı sınırlandırılmıştır.

Pandemi süreci, barınma ve konut hakkına ilişkin sosyal ayrımları daha da görünür kılmış, salgının neden olduğu ekonomik kriz, eşitsizlikleri derinleştirmiştir<sup>10</sup>. Kişinin yaşamını sürdürebileceği yeterli ve güvelli bir konutun yoklu-

<sup>6</sup> Maja Blumer, *Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), Schweizerisches Privatrecht, VII/3*, (Hrsg. Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012, s. 20; Özyakışır, 2019, s. 113, dn. 367.

<sup>7</sup> <https://www.immobilo.de/ratgeber/mieten-vermieten/mietbelastungsquote/> (30.09.2021).

<sup>8</sup> <https://www.iwd.de/artikel/loehne-steigen-oft-schneller-als-mieten-457854/> (30.09.2021).

<sup>9</sup> Konu hakkında bkz. Mustafa Alper Gümüş, "**Yeni**" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 70 vd.; Muhammet Kaynar, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 63 vd.; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku*, Cilt 2, XII Levha İstanbul, 2014, s. 125 vd.; Efrail Aydemir, *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 255 vd.; K. Berk Kapancı, "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK m.344/f.1/c.son'un Yorumlanması", *İNÜHFD*, 2015, C. 2, Özel Sayı, s. 809 vd.; Gizem Kılıç Öztürk, "Kira Tespit Davası ve Esasları", *TBB Dergisi*, Mart-Nisan 2017, Sa. 129, s. 229 vd.; Özyakışır, 2019, s. 196 vd.

<sup>10</sup> Muharrem Kılıç, "Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme", *Anayasa Yargısı*, 2020, C. 37, Sa. 2, s. 99.

ğunda kendisini ve başkalarını virüsten koruması imkânsız bir durumdur<sup>11</sup>. Covid-19 pandemi süreci kapsamında özellikle işyeri kira bedellerinde uyarılama<sup>12</sup> konusu tartışılırken, konut kiralarda uyarılama ve bilhassa başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması meselesi de tartışılması gereken önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk hukukunda son günlerde, özellikle Covid-19 salgını nedeniyle öğrencilerin yurtlarda kalmak yerine ev kiralamayı tercih ettiği, yine olası uzun vadeli kısıtlamalarda hayatın büyük bir kısmını konutta geçirecek bireylerin bu süreçte rahatça yaşayabilecekleri konut arayışının devam ettiği görülmektedir. Ancak bu süreçte başlangıç kira bedellerinde büyük artışlar meydana gelmiştir. İstanbul gibi büyükşehirlerde uygun bedelle bir konut bulmak oldukça zorlaşmıştır<sup>13</sup>. Tüketiciler Derneği de 2021 yılında kira bedellerinde meydana gelen artışa dikkat çekmiştir<sup>14</sup>. Bu güncel gelişmeler nedeniyle çalışmamızda, Alman ve İsviçre hukukundaki başlangıç kira bedeline ilişkin sınırlamalar ele alındıktan sonra Türk hukukunda başlangıç kira bedeline ilişkin

<sup>11</sup> Kılıç, "Konut Hakkının Sosyopolitiği" s. 100.

<sup>12</sup> Bu husustaki detaylı tartışmalar için bkz. Halil Akkanat, *TÜBA COVID 19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu*, (Ed. İzzet Özgenç- Halil Akkanat- Hayrettin Çağlar- Haluk Hadi Sümer- Muhammet Özekes), Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara, 2020, s. 48; Şahin Akıncı, "COVID 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, Yaz 2020/2, Yıl: 19, Sa. 38 (Covid-19 Özel Ek), s. 62 vd; Murat Aydoğdu - Ali Haydar Yağcıoğlu, *Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 93 vd; Ayşe Arat, "Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, s. 441- 450; Başak Baysal - Murat Uyanık - Selim Yavuz, "Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020 s. 275; Aslı Makaracı Başak - Seda Öktem Çevik - Işıl Yörük, "Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, s. 401 vd.; Melek Bilgin Yüce, "Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akıbetinin Değerlendirilmesi", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, s. 415; Nurten İnce Akman, "Türk Hukuku ve Alman Hukukunda Covid-19 Salgınının Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının ve Kiraya Veren Borçlarına Etkisi", *Covid-19 Küresel Salgınının Hukuktaki Yansımaları*, (Ed. Kemal Şenocak), Yetkin Yayınları, Ankara, Şubat 2021, s. 85 vd; Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin. 29.09. 2020, tarihli ve E. 2020/1103, K. 2020/1008 sayılı kararı.

<sup>13</sup> <https://www.milliyet.com.tr/galeri/evler-ates-pahasi-yurtlarda-yer-yok-6590151/5> (17.09.2021).

<sup>14</sup> <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/fahis-kira-artisi-isyan-ettirdi-41880192>;  
<https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede-konutta-fahi%C5%9F-fiyat-krizi/a-59113134>;  
<https://www.haberturk.com/tuketici-konut-kiralardaki-fahis-artistan-sikayetci-3171501-ekonomi>;  
<https://www.ntv.com.tr/ekonomi/ev-kiralarda-fahis-artist-bin-liralik-ev-2-bin-500-lira-oldu,-cfdRkYUyKf2Vh1JzxE2A> (16.09.2021).

sınırlamalara ihtiyaç duyulup duyulmadığı, bu hususta Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi özel bir düzenlemenin gerekip gerekmediği incelenecektir.

## I. ALMAN HUKUKUNDA BAŞLANGIÇ KİRA BEDELİNİN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

Alman hukukunda kiracının korunması ilkesi, sadece konut kiracıları için benimsenmiştir. Nitekim kiracının korunması amacıyla sevk edilen özel hükümler, sadece konut kiracıları için uygulama alanına sahiptir. İşyeri kira sözleşmelerinde, kiracının sözleşmesinin zayıf tarafı olduğu, Alman kanun koyucusu tarafından kabul görmemiştir. Dolayısıyla Almanya’da işyeri kiracıları, başlangıç kira bedelinin belirlenmesinde kiracının korunmasını esas alan özel hükümlerden faydalanamamaktadır<sup>15</sup>.

Alman hukukunda kanun koyucu, sözleşmenin zayıf tarafı varsaydığı konut kiracısını korumak için başlangıç kira bedeline sınırlamalar getirip bu amaçla 1954 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Ekonomik Suçlar Kanunu’nun 5. maddesinde ve 21.04.2015 tarihinde Alman Medeni Kanunu’na (Al.MK) eklenen 556d ve devamı maddelerinde özel düzenlemeler yapmıştır<sup>16</sup>. Almanya’da Berlin, Hamburg, Münih gibi büyük şehirlerde konuta olan ihtiyaç artmış piyasadaki artan bu talepler karşısında kiraya verenler tarafından konut ve işyerlerinin yüksek kira bedelleriyle kiralanması gündeme gelmiştir. Büyük şehirlerde ancak çok yüksek kira bedeli ödeyebilen kişilerin konut bulmaları sonucunda, Almanya’da “ödenebilir konutların” sağlanması hususunda adımlar atılmıştır. Devlet tarafından sosyal konutlar yapılması<sup>17</sup> dışında, insan onuruna uygun bir konutta yaşamayı sağlayacak adımların derhal atılması gerektiği kabul edilmiş ve bu nedenle konut kiralarda kiracıyı koruyucu düzenlemeler yapılmıştır<sup>18</sup>. Kanun

<sup>15</sup> Özyakışır, 2019, s. 131.

<sup>16</sup> Markus Artz, “Von Reformen und Reförmchen Zur Entwicklung des deutschen Wohnraummietrechts seit der “Großen Mietrechtsreform” 2001”, *NJW*, 2015, s. 1576; Markus Artz - Ulf Börstinghaus, “Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz. Ungeheimtheiten bei den Neuerungen zu Mietpreisbremse, Modernisierungsmieterhöhung, Herausmodernisieren und gewerblichen Zwischenmietverhältnissen”, *NZM*, 2019, s. 12; Ulf Börstinghaus, “Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete für Wohnraum”, *NJW*, 2015, s. 1553; Ulf Börstinghaus, “Zwischen Vermieterfreiheit und Mieterschutz”, *WuM*, 2018, s. 623; Nibert Eisenschmid, “Die Mietpreisbremse kommt” *ZRP*, 2015, s. 28.

<sup>17</sup> Sosyal konut yapılmasına dair karar için bkz. egE, BT-Drs. 18/3121, 15.

<sup>18</sup> Huber Fleindl, **Beck-online. Grosskommentar**, (Hrsg. Beate Gsell- Wolfgang Krüger- Stephan Lorenz- Christoph, Reymann), C. H. Beck München, 2021, 556d BGB, Nr. 3; Jürgen Kühling, “Gentrifizierung als Rechtsproblem: Wohnungspolitik ohne rechtsstaatliche Leitplanken?” *NZM*, 2020, s. 522 vd.



koyucunun başlangıç kira bedeline müdahale etmesinin konut sorununa geçici bir çözüm olduğu, nihai hedefin ise oturulabilir sosyal konut projelerinin hayata geçirilmesi olduğu kabul edilmektedir. Başlangıç kira bedelini düzenleyen hükümlerle, konut yetersizliği sorununun kiraya verenler tarafından kötüye kullanılması ve haksız kazanç elde edilmesinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>19</sup>. Bu düzenlemelerle, sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracının korunacağı, ödenebilir ve insan onuruna uygun bir konutta bireylerin yaşamını ikame edebileceği fikrinden yola çıkmıştır. Başlangıç kira bedelleri hususunda 2018 yılında hala sorunlar yaşanması nedeniyle Başlangıçta Kira Bedelinin Sınırlanmasında Uzatmalar ve Değişiklikler adındaki Kanun<sup>20</sup> ile Alman Medeni Kanunu'ndaki başlangıç kira bedelini düzenleyen hükümlerde kiracı lehine birtakım düzenlemeler yapılarak, başlangıç kira bedelini sınırlayan normlar bugünkü halini almıştır. Aşağıda hem Ekonomik Suçlar Kanunu hem de Alman Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemeler yakından incelenecektir.

#### A. Ekonomik Suçlar Kanunu Uyarınca Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması

1954 yılında yürürlüğe girmiş olan Ekonomik Suçlar Kanunu'nun 5. maddesi, kira bedelinin artırılmasına dairdir. Bu düzenlemeye göre *her kim kasıtlı ya da düşüncesizlikle konut ya da konut kiralarına dair yan giderleri için uygun olmayan yüksek bedel talep etmiş, kira sözleşmesi akdetmiş ya da kira sözleşmesi yapma vaadinde bulunmuşsa bu maddeye aykırı davranmış olup bunun karşılığında 50.000 Avro'ya kadar idari para cezasına çarptırılacaktır*. Bu maddenin amacı, konutlar kiraya verilirken kiraya verenin kira bedellerinin yüksek belirlenmesi suretiyle aşırı yararlanmasını engellemektir. Bu madde uyarınca kişinin cezalandırması için kast ile hareket etmesine gerek yoktur. Aşırı yararlanma kastı olmasa da düşüncesizlikle hareket eden ve uygun olmayan kira bedeli talep eden kişiler bu suçu işlemiş olur.

Anılan düzenlemenin aslında Ekonomik Suçlar Kanunu'nda yer almasının doğru olmadığı, amacın ekonominin korunmasından ziyade kiracının korunması olduğu ve bu nedenle esasında düzenlemenin kira hukukuna ilişkin hükümlerde

<sup>19</sup> Arnold Lehmann-Richter, "Voraussetzungen und Kontrolle einer Gebietsverordnung zur Mietpreisbremse", *WuM*, 2015, s. 208; Fleindl, 556d BGB, Nr. 5.

<sup>20</sup> Gesetz zur Verlängerung und Verbesserung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn;  
[https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&start=//%5B@atr\\_id=%27bgbl120s0540.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s0540.pdf%27%5D\\_\\_1632115142572](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%5B@atr_id=%27bgbl120s0540.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0540.pdf%27%5D__1632115142572) (16.09.2021).

yer almasının daha isabetli olduğu doktrinde ileri sürülmüştür<sup>21</sup>. Buna karşın doktrinde bir başka görüş tarafından, bu hükmün, Ekonomik Suçlar Kanunu'nda yer alan pratik hayatın ihtiyaçlarına cevap veren tek düzenleme olduğu<sup>22</sup>, bu düzenlemelerin hakkın kötüye kullanılması ve aşırı yararlanmanın özel bir görünümü olduğu, dolayısıyla bahsi geçen normun Ekonomik Suçlar Kanunu'nda düzenlenmesinin son derece isabetli olduğu ileri sürülmüştür. Zira anılan söz konusu düzenlemelerle kişiye idari bir para cezası verilmekte, kişinin ekonomik hayata olumsuz etkileri cezalandırılmaktadır<sup>23</sup>.

Bu suçun faili kiraya verendir<sup>24</sup>. Kiraya verenin malik olması gerekmemektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesinin bir diğer koşulu ise oturma amaçlı bir yerin kiraya verilmesidir. Bu bir daire olabileceği, dairenin bir odası da olabilir<sup>25</sup>. Ayrıca suçun oluşabilmesi için kira sözleşmesinin yazılı ya da sözlü yapılmasının bir önemi bulunmamaktadır. Zira Alman Medeni Kanunu'nda da kira sözleşmesi için bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ayrıca ilgili maddede kira sözleşmesi kurulmasa bile uygun olmayan kira bedelinin talep edilmesi, bu suçun gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür<sup>26</sup>. Yine kiracının alt kiracı olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmamıştır. O halde asıl kiracı, uygun olmayan yüksek bedelle konutu alt kiracıya kiralamışsa asıl kiracı hakkında da bu madde hükmü uygulama alanı bulur. Kanun koyucu, konut kirasından bahsetmiştir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında bir dairenin kiralayıp buranın bir işyeri örneğinin bir hukuk bürosu olarak kullanılması halinde, bu maddenin uygulama alanı bulunmayacağı hususu da tartışmalıdır<sup>27</sup>. Doktrinde bir görüşe göre, bu maddenin amacı konutun uygun olmayan bedelle kiralınmasının önüne geçilmesi olduğu için, kiracının kiralananı hangi amaçla kullandığının bir önemi bulunmamakta-

<sup>21</sup> Siegbert Lammel, "Theorie und Praxis der Mietpreisüberhöhung nach §5 WiStG (Frankfurt a. M.)", *NZM*, 1999, s. 992; Hans Kudlich, *BeckOK OWIG*, (Hrsg. Jürgen Graf), C. H. Beck, München, 2021, §5 WiStG, Nr. 1.

<sup>22</sup> Hubert Fleindl, "§5 WiStG - Ein Fall für den Papierkorb? Die gesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Miethöhe", *WuM*, 2013, s. 704 vd; Beate Gsell, "Die gerechte Miete" *WuM*, 2017, s. 308.

<sup>23</sup> Fleindl, "§WiStG - Ein Fall für den Papierkorb?", s. 704 vd; Gsell, "Die gerechte Miete", s. 308.

<sup>24</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 3.

<sup>25</sup> Joachim Lampe, *Beck Kurz Kommentare Band 17 Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*, (Hrsg. Peter Häberle), C. H. Beck, München, 2021, §5 WiStG, Nr. 2.

<sup>26</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 15.

<sup>27</sup> Lampe, §5 WiStG, Nr. 2; Kudlich, §5 WiStG, Nr. 5; OLG Karlsruhe, *WuM* 1984, s. 10; OLG Stuttgart, *WuM* 1986, s. 10; OLG Celle, *WuM* 1996, s. 562; AG Dortmund, *ZMR* 1997, s. 85; OLG Frankfurt a. M., *NJW* 1993, s. 673, AG Frankfurt a. M., *WuM* 1993, s. 199.

dır<sup>28</sup>. Bu nedenle bir konut kiralanıp başka amaçlarla büro vs. olarak kullanılsa da anılan maddenin uygulama alanı bulacağı savunulmuştur<sup>29</sup>. Bir diğer görüşe göre ise, kanun koyucunun konut kiracısını korumayı amaçlandığı, bu nedenle sadece konut amaçlı kiralanan ve bu şekilde kullanılan kira sözleşmelerinde söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür<sup>30</sup>.

İlgili madde incelendiğinde, konut kiralarda yan giderler örneğin, bahçe düzenlemesi, asansör bakımı, garaj yerleri için uygun olmayan bir bedel talep edilmesi halinde de yine mezkûr suç oluşur<sup>31</sup>. Böylelikle kiraya verenlerin uygun bir bedelle sözleşmeyi akdetmesi, ancak diğer yandan yan giderler için uygun olmayan yüksek bedeller talep etmesinin de önüne geçilmek istenmiştir<sup>32</sup>.

Bu suçun oluşabilmesi için ancak kira bedelinin ya da yan giderler için talep edilen bedelin uygun olmayan yüksek bir bedel olması gerekmektedir. Uygun olmayan yüksek bedel kavramı bu maddenin 2. fıkrasında kanun koyucu tarafından tanımlanmıştır. Buna göre, konut arzının düşüklüğünden faydalanarak kararlaştırılan ve o muhitte veya karşılaştırılabilecek başka bir muhitte bulunan benzer niteliklere sahip konuta ait emsal kira bedelini %20 oranında aşan bedeller uygun olmayan yüksek bedeldir<sup>33</sup>. Kanun koyucunun bu düzenlemede sadece uygun olmayan bedel kavramı gibi soyut bir kavram kullanmayıp bir oran belirlemiş olması da doktrinde isabetli bulunmuştur<sup>34</sup>. Emsal kira bedelinin olmadığı hallerde bilirkişiye başvurulabileceği doktrinde savunulmuştur<sup>35</sup>.

Sözleşme taraflarının kişisel sebeplerinden dolayı kira bedelinin daha az ya da daha fazla kararlaştırılmış olup olmadığı, bu madde kapsamında dikkat alınmaz. Örneğin, kiracının ekonomik durumunun iyi olması, zaten kararlaştırılan kira bedelini ödeyecek olması önemli değildir<sup>36</sup>. Ayrıca bu düzenlemelerle

<sup>28</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 15.

<sup>29</sup> OLG Frankfurt a. M, NJW 1993, s. 673, AG Frankfurt a. M, WuM 1993, s. 199.

<sup>30</sup> Lampe, §5 WiStG, Nr. 2; Kudlich, §5 WiStG, Nr. 5; OLG Karlsruhe, WuM 1984, s. 10; OLG Stuttgart, WuM 1986, s. 10; OLG Celle, WuM 1996, s. 562; AG Dortmund, ZMR 1997, s. 85.

<sup>31</sup> Lampe, §5 WiStG, Nr. 2; OLG Stuttgart NJW 1982, s. 1160.

<sup>32</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 8.

<sup>33</sup> Lampe, Nr. 5, 6; Kudlich, §5 WiStG, Nr. 9.

<sup>34</sup> Lampe, §5 WiStG, Nr. 9.

<sup>35</sup> Lampe, §5 WiStG, Nr. 8; Kudlich, §5 WiStG, Nr. 10.

<sup>36</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 8; Bu husustaki mahkeme kararı için bkz. LG Stuttgart, NJW 1982 s. 1160.

kiraya verenin zor durumda olan mülteci gibi kimselere konutu o ülke vatandaşlarından daha fazla bir bedelle kiraya vermesinin de önüne geçilmiştir. Almanya'da konut kiralalarında kiracılar seçilirken Almanlara öncelik tanındığı ve yabancıların ayrımcılığa uğradığına dair haberler son yıllarda sıklıkla gündeme gelmektedir<sup>37</sup>. Bu madde yoluyla konut bulmakta zorluk çeken yabancı kiracıdan yüksek kira bedellerinin alınmasının önüne geçilmesi kanımızca isabetli olmuştur. Kiraya veren, evde yaşayacak kişi sayısının fazla olması gibi nedenlerle de yüksek bir kira bedeli talep edemez. Örneğin, bir konutun dört öğrenci tarafından kiralanması halinde kiraya verenin konutta dört öğrenci kaldığını iddia ederek öğrenci başına bir bedel alması halinde toplam alınan kira bedelinin yine emsal kira bedelini %20'den fazlasını aşamaz<sup>38</sup>.

Yan giderler için kiraya verenin uygun olmayan bir bedel talep edip etmediği hususunda ise son 6 yılın yan giderlerinin dikkate alınacağı Ekonomik Suçlar Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Yine aynı düzenlemede kiraya verenin emsal kira bedelinin %20'den fazlasını talep etmesine rağmen bu suçun oluşmayacağı istisnâî haller de düzenlenmiştir. Buna göre kiraya veren tarafından yapılmış veya yapılan masrafları karşılamak için emsal kira bedelinin %20'den fazlası talep edilebileceği düzenlenmiştir. Kiraya veren tarafından yapılan ya da yapılmış masraf kavramının belirsiz olduğu ve uyumsuzluk halinde hâkime bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir. Örneğin, evde gerekli olan geniş çaplı bir tadilat yapılmışsa bu durumda emsal kira bedelinin %20'sinden fazlası kararlaştırılmış olsa dahi bu suç oluşmaz<sup>39</sup>.

Bu düzenlemenin hukuki sonucu incelendiğinde bu maddeye aykırı davranan kişinin idari para cezasına çarptırılacağı ve idari para cezasının 50.000 Avro'ya kadar çıkabileceği görülmektedir. Amaç, ekonominin korunması ve konut kiralalarında kiralama aracılığıyla fazla kazanç elde eden kimselerin cezalandırılmasıdır. Böyle bir cezaî normun varlığı sayesinde kiraya verenlerin bu tarz kira sözleşmeleri akdetmekten çekinecekleri aşikârdır; ancak buna rağmen kira sözleşmesi kurulmuş ise akibetinin ne olacağı, kira bedelinin emsal kira bedelleri miktarına kadar düşürülüp düşürülemeyeceği gibi hususlar düzenlenmiştir. Kuşkusuz, ceza hukuku kapsamındaki bir düzenlemede, anılan hususlara

<sup>37</sup> [https://www.businessinsider.de/wirtschaft/kt-fuer-kopftuch-e40-fuer-schwarze-menschen-wohnungsbaugesellschaft-brebau-soll-wohnungssuchende-diskriminiert-haben/\(16.09.2021\)](https://www.businessinsider.de/wirtschaft/kt-fuer-kopftuch-e40-fuer-schwarze-menschen-wohnungsbaugesellschaft-brebau-soll-wohnungssuchende-diskriminiert-haben/(16.09.2021)).

<sup>38</sup> AG Stuttgart, Urteil vom 28.04.2020 - 31 C 5490/18.

<sup>39</sup> Kudlich, §5 WiStG, Nr. 14.

yer verilmemiş olması, kanun yapma tekniği bakımından isabetlidir. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nda 2015 yılında başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması hususunda özel bir düzenleme yapılması kanımızca uygun olmuştur. Böylece başlangıç kira bedeline ilişkin sınırlama hükmüne aykırı davranış halinde kira sözleşmesinin akıbeti de düzenlenmiş olmaktadır. Nihayetinde söz konusu norma aykırı davranışın sözleşmenin akıbeti üzerindeki etkisi, özel hukuku ilgilendiren önemli bir sorundur.

### **B. Alman Medeni Kanunu'nda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılması**

Alman hukukunda başlangıçtaki kira bedelini sınırlayan özel bir düzenleme, 2015 yılında Alman Medeni Kanunu'na 556d ve devamındaki maddelere eklenmiştir. Al.MK m.556d hükmüne göre konut pazarının dar olduğu bir bölgede konuta ilişkin bir kira sözleşmesi akdedilmiş ise başlangıçtaki kira bedelinin, emsal kira bedelini %10 aşmaması gerekir<sup>40</sup>. Konut pazarının dar olduğu bölge kavramı, Al.MK m.556d/f.2'de açıklanmıştır. Buna göre, bir bölgede veya bölgenin bir bölümünde beraber yaşayan halk için geçim şartları önemli ölçüde zorlaşmış ise, o bölgede konut pazarı darlığı mevcuttur. Aynı fıkra hükmü, bu tespiti ortaya koyduktan sonra konut pazarı darlığının mevcut olduğu durumlara dört bent hâlinde örnekler vermiştir. Hükmeye göre, *özellikle (1) Kira bedeli ülke ortalamasından belirgin olarak daha fazla artıyorsa, (2) Hanehalkının ortalama kira yükü ülke ortalamasını belirgin şekilde aşıyorsa, (3) Yeni inşaat faaliyetleri yolu ile gerekli konut sağlanmamış olmasına rağmen konuta ihtiyaç duyan (oturan) nüfus artıyorsa, (4) Talep çok olmasına rağmen boş konut sayısı az ise konut pazarı dardır*. Konut pazarının dar olduğu bölgeler, Al.MK m.556d hükmü uyarınca, eyalet hükümetleri tarafından kararname yoluyla en fazla beş yıl devam edecek şekilde belirlenir. Al.MK m.556d hükmü konut darlığı çeken bölgelere belli bir süre müdahale edilmesini öngörmüştür. Al.MK m.556d hükmünün 3. fıkrasında, söz konusu hükmün 2025 tarihinde yürürlükten kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir.

#### **1. Alman Medeni Kanunu'nun 556d Maddesinin Koşulları**

Alman hukukunda kanun koyucunun sadece konut kiralardaki kiracıyı korumak amacıyla 556d hükmünü sevkettiği görülmektedir. Hükmün, kiraya verenin kendisinin de oturduğu ve bir odasını mobilyalı olarak kiraladığı hallerde

<sup>40</sup> Artz, "Von Reformen und Reförmchen", s. 1576.; Artz - Börstinghaus, „Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz“, s. 12; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete", s. 1553.

ya da işyeri kiralalarında uygulama alanı bulmayacağı doktrinde ileri sürülmektedir<sup>41</sup>. Buna karşın, söz konusu hüküm, mobilyalı da olsa kiralanan konutlarda uygulama alanı bulur. Ayrıca asıl kiracıyla alt kiracı arasında yapılan sözleşmelerde de ilgili hüküm uygulama alanına sahiptir<sup>42</sup>. Ayrıca doktrinde, kiralananın hangi amaçla kullanılacağına son derece önemli olduğu ve bunun sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Uygulamada, bazı kiraya verenler, bu maddenin hukuki sonucundan kaçınmak için kira sözleşmesinde kiraladıkları yerler konut amaçlı kullanılacak olmasına rağmen, bunların işyeri olarak kullanılacağını yazmakta ve zor durumda olan kiracılar tarafından ise bu durum kabul edilmektedir. Bu nedenle doktrinde de isabetle savunulduğu gibi, uyumsuzluk halinde kiralananın hangi amaçla kiralandığı, kira sözleşmesinde belirtilen kullanım amacından bağımsız olarak kiralananın nasıl kullanıldığının tespit edilerek belirlenmesi gerekir<sup>43</sup>. Örneğin, bir avukat, bir daireyi avukatlık bürosu olarak kiralamasına rağmen orayı konut olarak kullanıyorsa yine bu maddenin uygulama alanı bulacağı doktrinde belirtilmiştir. Ayrıca bir kimse- nin konut olarak kiraladığı bir yerde kısmen de olsa bazı işlerini yapması, örneğin bir odasında avukatlık işleri yapması, bu hükmün uygulama alanına engel teşkil etmez<sup>44</sup>.

Al.MK m.556d'nin uygulanması için, kira sözleşmesi akdedildiğinde, kiralananın konut pazarının dar olduğu bölgede bulunması şarttır. Zira kiralanan konut, eyalet hükümetlerince çıkarılan kararnamede belirtilen bölgelerde yer almıyorsa, Al.MK m.556d-556g hükümleri uygulanmaz<sup>45</sup>. Eyalet hükümetlerince çıkarılan kararnamede o bölgenin neden konut pazarının dar olduğu bölge olarak seçildiğinin de detaylıca gerekçelendirilmesi gerekir<sup>46</sup>. Aksi halde, söz konusu kararnameler yargı organları tarafından geçersiz kabul edilir. Örneğin, Hessen Eyalet Hükümeti tarafından çıkarılan kararname, Federal Alman Yüksek Mahkemesi tarafından, o bölgenin neden konut pazarının dar olduğu bir bölge

<sup>41</sup> Artz, "Von Reformen und Reförmchen", s. 1576.

<sup>42</sup> Markus Artz, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker- Roland Rixecker- Hartmut Oetker- Bettina Limperg), Verlag C. H. beck München, 556d BGB, Nr. 9.

<sup>43</sup> Artz, 556d BGB, Nr. 9.

<sup>44</sup> Fleindl, 556d BGB, Nr. 16-18.

<sup>45</sup> Klaus Lützenkirchen - Marc Dickersbach - Andrik Abramenko, *Mietrecht Kommentar*, 2. Auflage, Otto Schmidt, Köln, 2015, s. 1478; Özyakışır, 2019, s. 137.

<sup>46</sup> Artz, 556d BGB, Nr. 16; Andrik Abramenko, "Mietpreisbremse- Ein Lebstück für Gesetz- und Verordnungsgeber", *ZRP*, 2018, s. 35.

olarak nitelendirildiği gerekçelendirilmediğinden, geçersiz sayılmıştır<sup>47</sup>. Almanya'da Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Branderburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommen, Niedersachsen, Nordhein-Westfallen, Rheinland- Pfalz, Schleswig- Holstein ve Thüringen olmak üzere 13 eyalette konut kiralari için kararname çıkarılmıştır<sup>48</sup>.

Bu düzenleme uyarınca konutunu kiraya veren kimse, konut pazarının dar olduğu yerlerde başlangıç kira bedelini serbestçe belirleyememektedir. Zira düzenleme uyarınca başlangıçtaki kira bedeli, emsal kira bedelinin %10'dan fazlasını aşmaması gerekir<sup>49</sup>. Örneğin, bir yerde emsal kira bedeli 1.100 Avro ise, başlangıç kira bedeli ancak 1.210 Avro olarak belirlenebilir. Emsal kira bedelinin ne olduğuna Al.MK m.558/f.2 hükmünde yer verilmiştir. Buna göre, emsal kira bedeli, o bölgede bulunan ya da karşılaştırılabilir bir bölgede olan büyüklüğü, özellikleri, yapısı ve çevresi benzer olan yerlerin 01.01.2020 yılından itibaren akdedilen kira sözleşmeleri için son 6 yıllık kira bedeli; bu tarihten önce akdedilen kira sözleşmeleri için son 4 yıllık kira bedelleri dikkate alınarak tespit edilir<sup>50</sup>. Emsal kira bedelinden kasıt, net kira bedelidir, bir başka ifadeyle her ay alınan yan giderler düşüktükten sonra belirlenen bedeldir<sup>51</sup>.

## 2. Başlangıç Kira Bedeline Müdahale Edilemeyecek Haller

Alman hukukunda kanun koyucu, her ne kadar kiracıyı koruyacak şekilde başlangıç kira bedeline bir sınırlama getirmeye çalışmışsa da kiraya verenin menfaatlerini gözeterek bu kurala birtakım istisnalar getirmiştir. Bunlardan biri de Al.MK m.556e hükmüdür<sup>52</sup>. Al.MK m.556e gereğince, önceki kira sözleşmesinde kiraya veren 556d hükmü uyarınca belirlenen bedelden daha fazla bir kira bedeli alıyorsa yeni kira sözleşmesinde kiraya veren, bu bedeli yine talep edebi-

<sup>47</sup> BGH, BeckRS 2019, 16461.

<sup>48</sup> Artz, "Von Reformen und Reförmchen", s. 1576; Hans Reinold Horst, "MietNovG I: Praxisfragen zur „Mietpreisbremse“ im freifinanzierten Wohnungsbau", *NZM*, 2015, s. 393 vd.

<sup>49</sup> Artz, 556d BGB, Nr. 19; Horst, "MietNovG I: Praxisfragen zur", s. 396 vd.

<sup>50</sup> Ulf Börstinghaus, "Eine erste Stellungnahme zum mietrechtlichen Teil des Referententwurfs eines Mietrechtsnovellierungsgesetzes", *DWW*, 2014, s. 204 vd; Fleindl, 556d BGB, Nr. 55; Horst, MietNovG I: Praxisfragen zur", s. 398 vd.

<sup>51</sup> Artz, 556d BGB, Nr. 21.

<sup>52</sup> Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz" s. 16; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete" s. 1554; Börstinghaus, "Zwischen Vermieterfreiheit", s. 623, Benjamin Schindler, "Vom Nachjustieren der Mietpreisbremse", *NZM*, 2020, s. 353 vd.

Örneğin, kiraya veren A, konutu için 1.300 Avro kira bedeli alıyorken kira sözleşmesi sona ermiş olsun. Bu durumda bulunduğu çevrede emsal kira bedeli 1.100 Avro ise, konutunu yeniden kiraya vermek istediğinde Al.MK m.556d gereğince kira bedeli olarak en fazla 1.210 Avro karşılaştırılabilir. Ancak kanun koyucu bu gibi durumlarda 556d madde hükmünün uygulanmayacağını, önceki kira sözleşmesi döneminde ifa edilen en son kira bedelinin karşılaştırılabileceğini öngörmüştür.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında daha önceki kira bedelinin yüksek olması halinde kiraya verenin korunarak 556b ile bağlı olmadığına dair istisnâ düzenlemenin isabetli olmadığı ileri sürülmüştür<sup>53</sup>. Daha önceki kira sözleşmesi sonra eren ve şimdi yeni bir kira sözleşmesi akdeden kiraya verenin konut pazarının dar olduğu bu alanlarda Al.MK m.556d ile bağlı olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>54</sup>. Sonuç olarak örnek olayımızda başlangıç kira bedeli, 1.300 Avro olarak belirlenebilir.

Al.MK m.556e/f.2'ye göre, kira ilişkisi başlamadan önceki üç yıl içerisinde kiralanan Al.MK m.555b'de<sup>55</sup> sayılan yenileme çalışmalarından en az biri yapılmışsa, kira bedeli, Al.MK m.556d'nin birinci fıkrasında belirtilen azamî sınırla bağlı olmaksızın karşılaştırılabilir<sup>56</sup>. Bunun için yenileme çalışmalarının kiraya veren tarafından yapılmış olması şarttır. Yenileme çalışmaları kiraya veren hari-

<sup>53</sup> Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz", s. 16; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete" s. 1554; Börstinghaus, Zwischen Vermieterfreiheit", s. 623; LG Berlin, 14.09.2017, 67 S 149/17; LG Berlin, 7.12.2017, 67S 218/17.

<sup>54</sup> LG Berlin, 14.09.2017, 67 S 149/17; LG Berlin, 7.12.2017, 67S 218/17.

<sup>55</sup> Yenileme çalışmaları, aşağıdaki şekillerde yapı tadilatları yoluyla gerçekleştirilir,

1. Kiralanan enerji açısından sürdürülebilir bir tasarruf sağlanır (kiralananın) enerji performansının yenilenmesi),
2. Şayet birinci bentte belirtilen şekilde enerji verimliliğine yönelik bir yenileme yapılmadıysa; yenilenemeyen birincil enerjide sürdürülebilir bir tasarruf sağlanır veya iklim sürdürülebilir bir şekilde korunur,
3. Su tüketimi sürdürülebilir bir şekilde azaltılır,
4. Kiralananın kullanım değeri sürdürülebilir bir şekilde yükseltilir,
5. Genel konut koşulları uzun süreli olarak iyileştirilir,
6. §555a BGB'de belirtilen koruma önlemlerinden olmayan ve kiraya verenden kaynaklanmayan sebeplerle yapılmak zorunda olunan tadilatlar,
7. Yeni oturma alanı yaratılması.

<sup>56</sup> Carsten Brückner, *Mietpreisbremse, Rechtsfolgen für Vermieter*, 1. Auflage, Haus & Grund, 2015, s. 62; Özyakışır, 2019, s. 140.



cinde kimseler tarafından gerçekleştirilmiş ise, kira bedeli olarak Al.MK m.556d'nin birinci fıkrasında belirtilen azamî sınırı aşan bir miktar kararlaştırılmaz<sup>57</sup>. Ayrıca geniş kapsamlı bir yenileme yapıldıktan sonra düzenlen ilk kira sözleşmelerinde de Al.MK m.556d'nin birinci fıkrasındaki kira bedeline ilişkin azamî sınırın uygulanmayacağı kabul edilmiştir (Al.MK m.556f/f.2)<sup>58</sup>. Geniş kapsamlı yenilemeye ilişkin mevzuatta herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Alman Avukatlar Birliği, hükümde yer alan "geniş kapsamlı yenileme" kavramının muğlak olduğunu ve somutlaştırılması gerektiğini belirtse de bu kavram kanun koyucu tarafından açıklanmamıştır<sup>59</sup>. Doktrinde kiralananın ancak yeni inşa edilmiş bir konut ile eşdeğer hâle getirilmiş olması durumunda geniş kapsamlı yenilemeden bahsedileceği ileri sürülmektedir<sup>60</sup>.

Başlangıç kira bedelinin belirlenmesinde konutun özellikleri de etkilidir. Al.MK m.556f hükmü uyarınca konut ilk defa 01.10.2014'ten sonra kullanılmış ve kiraya verilmiş ise, başlangıç kira bedeli, Al.MK m.556d'nin birinci fıkrasındaki azamî sınırla bağlı değildir<sup>61</sup>.

Yukarıda bahsi geçen istisnalardan faydalanmak isteyen kiraya veren, istisnalar hakkında kiracıya bilgi vermek, bu istisnaların gerçekleştiğine dair kiracıyı aydınlatmakla yükümlüdür (Al.MK m.556g)<sup>62</sup>. Örneğin, kiraya veren, konutun 2014 yılından önce kullanılmadığı ve kiraya verilmediği hususunda gerekli bilgileri kiracıyla paylaşmalıdır. Kiraya veren, istisnalardan yararlanmak istemesine rağmen bu konuda yeterli bilgi verip kiracıyı aydınlatmazsa, Al.MK m.556d hükmündeki bedelden fazlasını talep edemez, başka bir deyişle kiraya veren artık istisnalardan yararlanamaz. Kiracının talebine rağmen gerekli aydınlatmayı yapmayan kiraya veren, 2 yıl boyunca bir daha durumunun Al.MK m.556e-556f hükümlerinde düzenlenen istisnaî hallere girdiğini ve bu nedenle kira bedelini emsal kira bedellerini aşacak şekilde belirlenmesini ileri süremez<sup>63</sup>. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse; A, B'ye Berlin şehrinde bulunan bir konu-

<sup>57</sup> Lützenkirchen - Dickersbach - Abramenco, 2015, s. 1505; Özyakışır, 2019, s. 140.

<sup>58</sup> Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz", s. 16 vd.

<sup>59</sup> Brückner, 2015, s. 16, dn. 27; Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz", s. 16; Özyakışır, 2019, s. 141, dn. 501.

<sup>60</sup> Horst, MietNovG I: Praxisfragen zur", s. 396 vd.; konu hakkında ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, s. 141.

<sup>61</sup> Artz, 556f BGB, Nr. 2-3; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete", s. 1554 vd; Horst, MietNovG I: Praxisfragen zur", s. 396 vd.; Özyakışır, 2019, s. 140.

<sup>62</sup> Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz", s. 16; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete", s. 1559.

<sup>63</sup> Artz -Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz", s. 17.

tunu 01.01.2021 tarihinde kiralamıştır. Kiraya veren, bu kiralama esnasında Al.MK m.556d hükmündeki sınırlamaya tabi olmadığını, çünkü konutta geniş kapsamlı bir yenileme yapıldığını iddia etmiştir. Ancak geniş kapsamlı yenileme yapıldığı hususundaki bilgi ve belgeleri kiracı B ile paylaşmamıştır. Kiracı B'nin talep etmesine rağmen kiraya veren bu hususta 6 ay boyunca bilgi vermekten kaçınmış ise artık 2 yıl boyunca 01.01.2023 yılına kadar sadece Al.MK m.556d hükmündeki bedeli kiracıdan talep edip 556f hükmüne dayanamayacaktır.

### 3. Alman Medeni Kanunu'nun 556d Maddesinin Hukuki Sonuçları

Başlangıç kira bedelinin ne kadar olacağına dair hukuki düzenleme, nispi emredici bir düzenleme olup kiracının aleyhine değiştirilmez. Kiracının, kira sözleşmesini akdedip istenen bedeli belirli bir süre ödemesi de 556d hükmünde düzenlenen haklarından feragat ettiği şeklinde yorumlanamaz<sup>64</sup>. Kiraya verenin başlangıç kira bedelini 556d maddesinde belirlenen orandan fazla talep etmesi halinde, Al.MK m.556g hükmü uyarınca kiracı, fazla ödediği kira bedellerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir. Bu hallerde, sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen Al.MK m.814 ve 817/f.2 uygulama alanı bulmaz<sup>65</sup>. Esasında burada sebepsiz zenginleşme değil de sözleşmeye dayalı bir iade talebine ilişkin düzenlenmenin daha mantıklı olduğu ileri sürülse de fazla alınan kısmın kanuna ve kira hukukundaki düzenlemelere aykırı ve geçersiz olduğu, bu nedenle sebepsiz zenginleşme uyarınca talep edilebileceği belirtilmiştir<sup>66</sup>. Ayrıca kiracının kira sözleşmesi yapılıp yapılmaz fazla olan miktarı ödemekten kaçınarak sadece emsal kira bedelinin %10 fazlasına kadar ödemesi de mümkündür. Bu hallerde kiraya veren tarafından, kira bedelinin eksik ifa edildiğine dair yapılan ihtarlar tahliye sebebi olarak kabul edilemez<sup>67</sup>. Mevcut düzenlemenin hukuki sonucuna göre başlangıç kira bedeli Al.MK m.556d'de belirlenen bedelden fazla ve kanunda sayılan istisnalar mevcut değilse, fazla bedel, kiracının talebiyle kiraya veren tarafından geri ödenir. Bundan başka, kiracı henüz kira bedelini ödemediği önce kira bedelinin fazla olduğunu ve Al.MK m.556d'ye uygun olan tutarı ödeyeceğini belirtip söz konusu tutarı ödeyebilir. Alman hukukundaki bu düzenlemenin, kiracının korunmasını amaçladığı, ancak uzun vadede kiracının aleyhine olduğu, zira kiracının Al.MK m.556d'deki haklarını

<sup>64</sup> Artz, 556g BGB, Nr. 2; Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete", s. 1558.

<sup>65</sup> Lützenkirchen -Dickersbach - Abramenko, 2015, s. 1525; Özyakışır, 2019, s. 138.

<sup>66</sup> Artz, 556g BGB, Nr. 3; Werner Hinz, "Die „Mietpreisbremse" - erste Überlegungen aus dem Blickwinkel der gerichtlichen Praxis", ZMR 2014, s. 599; Schindler, s. 353 vd.

<sup>67</sup> Artz, 556g BGB, Nr. 3.

ileri sürmesi halinde kiraya verenle arasındaki ilişkinin düzelemeyecek şekilde bozulduğu ve bu nedenle kiracılar tarafından başvurulacak bir hukuki düzenleme olmadığı yönünde eleştiriler bulunmaktadır<sup>68</sup>. Hemen belirtelim ki, uygulamada kiracılar tarafından Al.MK m.556d'deki hükümlerden pek çok kiracı yararlanmaktadır. Alman hukukunda uygulamada pek çok kiracı uygun olmayan kira bedelinin indirilmesi hususundaki uyuşmazlıkları yargı önüne<sup>69</sup> taşıyarak başlangıç kira bedelinin emsal kira bedeline kadar indirilmesini sağlamıştır.

Alman Medeni Kanunu'na eklenen bu düzenlemeler, kiraya verenin Federal Alman Anayasası'nın 14. maddesinde yer alan mülkiyet hakkını sınırladığı ve sözleşme serbestisi prensibini zedelediği gerekçesiyle eleştirilmiş<sup>70</sup> olsa da gerek Federal Alman Anayasa Mahkemesi<sup>71</sup> gerekse de ilk derece mahkemeleri, bu düzenlemelerle mülkiyet hakkının özüne zarar verilmediğini kabul etmişlerdir. Mahkemelere göre bu düzenlemeler incelendiğinde, herhalde kiraya veren eski kira sözleşmesinden aldığı kira bedelinden daha fazla bir bedelle konutu kiraya verecektir. Başka bir deyişle, konutunu daha önce kiraya veren ve bu sözleşmesi sona erdikten sonra konutu yeniden kiraya verecek olan kişi, sona eren kira sözleşmesinden daha fazla bir bedelle konutu kiraya verebilir. Ancak kanun koyucu, konut yetersizliğinden yararlanarak aşırı bir bedelle yeniden kiraya verilmesine engel koymuş olup mahkemeler tarafından da bu sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>72</sup>. Bu kararlarda, kanun koyucunun, sözleşmenin zayıf tarafını, örneğin tüketiciyi, kiracıyı, kefilini, işçiyi koruyacak hukuki düzenlemeler

<sup>68</sup> Artz, 556d BGB, Nr. 4.

<sup>69</sup> AG Neukölln, 08.09.2016, 11 C 414/15; LG Berlin, 29.03.2017, 65 S 424/16 (Her iki mahkeme 725,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 503,91 Avro'ya indirmiştir); AG Lichtenberg, 06.06.2018, 11 C 35/18 (Mahkeme 597,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 530,00 Avro'ya indirmiştir); LG Berlin, 10.10.2018, 65 S 137/18 (Mahkeme 599, 00 Avro olan başlangıç kira bedelini 438,17 Avro'ya indirmiştir); AG Tempelhof-Kreuzberg, 14.05.2018, 7 C 301/17 (Mahkeme 555,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 474,78 Avro'ya indirmiştir); AG Neukölln, 21.03.2018, 9 C 324/17 (Mahkeme 1.059,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 634,94 Avro'ya indirmiştir); LG Berlin, 20.06.2018; 65 S 70/18 (Mahkeme 510,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 283, 49 Avro'ya indirmiştir); LG Berlin, 13.08.2018, 66 S 18/18 (Mahkeme 732,00 Avro olan başlangıç kira bedelini 542,09 Avro'ya indirmiştir).

<sup>70</sup> Lars Leuschner, "Die „Mietpreisbremse“ - Unzweckmäßigkeit und verfassungsrechtlich höchst bedenklich", *NJW*, 2014, s. 1932.

<sup>71</sup> BVerfG, NZM 2019, s. 676.

<sup>72</sup> BVerfG, NZM 2019, s. 676.; AG Neukölln, 08.09.2016, 11 C 414/15; LG Berlin, 29.03.2017, 65 S 424/16; Abramenko, s. 35; Alexande Blankenagel - Rainer Schröder - Wolfgang Spoerr, "Verfassungsmäßigkeit des Instituts und der Ausgestaltung der sog. Mietpreisbremse auf Grundlage des MietNovGE", NZM 2015, s. 22.

getirdiğini ve kanun koyucunun sözleşmenin zayıf tarafını koruma görevinin olduğu da belirtilmiştir. Özellikle konut politikaları ve konut kiralarnın ehemmiyete sahip olduğu, ekonomik gücü olmayan bireylerin dışlanarak şehirlerin bazı bölgelerinde yaşamasının önüne geçilmesinin önemi haiz bir konu olduğu mahkemeler tarafından vurgulanmıştır<sup>73</sup>. Kanun koyucunun bu düzenlemelerle kiraya verenin mülkiyet hakkının özüne dokunmadığı, ancak toplumda daha güçsüz bireylerin korunması için bazı sınırlamalara gittiği mahkeme kararlarında belirtilmiştir<sup>74</sup>. Kanun koyucunun kiraya verenlerin menfaatlerini de dikkate aldığı, bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nda kapsamlı düzenlemelerle emsal kira bedelinin %10'undan fazlasının talep edilebileceği halleri de düzenlediği belirtilmiştir. Örneğin, konutta geniş tadilat yapan ya da aldığı yeni konutu kiraya verenler Al.MK m.556d hükmündeki sınırlamalara tabi değildir<sup>75</sup>. Bu nedenle başlangıç kira bedelini düzenleyen hükümlerin kiraya verenlerin menfaatlerini, mülkiyet hakkının özünü zedelediği iddiaları mahkemeler tarafından kabul görmemiştir. Ayrıca Almanya'da bu düzenlemeler olmasaydı diğer devletlerde örneğin ABD'de olduğu gibi krizlerin yaşanabileceği, bu düzenlemeler sayesinde ekonomik krizin engellendiği doktrinde savunulmuştur<sup>76</sup>.

### C. Alman Hukukundaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

Al.MK m.556d ve devamındaki maddeler, kanun koyucunun bu hukuki düzenlemeleri doğrudan ya da dolaylı olarak ekonomik durumu iyi olan bireylerin belirli bölgelerden çıkarılması, bu bölgelerde sadece belli bir ekonomik güce sahip olan insanların yaşamalarını engellemek için getirmiş olduğu hukuki düzenlemelerdir. Uzun vadede devletin her bölgede sosyal konut projeleri geliştirerek sorunu çözmeyi hedeflediği görülmektedir. Al.MK m.556d konut pazarının dar olduğu alanlarda şimdilik 2025 yılına kadar uygulanacak bir norm olsa da Alman Ekonomik Suçlar Kanunu'ndaki kira bedellerinin emsal kira bedelinin %20'sini aşamayacağına ilişkin hüküm, genel bir hüküm olarak yürürlükte kalmaya devam edecektir. Alman hukukunda temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Türk hukukundan farklı olarak açık bir düzenleme olmamasına rağmen Anayasa'da yer alan temel hak

<sup>73</sup> BVerfG, NZM 2019, s. 676.; AG Neukölln, 08.09.2016, 11 C 414/15; LG Berlin, 29.03.2017, 65 S 424/16.

<sup>74</sup> BVerfG, NZM 2019, s. 676.; AG Neukölln, 08.09.2016, 11 C 414/15; LG Berlin, 29.03.2017, 65 S 424/16.

<sup>75</sup> Blankenagel -Schröder - Spoerr, "Verfassungsmäßigkeit des Instituts", s. 24 vd.

<sup>76</sup> Börstinghaus, "Zwischen Vermieterfreiheit", s. 625.

ve özgürlüklerin korunması için Anayasa'da düzenlenen değerlerin özel hukuk ilişkilerinde de dikkate alınması gerektiği ve özel hukuk normlarının Anayasada yer alan değerler çerçevesinde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>77</sup>. Bu nedenle insan onuruna yaraşır bir konut, eğitim hakkı gibi birçok temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin, özel hukuk ilişkilerinde dikkate alınacağı Alman hukukunda kabul edilmektedir. Oturduğu bir konuta dair kira sözleşmesi süresi sona eren kiracının konut pazarının dar olduğu yerlerde başlangıç kira bedeline müdahale olmaması halinde bir konut bulması çok güçleşecektir. Böyle bir durumda kişi, oturduğu bölgeyi, kendisinin ya da çocuklarının gittiği okulu terk etmek zorunda kalabilecektir. Uzun vadede ekonomik gücü olmayan insanlar sadece belli bir bölgede yoğunlaşır. Bu durum kabul edilemez bir sorundur<sup>78</sup>.

Alman hukukunda aşırı yararlanma Al.MK m.138'de düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulması aşamasında edimler arasındaki orantısızlık taraflardan birinin zor durumundan, tecrübesizliğinden, temyiz kudretindeki bir eksiklikten veya önemli bir irade zayıflığından yararlanılarak meydana getirilmiş ise, o hukuki işlemin kesin hükümsüz (mutlak butlanla sakat) olduğu kanunda düzenlenmiştir<sup>79</sup>. Durum böyle olunca Al.MK m.138 uyarınca sözleşmenin ayakta tutulması ve kiracının korunması da mümkün gözükmemektedir. Meselâ zor durumda kalması nedeniyle çok yüksek bir kira bedeliyle konut kira sözleşmesi akdeden bir öğrencinin Al.MK m.138'e başvurması halinde kira sözleşmesi kesin hükümsüz olur. Ancak bu durumda kiracının mağduriyeti giderilmemiştir. Alman hukukunda kira bedeli konut kiralarda emsal kira bedelinden %50, işyeri kiralarda ise emsal kira bedelinden %100 daha fazlaysa aşırı yararlanmanın (Mietwucher) var olduğu kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Aşırı yararlanmanın gerek koşullarının ağır olması gerekse hukuki sonucunun kiracının menfaatine hizmet etmemesi nedeniyle, kiracı lehine kira sözleşmesini ayakta tutacak bir özel düzenlemenin yapılması kanaatimizce isabetli olmuştur. Zira Ekonomik Suçlar Kanunu'ndaki düzenlemeyle, idari para

<sup>77</sup> Detlev W. Belling - Nurten İnce, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", *LHD, C. 12*, Sa. 137, s. 6 vd. ile 33 vd.

<sup>78</sup> Buradaki görüşe benzer mahkeme kararları için AG Tempelhof- Kreuzberg, 29.12.2017, 11 C 179/17.

<sup>79</sup> Vedat Buz, "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Orantısızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması", *BATİDER*, 1998, C. 19, Sa. 4, s. 59.

<sup>80</sup> Bkz. Roderich Dohse - Dominique Johanna Popiel, *Die Geschäftsraummiere*, Die Schriftenreihe Das Recht der Wirtschaft (RdW), 7. Auflage, Richard Boorberg Verlag, 2014, s. 71, dn. 1.

cezası yoluyla kiraya verenin başlangıç kira bedelini keyfi olarak belirlemesinin önüne geçilmek istense de bu Kanun'da da söz konusu hâlde kira sözleşmesinin akıbeti düzenlenmemiştir. Alman hukukunda kiraya verenin menfaatlerini de dikkate alarak başlangıç kira bedeline müdahale konusunun düzenlenmesi isabetli olmuştur. Ayrıca Almanya'da Berlin Eyaleti'nde 26.09.2021 tarihinde yapılan referandumda seçmenlerin %56,4'ü tarafından kiralardaki aşırı artışın önlenmesi amacıyla çok sayıda toplu konutun özel konut şirketlerinden alınarak kamulaştırılması kabul edilmiştir<sup>81</sup>. Bu durum, kira bedeli ve özellikle başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması sorununun önümüzdeki günlerde de Almanya'da gündemde kalacağını göstermektedir.

## II. İSVİÇRE HUKUKUNDA BAŞLANGIÇ KİRA BEDELİNİN SINIRLANDIRILMASI MESELESİ

### A. Genel Olarak İsviçre Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Düzenlenmesi

İsviçre hukukunda gerek konut gerekse işyeri kira sözleşmelerinde kiracı, başlangıç kira bedelinin kötüye kullanılmasına karşı korunmuştur. Bu doğrultuda bazı özel hükümler kabul edilmiştir<sup>82</sup>. Kiracıyı koruyan bu hükümler, "Konut ve işyeri kiralalarında kötüye kullanılan kira bedellerine ve kiraya verenin diğer kötüye kullanılan taleplerine karşı koruma"<sup>83</sup> başlığı ile İsv.BK m.269-270e'de düzenlenmiştir. Nitekim İsviçre kanun koyucusu, İsv.BK m.269-270e ile, ilk kez düzenlenen konut ve işyeri kira sözleşmesinde tarafların kararlaştırabileceği (başlangıç) kira bedelini özel hükümler yoluyla sınırlandırmıştır<sup>84</sup>.

Uygun olmayan başlangıç kira bedeline karşı kiracı, itiraz ve indirim talebinde bulunabilir. Söz konusu talep için başlangıç kira bedelinin, İsv.BK m.269 ve 269a'da nitelendirilen "kötüye kullanılmış bedel" olması gerekir. Bundan başka İsv.BK m.270'in birinci fıkrasının a veya b bentlerinde belirtilen koşullardan birinin gerçekleşmesi de

<sup>81</sup> <https://www.rbb24.de/politik/wahl/volksentscheid-wohnen/beitraege/volksentscheid-berlin-wahl-deutsche-wohnen-enteignung.html> (30.09.2021).

<sup>82</sup> Matthias Minder, *Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art.263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses von Art.263 OR zum Fusionsgesetz (FusG)*, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2010, s. 8; *Svit Kommentar, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2008, Art.270, Nr. 2, s. 658; Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art.184-318 OR.*, Band I, Stämpfli, Bern, 2012, s. 273; Özyakışır, 2019, s. 114.

<sup>83</sup> "Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen und andern missbräuchlichen Forderungen des Vermieters bei der Miete von Wohn- und Geschäftsräumen".

<sup>84</sup> Blumer, 2012, s. 126-127; Özyakışır, 2019, s. 113.

şarttır<sup>85</sup>. Bahsi geçen koşullar tamam olduğunda kiracı, başlangıç kira bedelinden indirim talep edip bedelin kanunî sınırlara çekilmesini sağlar. Aşağıda kiracının başlangıç kira bedelinde indirim talep etmesinin koşulları detaylıca incelenecektir.

## B. İsviçre Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılmasının Koşulları

İsviçre hukukunda, başlangıç kira bedelinin sınırı, kötüye kullanma (Missbrauch) kriteri ile şekillendirilmiştir. Zira düzenlenen konut ve işyeri kira sözleşmelerinde kararlaştırılan (başlangıç) kira bedeli, “kötüye kullanılmış” olarak nitelendirilebilen bir miktar olamaz. Kararlaştırılan bedel İsv.BK m.269 ve 269a çerçevesinde kötüye kullanılmış olarak nitelendirilebilen bir miktar ise, kiracı kira bedeline itiraz edip indirim talep edebilir<sup>86</sup>.

Kiracının, İsv.BK m.270 uyarınca başlangıç kira bedeline karşı itiraz ve indirim talebinde bulunulabilmesi için ilk koşul, başlangıç kira bedelinin İsv.BK m.269 ve 269a anlamında kötüye kullanılmış olmasıdır. Buna göre, başlangıç kira bedeli kötüye kullanılmış değilse, İsv.BK m.270 uyarınca itiraz ve indirim talebi söz konusu olamaz<sup>87</sup>. Kötüye kullanılmış kira bedelinin ne olduğu, İsv.BK m.269 ve 269a’da açıklanmıştır. Ancak İsviçre kanun koyucusu, İsv.BK m.269 ve 269a’da kavramı muğlak ifadelerle nitelendirme yoluna gitmiştir. Nitekim kötüye kullanılmış kira bedeli kavramı, doktrin ve uygulama tarafından somutlaştırılmıştır<sup>88</sup>. İsv.BK m.269’da, kira bedelinin, hangi şartlar altında kötüye kullanılmış olarak nitelendirileceği kabul edilerek olumlu; İsv.BK m.269a’da ise, kira bedelinin hangi hâllerde kötüye kullanılmış olarak nitelendirilmeyeceğini belirtilerek olumsuz bir tanımlama yapılmıştır<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Özyakışır, 2019, s. 116; Söz konusu bentler seçenekli olarak öngörülmüştür. Bkz. *Präjudizienbuch OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012)*, (Hrsg. Peter Gauch- Viktor Aepli-Hubert Stöckli), 8. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2012, Art.270, Nr. 1, s. 709.

<sup>86</sup> Roger Weber, *Der gemeinsame Mietvertrag*, Zürcher Studien zum Privatrecht 109, Schulthess, Zürich, 1993, s. 131; Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010, s. 244; Jörg Schmid- Hubert Stöckli, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2010, s. 157, 158; Soziales Mietrecht, 2011, s. 215; Art.270 OR, sözleşme ile bağlılık prensibinin istisnalarından biri olarak kabul edilmektedir. Bkz. SVIT Komm, Art.270, Nr. 1, s. 658; *Kurzkommentar OR Art.1-529*, (Hrsg. Heinrich Honsell), 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008, Art.270, Nr. 1, s. 996; Söz konusu hükmün sözleşme serbestisine ilişkin bir sınırlama hükmü olduğu yönünde bkz. Robert Siegrist, *Der missbräuchliche Mietzins: Regel und Ausnahmen (Art.269 und 269a OR)*, Schulthess, Zürich, 1997, s. 16; Özyakışır, 2019, s. 116.

<sup>87</sup> Koller, 2012, s. 280, 281; Özyakışır, 2019, s. 118.

<sup>88</sup> Blumer, 2012, s. 130; Özyakışır, 2019, s. 118-119.

<sup>89</sup> Zihlmann, 1995, s. 132; Özyakışır, 2019, s. 119.

İsv.BK m.269'ya göre, kira bedeli ile kiralananın aşırı bir gelir elde etmek amaçlanıyorsa ya da kira bedeli, açıkça aşırı olan bir satın alma değerine dayanıyorsa, kötüye kullanılmıştır. Hükümde alternatifli iki durum belirtilerek herhangi birinin gerçekleşmesi durumunda kira bedelinin kötüye kullanılmış sayılacağı öngörülmüştür. Düzenlemeye göre, konut ve işyeri kiralarında kira bedeliyle ancak "kabul edilebilir bir gelir" elde edilebilir. Ancak kabul edilebilir gelirin aşılması durumunda, kira bedeli, kötüye kullanılmış olarak nitelendirilip itiraz ve indirim gündeme gelebilir<sup>90</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre kira bedeli, kiraya verenin, oluşan tüm masraflarını karşılamalı ve ona yatırmış olduğu öz varlığına uygun bir gelir sağlamaya elverişli olmalıdır. Uygunluğa karar verirken, Yüksek Mahkeme tarafından, kiralananın elde edilen "net gelirin (Nettorendite)" dikkate alınacağını belirtmiştir. Dolayısıyla esasen kabul edilebilir net gelirin aşılması durumu için, başlangıç kira bedelinin kötüye kullanılıp kullanılmadığına karar verilmektedir<sup>91</sup>. Net gelir, taraflarca kararlaştırılan kira bedelinden, kiralananın ilişkin son üç yıl içinde işletme, yönetim ve bakım masrafı olarak nitelendirilen ortalama miktarın çıkarılması sonucunda elde edilen değerdir<sup>92</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, net gelir, İsviçre'deki büyük bankaların birinci derecede ipotek için uyguladıkları faiz oranlarını %1/2'den daha fazla aşmadığı sürece uygundur<sup>93</sup>. İsv.BK m.269'a göre, kira bedelinin kötüye kullanılmış olarak nitelendirildiği bir diğer durum ise, kararlaştırılan kira bedelinin açıkça aşırı olan bir satın alma değerine dayanıyor olmasıdır. Konut ve İşyeri Kirası ile Konut ve İşyeri Ürün Kirasına İlişkin Yönetmelik (VMWG)<sup>94</sup> m.10'da, satın alma değerinin hangi koşullarda aşırı sayıldığı hüküm altına alınmıştır<sup>95</sup>.

Konut ve İşyeri Kirası ile Konut ve İşyeri Ürün Kirasına İlişkin Yönetmelik m.10'a göre, İsv.BK m.269 anlamında satın alma değeri, aynı cinsten objeler

<sup>90</sup> Blumer, 2012, s. 130; Honsell, 2010, s. 238; Konu hakkında ayrıca bkz. Weber, 1993, s. 125; Özyakışır, 2019, s. 119.

<sup>91</sup> BGE 106 II 359; Ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, s. 119-120.

<sup>92</sup> Blumer, 2012, s. 130; Özyakışır, 2019, s. 120.

<sup>93</sup> BGE 112 II 149; BGE 120 II 104; BGE 122 III 257; BGE 123 III 171 E. 6a; BGE 112 II 152 E. 2b. Konu hakkında ayrıca bkz. Honsell, 2010, s. 240; Weber, 1993, s. 125; Soziales Mietrecht, 2011, s. 215; KurzK, Art.269, Nr. 3, s. 987; Özyakışır, 2019, s. 120.

<sup>94</sup> İsviçre kanun koyucusu, İsv.BK m.269a'nın son fıkrasında, konut ve işyeri kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin yapılması için Federal Meclis'e yetki vermiştir. Bu hüküm uyarınca İsviçre Federal Meclisi, uygulamaya ilişkin düzenlemeleri içeren, yürürlükteki Konut ve İşyeri Kirası ile Konut ve İşyeri Ürün Kirasına İlişkin Yönetmelik (VMWG: Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen) yayınlamıştır (AS 1990 835, 09.05.1990); VMWG, 01.07.1990'da yürürlüğe girmiş; son olarak 15.01.2014'de değişikliğe uğramıştır (AS 2014 417).

<sup>95</sup> Zihlmann, 1995, s. 137; Özyakışır, 2019, s. 120.



için geçerli olan emsal kira bedeli temelinde hesaplanan gayrimenkul hâsılat değerini önemli derecede aşılırsa, kira bedeli “açıkça aşırı”, “yüksek” olarak kabul edilir. Uygulama bakımından İsv.BK m.269’daki, “açıkça aşırı” ve Konut ve İşyeri Kirası ile Konut ve İşyeri Ürün Kirasına İlişkin Yönetmelik m.10’daki “önemli derecede” ifadelerinin muğlaklığının giderilmesi gerekmektedir<sup>96</sup>. Doktrin<sup>97</sup>, satın alma değeri, emsal kira bedeli temelinde hesaplanan gayrimenkul hâsılat değerini en az %10 oranında aşılırsa, karşılaştırılan kira bedelini açıkça aşırı kabul etmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ise, eski bir kararında satın alma değeri ve emsal kira bedeli temelinde hesaplanan gayrimenkul hâsılat değeri arasındaki %11.14’lük farkı, açıkça aşırı olarak nitelendirmemiştir<sup>98</sup>. Açıklamalarımızdan da anlaşıldığı üzere, esasen İsviçre hukukunda da, Alman hukukundaki düzenlemelere paralel olarak başlangıç kira bedelinin, emsal kira bedelinin %10 fazlasını aşmaması gerektiği kabul edilmektedir.

İsv.BK m.269a ise, kira bedelinin hangi hâllerde kötüye kullanılmış olarak nitelendirilmeyeceğini düzenlemiştir. Bu hükme göre, *kira bedeli*,

- (a) emsal kira bedeli<sup>99</sup> çerçevesine oturtulmuşsa,
  - (b) maliyet artışları veya kiraya verenin edim fazlalaşmasına dayandırılmışsa,
  - (c) Yeni yapılarda<sup>100</sup>, maliyeti karşılayıcı brüt gelir çerçevesine oturtulmuşsa,
  - (d) Daha evvel piyasa finansman giderlerinin farklılaşması sebebiyle gerçekleştirilen ve kiracıya bildirilmiş olan bir ödeme planıyla saptanan kira bedeli indiriminin dengelenmesine hizmet etmekte ise,
  - (e) Riziko taşıyan sermayenin pahalılaşmasını dengeliyorsa,
  - (f) Kira bedeli, kiraya veren ve kiracı birliklerinin veya benzer menfaatleri koruyan organizasyonların çerçeve sözleşmelerinde tavsiye ettikleri miktarı aşmıyorsa,
- kira bedeli kötüye kullanılmış olarak nitelendirilmez.*

<sup>96</sup> Blumer, 2012, s. 133; konu hakkında ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, s. 120.

<sup>97</sup> Blumer, 2012, s. 133.

<sup>98</sup> Bkz. BGE 117 II 77; konu hakkında ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, s. 121, dn. 400.

<sup>99</sup> Honsell, 2010, s. 238; Präjudizienbuch, Art.269a, Nr. 2, s. 700; Art.11 VMWG’e göre, kiralanın ile karşılaştırılabilir konumda, büyüklükte, malzemede, durumda ve evrede bulunan konut ve işyerine ait kira bedeli, emsal kira bedelinin belirlenmesinde esas alınır.

<sup>100</sup> En fazla on beş yıllık yapılar, yeni yapı olarak nitelendirilir. Bkz. Blumer, 2012, s. 138.

Görülüyor ki Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da kanun koyucu başlangıç kira bedelini sınırlarken kiraya verenin menfaatini de korumuştur. Hangi hallerin kira bedelinde kötüye kullanım olmayacağına dair İsv.BK m.269a'daki hükümler, Alman hukukunda başlangıç kira bedelinin sınırlandırılmasına getirilen düzenlemelerle bağdaşmaktadır.

İsviçre hukukunda başlangıç kira bedelinin sınırlandırılabilmesi için ayrıca, İsv.BK m.270 birinci fıkrasının a veya b bentlerinde belirtilen koşullardan birinin gerçekleşmiş olması aranmaktadır. İsv.BK m.270/f.1a bendinde kiracının sözleşme yapmaya mecbur kalması düzenlenmiştir. Buna göre, *kiracı, şahsî veya ailevî zor durumu ya da mahallî konut ve işyeri piyasasının şartları sebebiyle sözleşme yapmaya mecbur kalmışsa*, İsv.BK m.270 uyarınca itiraz edebilir ve indirim talebinde bulunabilir. Mecburiyet söz konusu değilse veya kiracının kira sözleşmesini akdetmeye mecbur kalmış olmasına rağmen bir başka seçeneği varsa, İsv.BK m.270/f.1a hükmü gerçekleşmemiş kabul edilir<sup>101</sup>. Meselâ, kiracı aynı mahallede uygun bedelle bir başka konut bulup kiralayabilecek bir konumda olmasına rağmen sırf mutfağını beğendiği için uygun olmayan kira bedelini kabul edip sözleşmeyi akdetmişse İsv.BK m.270/f.1a hükmünü ileri sürerek kira bedeline itiraz edip indirim talebinde bulunamaz. Yine kiracının kendi kusuruyla, o semtte daha uygun bedelle bir konutun bulunup bulunmadığını araştırmak için yeterince süresi olmadığından, gördüğü ilk konutu kiralaması halinde de indirim talebinde bulunamayacağı İsviçre Federal Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir<sup>102</sup>.

İsv.BK m.270/f.1b bendinde ise, başlangıç kira bedelinin önceki kiracının yükümlü olduğu kira bedeline göre önemli ölçüde artırılmış olması hâli düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca aynı kiralanan için daha sonra düzenlenen kira sözleşmesinde kararlaştırılan başlangıç kira bedeli, önceki kira bedelinden önemli ölçüde daha fazla ise, kararlaştırılan bedel kötüye kullanılmıştır ve bedele İsv.BK m.270 uyarınca itiraz edilip indirim talebinde bulunulabilir. Dolayısıyla her somut olayda önceki kiracının ifa ettiği kira bedelinin saptanması gerekir<sup>103</sup>. Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak İsv.BK m.256a/f.2 hükmünü sevk etmiştir. Söz konusu hükme göre, kiracı, kendisinden önceki kira ilişkisinde ifa edilen kira bedelinin bildirilmesini kiraya verenden isteyebilir. Kiraya veren

<sup>101</sup> Koller, 2012, s. 281; Özyakışır, 2019, s. 117.

<sup>102</sup> Bu hususta bkz. BGE 4C.169/2002 E 2.3.

<sup>103</sup> Özyakışır, 2019, s. 117.

talep üzerine önceki kira bedeli miktarını kiracıya bildirmekle yükümlüdür. Nitekim önceki kira ilişkisinde ifa edilen kira bedeline bakılarak başlangıç kira bedelinin önceki kira bedeline oranla önemli ölçüde artırılmış olup olmadığı takdir edilir<sup>104</sup>. Kuşkusuz, söz konusu hükmün uygulanması bakımından İsv.BK m.270'in birinci fıkrasının b bendinde yer alan "önemli ölçüde (*erheblich*)" ifadesi somutlaştırılmalıdır<sup>105</sup>. Doktrin ve uygulamada, başlangıç kira bedelinin, önceki kira ilişkisinde ifa edilen kira bedelinin en çok %10 fazlası kadar kararlaştırılabileceği belirtilmektedir<sup>106</sup>. Buna göre, önceki kira bedelinin %10 fazlasını aşan miktarda kararlaştırılan başlangıç kira bedeli, önemli ölçüde artırılmış kabul edilir<sup>107</sup>.

### C. Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılmasının İstisnaları

En çok üç ay süreli tatil konutlarına ilişkin kira sözleşmelerinde, konut ve işyeri kiracılarını koruyan özel hükümler (İsv.BK m.269-270e) uygulama alanına sahip değildir<sup>108</sup>. Dolayısıyla bahsi geçen niteliklere sahip kira ilişkilerine başlangıç kira bedelini sınırlayan özel hükümler olan İsv.BK m.270, 269 ve 269a uygulanmayacağından bu hükümler gereğince itiraz ve indirim de söz konusu olmayacaktır.

İsv.BK m.253b'nin ikinci ve üçüncü fıkralarında, konut ve işyeri kiracılarını koruyan özel hükümlerin (İsv.BK m.269-270e) uygulanmayacağı durumlar ayrıca belirtilmiştir. Buna göre, İsv.BK m.253b/f.2 hükmü uyarınca, lüks konutlara ve altı veya daha fazla odalı (mutfak dışında) lüks evlere ilişkin kira sözleşmelerinde başlangıç kira bedelini sınırlayan özel hükümler (İsv.BK m.270, 269 ve 269a) uygulanmaz. Bu niteliklerdeki konutlara ilişkin kira sözleşmelerinde başlangıç kira bedeli serbestçe kararlaştırılabilir<sup>109</sup>. Bir yerin 6 odalı olup olmadığının tespit edilmesinde mutfak, banyo gibi yerler dikkate alınmaz. Yine 6 odalı olan bir yerin lüks olması gerekmektedir. Bir yerin lüks olup olmadığı birçok husus dikkate alınarak belirlenir. Meselâ, 6 odalı 100 yıl önce yapılan, elektrik tesisatı başta olmak üzere birçok tesisatının yenilenmediği, harabe halde olan

<sup>104</sup> Koller, 2012, s. 282; Blumer, 2012, s. 141-142; KurzK, Art.270, Nr. 9, s. 998; Özyakışır, 2019, s. 118.

<sup>105</sup> Özyakışır, 2019, s. 118.

<sup>106</sup> BGE 136 III 82.

<sup>107</sup> Koller, 2012, s. 282; Blumer, 2012, s. 122, 141; Ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, s. 118.

<sup>108</sup> Koller, 2012, s. 273; Özyakışır, 2019, s. 61.

<sup>109</sup> Blumer, 2012, s. 126; Özyakışır, 2019, s. 115.

bir villa sırf 6 odalı olduğu için lüks sayılmayacaktır<sup>110</sup>. Bir yerin lüks olup olmadığına karar verilirken tüm yapının dikkate alınması gerekir. Bu tarz evlerin şehir içinde ya da şehir dışında yer alması da lüks olup olmama kriterini etkilemeyecektir<sup>111</sup>. Konutun dıştan görünüşünün güzel, sauna ve yüzme havuzuna sahip olduğu, hobi odalarının olduğu, duvar, kapı gibi yerlerin bakımlı olduğu, konuttaki tesisatın günümüze uygun olduğu hallerde lüks bir konutun varlığından bahsedilir<sup>112</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre bir konutun lüks sayılması için alışılmışın dışında bir konfor sunması gerekir<sup>113</sup>.

Başlangıç kira bedeline ilişkin özel sınırlama hükmünün uygulanmayacağı bir diğer hâl, İsv.BK m.253b/f.3'te öngörülmüştür. Kiralanan kamu organının teşviki ile sağlanmış ve kira bedeli resmi bir makam tarafından denetlenen sosyal konutlardan (sozialer Wohnungsbau) ise İsv.BK m.269-270e uygulanmaz. Bir başka deyişle, sosyal konut kira sözleşmelerinde konut ve işyeri kiralarna ilişkin özel hükümler uygulama alanına sahip değildir. Dolayısıyla sosyal konut kiralari, başlangıç kira bedelini sınırlayan özel hükümlere (İsv.BK m.270, 269 ve 269a) tabi değildir<sup>114</sup>.

#### D. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 270. Maddesinin Hüküm ve Sonuçları

Koşulların gerçekleştiğini iddia ederek İsv.BK m.270 uyarınca başlangıç kira bedeline karşı itiraz ve indirim talebinde bulunmak isteyen kiracı, kiralananın kendisine tesliminden itibaren otuz gün içinde "uzlaştırma makamına (Schlichtungsbehörde)" başvurmalıdır<sup>115</sup>. Otuz günlük süre teslimden itibaren başlar. Kiralanan kiracının egemenlik alanına fiilen geçmiş ise teslim gerçekleşmiş sayılır. Uygulamada kiralananın teslimi, genellikle kiralananın anahtarının kiracıya teslimi ya da teslim tutanağının düzenlenmesi ile gerçekleşir<sup>116</sup>. Ancak kirala-

<sup>110</sup> ZK - Zürcher Kommentar, Vormerkungen zum 8. Titel (Art.253- 273c OR), Art.253-265 OR, Die Miete, (Hrsg. Peter Higi- Anton Bühlmann- Christoph Wildisen), 5. Auflage, Schultess, 2019, Art 253b, Nr. 71-77.

<sup>111</sup> ZK - Zürcher Kommentar Art 253b, Nr. 71-77.

<sup>112</sup> ZK - Zürcher Kommentar Art 253b, Nr. 71-77.

<sup>113</sup> BGer 4A\_257/2015, 11.1.2016.

<sup>114</sup> ZK - Zürcher Kommentar Art.253b, Nr. 78-85; Özyakışır, 2019, s. 115.

<sup>115</sup> Zihlmann, 1995, s. 183; KurzK, Art.270, Nr. 10, s. 998; Özyakışır, 2019, s. 121-122; BGE 4A\_214/2007 E 3.

<sup>116</sup> Berner Kommentar, Die Miete, Art.256-259i OR, (Hrsg. Heinz Hausherr- Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag, Bern, 2015, Art.256, Nr. 29, s. 14; SVIT Komm, Art.270, Nr. 43, s. 674; Özyakışır, 2019, s. 122.

nan, kira sözleşmesinin akdedilmesinden önceki ya da sonraki bir tarihte kiracıya teslim edilmiş olabilir. Bu durumda akit tarihi değil, teslim tarihi dikkate alınır<sup>117</sup>.

Teslim tarihinden itibaren otuz gün içinde başlangıç kira bedeline karşı uzlaştırma makamına (Schlichtungsbehörde) itiraz ve indirim talebi yöneltilmemişse, kararlaştırılan kira bedeli kabul edilmiş sayılır. Bu durumda başlangıç kira bedeli, kötüye kullanılmış kira bedeli (missbräuchlicher Mietzins) olsa dahi kiracı, itiraz ve indirim talebinde bulunamaz; kararlaştırılan bedelle bağlıdır<sup>118</sup>.

Başlangıç kira bedeline karşı uzlaştırma makamına süresi içinde başvuru yapılmışsa, uzlaştırma makamı tarafından kiraya veren ve kiracı uzlaşma görüşmeleri için davet edilir<sup>119</sup>. Görüşmeler sonucunda uzlaşma sağlanması durumunda, uzlaştırma makamı tarafından bir protokol hazırlanır. Kiraya veren ve kiracı tarafından imzalanan uzlaşma protokolü, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.208 gereğince kesinleşmiş bir mahkeme kararı gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>120</sup>. Uzlaşma görüşmeleri neticisi olumsuzsa, bir başka deyişle kiraya veren ve kiracı uzlaşmazsa uzlaştırma makamı tarafından kiracıya dava açma izni verilir<sup>121</sup>. Kiracı, uzlaştırma makamı tarafından verilen kararın kendisine tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açmalıdır. Süresi içinde dava açılmaması hâlinde, kiracı başlangıç kira bedelini kabul etmiş sayılır<sup>122</sup>.

Uzlaştırma makamı, görüşmeler devam ederken kiraya veren ve kiracı için bir “karar önerisi (der Urteilsvorschlag)” düzenleyebilir<sup>123</sup>. Hazırlanan karar önerisi, taraflara yazılı olarak tebliğ edilir. Taraflar, tebliğ tarihinden itibaren yirmi gün içinde karar önerisine itiraz edebilirler. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.211 uyarınca, uzlaştırma makamı tarafından hazırlanan karar önerisine tebliğ tarihinden itibaren yirmi gün içinde itiraz edilmemişse, öneri, kesinleşmiş bir mahkeme kararı gibi hüküm ve sonuç doğurur<sup>124</sup>.

<sup>117</sup> SVIT Komm, Art.270, Nr. 43, s. 674; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>118</sup> Koller, 2012, s. 280; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>119</sup> Özyakışır, 2019, s. 122; Uzlaştırma makamının görevleri için bkz. Art.21 VMWG.

<sup>120</sup> Schmid- Stöckli, s. 164; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>121</sup> Blumer, s. 79; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>122</sup> Schmid- Stöckli, s. 164; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>123</sup> Blumer, 2012, s. 76-77; Schmid- Stöckli, s. 164; Özyakışır, 2019, s. 122.

<sup>124</sup> Koller, 2012, s. 211; Blumer, s. 79; Schmid- Stöckli, s. 164; Özyakışır, 2019, s. 122.

Uzlaştırma makamının izni ile dava açan kiracı, başlangıç kira bedelinin kötüye kullanılmış olduğunu (İsv.BK m.269, 269a) ve İsv.BK m.270'in birinci fıkrasının a veya b bentlerinde belirtilen şartlardan en az birinin gerçekleştiğini ispat etmelidir<sup>125</sup>. Bahsi geçen şartların tamamı gerçekleşmişse, hâkim, başlangıç kira bedelinin "kötüye kullanma sınırına (Missbrauchsgrenze)" kadar indirilmesine karar verir<sup>126</sup>. Nitekim hâkim, başlangıç kira bedeli olarak İsv.BK m.269, 269a, 270 çerçevesine oturtulmuş bir miktar belirler.

Uzlaştırma ve yargılama süreçlerinde kira ilişkisi devam etmektedir. Bu süreçlerde, kiraya veren ve kiracı tarafından kararlaştırılan başlangıç kira bedeli, miktar olarak kötüye kullanılan bedel niteliğinde olsa dahi, ifa edilir. Bir başka deyişle kiracı, uzlaştırma ve yargılama süreci boyunca, kararlaştırılan başlangıç kira bedelini ifa etmekle yükümlüdür. Süreç sona erdiğinde, başlangıç kira bedeli indirilmişse, süreç boyunca ifa edilen fazla miktar kadar kiracı için bir alacak hakkı doğar. Kiracının söz konusu alacak hakkı, indirim kararının hukuken kesinleştiği anda muacceliyet kazanır. Bu andan itibaren kiracı bahsi geçen alacak hakkını talep edebilir<sup>127</sup>. Alacak, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilir<sup>128</sup>. Görülüyor ki İsviçre hukukunda da Alman hukukunda olduğu gibi kiracı, fazla ödemiş olduğu kira bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilecektir.

## E. İsviçre Hukukundaki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi

İsviçre hukukunda aşırı yararlanma İsv.BK m.21'de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre aşırı yararlanmadan bahsedilmesi için objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunması şarttır. Edimle karşı edim arasında aşırı bir dengesizliğin bulunması İsviçre hukukunda aşırı yararlanmanın gerçekleşmesi için yeterli olmayıp ayrıca bu aşırı orantısızlığın taraflardan birinin karşı tarafın özel bir durumundan yararlanması suretiyle meydana getirilmiş olması gerekir.

İsviçre hukukunda aşırı yararlanmanın sonucu Alman hukukundan farklıdır. Zira Alman hukukunda sözleşme mutlak butlanla sakat olmaktadır, İsviçre hukukunda sözleşme zarar gören tarafından tek taraflı olarak geçersiz kılınabi-

<sup>125</sup> SVIT Komm, Art.270, Nr. 47, s. 67; Özyakışır, 2019, s. 123.

<sup>126</sup> SVIT Komm, Art.270, Nr. 47, 30, s. 669; Koller, 2012, s. 280.

<sup>127</sup> SVIT Komm, Art.270e, Nr. 5, s. 714; Koller, 2012, s. 276-277.

<sup>128</sup> SVIT Komm, Art.270e, Nr. 5, s. 714-715; Özyakışır, 2019, s. 123; Bu durumda ifa edilmiş fazla kira bedeline ilişkin talebin, sözleşmeye dayalı bir talep olduğu yönünde bkz. KurzK, Art.270, Nr. 12, s. 998.

lir, iptal edilebilir. Sözleşmenin hüküm ifade edip etmemesi durumu zarar görenin iradesine bırakılmıştır. İsviçre hukukunda sözleşmenin iptali yerine, edimler arasındaki orantısızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulması hususu son yıllarda tartışılmış ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26.06.1997<sup>129</sup> tarihli kararına konu olmuştur. Mahkeme bu kararında sözleşme hukukunda şekli anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesinin yerini maddi anlamda sözleşme adaletinin aldığını belirtmiş ve çağdaş hukuk anlayışının bir hukuki işlemi geçerli veya geçersiz olarak nitelendirmekten vazgeçtiğini ve sakat hukuki işlemlerin hâkimin müdahalesiyle ayakta tutulmaya çalışıldığını vurgulamıştır<sup>130</sup>. Mahkeme'ye göre aşırı yararlanma nedeniyle sözleşmenin sadece kısmen geçersiz sayılması daha isabetlidir. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda aşırı yararlanma için sözleşmeyi tamamen iptal etme imkanının yanında kısmi iptal etme hakkı tanınmıştır. Bir başka anlatımla aşırı yararlanma bakımından orantısızlığın giderilmesi hakkı da tanınmıştır<sup>131</sup>. Aşırı yararlanmaya rağmen kira hukukunda böyle özel bir düzenlemenin olması kanımızca isabetli olmuştur. Zira aşırı yararlanma sırf başlangıç kira bedelinin uygun olmayan bir bedel olması halinde uygulama alanı bulmayacaktır. İsviçre hukukunda da kanun koyucu kiracının başlangıç kira bedeli aşamasında da korunması gerektiğini kabul etmiştir. Yine Alman hukukunda olduğu gibi kanun koyucunun başlangıç kira bedeline müdahalenin istisnalarını da düzenleyerek kiraya verenin haklarının da korunması isabetli olmuştur. Ayrıca mahkemelerin iş yükünün azaltılarak kira bedeline karşı itiraz ve indirim talebinin "uzlaştırma makamına (Schlichtungsbehörde)" yöneltilmesi de isabetli olmuştur.

### III. TÜRK HUKUKUNDA BAŞLANGIÇ KİRA BEDELİNİN SINIRLANDIRILMASI MESELESİ

#### A. Genel Olarak

Alman ve İsviçre hukukunda başlangıçta belirlenen kira bedelinin sınırlandırıldığı ve bu hususta özel ve detaylı hukuki düzenlemelerin varlığı dikkat çekmekteyken, Türk hukukunda başlangıç kira bedelini sınırlandıran özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde Türk hukukunda başlangıç kira bedelinin

<sup>129</sup> BGE 123 III 292.

<sup>130</sup> BGE 123 III 292.

<sup>131</sup> Pelin Çavdar, "İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenleniş ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, *MÜHFAD*, 2019, C. 25, Sa. 1, s. 442.

düzenlenmemesini isabetli bulan görüşler bulunmaktadır<sup>132</sup>. Nitekim Türk hukukunda başlangıç kira bedelinin aşırı yararlanma'yı (gabin) düzenleyen TBK m.28'e aykırı olmamak şartıyla serbestçe kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir<sup>133</sup>.

Türk hukukunda başlangıç kira bedelinden aşırı yarar elde edilip edilmediğine dair karar, TBK m.28/f.1'de belirtilen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilerek verilir<sup>134</sup>. TBK m.28/f.1'e göre, aşırı yararlanmanın kabulü için, edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık bulunmalı ve açık oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneysizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olmalıdır<sup>135</sup>.

Gerek Türk-İsviçre gerek Alman hukukunda kanun koyucu, edimler arasında aşırı oransızlığın varlığının kabulü için herhangi bir oran belirlememiştir. Bir başka ifadeyle, aşırı yararlanmadan bahsedilebilmesi için edimler arasındaki farkın ne kadar olması gerektiğine dair bir hüküm, söz konusu ülke mevzuatlarında bulunmamaktadır. Bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmiştir<sup>136</sup>. Hâkim, edim ve karşı edimin sözleşmenin kurulduğu andaki değerini dikkate alarak aşırı oransızlık hakkında takdir yetkisini kullanıp karar verir<sup>137</sup>. Ancak nihayetinde kira sözleşmeleri bakımından aşırı yararlanmadan bahsedilebilmesi için, kira bedelinin fahiş düzeyde olması gerekir. Yargıtay'a göre, edimler arasında %50 oranında fark bulunması durumunda, kesin olarak aşırı orantısızlığın kabulü gerekir. Öte yandan Yargıtay, aşırı oransızlıktan bahsedilebilmesi için, edim ve karşı edim arasında en az %25'ten fazla bir fark bulunması zorunluluğuna da vurgu yapmıştır<sup>138</sup>. Böylece, Türk hukuk uygulamasında sadece edimler arasındaki farkın %25'ten fazla, ancak %50'den az olduğu durumlarda aşırı yararlan-

<sup>132</sup> İnceoğlu, Cilt 2, s. 133.

<sup>133</sup> İnceoğlu, Cilt 2, s. 133; İlkay Kaya, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi", *BÜHFD*, 2014, C. 9, Sa. 123-124, s. 176.

<sup>134</sup> Özyakışır, 2019, s. 193.

<sup>135</sup> Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 468 vd.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 249 vd.; O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 415 vd.

<sup>136</sup> Söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında dikkate alınması gereken hususlar için bkz. Selahâttin Sulhi Tekinay vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 460, 461; Feyzioğlu, s. 253.

<sup>137</sup> Feyzioğlu, s. 251.

<sup>138</sup> Yargıtay. 1. Hukuk Dairesinin 27.12.1976 tarihli, E. 1976/10791, K. 1976/12751 sayılı kararı; Ayrıca bkz. Tekinay vd., 1993, s. 459, s. 459, dn. 1.



maya karar vermek hâkimin takdirindedir. Fakat bu fark, %50 veya daha fazla ise aşırı yararlanmanın var olduğu kabul edilmektedir.

Aşırı yararlanma durumunda zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeyle bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir (TBK m.28/f.1)<sup>139</sup>. Ancak kira sözleşmesi söz konusu olduğunda, sözleşmenin sona erdirilmesi, kiracı için kanun koyucu tarafından tanınan bir hak olmasına rağmen, amaca hizmet eden bir seçenek olmaz. Zira genellikle amaç, kira ilişkisini ayakta tutup kira bedelini indirerek edim-karşı edim dengesinin tesisidir<sup>140</sup>.

Başlangıç kira bedeline ilişkin değinilmesi gereken bir başka konu da genel işlem şartlarının denetlenmesidir. Türk hukukunda 6098 sayılı TBK m.20 ilâ 25 arasında genel işlem koşullarına yer verilmiştir. TBK m.20/f.1 hükmü uyarınca genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmelerde kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayarak, karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Başka bir ifadeyle, genel işlem koşulları, taraflardan birinin hazırladığı veya kullandığı ve diğer tarafın içeriğine etki edemediği muhtemel bir sözleşme içeriğinin tamamı ya da bir kısmını genel olarak tespit eden standartlaşmış sözleşme koşullarıdır<sup>141</sup>. Genel işlem koşulları, asıl sözleşmenin içeriğine dahil olduğu hallerde hüküm ve sonuç doğurur<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Türk Borçlar Kanunu 2012 tarihinde yürürlüğe girmeden önce edimler arasında orantısızlığın giderilerek sözleşmenin ayakta tutulmasına ilişkin bir hukuki sonucun isabetli olacağına dair bkz. Buz, "Gabin Halinde Edimler" s. 63; Konu hakkında ayrıca bkz. Eren, s. 474; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2018, s. 137; Antalya, 2019, s. 424; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2016, s. 194; Abdulkemim Yıldırım, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Monopol Yayınevi, Ankara, Ekim 2019, s. 108; Erol Cansel - Çağlar Özel, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017, s. 187.

<sup>140</sup> Aşırı yararlanma durumunda, zarar görene, sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı, ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'yla tanınmıştır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu tarihlerde kira sözleşmesinde zarar gören, aşırı yararlanma söz konusu olduğunda sadece sözleşmeyi feshettiğini beyan ederek verdiği şeyi geri alabilmekteydi. Buna karşılık, sözleşmenin ayakta tutularak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi talep edilemezdi. Bkz. Özyakışır, 2019, s. 195, dn. 736.

<sup>141</sup> Peter Gauch - Walter R. Schlupe, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2 Bände 6 Auflage, Zürich 1995, Nr. 1117; Eren, s. 227 vd.; Antalya, 2019, s. 471; Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001, s. 61; Adem Yelmen, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 48.

<sup>142</sup> Gauch - Schlupe, 1995, Nr. 1128; Yelmen, 2014, s. 50.

Genel işlem koşullarını düzenleyen daha doğru bir ifadeyle kullanan kişi, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü tek taraflı olarak kendi lehine kullandığı için koşulları düzenleyen sözleşmenin güçlü tarafına karşı zayıf tarafı korumu ihtiyacı hâsıl olup bu amaçla kanunlarda genel işlem koşullarının denetimine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır<sup>143</sup>. Genel işlem koşulları, yürürlük, yorum ve içerik denetimi olmak üzere üç aşamada denetlenmektedir<sup>144</sup>.

Bir hususun genel işlem koşulları kapsamında geçerli olabilmesi için düzenleyen tarafın sözleşme yapıldığı sıra diğer sözleşme tarafına bunu bildirmesi ve böylelikle diğer sözleşme tarafının bu koşulların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gerekir (TBK m.21/f.1) Aksi takdirde bu koşullar TBK m.21/f.2 hükmü uyarınca yazılmamış sayılır<sup>145</sup>. Bu kapsamda yapılacak denetim yürürlük denetimidir. Bir koşulun genel işlem koşulu olarak sözleşme kapsamında kabul edildiği, fakat açık ve anlaşılır olmadığı, birden çok anlama geldiği hallerde de genel işlem koşullarının bunları düzenleyen/kullanan aleyhine ve diğer tarafın lehine yorumlanması gerekir<sup>146</sup>. Bu hallerde yorum denetimi söz konusudur. Yorum denetimi yapılırken içerik denetimiyle elde edilecek daha olumlu sonuçlar engellenmeden yorum yapılmalıdır. Genel işlem koşulları arasında yer alan ve dürüstlük kuralına aykırı olup sözleşmenin diğer tarafının durumu ağırlaştırıcı nitelikteki koşullar hükümsüzdür. Bu durumda içerik denetimi söz konusu olmaktadır (TBK m.25)<sup>147</sup>.

<sup>143</sup> Antalya, 2019, s. 476; Yeşim M. Atamer, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55/f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012, s. 13; Eren, s. 230.

<sup>144</sup> Atamer, Denetleme, s. 11; Yelmen, 2014, s. 82 vd.

<sup>145</sup> Yazılmamış sayılmanın hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. Eren, s. 235 vd; Murat Topuz, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, Nisan 2013, İstanbul, s. 1165 vd; Ayşe Havutçu, *Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 144 vd.; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Uyarlanmış*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 64 vd; Antalya, 2019, s. 505 vd; 106, 310; Gül Doğan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, 1 Baskı, Filiz Kitabevi, Nisan 2013, İstanbul, s. 465 vd; Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 75; Hüseyin Hatemi - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, Nr. 13, s. 66.

<sup>146</sup> Atamer, Denetleme, s. 35-36.

<sup>147</sup> Eren, 2019, s. 236; Antalya, 2019, s. 509; Atamer, Denetleme, s. 61.

Doktrinde bir görüş tarafından kira bedelini belirleyen sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak nitelendirilmesi halinde bile bu koşulun içerik denetimine tabi tutulmayacağı, taraflar arasında kurulan edim-karşı edim dengesine müdahale edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>148</sup>. Buna karşın doktrinde bir diğer görüş, kira bedeline ilişkin sözleşme hükmünün istisnaî olarak saydamlık ilkesine aykırılık teşkil eden hallerde denetime tabi tutulabileceği savunmuştur<sup>149</sup>. Bu görüşe göre, kira bedeline ilişkin sözleşme hükmünün okunup anlaşılması son derece güç bir şekilde kaleme alınmışsa, kira bedelinin tespiti için kiracının nüfuz etmesi kendisinden beklenmeyecek birtakım verileri dikkate alıp hesaba katması gerekiyorsa kira bedeli içerik denetimine tabi tutulabilir<sup>150</sup>. Bu hallerde sadece kira bedelinin hükümsüz sayılarak, kira sözleşmesinin ayakta tutulması gerektiği isabetle savunulmuştur<sup>151</sup>. Kira bedelinin sözleşmenin esaslı unsuru olduğu kira bedelinin hükümsüz olması halinde kira sözleşmesinin bütünüyle geçersiz olacağı kiraya verenler tarafından ileri sürülse de mahkemeler tarafından bu argümanın kabul edilmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>152</sup>. Kira bedelinin içerik denetimine tabi tutularak sadece kira bedelinin geçersiz sayılması ve bu durumda hâkimin kira bedelini TMK m.1 uyarınca belirleyeceği doktrinde ileri sürülmektedir<sup>153</sup>.

## B. Türk Hukukunda Başlangıç Kira Bedelinin Sınırlandırılmasına Dair Görüşlerimiz

Türk hukukunda, aşırı yararlanma konusunda sözleşmenin kesin hükümsüz olmaması ve sözleşmenin ayakta tutulmasına hizmet eden bir hukuki sonucun benimsenmiş olması son derece isabetlidir. TBK m.28 hükmü uygulanarak kiracının zor durumunda kalması, düşüncesizliği ya da deneyimsizliği hallerinde yüksek başlangıç kira bedelinin kararlaştırılması engellenebilir mi sorusunun yanıtlanması gerekir. Bunun için hükümde yer alan edimler arasında dengesizlikten ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklanması gerekir. Kanun koyucunun burada belirli bir oran vermeyerek hâkime takdir yetkisi vermesi de isabetlidir.

<sup>148</sup> İnceoğlu, Cilt 2, s. 133; Atamer, Denetleme, s. 56 vd; Burak Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, 2016, s. 2035.

<sup>149</sup> Atamer, Denetleme, s. 58; Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin”, s. 2036.

<sup>150</sup> Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin”, s. 2036.

<sup>151</sup> Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin”, s. 2036.

<sup>152</sup> Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin”, s. 2036.

<sup>153</sup> Özen, “Kira Bedeli Artışına İlişkin”, s. 2036.

Edimler arasında orantısızlık hususunda hâkime takdir yetkisi verilmişse de Yargıtay kararlarında bu oranın son derece yüksek tayin edildiği görülmektedir. Ayrıca aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanabilmesi için sözleşme tarafının tecrübesizliği, düşüncesizliği veya zor durumda kalmasından yararlanılması gerekir. Başka bir deyişle, edim-karşı edim arasındaki aşırı orantısızlık sözleşmeyi sakatlamaz; meğer ki bu aşırı orantısızlık taraflardan birinin karşı tarafın özel bir durumundan yararlanması suretiyle meydana getirilmiş olsun<sup>154</sup>.

Pandemi süreci, barınma ve konut hakkına ilişkin sosyal ayrışmaları daha da görünür kılmış, salgının neden olduğu ekonomik kriz, eşitsizlikleri derinleştirmiştir. Kişinin yaşamını sürdürebileceği yeterli ve güvenli bir konutun yokluğunda kendisini ve başkalarını virüsten koruması imkânsız bir durumdur. Türkiye’de Covid-19 süreci kapsamında özellikle işyeri kira bedellerinde uyarlama konusu tartışılırken, konut kiralalarında başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması konusunun da gündeme gelmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira son günlerde özellikle Covid-19 salgını nedeniyle öğrencilerin yurtlarda kalmak yerine ev kiralamaı tercih ettiği görülmektedir. Yine olası uzun vadeli kısıtlamalarda hayatın büyük bir kısmını konutta geçirecek bireylerin bu süreçte rahatça yaşayabilecekleri konut arayışı devam ederken başlangıç kira bedellerinde büyük artışlar meydana gelmiş, İstanbul gibi büyükşehirlerde uygun bedelle bir konut bulmak oldukça zorlaşmıştır. Bu nedenle Türk hukukunda özellikle son dönemlerde mahkemelerin aşırı yararlanmaya ilişkin hükümleri uygulayarak, bir kanuni düzenleme yapılanaya kadar kiracıyı korumasının isabetli olacağını düşünmekteyiz. Covid-19 pandemisindeki durumu fırsat bilerek başlangıç kira bedelini uygun olmayan bir bedel olarak kararlaştıran kiraya verenlerin, kiracının zor durumda kalmasından yararlandığı, başka bir deyişle aşırı yararlanmanın subjektif unsurunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak Covid-19 pandemisinin olmadığı hallerde sırf başlangıç kira bedelinin yüksek olması aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması sorunu, sadece kiracının tecrübesiz, düşüncesiz veya zor durumda olduğu hallerde ortaya çıkmaz.

<sup>154</sup> Buz, “Gabin Halinde Edimler”, s. 55. Ancak Roma hukukunda Justinianus döneminde *laesio enormis* kurumu çıkarılmıştır. Buna göre bir gayrimenkulün gerçek fiyatının yarısından daha az bir fiyata satılması durumunda, satıcı aldığı satım bedelini geri vererek gayrimenkulün idadesini hâkim kararıyla (*per officium iudicis*) gerçekleştirme hakkına sahipti. Bu hususta daha detaylı bilgi için bkz. Buz, “Gabin Halinde Edimler”, s. 56; Murat Topuz, “Fahiş Gabin’in (*Laesio Enormis*) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin’e Bağlı Hukuki Sonuçlar”, *Maltepe Hukuk Dergisi*, 2007, C. 6, Sa. 1, s. 468.

Kanaatimizce kira bedelinin genel işlem koşulları şeklinde düzenlemesi nadir rastlanan bir durumdur. Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmelerde kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayarak, karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Genelde kiraya verenler tarafından ileride çok sayıda benzer sözleşmelerde kullanmak üzere başlangıç kira bedeli yüksek bir şekilde tespit edilmemektedir. Kira bedelinin genel işlem şartları olarak belirlendiği istisnai hallerde içerik denetimine tabi tutulup tutulmayacağı hususunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır. Kira bedelinin genel işlem koşulu olarak belirlendiği hallerde özellikle konut kiralalarında kiracının korunması nedeniyle belirsiz, anlaşılmaz, kiracının durumunu dürüstlük kuralına aykırı olarak zorlaştıran hükümlerin denetlenmesinin ve kira sözleşmesinin ayakta tutularak sadece kira bedelinin geçersiz sayılmasının ve geçerli olan kira bedelinin hâkim tarafından tespit edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Aşırı yararlanmayı düzenleyen TBK m.28 hükmünün uygulanmasında ağır koşulların varlığı ve kira bedelinin genel işlem koşulları olarak çok nadir düzenlendiği dikkate alındığında kanun koyucunun Türk hukukunda da başlangıç kira bedeline özel bir düzenlemeyle sınır getirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim Almanya-İsviçre hukukunda da genel hükümlerde düzenlenen aşırı yararlanma hükümlerine rağmen özel düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Kanaatimizce kanun koyucunun 2012 yılında yürürlüğe koymuş olduğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kiracı lehine önemli düzenlemeler yapmış olmasına rağmen mehzaz kanundan ve Avrupa Birliği'nde yer alan önemli ülkelerden biri olan Almanya'nın hukukundaki düzenlemelerden farklı olarak başlangıç kira bedelinin sınırlandırılması hususunda bir düzenleme yapmaması isabetli olmuştur. Türkiye'de belirli illerde insanların konut bulmakta zorlandığı, kira sözleşmesinde özellikle başlangıç kira bedellerinde büyük artışların yaşandığı görülmektedir. Türkiye'de pandemiden önce de yapılan anketlerde kiraya verenlerin özellikle mültecilerden uygun olmayan yüksek başlangıç kira bedelleri talep ettiği ortaya çıkmıştır<sup>155</sup>.

Türk hukukunda 1982 Anayasası'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa'da yer alan normların özel hukuk kişilerini de bağlayacağı kabul edilmektedir<sup>156</sup>. Bu nedenle geliri düşük olan bireylerin toplumun belirli bir bölgesine atılması, fahiş kira bedelleri ödeyemeyen kiracıların sadece belirli bölgelerde yaşaması, uzun vade-

<sup>155</sup> <https://docs.wfp.org/api/documents/download>. (12.09.2021)-

<sup>156</sup> Bu hususta detaylı bilgi için bkz. Belling-İnce, "Türk-Alman Hukukunda", s. 42 vd.

de dar gelirli ailelerin oturduğu bölgelere hizmetlerin daha yavaş ya da az gitmesi gibi sıkıntıların oluşmasına engel olunmalıdır. Bireylerin uygun koşullarda konuta sahip olması, diğer haklarının sağlanması bakımından son derece önemlidir. Gelirinin büyük bir kısmını konut kirasına vermek zorunda kalan bireyin gıda hakkı dolayısıyla yaşam hakkı, sağlık hakkı gibi pek çok hakkı da ihlal edilmektedir. Konut hakkı ve konutun insan yaşamında önemi Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası andlaşmada düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde konut hakkının öznesi herkeştir ve devletlere sadece bireylere konut sağlamak değil, konut edinmesi ya da kiralamayı kolaylaştırıcı olan birtakım yükümlülükler de getirilmiştir. Türk hukukunda 1961 Anayasası'nda devletin, yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiş; 1982 Anayasası'nda ise konut hakkı başlıklı 57. maddede *devletin şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı ve toplu konut teşebbüsleri destekleyeceği* düzenlenmiştir<sup>157</sup>. O hâlde, Türk hukukunda kanun koyucunun 1982 Anayasası'nın 57. maddesini de dayanak alarak başlangıç kira bedeline sınırlama getirmesi kanaatimizce mümkündür. Bu hususta emsal kira bedelinin belirli bir oranından fazlasının tayin edilemeyeceğine dair Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi bir düzenleme yapılması isabetli olur.

Türk hukukunda emsal kira bedeli kavramı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *Kiraya verilen mal ve hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz. Bedelsiz olarak başkalarının istifasına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedeli, bu mal ve hakların kirası sayılır. Bina ve arazide emsal kira bedeli, yetkili özel mercilerce veya mahkemelerce takdir veya tespit edilmiş kirası, bu suretle takdir veya tespit edilmiş kira mevcut değilse Vergi Usul Kanunu'na göre belirlenen vergi değerinin %5'idir. Diğer mal ve haklarda emsal kira bedeli, bu mal ve haklarının maliyet bedelinin, bu bedel bilinmiyorsa, Vergi Usul Kanunu'nun servetlerin değerlendirilmesi hakkındaki hükümlerine göre belli edilen değerlerinin %10'udur*<sup>158</sup>. Bu madde-

<sup>157</sup> Nurten İnce - İmam Bakır Kanlı - Burak Hamza Eryiğit, "İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı, *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 2017, C. 3, Sa. 2, s. 31.

<sup>158</sup> Örneğin bir kişinin 2018 yılında rayiç bedeli (normal alım-satım değeri) 300.000 TL olan bir apartman dairesini arkadaşına bedelsiz olarak kiralaması durumunda, kira geliri elde etmediği halde, emsal kira bedeli hesaplanması ve buna göre bulunacak tutar kadar kira geliri elde etmiş sayılması gerekmektedir. Bu durumda, emsal kira bedeli (300.000 X%5=) 15.000 TL olacak ve bu tutarı beyan edilecektir. Emsal kira bedelinin nasıl hesaplanacağına dair bu madde, kanaatimizce gelir vergisinin tespiti için getirilmiş bir düzenlemedir.

nin amacı bir yeri kullandıran kimselerin buraları ücretsiz kullandıkları gerekçeyle vergi ödemeden kaçınmasını engellemektir. Bizce emsal kira bedelinin nasıl hesaplanacağına dair mahkeme kararlarından<sup>159</sup> yola çıkılarak Türk Borçlar Kanunu'nda genel bir düzenlenmenin yapılması isabetli olur.

İnsan onuruna yaraşır bir yaşam için ödenebilir konutların önemi gün geçtikçe artmaktadır. Konut kira bedelinin ödenmesinden sonra kiracının kendi ve çocuklarının yaşamını idame ettirecek kadar bir gelire sahip olması önemlidir. Ücretlerde meydana gelen artış ile başlangıç kira bedellerinde meydana gelen artış birbiriyle uyumlu olmadığı için insanların oturdukları konutların kalitesi de gün geçtikçe düşmektedir. Bu nedenle Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi kanun koyucunun başlangıç kira bedeline ilişkin özel bir düzenleme yapmasının yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Kanun koyucu, yapacağı bu özel düzenlemede, Alman hukukunda olduğu gibi istisnalar koyarak kiraya verenin de menfaatlerini koruyabilir.

Türk hukukunda kira sözleşmesi devam ederken kira bedelinin nasıl artırılacağı hususu TBK m.344 hükmünde detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle kanun koyucunun, özellikle kira bedeli hususunda kiracının korunması gerektiğini, kira sözleşmesinin zayıf tarafını teşkil ettiğini belirlemesi yerinde bir düzenlemedir. Ancak kiracı, başlangıç kira bedelinin kararlaştırılması aşamasında daha da zayıftır. Bir an önce barınacak bir yer arayan kiracının, özellikle kira başlangıcında kiraya verenin insiyatifine bırakılmaması, en azından konut kiracıları için özel bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Bu nedenle başlangıç kira bedelinin, emsal kira bedelini yüzde %10 aşamayacağına ve emsal kira bedelinin nasıl belirleneceğine dair düzenlemelere 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'da da yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce bu konuda mahkemelerin iş yükünü azaltmak için İsviçre hukukunda olduğu gibi, ilçe-

<sup>159</sup> Yargıtay'a göre, emsal kira bedeli, genel olarak, "Belli bir çevrede, muntazam ve devamlı sürelerde yapılmış kira sözleşmelerinde kiralayanlar ve kiracılar tarafından kabul edilmiş, istikrar kazanmış kira paralarının ulaştığı belli değer"i ifade eder. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 21.03.1990 tarihli ve E. 1990/3- 13, K. 1990/193 sayılı kararı (www.kazanci.com.tr); Yargıtay'ın diğer bazı kararlarında olağan rayiç, "Konut veya işyeri olarak kiraya verilen bir taşınmaz malın belli mahalde veya yine belli bir zaman içinde irat olarak getirebileceği az-çok istikrar bulmuş bir değer" veya "Uzun süreden beri oturmuş, yerleşmiş, kiracılar veya kiralanlarca kabul edilmiş, her an kira parasının tespitine konu olmayacak bir kira parası" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Yargıtay. 3. Hukuk Dairesinin 09.12.1974 tarihli ve E. 1974/8890, K. 1974/8500 sayılı kararı, Yargıtay. 3. Hukuk Dairesinin 17.08.1976 tarihli ve E. 1976/4601, K. 1976/527 sayılı kararı (Akt. Turgut Demirsan, "Kira Bedelinin Saptanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül 1989, Sa. 6, s. 854); Bu konuda ayrıca bkz. Özyakışır, 2019, 215.

lerde başlangıç kira bedeline itiraz makamı oluşturularak bu makamların kiracıların itirazlarına ücretsiz hizmet verilmesi sağlanabilir. Bu makam, başlangıç kira bedelinin fahiş olup olmadığını araştırarak taraflar arasında uzlaşma sağlanabilir.

## SONUÇ

Gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda kanun koyucu kiracıyı korumak adına başlangıç bedelinin serbestçe kararlaştırılmasının önüne geçmiş, kiracıyı koruyucu bazı özel hükümler sevk etmiştir. Alman hukukunda konut pazarının dar olduğu yerlerde konut kiralarda kiracı lehine kira sözleşmesini ayakta tutacak özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelere göre başlangıç kira bedeli, emsal kira bedelinin %10'undan fazlası olamaz, aksi hâlde başlangıç kira bedeli emsal kira bedelinin %10 fazlasına kadar indirilir. Al.MK m.556g hükmü uyarınca kiracı, fazla ödediği kira bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir. Alman hukukunda kanun koyucu, her ne kadar kiracıyı koruyacak şekilde başlangıç kira bedeline bir sınırlama getirmeye çalışmışsa da kiraya verenin menfaatlerini gözeterek bu kurala birtakım istisnalar da getirmiştir. Ayrıca Alman hukukunda Ekonomik Suçlar Kanunu m.5'te konut pazarının dar olup olmamasına bakılmaksızın başlangıç kira bedelinin %20'den fazla belirlenmesi halinde kiraya verenin 50.000 Avro'ya kadar idari para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu, çeşitli özel hükümlerle kiracıları korumaya çalışmakta, dar gelirli ailelerin şehirlerin belirli bölgelerinde yaşamasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

İsviçre hukukunda, konut ve işyeri kira sözleşmelerinde başlangıç kira bedeli, kötüye kullanma (Missbrauch) kriteri ile sınırlandırılmıştır. Kira bedeli ile kiralananın aşırı bir gelir elde etmek amaçlanıyorsa ya da kira bedeli, açıkça aşırı olan bir satın alma değerine dayanıyorsa, kira bedeli kötüye kullanılmıştır (İsv.BK m.269). Kötüye kullanılan kira bedeline karşı İsv.BK m.270 uyarınca itiraz ve indirim talep edilebilir. İsviçre hukukunda da kanun koyucu kiraya verenin menfaatlerini gözeterek bu kurala birtakım istisnalar getirmiştir. İsviçre hukukunda kiracının, İsv.BK m.270 uyarınca başlangıç kira bedeline karşı itiraz ve indirim talebini, kiralananı teslimden itibaren otuz gün içinde "uzlaştırma makamına (Schlichtungsbehörde)" yöneltebileceğinin düzenlenmesi de son derece isabetli olmuştur. Böylelikle mahkemelerin iş gücü de azaltılmıştır.

Türk hukukunda kira sözleşmesi devam ederken kira bedelinin nasıl artırılabileceği hususu TBK m.344. hükmünde detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzen-



lemelerle kanun koyucu özellikle kira bedeli hususunda kiracının korunması gerektiğini, kira sözleşmesinin zayıf tarafını teşkil ettiğini kabul etmiştir. Ancak Türk hukukunda başlangıç kira bedelini sınırlayan özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta Türk hukukunda koşulların gerçekleşmesi halinde aşırı yararlanma hükümlerinden ya da genel işlem şartlarının içerik denetiminden yararlanabileceği doktrinde ileri sürülmüştür.

Aşırı yararlanmayı düzenleyen TBK m.28 hükmünün uygulanmasında ağır koşulların varlığı ve kira bedelinin genel işlem koşulları olarak çok nadir düzenlendiği dikkate alındığında kanun koyucunun Türk hukukunda da başlangıç kira bedeline özel bir düzenlemeyle bir sınır getirmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Zira kiracı başlangıç kira bedelinin kararlaştırılması aşamasında daha da zayıftır. Bir an önce barınacak bir yer arayan kiracının özellikle kira başlangıcında kiraya verenin inisiyatifine bırakılmaması, en azından konut kiracıları için özel bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Türk hukukundaki genel hüküm olan aşırı yararlanmanın her zaman kira başlangıç bedelinin sınırlandırılmasında uygulama alanı bulması mümkün gözükmemektedir. Covid-19 pandemisindeki durumu fırsat bilerek başlangıç kira bedelini, uygun olmayan bir bedel olarak kararlaştıran kiraya verenlerin kiracının zor durumda kalmasından yararlandığı, başka bir deyişle aşırı yararlanmanın sübjektif unsurunun olduğu kabul edilse de Covid-19 pandemisinin olmadığı hallerde sırf başlangıç kira bedelinin yüksek olması, aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle başlangıç kira bedellerinin emsal kira bedelinin yüzde %10'unu aşamayacağına ve emsal kira bedelinin belirlenmesi usulüne dair genel düzenlemelere Türk Borçlar Kanunu'nda da yer verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce bu konuda mahkemelerin iş yükünü azaltmak için İsviçre hukukunda olduğu gibi, ilçelerde başlangıç kira bedeline itiraz makamı oluşturularak bu makamların kiracıların itirazlarına ücretsiz hizmet verilmesi sağlanabilir.

**KAYNAKÇA**

- ABRAMENKO, Andrik, "Mietpreisbremse- Ein Lechstück für Gesetz- und Verordnungsgeber", *ZRP*, 2018, ss. 34-36.
- AKINCI, Şahin, "COVID 19'un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı*, Yaz 2020/2, Yıl: 19, Sa. 38 (Covid-19 Özel Ek), ss. 62-103.
- AKKANAT, Halil, *TÜBA COVID 19 Küresel Salgını: Hukuki Değişim ve Etkileşimler Raporu*, (Ed. İzzet Özgenç- Halil Akkanat- Hayrettin Çağlar- Haluk Hadi Sümer- Muhammet Özekes), Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, TÜBA Raporları No: 36, Ankara, 2020.
- ANTALYA, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARAT, Ayşe, "Küresel Salgının İşyeri Kiralarına Etkisi ve Çözüm Önerileri", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, ss. 441-450.
- ARTZ, Markus - BÖRSTINGHAUS, Ulf, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz. Ungereimtheiten bei den Neuerungen zu Mietpreisbremse, Modernisierungsmieterhöhung, Herausmodernisieren und gewerblichen Zwischenmietverhältnissen", *NZM*, 2019, ss. 12-25 (Artz - Börstinghaus, "Das am 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz").
- ARTZ, Markus, "Von Reformen und Reförmchen Zur Entwicklung des deutschen Wohnraummietrechts seit der "Großen Mietrechtsreform" 2001", *NJW*, 2015, ss. 1573, 1577 (Artz, "Von Reformen und Reförmchen").
- ARTZ, Markus, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (Hrsg. Franz Jürgen Säcker- Roland Rixecker- Hartmut Oetker- Bettina Limperg), Verlag C. H. beck München. (Artz, 556d BGB).
- ATAMER, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2001.
- ATAMER, Yeşim M., Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi - TKHK m.6 ve TTK m.55/f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2012 (Atamer, Denetleme).
- AYAN, Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2016.
- AYDEMİR, Efrail, *Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- AYDOĞDU, Murat - YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, **Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AYDOĞDU, Murat, **Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- BAYSAL, Başak - UYANIK, Murat - YAVUZ, Selim, "Koronavirüs 2019 (Covid-19) ve Sözleşmeler", **Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler**, (Ed. Muhammet Özekes) XII Levha, İstanbul, 2020, ss. 269-282.
- BELLING, Detlev, W. - İNCE, Nurten, "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", **LHD**, C. 12, Sa. 137, ss. 3-58 (Belling - İnce, "Türk-Alman Hukukunda").
- Berner Kommentar, Die Miete, Art.256-259i OR**, (Hrsg. Heinz Hausherr- Hans Peter Walter), Stämpfli Verlag, Bern, 2015.
- BİLGİN YÜCE, Melek, "Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akıbetinin Değerlendirilmesi", **Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler**, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, ss. 411-440.
- BLANKENAGEL, Alexande - SCHRÖDER, Rainer - SPOERR, Wolfgang, "Verfassungsmäßigkeit des Instituts und der Ausgestaltung der sog. Mietpreisbremse auf Grundlage des MietNovGE", **NZM**, 2015, ss. 1-28.
- BLUMER, Maja, **Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), Schweizerisches Privatrecht, VII/3**, (Hrsg. Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2012.
- BÖRSTINGHAUS, Ulf, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete für Wohnraum", **NJW**, 2015, s. 1553-1559 (Börstinghaus, "Die Begrenzung der Wiedervermietungsmiete").
- BÖRSTINGHAUS, Ulf, "Eine erste Stellungnahme zum mietrechtlichen Teil des Referententwurfs eines Mietrechtsnovellierungsgesetzes", **DWW**, 2014, s. 202-210.
- BÖRSTINGHAUS, Ulf, "Zwischen Vermieterfreiheit und Mieterschutz", **WuM**, 2018, s. 610-625 (Börstinghaus, „Zwischen Vermieterfreiheit“).
- BRÜCKNER, Carsten, **Mietpreisbremse, Rechtsfolgen für Vermieter**, 1. Auflage, Haus & Grund, 2015.
- BUZ, Vedat, "Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Orantısızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması" **BATİDER**, 1998, C. 19, Sa. 4, ss. 53-82.
- CANSEL, Erol - ÖZEL, Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2017.
- ÇAVDAR, Pelin, "İsviçre Borçlar Kanunu 2020 Tasarısı'nda Aşırı Yararlanma ve İrade Sakatlığı Hükümlerinin Düzenlenişi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması", **MÜHFAD**, 2019, C. 25, Sa. 1, ss. 434-449.

- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, “6098 Sayılı TBK’ya Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Verenlerin Bildirimli Fesih Hakkını Kullanabilmesinde Süre Sorunu”, **BATİDER**, Haziran 2015, C. XXXI, Sa. 2, ss. 167-199.
- DEMİRSAN, Turgut, “Kira Bedelinin Saptanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Eylül 1989, Sa. 6, ss. 851-859.
- DOĞAN, Gül, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, 1 Baskı, Filiz Kitabevi, Nisan 2013, İstanbul, ss. 459-474.
- DOĞAN, Murat, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2011.
- DOHSE, Roderich - POPIEL, Dominique Johanna, **Die Geschäftsraumiete**, Die Schriftenreihe Das Recht der Wirtschaft (RdW), 7. Auflage, Richard Boorberg Verlag, 2014.
- EISENSCHMID, Nobert, “Die Mietpreisbremse kommt”, **ZRP**, 2015, s. 27-28.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- FLEINDL, Huber, **Beck-online. Grosskommentar, Gesamtherausgeber für das Zivilrecht** (Hrsg. Beate Gsell- Wolfgang Krüger- Stephan Lorenz- Christoph Reymann), C.H. Beck München, 2021 (Fleindl, 556d BGB).
- FLEINDL, Hubert, “§WiStG - Ein Fall für den Papierkorb? Die gesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Miethöhe”, **WuM**, 2013, ss. 703- 716 (Fleindl, “§WiStG - Ein Fall für den Papierkorb?”).
- GAUCH, Peter - SCHLUEP, Walter R., **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2 Bände, 6 Auflage, Zürich 1995.
- GSELL, Beate, “Die gerechte Miete” **WuM**, 2017, ss. 305-312.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Yeni” **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m.299-356)**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- HATEMİ, Hüseyin - GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- HAVUTÇU, Ayşe, **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.
- HONSELL, Heinrich, **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil**, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.

- HORST, Hans Reinold, "MietNovG I: Praxisfragen zur „Mietpreisbremse“ im freifinanzierten Wohnungsbau", *NZM*, 2015, ss. 393-413.
- İNCE AKMAN, Nurten, "Türk Hukuku ve Alman Hukukunda Covid-19 Salgının Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının ve Kiraya Veren Borçlarına Etkisi", *Covid-19 Küresel Salgının Hukuktaki Yansımaları*, (Ed. Kemal Şenocak), Yetkin Yayınları, Ankara, Şubat 2021, ss. 39-16.
- İNCE, Nurten - KANLI, İmam Bakır - ERYİĞİT, Burak Hamza, "İnsan Hakkı olarak Konut Hakkı", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 2017, C. 3, Sa. 2, ss. 21-36.
- İNCEOĞLU, M. Murat, *Kira Hukuku, Cilt 1*, XII Levha, İstanbul, 2014.
- İNCEOĞLU, M. Murat, *Kira Hukuku, Cilt 2*, XII Levha, İstanbul, 2014.
- JÜRGEN, Kühling, "Gentrifizierung als Rechtsproblem: Wohnungspolitik ohne rechtstaatliche Leitplanken?" *NZM*, 2020, ss. 521-531.
- KAPANCI, K. Berk, "Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK m.344/f.1/c.son'un Yorumlanması", *İNÜHFD*, 2015, C. 2, Özel Sayı, ss. 809 - 834.
- KAYA, İlkey "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi", *BÜHFD*, 2014, C. 9, Sa. 123-124, ss. 171-196.
- KAYNAR, Muhammet, *Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- KILIÇ ÖZTÜRK, Gizem, "Kira Tespit Davası ve Esasları", *TBB Dergisi*, Mart-Nisan 2017, Sa. 129, ss. 229-260.
- KILIÇ, Muharrem, "Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme", *Anayasa Yargısı*, 2020, C. 37, Sa. 2, ss. 67-112 (Kılıç, "Konut Hakkının Sosyopolitiği").
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre Uyarlanmış*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- KOLLER, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art.184-318 OR.*, Band I, Stämpfli, Bern, 2012.
- KUDLICH, Hans, *BeckOK OWIG*, (Hrsg. Jürgen Graf), C. H. Beck, München, 2021.
- Kurzkommentar OR Art.1- 529*, (Hrsg. Heinrich Honsell), 1. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008. (KurzK, Art.).
- LAMMEL, Siegbert, "Theorie und Praxis der Mietpreisüberhöhung nach §5 WiStG (Frankfurt a. M.)", *NZM*, 1999, ss. 989-995.
- LAMPE, Joachim, *Beck Kurz Kommentare Band 17 Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze*, (Hrsg. Peter Häberle), C. H. Beck, München, 2021.

- LEHMANN-RICHTER, Arnold, "Voraussetzungen und Kontrolle einer Gebietsverordnung zur Mietpreisbremse", *WuM*, 2015, s. 204-212.
- LEUSCHNER, Lars, "Die „Mietpreisbremse“ - Unzweckmäßig und verfassungsrechtlich höchst bedenklich", *NJW*, 2014, ss. 1929-1933.
- LÜTZENKIRCHEN, Klaus- DICKERSBACH, Marc- ABRAMENKO, Andrik, *Mietrecht Kommentar*, 2. Auflage, OttoSchmidt, Köln, 2015.
- MAKARACI BAŞAK, Aslı - ÖKTEM ÇEVİK, Seda - YÖRÜK, Işıl, "Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi", *Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu Hukukun Tüm Alanlarında Değerlendirmeler*, (Ed. Muhammet Özekes), XII Levha, İstanbul, 2020, ss. 393-410.
- MINDER, Matthias, *Die Übertragung des Mietvertrags bei Geschäftsräumen (Art.263 OR), Einschliesslich des Verhältnisses von Art.263 OR zum Fusionsgesetz (FusG)*, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal - ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Şubat 2018.
- ÖZEN, Burak, "Kira Bedeli Artışına İlişkin Sözleşme Şartları ve Sözleşme Uyarınca Gerçekleşen Kira Bedeli Artışının Kira Tespit Davası Sonucunda Gerçekleşen Kira Bedeli Artışından Ayırt Edilmesi", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, 2016, ss. 2033-2062 (Özen, "Kira Bedeli Artışına İlişkin").
- ÖZYAKIŞIR, Özkan, *Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinde Kira Bedeli*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- PETERMANN, Frank Thomas, *Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1881 bis 1989*, Diss., SVIT-Verlages, Zürich, St. Gallen, 1997.
- Präjudizienbuch OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2012)*, (Hrsg. Peter Gauch- Viktor Aepli- Hubert Stöckli), 8. Auflage, Schulthess, Zürich-Basel-Genf, 2012.
- SCHINDLER, Benjamin, "Vom Nachjustieren der Mietpreisbremse" *NZM*, 2020, ss. 347-357.
- SCHMID, Jörg - STÖCKLI, Hubert, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2010.
- SIEGRIST, Robert, *Der missbräuchliche Mietzins: Regel und Ausnahmen (Art.269 und 269a OR)*, Schulthess, Zürich, 1997.
- Soziales Mietrecht in Europa*, (Hrsg. Paul Oberhammer- Andreas Kletecka- Andrea Wall), Springer Verlag, Wien, 2011. (Soziales Mietrecht, 2011).
- Svit Kommentar, Das schweizerische Mietrecht Kommentar*, 3. Auflage, Schulthess, Zürich- Basel- Genf, 2008. (SVIT Komm).

- TEKİNAY, Selahâttin Sulhi vd., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TONNER, Klaus, **Vertragliche Schuldverhältnisse**, 4. Auflage, Nomos, 2016.
- TOPUZ, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, Nisan 2013, İstanbul, ss. 1138-1175.
- TOPUZ, Murat, "Fahiş Gabin'in (Laesio Enormis) Roma Sözleşmeler Hukukunda Uygulama Alanı ve Fahiş Gabin'e Bağlanan Hukuki Sonuçlar", **Maltepe Hukuk Dergisi**, 2007, C. 6, Sa. 1, ss. 463-495.
- VON HIPPEL, Eike, **Der Schutz des Schwächeren (Uni-Taschenbucher)**, J.C.B. Mohr (Paul SIEBECK), Tübingen, 1982.
- WEBER, Roger, **Der gemeinsame Mietvertrag**, Zürcher Studien zum Privatrecht 109, Schulthess, Zürich, 1993.
- YELMEN, Adem, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- YILDIRIM, Abdulkerim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Monopol Yayınevi, Ankara, Ekim 2019.
- ZIHLMANN, Peter, **Das Mietrecht, Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker**, 2. Auflage, Schulthess, Zürich 1995.
- ZK - Zürcher Kommentar, Vormerkungen zum 8. Titel (Art.253-273c OR), Art.253-265 OR, Die Miete**, (Hrsg. Peter Higi- Anton Bühlmann- Christoph Wildisen), 5. Auflage, Schultess, 2019.

### İnternet Kaynakları

- <https://docs.wfp.org › api › documents › download>. (12.09.2021).
- [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=//%5B@attr\\_id=%27bgbl120s0540.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F\\*%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl120s0540.pdf%27%5D\\_\\_1632115142572](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&start=//%5B@attr_id=%27bgbl120s0540.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl120s0540.pdf%27%5D__1632115142572) (16.09.2021).
- <https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/fahis-kira-artisi-isyan-ettirdi-41880192>;  
<https://www.dw.com/tr/t%C3%BCrkiyede-konutta-fahi%C5%9F-fiyat-krizi/a-59113134>;  
<https://www.haberturk.com/tuketici-konut-kiralarindaki-fahis-artistan-sikayetci-3171501-ekonomi>;  
<https://www.ntv.com.tr/ekonomi/ev-kiralarinda-fahis-artis-binliralik-ev-2-bin-500-lira-oldu,-cfdrKyUYkKF2VH1JzxE2A> (16.09.2021).
- <https://www.immobilo.de/ratgeber/mieten-vermieten/mietbelastungsquote/> (30.09.2021).

<https://www.iwd.de/artikel/loehne-steigen-oft-schneller-als-mieten-457854/>  
(30.09.2021).

<https://www.milliyet.com.tr/galeri/evler-ates-pahasi-yurtlarda-yer-yok-6590151/5>  
(17.09.2021).

<https://www.rbb24.de/politik/wahl/volksentscheid-wohnen/beitraege/volksentscheid-berlin-wahl-deutsche-wohnen-enteignung.html>  
(30.09.2021).



# AİLE ARABULUCULUĞUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE ÜLKEMİZDEKİ MEVZUAT AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU<sup>(\*\*)</sup>  
Arş. Gör. Tansu GÜNDOĞDU<sup>(\*\*\*)</sup>

## ÖZ

Bu çalışmada aile arabuluculuğunun tarihi gelişimi anlatılmıştır. Bu kapsamda modern anlamda arabuluculuğa öncülük eden Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği tarafından yapılan bazı düzenlemelere değinilmiştir. Daha sonra ülkemizdeki mevzuat açısından değerlendirilmesi yapılmış ve bu kurumun yürürlükteki kanunlar çerçevesinde uygulanabilirliği incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Aile, Arabuluculuk, Türk Hukuku, Alternatif, Yöntem.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 16/05/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 22/06/2021.

Atıf Şekli: Abdurrahman Kavasoglu - Tansu Gundogdu, "Aile Arabuluculuğunun Tarihi Gelişimi ve Ülkemizdeki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 771-789.

<sup>(\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: abdurrahmankavasoglu@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0003-3215-9959..

<sup>(\*\*\*)</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: tansugundogdu@sdu.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-6720-134X.

# **HISTORICAL DEVELOPMENT OF FAMILY MEDIATION AND ITS EVALUATION IN TERMS OF TURKISH LEGAL LEGISLATION**

## **ABSTRACT**

In this study, the clinical situation of family mediation is legally explained. Mediation, in its modern sense, linked to the current regulations which are in effect in the United States of America and the European Union. The applicability of this institution within the framework of law rules which are in force in the Turkish Republic is legally controversial. Further consideration about family mediation is needed according to the Turkish procedural and civil law.

**Keywords:** Family, Mediation, Turkish Law, Alternative, Method.

## GİRİŞ

1960'lardan beri ABD'de başlayan ve bütün dünyayı etkisi altına alan "adalete erişim" akımı ile geleneksel adalet sistemine seçenek olarak alternatif çözümler aranmaya başlanmıştır. Uyuşmazlıkların artması ve çeşitlenmesi nedeniyle yargının yükü artmış ve bireyler haklarına geç ulaşmış ya da ulaşmamıştır. Devlete ve bireylere getirdiği mali yük ve zaman kaybı ise bireylerin hak kaybına ya da haklarına geç ulaşmalarına sebep olmuştur. Sonuçta ne birey ne yargı ne de devlet tatmin olmamıştır. Bu da devletleri mahkeme dışı hak arama faaliyetine yönlendirmiştir.

Aile arabuluculuğu, mahkeme dışı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden en sık kullanılanıdır. Aile arabuluculuğu; bağımsız ve tarafsız üçüncü kişinin arabuluculuk ettiği, çoğunlukla boşanma davası bağlamında kullanılan, aile bireyleri arasında yaşam kurma ve yönetme sürecidir. Eşlerin uyuşmazlık yaşadığı konular üzerinde ortak bir karar almaları sağlanarak aradaki ilişkinin uzun vadede iyileştirilmesi amaçlanır. Zira boşanma aşamasındaki eşler arasında yaşanan çekişmeli ortamın hem eşler hem çocuklar üzerindeki olumsuz etkisini bertaraf etmek amacıyla bu yönetime başvurulmuştur.

## I. ABD VE AVRUPA BİRLİĞİ'NDE AİLE ARABULUCULUĞUNUN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

Aile Arabuluculuğu modern anlamda ilk olarak ABD'de uygulanmaya başlanmıştır. 1990'lı yıllarda Avustralya, Yeni Zelanda, Avrupa Konseyi tarafından Avrupa'da yapılan araştırmalar aile uyuşmazlıklarının diğer uyuşmazlıklardan farklı olarak duygusal, mahrem konuları içermesi sebebiyle arabuluculuk gibi esnek bir süreçten yararlanılarak çözülmeye çalışılmasının daha etkin sonuçlar yaratacağı tespit edilmiştir<sup>1</sup>. Boşanmanın artışı ve dolayısıyla yargı sisteminin iş yükünün artması ve çatışmaya dayalı geleneksel adalet sisteminin duygusal meseleleri çözmekte etkili olmayışı alternatif çözüm arayışı başlatmıştır. Fakat evlilik terapisi ve aile danışmanlığı arabuluculuğun farklı biçimleri olarak ortaya çıkmıştır.

ABD'de aile arabuluculuğu terimi ilk 1970 yılında ortaya çıkmıştır. Takiben 1974 yılında Boşanma Arabuluculuk Merkezi ve Aile Arabuluculuk Derneği kurulmuştur. 1982'de ise Aile Arabulucuları Akademisi vücut bulmuştur. Fakat aslında 1962'den beri mahkemeler danışmanlık programları aracılığıyla bu uyuş-

<sup>1</sup> Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, Fatma Yonca Yücel (Edt.), Ankara, TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2018, s. 6.

mazlıkların çözülmesine yönelik hizmet vermeye başlamışlardır<sup>2</sup>. Mahkeme bağlantılı olarak gerçekleşen bu programlar eşlerin; kendi hayatlarına ilişkin sorumluluk almalarını, çocukları konusunda sorumluluğu ortak olarak üstlenmelerini, aralarındaki çatışmayı azaltmayı ve iletişimi kolaylaştırmayı amaçlamıştır. 1972’de bu hizmet yaygınlaşmış ve bu hizmetlere mahkeme bağlantılı arabuluculuk hizmeti denilmiştir. 1980 yılında ise bazı eyaletlerde zorunlu hale getirilmiştir.

Avrupa Birliği’nde ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ni uzun süreden beri meşgul eden konudur. Buna ilişkin konseyde ilk olarak aile arabuluculuğuna ilişkin 21.01.1998 tarihli R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı<sup>3</sup> daha sonra cezai konulara ilişkin R (99) 19 (Mediation in Penal Matters Recommendation No. R (99) 19) ve idari konulara ilişkin R (2001) 9 (Alternatives to Litigation between Administrative Authorities and Private Parties Recommendation No. R (2001) 9) Sayılı Tavsiye Kararı’na ilişkin kararlar alınmıştır. Daha sonra Adalet Etkinliği Komisyonu (CEPEJ) tarafından medeni hukuk konularına ilişkin arabuluculuk hususu araştırılmış ve bir rapor hazırlanmıştır. Bu rapor, 18.09.2002 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince kabul edilmiştir<sup>4</sup>. Bakanlar Komitesinin R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararından farklı olarak bu kararda daha çok diğer hukuk dallarına ilişkin arabuluculuk faaliyeti üzerine durulmuştur. Avrupa Komisyonu tarafından 2002 yılında Medeni Hukukta ve Ticaret Hukukunda Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Üzerine Yeşil Kitap<sup>5</sup> kabul edilmiştir. Burada aile uyuşmazlıklarının sınır ötesi uyuşmazlıklardan kaynaklanması ihtimali incelenmiştir. Sınır ötesi aile uyuşmazlıklarının yerel uyuşmazlıklara nazaran daha fazla zaman alması ve daha yüksek maliyet gerektirmesi yanında iş yükü fazlalığı gibi sorunları tespit edilmiştir<sup>6</sup>. Bu sebeple alternatif çözüm yöntemleri adalete erişim için geleneksel yargı sistemini tamamlayıcı rolde görülmektedir<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Meyer Elkin, “The Conciliation Court: A Pioneering Approach to the Divorce Problem- Part I”, *Student Lawyer Journal*, 1968, Vol. XIV, N. 4, s. 26; Daniel G. Brown, “Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions”, *Conciliation Courts Review*, 1982, Vol. XX, N. 2, s. 17-18.

<sup>3</sup> Bkz. Council of Europe, Family Mediation, Recommendation No. R (98) 1, and explanatory memorandum, Strasbourg, 1999, s. 6-33.

<sup>4</sup> Bkz. Council of Europe, Mediation in Civil Matters, Recommendation No. R(2002)10, and explanatory memorandum, Strasbourg, 2003, s. 4-14.

<sup>5</sup> Bkz. Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, Brussels, 2002, s. 5-36.

<sup>6</sup> Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 7.

<sup>7</sup> Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 8.

Avrupa Birliği Komisyonu ve Konseyi tarafından Viyana Eylem Planı'nda sınır ötesi aile uyuşmazlıklarına dair mahkeme dışı çözümler için bir yöntem oluşturulması olanakları ele alınmıştır. Bu doğrultuda arabuluculuk kurumunun incelenmesi gerekliliğinden bahsedilmiştir<sup>8</sup>. Viyana Eylem Planı'nda arabuluculuğun özellikle aile uyuşmazlıkları bakımından önem arz ettiği belirlenmiştir<sup>9</sup>. Yeşil Kitap'ta, sınır ötesi aile hukuku uyuşmazlıklarının kapsamında çocuk bakımı ve çocukla kişisel ilişki kurma, malvarlığının tasfiyesi veya nafakanın düzenlenmesi konuları bulunmaktadır<sup>10</sup>. Aynı şekilde mahkeme kararlarının icrasında da ADR yöntemlerinin uygulanması gerekliliği belirtilmiştir<sup>11</sup>. Bununla ilgili olarak evlilik, ebeveyn sorumlulukları konularında yargı yetkisi ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin II. Brüksel Tüzüğü kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Bütün bu gelişmeler neticesinde sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümü için her devlet bünyesinde bir merkezi otorite kurulması planlanmıştır. Devletlerin; bu merkezi otoriteyle çocuk üzerindeki ebeveyn sorumluluğunun etkili şekilde kullanılması için işbirliği halinde çalışılması ve buna yönelik arabuluculuk veya başka alternatif yöntemlerle ebeveyn sorumluluğunu taşıyanlar arasında çekişmesiz, dostane çözüm yolunu desteklemeleri gerektiği belirtilmiştir<sup>13</sup>. Yani tüzüğe göre devletler tarafından hem politik hem hukuki yolla sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında velayet veya kişisel ilişki kurma dahil olmak üzere malvarlığı paylaşımı, nafaka gibi maddi konularda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvuru önceliği verilmelidir.

<sup>8</sup> Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice; Official Journal of the European Communities, Information and Notices 19, 23.1.1999, s. 10; Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 20.

<sup>9</sup> Jacqueline Nolan-Haley, "Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation, Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation", *Martinus Nijoff Publishers*, 2012, s. 2; Steven Friel-Christian Toms-Brown Ridnick, "The European Mediation Directive- Legal and Political Support for Alternative Dispute Resolution in Europe", *Bloomberg Law Reports*, 2011, Vol. 2, N. 1, s. 1.

<sup>10</sup> Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21.

<sup>11</sup> Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 21.

<sup>12</sup> Bkz. Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses; Official Journal of the European Communities, Legislation 160, 30.06.2000, s. 19-29.

<sup>13</sup> Commission of the European Communities, Green Paper: On Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, s. 22.

2003 yılında Avrupa Konseyi'nin 1639 sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konusundaki Tavsiye Kararı'nda, arabuluculuk sürecinde güç dengesizliğine değinilmiş ve taraflar arasında eşitlik sağlamanın gerekliliği ve bunu temin etmenin arabulucunun temel sorumluluğu olduğu açıkça belirtilmiştir. 2005 yılında ise Avrupa Konseyi tarafından Varşova Zirvesi'nde bireylere adaletin hem adil hem hızlı ulaşabilmesi amacıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesi için gerekli tüm hukuki araçlar ve hukuki işbirliği mekanizmaları kullanılması gerektiğine ulaşılmıştır. Bu kapsamda Avrupa Birliği tarafından arabuluculuğa ilişkin önceki düzenlemelerin (Aile arabuluculuğuna ilişkin Rec (98) 1 sayılı Tavsiye Kararı, medeni hukuk konularında arabuluculuk hakkındaki Rec (2002) 10 sayılı Tavsiye Kararı gibi) etkili şekilde uygulanması amacıyla CEPEJ (Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice-Avrupa Adalet Etkinliği Komisyonu) tarafından tavsiyelerde bulunulması hedeflenmiştir. CEPEJ tarafından hazırlanan raporda arabuluculuk konusunda önemli oranda bilinç eksikliği, arabuluculuk maliyetleri ve mali dengesizlikler, arabulucuların eğitimi ve niteliklerindeki eksiklikler, gizlilik sorunları medeni hukuk ve aile arabuluculuğunun gelişmesinde üye devletler arasında önemli farklılıklar tespit edilmiştir. Bunun için üye devletlere arabuluculuğun gelişmesinde yardımcı olabilmek için rehber ilkeler hazırlanmış<sup>14</sup> ve bu rehber ilkeler "Mevcudiyet - Erişilebilirlik - Farkındalık" prensipleri üzerine temellendirilmiştir. Mevcudiyet ilkesiyle devletlerin arabuluculuk düzenlemeleri yapmaları ve vatandaşları bu yola başvurmaları için teşvik etmeleri gerektiği, çocuğun üstün yararının bu süreçte her zaman ön planda olması gerektiği, özellikle sınır ötesi aile uyuşmazlıklarında teknolojik yöntemlerin kullanılması gerekliliği belirtilmiştir<sup>15</sup>. Erişilebilirlik ilkesi bakımından taraflara adli yardım sunulması ve zamanaşımı sürelerinin arabuluculuğa başvuruya birlikte durması gerektiğinden söz edilmiştir<sup>16</sup>. Farkındalık ilkesi bakımından ise halkın bilinçlenmesini sağlamaya yönelik makaleler, reklamlar, konferanslar, kitaplar, bilgi danışma merkezi gibi araçların kullanılması tavsiye edilmiştir<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, Strasbourg, 2007, s. 1-7.

<sup>15</sup> Bkz. European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 2-4.

<sup>16</sup> European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 5.

<sup>17</sup> European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters, s. 5.

## II. AİLE ARABULUCULUĞUNUN TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

Ülkemizde aile arabuluculuğu konusunda henüz düzenleme bulunmamaktadır. Fakat bu konuda düzenleme yapılması amaçlanmakta ve 2015 yılından beri çalışmalar yürütülmektedir. Bununla birlikte bu başlık altında ülkemizde yürürlükte bulunan hükümler açısından aile arabuluculuğu değerlendirilecektir.

### B. 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu<sup>18</sup>

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.1/2'ye göre arabuluculuğun tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda uygulanacağı belirtilmiştir. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar ise arabuluculuğa elverişli değildir.

Aile hukuku uyuşmazlıkları; genellikle kamu düzenini ilgilendiren tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği bir alandır. Velayet, çocukla kişisel ilişki kurma gibi konularda taraflar serbestçe tasarruf edemez. Fakat maddi ve manevi tazminat, mal paylaşımı gibi konular üzerinde tarafların serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmaktadır. Bu durum aile arabuluculuğunun uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Mukayeseli hukukta ise velayet, kişisel ilişki kurma konuları da dahil birçok konuda arabuluculuğa başvurma imkânı bulunmaktadır. Hatta eşler arasında yaşanan çekişmeli sürecin olumsuz etkisini bertaraf etmek amacıyla öncelikle velayet, kişisel ilişki kurma konularında arabuluculuğa başvurulmaktadır. Bu sebeple ülkemizde aile arabuluculuğu sisteminden beklenen yararın karşılanması için aile arabuluculuğunun uygulama alanı genişletilmeli ve bu alana özgü yeni düzenlemeler yapılmalıdır. Bunun için de HUAK'tan ayrı bir düzenlemeye yani ayrı bir aile arabuluculuk kanununa ihtiyaç bulunmaktadır<sup>19</sup>.

### C. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>20</sup>

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı yargılama usulünün yürütüldüğü davalarda m.137/1 ve 140/2<sup>21</sup> gereği ön inceleme aşamasında uyuşmazlık ko-

<sup>18</sup> RG. 22.06.2012, S. 28331.

<sup>19</sup> Erdem Şimşek, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, Ankara, 2018, s. 66.

<sup>20</sup> RG. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>21</sup> 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle, "sulhe veya arabuluculuğa" ifadesi "sulh ve arabuluculuğun esasları, süreci ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatarak sulhe veya arabuluculuğa" şeklinde değiştirilmiştir.

nuları tespit edildikten sonra taraflar sulh veya arabuluculuk süreci, esasları ve hukuki sonuçları hakkında aydınlatıp bilgilendirdikten sonra sulhe ve arabuluculuğa teşvik eder. Basit yargılama usulünün yürütüldüğü davalarda ise m.320/2 gereği uyuşmazlık konularının tespitinden sonra arabuluculuğa teşvik eder. Bu maddelerden hareketle hâkimin sulhe veya arabuluculuğa teşvik ödevi bulunduğu söylenebilmektedir<sup>22</sup>.

Aile mahkemelerinde boşanma davalarında yazılı yargılama usulü uygulandığından hâkim tarafından ön inceleme aşamasında taraflar sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilir (HMK m.137/I, 140/II). Hâkim ön inceleme aşamasında arabuluculuk süreci, esasları ve hukuki sonuçları konusunda tarafları bilgilendirir. Bu celse, bir tür bilgilendirme toplantısı gibi düşünülebilir. Fakat bu bilgilendirmenin aile uyuşmazlıklarında kâfi yarar sağlayacağı şüphelidir<sup>23</sup>. Zira dilekçelerin karşılıklı verilmesiyle birlikte süreç çekişmeli hale gelecek ve taraflar bu aşamadan sonra arabulucuya başvurmayı tercih etmez<sup>24</sup>. Aslında aile arabuluculuğunun amacı da tarafları çekişmeli sürece girmeden uzlaştırmaya çalışmaktır. Taraflar çekişmeli sürece bir kez adım attıktan sonra düşmanlık, tehdit, rekabet gibi unsurlar devreye girebilir ve sonradan tarafların geri çekilip uzlaşmaya adım atması zor olabilir.

#### D. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun<sup>25</sup>

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un m.6/1/1/a'ya göre aile mahkemesi görev alanına giren konularda evlilik

<sup>22</sup> Tolga Akkaya, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Ankara, 2017, s. 380; Tolga Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakim'in Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, S. 4, s. 39; Süha Tanrıver, "Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", *Makalelerim III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 199; Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *TBB*, 2006, S. 64, s. 173; Bahattin Aras, "Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki", *YD*, C. XXXI, S. 3, 2005, s. 304;; İbrahim Ercan, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlemesi", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 64.

<sup>23</sup> Şimşek, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", s. 63.

<sup>24</sup> Şimşek, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", s. 63; Akkaya, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, s. 388.

<sup>25</sup> RG. 18.01.2003, S. 24997.



birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak gerektiğinde uzlaştırmaya karar verebilir. Aile mahkemesi verilen bu karar için AMK m.5'e göre aile mahkemesinin bünyesinde bulunan uzmanlardan yararlanabilir. Bu maddeye göre aile mahkemesi hakimlerine uzlaştırma görevi verilmiş gözükse de aslında hâkim sadece uzlaşmaya davetle görevlidir. Ayrıca ön inceleme aşamasında hâkim tarafları HMK m.137/1 ve 140/2 gereği sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder. Aynı şekilde AMK m.7'ye göre aile mahkemeleri önüne gelen dava ve işlerin özelliklerine göre esasa girmeden önce eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak sulhe teşvik eder. Bu maddeyle hâkime tarafları sulh teşviki ödevi verilmiş olsa da bu kapsamda hâkim tarafları arabulucuya da yönlendirebilir<sup>26</sup>. Ayrıca HMK'nin söz konusu maddelerine eklenen ve hâkime verilen "arabuluculuğa teşvik" ödeviyle aynı doğrultuda değerlendirmek gerekir. AMK m.6 ve m.7 birlikte değerlendirildiğinde hâkime uzlaşmaya ve sulhe teşvik görevi verilmiştir. Doktrinde hâkimin bu kapsamda aile arabulucusu gibi hareket ettiği ileri sürülmüştür<sup>27</sup>. Fakat katıldığımız görüşe göre burada aile mahkemesi hâkimi arabulucu olarak hareket etmemelidir<sup>28</sup>. Aksinin kabulü hâkimin tarafsızlık sıfatına aykırı olmaktadır<sup>29</sup>. Burada hâkimin görevi sadece tarafları uzlaşmaya veya sulhe teşvik etmekle sınırlıdır. Bunun neticesinde taraflar uzlaşmak veya sulh olmak isterlerse hâkim tarafların arabulucuya gitmeleri için yargılamaya ara verebilir. Bu kapsamda aile mahkemesi uzmanlarından yararlanmaları sağlanabilir. AMK m.7'de esasa girmeden önce sulh teşviki neticesinde, AMK m.6'ya göre ise yargılamanın her aşamasında tarafların uzlaşmaları için aile mahkemeleri

<sup>26</sup> Süha Tanrıver, *Türk Aile Mahkemeleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 85-87.

<sup>27</sup> Bkz. M. Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 858; Süha Tanrıver, "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan*, Ankara, 2003, s. 952; Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", s. 173; Tanrıver, "Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", s. 200; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 81; Akkaya, Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası, s. 381; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, 6. Bası, s. 718; Erhan Fırat, "Aile Arabuluculuğu", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Doktora tezi)*, Erzincan 2021, s. 34.

<sup>28</sup> Bkz. Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 87.

<sup>29</sup> Hâkimin arabuluculuk faaliyeti yapmasının yargılamanın tarafsızlığı ilkesine ters olacağına ilişkin bkz. Alan Limbury, "Should judges mediate?", 2019. <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/> (05.05.2021).

uzmanlarından faydalanabilir. AMK m.6 ve m.7 gereği hâkimin tarafları aile mahkemesi bünyesinde çalışan uzmanlara yönlendirebilmesi mahkeme bağlantılı (court connected) arabuluculuğun söz konusu olabileceğini düşündürmektedir. Fakat yine de bu hükümlere hâkimin arabulucu olamayacağına dair açıklık getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca sulh ve arabuluculuğa teşvik sadece tarafların tasarrufta bulunabileceği konularla sınırlı olmamalıdır. Sulh veya arabuluculuğa teşvikten gerekli yarar sağlanabilmesi için bütün uyuşmazlıklarda bu başvuru mümkün olabilmelidir<sup>30</sup>.

#### E. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>31</sup>

Türk Medeni Kanunu m.195'e göre evlilik birliği nedeniyle ortaya çıkan sorumluluklar veya önemli bir konuda anlaşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler birlikte veya ayrı ayrı olarak hâkimin müdahalesini talep edebilirler. Bunun üzerine hâkim eşleri uzlaştırmaya çalışır ya da bu konuda uzman kişilerin yardımına başvurabilir. Burada boşanmanın hukuki sonuçlarından ziyade evlilik birliği içinde uyuşmazlıklar olduğu takdirde aile mahkemesine başvurulması söz konusudur. Doktrinde ileri sürülen görüşe göre bu durumda da AMK m.6/1/a ve 7'deki gibi hâkim bir çeşit aile arabulucusudur<sup>32</sup>. Bu görüşü savunanlara göre hâkimin zorunlu olarak arabulucu gibi hareket etmesi nedeniyle bir nevi yargısal arabuluculuk (judicial settlement conferences) faaliyeti söz konusudur<sup>33</sup>. Doktrinde ileri sürülen bu görüşe rağmen katıldığımız görüşe göre bu düzenlemeye göre de hâkim arabulucu gibi hareket etmemelidir<sup>34</sup>. TMK m.195/2'e göre hâkimin eşleri uzlaştırmaya çalışması aslında eşlerin ortak bir karar almaları için sadece sulhe teşvik etmesiyle sınırlı olmalıdır<sup>35</sup>. Eşler sulh olmaya yanaşmazsa hâkim toplanan delillere göre karar verir. Nitekim hâkimin burada

<sup>30</sup> Alper Uyumaz-Kemal Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", *DEÜHF*, 2015, C. XVII, S. 1, s. 136; Levent Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 1049; Erdal Tercan, "Türk Aile Mahkemeleri", *AÜHF*, 2003, C. LII, S. 3, s. 48.

<sup>31</sup> RG. 08.12.2001, S. 24607.

<sup>32</sup> Bkz. Tanrıver, "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", s. 952; Tanrıver, "Türk Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", s. 200; Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s. 81; Akkaya, *Medeni Usul Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, s. 381; Öztan, *Aile Hukuku*, s. 718; Fırat, "Aile Arabuluculuğu", s. 35.

<sup>33</sup> Bkz. Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, s. 82.

<sup>34</sup> Bkz. Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 88.

<sup>35</sup> Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, s. 88.

HUAK m.2/1/b'e göre arabuluculuk faaliyeti yapması söz konusu değildir. Zira arabulucu, tarafların çözüm üretmediklerinde çözüm önerileri getirir ve tarafların bu öneriler üzerinde müzakere etmesini sağlayarak bir öneri üzerinde anlaşmalarını hedefler<sup>36</sup>. Fakat bu, hâkimin görevi değildir.

Türk Medeni Kanunu m.195/2'ye göre hâkim, eşlerin rıza göstermeleri halinde aile mahkemesi uzmanlarından bu konuda yardım isteyebilir. Hâkimin bu uzmanları arabulucu sıfatıyla görevlendirme imkânı bulunmaktadır<sup>37</sup>. Buradan hareketle mahkeme bağlantılı (court connected) arabuluculuğun varlığından söz etmek mümkündür. Fakat bunun için de bu kişilerin ayrıca arabuluculuk eğitimi alması gerekmektedir.

#### F. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun<sup>38</sup>

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.1/2'ye göre aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmiştir. 6284 sayılı Kanun<sup>39</sup> m.2/1/b'de "ev içi şiddet" başlığı altında şiddeti uygulan ile şiddet uygulanan kişi aynı evi paylaşmasa dahi aile bireylerine veya aile bireylerinden sayılan diğer kişilere uygulanan her türlü fiziksel, cinsel, ekonomik, psikolojik şiddeti kapsamaktadır.

Mukayeseli hukuk doktrininde aile içi şiddet iddiaları ile ilgili uyuşmazlıklarda arabuluculuğu doğrudan reddetmek yerine olayın özelliğine göre elverişli olup olmadığına karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>40</sup>. Bu görüşün taraf-

<sup>36</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1181; Süha Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", *Makalelerim II (2006-2010)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 67; M. Kâmil Yıldırım, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", *Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 59; Baki Kuru, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, 2010, S. 2, s. 241.

<sup>37</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 854; Tanrıver, "Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", s. 200; Tanrıver, "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", s. 952.

<sup>38</sup> RG. 20.03.2012, S. 28239.

<sup>39</sup> Önceden Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) de bulunmaktaydı fakat 20 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan Cumhurbaşkanı Kararı ile Sözleşme'nin Türkiye bakımından feshedilmesine karar verildi.

<sup>40</sup> Bkz. Kathleen O'Connell Corcoran-James C. Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", *Mediation Quarterly*, 1990, Vol. VII, N. 4, 303 vd.; Alison E. Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", *Florida State University Law*

tarlarına göre boşanma kararı almış her çiftte bir miktar psikolojik, fiziksel, cinsel, ekonomik istismar vardır<sup>41</sup>. Bu sebeple arabuluculuğa elverişlilik değerlendirilirken şiddetin hangi sıklıkla uygulandığı, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı olup olmadığı, psikolojik rahatsızlığa sahip olup olmadığı da incelenmelidir<sup>42</sup>. Burada önemli olan husus şiddetin seyrek olması, arabulucuya bu tür uyuşmazlıklara uygun eğitim verilmiş olması ve eşit müzakere ortamının oluşturulmasıdır<sup>43</sup>. Hatta bu görüşü savunanlar tarafından bu şartlarda aile arabuluculuğunun aile içi şiddet iddialarında bile geleneksel yargı sistemine göre daha etkili olacağı ileri sürülmüştür<sup>44</sup>. Zira dava yolu taraflar arasında çekişmeyi daha da arttırmakta taraflar hem boşanma sürecinde hem bu süreçten sonra daha fazla korku, tehdit, şiddete maruz kalabilmektedir.

Türk hukuk doktrininde aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarını doğrudan arabuluculuğa uygun olmadığını ileri sürmeyen bazı durum ve şartlarda uygun olacağını savunan görüşler bulunmaktadır<sup>45</sup>. Bu görüşe göre tıpkı mukayeseli

---

*Review*, 1995, Vol. 23, N. 1, s. 43 vd.; Alexandra Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", *University of Missouri School of Law Scholarship Repository*, 2001, N. 1, s. 253 vd.

<sup>41</sup> Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 253; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 303-304; Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59.

<sup>42</sup> Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260-261; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310.

<sup>43</sup> Carol J. King, "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", *St. John's Law Review*, 1999, Vol. LXXIII, N. 2, s. 445; Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 310; Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", s. 59.

<sup>44</sup> Corcoran-Melamed, "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", s. 312; Zylstra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", s. 260.

<sup>45</sup> Bkz. Cenk Akil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, C. I, s. 124; Uyumaz-Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", s. 162; Gonca Gülfem Bozdağ, "Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 20, S. 1 s. 131; Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1195; Şamil Demir, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, S. 2, s. 220; *Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu*, AndHD, 2015, C. I, S. 1, s. 126; Levent Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", *TBB*, 2017 (Özel Sayı), s. 194.

hukuk doktrinindeki yazarlar gibi seyrek yaşanan şiddet olaylarında bu şiddetin yargı sürecindeki çekişmeli ortamdan dolayı daha fazla artmaması adına arabuluculuğa başvuru mümkün hatta eşler ve çocuklar açısından daha lehe olur<sup>46</sup>. Nitekim aile arabuluculuğunun amacı da eşleri çekişmeli yargı sisteminde kurtarmak ve onları uzlaşmaya teşvik ederek müteakip ilişkileri bakımından da daha sağlıklı iletişim kurmalarını sağlamaktır<sup>47</sup>. Şiddetin sık tekrarlandığı, bir tarafın alkol ve uyuşturucu bağımlısı olduğu ya da ağır psikolojik rahatsızlığının var olduğu durumlarda arabuluculuk elverişli değildir. Fakat bu tarz durumların olmadığı seyrek de olsa şiddete rastlandığı durumlarda arabuluculuğa başvuru ve bu sürecin gerekli eğitimi almış arabulucular huzurunda, tarafların güvenliği ve eşitliği sağlayan müzakere ortamında gerekirse farklı yöntemlerle (telekonferans, mekik arabuluculuk gibi) yürütülmesi yararlı olabilir<sup>48</sup>.

#### **G. Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği<sup>49</sup>**

Aile danışmanlığı, ADMY m.4/1/c'ye göre bireylerin hem aile ilişkilerini hem aile dışındaki sosyal ilişkilerini değerlendirerek birey, eş veya ailelere problemlerin çözümü için özel teknik hizmet verilen alandır. Arabuluculuk ise uyuşmazlığın çözümü için tarafları bir araya getiren ve sistematik teknikleri uygulayarak tarafların kendi çözümlerini kendi üretebilmelerini sağlayan, çözüm üretmedikleri noktada ise çözüm önerisi sunabilen uzmanlık eğitimi almış tarafsız ve bağımsız üçüncü kişi eşliğinde yürütülen süreçtir (HUAK m.2/1/b). Buradan hareketle aile arabuluculuğunun bir aile danışmanlığı olmadığı ve bu nedenle aile danışmanları veya terapistlerin arabuluculuk hizmeti sunamayacağı ileri sürülmüştür<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, s. 1194; Akil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", s. 124.

<sup>47</sup> Parkinson, Aile Arabuluculuğu, s. 8.

<sup>48</sup> Bozdağ, "Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği", s. 117-118, 130; Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 192.

<sup>49</sup> RG. 04.09.2012, S. 28401.

<sup>50</sup> M. Serdar Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", *DEÜHFD*, 2005, C. VII, S. 2, s. 80; Börü, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", s. 193; Zeynep Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 1066; Marian Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, Taylor & Francis Group, 2008, s. 21.

Aile uyuşmazlıklarının dostane çözümünü sağlayan her uygulama aile arabuluculuğu olarak nitelendirilemez<sup>51</sup>. Bu uygulamalar aile danışmanlığı veya terapisi gibi şekillerde olabilmektedir<sup>52</sup>. Her ne kadar ADMY m.14'e göre<sup>53</sup> aile danışmanının eğitimine yer verilmiş ve bu eğitim arabuluculuk eğitimine benzer nitelikte gerçekleşse de<sup>54</sup> aile danışmanlarının hukuk eğitimi almamış olması aile danışmanlığını arabuluculuktan ayırır. Ayrıca aile danışmanlığında eşler tedavi edilecek hasta ve eşler arasındaki uyuşmazlık psikopatolojinin semptomları olarak görülür<sup>55</sup>. Aile danışmanı bu süreçte liderlik rolü üstlenir ve tarafları yönlendirir, tavsiyelerde bulunur<sup>56</sup>. Arabulucu ise taraflara tavsiyede bulunmaz adeta süreçte bir moderatör gibi hareket eder<sup>57</sup>. Aile danışmanlığında amaç hasta olarak nitelendirdikleri eşleri tedavi etmektir fakat arabuluculuğun amacı ise bu değildir. Arabuluculukta ise uyuşmazlık konusu hususlarda uzlaşmayı sağlamak için tarafların müzakere etmesi söz konusudur. Arabulucu taraflara uygun müzakere ortamı yaratarak tarafların sağlıklı iletişim kurmalarını sağlamaktır.

Aile arabuluculuğu konusunda aile danışma merkezlerinden yararlanılabileceğini ve dolayısıyla arabulucununun terapist ya da aile danışmanı da olabilece-

<sup>51</sup> Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s. 1066.

<sup>52</sup> Bahadır, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", s. 1066; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 80-81.

<sup>53</sup> Bu yönetmelik m.14/1'e göre "Sosyal hizmet, psikoloji, sosyoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik, tıp, hemşirelik ve çocuk gelişimi alanlarından birinde en az dört yıllık lisans programlarından mezun olanlar, Milli Eğitim Bakanlığı, Yükseköğretim Kurulu veya üniversitelerden, biri tarafından uygun görülen en az üç yüz saati teorik ve en az otuz saati süpervizyon eşliğinde olmak üzere yüz elli saati uygulamalı toplam dört yüz elli saatlik aile danışmanlığı alanında bir eğitim programını başarıyla tamamladıktan sonra sertifika alanlar, aile danışmanı unvanı alabilir."

<sup>54</sup> Yürürlükteki mevzuatımızda aile arabuluculuğu kurumu olmasa da yapılan çalışmalarda aile arabuluculuğu eğitiminin en az 300 saat teorik ve en az 100 saat pratik ve her yıl yenilenecek şekilde 20 saat yenileme eğitim verilmesi düşünülmektedir. Bu konuda bkz. Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", s. 1058.

<sup>55</sup> Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 22.

<sup>56</sup> Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 22; Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", s. 97; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 52.

<sup>57</sup> Roberts, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, s. 23; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 53.

ğini ileri süren görüşler bulunmaktadır<sup>58</sup>. Fakat bu görüşlerin arabulucunun hukukçu olması zorunluluğu karşısında şimdilik geçerliliği yoktur.

## SONUÇ

Türk hukukunda aile arabuluculuğu açıkça düzenlenmemiştir. Buna rağmen bu çalışmanın amacı mevzuatımızda aile arabuluculuğunun uygulanmasını mümkün kılan düzenleme olup olmadığını veya bu yönde yorumlanacak hükümler bulunup bulunmadığını incelemektir. Fakat mevcut düzenlemeler aile arabuluculuğunun uygulanmasında yetersiz kalmaktadır. Bunların ötesinde aile arabuluculuğu özel uzmanlık alanı sayılmalı ve özgün hukuki düzenlemeler getirilmelidir. Aile arabuluculuğu giriş kısmında anlatıldığı üzere mukayeseli hukukta arabuluculuğun en yoğun alanıdır. Zira uyuşmazlığı en az maliyetle, basit, hızlı, etkin çözmesinin yanında aile mahremiyeti, aile kurumunun saygınlığı, çocuğun üstün yararı gibi sebeplerle aile uyuşmazlıklarında en tercih edilen yöntemdir. Ayrıca aile arabuluculuğu kurumu, aile uyuşmazlıklarının kendine özgü dinamikleri dolayısıyla boşanma aşamasındaki eşlere psikolojik destek sağlanması ve eşler arasındaki diyalogun sağlıklı hale getirilmesi sonucunda kadına karşı şiddetin de önlenmesine hizmet edebilecektir.

1970'lerden beri ABD'de uygulanagelmiş bu yöntem daha sonra birçok devlet tarafından benimsenmiş ve bu yola başvuru konusunda vatandaşlar arabuluculuğa teşvik edilmiştir. Mukayeseli hukukta yaklaşık yarım asırdır uygulanan bu yöntemle ilgili mevzuatımızda gerekli düzenlemeler yapılabilir ve bu yola başvurmaya vatandaşlar özendirilebilir.

---

<sup>58</sup> Bkz. Kenneth Kressel, *The Process of Divorce: Helping Couples Negotiate Settlements*, Jason Aronson Inc., 1997, s. 88 vd.; Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, s. 861; Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", s. 43. Ayrıca bu konuda bkz. Süleyman Dost-Hikmet Tokgöz, "Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği ne Eleştirel Bir Bakış ve Bazı Öneriler", *Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. I, S. 2, 2013, s. 129-136.

## KISALTMALAR LİSTESİ

- ABD** : Amerika Birleşik Devletleri
- ADMY** : Gerçek Kişiler ve Özel Hukuk Tüzel Kişileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Açılacak Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği
- AMK** : Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun
- AndHD** : Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- AÜHFD** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Bkz.** : Bakınız
- C.** : Cilt
- CEPEJ** : Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice
- DEÜHFD** : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Edt.** : Editör
- HMK** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- HUAK** : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
- m.** : Madde
- N.** : Number
- RG** : Resmî Gazete
- S.** : Sayı
- s.** : Sayfa
- TAAD** : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
- TBB** : Türkiye Barolar Birliği
- TBBD** : Türkiye Barolar Birliği Dergisi
- TMK** : Türk Medeni Kanunu
- v.d.** : ve devamı
- Vol.** : Volume
- YD** : Yargıtay Dergisi



**KAYNAKÇA**

- AKİL, Cenk, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, C. I, ss. 75-135.
- ARAS, Bahattin, "Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözümü Teşviki", **YD**, C. XXXI, S. 3, 2005, ss. 303-309.
- AKKAYA, Tolga, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, S. 4, ss. 23-62.
- AKKAYA, Tolga, **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası**, Ankara, 2017.
- Arabuluculuk Çalışma Toplantısı, Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler, Öneriler, Sonuç Raporu**, AndHD, 2015, C. I, S. 1, ss. 120-133.
- BAHADIR, Zeynep, "Aile Arabuluculuğunu Bekleyen Usuli Sorunlar", **II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, TBB Yayınları, Ankara, 2019, ss. 1063-1086.
- BOZDAĞ, Gonca Gülfem, "Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2016, C. 20, S. 1, ss. 101-136.
- BÖRÜ, Levent, "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", **TBB**, 2017 (Özel Sayı), ss. 173-198.
- BÖRÜ, Levent, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler", **II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu**, TBB Yayınları, Ankara, 2019, ss. 1043-1061.
- BROWN, Daniel G., "Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions", **Conciliation Courts Review**, 1982, Vol. XX, N. 2, ss. 1-44.
- CORCORAN, Kathleen O'Connell-Melamed, James C., "From coercion to empowerment: Spousal abuse and mediation", **Mediation Quarterly**, 1990, Vol. XII, N. 4, ss. 303-316.
- DEMİR, Şamil, "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2014, S. 2, ss. 213-228.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, "Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği", **TAAD**, 2015, S. 23, ss. 45-84.
- DOST, Süleyman- Tokgöz, Hikmet, "Aile Danışma Merkezleri Yönetmeliği ne Eleştirel Bir Bakış ve Bazı Öneriler", **Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. I, S. 2, 2013, ss. 129-136.
- DÜR, Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Adalet Yayınevi, 2018.

- ELKİN, Meyer, "The Conciliation Court: A Pioneering Approach to the Divorce Problem-Part I", *Student Lawyer Journal*, 1968, Vol. XIV, N. 4, ss. 26-29.
- ERCAN, İbrahim, "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözülmesi", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007, ss. 63-102.
- FIRAT, Erhan, "Aile Arabuluculuğu", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmamış Doktora tezi), Erzincan 2021.
- FRIEL, Steven-TOMS Christian-RİDNİCK Brown, "The European Mediation Directive-Legal and Political Support for Alternative Dispute Resolution in Europe", *Bloomberg Law Reports*, 2011, Vol. 2, N. 1.
- FULLER, Lon L., "Mediation-Its Forms and Functions", *Southern California Law Review*, 1971, Vol. XLIV, N. 2, ss. 305-339.
- GERENCSEK, Alison E., "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse", *Florida State University Law Review*, 1995, Vol. XXIII, N. 1, ss. 43-70.
- KİNG, Carol J., "Burdening Access to Justice: The Cost of Divorce Mediation on the Cheap", *St. John's Law Review*, 1999, Vol. LXXIII, N. 2, ss. 375-476.
- KRESSEL, Kenneth, *The Process of Divorce: Helping Couples Negotiate Settlements*, Jason Aronson Inc., 1997.
- KURU, Baki, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş ve Öneriler", *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi*, 2010, S. 2, ss. 237-246.
- LİMBURY, Alan, "Should judges mediate?", 2019. <http://mediationblog.kluwerarbitration.com/>
- NOLAN-HALEY, Jacqueline, "Evolving Paths to Justice: Assessing the EU Directive on Mediation, Proceedings of the Sixth Annual Conference on International Arbitration and Mediation", *Martinus Nijhoff Publishers*, 2012.
- ÖZBEK, M. Serdar, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", *DEÜHFD*, 2005, C. VII, S. 2, ss. 71-102.
- ÖZBEK, M. Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, 6. Bası.
- PARKINSON, Lisa, *Aile Arabuluculuğu*, Fatma Yonca Yücel (Edt.), Ankara, TC. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, 2018.
- ROBERTS, Marian, *Mediation in Family Disputes: Principles of Practice*, Taylor & Francis Group, 2008.
- SPENCER, Janet Maleson-ZAMMİT, Joseph P., "Mediation-Arbitration: A Proposal for Private Resolution of Disputes between Divorced or Separated Parents", *Duke Law Journal*, 1976, N. 5, ss. 911-940.

- ŞİMŞEK, Erdem, "Aile Hukuku'na İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümü İçin Düzenlenmesi Gereken, Ayrı Bir Arabuluculuk Kanunu ile İlgili Değerlendirme", **Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu**, Ankara, 2018, ss. 47-76.
- TANRIVER, Süha, "Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, 2003, ss. 947-953.
- TANRIVER, Süha, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", **TBB**, 2006, S. 64, ss. 151-177.
- TANRIVER, Süha, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış", **Makalelerim II (2006-2010)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- TANRIVER, Süha, **Türk Aile Mahkemeleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- TANRIVER, Süha, "Türk Aile Mahkemesi Hakimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi", **Makalelerim III**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, ss. 199-202.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- TERCAN, Erdal, "Türk Aile Mahkemeleri", **AÜHFD**, 2003, C. LII, S. 3, ss. 19-53.
- UYUMAZ, Alper-ERDOĞAN, Kemal, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", **DEÜHF**, 2015, C. XVII, S. 1, ss. 119-169.
- YILDIRIM, M. Kâmil, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler, Sempozyum Notları, **İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul, 2008.
- ZYLSTRA, Alexandra, "Mediation and Domestic Violence: A Practical Screening Method for Mediators and Mediation Program Administrators", **University of Missouri School of Law Scholarship Repository**, 2001, N. 1, ss. 253-300.



# AUTOPENLE VEYA DİJİTAL EKRANA ATILAN İMZA İLE ELLE ATILAN İMZANIN KARŞILAŞTIRILMASI<sup>(\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Emre KIYAK<sup>(\*\*)</sup>  
Arş. Gör. Ahmet ŞENSÖZ<sup>(\*\*\*)</sup>

## Öz

Bir irade açıklamasının kime ait olduğuna yönelik belirsizliği ortadan kaldırmak üzere kullanılan en yaygın yöntem *elle atılan imza* (ıslak imza) olmakla birlikte, kullanılan tek yöntemin bu olmadığı açıktır. Bu çalışmada, elle atılan imza ve bunun yerine kullanılacak bir işaret ya da yöntemin temel olarak şu üç işleve sahip olabileceği kabul edilmiştir: 1. *Bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymak*. 2. *(Geçerliliği yazılı şekil şartına tabi olan) hukukî işlemlere geçerlilik kazandırmak*. 3. *İspat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırmak*. Bu kabul doğrultusunda, elle atılan imza, autopenle atılan imza ve dijital ekrana atılan imza ile karşılaştırılmış ve her bir yöntemin, yukarıda belirtilen üç işlevi yerine getirme kabiliyetine sahip olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmıştır. Böylece, elle atılan imzanın yukarıda belirtilen üç işleve de sahip olduğu, buna mukabil autopen ile atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın söz konusu işlevleri yerine getirme kabiliyetlerinin ise kısıtlı/tartışmaya açık bir mesele olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Elle Atılan İmza, İmza Sahteciliği, Güvenli Elektronik İmza, Autopen, Dijital Ekrana Atılan İmza.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08/07/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 25/08/2021.

Atıf Şekli: Emre Kıyak - Ahmet Şensöz, "Autopenle veya Dijital Ekrana Atılan İmza ile Elle Atılan İmzanın Karşılaştırılması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 791-838.

<sup>(\*\*)</sup> Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye.

E-posta: emre.kiyak@erdogan.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-9795-8642.

<sup>(\*\*\*)</sup> Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye.

E-posta: ahmet.sensoz@erdogan.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-9065-5737.

# COMPARISON OF HANDWRITTEN SIGNATURE WITH SIGNATURE MADE USING AUTOPEN OR (HANDWRITTEN) SIGNATURE MADE ON DIGITAL SCREEN

## ABSTRACT

Although a handwritten signature is the most commonly used method to eliminate ambiguity about to whom a declaration of intention belongs to, it is clear that this is not the only method used. In this study, it is accepted that a handwritten signature and a sign or method to be used as its substitution can basically have the following three functions: 1. to reveal the belonging of a declaration of intention, 2. to give validity to legal transactions (whose validity is subject to the condition of the written form), and 3. to give a document the deed qualification in terms of evidence law. In line with this acceptance, the handwritten signature was compared with the signature made with autopen and the (handwritten) signature on the digital screen, and it was tried to determine whether each method is capable of fulfilling the three functions mentioned above. Thus, it was concluded that the handwritten signature has all three functions mentioned above, whereas the ability of the signature with autopen and the signature on the digital screen to fulfill these functions is limited/controversial.

**Keywords:** Handwritten Signature, Signature Forgery, Secured Electronic Signature, Autopen, Handwritten Signature made on Digital Screen.

## GİRİŞ

Elle atılan imzanın irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymak noktasında uzun zamandır en yaygın kullanılan yöntem olmasını, işlem kolaylığının yanı sıra grafoloji alanındaki gelişmelere bağlamak yanlış olmaz. Şöyle ki, hukukî açıdan bakıldığında da bağlanma iradesini yansıtmak üzere kullanılan elle atılan imzanın, olası sahtelik iddiası karşısında gerçek olup olmadığının saptanmasındaki yüksek isabet oranı, bu imza türünün -yaygın ve güvenilir- araç olarak kullanılmasının en önemli sebeplerinden biri sayılabilir.

Gerek kullanım kolaylığı gerek sıhhatinin tespitinin yüksek isabet oranıyla mümkün olması sebepleriyle *elle atılan imza* oldukça yaygın kullanım alanına sahiptir. Buna mukabil, ticari ilişkilerin karmaşık yapılara bürünerek artması, günlük yaşamda gerçekleştirilen işlemlere hız kazandırma ihtiyacının karşılanması gibi sebeplerle imza kullanımına duyulan ihtiyacın her geçen gün arttığını söylemek çok yanlış olmaz. Bunun yanı sıra, günümüz dünyasında yeni bir ortam olan -sanal ortamın- önem kazanması, elle atılan imza yerine başka araçların/yöntemlerin kullanılmasını gündeme taşımıştır. Günümüzün yeni kavramları olan “elektronik imza”, “güvenli elektronik imza” gibi kavramlar bu değişimin sonuçları addedilebilir. Güvenli elektronik imza, -kullanım alanı ve hukukî mahiyetinin ne olduğu noktalarında- şu an için ayrıntılı yasal düzenlemelere sahip ise de uygulamada yeni yeni karşılaşılan *dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana (el yazısıyla) atılan imzanın* (kısaca dijital ekrana atılan imzanın) hukukî mahiyetinin ne olduğu tartışmaya açıktır<sup>1</sup>.

Esasen, elle atılan imzanın ikamesi olabilecek araçların arayışına girilmesini bilişim alanındaki gelişmelere hasretmeye gerek yoktur. Zira ticari ve diplomatik ilişkilerin hız kazanmaya başladığı 19’uncu yüzyılın başından itibaren çok sayıda belgenin imzalanmasını sağlayacak mekanik araçların geliştirilmeye başlandığını görmek mümkündür. Bu tür araçlardan günümüze kadar gelmiş olan *-autopen- cihazı*, kişinin, el ile atmış olduğu imzayı taklit eden mekanik bir alettir. Bu cihaz kullanılarak atılan imzanın hukukî mahiyetini tespit ederken elle atılan imzayla -aynı- yaklaşımı benimsemek, pozitif hukukun imza atmak üzere mekanik aletlerin kullanımını kısıtlayan düzenlemeleri dikkate alındığında *kanaatimizce* isabetli olmaz.

<sup>1</sup> Bu noktada bkz. Zekeriya Kurşat, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekrana Atılmasını Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, C. LXXV, S. 7, s. 415 vd.

Elle atılan imza veya bunun yerine kullanılan bir aracın/yöntemin üç temel işlevi [(a) bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyeti (b) hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma kabiliyeti (c) ispat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyeti] olduğuna yönelik yaklaşımımızdan yola çıkılarak; bu çalışmada, elle atılan imza, autopen cihazıyla atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın bu işlevleri üstlenme kabiliyeti inceleme konusudur. Çalışmanın inceleme alanı sadece belirtilen araçlar olduğundan, güvenli elektronik imzanın ele alınmayacağını şimdiden belirtmekte yarar vardır.

## I. ELLE, AUTOPENLE VE DİJİTAL EKRANA ATILAN İMZA HAKKINDA GENEL BİLGİ

Günümüzde, elle (kalemle) imza atmak yazılı bir metinde bağlanma iradesini ortaya koymak üzere kullanılan tek yöntem olmadığından, bu çalışmanın konusunu teşkil eden diğer yöntemler hakkında kısa bilgi vermek yerinde olacaktır. Bu bağlamda elle atılan imza, autopenle atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma, hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma ve ispat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyetleri inceleme konusu yapılmadan önce, söz konusu yöntemler hakkında genel bilgi verilecektir. Lakin öncelikle Türk mevzuatında imza ile ilgili temel düzenlemelere kısaca değinmekte yarar vardır.

### A. İmza ile İlgili Temel Düzenlemeler

İmza, yazılı metinde yer alan irade beyanlarının (irade beyanında bulunan kişi için) bağlayıcılık taşıdığını ortaya koymak noktasında kullanılabilir belki de en tereddütsüz araçtır. Vurgulamak gerekir ki, irade beyanının bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı aslında beyanın kendisiyle ilgilidir. Yani, yazılı olmayıp şifahen yapılan irade açıklamasının da elbette bağlayıcılık taşıması mümkündür. Önemli olan kullanılan kelimelerdir. Buna mukabil, hukuk sistemi, bazı hukukî işlemlerde yer alan irade beyanlarının bağlayıcılık taşıyıp taşımadığının *ortaya konulması, belirgin hale getirilmesi* noktasında şifahî açıklamaları yeterli görmemekte, bunların yazıya geçirilmesini ve *imza ile* kapsanmasını istemektedir. Gerçekten, *alacağın devri sözleşmesi* (TBK m.184/1), *taksitle satış sözleşmesi* (TBK m.253/2), *bağışlama sözü verme* (TBK m.288/1), *yayım sözleşmesi* (TBK m.488/1), *kefalet sözleşmesi* (TBK m.583) örneklerinde olduğu gibi Türk hukukunda bazı hukukî işlemlerin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmalarının zorunlu tutulması, böylesine bu hukukî işlemlerde bağlanma iradesinin imza ile kapsanmasını zorunlu kılmaktadır. “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur*” şeklindeki TBK m.14/1, bu zorunluluğu açıkça ortaya koymaktadır.



Bağlanma iradesini kapsayan *imzanın* hangi yöntemle yazılı metne yansıtılacağı hususunda Kanun'un alternatifli yaklaşımı benimsediği söylenmelidir. TBK m.15/1'de *güvenli elektronik imza* el yazısıyla atılan imza ile eşdeğer kabul edilerek *birçok hukukî işlem* için bu alternatif yöntemin yasal zemini oluşturulmuştur<sup>2</sup>. Bu noktada vurgulanması gereken iki husus vardır: İlk olarak, Kanun, güvenli elektronik imzayı elle atılan imza ile *aynı* kabul etmemekte, sadece *eşdeğer kuvvette* görmektedir. İkinci olarak, bu alternatif yöntem, tüm hukukî işlemler için uygulanabilir nitelikte değildir. Gerçekten 15.1.2004 tarihli ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun (EİK) 5'inci maddesinin birinci fıkrasında, TBK m.15/1'e paralel şekilde güvenli elektronik imzanın, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğuracağı ifade edilmiş olmasına karşın, aynı maddenin ikinci fıkrasında "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*" denilmek suretiyle, bu opsiyonel yöntemin temel sınırları çizilmiştir. Belirtmek gerekir ki, güvenli elektronik imzanın uygulanma alanının sınırlarını gösteren tek düzenleme bu da değildir<sup>3</sup>.

İmza atmak için autopen gibi cihazların kullanılmasına hukukî anlamda imkân tanıyan temel bir düzenleme olarak ise, "*İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır*" şeklindeki TBK m.15/2 hükmünü göstermek mümkündür<sup>4</sup>. Bu düzenlemeyle paralel şekilde, TTK m.1526/2 düzenlemesinde olduğu gibi, imza atmak noktasında araç kullanılmasına açıkça cevaz veren düzenlemelere de rastlamak mümkündür.

Dokunmatik ekrana parmak hareketleriyle yahut bu ortamda yazı yazmaya elverişli kalemle atılan imzalar için ise mevzuatta açık düzenlemelerin bulunduğu söylemek mümkün değildir. Keza bu şekilde atılan imzaların güvenli elektronik imza kategorisinde değerlendirileceği de kesinlikle söylenemez. Bu noktada iki farklı yönde tercih benimsenebilir: *Ya dijital ekrana atılan imzalar el yazısı ile atılan imza (elle atılan imza) ile aynı hükümlere tabi olacak*<sup>5</sup> ya da bu türden imzalar TBK m.15/2'de yer alan *araçla atılan imza* kategorisinde değer-

<sup>2</sup> Görme engelliler ve imza atamayanlar için sırasıyla bkz. TBK m.15/3; m.16/1.

<sup>3</sup> Bkz. aşa. dn. 49 cv.

<sup>4</sup> "Mekanik yoldan imza", ancak bu konuda teâmül varsa, özellikle 'çok sayıda tedavüle çıkarılan kıymetli evrak'ta kabul edilir" (Hüseyin Hatemi - Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 49).

<sup>5</sup> Bkz. aşa. dn. 50 cv.

lendirilecektir. Biz bu ikinci görüşü benimsemekle birlikte bunun dayanak noktaları çalışmanın ilerleyen safhalarında<sup>6</sup> dile getirilmektedir.

Şimdi dile getirilen her üç yöntemi (elle atılan imza, autopen imza ve dijital ekrana atılan imza) genel olarak ele almakta yarar vardır.

## B. Elle Atılan İmza

Tarih boyunca bir irade açıklamasının kime ait olduğunu göstermek noktasında mühür, parmak izi, tuğra gibi araçlar yaygın şekilde kullanılmış<sup>7</sup> olmakla birlikte, grafoloji alanındaki gelişmelerin, *bir kimsenin herhangi bir belgeyi yazdığını veya onayladığını belirtmek için her zaman aynı biçimde kullandığı işaret*<sup>8</sup> şeklinde tanımlanan *elle atılan imzanın* yaygın bir şekilde kullanılmasına ön ayak olduğu düşüncesindeyiz.

Gerçekten imza denince akla ilk gelen ve bir imzanın (çalışmanın ilerleyen kısımlarında<sup>9</sup> belirtilecek) olan tüm işlevlerini yerine getirme kabiliyetine sahip olan işaret türü “ıslak imza” olarak da isimlendirilen *elle atılan imza*dır. Bu bağlamda, söz konusu yöntem dışında kalan bütün diğer araç ve yöntemler için kıstas noktası teşkil etmektedir. Öyle ki, diğer bütün araç ve yöntemler bir irade beyanının bağlayıcılığını ortaya koymak noktasında en fazla elle atılan imza kadar geniş uygulanma alanına sahip olabilir.

Elle atılan imzayı, kişinin yazılı bir belgedeki yazıyı yazdığını ya da onayladığını gösteren ve hemen her zaman aynı şekilde kullandığı işaret, kişiye ait özellikler taşıyan bir biyometrik<sup>10</sup> olarak tanımlamak mümkündür. Diğer deyişle elle atılan imza, kişinin kalem<sup>11</sup> vasıtasıyla, (herhangi bir müdahale olmadığı sürece)

<sup>6</sup> Bkz. aşa. dn. 52 cv.

<sup>7</sup> Bkz. Türkiye Diyanet Vakfı, *İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2000, s. 252 - 255.

<sup>8</sup> Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük* “imza”, <https://sozluk.gov.tr/> (1.9.2020).

<sup>9</sup> Bkz. aşa. dn. 56 cv.

<sup>10</sup> Tülay Özer, “Medeni Usûl Hukuku Bakımından Belge ve Adi Senette Sahtelik İddiası”, *Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2019, s. 67.

<sup>11</sup> “...Somut olayda; keşideci - borçlunun imzalarının kaşe imzalar olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, senette yer alan kaşe imzanın borçlunun elinden çıkmış ıslak imza olmaması nedeniyle, yukarıda açıklanan imza unsurunu içermeyen takip konusu senet, kambiyo senedi vasfını haiz bono niteliğinde değildir. Bu durumda, mahkemece İİK'nın 170/a - 2. maddesi gereğince istemin kabulüyle takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, itirazın kabulüyle takibin durdurulması yönünde hüküm tesisi doğru değil ise de, borçlunun bu hususa dair temyiz itirazı bulunmadığından (ve karar alacaklı tarafından da temyiz edildiğinden aleyhe bozma yasağı ilkesi gereğince de) bu husus bozma nedeni yapılmamıştır...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 05.05.2016 tarihli ve E. 2016/10606, K. 2016/13343 sayılı kararı ([www.hukukturk.com](http://www.hukukturk.com)).

yazıyı sürekli bir şekilde muhafaza etmeye elverişli (kâğıt, tahta, deri gibi) bir cisim üzerine atılmış olduğu ve *karakteristik özelliklerini yansıtan* işarettir. İmza atmak için kullanılan kalemin mutlaka mürekkepli olmasına lüzum olmayıp kurşun kalem ile atılan imza da muteberdir<sup>12</sup>.

Kural, imzanın el ile atılması olmakla birlikte, elini kullanamayıp ayağı veya ağzı ile yazı yazabilen kimselerin bu uzuvlarını kullanarak attıkları imzalar da *imza atmayı amaç edinmesi* ve aidiyetin belli olması şartıyla elle atılan imza statüsünde nitelendirilmelidir<sup>13</sup>. Kişinin karakteristik özelliklerini yansıtan sair işaretin, elle atılan imza olarak nitelendirilebilmesi için bu iradeyle atılmış olması yeterli olup mutlaka ad ve soyadını ihtiva etmesine gerek yoktur<sup>14</sup>.

21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun "*Söyleyişte, yazışta, imzada öz ad önde, soy adı sonda kullanılır*" şeklindeki 2'nci maddesinden de aksi yönde bir anlam çıkarmak mümkün değildir<sup>15</sup>. Zira bu madde, isim ve soy ismin imzada hangi sırayla kullanılması gerektiğini gösteren *düzen hükmü* niteliğindedir. Biraz önce belirtildiği üzere önemli olan, kişinin el ile yansıtmış olduğu işaretini *imzalamak kastıyla* ortaya koyması olduğu için, bir işaretin imza olarak yorumlanmasında, kişinin daha önce aynı amaçla kullandığı işaretler (imzalar) önemli olmakla birlikte *dürüstlük ilkesi* çerçevesinde yorumlanması önem arz etmektedir. Mesela, bir kimsenin, daha önce hiç kullanmadığı fakat kendisinden

<sup>12</sup> Yavuz Alangoya - Kâmil Yıldırım - Nevhis Deren Yıldırım, *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 325 - 326; (poliçe örneğinde) Ali Bozer - Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 8. Bası, Ankara, 2018, s. 89.

<sup>13</sup> Bkz. Özer, s. 68; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 20. Bası, Ankara, 2016, s. 140.

<sup>14</sup> "...6098 Sayılı TBK nun 15. maddesine göre, imzanın, borç altına giren kimsenin el yazısı olması gerekir. El yazısı ile atılacak imzanın şekli konusunda yasada hüküm bulunmamaktadır. Kişi, kendisine özgü belli karakterleri içeren sembollerini belirterek imza atabileceği gibi, ad ve soyadını bizzat el yazısı ile yazmak suretiyle de imza atabilir. Ancak bu durumda borçlu, ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaç edinmelidir. Somut olayda; takip dayanağı bonoların aval hanesinde el yazısı ile şikâyetçi borçlunun adının yazılı olduğu ve şikâyetçi adına ayrıca atılmış bir imzanın bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, şikâyetçinin imzasını ad ve soyadı ile atıp atmadığı hususunun imzasının bulunabileceği resmî kuruluşlardan sorularak tespiti gerekir. Şayet şikâyetçinin imzasını ad ve soyadını yazmak sureti ile attığı tespit edilirse senet altına yazılan '...' ibaresinin şikâyetçi borçlunun eli ürünü olup olmadığının tespiti ile yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetsizdir..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.11.2017 tarihli ve E. 2016/23838, K. 2017/14734 sayılı kararı (www.hukukturk.com). Ayrıca bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Birinci Cilt*, Yedinci Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, s. 281.

<sup>15</sup> Özer, s. 69 (ve orada yer alan Yargıtay daire kararları).

sadır olduğu ve (belgenin özelliği dikkate alındığında) -imza olarak atıldığı- tartışmasız olan -karakteristik özelliklerini yansıtan- bir işarete yönelik imza inkârı kabul edilmemelidir. Lakin (çarpı, isim ve soy ismin sadece baş harflerini *karakteristik yazı özelliklerini yansıtmayacak derecede* basit olarak yazmakla yetinmek yahut bunların üzerine sadece basit bir çizgi çekmek gibi) **taklidi son derece kolay olan basit el işaretleri imza olarak kullanılamaz**<sup>16</sup>. Böyle bir ihtimalde, muhatap konumundaki kişilerin, söz konusu işaretin imza olarak nitelendirilemeyeceğinin bilincinde olması önemlidir. Aksine bir kabul, yani -kişinin karakteristik yazı özelliklerini yansıtmayacak derecede- basit işaretleri imza olarak nitelendirmek, hukukî güvenlik ilkesine aykırı olacaktır. Zira böyle basit işaretlerin kişiden sadır olup olmadığını tespit etmek -birçok ihtimalde- mümkün olmayacaktır.

Bu noktada paraf kavramına ayrıca değinmekte yarar vardır. Özellikle çok sayıda belgelerin imzalanmasını kolaylaştırmak için kullanılan *paraf*, kişinin ad ve soy isminin sadece baş harflerinden oluşan “kısa” imzasını ifade etmektedir<sup>17</sup>. Lakin, tıpkı elle atılan imzada olduğu gibi paraf olarak kullanılan işaretlerin de bazen isim ve soy ismin baş harfinden farklı yapıya sahip olması ihtimal dâhilindedir<sup>18</sup>. Paraf, imza yerine geçmediğinden, elle atılan imza ile eşdeğer kuvvete sahip olduğunu söylemek de *fikrimizce* tereddütle benimsenebilecek bir yaklaşımdır<sup>19</sup>. Buna mukabil, özellikle ispat hukuku açısından paraflanmış belgeler (HMK m.202/2’de yer alan

<sup>16</sup> Karş. “...818 Sayılı BK’nın 14. (TBK’nın 15.) maddesine göre ise, imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. El yazısı ile atılacak imzanın şekli konusunda yasada hüküm bulunmamaktadır. Kişi, kendisine özgü belli karakterleri içeren sembolleri belirterek imza atabileceği gibi, ad ve soyadını bizzat el yazısı ile yazmak suretiyle de imza atabilir. Ancak borçlu, ad ve soyadını yazarken imza atmayı amaç edinmelidir. O halde mahkemece, takibe dayanarak bononun arka yüzünde ve ilk sırada yazılı olan “N. S.” ibaresinin adı geçene ait bir imza olup olmadığı hususunun yöntemince araştırılmadan yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.02.2015 tarihli ve E. 2014/32833, K. 2015/4052 sayılı kararı (www.hukukturk.com).

<sup>17</sup> Bkz. Mine Erturgut, *Medeni Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi*, Ankara, 2004, s. 102; Ayşe Ece Acar, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, İstanbul, 2013, s. 30; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 281.

<sup>18</sup> Erturgut, s. 102; Acar, s. 30; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 281.

<sup>19</sup> Karş. “...Türk Hukukunda hayli yaygın olan ve diğer bazı İsviçreli yazarlarca da benimsenen, Alman Federal Mahkemesinin kararlarına da uygun düşen diğer görüş ise, bazı şartlarla, bu tip bir imzayı da geçerli saymaktır ki, ülkemiz realiteleri açısından yapılacak başka bir şey de yoktur. Buna göre, (adın baş harflerini açık biçimde içermesi zorunlu olmayan) paraf biçimindeki imza, alelâde bir el işaretinden ibaret kalmayıp, sahibinin teşhisine imkân verebilecek ölçüde şekillenmiş ise ve herhalde metni kabul edip yürürlüğe koyma iradesini yeterince yansıtırorsa, BK m.14/1’in aradığı el yazısı ile imza şartına gerçekleşmiş gözüyle bakılacaktır...” (Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 281).

diğer şartları da sağlaması halinde) delil başlangıcı kuvvetine haiz olabileceğinden, böyle bir işaretle kapsanmış irade beyanlarının gerçekliği delil başlangıcı hükümleri çerçevesinde ispat edilebilir<sup>20</sup>. Tıpkı elle atılan imzada olduğu gibi paraf üzerinde de sahtecilik iddiası ve bu iddianın incelenmesi mümkün olduğundan, diğer deyişle sahtelik incelemesine ilişkin hükümlerin parafalara da uygulanabilmesi sebebiyle, paraflanmış belgelerin ispat kuvveti (biraz önce belirttiği üzere) tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Lakin burada da altını çizmekte yarar vardır ki, elle atılan imza için olduğu gibi paraf için de, sahtelik incelemesi yapılamayacak derecede basit işaretlerin kullanılması mümkün olmamalıdır.

Hem imza hem paraf için kullanılan işaretin mutlaka isim ve soy isimden (paraf için bunların baş harfi) müteşekkil olması gerektiğine yönelik sınırlama mevcut olmadığından, bazı ihtimallerde kullanılan işaretin paraf olarak mı yoksa imza olarak mı kullanılmış olduğuna yönelik tereddütler ortaya çıkabilir. Kısaca, elle atılan imza ile paraf arasındaki ayrım bazı ihtimallerde belirsizleşebilmekte olup<sup>21</sup> uygulamada da bu riskleri bertaraf etmek için belge (sözleşme) imzalanırken ayrıca imza sahibinin el yazısıyla ad ve soyadının da yazılmasının istendiğini görmek mümkündür. Ayrıca bu yapılmamış olması durumunda dahi tarafın daha önceden imzalamış olduğu belgelere bakılarak sonuca varılmaya çalışılır<sup>22</sup>.

### C. Autopenle Atılan İmza

Autopen cihazları kullanılarak imza atmak, daha doğru ifadeyle elle atılan imzayı taklit etmek, dünya tarihinde yeni bir uygulama değildir. Bununla birlikte, günümüzde dahi tüm dünyada kabul edilmiş yaygın yöntem olduğunu söylemek de oldukça güçtür. Devam eden alt başlıklarda öncelikle imza atmak üzere kullanılan bu *atipik* yöntem ile ilgili bilgi sunulmakta, sonrasında ise Türk hukuku açısından autopen cihazlarıyla atılan imzaların geçerliliği hakkında genel değerlendirme yapılmaktadır. Bununla birlikte, Türk hukuku açısından bu yöntemle atılan imzaların geçerli kabul edilip edilmeyeceği çalışmanın ilerleyen bölümlerinde<sup>23</sup> daha detaylı şekilde irdelenmektedir.

<sup>20</sup> Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku (Cilt: I - II)*, 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 556; Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz - Sema Taşpınar Ayvaz, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 419; Güray Erdönmez, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Cilt: 2)*, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1841; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku (Cilt: 1)*, Ankara, 2016, s. 854; Mustafa Göksu, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, Ankara, 2011, s. 124; Acar, s. 30.

<sup>21</sup> Erturgut, s. 102.

<sup>22</sup> Erturgut, s. 103; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1776.

<sup>23</sup> Bkz. aşa. dn. 36 cv.

## 1. Genel Olarak Autopenle Atılan İmza

Çok sayıda belgeye imza atma sorunu tarih boyunca farklı yöntemlerle çözüme kavuşturulmuş olup Roma imparatorları ve İspanyol kralları gibi bazı yöneticiler tuğralarını belgelere derç etmek üzere metal bir damga kullanırken Fransız kralları ise bu görev için sekreter istihdam etme yoluna gitmiştir<sup>24</sup>. Amerika Birleşik Devletleri başkanları da, bu sorunu çözmek üzere kâtiplerden yararlanma, damga ve “Autopen” cihazı kullanma yoluna gitmişlerdir<sup>25</sup>. İnsanın karakteristik yazım şekillerini tekrar edecek bir *robot* geliştirme fikrini eski çağlarda yaşayan Araplara götürmek<sup>26</sup> mümkün olmakla birlikte, yakın tarihte böyle bir amacı gerçekleştirmeye yönelik cihazların on dokuzuncu yüzyıldan itibaren geliştirilmeye başladığını söylemek yanlış olmaz<sup>27</sup>.

Günümüzde kullanılan autopen cihazlarını, yirminci yüzyılın başlarında geliştirilen cihazlarının (*signagraph* veya *signo*) sonucu saymak mümkündür<sup>28</sup>. Autopen cihazlarını, kişinin elle atılan imzasını oluşturan karakteristik özellikleri yansıtabilecek şekilde tekrar tekrar atabilen bir mekanizma (robot kol) bütünü olarak tanımlamak mümkündür<sup>29</sup>. Alman ve İsviçre hukukunda “*Unterschriftenautomat*” denilen<sup>30</sup> bu cihazlar, elle atılan imzanın kaydedilerek mekanik olarak çoğaltılması için kullanılmaktadır. Pek tabidir ki, böylesine cihazlar çok sayıda belgenin imzalanması sürecini kısaltmak amacıyla kullanılmaktadır.

Autopen cihazlarının ilk örneklerinde, eklemlerle hareket ettirilebilen iki adet kol bulunmakta olup, bunlardan biri açık bir uca sahip diğeri ise kalemlerle

<sup>24</sup> J. F. McCarthy - Janis Winchester, “The Autopen”, *Journal of Forensic Sciences*, 1973, C. 18, S. 3, s. 441.

<sup>25</sup> McCarthy - Winchester, s. 441. Autopen cihazının tarihçesi için ayrıca bkz. Charles Hamilton, *The Robot That Helped to Make a President*, New York, 1965, s. 3 vd; Ahmet Özşahin, “Adli Belge İncelemelerinde Autopen Ürünü Yazı ve İmzaların Analizi”, *Polis Akademisi, Adli Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2017, s. 29 vd. ABD’de başkan tarafından kullanılması noktasındaki tartışmalar için kısaca bkz. Terry L. Turnipseed, “The President and the Autopen: It is Unconstitutional for Someone or Something to Sign a Bill Outside of the President’s Presence”, *Syracuse University College of Law - Faculty Scholarship*, (24.7.2012), <https://surface.syr.edu/lawpub/83> (9.3.2021).

<sup>26</sup> Hamilton, s. 3.

<sup>27</sup> Bkz. McCarthy - Winchester, s. 441 vd.; Hamilton, s. 3.

<sup>28</sup> Bkz. McCarthy - Winchester, s. 441; Hamilton, s. 3 - 4; Özşahin, s. 29.

<sup>29</sup> Bkz. Sascha Schimke, “Suche in on - line erfassten digitalen Handschriftdokumenten”, *Otto - von - Guericke - Universität*, (Dissertation), Magdeburg 2008, s. 36 - 38. Autopen’in günümüzde kullanılan çeşitleri için ayrıca bkz. Özşahin, s. 29 vd.

<sup>30</sup> Schimke, s. 36.

donatılmıştır. Makineye imzanızı tanıtırma aşamasında, kalem, kâğıt üzerinde tek bir yazma hareketiyle hareket ettirilirken potansiyometre veya eklemlerdeki diğer sensörler ilgili açılı bilgilerini ölçer ve bu sayede imzanız artık makine tarafından tanınır. İçinde bulunan otomatik yazma aşamasında kollar, artık eklemlerdeki motorlar vasıtasıyla hareket ettirilerek size ait imza hareketleriniz taklit edilir. Autopen makinesinin ilk modellerinde açılı bilgiler, manyetik bantlar kullanılarak analog düzeyde saklanmıştır<sup>31</sup>.

Autopen cihazlarının, bir belgeyi, *kişinin karakteristik özelliklerini yansıtan şekilde* imzalama kabiliyeti; bir imzanın (yetkisiz şekilde) autopen cihazı kullanılarak atılıp atılmadığını saptanmasını zorlaştırabilmektedir. Bununla birlikte söz konusu makinelerin, elle atılan imzaların bölgesel düzeyde meydana getirdiği *değişken* basınç ve açıyı oluşturamaması, tahkikat esnasında ayırt edici ve belirli bir özellik sayılabilir<sup>32</sup>.

## 2. Autopenle Atılan İmzanın Türk Hukukundaki Yeri ve Geçerliliği

Autopen cihazları, ABD gibi bir kısım ülkelerde hükümet yetkilileri, dernek yöneticileri, iş adamları, ordu mensupları, yazarlar ve sporcular gibi, çok sayıda belgeyi (mesleki veya özel amaçlarla) imzalamak durumunda olan kişiler tarafından kullanılabilir<sup>33</sup>. Türk hukukunda ise autopenle imza atma uygulamasının çok yaygın bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Schimke, s. 36 - 37.

<sup>32</sup> Lakin *legacy* olarak adlandırılan klasik modellerin aksine *dijital autopen cihazlarına* bölgesel basınç farkını yansıtabilme kabiliyetini kazandırmanın mümkün olduğu da göz ardı edilmemelidir. Bkz. Özşahin, s. 41.

<sup>33</sup> Özşahin, s. 37; Ayrıca bkz. McCarthy - Winchester, s. 441 - 442.

<sup>34</sup> Bu noktada: "... Yukarıda bahsedilen karbon kağıdı kullanılarak kopyalama yöntemi ile ya da görüntünün tarandığı fotokopi ve baskı makineleri ile oluşturulmuş üst üste tetabuk eden sahte imzaların yanı sıra yazı - imza makinesi ile birebir aynı ya da varyasyonlar içeren imza oluşturma kavramları da güncel bilimsel tartışma konuları arasındaki yerini korumaktadır. Bilimsel yazılardan çok kitap, farklı yayın türleri ve internet sitelerinde yer bulan yazı imza makineleri tarihi 1803'lere dayandırılmaktadır (16 - 21). Yukarıda sayılan parametrelerden fulaj hariç diğerleri tartışmasız olmakla birlikte, fulaj varlığı, yokluğu ya da - var olması durumunda bile - fulajlarda oluşan farklılık nedeni ile imza makinelerinin attığı imzaların uzmanlarca tanınabileceğini öne süren bilim adamları bir yanda; baskı miktarını ve her farklı imza atışta oluşabilecek varyasyonları bile ayarlayabilen imza makinelerinin bulunduğunu iddia eden bilim adamları bir yanda yer alarak, ülkemizde ve dünyada tartışmalar sürmektedir. Ne yazık ki 'autopen', 'signing machine', 'signature machine', 'robot pen', 'forensic', 'document examination', 'fake', 'forgery' gibi ifadelerin 20'den fazla kombinasyonu denenecek yapılan aramalarda direkt yazı - imza makinesi ile ilişkili bir yayına ulaşılamamıştır. Bu konuda uğraşılı aramalara rağmen literatürde rastlanmamış olması; en azından metaanaliz yaparak bir yargıya

Peki, hukukî *anlamda* Türk mevzuatı autopen cihazlarının kullanılması için yasal dayanak noktalarına sahip midir? Yukarıda<sup>35</sup> da belirtildiği üzere hem TBK m.15/2 düzenlemesinin örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında el yazısı dışında bir araç kullanılarak imza atılmasına cevaz vermesi hem de TTK m.1526/2'de belirtildiği üzere konşimentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin mekanik veya elektronik araçla imzalanabilmesi karşısında, Türk hukukunda autopen cihazlarının kullanımının mutlak şekilde engellenmediğini söylemek mümkündür. Fakat burada asıl sorun, TTK m.1526/2 gibi bu imkânın açıkça belirtilmediği ihtimallerde, autopen cihazlarının kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bu noktada, şunları dile getirmekte yarar vardır:

TBK m.15/2, autopen gibi mekanik bir araçla, ya da hükümdeki ifadeyle *el yazısı dışında bir araçla* imza atılmasını sadece örf ve âdetin buna cevaz verdiği (iş hayatında yerleşmiş âdetlere uygun düştüğü)<sup>36</sup> ihtimallere hasretmiştir. Hükümde geçen ve *özellikle çok sayıda kıymetli evrakın imzalanmasında* ifadesini de *bir örnek gösterimi olarak* bu kapsamda değerlendirmek gerektiği kanaatindeyiz.

Ne var ki, el yazısı dışında bir araç kullanarak imza atabilmek noktasında hem örf ve âdetçe kabul edilen durumların hem de çok sayıda kıymetli evrakın imzalanması ihtimallerinin de uygulanma alanı oldukça kısıtlıdır. İlk olarak, herhangi hukukî işlemde söz konusu imkânın örf ve âdet kapsamında mevcudiyetinden bahsedebilmek için, bu işlemin bir autopen gibi mekanik araçla yapılması noktasında alelade örf ve âdeti aşan bir uygulamanın mevcudiyeti gerekir<sup>37</sup>. İkinci olarak, çok sayıda kıymetli evrakın el yazısı dışında bir araçla imzalanması noktasında da TTK'da önemli bir kısıtlama mevcuttur. Gerçekten, TTK m.756/2 (ve bu düzenlemeye gönderme yapan TTK m.778/1(i); TTK m.818/1(r)) ile getirilen kısıtlama sebebiyle poliçe, bono ve çekin autopen cihazı gibi mekanik araçlarla imzalanması mümkün değildir<sup>38</sup>. Belirtilen tüm bu hususlar karşısında, **-şu an için-** Türk hukukunda el yazısı dışında autopen cihazı gibi mekanik bir araç kullanarak

---

*varmayı sağlayacak yaygınlıkta çalışmaların bulunmadığını düşündürmektedir. Bu nedenle, konu farklı bilim insanlarının ancak yorumları seviyesinde tartışılabilir...*" (İpek Esen Melez vd., "Tetabuk Özelliği Olan Sahte İmzaların Tespitinde Bilgisayar Teknolojilerinin Rolü: Olgı Sunumu", **Adli Tıp Bülteni**, 2015, C. 20, S. 3, s. 169).

<sup>35</sup> Bkz. yuk. dn. 3 cv.

<sup>36</sup> Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 283.

<sup>37</sup> Bu noktada bkz. Yasemin Işıkaç, "Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Doktora Tezi), İstanbul 1991, s. 59 vd.

<sup>38</sup> Bkz. aşa. dn. 87 cv.



imza atabilmenin *ancak ve ancak* TTK m.1526/2 gibi kanunda bu hususta açık bir düzenleme olması ihtimalinde geçerli olabileceği *kanaatindeyiz*. Çünkü Türkiye’de herhangi bir işlemin yapılması noktasında *yerleşmiş âdet* haline gelmesini sağlayacak düzeyde bir autopen cihazı kullanım yaygınlığı mevcut değildir. Bununla birlikte ilerleyen yıllarda *bazı işlemlerin* yapılması noktasında autopen cihazlarının kullanımının iş hayatında yerleşmiş bir âdet halini alması, **-TTK m.756/2’deki gibi bir kısıtlama olmadığı müddetçe-** bu işlemlerin autopen ile imzalanarak geçerlilik kazanmasına (TBK m.15/2) imkân tanıyacaktır. Fakat hukukî güvenlik açısından oldukça riskli gördüğümüz bu cihazların kullanım alanlarının **sadece kanunda açıkça düzenlenen ihtimallere hasredilmesi gerektiğini**, örf ve âdetin bu cihazların kullanılmasına yasal dayanak noktası teşkil etmemesi gerektiğine yönelik görüşlerimizi şimdiden vurgulamakta yarar vardır.

Autopen cihazları kullanarak imza atmak noktasında, ortada *yetkisiz kişilerce de kullanılmaya müsait* bir araç olduğundan dolayı, bu cihazla ilgili ileri sürülebilecek iddiaların boyutlarını farklılaştırıcaktır. Zira biraz önce de ifade edildiği üzere, elle atılan imzadan ve dijital ekrana atılan imzadan da farklı olarak, burada başkaları tarafından da kullanılmaya elverişli bir araç mevcuttur. Şu hâlde burada, klasik bir imza inkârının dışında kişinin, imzanın kendisine ait autopen cihazıyla atılmış olduğunu ikrar etmekle birlikte bu imzanın söz konusu autopen cihazının bilgisi dışında, yetkisiz kişilerce kullanılmasıyla atıldığını ileri sürmesi mümkündür. Fakat böyle bir iddianın imza inkârı olarak nitelendirilemeyeceği açıktır<sup>39</sup>. Buna mukabil, autopenle atılan imzaların TBK m.15/2 kapsamında araçla atılan imza olarak nitelendirilmesi gerektiği -ve şu anda bu yönde bir örf ve âdet olmadığı için- sadece TTK m.1526/2’de olduğu gibi kanunda açıkça belirtilen ihtimallerde bu türden imzaların maddî hukuk bakımından muteber kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşümüz çerçevesinde, bu türden imzalara ilişkin ileride ortaya çıkabilecek imza inkârının incelenmesinde, karşılaştırmaya elverişli (tatbiki medar) belgelerin kapsamının genişletilmesini ve bu doğrultuda mahkemece istiktap aşamasında imza atmak için kullanılan autopen cihazının<sup>40</sup> da celbinin sağlanarak bu cihazla oluşturulan örneklerin de

<sup>39</sup> Bkz. aşa. dn. 77 cv.

<sup>40</sup> İmzalı belgeyi delil olarak kullanan taraf bunun karşı tarafa ait autopen cihazıyla atılmış bir belge olduğunu ileri sürmesi ve ispatlanmak istenen hukukî işlemin autopen cihazıyla imzalanmak suretiyle geçerlilik kazanması mümkün olan bir işlem olması ihtimalinde, karşı taraf autopen cihazı kullandığını inkâr eder ve autopen cihazını mahkemeye sunmaktan kaçınırsa, mahkemece HMK m.220 prosedürünün işletilmesi mümkün olacaktır. Bu sebeple autopen cihazlarının ithalatının ve el değiştirmesine yönelik tüm işlemlerin kayıt altına alınması son derece önemlidir.

tatbiki medar belgeler arasında katılması gerekecektir<sup>41</sup>. Elbette, eğer bir belge altındaki imzanın, belge kendisine karşı ileri sürülen tarafa ait autopen cihazıyla atılmış bir imza olduğu hususunda taraflar arasında tartışma yoksa, mahkemece yapılacak iş ispatlanmak istenen hukukî işlemin TBK m.15/2 kapsamında bir araç kullanılarak imzalanmaya elverişli olup olmadığını tespitten ibaret olacaktır. Benzer şekilde, imzalı belgeyi delil olarak kullanmak isteyen tarafın bu imzanın fiziki ortamda elle atılan bir imza olduğunu iddia etmesi, buna mukabil karşı tarafın bu imzanın kendine ait autopen cihazıyla atılmış bir imza olduğunu iddia etmesi ihtimalinde mahkemece öncelikle yapılacak iş, önce imzanın elle mi yoksa autopenle mi atıldığını tespit etmek, bu tespit sonrasında eğer imzanın autopenle atılan bir imza olduğuna kanaat getirmişse, ispatlanmak istenen hukukî işlemin TBK m.15/2 kapsamında bir araç kullanılarak imzalanmaya elverişli olup olmadığını tespit etmektir.

Autopen cihazlarının kötüniyetli kullanımını engellemek amacıyla, bu tür cihazların kullanımına yönelik üreticiler tarafından çeşitli güvenlik önlemlerinin getirilmesinin gerekeceği açıktır<sup>42</sup>. Ancak autopen cihazlarını üreten ve pazarlayan şirketler çeşitli güvenlik ve gizlilik politikaları ile kötüniyetli kullanıma ve sahteciliğe karşı birtakım önlemler geliştirse de, yazı ve imza kopyalama/çoğaltma teknolojisine sahip bu türden makinelerin kötüniyetli kişiler tarafından kullanılmasını önlemek noktasında *etkili bir mekanizmadan* bahsedebilmek için, **kamu otoriteleri** tarafından bazı yükümlülüklerin üstlenilmesi gerekeceği açıktır. Bu noktada akla gelebilecek ilk yöntem, söz konusu cihazların üretimi ve ithâlâtının sıkı rejimlere ve kontrollere tabi tutulmasıdır. Hem üretici firmalar hem de ithâlâtçı firmalar için özel bir sicil oluşturulmasının ve üretilen/ithal edilen her bir ürünün kayıt altına alınması, yine her bir ürüne tanımlayıcı kodların verilmesinin yanı sıra, söz konusu ürünlerin iç piyasada satışı/kiralanması gibi işlemlerin de resmî bir sicilde tutulması, bu cihazların hangi tarihte, kim tarafından kullanıldığı bilgilerine netlik kazandırılması noktasında önem arz eder.

#### Ç. Dijital Ekranla Atılan İmza

Bilişim teknolojilerinde yaşanan ilerlemelerle birlikte, günümüzde yüksek çözünürlüklü ve *dokunmatik yüzeyle sahip* dijital ekranlarda parmak yahut *dijital ekranda yazı yazmaya elverişli* özel tasarlanmış kalemler kullanılarak işlem

<sup>41</sup> Bkz. aşa. dn. 78 cv.

<sup>42</sup> Bkz. Özşahin, s. 36, 40.

gerçekleştirilebilmekte olup yazı yazılabilmekte veya imza atılabilmektedir<sup>43</sup>. Bu gelişmelerden faydalanmak isteyen bazı satıcı ve hizmet sağlayıcılar, elektronik ortamda hazırlanmış oldukları sözleşmelerin, müşterileri tarafından dokunmatik yüzeye sahip dijital ekranda imzalanması yoluna gitmektedir. Bugün için bu uygulamaya bazı kargo şirketlerinde, iletişim operatörlerinde ve kurulum-onarım servislerinde rastlamak mümkündür. Genellikle tablet cihazlar ve özel kalemler kullanılarak gerçekleştirilen bu uygulama bazen de dokunmatik ekrana parmak hareketlerini kullanarak imza attırmak suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Bu durum, dijital ekrana atılan imzanın hukukî niteliğini ortaya koyma ihtiyacını beraberinde getirmektedir<sup>44</sup>. Bu doğrultuda, devam eden alt başlıklarda öncelikle dijital ekrana el yazısıyla imza atma yöntemi ile ilgili genel bilgi verilmekte, sonrasında ise Türk hukuku açısından bu şekilde atılan imzaların geçerliliği hakkında genel değerlendirme yapılmaktadır.

### 1. Genel Olarak Dijital Ekran Atılan İmza

Kökünü 1940'lı yıllara dayanan dokunmatik ekranlar, ticari olarak 20'nci yüzyılın sonlarına doğru sunulmaya başlanmış olup günümüzde yaygın kullanılan dokunmatik paneller *rezistif dokunmatik panel*, *kapasitif dokunmatik panel* ve *kızılötesi dokunmatik panel* olarak sıralanabilir<sup>45</sup>. Bugün dokunmatik yüzeye sahip dijital ekranların oldukça yüksek çözünürlüklere ulaşması ve yüzeye yapılan basınç hassasiyetini yansıtabilecek veriler üretebilmesi, bu ekranların eskiden olduğu gibi sadece ekran üzerindeki nesnelerin fiziksel bir butonmuş gibi kullanılmasının ötesine geçerek, not alma, grafik tasarım yapma gibi birçok işlevi yerine getirebilmesine ön ayak olmuştur. Öyle ki, dokunmatik yüzeye sahip dijital ekranların bu kabiliyeti, kalem hareketlerinin yüksek çözünürlükte ve hatta basınç duyarlı ekranlarda uygulanan basıncın hassasiyetini gösterecek şekilde ekrana yansıtılmasına imkân tanımaktadır. Böylelikle sadece yazı yazmak, not almak değil, ekranda yazı olarak görünen fakat aslında dijital veriden ibaret irade beyanının hukukî anlamda bağlayıcılık kazanmasını sağlamak üzere elle atılan imzanın bu dokunmatik yüzeye sahip ekran üzerinde gerçekleştirilmesi mümkün hale gelmiştir.

<sup>43</sup> Bkz. Erturgut, s. 61 - 62; Kurşat, s. 414.

<sup>44</sup> Kurşat'ın dn. 1'de künyesi verilen çalışmasını inceleyiniz.

<sup>45</sup> Ahmet Fatih Ak, "Piezo Elektriksel Etki ile Zorlanan Dokunmatik Ekranların Tasarımı ve Titreşim Analizi", *Manisa Celal Bayar Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), Manisa 2019, s. 11; *rezistif dokunmatik panel*, *kapasitif dokunmatik panel* ve *kızılötesi dokunmatik panel* çalışma prensipleri ile ilgili ayrıca bkz. s. 11 - 13.

Dokunmatik yüzeye sahip ekranlar ile fiziksel bir donanım olan ve üstüne yerleştirilen kâğıda yazılan yazıları dijital veriye dönüştürerek bunları (ihtiyaç duyulduğunda) monitör gibi çıktı birimlerine yansıtmaya elverişli şekilde kaydeden (IBM) *crosspad*<sup>46</sup> türevi yazı/çizim tabletlerini dokunmatik yüzeye sahip dijital ekranlardan farklı konumlandırmak gerekir. Bir sonraki başlıkta, dokunmatik yüzeye sahip ekranlara atılan imzanın hukukî niteliğine ilişkin görüşümüz bu farklılıktan yararlanılarak somutlaştırılmaktadır.

## 2. Dijital Ekranla Atılan İmzanın Türk Hukukundaki Yeri ve Geçerliliği

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun "tanımlar" kenar başlıklı 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi *elektronik imza* kavramını "*Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik -veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri*" şeklinde tanımlarken, aynı Kanun'un 4'üncü maddesinde bir elektronik imza türü olan *güvenli elektronik imza*, unsurları ile birlikte şu şekilde tanımlanmaktadır: Güvenli elektronik imza; (i) münhasıran imza sahibine bağlı olan, (ii) sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, (iii) nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, (iv) imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzadır<sup>47</sup>. HMK m.205/3 uyarınca, hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler<sup>48</sup>.

Türk hukukunda, *güvenli* elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurabilme kabiliyetini ortaya koyan temel düzenlemeler "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur*" şeklindeki TBK m.15/1 ile "*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur*" şeklindeki EİK m.5/1 düzenlemeleridir. Buna mukabil, "*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleş-*

<sup>46</sup> Bkz. Schimke, s. 29.

<sup>47</sup> Güvenli elektronik imza hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, s. 90 vd; (el yazısı imza ile işlevleri bakımından karşılaştırma için) s. 99 vd.

<sup>48</sup> Bu noktada ayrıca bkz. Mustafa Serdar Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", *Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, İstanbul, 2012, s. 2238; Derya Belgin, "Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri (HUMK m.295/a)", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2009, S. 2, s. 44.

*tirilemez*” şeklindeki EİK m.5/2 güvenli elektronik imzanın uygulanamayacağı alanları genel hatlarıyla göstermektedir. Güvenli elektronik imzanın kullanılmayacağı başka bir alan kambiyo senetleri, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetlerdir. Nitekim “*Poliçe, bono, çek, makbuz senedi, varant ve kambiyo senetlerine benzeyen senetler güvenli elektronik imza ile düzenlenemez. Bu senetlere ilişkin kabul, aval ve ciro gibi senet üzerinde gerçekleştirilen işlemler güvenli elektronik imza ile yapılamaz*” şeklindeki TTK m.1526/1, bu sınırlamayı açıkça ortaya koymaktadır.

Vurgulamak gerekir ki, genel anlamda bir dijital imza türü olan<sup>49</sup> dokunmatik yüzeye sahip dijital ekran üzerine atılan imzalar hukukî açıdan yukarıda tanımını verilen (EİK m.3/1(b)) anlamında güvenli elektronik imza değildir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla dijital ekrana atılan imzalarla ilgili Türk hukukunda herhangi düzenleme mevcut değildir. Bu durum, söz konusu yöntem kullanılarak atılan imzaların ya ıslak imza olarak nitelendirilmesi gerektiğini ya da TBK m.15/2’de yer alan *bir araç kullanarak imza atmak* kapsamında ele alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Nitekim öğretilerde **Kurşat** bu türden imzaları *elle atılan imza* olarak nitelendirmektedir<sup>50</sup>. Buna mukabil, elektronik ortamda oluşturulan verilerin, senetlerdeki cisim bulma şartını sağlayamayacağı yönündeki görüşlerden<sup>51</sup> hareketle, dijital ekrana atılan imzaların da sonuçta dijital veriden ibaret olduğu (ve güvenli elektronik imzayı oluşturan nitelikteki dijital verilerden de olmadığı) göz önünde bulundurularak bu tür imzaların elle atılan imza olarak nitelendirilemeyeceğini dile getirmek mümkündür.

Dijital ekran üzerine (el yazısıyla) atılan imzaların hukukî niteliğinin ne olduğuna ve elle atılan imza ile eşdeğer kabul edilip edilmeyeceğine yönelik görüşümüzü ortaya koymadan önce pratik açıdan bu şekilde imza atılmasıyla ilgili taşımakta olduğumuz bazı kaygıları şimdiden dile getirmekte yarar vardır:

*İlkin*, dijital ekrana atılan imza (aşağıda daha detaylı bir şekilde değinileceği üzere) elle atılan imzanın tüm karakteristik özelliklerini yansıtmak noktasında yetersiz kalır. Zira gerek kullanılan ekranların birçoğunun derinlik algısına sahip olmaması gerek ekranın çözünürlüğünün düşük olması ve hatta bazı uygulama-

<sup>49</sup> Bkz. yuk. dn. 5 cv.

<sup>50</sup> “... *Türk Borçlar Kanunu bakımından imza için aranan tek şart, imzanın el yazısıyla atılması olduğuna göre elektronik ortamda bilgisayar, ipad, akıllı telefon ekranlarına elle atılan imzanın da aynı etkiye sahip olacağına şüphe edilemez...*” (Kurşat, s. 428).

<sup>51</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz. Erturgut, s. 199 - 200.

larda kalem kullanılmaksızın parmak hareketleriyle ekrana imza atılması gibi bazı durumlar, elle atılan imzada el hareketlerinin yansıttığı karakteristik özelliklerin, örneğin elin imza esnasında yapmış olduğu basıncın, bu (elektronik) ortamda tam olarak yansımaya engel teşkil edecektir. Bu yöndeki kısıtlama, olası sahtelik incelemesinde dijital ekrana atılan imzanın sıhhatli olup olmadığını tespit edebilmeyi güçleştirebilecektir.

*İkincisi*, (özellikle derinlik algısına sahip bir) dijital ekrana imza atarken, görünürde sadece el hareketlerinin ekranda oluşturduğu izin kaydedildiğini düşünmekle birlikte, arka planda el hareketlerinin de kaydedilip kaydedilmediğinin bilinmesi birçok durumda mümkün olmayacaktır. El hareketlerinin kaydedilmiş olması, dijital ortamda imzaların -sahibinin rızası dışında- kötüniyetli bir şekilde tekrar oluşturulmasına/çoğaltılmasına yol açabilecektir. Özellikle yapay zekâ alanındaki gelişmeler de dikkate alındığında, bu tekrar oluşturma/çoğaltma işlemi tıpkı gerçek bir imzada görülen ufak sapmaları da yansıtmak üzere tekrarlanabilecektir -ki böyle bir ihtimal, imzanın sahte olup olmadığını tespit etmeyi zorlaştıracaktır. Ayrıca elektronik ortamda kaydedilen el hareketlerine ilişkin verilerin autopen cihazına aktarılması suretiyle de imzaların, -fiziki ortamda- kötüniyetli bir şekilde tekrar oluşturulması/çoğaltılması mümkün hale gelebilir.

***Fikrimizde dijital ekrana atılan imza hukukî anlamda elle atılan imza ile aynı şekilde değerlendirilmemelidir.*** Çünkü elle atılan imzada, imza atılan ortam (mesela kâğıt) ile imzayı atmak için kullanılan kalem arasında **başka bir araç yoktur.** Gerçek ortamda imza atarken karakteristik el hareketlerinin oluşturduğu iz doğrudan kâğıda yansımakta ve kâğıtta görünmektedir. Buna mukabil, dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana atılan imzada, imzayı oluşturan şey aslında **dijital bir veriden ibarettir.** Bu dijital veri, işlemci<sup>52</sup> tarafından yorumlanmakta ve işlemcinin oluşturduğu yorum ekranda görünmektedir. Bu bağlamda imzayı oluşturan dijital veriyi işleyen (yorumlayan) işlemci ünitesi<sup>53</sup>, **bir araç konumundadır. Şu hâlde, kanaatimizce, dijital ekrana atılan imza, hukukî açıdan TBK m.15/2'de ifade edilen bir araçla atılan imza hükmünde kabul**

<sup>52</sup> Hiç şüphesiz yoktur ki, işlemci bu yorumu yazılım kodları *vasıtasıyla* yapmaktadır. Diğer deyişle, aslında ortaya nasıl bir yorum çıkacağı doğrudan yazılımın kendisiyle ilgili bir meseledir.

<sup>53</sup> Burada yazılım yerine işlemci ünitesinin araç olarak nitelendirilmesinin sebebi, yazılım kodlarının bu yorumun yapılmasında aracın aracı konumunda olmasından kaynaklanmaktadır. Yani, verileri işleyen ve cisim olma özelliği gösteren işlemci ünitesi, bu fonksiyonunu gayrimaddî bir şey olan yazılım kodları doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

**edilmelidir.** Bu doğrultuda da bu imzanın geçerli kabul edileceği haller sadece örf ve âdetçe kabul edilen ihtimallere hasredilmelidir. Vakiya, günümüzde bu uygulama bazı işlemler açısından yaygınlaşmaya başlamış olup ilerleyen yıllarda kargo teslimlerinde, iletişim operatörlerinden hat açtırma işlemlerinde bu şekilde atılan imzaların TBK m.15/2'ye dayanılarak geçerli kabul edilmesi gerektiği gündeme gelebilecektir.

Dijital ekrana atılan imzaların hukukî niteliğine yönelik görüşümüzü daha da somutlaştırmak üzere, (IBM) **crosspad7 türevi** yazı ve çizim tabletleri kullanılarak atılan imzalar için de bir değerlendirme yapmakta yarar vardır: Bu yöntemde, imza aslında gerçek ortamda *kâğıt üzerine* atılmaktadır. Kâğıt üzerine atılan imzanın ise elle atılan imza olduğu muhakkaktır. Buna mukabil, bu şekilde atılan imzaların dijital ortamda kaydedilen ve monitörde yansıyan görüntüsü, sadece *dijital bir kopya* hükmündedir. Tıpkı gerçek ortamda hazırlanıp imzalanmış bir senedin fotokopisi gibi ispat hukuku açısından bunlar delil başlangıcı hükmünde olup asıl belgenin (ve dolayısıyla asıl belgede yer alan imzanın) yerine geçmez. Çünkü burada imzanın atıldığı ortam (tabletten üzerine konulan kâğıt) ile görüntüsünün yer aldığı ortam (monitör) birbirinden farklıdır. Buna mukabil, şunu da eklemekte yarar vardır: Günümüzde kullanılan grafik tabletlerin birçoğu, üzerine kâğıt konulmadan doğrudan tablet üzerine yazılan yazının dijital verisini oluşturup bunu ekranda göstermek suretiyle çalışmaktadır. Bu türden cihazlar kullanılarak atılan imzalar için ise biraz önce yapılan değerlendirmelerde bulunmak mümkün değildir. **Çünkü bu ihtimalde elle atılan imzanın sürekli olarak yer aldığı kâğıt gibi fiziksel bir nesne mevcut değildir.** İmza sadece dijital bir veriden ibaret olup işlemci tarafından yorumlanmak suretiyle üretilen sonuç da ekranda görünmektedir. Şu hâlde, bu son ihtimalde elle atılan imza ile ilgili *en fazla* dijital ekrana atılan imza ile paralel bir değerlendirme yapılabilir. En fazla, zira, bu ihtimalde de imzanın atıldığı ortam (grafik tablet) ile imzayı oluşturan dijital verinin yansıdığı ortam (ekran) **birbirinden bağımsız ve ayırılır.** Şu hâlde çözümlenmesi gereken soru şudur: Elle atılan imzanın yer aldığı ortam ile görüntüsünü yansıtan ortam birbirinden farklı ise bunun elle atılan imzanın hukukî geçerliliğine etkisi ne olacaktır? Biz bu sorunun çözümüne şu perspektiften yaklaşıyoruz: Kâğıt altında karbon kâğıt koyup bunun altında ikinci bir kâğıt yerleştirildiğinde ilk kâğıtta imzanın kendisi, ikinci kâğıtta ise yansımaları görünecektir. Bu sebeple ilk kâğıtta yer alan imza elle atılan imzadır. Buna mukabil, karbon kâğıt altında yer alan ikinci kâğıttaki imza, imza atmak için kullanılan kalemin mürekkebinin (veya kurşun kalemdeki grafitin) değil, karbon kâğıtta yer alan mürekkep tozunun izidir. Şu hâlde bu ikinci kâğıttaki

imza, asıl imzanın *kopyası* mahiyetinde olup bizzat kendisi değildir. Tüm bu açıklamalardan hareketle, üzerine kâğıt koymadan yazı yazılan grafik tabletlerle atılan imzada, ortada imzanın aslını sürekli bir şekilde muhafaza eden kâğıt gibi bir cisim bulunmadığından, ekranda görülen ve sadece dijital verilerin yorumundan ibaret olan imza görüntüsü, elle atılan imza olarak nitelendirilemez. Bu şekilde atılan imzaların TBK m.15/2 anlamında araçla atılan imza olarak nitelendirilebilmesi hususunda da tereddüt edilebilir. Zira dijital ekrana atılan imzadan farklı olarak burada imzanın atıldığı ortam ile imzanın görüntüsünü (daha doğru bir ifadeyle imzayı oluşturan dijital verilerin yorumunu) sunan ortam (ekran) birbirinden ayrı ve bağımsızdır.

Dijital ekrana atılan imzaların TBK m.15/2 kapsamında araçla atılan imza olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündeki görüşümüz, bu türden imzalara ilişkin ileride ortaya çıkabilecek imza inkârının incelenmesinde, karşılaştırmaya elverişli (tatbiki medar) belgelerin kapsamının genişletilmesini ve bu doğrultuda mahkemece istiktap aşamasında imza atmak için kullanılan dijital ekranı ihtiva eden donanımın (tablet, dizüstü bilgisayar, el terminali...) celbinin sağlanmasını gerektirecektir<sup>54</sup>. Bunun dışında, dijital ekrana atılan bir imza olduğu hususunda tartışma olmaması ihtimalinde mahkemece öncelikle yapılacak hukukî tespit, ispatlanmak istenen hukukî işlemin TBK m.15/2 kapsamında bir araç kullanılarak imzalanmaya elverişli olup olmadığı olacaktır. Benzer şekilde, imzalı belgeyi delil olarak kullanmak isteyen tarafın, bu imzanın fiziki ortamda (kâğıt üzerinde) atılan bir imza olduğunu iddia etmesi<sup>55</sup>, buna mukabil karşı tarafın bu imzanın dijital ortamda atılan bir imza olduğunu iddia etmesi ihtimalinde de mahkemece öncelikle yapılacak iş, önce imzanın hangi ortamda atıldığını tespit etmek, bu tespit sonrasında eğer imzanın dijital ekrana atılan bir imza olduğuna kanaat getirmişse, ispatlanmak istenen hukukî işlemin TBK m.15/2 kapsamında bir araç kullanılarak imzalanmaya elverişli olup olmadığını tespit etmektir.

## II. İMZANIN TEMEL İŞLEVLERİ

Elle atılan imza veya bunun yerine kullanılan bir işaret ya da yöntemin üstleneceği temel işlevlerin neler olduğu, öğretilerde ayrıntılı tasnif edilmektedir. Bu tasnife göre elle atılan imza, *sonuçlandırma işlevi (Abschlussfunktion)*, *kimlik tespiti işlevi (Identitätsfunktion)*, *gerçeklik işlevi (Echtheitfunktion)*, *uyarı işlevi*

<sup>54</sup> Bkz. a.ş. dn. 81 cv.

<sup>55</sup> Mesela delil olarak dijital ekranı ihtiva eden cihazı değil de, dijital ortamda imzalanmış metnin yazıcı dökümünü kullanması.



(Warnfunktion), devamlılık işlevi (Perpetuierungsfunktion), ispat işlevi (Beweisfunktion) şeklinde sıralanan altı işleve sahip olabilecektir<sup>56</sup>. Bu çalışmada ise, söz konusu işlevler bir araya getirilerek üçlü bir tasnif yapılmıştır. Buna göre elle atılan bir imza (ya da bunun yerine kullanılacak işaret/yöntem) şu üç işlevi üstlenmeye odaklanacaktır: 1. Bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma (*kimlik tespiti + sonuçlandırma + gerçeklik + uyarı*). 2. Hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma. 3. İspat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırma (*devamlılık + ispat*). Elbette, her üç işlevi yerine getirme, daha doğru ifadeyle her üç işlevde belirtilen kabiliyete sahip olma noktasında, o işlev için aranan diğer şartların da mevcut olması gerekir. Somutlaştırmak gerekirse, bir belgede imza olması, o belgenin doğrudan (tek başına) ispat hukuku açısından senet vasfını kazanması sonucunu doğurmayacak, bu vasfa sahip olması için aranan diğer şartların<sup>57</sup> da mevcut olması gerekecektir. Yani aslında (elle atılan) imza, her bir işlevde belirtilen sonucun ortaya çıkması için aranan şartlardan sadece biridir.

### III. İMZANIN BİR İRADE AÇIKLAMASININ AİDİYETİNİ ORTAYA KOYMA İŞLEVİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Bir irade açıklamasının kime ait olduğunu ortaya koymak, elle atılan imza ve bunun yerine kullanılan işaretlerin (ya da yöntemlerin) temel işlevini teşkil etmektedir. Zira irade açıklaması, *kalıcı olarak* (fiziksel) bir ortama aktarılacak dış dünyaya yansıtıldıktan sonra, irade açıklamasında bulunan kişi ile irade açıklaması arasındaki bağ, imza (veya bunun yerine kullanılan işaretler/yöntemler) ile sağlanmaktadır. Böylesine bağı (irtibatı) sıhhatli/kuvvetli bir şekilde kurma kabiliyetine sahip olan işaret veya yöntemler, irade açıklamasının kime ait olduğu sorusunun cevabını net şekilde verebilir. Elbette bu sorunun cevabının “net şekilde” verilebilmesi, irade açıklamasının kime ait olduğuna yönelik ileride vuku bulabilecek herhangi ihtilafta, kullanılan işaret (veya yöntemin) gerçek durumun tespit edilmesine imkân tanıma kabiliyeti ile yakından ilgilidir.

Bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyeti bakımından auto-penle atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın, elle atılan imza ile *aynı* kuvvette sahip olduğunu kabul etmek kanımızca oldukça zordur. Bu açıdan bir farklılı-

<sup>56</sup> Bkz. Zarife Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50, S. 2, s. 125; Deniz Baytemur, “Elektronik Kambiyo Senetleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2020, s. 83 vd; Erturgut, s. 104 vd. Karş. Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 280.

<sup>57</sup> Bkz. a.ş.a. dn. 68 cv.

ğın mevcut olmasının temel sebebi, irade açıklamasının kime ait olduğuna yönelik ileride vuku bulabilecek bir ihtilafın çözümünde, grafoloji alanındaki teknik yöntemlerin autopenle atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın tahkikine uygulanabilme noktasındaki sınırlarıdır. Bu doğrultuda devam eden başlıklarda, irade açıklamasının kime ait olduğu sorusuna cevap verebilme kabiliyeti anılan imza türleri bakımından ayrı ayrı inceleme konusu yapılmaktadır.

### A. Elle Atılan İmzanın Bir İrade Açıklamasının Aidiyetini Ortaya Koyma İşlevi

Grafoloji biliminin sunduğu imkânlarla günümüzde, elle atılan imzanın, bir irade açıklamasının kime ait olduğunu ortaya koyma kabiliyetinin büyük ölçüde mevcut olduğu söylenebilir<sup>58</sup>. Elbette bu kabiliyeti yansıtmak noktasında, imza gerçekliğini tespit etmeye odaklanan tahkikat (imza inkârı incelemesi) prosedürlerinin grafoloji biliminin tüm kazanımlarından yararlanmaya elverişli yapıya sahip olması gerekmektedir. Elle atılan imzanın her ne kadar autopen ve dijital ekrana atılan imza gibi farklı türlerde alternatifleri ortaya çıksa da, günümüz dünyasında elle atılan imzanın yerinin bu araçlarla doldurulması fikrimizce mümkün olmaz<sup>59</sup>.

Türk medenî hukuk yargılamasında ise bu prosedür, “sahtelik incelemesi” kenar başlığı altında HMK m.211’de düzenlenmiştir. Resmî senetlerdeki sahtelik iddiasından farklı olarak, adi senetlerde sahtelik iddiasının derdest bir davada savunma sebebi veya ayrı bir dava konusu olması mümkündür. Ancak, derdest davada adi senedin sahteliği ön sorun şeklinde ileri sürülmüş ve bu sahtelik iddiası derdest davada incelenmekteyse, artık o adi senedin sahteliğinin tespiti için ayrı sahtelik davası açmakta hukukî yarar yoktur<sup>60</sup> (HMK m.114/1-h). Diğer yandan resmî senetler bakımından tarafça ayrı bir dava açılması zorunlu olup taraf bunu hâlihazırdaki davada ileri süremez<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Bkz. Erturgut, s. 100. Grafolojinin tarihsel gelişimi için (kısaca) bkz. Ayşegül Gökmener, “Grafoloji ve Personel Seçimi”, *Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 15 vd; İsmail Birincioğlu - Erdem Özkara, “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 87, s. 405 vd.

<sup>59</sup> “İmzalıyorum o halde varım” cümlesiyle ayrıca bkz., Leyla Keser Berber, “‘İmzalıyorum O Halde Varım’ Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2000, S. 2, s. 536.

<sup>60</sup> Arslan - Yılmaz - Taşpınar Ayvaz, s. 402; Tanrıver, s. 842; Kuru, s. 257.

<sup>61</sup> Arslan - Yılmaz - Taşpınar Ayvaz, s. 407; Tanrıver, s. 847; Kuru, s. 259; Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, 2018, s. 502; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1784; Üstündağ, s. 531.

HMK m.211'e göre, imza aidiyetini tespit etmek üzere, hâkim, ilk önce inkâr edilen imza hakkında tarafları dinler ve tarafların gösterdikleri delillerle bir kanaat elde etmeye çalışır, bu şekilde yeterli bir kanaat sahibi olursa, senedin kabulüne veya reddine karar verir. Ancak imzayı inkâr eden taraf duruşmada hazır değilse, hâkim imzayı inkâr eden tarafı isticvap (HMK m.169) eder. İsticvap için mahkemeye davet edilen taraf belirtilen günde hazır bulunmadığı takdirde, inkâr etmiş olduğu belgedeki yazı ve imzayı ikrar etmiş sayılır, bu husus kendisine çıkartılacak davetiyede, önceden, ayrıca ihtar edilir (HMK m.171). Eğer hâkim imzayı inkâr eden tarafı isticvap ettikten sonra hâlâ kanaat edinemediyse, tarafı *istiktap*, usûllerine göre, huzurda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak suretiyle elde ettiği belge ve delilleri değerlendirir. Hâkim, bu durumda da bir kanaat elde edemediyse son olarak *bilirkişi incelemesine* karar verir. Kanun'da bu noktada *mutlak surette izlenmesi gereken*<sup>62</sup> sıralamanın olması ve her aşamada hâkime *sadece* -tam kanaate sahip olması- ihtimalinde bir sonraki aşamaya geçmeme imkânı tanınması, sahteliğin *açıkça* belli olduğu durumlarda gereksiz işlem yapılmasının önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Yargıtay'ın bazı kararlarının, isticvap ve istiktap aşamalarını, imza aidiyetini saptamaya yönelik gerçekleştirilecek bilirkişi incelemesinin adeta bir hazırlık aşaması olarak nitelendirmeye yaklaşan bir çizgide olması<sup>63</sup>, uygulama açısından hâkimin, imza aidiyeti hususunda sadece

<sup>62</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.5.1961 tarihli ve E. 909/D - 3, K. 385 sayılı kararı (Üstün- dağ, s. 534); Alangoya - Yıldırım - Deren Yıldırım, s. 332; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1794.

<sup>63</sup> Mesela: "... Davacı vekili, davalı kooperatifin Nazilli 1. İcra Müdürlüğü'nün 2009/5590 esas sayılı dosyası ile müvekkili ve diğer kişiler aleyhine icra takibine başladığını, 28.02.2006 tarihli genel kredi sözleşmesi ve eki olan senetlere dayandığını, muhtara teslim edilen icra emrinin müvekkiline teslim edilmediğini, müvekkilinin yaptığı araştırmalar sonucu kooperatife hiç gitmeyen davacı ve diğerleri adına ölen M.P.'nin imza attığını tesbit ettiğini, savcılığa şikayette bulduklarını ileri sürerek, belirttikleri dosya ve evraklara bağlı olarak davalıya borcunun olmadığına tesbitine, ödeme mecburiyetinde kaldıkları takdirde davanın istirdat davası olarak devamına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, sözkonusu takip dosyasındaki takibin kesinleştiğini, borçlu olan davacı tarafından borca itirazda bulunulmadığını, sözleşme ve senet örneklerinde davacının imzasının bulunduğunu savunarak, davanın reddini ve %40 kötüniyet tazminatının tahsilini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, dosya kapsamına göre; 6100 sayılı HMK'nın 211/1 - a maddesi gereğince davacının isticvabının yapıldığı, HMK 211/1 - a maddesi gereğince davacının huzurda imza örneğinin alındığı, alınan imza örnekleri isticvap ile birlikte değerlendirildiğinde kredi sözleşmesindeki imza ile davacının huzurda atılan imzaları arasında benzerlik olduğu, imzaların aynı olduğu kanaatine varıldığından ve savcılık tarafından da Söke Jandarma Kriminal Laboratuvarından alınan imza inceleme raporunda sözleşme altındaki imzanın davacının eli ürünü olduğunun tespit edildiği gerekçesiyle, davanın reddi ile takibe konu alacağı %40'ı oranında icra inkâr tazminatına karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. 6100 sayılı HMK'nın 211/1 - a maddesine göre, hâkim, yazı veya imzayı inkâr eden tarafı isticvap ettikten sonra bir kanaat edinememişse, huzurda bu kişiye yazı yazdırıp imza attırmak suretiyle elde ettiği belge ve diğer delilleri değerlendirir. Hâkim, sahtelik ko-

*isticvap* ve *istiktap* incelemeleriyle yetinerek karar vermesine yönelik imkânının oldukça kısıtlı olduğunu göstermektedir -ki imzanın önemi göz önüne alındığında- bu yaklaşım oldukça isabetlidir. Nitekim, m.211/1(b) düzenlemesinde yer alan “... *kesin bir kanaat oluşmamışsa...*” ibaresinden de, *isticvap* ve *istiktap* aşamalarıyla yetinilerek bir karar verilebilmesi için hâkimin, imzanın aidiyeti noktasında tam bir kanaate ulaşmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır<sup>64</sup>.

HMK m.211/1(b) gereğince, imzanın aidiyetini tespit etmek üzere bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilmişse, bu incelemeden önce mevcutsa, imza inkârında bulunan tarafa ait olan karşılaştırma yapmaya elverişli yazı ve imzalar, ilgili yerlerden getirilecektir. Uygulamada *tatbiki medar belgeler*<sup>65</sup> olarak da adlandırılan, imza karşılaştırmasına esas teşkil edecek belgelerin tespiti noktasında, tarafların, karşılaştırmaya esas alınmak üzere celbi sağlanacak belgenin, imza inkârında bulunan tarafa ait olduğu hususunda mutabık kalması<sup>66</sup> ve

---

*nusunda başka bir incelemeye gerek duymadan karar verebilecek durumda ise gerekçesini açıkça belirtmek suretiyle, senedin sahteliği hakkında bir karar verir. Ancak somut olayda mahkeme gerekçesinde, davacının huzurda attığı imzalar ile söz konusu kredi sözleşmesi altındaki imzanın benzer olduğu olgusu yanında ayrıca kriminal rapora da atıfta bulunulmuştur. Bu halde, mahkemenin yukarıda anılan HMK'nın 211/1 - a maddesinde düzenlendiği şekilde sahtelik konusunda incelemeye gerek duymadan karar verebilecek durumda olmadığı anlaşılmaktadır. Davacı tarafça ısrarla sözleşmedeki imzanın kendisine ait olmadığı iddia edildiğine ve bu durum HMK'nın 266. maddesi uyarınca çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerden olduğuna göre; mahkemece davacının incelemeye, karşılaştırmaya elverişli imzaları ile mahkemece elde edilen yazı ve imzaları Adli Tıp Grafoloji Şube Müdürlüğü'ne gönderilip kredi sözleşmesindeki imzanın davacının eli ürünü olup olmadığı hususunda kesin kanaat bildiren rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken davacının imzanın sahteliğine ilişkin itirazları karşılanmadan eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır...” Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 11.03.2013 tarihli ve E. 2013/25, K. 2013/1454 sayılı kararı (www.hukukturk.com).*

<sup>64</sup> Arslan - Yılmaz - Taşpınar Ayvaz, s. 401; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1795; Tanrıver, s. 848.

<sup>65</sup> Bkz. Özer, s. 235.

<sup>66</sup> “... HMK'nın 211. maddesine göre bir belgenin sahteliğinin iddia edilmesi durumunda, hâkim, yazı veya imzayı inkâr eden tarafı *isticvap* ettikten sonra bir kanaat edinmemişse bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verir. İmza incelemesi, imzayı inkâr eden taraf ait olduğu muhakkak olan başka bir imza karşılaştırılmak suretiyle yapılır. Bir imzanın uygulamaya dayanak alınabilmesi için tarafların o imza üzerinde ittifak etmeleri gerekir. Somut olayda, bilirkişi tarafından imza karşılaştırılması yapılan davalılar tarafından emsal gösterilen 2 numaralı zarfta bulunan belgelerdeki imzalarla ilgili davacı asillerin beyanları alınmamıştır. Her ne kadar davacılar vekili tarafından imzaların müvekkillerine ait olmadığı belirtilmişse de; bu konuda vekilin beyanı yeterli değildir. Bu durumda mahkemece, davacıların davalılar tarafından gösterilen belgelerdeki imzaların kendilerine ait olup olmadığı konusunda bizzat *isticvap* edilerek oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 14.03.2017 tarihli ve E. 2016/3010, K. 2017/1507 sayılı kararı (www.hukukturk.com).

bu belgenin imza inkârına konu belge ile yakın dönemde oluşturulmuş olması<sup>67</sup> önem arz edecektir.

Bilirkişi, tatbiki medar bu türden belgelerdeki yazı ve imzalarla, mahkemede elde edilen yazı ve imzaları esas alarak inceleme yapacaktır. Ayrıca gerekli görürse, kendi huzurunda tarafın yeniden yazı yazması veya imza atmasını mahkemeden talep edebilecektir. Vurgulamak gerekir ki, bilirkişi incelemesi aşaması sonrasında da, mahkemenin, imza inkârı ile ilgili bir karar verebilmesi için yine *tam kanaate ulaşmış olması* zorunludur<sup>68</sup>. Bu nedenle, imzanın, inkâr eden taraftan sadır olup olmadığına tam olarak tespit edilemediği sonucuna varan bir bilirkişi mütalaası, hâkimin, imza inkârına bağlı sonuç gereğince ispat yükü üzerinde olan tarafın, ispat yükünün<sup>69</sup> gereğini yerine getirmedeği değerlendirilmesi yapmasına *kanımızca* doğrudan imkân tanımayacaktır.

Yargıtay, bazı kararlarında böyle durumlarda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiğine işaret etmektedir<sup>70</sup>. Bu noktada altı çizilmesi gereken bir baş-

<sup>67</sup> Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 06.12.2017 tarihli ve E. 2017/7122, K. 2017/17145 sayılı kararı (www.hukukturk.com).

<sup>68</sup> “... *Adi senedin kesin delil olabilmesi için senedin kendisine izafe edilen şahıstan sâdır olduğunun sâbit olması gereklidir...*” (Alangoya - Yıldırım - Deren Yıldırım, s. 330).

<sup>69</sup> Adı senetlerin ispatı bakımından ispat yükü, bu senede dayanan kimseye yüklenmiştir. Kendisine adi senet atfedilen kimse bu senedin altındaki imzayı inkâr ederse, senedin alacaklısı bu senedin o şahıstan sadır olduğunu ispat yükü altındadır. Bkz. Üstündağ, s. 534.

<sup>70</sup> Mesela: “... *Davacı, davalı tarafından alacağına hasren verilen senette isminin Abit olarak yazıldığını, bu sebeple alacağının tahsilinin imkânsız olduğundan senetteki imzanın davalıya ait olduğunun tespitiyle tahsiline karar verilmesi istemiyle eldeki davayı açmıştır. Davalı davanın reddini dilemiş, mahkemece, senetteki imzanın davalı eli ürünü olduğunun tespit edilemediğini, davada tanıkta dinlenemeyeceğinden davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece Adli Tıp kurumundan alınan raporda “... ibraz edilen 24.4.2009 tarih ve 1622 Sayılı raporda inceleme konusu Abit D. adına atfen atılı imzaların, teşhise götürülecek karakteristik materyal, önemli yazı ve tanı unsuru içermeyen, basit tersimli imzalar olması sebebiyle aidiyetinin ve bu meyanda sorulduğu üzere Abit D.’un eli ürünü olup olmadığının tespit edilemediği...” mütalaa olunmuştur. Davacı bu raporu kabul etmediğini bildirmiştir. Bu durumda yapılan incelemenin yeterli olduğu kabul edilemez. Öyle olunca, mahkemece bu kez Polis Kriminal Laboratuvarı tarafından oluşturulacak uzman bilirkişi heyeti marifetiyle taraf hâkim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor aldırılarak davaya konu bonodaki imzanın davalıya ait olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulmuş olması usûl ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...*” Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 17.02.2014 tarihli ve E. 2013/26342, K. 2014/4051 sayılı kararı (www.hukukturk.com); “... *Somut olayda, mahkemece, davacı hakkında başlatılan icra takibine konu 24.3.2008 tanzim, 24.12.2008 vade tarihli 3.125,00 TL bedelli senetteki imzanın davacıya ait olup olmadığına dair Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınmış ve bu raporda “senetteki imzanın teşhise götürülecek karakteristik materyal, önemli yazı ve tanı unsuru içermediği, karalama tarzında çizgilerden ibaret basit*

ka husus da, imza aidiyetini tespit etmek üzere birden fazla bilirkişi raporu alınmış olup da bu raporlar arasında çelişki olması halinde, hâkimin, *doğrudan* heyet tarafından tanzim edilen raporu tek bir bilirkişi tarafından hazırlanan rapora üstün tutamayacağı; çelişkiyi gidermek üzere yeniden bilirkişi incelemesine gitmesi gerekeceğidir<sup>71</sup>. Bilirkişi incelemesinin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için bilirkişi raporunun mahkeme denetimine elverişli olacak şekilde hazırlanmış olmasının önemini göstermek amacıyla Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun konu ile ilgili bir kararında<sup>72</sup> yer alan şu ifadeleri oldukça açıklayıcıdır: "... *Hemen belirtilmelidir ki, herhangi bir belgedeki imza veya yazının, atfedildiği kişiye ait olup olmadığı hususunda yapılacak bilirkişi incelemesinin, konunun uzmanınca ve yeterli teknik donanıma sahip bir laboratuvar ortamında, optik aletler ve o incelemenin gerektirdiği diğer cihazlar kullanılarak; grafolojik ve grafometrik yöntemlerle yapılması; bu alet ve yöntemlerle gerek incelemeye konu ve gerekse karşılaştırmaya esas*

*tersimli bir imza olduğu, bu sebeple davacının eli ürünü olup olmadığına tespit edilemediği" belirtilmiş ve buna göre mahkemece senetteki imzanın davacıya ait olduğunun tespit edilememiş olması sebebiyle davalı alacaklının sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de, mahkemeyi bu sonuca götürecek yeterli araştırma yapılmadan hüküm kurulmuştur. Bu durumda, mahkemece fizik ve grafoloji incelemelerinde Adli Tıp İhtisas Dairesi'nin nihai merci olmadığı göz önünde bulundurularak öncelikle davacının huzurda HMK'nın 211. maddesi hükmüne uygun olarak imzaları alındıktan sonra grafoloji ve kriminal alanlarında uzman başka bir kuruma (Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarı, Güzel Sanatlar Akademisi gibi) grafolojik metotlar ve optik aletlerle inceleme yaptırılarak denetime elverişli yeni bir bilirkişi raporu alınarak, oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..." Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 05.06.2013 tarihli ve E. 2013/3355, K. 2013/3824 sayılı kararı (www.hukukturk.com); Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 06.02.2013 tarihli ve E. 2013/515, K. 2013/1416 sayılı kararı (www.hukukturk.com).*

<sup>71</sup> "... Alacaklı vekili tarafından çeke dayalı olarak kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine başlandığı, borçlunun yasal sürede icra mahkemesine başvurarak imzaya itiraz ettiği, mahkemece, imzaya itirazın kabulü ile takibin durdurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Grafoloji uzmanı bilirkişi Prof. Dr. K.Ş.'nin düzenlediği 24/09/2009 tarihli raporda çekteki ciranta E. kaşesi üzerindeki imzanın, şirket yetkilisi R. eli ürünü olmadığı, ancak diğer şirket yetkilisi S. 'in eli ürünü olduğunun tespit edildiğinin bildirildiği, Emniyet Genel Müdürlüğü İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı'nda görev yapan üç kişilik grafoloji uzmanından oluşan bilirkişi heyetince düzenlenen raporda ise, anılan imzanın borçlu şirket yetkililerine ait olmadığı kanaatine varıldığına açıklandığı ve her iki rapor arasında çelişki olduğu görülmektedir. Bilirkişi raporlarından birisinin heyetçe düzenlenmiş olması, yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre, ona üstünlük sağlamayacağından, ona üstünlük tanınarak sonuca gidilemez. O halde, mahkemece, her iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmesi için yeniden ve ehil bilirkişilerden oluşacak bir kuruldan mütalaa alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.04.2011 tarihli ve E. 2010/26973, K. 2011/7863 sayılı kararı (www.hukukturk.com).

<sup>72</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.05.2001 tarihli ve E. 2001/12/436, K. 2001/467 sayılı kararı (www.hukukturk.com).

*belgelerdeki imza veya yazının tersim, seyir, baskı derecesi, eğim, doğrultu gibi yönlerden taşıdığı özelliklerin tam ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenip karşılaştırılması; sonuçta, imza veya yazının atfedilen kişiye ait olup olmadığının, dayanakları gösterilmiş, tarafların, mahkemenin ve Yargıtay'ın denetimine elverişli bir raporla ortaya konulması; gerektiğinde karşılaştırılan imza veya yazının hangi nedenle farklı veya aynı kişinin eli ürünü olduklarının fotoğraf ya da diğer uygun görüntü teknikleriyle de desteklenmesi şarttır...".*

*Mülga 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki uygulamadan farklı olarak, HMK'nın getirmiş olduğu imza inkârı tahkikinde imza aidiyetini tespit üzere tanık delili dermeyanın mümkün olmadığını vurgulamakta yarar vardır<sup>73</sup>. HMK m.211'de senette sahtecilik yapıldığı olgusunun, özel hukuk bağlamında, bir haksız fiil oluşturması sebebiyle senetle ispat zorunluluğu kuralının kapsamı dışında yer almasına rağmen, tanık beyanlarına dayanarak ispatına olanak verilmemiş olup incelemenin şekli ve sırasını belirleyen düzenlemenin katılımı ve emrediciliğinden, bu husus açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, sözü edilen maddenin gerekçesinde de, bu sınırlamaya özellikle dikkat çekilmiştir<sup>74</sup>.*

Türk hukuku uygulaması, imza inkârı incelemesinde isticvap, istiktap ve bilirkişi incelemesinden müteşekkil sıralama takip etmekle birlikte, özellikle grafologların denetimini sağlamak üzere Amerikan hukukunda mevcut olan *Daubert Standartları (Daubert Standards)*<sup>75</sup> benzeri müesseselerin kurulması önem arz eder ve bu sayede mahkemenin birden fazla kez bilirkişiye başvurma ihtimali azalır<sup>76</sup>.

## **B. Autopenle Atılan İmzanın Kapsadığı İrade Açıklamasının Aidiyetini Ortaya Koyma İşlevi**

Yukarıda dile getirildiği üzere, elle atılan imza yerine kullanılan bir yöntemin, bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyeti, bu hususta ileride ortaya çıkabilecek bir ihtilafın yüksek isabet oranıyla çözüme kavuşturulmasıyla yakından ilgili olduğuna göre, autopen cihazı kullanılarak atılan imzaların

<sup>73</sup> Resmî belgelerde sahtelik iddialarıyla ilgili olarak ayrıca bkz. ve karş. Alangoya - Yıldırım - Deren Yıldırım, s. 337; Mustafa Serdar Özbek, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, Ankara, 2018, s. 278.

<sup>74</sup> Tanriver, s. 849.

<sup>75</sup> Bkz. National Research Council, *Discussion of the Committee on Daubert Standards: Summary of Meetings*, The National Academies Press, Washington (D.C.), 2006, s. 1 vd.

<sup>76</sup> Bilge Sayıcı, "Türkiye'de Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009, s. 25 vd.

da bir irade açıklamasının kime ait olduğunu ortaya koyma kabiliyetinin ne oranda mevcut olduğu sorusuna verilecek cevap, grafoloji alanında kullanılan yöntemlerin autopen cihazı ile atılan imzaların tahkikine ne ölçüde aktarılabilirdiği ile ilgili olacaktır. Bu noktada autopen cihazı ile atılmış bir imzaya ilişkin olarak dile getirilecek itirazları da birbirinden ayırmak gerekir:

İlk ihtimal, *“bu imza elle atılan imzam olmamakla birlikte bana ait autopen cihazı ile atıldı, ama imza benim bilgim ve iznim olmadan yetkisiz üçüncü kişiler tarafından atılmış”* savunmasının ileri sürülmesidir. Böyle bir ihtimalde karşı tarafın, imzanın aslında inkârda bulunan tarafın elle atılan imzası olduğuna yönelik bir karşı iddiası olmadığı müddetçe m.211 prosedürünün icrasına gerek olmayacaktır. Yine bu ihtimalde, eğer söz konusu hukukî işlem konşimento, taşıma senedi ve sigorta poliçesi (TTK m.1526/2) gibi autopenle atılan imza ile geçerlilik kazanmaya elverişli ise, söz konusu savunmanın *“... ama imza benim bilgim ve iznim olmadan yetkisiz üçüncü kişiler tarafından atılmış...”* şeklindeki ikinci boyutu, (autopen cihazını yetkisiz kullanan) üçüncü kişilere karşı açılacak bir rücu davasında gündeme gelebilecek olup ispatı da genel hükümlere tabi olacaktır.

İkinci ihtimal, *“... bu imza benim elle atılan imzam değildir, bana ait autopen cihazı ile de atılmamıştır...”* savunmasının dermeyan edilmesidir. Bu ihtimalde, karşı tarafın, söz konusu imzanın gerek inkârda bulunan tarafın elle atılan imzası olduğu gerek inkârda bulunan tarafa ait autopen cihazı ile atılmış olduğuna yönelik karşı iddiaları var ise, her iki ihtimalde de imza inkârı incelemesi m.211 prosedürüne tâbidir.

Mevcut düzenlemeler karşısında autopenle atılan imzaların sıhhatinin incelenmesi elle atılan imzaya ilişkin sahtelik incelemesi hükümlerine (HMK m.211) tabi olacaktır. Zira güvenli elektronik imzalardan (HMK m.210) farklı olarak autopen gibi bir mekanizma ile atılan imzalarda sahtelik incelemesinin nasıl gerçekleştirileceğine yönelik ayırık (istisnai) düzenlemeler mevcut değildir. Bu noktada bazı ihtimallerin çözümlenmesi gerekmektedir:

Eğer uyumsuzluk konusu hukukî işlem autopen cihazıyla **geçerlilik kazanmaya elverişli işlemler arasında değil** ve inkârda bulunan taraf bunun el yazısı ile imzası olmadığını, **fakat kendisine ait autopen cihazıyla atılan imza olduğu iddiasında ise**<sup>77</sup>, imza incelemesinin odak noktası sadece belge altındaki imza-

<sup>77</sup> Elbette böyle bir iddianın ileri sürülmesinin dürüstlük ilkesi boyutundan değerlendirilmesi ayrı bir mesele teşkil edecek olup çalışma konumuza girmemektedir.



nın, el yazısı ile atılan imza olup olmadığını tespitle **sınırlı olmayacaktır**. Çünkü bu ihtimalde inkârda bulunan tarafın, imzanın autopenle atılan imza olup olmadığını tespit edilmesi noktasında korunmaya değer menfaati mevcuttur. Şu halde, gerçekleştirilecek imza incelemesinde eğer istiktap ve bilirkişi incelemesi aşamasında, imzanın inkârda bulunan tarafa ait el yazısı ile atılmış bir imza olduğu tespit edilirse, bu tespiti çürütmek üzere inkârda bulunan taraf, el ile atılan imzasını taklit etmek üzere kullanıldığını iddia ettiği autopen cihazının celbini isteyerek gerek istiktap aşamasında karşılaştırmaya elverişli belgelerin kapsamını gerek bilirkişi incelemesinin kapsamını bu cihaz kullanılarak elde edilecek karşılaştırmaya elverişli belgelerle genişletilmesini isteyebilecektir<sup>78</sup>.

Eğer uyuşmazlık konusu hukukî işlem autopen cihazıyla geçerlilik kazanmaya elverişli bir işlem ve inkârda bulunan tarafın bu hukukî işlemi hükümden düşürebilecek tek iddiası; **“söz konusu imza ne el yazısı ile atılmış imzadır ne de bana ait autopen cihazı ile atılmış bir imzadır”** şeklinde olacaktır. Ancak böyle bir karşı iddiayı ispat ile söz konusu hukukî işlemin diğer tarafı haklı pozisyona getirmesini engelleyebilecektir. Zira imzanın kendisine ait autopen cihazı ile atıldığını ve fakat bunun bilgisi haricinde, yetkisiz kişilerce yapıldığını ileri sürmesi yukarıda belirtildiği üzere, (o kişilere karşı açılacak) rücu davasında gündeme getirilebilecek bir mevzudur. Bu ihtimalde de aslında yapılacak incelemenin kapsamı biraz önceki ihtimalle paralel olacaktır. Lakin burada imza incelemesinin kapsamının genişletilmesi değil, prosedürün başında, istiktap ve bilirkişi incelemesi aşamalarında karşılaştırmaya elverişli belgelerin inkârda bulunan tarafın el yazısı ile attığı imzalar ile ona ait autopen cihazıyla atılan imzalarla oluşturulması söz konusu olacaktır. Eğer yapılacak tahkikat neticesinde uyuşmazlık konusu belge altındaki imza ne inkârda bulunan tarafın elle attığı imza ne de ona ait autopenle atılan imza olmadığı tespit edilirse, diğer taraf iddiasını ispat edememiş olacaktır.

Yukarıda dile getirilen her iki ihtimalde, imza incelemesinin istiktap ve bilirkişi incelemesi aşamalarında kullanılacak belgeler arasına autopen cihazıyla oluşturulan belgelerin de katılması ve bu şekilde m.211 prosedürünü meydana getiren hükümlerin lafzi yorumunu aşan bir uygulama yapılması gerekliliğinin temel sebebi, iddianın ispatı açısından bu cihazla atılan imzaların tahkikata dâhil edilmesindeki yadsınamaz önemdir.

<sup>78</sup> Bu son ihtimalde bilirkişi incelemesinin nasıl gerçekleştirileceği hususunda bkz. Özşahin, s. 49 vd.

Daha önce<sup>79</sup> de ifade edildiği üzere, autopen cihazlarını üreten/ithal eden ülkelerde, cihaz üreticileri/satıcıları tarafından söz konusu cihazları satın alan kişilere yönelik ayrıntılı bir kayıt tutulmasının yanı sıra, kamu otoriteleri tarafından da bu yönde kısıtlayıcı ithalat rejimleri getirilmesi ve söz konusu cihazların ithalatı, iç piyasada satışı/kiralanmasının kayıt altına alınması, bu hususta resmî bir sicil oluşturulması oldukça önemlidir. Tüm bunların yanı sıra, autopen cihazlarıyla ilgili sahtelik incelemelerinin nasıl gerçekleştirileceğine yönelik ayrık düzenlemelere gidilmesi de hâkime bu istisnai durumlarda nasıl hareket etmesi gerektiğini göstermek açısından faydalı olabilecektir. Mevcut durumda, autopen cihazlarının *kısıtlı da olsa* uygulamada kullanılmasının mümkün olması, bu yöntemle atılan imzalarda sahtelik iddiasının ileri sürülmesi halinde hâkimin bu iddiayı incelemek zorunda olmasını ve bunu da m.211 prosedürünü *kıyasen inceleyerek* gerçekleştirmek durumunda kalması sonucunu doğurmaktadır.

### C. Dijital Ekranla Atılan İmzanın Kapsadığı İrade Açıklamasının Aidiyetini Ortaya Koyma İşlevi

*Güvenli* elektronik imzadan farklı olarak dijital ekrana atılan bir imzanın irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyeti, elle atılan imzaya oldukça yaklaşan niteliği dikkate alınarak açıklanabilir. Bu doğrultuda (elle atılan imza ve autopen kullanılarak atılan imzada olduğu gibi) dijital ekrana atılan imzada da, bu şekilde atılan imzanın kime ait olduğu ihtilafının hangi oranda isabetle çözüme kavuşturulabileceği sorusunun cevabının verilmesi gerekir. Belirtmek gerekir ki, böyle bir soruya cevap verirken imza atmak için kullanılan dijital ekranın sahip olduğu çözünürlük, derinlik algılama, el hareketlerini ekrana yansıtma hassasiyeti gibi özellikler kadar kullanılan kalemin niteliği de önem arz eder. **Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, (kişinin kalem kullanma noktasında bedensel bir engeli olmadığı müddetçe) dijital ekrana -kalem kullanmaksızın- parmak hareketleri ile atılan imza, kanaatimizce, -hiçbir ihtimalde- irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymaya elverişli kabul edilmemelidir.** Zira insanlar kalem ile imza atmaya alışık olduğundan, parmak hareketleri ile atılan imza, kişinin imza atarken sahip olduğu karakteristik özellikleri tam olarak yansıtma elverişli olmayabilecektir.

Dijital ekrana bu ortamda yazmaya elverişli kalem kullanmak suretiyle atılan imzaların sıhhatinin araştırılması meselesine gelince, ilk olarak, ileride “hukukî işleme geçerlilik kazandırma işlevi” başlığı altında da vurgulanacağı, **bu**

<sup>79</sup> Bkz. yuk. dn. 42 cv.

**türden imzaların TBK m.15/2 kapsamında araçla atılan imza olarak nitelendirilmesi gerektiği** yönündeki görüşlerimizi yinelemekte yarar vardır. Bu görüşümüz doğrultusunda, **TBK m.15/2’de belirtilen ihtimallerde (yani dijital ekrana atılan imzanın elle atılan imzayla aynı sonuç doğurduğu ihtimallerde)** ya da böylesine sınırlandırmaya gidilmeksizin öğretide *Kurşat*’ın da benimsediği, bu türden imzaların doğrudan elle atılan imza ile aynı sonucu doğurduğu görüşü<sup>80</sup> çerçevesinde; m.211 prosedürü (autopenle atılan imzaların sıhhatinin araştırılmasında olduğu gibi) elle atılan imza için yürütülen prosedürden farklılık arz edecektir. Burada tahkikatın konusunu dijital veriden ibaret olup ekranda sadece (kendisi değil) bu dijital verilerin işlenmesi suretiyle oluşan görüntüsü bulunan imzanın, inkârda bulunan tarafın el yazısıyla atılan imza olup olmadığı teşkil edecektir. Bu tahkikatın başarıyla yapılabilmesi için, hem istiktap suretiyle elde edilen belgelerin hem de bilirkişi incelemesinin kapsamını oluşturacak belgelerin dijital ekranda atılan imza örneklerini de kapsamı gerekeceği açıktır. Çünkü burada karşılaştırma, gerçek ortamda kâğıt gibi bir nesne üzerinde atılan imzanın değil, dijital bir ekran üzerinde atılan bir imzanın sıhhatini araştırmak üzere yapılmaktadır. Şu hâlde karşılaştırmaya esas alınacak örnek belgelerin de inkâr edilen belge ile aynı ortamda oluşturulması gerekecektir. Tatbiki medar evrakın celbi noktasında bu şekilde farklı bir uygulama gerçekleştirilmesine yönelik yasal bir engel *kanaatimizce* mevcut değildir. Bunun için de, mahkeme, imza inkârına konu belgenin oluşturulduğu dijital ekrana sahip cihazın (tablet bilgisayar, dizüstü bilgisayar, terminal cihazı...) celbini sağlayacak<sup>81</sup> ve

<sup>80</sup> “... Bilgisayar ekranına atılan imzanın TBK m.15 anlamında el yazısıyla atılan imza olup olmadığı değerlendirilmesi yapılırken kanuni engel bulunup bulunmadığı açısından yapılacak değerlendirme kadar; tam tersini ileri sürmenin mümkün olup olmadığı açısından da değerlendirme yapılmalıdır. İmzanın elle atılması ve kişinin bu anlamda karakterini yansıtmaya karşısında TBK m.15’teki şartları karşıladığı, bu tespit bakımından bir engel olmadığı kabul edilmelidir. Elektronik İmza Kanunu da buna engel teşkil etmez. Zira Kanun, elektronik ortamda atılan bütün imzaları düzenlememektedir. Düzenleme alanına girmeyen imzalar bakımından temelde bir düzenleme yahut yasaklama da getirmemektedir. Bu yüzden ne Türk Borçlar Kanununda ne de Elektronik İmza Kanununda bu tür imzaların el yazısıyla imza sayılmasına engel bir düzenleme bulunmaktadır...” (Kurşat, s. 428).

<sup>81</sup> Elektronik deliller, elle tutabildiğimiz, yani fiziki deliller olmadıkları için diğer delil türlerinden çok farklı nitelikler taşımaktadır. Bu delillerin toplanması ve ispat hukuku bakımından yararlanılabilmesi, çoğu zaman bir uzmanın yardımıyla mümkün olabilecektir. Ayrıca bu delillere ulaşmak ve gerçekliklerini sorgulamak amacıyla gerekirse, tarafların dinlenmesi de gerekebilir. Özellikle güvenli elektronik imza veya dijital imza gibi durumlarda kayıtların, üçüncü kişiler tarafından tutulması söz konusu olduğu için bu üçüncü kişilerin de bilgi ve belgelerine ihtiyaç duyulabilir hatta elektronik delile yol açan cihazların mahkeme tarafından da yerinde incelenmesi gerekebilir. (Göksu, s. 2).

istiktap işlemini bu cihazda elde edilen örnek belgelerle inkâr konusu belgeyi karşılaştırmak suretiyle gerçekleştirecektir. Yine bilirkişi incelemesi de bu cihazda üretilen belgeler de kullanılarak yapılacaktır. Zira bir imzayı teşkil eden el hareketlerinin fiziki ortamda kullanılan kalem ile zuhur eden karakteristik özellikleri ile dijital ekrana parmak yahut bu ortamda iz bırakmaya elverişli kalem vesair cisim ile imza atarken yansıttığı karakteristik özellikler birbirinden farklı olacaktır. Bununla birlikte, (derinlik algılayan dokunmatik ekranlar istisna) dijital ekrana atılan bir imzanın sıhhatinin araştırılması noktasında bilirkişi fulaj izinden yararlanma gibi bazı imkânlarla sahip olmayacaktır. Bu yöndeki kısıtlar ise, *kanaatimizce* imzanın sıhhatini yüksek isabet oranıyla ortaya koyma ihtimalini düşürebilecektir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, uygulamada imza atmak için kullanılan dijital ekranların (bazı kargo şirketlerinin kullandığı gibi) düşük çözünürlüğe sahip olması, derinlik algısına sahip olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymak noktasında dijital ekrana atılan imzanın, **TBK m.15/2 çerçevesinde bir sınırlandırmayla dahi elle atılan imza kuvvetinde sayılması gerektiğini söylemek kanaatimizce mümkün olmamalıdır**<sup>82</sup>.

#### IV. İMZANIN HUKUKİ İŞLEMLERE GEÇERLİLİK KAZANDIRMA İŞLEVİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İmza veya bunun yerine kullanılan işaret veya yöntemlerin temel işlevinin, bir irade açıklamasının kime ait olduğunu ortaya koymak olmasının yanı sıra, bazı hukukî işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi *yazılı* şekilde yapılması koşuluna tabi tutulduğundan, bu türden hukukî işlemlerde, irade açıklamasının imza

<sup>82</sup> Karş: "... Netice itibarıyla esasında elektronik ortamdaki imzaya bakış açısı ile fiziksel ortamdaki imzaya bakış açısı benzerdir; en azından benzer esasa dayanmalıdır. Fiziksel ortamda nasıl ki, sahibinden sadır olduğu kendiliğinden anlaşılabilen imzalar doğrudan etki doğurabilmekte ve fakat bu özelliğe kendiliğinden sahip olmayan mühür, parmak izi gibi işaretlerin imza etkisi için ek şartlar öngörülmekteyse, elektronik ortamda da imzalar için benzer tavır söz konusu olmalıdır. İmza elektronik ortamda dahi olsa kendiliğinden kimden sadır olduğunu ortaya koyabiliyorsa, ek koşullara ihtiyaç olmaksızın imza olarak etki doğurmalı; oysa bu özelliği taşımıyorsa ek şartlar aranmalıdır. İmza ile arzu edilen temel maksadın kimliğin tespiti olduğu göz ardı edilmemelidir. Kimlik imzanın kendisinden anlaşılmıyorsa; ek koşullar aranmalıdır. Aksi yorum, alışveriş hayatında imzanın kullanılmasını zorlaştıracak ve kişilerin gerekli şekle uymamaları sonucuna yol açacaktır. Bu sefer de şekle uygun olmadan yapılmış olmasına rağmen, hukukî işlemin ayakta tutulmasına yönelik yorumlara başvurulacaktır..." (Kurşat, s. 429).

veya -hukukî işleme geçerlilik kazandırma açısından- aynı etkiyi doğurduğu kabul edilen bir işaret ya da yöntemle *kapsanması* gerekmektedir. *Adi yazılı şekilde* yapılması gereken hukukî işlemlerde bu yeterli olmakla birlikte, *nitelikli yazılı şekilde* yapılması gereken hukukî işlemler ile *resmî şekilde* yapılması gereken hukukî işlemlerin geçerlilik kazanması başkaca koşullara bağlanmıştır.

Elle atılan imza, autopenle atılan imza ve dijital ekrana atılan imzanın, adi yazılı şekilde yapılması gereken bir hukukî işleme geçerlilik kazandırma kabiliyetleri, söz konusu işaret veya yöntemlerin bir irade açıklamasının kime ait olduğunu ortaya koyma kabiliyetleri ile yakın bir ilişki içinde olmasına rağmen, özellikle autopen yöntemi açısından bu husustaki kısıtlamaları doğuran temel nokta, hukukî işlemin geçerlilik kazanmasını elle atılan imzanın kullanılmış olmasına hasreden istisnai düzenlemeler ile “*imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakin imzalanmasında yeterli sayılır*” şeklindeki TBK m.15/2 düzenlemesidir. Dijital ekrana atılan imza açısından ise, elle atılan imzadan ayrılan bir değerlendirme yapılmasının mümkün olup olmadığı, bu şekilde atılan imzanın elle atılan imza ile eşdeğer kabul edilip edilmemesine göre değişiklik göstermekle birlikte, yine, istisnai düzenlemelerin dikkate alınmasının gerekeceğini şimdiden belirtmekte yarar vardır. Devam eden başlıklarda bu hususlar detaylandırılacaktır.

#### A. Elle Atılan İmzanın Hukukî İşlemlere Geçerlilik Kazandırma Kabiliyeti

TBK m.14/1 gereğince **adi**<sup>83</sup> yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde, *borç altına girenlerin* imzalarının bulunması zorunludur<sup>84</sup>. Bu nedenle, alacağın temlik gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imzanın sadece borç altına giren (örnekte temlik eden) tarafından atılması yeterlidir<sup>85</sup>.

Elle atılan imzanın, hukukî işleme geçerlilik kazandırma işlevi üstlendiği her durumda, bunun (imzanın) hukukî işlemin kurucu unsurunu teşkil eden irade

<sup>83</sup> Karş. “Resmî şekil”: M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler: Cilt 1)*, 16. Bası, İstanbul, 2018, s. 150 vd.; Kılıçoğlu, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 303 vd.; Hatemi - Gökyayla, s. 51 vd.

<sup>84</sup> Fakat, Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçecektir (TBK m.14/2).

<sup>85</sup> Oğuzman - Öz, s. 144 - 145; Kılıçoğlu, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 280.

beyanlarının tamamını kapsayacak şekilde, diğer deyişle bu irade beyanlarının altına atılması önemlidir. Nitekim Almanca'da imza kelimesinin karşılığı “*unterschrift*”dir. Almanca dilinde “*unter*” alt anlamına ve “*schrift*” yazı anlamına gelmektedir. İmzanın metnin yanına (Nebenschrift) veya üstüne (Obenschrift) atılmış olması, imzanın sonuçlandırma işlevinin yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir. İmzanın, metni kapsayabilmesi için metnin altına atılmış olması gerekmektedir<sup>86</sup>.

### **B. Autopenle Atılan İmzanın Hukukî İşlemlere Geçerlilik Kazandırma Kabiliyeti**

Türk hukukunda, geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmasına bağlı kılınan hukukî işlemlerdeki irade beyanının *autopen* ile imza altına alınmasının yeterli olup olmayacağını tespit etmek noktasında ilk olarak TBK m.15'in “*İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır*” şeklindeki ikinci fıkrasını dikkate almak gerekir. Bu düzenleme autopen cihazlarının kullanılmasına yönelik ana kısıtlamayı teşkil etmektedir. Anılan düzenlemeye göre, sadece örf ve âdetçe kabul edilen hallerde ve özellikle çok sayıda kıymetli evrakın imzalanmasında autopen cihazları kullanılabilir. Daha önce de vurgulandığı üzere Türkiye’de (doğrudan) autopen cihazlarının kullanılmasına yönelik örf ve âdetin mevcut olduğu bir hukukî işlemi tespit edebilmiş değiliz. Bunu net bir şekilde dile getirebilmemize imkân tanıyan da zaten autopen cihazlarının kullanımının ülkemizde nadiren rastlanabilecek bir durum olmasıdır. Şu hâlde, -günümüz için- autopen cihazlarının kullanılmasına dayanak noktası olarak örf ve âdeti göstermek pek mümkün görünmemektedir. Bununla birlikte kanunlarda bir araçla imza atılmasına açıkça imkân tanınan hallerde autopen cihazlarının da kullanılabilirliğini söylenebilir. Yani bu türden işlemler autopen cihazıyla imzalanmak suretiyle geçerlilik kazanabilir. Daha önce dile getirmiş olduğumuz “*Konışmantonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzası elle, faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde mekanik veya elektronik herhangi bir araçla da atılabilir*” şeklindeki TTK m.1526/2 düzenlemesi buna örnek olarak gösterilebilir.

Vurgulamak gerekir ki, kıymetli evraklar arasında yer alan kambiyo senetleri (bono, poliçe, çek) autopen cihazı kullanılarak imzalanamayacaktır. Zira poliçenin imzalanmasına yönelik “*El ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir*

<sup>86</sup> Erturgut, s. 107; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukuku (Cilt: 1 – 2), çev. Cevat Edege*, 2. Baskı, Ankara, 1983, s. 236; Oğuzman - Öz, s. 149; Kocayusufpaşaoğlu vd., s. 281.

araç veya elle yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetname kullanılamaz” şeklindeki m.756/2 düzenlemesi, bu imkânı poliçe ve bono ile çek (TTK m.778/1(i); TTK m.818/1(r)) açısından ortadan kaldırmıştır.

İsviçre hukukunda bu konuda, İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationrecht: OR) art.14/2 düzenlemesini dikkate almak gerekir. Bu düzenlemeye göre, imzanın mekanik bir araç yoluyla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında mümkün olabilecektir<sup>87</sup>. Ayrıca OR art.1085/2’ye göre, kambiyo senetleri (*Wechsel*) bakımından makineyle imza atmak mümkün değildir<sup>88</sup>. İsviçre hukukunda autopen makineleri, daha çok büyük miktardaki sigorta poliçelerinin düzenlenmesinde, tahvilde (*Anleihen-sobligationen*) ve hisse senetlerinde (*Aktien*) kullanılmaktadır<sup>89</sup>. Fransız Ticaret Kanunu (Code de Commerce: C.Com) da autopen gibi bir makine vasıtasıyla imza altına alınabilecek hukukî işlemler noktasında kısıtlayıcı düzenlemelere sahiptir<sup>90</sup>.

### C. Dijital Ekran Atılan İmzanın Hukukî İşlemlere Geçerlilik Kazandırma İşlevi

Bu çalışmada benimsediğimiz görüş çerçevesinde dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana, bu ekranda yazı yazmaya elverişli kalem kullanarak atılan imza (elle atılan imza) ancak ve ancak TBK m.15/2 kapsamında örf ve âdetin izin verdiği hallerde bir hukukî işleme geçerlilik kazandırabilecektir. Bu bağlamda anılan yöntemin, günümüzde bazı hukukî işlemler için yaygınlaşmaya başlamış olması, ileride, söz konusu işlemler için bu yönde iş hayatında kabul edilen bir âdetin doğumuna yol açabilir. Fakat, altını çizmekte yarar vardır ki, bu ihtimalde dahi **dijital ekrana atılan imzanın geçerli kabul edilebileceği teknik asgari standartların ortaya konması zorunludur**. Çünkü uygulamada kullanılan her dijital ekran aynı teknik standartlara sahip olmayıp basınç hassasiyetine sahip olmayan veya yüksek çözünürlüğe sahip olmayan bazı ekranlar ileride vuku bulabilecek bir sahtelik iddiasının yüksek isabet oranıyla çözüme kavuşturulmasına imkân tanıyacak teknik yeterliliğe sahip olmayabilmektedir.

<sup>87</sup> , Christoph Müller, *Berner Kommentar: Obligationrecht (OR) Artikel 14*, Berner, 2018, s. 631, Rn. 9; Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schweizerisches Obligationenrecht Artikel 14*, 3. Auflage, Zurich, 2016, s. 140, Rn. 5.

<sup>88</sup> Marco Athos Rizzi, *Schweizerisches Obligationenrecht Artikel 1085*, 3. Auflage, Zurich, 2016, s. 2563, Rn. 2.

<sup>89</sup> Kostkiewicz, s. 140, Rn. 5.

<sup>90</sup> Bkz. Hadda Mebrouk, *Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 25 - 26.

Dijital ekrana atılan imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu **görüşü**<sup>91</sup> kabul edildiğinde dahi, bu şekilde atılan imzaların hukukî işleme geçerlilik kazandırma kabiliyeti elle atılan imza ile aynıyet göstermeyecektir. Bunun tipik bir örneği, elektronik ortamda düzenlenmesi mümkün olmayan (TTK m.1526) kıymetli evraklardır<sup>92</sup>. Bu türden senetler, elektronik ortamda düzenlenemediğinden -doğal olarak- elektronik ortamda oluşturulup dijital ekranda zuhur eden görüntüsü üzerine imza atmak suretiyle geçerlilik kazanamaz. Buradaki kısıtlanmanın temel dayanak noktası maddî hukuk kurallarının bu hukukî işlemin *fiziki ortamda yapılmasını*, diğer deyişle irade açıklamasının (ve bağlanma iradesini ortaya koyan imzanın) fiziki bir cisim üzerinde yansımalarını aramasıdır.

## V. İMZANIN İSPAT HUKUKU AÇISINDAN BİR BELGEYE SENET VASFI KAZANDIRMA İŞLEVİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Medeni usûl hukuku açısından imzanın üstlendiği önemli işlevlerden biri, bir belgeyi ispat hukuku açısından -senet- kesin delili statüsüne sokan şartlar arasında yer almasıdır<sup>93</sup>. Bu bağlamda, bir belgenin, medenî usûl hukuku açısından senet olarak nitelendirilebilmesi için -kural olarak- o belgenin, aleyhine delil olarak kullanılan tarafça imzalanmış olması zorunludur<sup>94</sup>. Lakin bir belgenin senet olarak nitelendirilebilmesi için aranan terk şart bu olmayıp<sup>95</sup> imzalı belgenin iddia edilen vakiya tam olarak delalet etmesi gerekmektedir<sup>96</sup>. Bu nedenle, imzayı içermeyen ve fakat içeriği itibarıyla iddia edilen vakiya tam olarak delalet eden bir belge *delil başlangıcı*<sup>97</sup> olarak nitelendirileceği gibi imzalı ve fakat içeriği itibarıyla iddia edilen

<sup>91</sup> Kurşat, s. 428.

<sup>92</sup> Fakat bkz. Baytemur, s. 189 vd.

<sup>93</sup> “... Esasında imza, yazılı belgenin, aleyhine delil olarak kullanılacak olan kişiye aidiyetini tespit eden en önemli ve en temel öge konumundadır. Bir başka ifadeyle, imzayla, senedin aleyhine kullanılacak olan kişiden sadır olduğu hususu ortaya konulmuş olur. Altında imza bulunmayan bir belge, senedin varlığı için gereken diğer tüm unsurları taşısa dahi, senet niteliğini kazanamaz ve dolayısıyla kesin delil olarak kullanılamaz; delil başlangıcı olarak işlev görür ve sahibine sadece takdiri delillere başvuru suretiyle iddiasını ispat edebilme olanağı verir...” (Tanrıver, s. 832).

<sup>94</sup> Üstündağ, s. 525; Kuru, s. 254; Tanrıver, s. 832; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1775. Karş. Arslan - Yılmaz - Taşpınar Ayvaz, s. 397 - 398.

<sup>95</sup> Diğer unsurlar için ayrıntılı olarak bkz. Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1773 vd.

<sup>96</sup> Tanrıver, s. 831; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1774.

<sup>97</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 200. maddesi uyarınca “senetle ispat zorunluluğunun” istisnası olan delil başlangıcının yazılı olması gerektiğine, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 199. maddesinde sayılan senet dışındaki belgelerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 200.



vakiya tam olarak delalet *etmeyen* bir belge de yine senet olarak değil, delil başlangıcı olarak nitelendirilecektir<sup>98</sup>. Herhangi belgenin senet sayılabilmesi için taşınması gereken (konumuz açısından da önem arz eden) diğer unsurlar, bu belgenin bir cisim bulması, yani geçmişten bugüne algılanmasını sağlayacak şekilde bir nesne üzerinde görülebilir hale gelmesi ve ses işaretleri ile (harf ve rakam) dış âleme yazılı olarak yansımaları gerektiğidir<sup>99</sup>.

İmza veya imza yerine kullanılan bir işaret ya da yöntemin, (senet delilinden bahsedebilmek için diğer şartların da mevcut olduğu varsayımı altında) bir belgeye (ispat hukuku açısından) senet kuvveti kazandırma kabiliyetine sahip olup olmadığı, biraz önce incelenen “bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma” ve “hukukî işleme geçerlilik kazandırma” kabiliyetleri ile yakından ilgilidir. Bu yaklaşımla aşağıda, elle atılan imza, autopen ile atılan imza ve dijital ekrana atılan imza açısından söz konusu işlev inceleme konusu yapılacaktır.

#### A. Elle Atılan İmzanın Belgeye Senet Vasfı Kazandırma Kabiliyeti

Türk hukukunda, bir belgenin senet (kesin delil) olarak kullanılabilmesi için, biraz önce belirtildiği üzere bu belgenin, dış âleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması, yazılı olması, belgelendirilmesi gereken hukukî işlem hakkında tam bilgiyi ihtiva etmesi ve son olarak -kendisinden sadır olan kişi tarafından- imzalanması<sup>100</sup> gerekmektedir<sup>101</sup>. Bu unsurları taşımayan bir belge senet olarak nitelendirilmeyecektir. Bir belgenin senet olarak nitelendirilmesi için gerekli unsurlar arasında yer alan imza unsuru, senette yer alan irade beyanının elle imza atarak *kapsanması* ile sağlanabilecektir. Günümüzdeki gelişmelerle *güvenli* elektronik imzanın da -bir belgeye senet vasfı kazandırmak noktasında- elle atılan imzaya eşdeğer kabul edildiğini söylemek mümkündür (HMK m.205/3). Fakat güvenli elektronik imza kullanılarak geçerli hale gelmesi mümkün olmayan bir hukukî işleme ilişkin belge, bu şekilde (güvenli elektronik imzayla) imzalanmış ise, ispat hukuku açısından -o işlemin ispatı için- senet olarak kullanılmayacaktır.

---

maddesindeki senetle ispat zorunluluğunun istisnası olmadıkları için (senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan) delil başlangıcı da teşkil etmeyeceklerine ilişkin görüş için bkz. Bkz. Kuru, s. 267; Karş. Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1842.

<sup>98</sup> Üstündağ, s. 557; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1844.

<sup>99</sup> Tanrıver, s. 830; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1773.

<sup>100</sup> “... İspat hukuku bakımından önemli olan senet metninin sâdir olduğu kişiye aidiyetidir. Kural olarak bu aidiyet imza ile belirlenir...” (Alangoya - Yıldırım - Deren Yıldırım, s. 326).

<sup>101</sup> Üstündağ, s. 525 - 526; Kuru, s. 346 - 347; Tanrıver, s. 830 - 833; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1773 - 1774.

6100 sayılı Kanun'un "Senetteki çıkıntı, kazıntı veya silinti ayrıca onanmamışsa, inkâr hâlinde göz önünde tutulmaz. Bu tür çıkıntı, kazıntı veya silinti mahkemece senedin geçerliliğine ve anlamına etkili olacak nitelikte görülürse, senet kısmen veya tamamen hükümsüz sayılabilir" şeklindeki 207'nci maddesi karşısında imzalı bir belgedeki (senetteki) çıkıntı, kazıntı veya silintiyle oluşan yeni halin (senedin yeni durumunun) dikkate alınabilmesi için, bu çıkıntı, kazıntı veya silintinin ayrıca imzalanmış<sup>102</sup> (veya paraflanmış)<sup>103</sup> olması gerekecektir. Maddî hukuka ilişkin işlemlerde olduğu gibi usûl hukukuna ait bazı taraf usûl işlemlerinin geçerli kabul edilebilmesi için, bu işlemi gerçekleştiren tarafın imzasının mevcut olması zorunludur. Örneğin mahkeme içi ikrarın geçerli olabilmesi için, mahkeme huzurunda ikrarda bulunan tarafın, ikrarın gerçekleştirildiği tutanakta imzasının bulunması şarttır (HMK m.154/2(ç)). Keza isticvap tutanağının yine isticvap olunan tarafça imzalanması zorunludur (HMK m.174/1). Tanıkların vermiş olduğu ifadelerin hükme esas alınabilmesi için de bu ifadelerinin kendilerince imza altına alınması gereklidir (HMK m.261/5).

## B. Autopenle Atılan İmzanın Belgeye Senet Vasfı Kazandırma Kabiliyeti

Autopen ile atılan bir imzanın, bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyetinin olup olmadığı, söz konusu yöntemin bir irade beyanının aidiyetini ortaya koyma kabiliyetine verilecek cevap ile yakından ilgilidir. Eğer, autopenle atılan imzanın, ilgili irade beyanının aidiyetini ortaya koyma noktasında elle atılan imzayla eşdeğer kabiliyete sahip olduğu kabul edilirse, bu yöntemle oluşturulan belgeler ispat hukuku açısından senet sayılabilir. Ne var ki, autopen ile atılan bir imza *oldukça kısıtlı bir alanda* muteber kabul edildiğinden, bu araçla atılan imzanın muteber kabul edilmediği, diğer deyişle hukukî işleme geçerlilik kazandırma kabiliyetine sahip olmadığı ihtimallerde<sup>104</sup> autopen ile imzalanmış (ve fakat) geçerli olmayan hukukî işleme delalet eden belge, ispat hukuku açısından da - **doğrudan o hukukî işlemi- ispat etmek üzere** senet olarak (ve elbette delil başlangıcı olarak da, zira ortada geçerli bir hukukî işlem yoktur) kullanılmayacaktır.

<sup>102</sup> Alangoya - Yıldırım - Deren Yıldırım, s. 326.

<sup>103</sup> Bkz. Nuri Erdem, "Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler", *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2005, s. 21 (ve aynı yerde dn. 70'te yer verilen Yargıtay kararları).

<sup>104</sup> Bkz. yuk. dn. 87 cv.

### C. Dijital Ekranı Atılan İmzanın Belgeye Senet Vasfı Kazandırma Kabiliyeti

Dijital ekrana atılan imzanın, bir belgeye senet vasfı kazandırma imkânının olup olmadığına ilişkin görüşümüz bir önceki başlıkta autopen ile atılan imzalarla ilgili dile getirilenlerle paralellik gösterecektir. Bu bağlamda, eğer ispatlanmak istenen hukukî işlem TBK m.15/2 kapsamında *araçla imzalanmak suretiyle geçerlilik kazanabilen* bir işlemlerden biriye, bu işlemin dijital ekrana imza atmak suretiyle yapılması halinde elektronik ortamda bulunan belge *senet* statüsünde nitelendirilebilir. Buna mukabil, üzerine kâğıt konularak kullanılan grafik tabletler üzerine imza atıldığında, ekranda yansıyan imza görüntüsü *fikirimizce* kâğıt üzerindeki imzanın (aslının) bir kopyası mahiyetinde olduğundan ve ***bir şeyin aslının sadece kendisi olabileceği*** mantık kuralından hareketle, bu imza görüntüsünü içeren metin sadece delil başlangıcı mahiyetinde olacaktır.

Üzerine kâğıt konmayan grafik tablet üzerine atılan imzaların ekranda yansıyan görüntüsü için ise, bu paralelde bir değerlendirme yapmak çok mümkün değildir. Çünkü burada imzanın aslını ihtiva eden ortam mevcut değildir. Bu şekilde atılan imzaları dijital ekrana atılan imzalar paralelinde değerlendirmek de tereddütle kabul edilebilecektir. Zira burada imzanın atıldığı ortam ile imzanın görüntüsünü (daha doğru bir ifadeyle imzayı oluşturan dijital verilerin yorumunu) sunan ortam (ekran) birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Şu hâlde, bu son ihtimalde eğer imzanın atıldığı ortam ile onun görüntüsünü sunan ortamın birbirinden ayrı ve bağımsız olmasının, söz konusu imzanın dijital ekrana atılan bir imza olarak nitelendirilmesine engel olmayacağı kabul edilirse, TBK m.15/2 kapsamında kalan hukukî işlemlere ilişkin elektronik ortamdaki belgenin *senet* olarak nitelendirilmesi mümkün *olabilecektir*. Buna mukabil, eğer her iki ortamın birbirinden bağımsız ve ayrı olmasının, bu şekilde atılan imzanın dijital ekrana atılan bir imza olarak nitelendirilmesine engel olacağı kabul edilirse, TBK m.15/2 kapsamında kalan hukukî işlemlerde dahi elektronik ortamdaki belgenin ne senet ne de delil başlangıcı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu görüş çerçevesinde ortada imzanın aslını ihtiva eden bir ortamın mevcut olmadığı söylenmiş olacaktır. Kanımızca bu son ihtimalde -her ne kadar tereddütle benimsenebilecek bir yaklaşım da olsa- imzanın atıldığı ortam ile onun görüntüsünün yansıdığı ortamından birbirinden bağımsız ve ayrı olmasını bir kıstas olarak görmeyip TBK m.15/2 kapsamında kalan işlemler için bu şekilde atılan imzaların elektronik ortamda oluşturulan belgeye senet vasfı kazandırabileceğini kabul etmek daha ölçülü olacaktır.

Elbette dijital ekrana imza atmak suretiyle gerçekleştirilen hukukî işlem TBK m.15/2 kapsamında araçla imza atılmasına müsaade edilmeyen işlemlerdense, bu durumda elektronik ortamda oluşturulan belge ne senet ne delil başlangıcı olarak addedilebilir. Zira bu ihtimalde, mezkûr işlem maddî hukuka göre geçerlilik kazanmamıştır.

## SONUÇ

Grafoloji alanında kaydedilen gelişmeler yakın geçmişten günümüze kadar elle atılan imzanın (diğer adıyla ıslak imzanın) yazılı şekilde yapılan işlemlerde, hukukî açıdan, bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymak noktasında en geniş uygulama alanına sahip olan yöntem olmasını sağlamıştır. Elbette işlem kolaylığı sağlamak noktasında sahip olduğu kabiliyet de söz konusu yöntemin, bu kadar geniş uygulama alanına sahip olmasının başka sebebidir. Bununla birlikte, içinde yaşadığımız çağda ticari ilişkilerin karmaşık yapılara bürünerek artış göstermesi, günlük yaşamda gerçekleştirilen işlem sayısının artması, elle atılan imzanın günümüzün ihtiyaçlarını karşılamak noktasında yetersiz kalmasını gündeme getirmiştir. Ayrıca, hukukî açıdan bağlayıcılık taşıyan irade beyanlarının gerçekleştirildiği yeni ortamın -sanal ortamın- önem kazanması, yazılı şekilde gerçekleştirilen hukukî işlemlerdeki irade beyanlarının bağlayıcılığını ortaya koymak üzere elle atılan imza yerine alternatif araç ve yöntemlere meyledilmesine ön ayak olmuştur. “Elektronik imza”, “güvenli elektronik imza” gibi kavramları bu değişimin bir sonucu olarak görmek mümkündür. Güvenli elektronik imza, ayrıntılı yasal düzenlemelere sahip olmakla birlikte teknolojik gelişmelerin yeni bir meyvesi olarak gösterilebilecek olan *dokunmatik yüzeye sahip dijital ekranlara (el yazısıyla) imza atma* yöntemi, böyle ayrıntılı ve *ayrık* düzenlemelere sahip değildir. Bu durum, ister istemez, anılan yöntemle atılan imzaların hukukî mahiyetinin tespit edilmesi ihtiyacını ortaya koymaktadır.

İnsanların karakteristik el hareketlerini taklit ederek, gerçek imzayı defalarca taklit edebilen bir makine/robot olarak nitelendirilebilecek *autopen* cihazları ise, dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana imza atma yönteminden çok daha eski bir tarihe sahiptir. Bununla birlikte, -en azından Türkiye’de- yaygın bir kullanım alanına sahip olmayan bu cihazların hukukî mahiyetinin ne olduğu sorusunun çok fazla gündeme getirilen bir mesele olduğunu söylemek oldukça zordur. Fakat, TBK m.15/2’de yer alan *imzanın el yazısı dışında bir araçla atılması* kavramının doğrudan bu yönetime işaret ettiğine yönelik bir değerlendirme yapmak mümkündür.

Elle atılan imza veya bunun yerine kullanılan bir aracın/yöntemin üstlenebileceği *bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyeti, hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma kabiliyeti ve ispat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyeti* işlevlerinden yola çıkarak, autopen cihazlarıyla atılan imza ve dijital ekrana (el yazısıyla) atılan imzanın elle atılan imza ile karşılaştırılmasını amaçlayan bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

(1) Elle atılan imza hukukî niteliği itibarıyla, yazılı bir şekilde beyan edilen iradenin, hukukî anlamda bağlayıcılık taşıdığını göstermek noktasında ilk akla gelen **-esas/asıl-** yöntemdir. Bu bağlamda, söz konusu yöntem dışında kalan bütün diğer araç ve yöntemler için bir kıstas noktası teşkil etmektedir. Öyle ki, diğer bütün araç ve yöntemler bir irade beyanının bağlayıcılığını ortaya koymak noktasında *en fazla* elle atılan imza kadar geniş bir uygulanma alanına sahip olabilecektir.

(2) Autopen cihazı kullanılarak atılan bir imza hukukî niteliği itibarıyla TBK m.15/2'de ifade bulan *el yazısı dışında bir araçla atılan imza* hükmündedir. Bu bağlamda, elle atılan imza kadar geniş bir uygulama alanına sahip olmayıp sadece örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda uygulanabilecek bir yöntemdir. Bunun gibi, her ne kadar TBK m.15/2'de çok sayıda kıymetli evrakın imzalanması için böyle bir aracın kullanılabilmesine işaret edilmekteyse de, TTK m.756/2 (ve bu düzenlemeye gönderme yapan TTK m.778/1(i); TTK m.818/1(r)) ile getirilen kısıtlama sebebiyle poliçe, bono ve çekin autopen cihazı gibi mekanik bir araçla imzalanması mümkün olmayacaktır. Lakin, TTK m.1526/2 düzenlemesinde imza atmak üzere mekanik veya elektronik cihazların kullanılabilceği açık bir şekilde ifade edildiği için, konşimentonun, taşıma senedinin ve sigorta poliçesinin imzalanması noktasında autopen cihazının kullanılması mümkün olabilecektir.

(3) Kanaatimizce, dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana (el yazısıyla) atılan imzalar da tıpkı autopenle atılan imza gibi *araçla atılan imza* (TBK m.15/2) olarak nitelendirilmeli, hukukî niteliği de bu yönde tespit edilmelidir. Çünkü elle atılan imzada, imza atılan ortam (mesela kâğıt) ile imzayı atmak için kullanılan kalem arasında başka bir araç yoktur. Gerçek ortamda imza atarken karakteristik el hareketlerinin oluşturduğu iz doğrudan kâğıda yansımakta ve kâğıtta görünmektedir. Buna mukabil, dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana atılan imzada, imzayı oluşturan şey aslında dijital bir veriden ibarettir. Bu dijital veri, işlemci (yazılım) tarafından yorumlanmakta ve işlemcinin oluşturduğu yorum ekranda görünmektedir. Bu bağlamda imzayı oluşturan dijital veriyi işleyen

(yorumlayan) işlemci ünitesi, bir araç konumundadır. TBK m.15/2 gereğince bu yöntemle imza atılabilecek haller, sadece örf ve âdetçe kabul edilen ihtimallere hasredilmelidir.

(4) Öğretide elle atılan imza ya da bunun yerine kullanılacak bir araç/yöntemin hangi işlevleri üstlenebileceğine yönelik çeşitli yaklaşımlar olmakla birlikte, kanaatimizce bu işlevleri üçe indirgemek mümkündür: **1.** Bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma. **2.** Hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma. **3.** İspat hukuku açısından bir belgeye senet vasfı kazandırma.

(5) Elle atılan imza, grafoloji alanındaki gelişmelerin bir sonucu olarak, günümüzde, bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymak noktasında yüksek düzeyde bir kabiliyete sahiptir. Zira olası bir imza inkârında, bu imzanın gerçek olup olmadığı, inkârda bulunan kişiden sadır olup olmadığı yüksek isabet oranıyla çözüme kavuşturulabilmektedir.

(6) İmza atmak üzere autopen cihazının kullanılması söz konusu olduğunda, ortada müstakil ve sahibi dışında kimseler tarafından da kullanılması ihtimal dâhilinde olan bir cihaz söz konusu olduğundan dolayı, yalın bir imza inkârı dışında başka savunmalar da gündeme gelmesi mümkün olabilecektir. Ancak bu türden savunmalar arasında yer alan, autopen cihazının yetkisiz kimselerce kullanıldığına yönelik bir savunma ancak bu (yetkisiz) kişilere karşı açılacak bir rücu davasında gündeme getirilebilecektir. Bunun dışında, şunu da ifade etmekte yarar vardır ki, imzanın elle mi atıldığı yoksa autopen cihazıyla mı atıldığı noktasında taraflar arasında ortaya çıkacak bir ihtilafın HMK m.211 hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekeceği açıktır. Fakat, bu incelemede mahkemece autopen cihazının celbi sağlanarak gerek istiktap aşamasında gerek bilirkişi incelemesi aşamasında bu cihaz tarafından atılan imzaların tatbiki medar belgeler arasında sayılması gerekecektir. Vurgulamak gerekir ki, autopen cihazlarıyla atılan imzalarda nasıl bir inceleme sürecinin gerçekleştirilmesi gerektiğine yönelik Kanun'da ayırık düzenlemelere yer verilmesi oldukça önemlidir. Bundan daha da önemli olan, bu cihazların ithalatının kontrol altında tutulmasının, iç piyasada el değiştirmesine yol açacak tüm işlemlerin ve kullanıcıların kayıt altına alınmasına yönelik resmî bir sicil oluşturulmasının zorunlu olmasıdır.

(7) Dijital ekrana el yazısıyla atılan bir imzanın bir irade açıklamasının aidiyetini ortaya koyma kabiliyetine sahip olup olmadığı kullanılan dijital ekranın donanım ve yazılım kapasitesiyle doğrudan ilgili bir meseledir. Bu bağlamda, dijital ekranın sahip olduğu çözünürlük, derinlik algılama, el hareketlerini ekrana yansıtma hassasiyeti gibi özellikler kadar kullanılan kalemin niteliği de bu

husustaki tespitte önem arz edecektir. Vurgulamak gerekir ki, (kişinin kalem kullanma noktasında bedensel bir engeli olmadığı müddetçe) dijital ekrana - kalem kullanmaksızın- parmak hareketleri ile atılan imza -hiçbir ihtimalde- irade açıklamasının aidiyetini ortaya koymaya elverişli kabul edilmemelidir. Zira insanlar kalem ile imza atmaya alışık olduğundan, parmak hareketleri ile atılan imza, kişinin imza atarken sahip olduğu karakteristik özellikleri tam olarak yansıtmaya elverişli olmayabilecektir. Tıpkı autopen cihazıyla atılan imzalara ilişkin sahtelik incelemesinde olduğu gibi, bu yöntemle atılan imzalarda da m.211 prosedürü elle atılan imza için yürütülen prosedürden farklılık arz edecektir. Burada tahkikatın konusunu dijital veriden ibaret olup ekranda sadece (kendisi değil) bu dijital verilerin işlenmesi suretiyle oluşan görüntüsü bulunan imzanın, inkârda bulunan tarafın el yazısıyla atılan bir imza olup olmadığı teşkil edecektir. Bu tahkikatın başarılı bir şekilde yapılabilmesi için, hem istiktap suretiyle elde edilen belgelerin hem de bilirkişi incelemesinin kapsamını oluşturacak belgelerin dijital ekranda atılan imza örneklerini de kapsamı gerekeceği açıktır. Şu hâlde, dijital ekrana el yazısıyla atılan bir imzaya ilişkin imza inkârı incelemesinde mahkeme, imza inkârına konu belgenin oluşturulduğu dijital ekrana sahip cihazın (tablet bilgisayar, dizüstü bilgisayar, terminal cihazı...) cebini sağlayacak ve istiktap işlemini bu cihazda elde edilen örnek belgelerle inkâr konusu belgeyi karşılaştırmak suretiyle gerçekleştirecektir. Yine bilirkişi incelemesi de bu cihazda üretilen belgeler de kullanılarak yapılacaktır.

(8) TBK m.14/1 gereğince adi yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunlu olup Kanunun bu noktada *imza* için benimsediği asıl/esas yöntem ise *elle atılan* imzadır (TBK m.15/1). Bu bağlamda, elle atılan imzanın hukukî işlemlere geçerlilik kazandırma kabiliyetinin mevcut olduğunu söylemek mümkündür.

(9) “İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır” şeklindeki TBK m.15/2 düzenlemesi gereğince autopen cihazıyla atılan imzalar, sadece örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda, geçerliliği adi yazılı şekilde yapılmasına bağlı kılınan hukukî işlemlerdeki irade beyanının kapsamında kullanılabilir. Ancak, autopen cihazlarının kullanıldığı yönünde örf ve âdetin olduğu bir hukukî işlemin Türkiye’de olmadığı kanaatindeyiz. Şu hâlde, autopen cihazlarıyla atılan imza, TTK m.1526/2 gibi sadece kanunda açıkça belirtilen, yani imzanın araçla atılmasına izin verilen, durumlarda bir hukukî işleme geçerlilik kazandırabilecektir.

(10) Dokunmatik yüzeye sahip dijital ekrana, bu ekranda yazı yazmaya elverişli bir kalem kullanarak atılan imzanın (elle atılan imza) ancak ve ancak TBK m.15/2 kapsamında örf ve âdetin izin verdiği hallerde bir hukukî işleme geçerlilik kazandırabileceği kanaatindeyiz. Bu bağlamda anılan yöntemin günümüzde bazı hukukî işlemler için yaygınlaşmaya başlamış olması, ileride, söz konusu işlemler için bu yönde iş hayatında kabul edilen bir âdetin doğumuna yol açabilir. Fakat altını çizmekte yarar vardır ki, bu ihtimalde dahi dijital ekrana atılan imzanın geçerli kabul edilebileceği teknik asgari standartların ortaya konması zorunludur. Çünkü uygulamada kullanılan her dijital ekran aynı teknik standartlara sahip olmayıp basınç hassasiyetine sahip olmayan veya yüksek çözünürlüğe sahip olmayan bazı ekranlar ileride vuku bulabilecek bir sahtelik iddiasının yüksek isabet oranıyla çözüme kavuşturulmasına imkân tanıyacak teknik yeterliliğe sahip olmayabilmektedir. Dijital ekrana atılan imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu görüşü kabul edildiğinde dahi, bu şekilde atılan imzaların hukukî işleme geçerlilik kazandırma kabiliyeti elle atılan imza ile aynıyet göstermeyecektir. Bunun tipik bir örneği, elektronik ortamda düzenlenmesi mümkün olmayan (TTK m.1526) kıymetli evraklardır.

(11) Türk hukukunda, bir belgenin senet (kesin delil) olarak kullanılabilmesi için, bu belgenin, dış âleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması, yazılı olması, belgelendirilmesi gereken hukukî işlem hakkında tam bilgiyi ihtiva etmesi ve son olarak -kendisinden sadır olan kişi tarafından- imzalanması gerekmektedir. Bu unsurları taşımayan bir belge senet olarak nitelendirilmeyecektir. Bir belgenin senet olarak nitelendirilmesi için gerekli unsurlar arasında yer alan imza unsuru, senette yer alan irade beyanının elle imza atarak kapsanması ile sağlanabilecektir. Şu hâlde, elle atılan imzanın bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyeti mevcuttur.

(12) Autopen cihazları ile atılan imzaların bir belgeye senet vasfı kazandırma kabiliyetinin mevcut olup olmadığını söyleyebilmek için, öncelikle, bu araçla atılan imzaların bir irade beyanının aidiyetini ortaya koymak noktasında elle atılan imzayla eşdeğer bir kabiliyete sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yönde bir kabulde dahi, autopen cihazları ile atılan imzalar, bir belgeye senet vasfı kazandırmak noktasında elle atılan imzalarla aynı düzeyde bir işlerlik alanına sahip olamayacaktır. Bunu engelleyen, autopen cihazlarıyla atılan imzaların geçerli sayılacağı alanı sınırlandıran TBK m.15/2 düzenlemesidir. Şu hâlde, TBK m.15/2 kapsamında olmayan hallerde autopen cihazıyla atılan bir imza *maddî hukuk anlamında hukukî* işlemin geçerlilik kazanmasına hizmet edemeyeceğinden, bu yöntemle oluşturulan imzayı içeren belge, yapılan hukukî işlemi



ispat etmek noktasında senet olarak veya delil başlangıcı olarak kullanılmayacaktır. Buna mukabil, TBK m.15/2 kapsamında kalan ihtimallerde, autopen cihazıyla oluşturulan bir imzayı içeren belgenin, yapılan hukukî işlemi ispat etmek noktasında (senet için aranan diğer şartları da taşıması halinde) senet olarak kullanılması mümkün olabilecektir.

(13) Dijital ekrana atılan imzanın, bir belgeye senet vasfı kazandırma imkânının olup olmadığına ilişkin görüşümüz bir önceki başlıkta autopen ile atılan imzalarla ilgili dile getirilenlerle paralellik gösterecektir. Bu bağlamda, eğer ispatlanmak istenen hukukî işlem TBK m.15/2 kapsamında bir araçla imzalanmak suretiyle geçerlilik kazanabilecek bir işlem ise, bu işlemin dijital ekrana imza atmak suretiyle yapılması halinde elektronik ortamda bulunan belgenin senet olarak nitelendirilmesi mümkün olabilecektir. Buna mukabil, üzerine kâğıt konularak kullanılan grafik tabletler üzerine imza atıldığında, ekranda yansıyan imza görüntüsü fikrimizce kâğıt üzerindeki imzanın (aslının) bir kopyası mahiyetinde olduğundan ve *bir şeyin aslının sadece kendisi olabileceği* mantık kuralından hareketle, bu imza görüntüsünü içeren metin sadece delil başlangıcı mahiyetinde olabilecektir. Elbette dijital ekrana imza atmak suretiyle gerçekleştirilen hukukî işlem TBK m.15/2 kapsamında araçla imza atılmasına müsaade edilmeyen bir işlem ise, bu durumda elektronik ortamda oluşturulan belgenin ne senet ne delil başlangıcı olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Zira bu ihtimalde, maddî hukuka göre geçerlilik kazanmış bir işlem mevcut değildir.

***Olması gereken hukuk açısından*** şu hususları ifade etmek istiyoruz: Hem autopen cihazlarıyla atılan imzaların hem dijital ekrana atılan imzaların, daha doğru bir ifadeyle *el yazısı dışında bir araçla atılan* imzaların uygulanma alanı sadece kanunda açıkça belirtilen hallere hasredilmelidir. Özellikle dijital ekrana atılan imzalar için böyle bir sınırlama getirilmesi gerektiğine yönelik görüşlerimizin altında şu gerekçelerin de bulunduğunu vurgulamakta yarar vardır: 1: Bu şekilde atılan imzalardaki sahtecilik incelemesinde grafoloji alanındaki tüm kazanımlardan yararlanmak şu an için mümkün değildir. Zira imza atılan ortam, el hareketlerinin karakteristik özelliklerini yansıtmaya elverişli olmayıp bu hususta bir standart da mevcut değildir. 2: Bu şekilde atılan imzaların, yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmelerle kötü niyetli olarak taklit edilmesi ve çoğaltılmasının ihtimal dâhilinde olmasıdır.

Son olarak, özellikle autopen cihazlarının ve bunların çeşitli varyasyonlarının hukuki açıdan çok daha detaylı olarak ele alınabilecek (ve öyle ele alınması gereken) bir araştırma konusu olduğuna dikkat çekmek istiyoruz.

**KAYNAKÇA**

- ACAR, Ayşe Ece, **Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**, İstanbul, 2013.
- AK, Ahmet Fatih, "Piezo Elektriksel Etki ile Zorlanan Dokunmatik Ekranların Tasarımı ve Titreşim Analizi", **Manisa Celal Bayar Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü**, (Yüksek Lisans Tezi), Manisa 2019.
- ALANGOYA, Yavuz - YILDIRIM, Kâmil - DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009.
- ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder - TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- ATALI, Murat - ERMENEK, İbrahim - ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, Ankara, 2018.
- BAYTEMUR, Deniz, "Elektronik Kambiyo Senetleri", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2020.
- BELGİN, Derya, "Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri (HUMK m.295/a)", **Hukuk Gündemi Dergisi**, 2009, S. 2, ss. 37-54.
- BİRİNCİOĞLU, İsmail - ÖZKARA, Erdem, "Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi ile Islak İmza Kavramı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010/87, ss. 403-433.
- BOZER, Ali - GÖLE, Celal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 8. Bası, Ankara, 2018.
- ERDEM, Nuri, "Kambiyo Senetlerinde Senet Metninde Değişiklikler", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2005.
- ERDÖNMEZ, Güray, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku (Cilt: 2)**, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- ERTURGUT, Mine, **Medeni Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Ankara, 2004.
- GÖKMENER, Aşegül, "Grafoloji ve Personel Seçimi", **Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- GÖKSU, Mustafa, **Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil**, Ankara, 2011.
- HAMILTON, Charles, **The Robot That Helped to Make a President**, New York, 1965.
- HATEMİ, Hüseyin - GÖKYAYLA, Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, "Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Doktora Tezi), İstanbul 1991.

- KESER BERBER, Leyla, “‘İmzalıyorum O Halde Varım’ Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2000, S. 2, ss. 503-556.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 20. Bası, Ankara, 2016.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, *Schweizerisches Obligationenrecht Artikel 14*, 3. Auflage, Zurich, 2016.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Birinci Cilt*, Yedinci Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017.
- KURŞAT, Zekeriya, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılması Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, C. LXXV, S. 7, ss. 413-430.
- MCCARTHY, J. F. McCarthy-WINCHESTER, Janis, “The Autopen”, *Journal of Forensic Sciences*, 1973, C. 18, S. 3, ss. 441-447.
- MEBROUK, Hadda, *Senetle İspat Konusunda Fransız Hukukundaki Geliştirmeler Türk ve Cezayir Hukuku ile Karşılaştırma*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- MELEZ, Esen vd., “Tetabuk Özelliği Olan Sahte İmzaların Tespitinde Bilgisayar Teknolojilerinin Rolü: Olgu Sunumu”, *Adli Tıp Bülteni*, 2015, C. 20, S. 3, ss. 166-171.
- MÜLLER, Christoph, *Berner Kommentar: Obligationrecht (OR) Artikel 14*, Berner, 2018.
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Discussion of the Committee on Daubert Standards: Summary of Meetings*, The National Academies Press, Washington (D.C.), 2006.
- OĞUZMAN, M. Kemal - ÖZ, M. Turgut, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler: Cilt 1)*, 16. Bası, İstanbul, 2018.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, *Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan*, İstanbul, 2012, ss. 2213-2281.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, *Noter Senetlerinde Sahtelik*, Ankara, 2018.
- ÖZER, Tülay, “Medeni Usûl Hukuku Bakımından Belge ve Adi Senette Sahtelik İddiası”, *Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2019.
- ÖZŞAHİN, Ahmet, “Adli Belge İncelemelerinde Autopen Ürünü Yazı ve İmzaların Analizi”, *Polis Akademisi, Adli Bilimler Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2017.
- RİZZİ, Marco Athos, *Schweizerisches Obligationenrecht Artikel 1085*, 3. Auflage, Zurich, 2016.

- SAYICI, Bilge, "Türkiye'de Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2009.
- SCHİMKE, Sascha, "Suche in on-line erfassten digitalen Handschriftdokumenten", *Otto-von-Guericke-Universität*, (Dissertation), Magdeburg 2008.
- ŞENOCAK, Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50, S. 2, ss. 97-135.
- TANRIVER, Süha, *Medenî Usûl Hukuku (Cilt: 1)*, Ankara, 2016.
- TURNIPSEED, Terry L., "The President and the Autopen: It is Unconstitutional for Someone or Something to Sign a Bill Outside of the President's Presence", *Syracuse University College of Law - Faculty Scholarship*, (24.7.2012), <https://surface.syr.edu/lawpub/83> (9.3.2021).
- TÜRK DİL KURUMU, *Güncel Türkçe Sözlük "imza"*, <https://sozluk.gov.tr/> (1.9.2020).
- TÜRKİYE DİYANET VAKFI, *İslâm Ansiklopedisi*, İstanbul, 2000.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku (Cilt: I-II)*, 4. Bası, İstanbul, 1989.
- von TUHR, Andreas, *Borçlar Hukuku (Cilt: 1-2), çev. Cevat Edege*, 2. Baskı, Ankara, 1983.

## KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASININ NİTELİKLERİ<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Ali Fuat ÇİÇEKLİ<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

Menfi tespit davası, cebri icra hukukuna etki eden İcra ve İflas Kanunu m.72 hükmünde düzenlenmiş bir maddi hukuk davasıdır. Bu davayla borçlu, borçlu olmadığını tamamen genel yargılama usullerine göre ispat ederek icra takibinin etkisinden kurtulmaktadır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte de m.170/b hükmünün m.72'ye yaptığı atıf gereği menfi tespit davası açılabilir. Ancak kambiyo senetlerine özgü takibin kendisine özel nitelikleri gereği menfi tespit davası da bu ölçüde farklılaşmaktadır.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip, kambiyo senetlerinin niteliği gereği genel haciz yoluyla takipten daha hızlı işlemektedir. Bu hızlı işleyiş de gerçekte borçlu olmayanın aleyhine olarak ispat hususunu zorlaştırmaktadır. Nitekim bu takip yolunda genel haciz yoluyla takibe nazaran borçlunun savunma araçlarını etkin ve hızlı şekilde kullanma imkânı oldukça kısıtlıdır. Bu bağlamda menfi tespit davası, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte genel haciz yoluyla takibe nazaran daha fazla önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Kambiyo Senedi, Haciz, Menfi Tespit Davası, Genel Haciz Yoluyla Takip, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takip.

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02/05/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 19/08/2021.

Atıf Şekli: Ali Fuat Çiçekli, "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 839-901.

<sup>(\*\*)</sup> Gaziantep Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye.

E-posta: alifuatcicekli53@icloud.com.

Orcid: 0000-0001-7631-9833.

# CHARACTERISTICS OF THE NEGATIVE DECLARATORY ACTION IN ENFORCEMENT PROCEDURE FOR BILL OF EXCHANGE

## ABSTRACT

Negative declaratory action is a substantive law case regulated under the Art.72 of the Enforcement and Bankruptcy Law which affects the enforcement law. With this lawsuit, the debtor gets rid of the effect of enforcement proceedings by proving that he/she isn't debtor completely according to the ordinary judicial procedures. In the enforcement procedure through enforcement procedure for bill of exchange, negative declaratory action can be filed in accordance with the reference to Art.72 of the Art.170/b. However, due to special characteristics of the enforcement procedure specific to the bill of exchange, negative declaratory action also differs in this extent.

Enforcement proceeding through enforcement procedure for bill of exchange works faster than enforcement procedure through ordinary enforcement due to the nature of bill of exchange. This rapid pace of action also makes it difficult to prove against the person who isn't actually indebted. As a matter of fact, the means of using the debtor's defense opportunities effectively and quickly are very limited compared to the follow-up through ordinary enforcement. In this context, negative declaratory action is more important in the enforcement procedure through enforcement procedure for bill of exchange than through enforcement procedure through ordinary enforcement.

**Keywords:** Bill of Exchange, Enforcement, Negative Declaratory Action, Ordinary Enforcement Procedure, Enforcement Procedure for Bill of Exchange.

## GİRİŞ

Kambiyo senetleri (ticari senetler), ticari hayatın ihtiyaçları sonucu tarih süreci içerisinde meydana gelmiş, kendisine belli hukuki sonuçlar bağlanmış özel kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. Türk hukukunda kambiyo senetleri olarak poliçe, bono ve çek olmak üzere üç tür kıymetli evrak kabul edilmektedir. Söz konusu kambiyo senetleri, ticari hayatın gerekleri olan hız, güven ve kolaylık ilkeleri bağlamında belli başlı özellikler barındırmaktadır. Bu özellikler, ticaretin güvenli ve uygun şekilde sürdürülmesine hizmet eder.

Maddi hukukun olgusal manada tezahür etmesi icra kurumları ve yargı mekanizmaları ile gerçekleşir. Öte yandan icra hukuku kuralları, metodik kuralardan (şekli hukuk) oluşan, bir kural nedeniyle yaratılan hukuki uyumsuzlukların nasıl, hangi yol izlenerek hangi makam veya organlar tarafından çözümleneceğine ilişkin ikincil derecedeki kurallardır<sup>1</sup>. Bu açıdan ikincil derecedeki icra hukuku kuralları aracılığıyla, birincil derecedeki maddi hukuk normlarının<sup>2</sup> varlığı belirlenip değiştirilir, kaldırılır veya birincil derecedeki normlara aykırılık olup olmadığı saptanır<sup>3</sup>. Dolayısıyla maddi hukuk kurallarının hayata geçirilmesinde ikinci derece norm niteliğindeki icra hukuku kuralları büyük önem taşımaktadır.

Kambiyo senetlerinin, şart olmamakla birlikte, çoğu zaman temelinde bir borç ilişkisi bulunması ve nihayetinde borç ikrarını içeren bir senet olması, onun icra edilebilmesi için yeterlidir. Ancak hukuka etki eden olgular, ticari hayatın güvenli ve hızlı biçimde garanti altına alınmasını önemsemiş olacak ki kambiyo senetlerine olağan icra usulünden ayrı bir yöntem ihdas etmiştir. Bu ayrı yöntem hukukumuzda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda<sup>4</sup> (İİK) “Kambiyo Senetleri (Çek, Poliçe ve Emre Muharrer Senet) Hakkındaki Hususi Takip Usulleri” olarak adlandırılmaktadır (İİK m.167-176b).

Kambiyo senetlerine özel takip usulü, olağan icra usulü çerçevesinde yürütülürken kambiyo senetlerinin kendine özgü özellikleri çerçevesinde olağan usulden farklılaşmaktadır. Kambiyo senetlerine özgü takip yoluna özel olarak düzenlenmiş hükümlerin uygulanmasında çoğu zaman bir tartışma yaşanmaz.

<sup>1</sup> Yasemin Işıқтаç - Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 147.

<sup>2</sup> Birincil derecedeki normlar, bir davranış normu oluşturan ve bireylere belli bir davranışta bulunmak veya bulunmamak yükümlülüğü yükleyen normlardır. Bu konu hakkında bkz. Işıқтаç - Metin, s. 145 vd.

<sup>3</sup> Işıқтаç - Metin, s. 147.

<sup>4</sup> RG, 09.06.1932, S. 2128.

Ancak bu özel takip yolunun, olağan takip yoluna örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanmasında iki farklı yolun farklı özellikleri sebebiyle çatışmalar ortaya çıkabilir. Söz konusu çatışmalar ise hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırılıkları gündeme getirebilir. Bu bağlamda kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip usulü, eğer varlığını devam ettirecekse kazuistik bir biçimde düzenlenmeli, genel haciz yolu hükümlerine atıf suretiyle yoruma yol açacak şekilde düzenlenmemelidir.

Çalışma konusunu oluşturan menfi tespit davası da kambiyo senetlerine özgü takip yollarında kıyasen uygulanan hususlardan biridir. Türk icra hukuku, menfi tespit davası açısından kambiyo senetlerine özgü takip yolunda ayrı bir hüküm ihdas etmemiş, olağan takip usulündeki menfi tespit davasına atıfta bulunmakla yetinmiştir (İİK m.170/b).

Hâlen güncelliğini koruyan ve icra hukukuyla maddi hukuk arasında bir köprü görevi gören menfi tespit davasının kambiyo senetlerine özgü takip yolundaki görünümü, uygulama ve doktrinde çeşitli tanımlamalara ve uygulamalara sahne olmuştur. Bu çalışmada, kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip usulünde menfi tespit davasının niteliklerini, güncel tartışmalar ve yargı kararları ışığında irdeleyeceğiz.

## I. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİP

### A. Genel Olarak Kambiyo Senetleri

Kambiyo senetleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>5</sup> (TTK) m.670-823 hükümlerinde poliçe, bono ve çek olarak üç tür kıymetli evrak şeklinde düzenlenmiştir. Kambiyo senetleri, adi ve resmî senetlerden farklı olarak belli şartları taşıması kaydıyla kendine özgü hukuki sonuç doğuran senetlerdir. Bir kıymetli evrak niteliğindeki kambiyo senetleri öyle senetlerdir ki bünyesindeki hak, senetle bütünleşerek ondan ayrı olarak ileri sürülemez ve başka kimselere devredilemez (TTK m.645).

Poliçe, belirli bir bedeli ödemeye yönelik kayıtsız şartsız çifte yetki veren bir havaleyi içeren (TTK m.671/1-b) ve bu havale ilişkisini bünyesinde tutup üçlü bir ilişki (Düzenleyen, Lehtar, Muhatap) meydana getiren bir senettir<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> RG, 13.01.2011, S. 27846.

<sup>6</sup> Eyüp Sabri Erman, *Poliçe-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 21; Erol Ertekin - İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler Huku-*



Polıçeyi düzenleyen kimse, bir üçüncü kişinin poliçede adı yazılı kimseye belirli bir miktar paranın ödenmesini emreder. Bu bağlamda poliçe bir kredi (vade) aracıdır.

Poliçe, Türk hukuk uygulamasında çok nadir görülen bir kambiyo senedi olmakla beraber TTK, genel hükümler bakımından bono ve çek hükümlerinin uygulanmasını niteliğine aykırı düşmedikçe poliçe hükümlerine bağlamıştır (TTK m.778 ve TTK m.818). Bu nedenle, uygulaması yaygın olmasa da poliçeye ilişkin hükümler önem arz etmektedir.

Kambiyo senetlerinden ikincisi, düzenleyenin lehtara kayıtsız şartsız belirli bir bedeli ödemek vaadini içeren bonodur (TTK m.776/1-b). Bonoda, poliçeden farklı olarak senedi düzenleyen, belirli bir ödeme vaaında bulunurken bu ödemeyi yapması için üçüncü bir kişiye (muhatap) ödeme emri vermez. Aksine düzenleyen, belirli olan bedeli kendisi ödeme taahhüdü altına girer<sup>7</sup>. Bu açıdan bononun da poliçe gibi bir kredi aracı olduğu söylenebilir. Öte yandan Türk hukukunda bono uygulaması çok yaygındır<sup>8</sup>.

Son kambiyo senedi, yine poliçe gibi üçlü bir ilişkinin bulunduğu, senedi düzenleyenin üçüncü kişiye belirli bir bedeli lehtara ödemesini emrettiği çektir<sup>9</sup>. Çek, bono ve poliçeden farklı olarak belirli bir vade içermez, ibraz günü içerir. Bu bağlamda doktrinde, çekin kredi aracı değil ödeme aracı olduğu belirtilmektedir<sup>10</sup>. Ancak uygulamada ileri tarihli çek düzenlenmesine imkân veren 5941 sayılı Çek Kanunu<sup>11</sup> geçici m.3/5 hükmünün sürekli revize edilerek uzatılması, çeki “*de facto*” kredi aracı haline getirmektedir<sup>12</sup>.

---

ku, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1992, s. 140; Reha Poroy - Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 149; Abuzer Kendigelen - İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku: Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 124; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 129; Hüseyin Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 111.

<sup>7</sup> Erman, s. 22; Ertekin - Karataş, s. 160; Poroy - Tekinalp, s. 301; Kendigelen - Kırca, s. 161; Pulaşlı, s. 249; Ülgen vd., s. 159.

<sup>8</sup> Kendigelen - Kırca, s. 160.

<sup>9</sup> Erman, s. 23; Ertekin - Karataş, s. 174; Poroy - Tekinalp, s. 311; Kendigelen - Kırca, s. 274; Pulaşlı, s. 281; Ülgen vd., s. 269-270.

<sup>10</sup> Poroy - Tekinalp, s. 311-312; Kendigelen - Kırca, s. 17; Ülgen vd., s. 270.

<sup>11</sup> RG, 14.12.2009, S. 27438.

<sup>12</sup> Ali Haydar Yıldırım, “Türk Hukuku’nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. XXI, S. 4, s. 97 vd.

## B. Kambiyo Senetlerinin Ortak Özellikleri

Poliçe, bono ve çekten oluşan kambiyo senetlerinin her biri, ulaşmak istedikleri amaç veyahut belli başlı özellikler bakımından farklılıklar gösterse de hepsinin kambiyo senedi olmasından kaynaklanan temel nitelikleri bulunmaktadır. Bu nitelikleri kısaca belirtmek gerekirse kambiyo senetleri; temelinde bir temel ilişki olarak adlandırılabilir borçlar hukuku sözleşmesi gereğince bir alacak hakkını barındırır<sup>13</sup>. Bu senetler genellikle mevcut bir borç için verilir. Bu şekilde verilen kambiyo senetleri ifa uğruna edim olarak verilir<sup>14</sup>. Eş söyleyişle ifa uğruna verilen kambiyo senedinin tahsil edilmesiyle, tahsil edilen miktar kadar borç itfa edilmiş olur<sup>15</sup>. Kambiyo senetleri sıkı şekil kurallarına bağlıdır<sup>16</sup>. Öyle ki bu şekil şartlarına uyulmadan kambiyo senedi düzenlenemez. Kambiyo senetleri, kural olarak kolaylıkla devredilebilen (ciro, zilyetliğin nakli), dolaşım (tedavül) kabiliyetini haiz senetlerdir. Özellikle bono ve poliçe, piyasadaki nakit sıkıntısını yüklenerek likidite ihtiyacını giderirler<sup>17</sup>. Kambiyo senetleri, kamu güvenine mazhar senetler olup sebepten soyut senetlerdir<sup>18</sup>. Bir senedin kambiyo senedi vasfını haiz olması için o senette temel borç ilişkisine dair hiçbir kayıt olmamalıdır. Eş söyleyişle kambiyo senedi sadece belirli bir paranın ödenmesini içerir. Öte yandan kambiyo senetleri (emre veya hamiline yazılı olması şartıyla)<sup>19</sup> hakkın senette gösterildiği şekilde bulunduğu (devreden yetkili olduğu) ve böylece mevcudiyetinin (devralanın iyi niyetinin korunduğu) kabul edildiği senetlerdir<sup>20</sup>. Öyle ki sebepten soyutluk ve kamu güvenine mazhar olma nitelikleri birbirinin mütemmim cüzü gibidirler. Kambiyo senetlerinde, senet üzerine atılan imzaların bağımsız olması ilkesi geçerlidir<sup>21</sup>. Bu ilke, senet üzerindeki imzaların sahiplerinin her birinin attığı imzadan diğerlerinin herhangi bir durumuyla bağlı olmaksızın sorumlu olacağına işaret eder. Eş söyleyişle senette yer alan imza herhangi bir şekilde geçersiz olsa bile bu

<sup>13</sup> Pulaşlı, s. 118; Ülgen vd., s. 94.

<sup>14</sup> Rona Serozan, *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm Cilt 3*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 93; Kendigelen - Kırca, s. 127.

<sup>15</sup> Serozan, s. 96; Kendigelen - Kırca, s. 127.

<sup>16</sup> Poroy - Tekinalp, s. 45; Pulaşlı, s. 118; Kendigelen - Kırca, s. 125; Hüseyin Ülgen vd., s. 105.

<sup>17</sup> Kendigelen - Kırca, s. 17.

<sup>18</sup> Poroy - Tekinalp, s. 54; Pulaşlı, s. 119-120; Kendigelen - Kırca, s. 126; Hüseyin Ülgen vd., s. 101 vd.

<sup>19</sup> Kambiyo senetleri kanunen emre yazılı senetlerdir (TTK m.681, 778, 785/1).

<sup>20</sup> Poroy - Tekinalp, s. 55; Pulaşlı, s. 120; Kendigelen - Kırca, s. 126; Hüseyin Ülgen vd., s. 102-103.

<sup>21</sup> Poroy - Tekinalp, s. 178; Pulaşlı, s. 119; Kendigelen - Kırca, s. 127; Ülgen vd., s. 167 vd.

geçersizlik diğfer imzaların geçerliliğini etkilemez. Bu ilke de kambiyo senetlerinin dolaşım güvenliğine hizmet eder<sup>22</sup>. Kambiyo senetlerinde imzası bulunan üçüncü kişi (muhatap), düzenleyen, lehtar, cirantalar ve avalistler niteliğine göre kambiyo senedinin kabul edilmemesinden veyahut ödenmemesinden müteselsilen sorumludurlar (TTK m.724, 778/1, 818/1). Eş söyleyişle her borçlu, kambiyo senedinde belirtilen bedelin tamamından müteselsil sorumluluk hükümlerine göre sorumludur.

### C. Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları

Kambiyo senetlerinin ticari hayat açısından önemi hukukun somutlaştığı icra hukuku normlarına da yansımıştır. İcra ve İflas Kanunumuzda ticaret ilişkilerindeki hızlılık ihtiyacı ve kolayca dolaşımında bulunmasını sağlamak amacıyla bu senetlere özgü ayrı bir takip yolu düzenlenmiştir<sup>23</sup>. Kanun koyucu, bu senetlere özgü hem icra hem iflas yoluyla takip yapılabilecek şekilde iki ayrı kendine özgü takip yolu ihdas etmiştir. Elinde bir kambiyo senedi bulunan alacaklı borçluya karşı, kambiyo senedine özgü haciz yoluyla takipte bulunabileceği gibi eğer borçlu iflasa tabi ise kambiyo senedine özgü iflas yoluyla takipte de bulunabilir. Bu bağlamda kambiyo senetlerine özgü haciz veya iflas yoluyla takip arasında, genel haciz veya iflas yoluyla takipteki farklılıklar haricinde önemli bir husus bulunmamaktadır.

### D. Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takip

#### 1. Genel Olarak

İİK m.168 vd. düzenlenen kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip usulü, genel haciz yoluyla takip usulünden belli noktalarda ayrılmaktadır. Ancak belli bir aşamaya gelmiş takip, aynen genel haciz yoluyla takipteki gibi yürütülür. Genel haciz yoluyla takip kural olarak; takip talebi, ödeme emrinin gönderilmesi ve kesinleşmesi, haciz, paraya çevirme ve paranın ödenmesi veya koşullar oluşmuşsa paraların paylaşılması aşamalarından oluşur. İşte kambiyo senedine özgü haciz yolu-

<sup>22</sup> Kendigelen - Kirca, s. 128.

<sup>23</sup> Burhan Gürdoğan, *İcra Hukuku Dersleri*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1970, s. 47; Erman, s. 89; İlhan E. Postacioğlu, *İcra Hukuku Esasları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 680; Mevci Ergün, *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 27-28; Mehmet Helvacı, "Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, C. LXXI, S. 2, s. 165; Abdurrahim Karlı, *İcra ve İflas Hukuku*, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2014, s. 367; Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 255; Hüseyin Ülgen vd., s. 365.

la takiple genel haciz yoluyla takip yalnızca takip talebi ve ödeme emrinin gönderilmesi ve kesinleşmesi aşamalarında farklılaşmaktadır<sup>24</sup>. Diğer aşamalar bakımından her iki takip yolu arasında bir fark bulunmamaktadır.

## 2. Takip Süreci

Elinde kambiyo senedi<sup>25</sup> olan alacaklının kambiyo senedine özgü haciz yoluna ve genel haciz yoluna başvurmak hususunda seçim hakkı vardır. Eş söyleyişle alacaklının genel haciz yoluna başvurması yasaklanmamıştır. Alacaklı, daha hızlı ve güvenli bir şekilde alacağını elde etmek için kambiyo senetlerine özgü yolu kullanabilir.

Alacaklı, kambiyo senedinin kendisini takip talebine ekleyerek, senedin borçlusuna karşı icra dairesi aracılığıyla takip talebinde bulunur (İİK m.167/2). Alacaklının bu takip talebiyle birlikte icra müdürü, ödeme emrinin gönderilmesi bakımından gerekli şartların<sup>26</sup> oluşup oluşmadığını denetledikten sonra bu şartlar tamam olduğu takdirde borçluya bir ödeme emri gönderir. Ödeme emri İİK m.168<sup>27</sup> hükmü

<sup>24</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Cilt 2*, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990, s. 1588; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 761; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 253; Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 352.

<sup>25</sup> Alacaklının elinde mutlaka kambiyo senedi vasfını haiz (bono, poliçe, çek) veya kanun gereği buna eş değer (ÇekK m.3/6-c) bir senet bulunmalıdır. Aksi takdirde bu özgü takip yolu kullanılamaz. Söz gelimi kambiyo senedi mahkeme kararıyla iptal edilmişse (TTK m.651 vd., 757 vd.) artık o senet kambiyo senedi vasfını yitirdiğinden kendisine içkin temel alacak, bu özgü takip yoluna başvuruyla tahsil edilemez.

<sup>26</sup> Bu gerekli şartlar; senedin kambiyo senedi niteliğinde olması, kambiyo senedi üzerindeki borcun vadesinin gelip gelmediği, kambiyo senedinin niteliğine göre alacaklının takipte bulunma yetkisini haiz olup olmadığıdır (İİK m.168/1, 170/a-2).

<sup>27</sup> İİK m.168: "...1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, takip talebine yazılması lazım gelen kayıtlar, 2. Borcun ve takip masraflarının on gün içinde ödeme emrinde yazılı olan icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi ihtarı, 3. Takibin müstenidi olan senet kambiyo senedi vasfını haiz değilse, beş gün içinde icra mahkemesine şikayet etmesi lüzumu, 4. Takip müstenidi kambiyo senedindeki imza kendisine ait olmadığı iddiasında ise bunu beş gün içinde açıkça bir dilekçe ile icra mahkemesine bildirmesi; aksi takdirde kambiyo senedindeki imzanın bu fasıl gereğince yapılacak icra takibinde kendisinden sadır sayılacağı ve imzasını haksız yere inkar ederse sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkûm edileceği ve icra mahkemesinden itirazının kabulüne dair bir karar getirmediği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı. 5. Borçlu olmadığı veya borcun itfa edildiği veya mehil verildiği veya alacağın zaman aşımına uğradığı veya yetki itirazını sebepleri ile birlikte beş gün içinde icra mahkemesine bir dilekçe ile bildirerek icra mahkemesinden itirazın kabulüne dair bir karar getirmediği takdirde cebri icraya devam olunacağı ihtarı. 6. İtiraz edilmediği ve borç ödenmediği takdirde on gün içinde 74'üncü mad-

gereğince bulunması gereken kayıtları içerir. Ödeme emrine itiraz edilmediği takdirde takip kesinleşir. Böylece takibin bir sonraki aşaması olan hacze geçilir.

Genel haciz yolundan farklı olarak bu özel takip yolunda ödeme emrine itiraz süresi beş gün, mal beyanında bulunma süresi on gün, senedin kambiyo senedi niteliğinde olmadığı ve alacaklının kambiyo senedinden kaynaklanan takip hakkına sahip olmadığı halleriyle sınırlı olarak şikâyet süresi beş gündür. Kanımızca genel haciz yolundan kayda değer bir farkı bulunmayan bu sürelerin farklı farklı düzenlenmesi pratik açıdan faydasız olduğu gibi sürelerin karıştırılmasına da sebep olmaktadır. Bunun yerine bu özel takip usulüne uygun olarak tüm durumlar için üç gün gibi kısa bir sürenin belirlenmesi hem süre karmaşasının önüne geçecek hem de özel takip usulünün niteliğine uygun olarak takibin hızliliğine hizmet edecektir.

Ödeme emrine itiraz edilmesi (İİK m.169, 170) halinde (borca veya imzaya itiraz), icra mahkemesince itiraz incelemesi yapılır. Yapılan bu inceleme çok sınırlı bir incelemedir. Borçlu, borca itiraz etmesi halinde elinde, borcunun olmadığını, ertelendiğinin veya itfa edildiğinin resmî veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş bir belge bulunması gerekir. Keza borçlunun elinde bu nitelikteki belge olmadığı takdirde icra mahkemesi itirazın reddine karar verir (İİK m.168/a-4).

Dikkat etmek gerekir ki bu takip yoluna özgü olarak gerek borca gerek imzaya itiraz, satış işlemi hariç icra takip işlemlerini durdurmaz (İİK m.169, 170/1). Borçlunun yapmış olduğu itiraz, satış işlemi önlemekle birlikte yerine göre icra takibinin geçici olarak durdurulması kararı verilmesini de sağlayabilir. Keza hâkim, itirazın esasının incelenmesinden önce itiraz dilekçesine ekli belgelerden borcun itfa edildiği veya ertelendiği veyahut senedin metninden zamanaşımına uğradığı veya borçlunun borçlu olmadığı yahut icra dairesinin yetkili olmadığı kanaatine varması halinde icra takibinin geçici olarak durdurulması kararı verebilir (İİK m.169/a-2, 170/2). Belirtmek gerekir ki hâkimin yaptığı bu inceleme evrak üzerindedir<sup>28</sup>.

Borçlunun borca itirazının kabulüne karar verilmesi halinde icra takibi kesin olarak durur. Kararın kesinleşmesi üzerine icra takibi iptal edilir. Borçlunun

---

*deye, itiraz edilip de reddedildiği takdirde ise üç gün içinde 75'inci maddeye göre mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik edileceği, mal beyanında bulunmaz veya hakikate aykırı beyanda bulunursa ayrıca hapisle cezalandırılacağı ihtari...".*

<sup>28</sup> Kuru, Ders Kitabı, s. 257.

imzaya itirazının kabulüne karar verilmesi halinde ise icra takibi durdurulur. Kararın kesinleşmesi üzerine icra takibi iptal edilir. Görüldüğü üzere kambiyo senetlerine özgü takip yolunda genel hacizde olduğu gibi itirazın kesin veya geçici kaldırılması kurumu bulunmamaktadır.

Borçlunun yaptığı itirazın mahkemece kabul edilmemesi üzerine gerek borca itiraz gerek imzaya itirazda, itirazın takibe bir etkisi olmaması dolayısıyla takip normal seyrinde devam eder. Ancak itirazın geçici olarak durdurulması kararı verilmişse bu karar kaldırılarak takibin kaldığı yerden devamına karar verilir. Eş söyleyişle haciz, paraya çevirme ve paranın alacaklıya verilmesi (veya alacaklılara paylaşılması) aşamaları tamamlanır.

## II. MENFİ TESPİT DAVASI

### A. Genel Olarak

İcra hukukunun, temel gayesi borçlunun temel haklarını ihlal etmeden alacaklının alacağını tahsil etmesini sağlamak olduğundan oldukça şekli kurallarla donatıldığı söylenebilir<sup>29</sup>. Denilebilir ki icra hukuku (özellikle ilâmsız icrada), alacaklı lehine işleyen bir hukuk dalıdır. Söz gelimi borçlu takibe itiraz etmezse takip kesinleşir (İİK m.60/5) veyahut kambiyo senedine özgü takipte olduğu gibi borçlu itiraz etse dahi bu itiraz, satıştan başka bir işlemi durdurmaz (İİK m.169, 170/1). Nitekim icra hukukunun amacı da maddi hukukun gereğini yerine getirmektir<sup>30</sup>. Zira icra hukukunun maddi hukukun üzerine geçerek onu ikame edici niteliğe bürünmesi düşünülemez. Bu bağlamda icra hukukunun şekli hükümlerinin borçlu aleyhine acımasız sayılabilecek nitelikteki etkilerinden kurtarmak için çeşitli çareler oluşturulmuştur<sup>31</sup>. İşte menfi tespit davasında verilecek tedbir kararıyla takibin durdurulabiliyor olması, icra hukukuna özgü olarak borçlu lehine getirilmiş bir çare, yoldur<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Şekle sıkı sıkıya bağlılık, kanunilik ve hukuki belirlilik ilkesinin bir yansıması olarak adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, eşitlik ilkesi gibi temel hakların korunmasına hizmet eder. Bu konu hakkında bkz. Muhammet Özekes, *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 101, 104.

<sup>30</sup> Postacıoğlu, s. 4; Hakan Pekcanitez vd., s. 3; Ramazan Arslan vd., s. 37; Karlı, s. 3.

<sup>31</sup> Gürdoğan, s. 129; Postacıoğlu, s. 256; Ramazan Arslan vd., s. 222; BGE 129 III 197 §2.1; BGE 4P.2/2006, 21.03.2006, §3.1, <https://www.bger.ch>, (28.09.2021).

<sup>32</sup> Gürdoğan, s. 129; Postacıoğlu, s. 253.

Menfi tespit davası, icra hukukunun şekli hükümleriyle maddi hukuk arasındaki bir köprü mahiyeti gösterir<sup>33</sup>. Öyle ki bu davayla birlikte icra hukukundaki haciz, satış gibi alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan aşamalara etki edilebilir. Menfi tespit davasıyla borçluya, maddi hukuk bakımından borçlu olmadığını ispat imkânı tanınır<sup>34</sup>.

Menfi tespit davası, niteliği itibarıyla tespit davalarının bir türüdür<sup>35</sup>. Keza bu davada bir hakkın ya da hukuki ilişkinin yokluğunun veyahut bir belgenin sahte olduğunun saptanması konu edinilir (HMK m.106/1). Takip borçlusu, maddi hukuk bağlamında borçlu olmadığını tespit ettirmek için, ödeme emrine itiraz etmediği veyahut ödeme emrinin tebliğinden önce saptanmasında hukuki yararı bulunduğu hallerde veyahut ödeme emrine itiraz etse dahi elinde icra hukuku anlamında borçlu olmadığını ispat edecek belgeler (İİK m.68, 169/a) bulunmadığı halde menfi tespit davası açabilir<sup>36</sup>.

Menfi tespit davasının icra hukukuna etki edebilmesi İİK m.72 hükmü aracılığıyla gerçekleşir. Bu hüküm öyle düzenlenmiştir ki borçlunun lehine olarak borçlu olmadığını ispat edebilme imkânı tanınmasına karşın alacaklı lehine olarak da takibin sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmektedir<sup>37</sup>. Eş söyleyişle maddi hukuk normlarının cebri icraya doğrudan etki etmesi belirli bir usule tâbi kılınmıştır<sup>38</sup>. Gerçekten de menfi tespit davasına doğrudan etki imkânının tanınması durumunda, cebri icra kurumunun anlamını yitirmesi kaçınılmazdır.

<sup>33</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, menfi tespit davasının ikili niteliğe sahip olduğunu belirterek, söz konusu davanın hem icra takibinin durdurulmasını sağladığı hem de borcun mevcut olmadığını veya ertelendiğini geleceğe etkili olarak tespit ettirdiğine işaret etmiştir. Karar için bkz. BGE 5P.337/2006, 27.11.2006, §4. Aynı yönde bkz. BGE 5A.625/2016, 22.05.2017, §2; BGE 132 III 89, §1.1, <https://www.bger.ch>, (28.09.2021).

<sup>34</sup> Gürdoğan, s. 129; Postacıoğlu, s. 261; Baki Kuru, *Menfi Tespit ve İstirdat Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 9; Kuru, El Kitabı, s. 347; Talih Uyar vd., *Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 5; Karslı, s. 389; Timuçin Muşul, *Menfi Tespit ve İstirdat Davaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 77 vd.; Pekcanitez vd., s. 131.

<sup>35</sup> Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 324; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 584; Muşul, *Menfi Tespit*, s. 9.

<sup>36</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, s. 9; BGE 5A.344/2013, 06.01.2014, §3.2.3, <https://www.bger.ch>, (28.09.2021).

<sup>37</sup> Kuru, *Menfi Tespit*, s. 10; Ramazan Arslan vd., s. 222.

<sup>38</sup> İİK m.72 hükmünde düzenlenen menfi tespit davası, genel tespit davasından farklı özellikler içermektedir. Dolayısıyla uygulanacak prosedür, kanun kapsamındaki gereklilikler ve etkiler bakımından farklılık göstermektedir. Bu konu hakkındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 125 III 149, §2.C; BGE 5S.253/2000, 11.14.2000, §1.B, <https://www.bger.ch>, (28.09.2021).

Takip borçlusunu menfi tespit davasıyla, borçlu olmadığını hukuk yargılama usulü dairesinde ispat edebilir. Söz gelimi, faturalara istinaden ödeme yapıldığı<sup>39</sup>, senetteki imzanın sahteliği<sup>40</sup>, kambiyo senedinin teminat senedi niteliğinde olduğu<sup>41</sup>, senedin açık senet niteliğinde olduğu<sup>42</sup>, teminat mektubuna konu borcun tazmin olunduğu<sup>43</sup>, senedin iyi niyetle veyahut kötü niyetle ödendiği<sup>44</sup>, sözleşme ilişkisinin hile sonucu kurulduğu<sup>45</sup> gibi maddi hukuk kaynaklı birçok olgu menfi tespit davasının konusunu oluşturabilir. Bu bağlamda borçlu, alacaklıya karşı icra hukukunun itirazın geçici veya kesin kaldırılması, borca veya imzaya itiraz gibi kurumları üzerinden kullanmadığı veya kullanmadığı her türlü aracını belli usuller dairesinde kullanabilmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki menfi tespit davası, nihayetinde bir dava olduğundan yargılama usulü bakımından (kesin delille ispat, isticvap, dava şartları vs.) 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>46</sup> (HMK) hükümleri uyarınca yürütülür.

Menfi tespit davasının icra takibine etkisi, öncelikle davanın açıldığı zamana göre şekillenmektedir. Bu bağlamda İİK m.72 hükümleri uyarınca takipten önce açılan dava ile sonra açılan dava arasında farklı hüküm ve sonuçlar doğmaktadır.

## B. Takipten Önce Açılan Menfi Tespit Davası

Menfi tespit davası, icra takibinden önce açılabilir (HMK m.106). Bu davayla birlikte borçlu, daha ortada icra takibi bulunmamaktayken alacaklıya karşı borçlu bulunmadığını tespit ettirebilir.

<sup>39</sup> Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesinin 11.06.2020 tarihli ve 387/615 sayılı kararı, [www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) (Lexpera), 31.05.2021).

<sup>40</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13.01.2021 tarihli ve 8546/727 sayılı kararı, Lexpera (31.05.2021).

<sup>41</sup> Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.01.2021 tarihli ve 8690/1049 sayılı kararı; Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.01.2021 tarihli ve 7398/394 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>42</sup> Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 8. Hukuk Dairesinin 12.06.2020 tarihli ve 3705/1279 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>43</sup> Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 28.01.2021 tarihli ve 53/297 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>44</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin, 02.02.2021 tarihli ve 3646/685 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>45</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.03.2015 tarihli ve 1707/1072 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>46</sup> RG, 12.01.2011, S. 27836.



İİK m.72/1 hükmü icra takibinden önce açılan menfi tespit davasını düzenlerken İİK m.72/2 hükmü açılan menfi tespit davasının icra takibine etki etmesini düzenlemiştir. Keza cebri icra yoluyla menfi tespit davasının seyri, birbirinden ayrı hukuki yollar çerçevesinde yürür. İİK m.72 hükmüyle bu iki yol arasında bir köprü kurulur. Kanun, böylece icra takibinin bağımsızlığı ilkesini kabul etmiştir<sup>47</sup>.

İİK m.72/2 hükmüne göre takipten önce dava açan borçlu, açılması muhtemel takibi de belli şartlar dâhilinde önleyebilmektedir. Borçlu, alacağın en az yüzde on beşi miktarında teminat göstermesi karşılığında mahkemeden, icra takibinin durdurulması niteliğinde ihtiyati tedbir kararı vermesini isteyebilmektedir. Hükme göre mahkeme, borçlunun bu talebiyle bağlı değildir. Bu bağlamda hâkim, teminat gösterilmesiyle kendiliğinden tedbir kararı vermeyip, somut olayın özelliğine göre karar vermelidir. Söz gelimi borçlunun sırf icra takibini geciktirme amacıyla takipten hemen önce davayı açması halinde kötü niyet vb. durumları da dikkate alınıp ona göre tedbir kararı verilmelidir<sup>48</sup>.

Takipten önce açılan menfi tespit davasından sonra takip talebinde bulunulabileceği gibi borçlu takibe itiraz da edebilir. Keza menfi tespit davası ve icra takibi iki ayrı hukuki yoldur. Ancak menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararı verilmişse icra mahkemesi itiraz incelemesi yapamaz<sup>49</sup>. İcra mahkemesi ancak menfi tespit davasını bekletici mesele yaparak sonucuna göre karar verebilir<sup>50</sup>.

### C. Takipten Sonra Açılan Menfi Tespit Davası

Takip borçlusu İİK m.72/1 hükmü gereği takipten önce olduğu gibi takip sırasında da menfi tespit davası açabilir. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre İcra ve İflas Kanunu m.85/a hükmündeki “her zaman dava açabilir”, ibaresini borçlunun ancak itirazın kaldırılması kararının kesinleşmesinden sonra menfi tespit davasının her zaman açılabilmesi şeklinde yorumlamaktadır<sup>51</sup>. Ancak İİK m.72/3 hükmündeki “... *menfi tesbit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin*

<sup>47</sup> Postacioğlu, s. 263.

<sup>48</sup> Hükümün TBMM Komisyon Gerekçesi, <https://app.e-uyar.com/gerekce/index/f2032fc1-4b30-4240-8e8d-2249bba26e0b>, (31.05.2021).

<sup>49</sup> Mehmet Ertan Yardım, “Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz”, *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012, s. 294.

<sup>50</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 33; Yardım, s. 294.

<sup>51</sup> Karar için bkz. Kuru, Menfi Tespit, s. 36, dn. 75.

*durdurulmasına...*" ibaresinden icra takibinin başlatılmasının menfi tespit davası açılması için yeterli olduğu sonucu çıkarılabilir. Öte yandan İsviçre'de kambiyo senedi takip dosyasına eklenmişse menfi tespit davasının açılmayacağı belirtilmektedir<sup>52</sup>.

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasının icra takibine etkileri, takipten önce açılana göre oldukça sınırlıdır. İİK m.72/3 hükmüne göre takipten sonra açılan davayla takibin durdurulması istenemez. Fakat hükmün devamında borçlunun, mahkmeden bir ihtiyati tedbir talep ederek icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesini engelleyebileceği düzenlenmektedir. Ancak borçlu, bunun için paranın ödenmesindeki gecikmeden kaynaklanan zararları karşılamak üzere alacağın en az yüzde on beşi kadar bir tutarı teminat göstermelidir. Hâkim, takibin durdurulmasında olduğu gibi paranın alacaklıya verilmemesinde de takdir yetkisine sahiptir. Ülkemiz koşullarında hukuki himayeye kavuşma süreleri karşısında<sup>53</sup> enflasyonla birlikte paranın değer kaybına uğramasının<sup>54</sup> kaçınılmaz olduğu<sup>55</sup> göz önüne alındığında hâkim, ihtiyati tedbirin şartları ve somut olayın özelliğine göre bir karar vermelidir<sup>56</sup>. Aksi takdirde haklı olan alacaklı için adaletsiz sonuçların doğması muhtemeldir. Bu bağlamda gerek icra takibinden önce gerek sonra açılan menfi tespit davasında hâkimin

<sup>52</sup> M. Kâmil Yıldırım - Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 119.

<sup>53</sup> Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan Adli İstatistikler 2020 raporuna göre, 2020 yılında Türkiye'de bir icra veya iflas dosyasının ortalama görülme süresi 1280 gün, bir hukuk mahkemesinde açılan davanın ortalama görülme süresi 326 gün, Yargıtay'ın hukuk dairelerindeki dosyaların ortalama karara bağlanma süresi ise 459 gündür. Rapor için bkz. <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>, (13.09.2021).

<sup>54</sup> Paranın değer kaybetmesi olgusunun, alacağına geç kavuşan haklı olan alacaklı için hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu, dolayısıyla icra hukuku normlarının paranın değer kaybından doğan zararları karşılayacak şekilde düzenlenmesi gerektiği hakkında bkz. Selahattin Sulhi TEKİNAY vd., *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 785.

<sup>55</sup> Ağustos 2020 Tüketici Fiyat Endeksi (TÜFE) oranı 19.25 iken, Üretici Fiyat Endeksi (ÜFE) oranı 45.52 olarak hesaplanmıştır. Yıllara göre enflasyon verileri için bkz. <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Enflasyon+Verileri/>, (13.09.2021).

<sup>56</sup> İsviçre İİK m.85a/2 hükmünde ihtiyati tedbire hükmedilebilmesi için, ilk bakışta davanın yüksek ihtimalle sağlam temellere dayandığı izlenimi edinilmelidir. Bu bağlamda *yüksek ihtimalle haklı görünmek* olgusu, borçlunun davayı kazanma şansının alacaklıya oranla önemli ölçüde yüksek olmasına işaret etmektedir. Öte yandan ihtiyati tedbirin verilmesinde, ihtiyati tedbirler başlığı altındaki İsviçre Medeni Usul Kanunu (ZPO) m.261 hükmünün göz önünde bulundurularak, hükümde belirtilen şartların menfi tespit davasında verilecek ihtiyati tedbirde de aranması gerektiği hakkındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 4A.580/2019, 16.04.2020, §3.1, <https://www.bger.ch/>, (29.09.2021).

kanun çerçevesinde, ihtiyati tedbirin şartlarını göz önünde tutarak vereceği karardaki takdir yetkisi engellenmemelidir<sup>57</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki aşağıda bahsedileceği üzere ihtiyati tedbir teminatıyla birlikte borcun ve eklentilerinin tamamının ödenmesi halinde, takibin durdurulması hakkında hâkimin takdir yetkisinden bahsedilemez. Zira borcun tamamının ödenmesi dolayısıyla alacaklının bu yönde bir zarara uğraması söz konusu değildir.

Takipten sonra açılan menfi tespit davasının sonuçları oldukça ağırdır. Bu bağlamda takip borçlusu maddi hukuk anlamında haklı olsa dahi takip başlatıldıktan sonra haczi ve satışı engelleyememektedir. Ancak amacın, alacaklının alacağına kavuşması olması dolayısıyla haciz ve satışı önlemek isteyen borçlunun son bir çaresi daha vardır. Borçlu, haciz ve satışı önlemek için yüzde on beşlik teminatı yatırarak menfi tespit davasının görüldüğü mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alıp, normal usule göre ödenecek paranın tamamını, eş söyleyişle alacağın takip giderleri ve faizleri dâhil hepsini karşılayacak parayı nakden icra dairesine yatırırca haciz ve satış da durdurulabilir<sup>58</sup>. Yani borçlu söz konusu ihtiyati tedbir teminatıyla birlikte borcun ve eklentilerinin tamamını icra dairesine ödediği takdirde haciz ve satış durur, mallar üzerinde haciz varsa talep üzerine kalkar. Yargıtay da bu görüş doğrultusunda kararlar vermektedir<sup>59</sup>. Be-

<sup>57</sup> Aynı yönde bkz. Gül Sema Yeşildal, “Kambyo Senetlerine Özgü İcra Yolu ile Takipte Menfi Tespit Davaları”, *İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 73-74, 84.

<sup>58</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 54; Muşul, Menfi Tespit, s. 253; Hakan Pekcanitez vd., s. 135; Ramazan Arslan vd., s. 225; “... Ticaret Mahkemesinin tedbir kararında yazılı alacağın takip masrafları ile birlikte icra veznesine ve teminatın da mahkeme veznesine yatırıldığı dilekçe ekinde tahsilat masraflarından anlaşılmıştır. Bu durumda alacak ve eklentileri teminatla birlikte yatırıldığı için borçlunun malları haciz edilemez, haciz edilmişse talep üzerine kalkar...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 2.11.2001 tarihli ve E. 16626, K. 17831 sayılı kararı; “... Kural olarak, borçlu tarafından İİK’nın 72/3. maddesi koşullarında menfi tespit davası açılması halinde, alacağın %15’inden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi istenebilir. Borçlunun, mahkemece tayin edilen teminattan ayrı olarak icra müdürlüğüne talep anına kadar fer’ileri ile birlikte hesaplanan dosya borcunu nakit olarak yatırması ya da tamamını karşılayan ve her an paraya çevrilebilir muteber, kesin banka teminat mektubunu vermesi halinde alacaklı tarafından takibe devam edilemez. Öte yandan İİK’nın 85. maddesi uyarınca borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Buna göre, dosya borcunun tamamının icra müdürlüğüne yatırılması halinde, mevcut hacizler aşkın hale geleceği gibi, hacizlerin devam etmesinde alacaklının da hukuki yararı kalmayacağından kaldırılmaları gerekir...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.3.2019 tarihli ve E. 2019/4216, K. 2019/4752 sayılı kararı, www.kazanci.com, (9.07.2021).

<sup>59</sup> “... davacı tarafça dava değeri üzerinden %115 nak(d)i teminat yatırıldığında, icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmesinin dava sonuna kadar ihtiyati tedbir yolu ile durdurulması-

lirtmek gerekir ki bu çözüm, uygulama ve doktrinin oluşturduğu bir çare olmakla birlikte açıkça kanunda düzenlenmemiş bulunduğundan hukuka aykırı olduğu söylenemez. Nitekim Yargıtay bir kararında, borcun tamamının icra dairesine yatırılması halinde hacizlerin mevcudiyetinde hukuki yararın bulunmadığına hükmetmiştir<sup>60</sup>. Kanun açık lafzında (İİK m.72/3), mahkemenin verdiği tedbir kararının sadece paranın alacaklıya verilmemesini sağlayacağını hüküm altına almıştır. Ancak haczin kapsamını belirleyen İİK m.85 hükmü gereği haciz, alacaklının alacağına kavuşması amacıyla yapıldığından, borçlu borcunun tamamını icra dairesine yatırdığı takdirde haczin amacının da ortadan kalkacağı kabul edilmelidir. Öte yandan bu sonuca sistematik yorum metoduyla varmak mümkündür<sup>61</sup>. Keza icra mevzuatı bir bütün halinde incelendiğinde haczin amacının, borçluya borcunu ödetmek olduğu çıkarılabilir. Bu bağlamda taksitle ödemeye ilişkin, borçlunun borcunu taksitler halinde ödemeyi kabul etmesi ve ilk taksidi ödemesi halinde takibin durması (İİK m.111/1), öte yandan taksitle ödeme taahhüdüne aykırı davranarak tazyik hapsine çaptırılan borçlunun borcun tamamını veya o zamana kadar ödemekle yükümlü olduğu meblağı ödemesi ha-

---

na karar verildiği, %115 teminatın mahkeme veznesine yatırıldığı...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2019 tarihli ve E. 2019/4216, K. 2019/4752 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 27.10.2020 tarihli ve E. 2020/363, K. 2020/6592 sayılı kararı; “... Kural olarak, borçlu İİK’nın 72/3. madde koşullarında menfi tespit davası açması halinde alacağın %15’inden aşağı olmamak üzere teminat karşılığında mahkemeden ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi istenebilir. Borçlu, mahkemece tayin edilen teminattan ayrı olarak icra müdürlüğüne talep anına kadar icra dosyasında ferileri ile birlikte hesaplanan dosya borcunun tamamını karşılar ve her an paraya çevrilebilir muteber kesin banka teminat mektubu vermesi halinde alacaklı tarafından takibe devam edilemez. Somut olayda borçlu tarafından mahkemece belirlenen teminat yatırıldıktan sonra, 25.02.2015 tarihinde borçlunun şikayete konu banka hesabına haciz konulduğu anlaşılmıştır. Dosya borcunun tamamı dosyaya teminat mektubu ile yatırıldığına göre mahkemece borçlunun banka hesabına konulan haczin de kaldırılması gerektiği anlaşılmıştır...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 6.2.2018 tarihli ve E. 2017/6835, K. 2018/801 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>60</sup> “... Öte yandan İİK’nın 85. maddesi uyarınca borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Buna göre, dosya borcunun tamamının icra müdürlüğüne yatırılması halinde, mevcut hacizler aşkın hale geleceği gibi, hacizlerin devam etmesinde alacaklının da hukuki yararı kalmayacağından kaldırılmaları gerekir...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 19.03.2019 tarihli ve E. 2019/4216, K. 2019/4752 sayılı kararı, <http://icraguncesi.com/iiknun-72-3-mad-menfi-tespit-davasi-%115-teminat-yatirilirsahacizler-kalkar/>, (9.07.2021). Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 5.12.2016 tarihli ve E. 2016/6431, K. 2016/24867 sayılı kararı, Lexpera, (9.07.2021).

<sup>61</sup> Sistematik yorum metodu, normun anlamını, onun yasadaki diğer hükümlerle ilişkisi ve yasanın bütüncül anlamda plan ve dizilişine göre belirleme metodudur. Dolayısıyla normun anlamı, onun bir bütünün içindeki parça olduğu göz önüne alınarak belirlenir. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Işıқтаç - Metin, s. 198 vd.

linde tahliye edileceğine ilişkin hükümler, haczin hatta genel anlamda icra takibinin nihai amacının borçluya borcunu ödetmek olduğunu göstermektedir.

Söz konusu çözüm yolunda borçlu, paranın tamamını ve asgari teminatı icra dairesine yatırdığı takdirde hâkimin takdir yetkisi göz önüne alınmaksızın icra takibinin durdurulmasına karar verilmelidir. Zira borcun tamamının ödenmesi dolayısıyla alacaklının bu yönde bir zarara uğraması söz konusu değildir. Nitekim alacaklının, icra takibiyle elde edeceği alacağı borçlu tarafından icra dairesine ödenmiştir. Öte yandan hem yüzde on beşlik teminat hem de borcun tamamı birlikte ödeneceğinden alacaklının geç kavuştuğu alacağına karşılık en az yüzde on beşlik teminatla gecikmeden doğan zararları da telafi edilmiş olacaktır. Diğer taraftan menfi tespit davası sonucunda alacaklının, gecikmeden doğan aşkın zararları da karara bağlanır (İİK m.72/4). Neticede kanımızca, söz konusu durumda alacaklının zararının telafisi mümkün olduğundan menfaatler dengesi gereği<sup>62</sup> hâkimin takdir yetkisi söz konusu değildir.

Takipten sonra açılan menfi tespit davasında paranın alacaklıya ödenmemesi hususunda ihtiyati tedbir kararı verilmişse, itiraz halinde icra mahkemesi işlemlerine devam etmeli, menfi tespit davasını bekletici mesele yaparak davanın sonucuna göre karar vermemelidir<sup>63</sup>. Keza her ne kadar menfi tespit davasının sonucuna göre takip ya durdurulacak ya da takibe devam edilecekse de<sup>64</sup> takipten sonra açılan menfi tespit davasında verilen ihtiyati tedbirin ancak paranın alacaklıya ödenmemesini kapsadığı düşünüldüğünde, kanunun amacının kötü niyetli borçlulara karşı alacaklıyı korumak olduğu söylenebilir. Öte yandan takipten sonra açılan menfi tespit davasında takipten önce açılarda olduğu gibi daha başından takibe müdahale edilmemiştir. Takipten önce açılan menfi tespit davasında verilen ihtiyati tedbirle birlikte, takibin haklı olup olmadığını hızlı bir şekilde çözümlenmeyi amaçlayan icra hukuku normlarının etkisi ortadan kalkmaktadır<sup>65</sup>. Ancak takipten sonra açılan menfi tespit davasında takip engellenmemiş sadece paranın alacaklıya ödenmemesi yönünde tedbir kararına yer verilmiştir.

<sup>62</sup> Takibin durdurulması veya paranın alacaklıya ödenmemesi gibi tedbirlerle ihtiyati tedbir teminatının, borçlu ve alacaklı arasındaki menfaatler dengesini korumaya yardımcı unsurlar olduğu söylenebilir. Özellikle korunan borçlu karşısındaki alacaklının menfaati hakkında bkz. Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 225 vd. Bu bağlamda borcun tamamını ödeyen borçlu karşısında alacaklının icra takibinin devamında bir menfaati olduğunu söylemek güçtür.

<sup>63</sup> Aksi yönde bkz. Yardım, s. 294.

<sup>64</sup> Yardım, s. 294.

<sup>65</sup> Yardım, s. 294.

#### D. Yargılama Süreci, Davanın Hüküm ve Sonuçları

Menfi tespit davasının yargılama süreci, daha önce de değinildiği gibi bu davanın özü itibariyle klasik bir tespit davası olması dolayısıyla genel hükümlere göre yürümektedir. Bu davanın diğer tespit davalarından farkı, onun cebri icraya etkisinden ileri gelmektedir.

Gerek icra takibinden önce gerek icra takibinden sonra borçlu konumda olmadığı tespit edilmesini isteyen kimse, bu davada davacıdır. Davalı ise, davacının borçlu olduğunu ileri süren kimsedir. Bu dava, konusu belli bir para borcunu içermesi dolayısıyla nisbi harca tabidir<sup>66</sup>. Dava, takipten önce ortada bir icra takibi söz konusu olmadığından tamamen genel hükümlere göre görevli ve yetkili mahkemede açılır. Takipten sonra, icra takibinin yapıldığı yer belli olduğundan yetki özelinde, davalının yerleşim yeri mahkemesi veya icra takibinin yapıldığı yer mahkemesi görevli ve yetkilidir (İİK m.72/8).

Menfi tespit davasının hükmü normal bir tespit davasının hükmü iken doğurduğu sonuçlar normal tespit davasının ötesindedir. Davanın hükmü, alacaklının “para” alacağının varlığının ve borçlunun borçlu olduğunun veya “para” alacağının yokluğu ve borçlunun borçlu olmadığı tespitini içerir<sup>67</sup>. Eş söyleyişle borç olgusunun mevcudiyetinin tespitine hükmedilir. Hükmün doğurduğu sonuçları ise tespit, borçlu lehine veya alacaklı lehine olmasına göre ayırmak gerekir.

Borçlu lehine olarak verilen menfi tespit hükmüyle birlikte eğer ihtiyati tedbir kararı verilmemişse icra takibi derhal durur (İİK m.72/5). Söz konusu tespit hükmü, icrası için kesinleşmesi gereken kararlardan olmadığından, takibin durması için kararın kesinleşmesine gerek yoktur<sup>68</sup>. Kararın kesinleşmesi halinde ise içeriğine göre icra, kısmen veya tamamen eski durumuna iade edilir (İİK m.72/5). Ayrıca alacaklı, icra takibini haksız ve kötü niyetle başlatmış ise borçlunun zararına esas olarak, talebi üzerine, takip konusu alacağın en az yüzde yirmisi olmak üzere tazminata mahkûm edilir.

Dava alacaklı lehine sonuçlandıysa takdirde eğer verilmişse ihtiyati tedbir kararı kaldırılır (İİK m.72/4). Alacaklı, icra takibine devam edilmesini isteyebilir. Ayrıca mahkeme, hükmün kesinleşmesinden sonra olmak üzere alacaklının,

<sup>66</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 83; Muşul, Menfi Tespit, s. 91.

<sup>67</sup> Muşul, Menfi Tespit, s. 77.

<sup>68</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 162.

ihtiyati tedbir sebebiyle alacağını geç alması yüzünden oluşan zararları için alacağın en az yüzde yirmisi olmak üzere borçluyu tazminata mahkûm eder. Bu tazminat, öncelikle borçlunun yatırdığı teminattan ödenir (İİK m.72/4).

### III. KAMBIYO SENETLERİNE ÖZGÜ HACİZ YOLUYLA TAKİPTE MENFİ TESPİT DAVASI

#### A. Genel Olarak

Elinde kambiyo senedi olan alacaklı, alacağını tahsil etmek için kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takibe başvurabilir. Alacaklı bu takip yoluna başvurduğunda, borçlu eğer cebri icranın kendisine sağlamış olduğu imkânlardan yararlanarak kısmen veya tamamen borçlu olmadığını ispat edemiyorsa, genel hükümlere göre bunun tespitini isteyebilmelidir. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolunun düzenlendiği İİK m.170/b hükmünde İİK m.72'ye atıf yapılarak, bu takip yoluna uygun düştüğü ölçüde İİK m.72 hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Esasen bu özel takip yolunda açılacak menfi tespit davası, genel haciz yolundakine nazaran daha fazla önem taşımaktadır<sup>69</sup>. Keza kambiyo senetlerine özgü takipte alacaklı daha çok korunmakta ve takip süreçlerinin hızlığı ve işlevselliği karşısında borçlunun, kendi hukuki durumunu koruma imkânı oldukça daralmaktadır. Bu bağlamda borçluya, borçlu olmadığını ispat edebileceği menfi tespit davasının önemi daha da artmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlar, İİK m.170/b hükmü olmasaydı dahi borçlunun maddi hukuktan doğan savunma sebeplerini kullanmasının engellenemeyeceğine dayanarak menfi tespit davasının açılabileceğini belirtmektedir<sup>70</sup>. Ancak burada odak noktası, menfi tespit davasının bu takip yolunda açılıp açılmayacağına yönelik olmamalıdır. Keza her halde borçlu, eğer genel hükümlere yönelik şartları varsa borçlu olmadığını tespitini mahkemeden isteyebilir (HMK m.106). Ancak İİK m.72 hükmüyle borçluya genel hükümlerden farklı olarak icra takibini durdurma imkânı verilmiştir. İİK m.170/b hükmünün İİK m.72'ye yaptığı atıfla birlikte, tıpkı genel haciz yolunda olduğu gibi, menfi tespit davasının kambiyo senetlerine özgü takip yoluna da etki edebilmesi imkânı sağlanmıştır. Dolayısıyla İİK m.170/b hükmünü bu şekilde yorumlamak yerinde olacaktır.

<sup>69</sup> Ahmet Türk, "Kambiyo Senedi Borçlusu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 7 Özel Sayı, s. 307.

<sup>70</sup> Ergün, s. 153; Türk, "Kambiyo", s. 307, dn. 1.

İİK m.170/b hükmünde kambiyo senetlerine özgü haciz yoluna aykırı olmadığı sürece İİK m.72 hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Eş söyleyişle genel haciz yoluyla takiple kambiyo senetlerine özgü takip arasındaki farklar, İİK m.72 hükmüne de yansiyacak şekilde uygulanır. İİK m.72 hükmü kambiyo senetlerine özgü haciz yolu hükümleriyle bağdaşmadığı ölçüde uygulama alanı bulamaz. Bu bağlamda öncelikle menfi tespit davasının, bu özel takip yolundaki görünümüne değinmek gerekir.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda takipten önce veya sonra menfi tespit davası açılması çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Bunların en yaygın olanları; kambiyo senedinin bedelsizliğinin (temel ilişkiden kaynaklanan alacağın mevcudiyetinin yokluğu) tespiti ve kambiyo senedinin geçersizliğinin (hükümsüzlüğünün) tespittir<sup>71</sup>.

Bununla birlikte gerek maddi hukuktan gerek kambiyo hukukunun şekli hükümlerinden kaynaklı olgular da menfi tespit davasının konusu olabilir. Tüm bu olguların kambiyo senedine özgü takip yoluyla bağlantılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

## **B. Kambiyo Senetlerine Özgü Takipte Açılan Menfi Tespit Davasında Zorunlu Arabuluculuk Meselesi**

Ülkemizde hukuk yargılamalarında gittikçe önemli bir yer bulan dava şartı niteliğindeki zorunlu arabuluculuk kurumu TTK m.5/A hükmüyle birlikte ticari uyuşmazlıklarda da yerini almıştır. TTK m.5/A hükmüne göre kambiyo senetlerinden doğan, konusu bir miktar paranın ödenmesi veya alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

Kanunun açık hükmünden temeli icra hukuku kurallarına dayanan, eş söyleyişle bir icra takibiyle ilişkili olan menfi tespit davası açmadan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu olmadığı çıkarılabilir. Ancak uygulamada mahkeme kararlarında görüş farklılıkları yaşanmış ve bazı mahkemelerce kambiyo senet-

---

<sup>71</sup> Uygulamada kambiyo senetlerine özgü menfi tespit davaları, “ticari senedin iptali davası” veya “senet iptali” davası olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu adlandırma, kambiyo senetlerinin iptali (TTK m.651, 757) ile karıştırılmaya müsaittir. Keza menfi tespit davasıyla senet iptal edilmemekte, borçlunun borçlu olmadığı tespit edilmekte ve sadece borçlu açısından senedin hükümsüz olduğu saptanmaktadır. Yoksa borçlu haricinde diğer imza sahipleri açısından senedin, kambiyo senedi vasfı değişmemektedir. Bu adlandırmanın eleştirisi için bkz. Türk, “Kambiyo”, s. 320; Poroy - Tekinalp, s. 270 vd.



leri esaslı menfi tespit davaları ticari dava olarak saptanarak zorunlu arabuluculuk kapsamında sayılırken<sup>72</sup> bazı mahkemeler alacağın tahsili amacıyla olan menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında olması için kanunda açıkça bu hususun belirtilmesi gerektiğine işaret etmiştir<sup>73</sup>. Menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğunu belirten mahkeme kararları özetle; talep sonucunun değil konusu bir miktar para ödenmesi olan kambiyo senetlerine ilişkin genel mahkemelerde açılacak her davanın zorunlu arabulucuya tabi olduğunu<sup>74</sup> bu nedenle menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurmanın dava şartı olduğunu belirtmektedir. Menfi tespit davasını arabuluculuk kapsamında görmeyen mahkeme kararlarında ise özetle; menfi tespit davasının bir miktar paranın ödenmesini kapsamadığını<sup>75</sup>, arabulu-

<sup>72</sup> Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 27.03.2019 tarihli ve E. 2019/531, K. 2019/549 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Muhammet Özekes - Pınar Çiftçi, "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, S. 148, s. 111 vd.

<sup>73</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 21.03.2019 tarihli ve E. 2019/521, K. 2019/423 sayılı kararı, www.kazanci.com, (12.07.2021). Bu yöndeki mahkeme kararları için bkz. Özekes - Çiftçi, s. 114 vd.

<sup>74</sup> "... davanın kambiyo senedine dayalı açılan menfi tespit davası olduğu, kambiyo senetlerinin Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği, bu tür davaların TTK'nın 3 ve 4/1-a maddeleri uyarınca ticari dava niteliğinde olduğu, ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiş olup...", Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 27.03.2019 tarihli ve E. 2019/531, K. 2019/549 sayılı kararı; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesinin 28.4.2021 tarihli ve E. 2021/412 K. 2021/882 sayılı kararı; "... TTK'nın 5/A maddesi metni göz önüne alındığında, zorunlu arabuluculuğun "ticari davalarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" yönünden dava şartı olarak öngörüldüğü düşünülebilir ise de, anılan maddede "talep sonucu" olan alacak ve tazminat istemlerine değil "dava konusuna" vurgu yapılarak, "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan davalar" için dava şartı olan arabuluculuğun öngörüldüğünü belirtmek gerekmektedir. Alacak ve tazminat davaları yanında, menfi tespit davalarının da konusu bir miktar paranın ödemesine ilişkindir. Bu husus, alacak ve tazminat davalarında bir miktar paranın ödenmesi olarak tezahür ettiği gibi, menfi tespit davalarında ise bir miktar paranın ödenmemesi olarak ortaya çıktığından konu itibarıyla menfi tespit davasının da dava şartı olan zorunlu arabuluculuk kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Aksinin kabulü halinde kanun koyucunun amacına aykırı yorum yapılmış olacağından, bu yorum tarzı hukuka uygun düşmeyecektir...", İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 15. Hukuk Dairesinin 17.3.2021 tarihli ve E. 2021/413 K. 2021/558 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

<sup>75</sup> "... üçüncü şahıs tarafından açılan menfi tespit ve istirdat davasında, istirdat talebi bir miktar paranın ödenmesi talebini içerdiğinden, arabuluculuk dava şartına tabi olmakla birlikte, menfi tespit davası konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir alacak ya da tazminat davası olmadığından arabuluculuğa tabi değildir...", İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 30.12.2020 tarihli ve E. 2020/2240 K. 2020/2341 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

culuk kapsamında olması için bir miktar alacağın tahsilinin talebi gerektiğini<sup>76</sup> belirtmektedir. Yargıtayın yeni tarihli kararlarında çoğunlukla menfi tespit davası açılmadan önce arabulucuya başvurmanın zorunlu olmadığı belirtilmiştir<sup>77</sup>, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi itirazın iptali davasıyla ilgili bir kararında menfi tespit davasının da zorunlu arabuluculuk kapsamında olduğuna işaret eden bir hüküm kurmuştur<sup>78</sup>. 23. Hukuk Dairesiyle aynı görüşte olan 11. Hukuk Dairesi<sup>79</sup>,

<sup>76</sup> "... neticeci talebin bir para alacağının tahsili veya tazminat olduğu durumlarda, arabulucuya başvuru yapılmış olması dava şartıdır. Menfi tespit davaları bu kapsamda değerlendirilemez. Çünkü, menfi tespit davalarında, bir miktar alacağın tahsili talebi yoktur. Yani, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarının açılabilmesi için arabulucuya başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır...", İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 19.11.2020 tarihli ve E. 2020/142 K. 2020/1237 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

<sup>77</sup> "... Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığı anlaşılmaması halinde borçlu olunmayan kısım belirtmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hâllerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m.32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, işçilik alacaklarına ilişkin davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır...", Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 18.3.2021 tarihli ve E. 2021/2740, K. 2021/6513 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 13.2.2020 tarihli ve E. 2020/85, K. 2020/454 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

<sup>78</sup> "... Esasen kanun koyucu getirdiği düzenlemede arabuluculuğa tâbi olan hukuki uyumsuzluğun belirlenmesinde davanın eda davası, tespit davası veya inşai dava olması esasına göre bir başka deyişle davanın türüne göre bir düzenleme yapmamıştır. Kanun koyucu açıkça "bir para alacağının tahsili ve tazminat" tabirini kullanmak suretiyle para alacağının ödenmesi sonucunu doğuracak şekilde davanın amacını esas almıştır. Nitekim eda davasında bir şeyin yapılması, yapılmaması bir şeyin verilmesi (teslimi) bir başka deyişle olumlu ya da olumsuz bir edaya mahkûmiyet söz konusu olabilir (H. Pekcanitez, Medeni Usul Hukuku Cilt 2. 15. Bası, Sayfa 960 vd.). Dolayısıyla bir menkul eşyanın teslimi, eserin tamir edilmesi, komşuluk hukuku kuralları gereği belirli saatler dışında gürültü yapılmaması yönünde karar verilmesi ya da bir kimsenin arazisine tecavüz edilmemesi için tecavüzün önlenmesine yönelik karar verilmesi de eda davalarının konusu olabilir. Bu nedenlerle itirazın iptali davasının bir eda davası olup olmadığı üzerinden değerlendirme yapılarak bir sonuca varılması ve buna göre arabuluculuğa tâbi olup olmadığının belirlenmesi doğru bir yöntem değildir. Zira az yukarıda örnekleri verilen eda davalarının konusunun 6102 Sayılı Kanun'un 5/A maddesi kapsamında bir miktar paranın ödenmesine (tahsiline) ilişkin olmadığı gözetildiğinde ticari nitelikteki arabuluculuk kapsamında olmadığı anlaşılacaktır...", Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 4.12.2020 tarihli ve E. 2020/1943, K. 2020/4052 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

sonradan bu görüşünü değiştirerek menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuk kapsamında olmadığına hükmetmiştir<sup>80</sup>.

Doktrindeki bir görüş, zorunlu arabuluculuğun kapsamını oldukça geniş yorumlayarak menfi tespit davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğunu belirtmektedir<sup>81</sup>. Buna karşılık doktrindeki katıldığımız görüş ise, zorunlu arabuluculuğun konusunun bir paranın ödenmesi, bir alacak veya tazminatın tahsili olduğunu, tespit davalarının genel olarak arabuluculuğa elverişli olmadığını keza bu davalarda bir hakkın veya hukuki ilişkinin tespitinin yapılmakta olduğunu, bir tahsil amacı taşıyan eda davaları gibi alacak talebi içermediğini<sup>82</sup>, bu bağlamda menfi tespit davasının da para alacaklarına özgü bir tespit davasından farklı olmaması dolayısıyla arabuluculuk kapsamında olmadığını<sup>83</sup> belirtmektedir.

<sup>79</sup> “... Davada diğer talep olan davacının çek nedeniyle davalıya borçlu olmadığı tespit talebinin yani menfi tespit davasının arabuluculuk dava şartına tabi olup olmadığı hususuna gelince, menfi tespit davasında davacı, davalıya borçlu olmadığı tespitini istemekte, buna karşın davalı taraf davacının borçlu olduğunu savunmaktadır. Netice itibarıyla mahkeme menfi tespit davasında davacının borçlu olup olmadığı tespitini ile birlikte davalının da alacaklı olup olmadığı tespitini yapacaktır. Şu halde menfi tespit davasında dava konusunun bir miktar alacağa ilişkin olduğu açık olup 7155 Sayılı Kanun’un 20. maddesiyle TTK’nin 5. maddesine eklenen 5/A maddesi kapsamında menfi tespit davasında arabulucuya başvurmak dava şartı ise de...”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.2.2020 tarihli ve E. 2019/3048, K. 2020/1093 sayılı kararı, www.kazanci.com, (11.07.2021).

<sup>80</sup> “... Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. Menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır. Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelerle rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir... Menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK’nin 32. maddesi uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu’nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır...”, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1.4.2021 tarihli ve E. 2020/4396, K. 2021/3198 sayılı kararı, Lexpera, (11.07.2021).

<sup>81</sup> İlker Koçyiğit - Alper Bulur, *Ticari Davalarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2019, s. 67-68; Cenk Akil, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, C. 11, S. 41, s. 321-322.

<sup>82</sup> Özkes - Çiftçi, s. 129.

<sup>83</sup> Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, 2020, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 32, S. 147, s. 123 dn. 11; Ömer Ekmekçi vd., *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 189 vd.

Gerçekten de TTK m.5/A hükmündeki “ödeme” ve “talep” kavramları ancak eda davalarında söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda temeli bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığını veya yokluğunu tespit olan ve herhangi bir eda hükmü kurmayıp icra edilebilirlik özelliği de olmayan menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuk kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

### C. Menfi Tespit Davasının Kambiyo Senedine Özgü Haciz Yolundaki Görünümü

#### 1. Taraflar

Kambiyo senetlerinde borçlu ve alacaklı, senedin türüne göre farklılık göstermektedir. Bu farklılık senedin dolaşım kabiliyetinden ileri gelir. Keza kambiyo senetleri, tedavül kabiliyeti olan senetler olduğundan kolay el değiştirebilmektedirler.

Kambiyo senetlerinde borçlu, asıl borçlu ve başvuru (müracaat) borçlusunu olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl borçlu senetteki bedelden birinci derecede sorumlu olan kimsedir<sup>84</sup>. Poliçede asıl borçlu, senedi kabul etmiş muhatap iken bonoda asıl borçlu senedi keşide eden kimsedir. Çek ise niteliği gereği asıl borçlu kurumunu kabul etmemektedir. Başvuru borçluları ise, asıl borçlulara nazaran ikinci derecede (tali) senetten sorumlu olan kimselerdir<sup>85</sup>. Bu kimselerin sorumlulukları bir kambiyo taahhüdünde bulunmalarından değil, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır<sup>86</sup> (TTK m.724, 778/1-d,e, 818/1-k). Poliçede başvuru borçluları; keşideci, cirantalar ve avalistler iken bono ve çekte ise cirantalar ve avalistlerdir. Bu bağlamda asıl borçlu veyahut başvuru borçlusunu olan kimseler, senetten doğan borçtan sorumlulukları bulunduğu takdirde ve ölçüde menfi tespit davası açabilirler<sup>87</sup>. Söz gelimi senette borçlu gözükmeyen kişinin lehtara veya cirantalara karşı menfi tespit davası açması halinde mahkeme, davacının aktif husumet ehliyetinin<sup>88</sup> bulunmaması sebebiyle davayı esastan

<sup>84</sup> Poroy - Tekinalp, s. 232; Kendigelen - Kırca, s. 148.

<sup>85</sup> Poroy - Tekinalp, s. 232; Kendigelen - Kırca, s. 247.

<sup>86</sup> Ertekin - Karataş, s. 334; Kendigelen - Kırca, s. 81.

<sup>87</sup> Türk, “Kambiyo”, s. 309; Poroy - Tekinalp, s. 270.

<sup>88</sup> “... Somut olayda; takip konusu çekin lehtarı ve ilk cirantasının ... Ltd. Şti. & ... Ltd. Şti. İş Ortaklığı olduğu, takibin bu iş ortaklığını oluşturan ... Ltd. Şti. ile ... Ltd. Şti. hakkında başlatıldığı ve ödeme emri tebligatlarının bu şirketlere tebliğ edildiği, takip borçlularından olan ... Ltd. Şti.’nin tür değişikliği ile A.Ş.’ye dönüştürülmesine ilişkin 30.01.2014 tarihli şirket ortaklarınca alınan kararın 03.4.2014 tarihli ticaret sicil gazetesinde ilan edildiği, 21.11.2016 olan işbu şikayet tarihi itibarıyla takip borçlusunu ... Ltd. Şti.’nin tür değişikliği sonucu şika-

reddeder<sup>89</sup>. Öte yandan davacı senet borçlusunu, kendisinden sonra imzası bulunan kimselere menfi tespit davası açtığında davalıların gerçekten başvuru hakkına sahip olup olmadıklarının tespitinin yapıldığı yargılamanın sonunda mahkeme, eğer davalılar başvuru borçlusunu değilse davayı esastan reddeder.

Kambiyo senetlerinde alacaklı; duruma göre lehtar, ciranta veya hamil olabilir. Bu bağlamda, senedin cirosu (devredilmesi) hususu önem arz etmektedir. Ciroyla alacaklı, senetten doğan alacağını devretmekle birlikte senede attığı imzasıyla kendisi de yerine göre borçlu konumuna girmektedir<sup>90</sup>.

Menfi tespit davası açacak kimse, senetten doğan alacağı için kendisine karşı başvuruda bulunma yetkisini haiz kimselere karşı bu davayı açabilir<sup>91</sup>. Bu bağlamda davalı; lehtar, ciranta ve hamilin tamamı olabileceği gibi her biri ayrı ayrı da davalı olabilir<sup>92</sup>. Keza Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir<sup>93</sup>. Bu halde davacı ile lehtar, ciranta ve hamil arasındaki ilişkinin benzer sebeplerden doğması ve imzaların bağımsızlığı ilkesi doğrultusunda her imza sahibinin senetten kendisi sorumlu olması nedeniyle ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu söylenebilir<sup>94</sup>. Öte yandan davacı konumundaki birden fazla kimse de borçlu bulunmadığının tespitini ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla isteyebilir. Böylece araların-

---

yetçi ... A.Ş.'ye dönüşmüş olduğu ve bu suretle şikayetçi şirketin icra mahkemesine yaptığı şikayet ve itiraz başvurusunda aktif husumet ehliyetinin bulunduğu anlaşılmıştır..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 10.10.2019 tarihli ve E. 2019/11369, K. 2019/14529 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.11.2014 tarihli ve E. 2014/20562, K. 2014/27511 sayılı kararı, www.kazanci.com, (9.07.2021).

<sup>89</sup> Muşul, Menfi Tespit, s. 96; "... İcra takip dayanağı çek, dava dışı ... tarafından hamiline keşide edilmiş olup ... ve Ortaklığı tarafından davalı hamile ciro edilmiştir. Anılan ciro silsilesi karşısında, davacının çekte cirosu bulunmadığından aktif dava ehliyeti yokluğundan davanın reddi gerekirken işin esasına girilmek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir..." Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.11.2015 tarihli ve E. 2015/4498, K. 2015/14599 sayılı kararı, www.kazanci.com, (1.06.2021).

<sup>90</sup> Erman, s. 43 vd.; Ertekin - Karataş, s. 253; Poroy - Tekinalp, s. 191 vd.; Kendigelen - Kırcı, s. 199 vd.; Pulaşlı, s. 172.

<sup>91</sup> Türk, Kambiyo, s. 310. Menfi tespit davası sadece alacaklı tarafından başvuru borçlularına karşı ikame edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy - Tekinalp, s. 271.

<sup>92</sup> Poroy - Tekinalp, s. 271.

<sup>93</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.1.2021 tarihli ve E. 2020/4764, K. 2021/288 sayılı kararı; Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 2.11.2020 tarihli ve E. 2017/2888, K. 2020/3359 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.10.2020 tarihli ve E. 2020/2525, K. 2020/3862 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18.5.2017 tarihli ve E. 2016/18739, K. 2017/3944 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>94</sup> Ömer Ulukapı, *Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayıncılık, Konya, 1991, s. 130 vd.

da bağlantı bulunan birden çok menfi tespit davasının bir arada görülmesi sağlanarak yargılama ve tahkikat, usul ekonomisine uygun şekilde yürütülecektir<sup>95</sup>. Belirtmek gerekir ki ihtiyari dava arkadaşlığı durumunda dava arkadaşları arasında amaç birliği dışında birliktelik bulunmamaktadır<sup>96</sup>. Dava arkadaşlarının davaları birbirinden bağımsız davalardır (HMK m.58). Dolayısıyla her dava için mahkemelerin görev ve yetkisi, ayrı ayrı ve genel hükümler uyarınca belirlenir. Dava arkadaşları davada, kural olarak şeklen birlikte hareket ederler<sup>97</sup>. Bu şekli birliktelik kendisini tahkikat aşamasında gösterir. Söz gelimi duruşmaya hepsinin birlikte çağrılması (HMK m.147) ve belgelerin birlikte verilmesi (HMK m.121) söz konusu şekli birliktelik gereğidir<sup>98</sup>. Öte yandan ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla lehtar, ciranta ve hamilin hepsine dava açılabilceği gibi ayrı ayrı da dava açılabilir. Keza her bir alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki kendine mahsusdur. Kural olarak, borçlunun bir alacaklıyla olan ilişkisi diğer alacaklıları etkilemez. Nitekim ihtiyari dava arkadaşı olan davalılar da iddia ve savunmalar bakımından<sup>99</sup> birbirinden bağımsız hareket eder (HMK m.58). Yargılamanın nihayetinde hüküm, her biri için ayrı ayrı olacak şekilde verilir<sup>100</sup>.

Son olarak cironun niteliğine göre de bir değerlendirme yapmak gerekir. Ciro, tahsil cirosu ve rehin cirosu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Tahsil cirosu, senetteki bedelin tahsil edilmesi için yapılır (TTK m.688/1). Diğer bir deyişle ciranta ile devralan arasındaki ilişki bir vekâlet ilişkisidir<sup>101</sup>. Senedi devralan, tahsil ettiği bedeli, cirantaya geri verir. Öte yandan bu ciroda alacaklılar, sadece ciranta ile aralarındaki ilişkiden kaynaklı defileri hamile karşı ileri sürebilmektedirler (TTK m.688/2). O halde senedin gerçek alacaklısı halen ciranta olduğundan, senedi tahsil cirosuyla devralana karşı menfi tespit davası açılmaz<sup>102</sup>. Dava, doğrudan tahsil cirantasına açılır. Senedi rehin cirosuyla devralan kişi ise bu ciroyla birlikte, senedin içeriğine ilişkin alacak hakkını rehnedir<sup>103</sup>. Hamil bu senedi ancak tahsil cirosuyla devredebilir (TTK m.689/1). Bu bağlamda cironun,

<sup>95</sup> Ulukapı, s. 109.

<sup>96</sup> Ulukapı, s. 201.

<sup>97</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ulukapı, s. 206 vd.

<sup>98</sup> Ulukapı, s. 207.

<sup>99</sup> Ulukapı, s. 207.

<sup>100</sup> Ulukapı, s. 225.

<sup>101</sup> Poroy - Tekinalp, s. 211; Kendigelen - Kırca, s. 221; Pulaşlı, s. 195.

<sup>102</sup> Türk, "Kambiyo", s. 311; Poroy - Tekinalp, s. 271.

<sup>103</sup> Poroy - Tekinalp, s. 213; Kendigelen - Kırca, s. 222; Pulaşlı, s. 198.

temlik işlevi bulunmadığından senedin mülkiyeti halen cirantadadır. Dolayısıyla menfi tespit davası cirantaya karşı açılabilir. Rehin cirosunda hamil, tahsil cirosundan farklı olarak bedeli kendi adına rehin amacıyla tahsil eder<sup>104</sup>. Dolayısıyla hamil rehin amacıyla senetten doğan her türlü hakkı kullanabilir (TTK m.689/1). Bu bağlamda senetten doğan her türlü hakkı kullanabilen hamile karşı da menfi tespit davası açılabilir<sup>105</sup>.

## 2. Hukuki Yarar

Menfi tespit davasının genel hükümler uyarınca açılan bir tespit davası olması dolayısıyla, bu davanın açılması için gerekli şartları haiz olmalıdır. Bu şartlardan en önemlilerinden birinin hukuki yarar şartı olduğu söylenebilir<sup>106</sup>. Hukuki yarar, bir dava şartı olmasının ötesinde mahkemeye yöneltilen her çeşit talepte bulunması gereken temel bir kabul edilebilirlik şartı olarak tanımlanabilir<sup>107</sup>. Eş söyleyişle dava açmak veya herhangi bir hukuki talepte bulunmak için dava açan veya talepte bulunanın bu hususta bir menfaati bulunmak zorundadır<sup>108</sup>.

Hukuki yarar, eda davalarında varlığı kabul edilen bir dava şartı olmasına karşın, tespit davalarında davacı tarafından ispat edilmesi gerekli olan dava şartlarındandır (HMK m.106/2). Bu ayırım, kural olarak<sup>109</sup> davacının eda davası açabileceği yerde tespit davası açarak ileride açacağı eda davasına delil toplama amacına yönelik olduğu gerekçesiyle kabul edilmektedir<sup>110</sup>. Doktrin ve Yargıtay bu doğrultuda, tespit davasının açılabilmesi için kişinin hakkının veya hukuki durumunun güncel ve ciddi bir tehlike altında bulunması, bu tehdidin kişiye zarar verebilecek özellikte bulunması gerektiğine işaret ederek tespit hükmünün tek başına zarar verici durumu ortadan kaldıracak nitelikte olmasını aksi takdirde tespit davasının açılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini

<sup>104</sup> Kendigelen - Kırca, s. 222-223; Pulaşlı, s. 200-201.

<sup>105</sup> Türk, "Kambiyo", s. 357.

<sup>106</sup> Kanun, tespit davalarının çeşitli türlerini düzenlediği takdirde hukuki yarar koşulunun aranmayacağı, dolayısıyla İİK m.72 hükmü gereği açılan menfi tespit davalarında davacının hukuki yararının varlığının kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Baki Kuru - Ali Cem Budak, **Tespit Davaları**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 88; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 133.

<sup>107</sup> Hanağası, s. 21.

<sup>108</sup> Hanağası, s. 23.

<sup>109</sup> İstisnai durumlar için bkz. Hanağası, s. 133, dn. 750; Üstündağ, s. 332-333.

<sup>110</sup> Kuru - Budak, s. 129; Hanağası, s. 255; Üstündağ, s. 333; Tanrıver, s. 583.

belirtmektedir<sup>111</sup>. Bunun gibi hukuki yarar bağlamında, dava dışında başka bir yol ile de davayla aynı sonuçlar elde edilebiliyorsa dava açmada hukuki yararın mevcut bulunmadığı kabul edilir<sup>112</sup>. Bu bağlamda icra takibinden önce menfi tespit davası açılmasında borçlunun hukuki yararı olmalı ve borçlu bunu ispatlamalıdır. Hukuki yarar şartı olarak söz gelimi, borçlunun borç ve dava tehdidi altında bulunması<sup>113</sup>, borçluya borç nedeniyle ihtar gönderilmesi<sup>114</sup>, çeke konu bedelin borçlusunun keşideci olması<sup>115</sup>, senedin hatır senedi olması<sup>116</sup>, ibraz edilmese de bankaca varlığı doğrulanan çekte bulunan cironun sahte olması<sup>117</sup> gibi olguların tespit edilmesinde hukuki yararın varlığı kabul edilir. Öte yandan tıpkı diğer davalarda olduğu gibi menfi tespit davası da, derdest davanın bulunması halinde hukuki yarar şartı yokluğundan reddedilir<sup>118</sup>. Aynı şekilde ala-

<sup>111</sup> Kuru - Budak, s. 99; Hanağası, s. 249; "... Bir tespit davasının kabule şayan olabilmesi için, bu davanın konusunu oluşturan hukuki ilişkinin var olup olmadığının mahkemece hemen tespit edilmesinde davacının menfaatinin (hukuki yararının) bulunması gerekir. ... hukuki yarar ilkesinin dava şartı olarak gözetilmesinin, yargılamanın amacına ve usul ekonomisi ilkesine uygun olarak yargılama yapılmasına yarar sağlayacağı, her türlü duraksamadan uzaktır. Bu ilkeden hareketle, dava şartı olarak hukuki yararın varlığının, mahkemece, taraflarca dava dosyasına sunulmuş deliller, olay veya olgular çerçevesinde, kural olarak davanın açıldığı tarihe göre, kendiliğinden ve yargılamanın her aşamasında gözetilmesi gerekir. Bu sayede, iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme)'nin 6. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü" nün dürüstlük kuralına uygun kullanılması sağlanabilecektir; bu durum, haksız davalar açmak suretiyle, dava hakkının kötüye kullanılmasına karşı bir güvence oluşturacaktır...", Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1.10.2019 tarihli ve E. 2015/21-3366, K. 2019/987 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>112</sup> "... Borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek, olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı böyle bir borcu bulunmadığının saptanması için menfi tespit davası açılabilir..." Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 13.01.2014 tarihli ve 18434/141 sayılı kararı; Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 07.04.2008 tarihli ve 92/1756 sayılı kararı, www.e-uyar.com, (31.05.2021).

<sup>113</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 1.12.1997 tarihli ve 8132/8745 sayılı kararı, (Kuru, Menfi Tespit, s. 26, dn. 44a); Kuru - Budak, s. 94; Hanağası, s. 249; Ramazan Arslan vd., s. 224.

<sup>114</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.1.2021 tarihli ve E. 2020/352 K. 2021/475 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>115</sup> İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 9.3.2021 tarihli ve E. 2021/77 K. 2021/314 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin. E. 2014/20467 K. 2015/3912 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 26.11.2015 tarihli ve E. 2015/4711, K. 2015/15671 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>116</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 26.2.2016 tarihli ve E. 2015/9845, K. 2016/3216 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>117</sup> İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin 25.2.2021 tarihli ve E. 2018/1424, K. 2021/395 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>118</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 26; Muşul, Menfi Tespit, s. 76.



caklının elinde itirazın kesin kaldırılmasını sağlayacak nitelikteki belgelerin (iİK m.68) bulunmaması halinde de borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur<sup>119</sup>. Yine borçlunun, icra takibinden önce elindeki senedin sahteliğini saptamak için menfi tespit davası açmasında da hukuki yararı yoktur<sup>120</sup>. Keza borçlu, cebri icraya özgü yolları kullanarak aynı sonuca ulaşabilmektedir.

İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında tıpkı takipten önce açılarda olduğu gibi hukuki yarar şartı bulunmaktadır. Ancak takip alacaklının kimliğinin belli olması ve ödeme emrinden borç konusunun nispeten anlaşılması, hukuki yararın ispatı bakımından takip borçlusunun işini kolaylaştırmaktadır.

Takip başlatılmış ancak ödeme emri tebliğ edilmemiş veya tebliğ edilmekle birlikte itiraz süresi geçmemişse ve alacaklının elinde itirazın kaldırılmasını sağlayacak nitelikte belgeler bulunmuyorsa veyahut takip borçlusu, alacaklının elindeki senedin sahte olduğu kanaatindeyse cebri icra yolları kullanılabilirdiğinden menfi tespit davasının açılmasında hukuki yarar yoktur<sup>121</sup>.

İcra takibi açılmış, ödeme emri tebliğ edilmiş ve ödeme emrine itiraz edilmeyerek takip kesinleşmişse takip borçlusu, cebri icra tehdidi altında bulunduğu hukuki yarar şartı sağlanmış olur<sup>122</sup>. Ancak ödeme emrine itiraz etmemiş olsa dahi takip konusu alacağın takip talebinden önce zamanaşımına uğramış olduğu ileri sürülerek menfi tespit davası açılmaz<sup>123</sup>. Keza borçlunun, ödeme emrine itiraz etmek suretiyle veya itirazın kaldırılması aşamasında zamanaşımı defini kullanabilecek nitelikteyken sonradan bu davayı açarak zamanaşımını ileri sürmesi mümkün değildir<sup>124</sup>.

Kambiyo senetlerinden kaynaklanan menfi tespit davalarında hukuki yarar bakımından özellikle birkaç husus önem arz etmektedir. Öncelikle senetten

---

<sup>119</sup> Postacıoğlu, s. 257, dn. 23; Kuru, Menfi Tespit, s. 26; Kuru, El Kitabı, s. 353; Karlı, s. 390; Muşul, Menfi Tespit, s. 169-176; Hakan Pekcanitez vd., s. 134.

<sup>120</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 27; Kuru, El Kitabı, s. 353; Karlı, s. 390. Aksi yönde bkz. Ramazan Arslan vd., s. 224.

<sup>121</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 36; Kuru, El Kitabı, s. 357; Karlı, s. 391.

<sup>122</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 37; Hakan Pekcanitez vd., s. 135; Karlı, s. 391.

<sup>123</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 40; Muşul, Menfi Tespit, s. 75. Aksi yönde bkz. Postacıoğlu, s. 248; Arslan vd., s. 223.

<sup>124</sup> Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Kuru, Menfi Tespit, s. 40 vd.; Talih Uyar vd., Menfi Tespit, s. 73; Muşul, Menfi Tespit, s. 75.

sorumlu olan her borçlunun bu davayı açmakta hukuki yararı vardır<sup>125</sup>. Bu bağlamda kural olarak, asıl borçlu (kabul etmiş muhatap, keşideci) ve başvuru borçlularının (keşideci, ciranta, avalist) davayı açmada hukuki yararı olduğu söylenebilir.

Borçlu, menfi tespit davasını, kendisine karşı başvuru olanağı kalmamış kimselere karşı açamaz<sup>126</sup>. Keza bu halde borçlunun hukuki yararı bulunmamaktadır. Bunun tipik örneği “geriye ciro” dur. Geriye ciroda hamil, senette zaten borçlu bulunan kimseye senedi devretmektedir<sup>127</sup>. Bu halde senedi devralan kimse, senette gözüken ancak kendisine başvurma olanağı olan kimselere karşı başvurma hakkına sahip değildir. Söz gelimi; A, B lehine bir bono keşide etmiş, bonoyu B, C ye, C de D ye, o da hamile ciro etmiştir. Hamil bonoyu tekrar C ye ciro ettiği takdirde C, senette borçlu gözüken D’ye ve hamile başvuramaz. Örnekte belirtilen durumda C’nin, menfi tespit davasını D ve hamile karşı açmakta hukuki yararı yoktur. Bunun gibi poliçeyi düzenleyen iflas etmişse, iflas ilâmı ibraz edilmedikçe hamil başvuru hakkını kullanamayacağından (TTK m.714/6) borçlunun, menfi tespit davası açmasında hukuki yarar yoktur. Yine hamilin, TTK m.730 uyarınca başvuru hakkının düşmesi, başvuru borçlularının menfi tespit davası açmasındaki hukuki yararını ortadan kaldırır.

Hukuki yararın bir başka boyutu ise kambiyo senedine özgü takip usulüyle ilgilidir. Senet alacaklısının takip başlatmadan önce bir protesto çekmesi halinde borçlunun, dava açmada derhal korunmaya değer bir hukuki yararı bulunduğu açıktır. Dolayısıyla borçlu protesto, vadenin geçmesi vb. gibi tehdit unsurları bulunduğu müddetçe kendisine karşı henüz takip veya tahsil girişiminde bulunulmasa dahi kambiyo senedine dayalı olarak menfi tespit davası açabilir.

Kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte, icra takibinden sonra açılacak menfi tespit davasında genel haciz yolundan farklı bir husus bulunmaktadır. Genel haciz yoluyla takipte, alacaklının elinde İİK m.68 hükmündeki itirazı

<sup>125</sup> “... Çekin ibrazı suretiyle alacak hakkını talep eden hamile karşı menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğunu...”, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 04.05.2011 tarihli ve 12965/6090 sayılı kararı; “... Keşidecinin, lehtara karşı temel ilişkiye dayalı olarak olumsuz tespit davası açmakta hukuki yarar sahibi sayılacağını...”, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 28.03.2011 tarihli ve 9173/11540 sayılı kararı; “... Davacının keşideci veya ciranta olarak yer almadığı çeklerden dolayı dava açmakta hukuki yararının bulunmayacağını...” Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 17.03.2010 tarihli ve 4706/2945 sayılı kararı, Lexpera, (02.06.2021).

<sup>126</sup> Türk, “Kambiyo”, s. 311.

<sup>127</sup> Poroy - Tekinalp, s. 266-267; Kendigelen - Kırca, s. 204.

kaldırarak belgeler bulunmadığı takdirde borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki yararı bulunmamaktadır<sup>128</sup>. Keza elinde m.68'de sayılan belgeler bulunmayan alacaklı, takibe devam edebilmek için sadece itirazın iptali davası açabilmektedir. İtirazın iptali davası da zaten menfi tespit davası gibi genel hükümlere göre incelenmektedir. Fakat kambiyo senetlerine özgü haciz yolunda borca ve imzaya itiraz takibi durdurmaz. Bu halde borca itiraz etmiş/edecek olan borçlunun elinde İİK m.169/a-1 hükmündeki resmî bir belge veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş adi bir belge bulunduğu takdirde onun yine menfi tespit davası açmada hukuki yararı yoktur<sup>129</sup>. Keza elinde böyle bir resmî belge olan borçlu takibin icrasını önce geçici (İİK m.169/a-2) sonra ise kesin (İİK m.169/a-5) olarak durdurabilir. Ancak anlaşılacağı üzere elinde adi veya resmî bir belge bulunmayan borçlunun itirazı takibi durdurmayacağından, onun menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu açıktır.

İmzaya itiraz hususunda borçlunun, menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olup olmadığı doktrin ve uygulamada çeşitli tartışmalara konu olmuştur.

<sup>128</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 36; Muşul, Menfi Tespit, s. 169.

<sup>129</sup> Karş. Kuru, Menfi Tespit, s. 27; Türk, "Kambiyo", s. 314. Yazarlar, borçlunun elinde adi belge bulursa bile menfi tespit davası açılabilmesinde hukuki yarar olduğunu belirtmektedirler. Keza, alacaklı imza inkârında bulunduğu takdirde borçluya genel mahkemelerde bu tespiti yaptırma imkânının bulunduğuna işaret etmektedirler. Kanımızca bu görüş isabetsizdir. Keza alacaklı imza inkârında bulunduğu takdirde İİK m.169/a-3 hükmünün İİK m.68/a hükmüne yaptığı atıf uyarınca imza incelemesi tıpkı genel haciz yolunda olduğu gibi yapılacaktır. Mahiyeti itibarıyla senedin imzasının sahteliğinde yapılacak inceleme tıpkı genel sahtelik davasında olduğu gibi yapılmaktadır. Keza Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.10.2019 tarihli E. 2017/12-2692, K. 2019/1003 sayılı bir kararında "Kambiyo senetlerine dayalı olarak başlatılan takiplerde imzaya itiraz, 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)'nun 170. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddenin 3. fıkrasında icra mahkemesince imza incelemesinin aynı Kanun'un 68/a maddesinin 4. fıkrasına göre yapılması gerektiği düzenlenmiştir. İİK'nin 68/a maddesinin 4. fıkrasında ise, "... imza tatbikinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun bilirkişiye ait hükümleri ile 309. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları ve 310, 311 ve 312. maddeleri hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nin 447. maddesinin 2. fıkrası gereğince Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yapılan yollamalar HMK'ya yapılmış sayılır. Bu hüküm uyarınca HMK'nin yürürlük tarihinden sonra icra mahkemesinde HMK'nin 208, 211 ve 217. maddelerine göre imza incelemesi yapılması gerekmektedir." Lexpera, (02.06.2021). Denilerek imza incelemesinin aynen genel mahkemelerde yapılan inceleme nazara alınarak yapılması gerektiğine karar vermiştir. Söz gelimi benzer imzaların getirilmesi ve bilirkişi incelemesinin yaptırılması göz önüne alındığında İİK m.68/a hükmündeki imza incelemesinin HMK m.211 hükmündeki incelemeden kayda değer bir farkı bulunmamaktadır. O halde borçlunun, elinde adi belge bulunduğu takdirde onun sahtelik davası açmasında hukuki yararı bulunduğundan bahisle menfi tespit davası açmasına imkân vermek hem tespit davalarının niteliğine aykırı bir uygulamaya sebebiyet vermekte hem de İİK m.68/a hükmündeki imza incelemesini yararsız hale getirmektedir.

Bu tartışmaları iki ayrı döneme ayırmak mümkündür. İlk dönem 3494 sayılı Kanunla<sup>130</sup> İİK m.170'de yapılan değişikliklerden sonraki dönemdir. Değişiklikle birlikte imzaya itiraz, icra mahkemesine yapılır ve bu itiraz satıştan başka hiçbir icra takip işlemini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazı ciddi bulursa itirazla ilgili kesin karara kadar alacaklıyı dinlemeden ve dosya üzerinden takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir. Söz konusu hüküm günümüzde de mevcudiyetini korumaktadır. Doktrindeki hâkim görüş ve uygulama, bu hükmün ihdas edilmesiyle birlikte borçlunun icra takibi başlamadan önce 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu<sup>131</sup> (HUMK) m.317 uyarınca sahtelik davası açmasının onun lehine olduğunu keza hükme göre mahkeme, bilirkişi incelemesi yapılmasına ve tanıkların dinlenmesine karar verdiği andan itibaren o senedin, hiçbir işleme esas alınmayacağını böylece icra takibinin kendiliğinden duracağını belirtmekteydi<sup>132</sup>. İkinci dönem ise HUMK hükümlerinin kaldırılarak HMK hükümlerinin getirilmesi sonrası dönemdir. HUMK m.317 vd. hükümlerinin yerini HMK m.209 vd. hükümleri almıştır. HMK m.209 hükmünde (adi) senedin sahteliğinin iddia edilmesinden itibaren o senedin herhangi bir işleme esas alınamayacağı düzenlenmiştir. Anlaşılabacağı üzere sahtelik hususunda HMK ile birlikte, mülga kanundan daha güvenceli bir durum sağlanmıştır. Bu doğrultuda doktrin ve uygulamada HMK ile birlikte genel mahkemelerde senedin sahte olduğunun tespiti amacıyla menfi tespit davası açılmasının icra takibini kendiliğinden durdurup durdurmayacağı yeniden tartışma konusu olmuştur. Konu bağlamından kopmamak adına bu husus ayrı bir başlık altında detaylı şekilde incelenmiştir<sup>133</sup>. Bu bağlamda nihayet icra takibinden önce sahtelik davası açmada borçlunun hukuki yararı bulunduğu söylenebilir. Öte yandan icra takibinden sonra da İİK m.170/3 hükmünün açık lafzı gereği sahtelik iddiasındaki borçlunun menfi tespit davası açmasında hukuki yararı bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki bizzat kanuni düzenlemeyle imza incelemesi hususunu anlamsız bir labirentin içine sokmak usul ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Keza kanımızca hem icra mahkemesinde hem de genel mahkemelerde yapılacak imza incelemesinin, hukuki süreci uzatmaktan başka bir fayda sağlamayacağı açıktır. Nihayetinde bu konu hakkında ya icra takibi sürecinde ya da genel mahkemelerde çözülecek şekilde tek bir imza itirazı ve incelemesi yolunun saptanması zorunludur.

<sup>130</sup> RG, 25.11.1988, S. 20000.

<sup>131</sup> RG, 18.06.1927, S. 622, 623, 624.

<sup>132</sup> Türk, "Kambiyo", s. 316 dn. 38 ve orada anılan yazarlar.

<sup>133</sup> Bkz. Bölüm III.B.5.

Hukuki yarar bakımından bir başka özel durum da çeklere ilişkindir. İleride değinileceği üzere senedin bedelsizliğinin veya kişisel taahhüt nedeniyle geçersizliğinin tespiti, menfi tespit davasının konusu olabilmektedir. Çekin bedelsizliği veya hükümsüzlüğü halinde keşideci, çekin banka tarafından lehtara veya hamile ödenmesini önlemek için mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almalı (HMK m.391/1), bunun yedi gün içinde uygulanmasını talep etmeli (HMK m.393/1) ve akabinde tamamlayıcı merasim olarak on dört gün içinde borçlu olmadığını tespit etmek için menfi tespit davası açmalıdır (HMK m.397)<sup>134</sup>. Görüldüğü üzere bu halde çek keşidecesinin doğrudan İİK m.72/1 hükmü gereği takipten önce menfi tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu açıktır<sup>135</sup>.

### 3. Davanın Konusu

Kambiyo senetlerinde menfi tespit davasının konusu, davanın maddi hukuka ilişkin olmasından dolayı kambiyo hukuku kaynaklıdır. Bu bağlamda borçlunun kambiyo hukuku bakımından savunma araçlarının bu davanın konusunu oluşturduğu söylenebilir.

Maddi hukukta olduğu gibi kambiyo hukukunda borçlunun savunma araçları itiraz ve defi olarak ikiye ayrılmamıştır<sup>136</sup>. Kambiyo hukukunda tüm bu savunma araçları defi çatısı altında toplanmaktadır<sup>137</sup>. Kambiyo hukukunda defi, özellikle hamiline ve emre yazılı senetlerde önem arz etmektedir. Keza nama yazılı senetlerde ciro, alacağın temlik hükümlerine göre gerçekleştiğinden devralan, defi ileri sürerken kambiyo hukukunun sınırlarını aşmaktadır. Kambiyo senetlerinin kanunen emre yazılı (TTK m.681/1, 778/1-a, 788/1) senetler olduğu düşünüldüğünde kambiyo hukukuna özgü defilerin de emre yazılı senetler açısından önem arz ettiği açıktır.

Menfi tespit davasına konu olan defiler ise senet metninden anlaşılabilen defiler, senetteki kambiyo taahhüdünün geçersizliğine ilişkin defiler ve borçlunun şahsen sahip olduğu kişisel defilerdir. Keza kural olarak senet metninden anlaşılabilen

<sup>134</sup> Türk, "Kambiyo", s. 327; Ali Ayli - Mehmet Üçer, "Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılabilir Dava", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 23, S. 39, s. 433.

<sup>135</sup> Ayli - Üçer, s. 433.

<sup>136</sup> Maddi hukukta itiraz, bir hakkın doğmasına engel olan veya sona ermesini gerektiren vakıaların ileri sürülmesi iken defi, ileri sürene özgü özel bir hukuki sebeple o hakkın yerine getirilmesinden kaçınılabilmesi veya hakkın yerine getirilmesinin engellenebilmesidir. Tekinay vd., s. 17.

<sup>137</sup> Hüseyin Ülgen vd., s. 66; A. Lerzan Yılmaz, *Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 81-82.

defiler için menfi tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Zira bu tür defiler ya senedin icra takibine konu olmasını engelleyecek türde olmakta (senedin unsurları eksik, menfi emre kaydı, senet üzerinde temel alacağa ilişkin açıklama, vadenin gelmemesi) ya da icra takibine itirazla takibin durdurulmasına (kambiyo senedinin zamanaşımına uğraması<sup>138</sup>, kısmi ödeme kaydı) imkân sağlayan defilerdir.

Uygulamada senetteki kambiyo taahhüdünün geçersizliğine ilişkin defilerin konu olduğu menfi tespit davaları, senedin geçersizliğinin tespiti olarak adlandırılırken kişisel defilerden doğan davalar bedelsizliğin tespitine ilişkin davalar olarak adlandırılmaktadır.

#### 4. İspat Yükü ve Olguları

Menfi tespit davasında ispat yükü, genel tespit davasından bir farklılık arz etmemektedir. Bu bağlamda ispat yükü kural olarak, vakiadan kendisi lehine hak çıkaran, hakkının varlığını ileri süren tarafa yani alacaklıya aittir (HMK m.190/1). Borçlu, borcun varlığını inkâr ediyorsa ispat yükü alacaklıya düşer<sup>139</sup>. Öte yandan borçlu, borcun varlığını kabul etmekle birlikte borcun itfa edildiğini ileri sürüyorsa bu iddiasını ispat etmelidir<sup>140</sup>. Ancak doktrindeki bir görüş, senet beyan edilmeden başlatılan icra takibinin, itiraz edilmeyerek kesinleşmesinden sonra açılan menfi tespit davalarında ispat yükünün borçluya ait olduğunu belirtmektedir<sup>141</sup>. Söz konusu görüşe göre, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi onun borçlu

<sup>138</sup> Kastedilen takip sırasında kambiyo senedinin zamanaşımına uğramış olması durumudur (TTK m.749, 814). Bu halde ödeme emrine itirazda zamanaşımı savunmasında bulunmayan borçlunun bu hakkından feragat etmiş olduğu kabul edilir. Temel alacağın zamanaşımına uğraması durumu farklı perspektif gerektirir. Türk, "Kambiyo", s. 354. Bizimde bu hususta kendisine iştirak ettiğimiz yazar, takip konusu alacağın zamanaşımına uğraması dolayısıyla kambiyo senedine dayalı olarak menfi tespit davası açılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca bkz. Kuru, Cilt 2, s. 1795 vd.

<sup>139</sup> Bilge Umar - Ejder Yılmaz, *İspat Yükü*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980, s. 131-132.

<sup>140</sup> Umar - Yılmaz, s. 132.

<sup>141</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 93 vd.; Talih Uyar vd., Menfi Tespit, s. 971. Aksi görüş için bkz. Postacıoğlu, s. 233; "... Davacı davalının bir belgeye dayanmadan hakkında yaptığı ilamsız icra takibi sonucunda takibin usulsüz olarak kesinleştiğini bu nedenle icra dosyasına ödediği bedelin tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır. Mahkemece davacı davasını ispatlayamadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davanın konusu olan takip belgesiz olarak yapılmış olup ispat yükü davalıdadır. Davada delil olarak gösterilen dekontlarda da bir açıklama bulunmadığına göre davanın kabulü gerekirken...", Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 30.1.2013 tarihli ve 25644/1880 sayılı kararı, www.hukukmedeniyeti.org, (31.05.2021); "... İcra takibinde alacaklı olan A. Ö., herhangi bir kayıt ve belgeye dayanmadan icra takibi yaptığından, davacıdan alacaklı olduğunu yasal delillerle kanıtlamalıdır...", Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 7.10.2005 tarihli ve E. 2005/6647, K. 2005/14675 sayılı kararı, www.kazanci.com, (15.09.2021).

olduğunu ikrar ettiğine karine teşkil eder. Keza aksi kabul edilirse, kesin delille ispat sınırını aşan işlemlerde (HMK m.200) elinde bir senet bulunmayan alacaklı, menfi tespit davasında alacağını ispat edemeyeceği için, ilamsız icranın borçlu tarafından kayıtsız ve şartsız olarak itirazla durdurulabildiği göz önüne alındığında ilamsız icra hükümleri anlamsız hale gelecektir<sup>142</sup>. Bu hususta öncelikle, borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesinin onun teknik anlamda borçlu olduğunun ikrarı olarak kabul edilip edilemeyeceğine değinmek gerekir.

İkrar, bir kimsenin bir yargılama esnasında kendisi aleyhine sonuç doğuran bir vakıayı kabul ederek çekişmeli olmaktan çıkarması olarak tanımlanabilir<sup>143</sup>. Bu bağlamda ikrar, başlı başına bir delil olmamakla birlikte vakıanın ispat edilmesi gereğini ortadan kaldıran tek taraflı bir usul işlemidir<sup>144</sup>. Söz konusu itiraz etme olgusunda ikrar, icra takibi sırasında gerçekleştiği ve bir mahkemeye karşı yapılmaması dolayısıyla ancak mahkeme dışı ikrar olarak değerlendirilebilir<sup>145</sup>. Zira mahkeme dışı ikrar, yazılı veya sözlü olarak mahkemede, yargılama sırasında veya davanın görülmesini sağlamak için düzenlenen resmi belgelerde bulunmayan ikrardır<sup>146</sup>. Hukukumuzda vakıayı çekişmeli olmaktan kesin olarak çıkaran ikrar, mahkeme önünde yapılan ikrardır (HMK m.188/1). Mahkeme dışı ikrar, mülga kanun HUMK m 236/4 hükmünde düzenlenerek hâkimin, mahkeme dışında gerçekleşen ikrarı doğrulayan delil ve emarelere dayanarak vakıayı çekişmesiz olarak kabul edebileceği belirtilmişti. Bu bağlamda HMK hükümlerinde mahkeme dışı ikrarın düzenlenmemiş olması onun çekişmeli vakıanın ispatında değerlendirilmemesini gerektirmez<sup>147</sup>. Keza mahkeme dışında olsa dahi ikrar, yazılı veya sözlü şekilde ispat vasıtası olarak yargılamada kullanılabilir. Söz gelimi yazılı bir belgede borcun varlığının ikrar edilmesi, bir tanık tarafından borçlunun borcunun varlığını ikrar ettiğine şahit olduğunun mahkemeye bildirilmesi, telefon veya internet vasıtasıyla sesli veya yazılı görüşmelerdeki ikrar beyanları, mahkeme dışı ikrar olarak değerlendirilip hâkimde vakıanın varlığının ispat edildiği hususunda kanaat oluşturabilme niteliğine sahiptir. Bu bağlamda hâkim, yazılı veya sözlü olarak mahkemeye taşınan ikrarı hükmüne esas alabilir.

<sup>142</sup> Kuru, Menfi Tespit, s. 94.

<sup>143</sup> Umar - Yılmaz, s. 191; Taylan Özgür KİRAZ, *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 55 vd.

<sup>144</sup> Umar - Yılmaz, s. 198; Kiraz, İkrar, s. 2.

<sup>145</sup> Kiraz, İkrar, s. 124.

<sup>146</sup> Kiraz, İkrar, s. 124.

<sup>147</sup> Bu yönde bkz. Kiraz, İkrar, s. 3.

Borçlunun itiraz etmemesi olgusunun mahkeme dışı ikrar olarak kabul edilmesi bir ikrar faraziyesi teşkil etmektedir. Keza söz konusu olguda susmanın ikrar teşkil etmesi durumuna işaret edilmektedir. Fakat dikkat etmek gerekir ki kanun ancak açıkça ikrar faraziyesi durumunu düzenlemesi halinde susmanın ikrar olarak kabul edilmesi mümkündür<sup>148</sup>. Bu bağlamda borçlunun itiraz etmemesi olgusunu teknik anlamda mahkeme dışı ikrar olarak nitelendirmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu görüş, itiraz etmeme olgusunun ikrara karine teşkil ettiğini belirtmektedir. Anılan karinenin fiili karine olduğu şüphesizdir. Keza söz konusu olgu karine görüşü çerçevesinde ne yasal olarak ne de taraflarca sözleşmesel<sup>149</sup> olarak düzenlenmiştir. Fiili karine, bilinen olaylardan bilinmeyen olaylar hakkında hâkim tarafından yaşam deneyi kurallarından çıkarılan sonuçlardır<sup>150</sup>. Bilinen olay, ödeme emrine itiraz edilmemesi durumudur. Bilinmeyen olay ise borçlunun bu davranışıyla borcu ikrar edip etmediğidir. Kanımızca açıkça bir kanuni düzenleme bulunmasaydı (İİK m.60, 67/2, 78) yaşam deneyi kuralları ve sistematik yorum metodundan borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesiyle borcu ikrar değil, inkâr ettiği sonucuna ulaşılabilirdi<sup>151</sup>. Keza HMK m.128/1 hükmünde hiç veya süresinde cevap dilekçesi vermemiş olan davalının, davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü vakıaların tamamını inkâr etmiş sayılacağı düzenlenmiştir.

Öte yandan kanımızca oldukça istisnai bir durum için genel kuralın uygulanmasından vazgeçilmemelidir. Keza söz konusu şartlarda alacaklı, normal bir alacak davası açsaydı alacağını yine genel hükümlere göre senetle ispat etmek zorunda kalacaktı. Bu bağlamda cebri icrada eşitlik ilkesini<sup>152</sup> alacaklıyı koruma ilkesine dönüştürmek hakkaniyeti zedeleyen sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Kaldı ki hâlihazırda alacaklı lehine olarak eşitlik ilkesine aykırı birçok düzenleme

<sup>148</sup> Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Derya Buluttekin, "Medeni Yargılama Hukukunda Farazi İkrar", *Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2015, s. 75 vd.

<sup>149</sup> Sözleşmesel karineler hakkında bkz. Umar - Yılmaz, s. 170 vd.

<sup>150</sup> Umar - Yılmaz, s. 165-166; Sema Taşpınar, "Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1996 C. 45, S. 1, s. 536.

<sup>151</sup> İnkâr tazminatının kanuni olarak düzenlenmesi karşısında ödeme emrine itiraz etmenin borcu inkâr olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bkz. Ejder Yılmaz, "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı", *Bankacılar Dergisi*, 2008, S. 67, s. 86. Bu bağlamda ödeme emrine itiraz edilmemesi üzerine takibin kesinleşmesi (İİK m.60) ve borçlunun mallarının haczinin istenebilmesi (İİK m.78) karşısında ödeme emrine itiraz edilmemesi, borcu inkâr olarak değerlendirilemez.

<sup>152</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özeker, s. 190 vd.



mevcuttur<sup>153</sup>. Dolayısıyla eşitsizliği kural haline getirmemek için icra hukukunun sistematiğine aykırı olarak eşitlik ilkesini göz ardı edici yorumdan kaçınmak gerekir. Bu bağlamda menfi tespit davasında ispat yükünün davalı alacaklıda olduğu, alacaklı alacağının varlığını ispat ettiği takdirde borçlunun borçlu olmadığını ispat etmek külfetinde olduğu söylenebilir. Ancak bu kural, mutlak nitelikte değildir. İşte kambiyo senetlerine dayalı menfi tespit davalarında ispat yükü yer değiştirebilmektedir. Esasında bu sonuç bir kural dışılık olmayıp temel kuraldan meydana gelmektedir. Keza elinde davacının borçlu olduğunu gösteren borç senedi bulunan kimsenin, kendisinin alacaklı olduğunu ispat etmesi düşünülemez. Söz konusu ispat hususunu çeşitli olgulara göre incelemek gerekir.

Menfi tespit davaları genel hükümlere göre (HMK) görülen bir dava olduğu için ispat da genel hükümlere göre yapılır (HMK m.187 vd.). Dolayısıyla ispat yükü (HMK m.190), kesin delille ispat zorunluluğu (HMK m.200 vd.), deliller (HMK m.187-293) gibi usul hukukuna ilişkin tüm hususlar bu davada olduğu gibi uygulanır.

Kambiyo senedi dolayısıyla borçlu olmadığını iddia eden kimse, ileri sürdüğü maddi vakiya göre ispat yükü altındadır. Kambiyo senedinin geçersiz olduğunu ileri süren borçlu, senedi imzaladığı sırada kendisinin ehliyetsiz olduğunu, senette tahrifat yapıldığını, senedi maddi veya manevi cebir altında imzaladığını, kendisinde meydana gelen irade bozukluklarını ispat etmelidir. Borçlu, bir hukuki işlemi ihtiva etmemesi nedeniyle bu gibi durumların varlığını her türlü delille ispat edebilir. Keza senedin irade dışı elden çıkmasının (hırsızlık, gasp vb.) senetle ispat edilmesine olanak bulunmadığı gibi söz konusu vakianın hukuki işlem içermemesi nedeniyle buna gerek de yoktur. Ancak dikkat etmek gerekir ki borçlu, hukuki görünüşe güven ve kamu güvenine mazhar olma ilkesi gereği üçüncü kişi alacaklının, senedi devralırken ya kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğunu ya da kendisinin bile kendisinin zararına olarak hareket ettiğini<sup>154</sup> ispat etmelidir.

Borçlu, menfi tespit davasıyla kambiyo senedinin bedelsiz olduğunun dolayısıyla borçlu olmadığını tespitini de bedelsizlik olgusunu ispat ederek gerçekleştirebilir<sup>155</sup>. Keza iddia edilen vakiya, bedelsizliğin kişisel defi konusu olduğu göz önüne alındığında, ileri sürülen definin konusuna göre ispat edilmesi gerekir.

<sup>153</sup> Bkz. İİK m.68/b, 82/1-b, 150/ı.

<sup>154</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, "Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2018, S. 2, s. 134 vd.

<sup>155</sup> Umar - Yılmaz, s. 115.

Temel ilişkiden kaynaklanan defilerde borçlu, defi konusuna göre kesin delille ispat zorunluluğu altında olabileceği<sup>156</sup> (senedin karşılıksız olduğu<sup>157</sup>, borcun ifa edildiği, ibra edildiği vb.) gibi her türlü delille de (irade bozukluğu, aşırı yararlanma, ayıplı mal vb.) vakıayı ispat edebilir. Ancak dikkat etmek gerekir ki kişisel defilerin temel ilişkiden veyahut kambiyo senedi dışındaki bir ilişkiden doğması, onun iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi sonucunu doğurmaktadır. Eş söyleyişle borçlu, kişisel defiyi senedi iyi niyetle devralmış hamile karşı ileri süremez, meğerki üçüncü kişi senedi edinirken borçlunun bile bile zararına hareket etmiş olsun (TTK m.659/2, 687/1, 825/2). İşte bu bile bile kendisinin zararına hareket etme olgusunu ispat yükü şüphesiz bilinen durumun aksini iddia ederek kendi lehine hak çıkaran borçluya düşer.

Uygulamada sıkça görülen temel ilişkiye göre kambiyo senetleri üzerine yazılan “malen”, “nakden”, “bedeli nakden/malen alınmıştır” gibi kayıtların menfi tespit davasındaki ispat yüküne olan etkisine değinmek gerekir. Kambiyo senetleri, varlığının devamı için gereken zorunlu kayıtlarla beraber tarafların iradesiyle oluşturulan ihtiyari kayıtları da üzerinde barındırabilir. Eş söyleyişle bu kayıtların senede konulması tamamen tarafların isteğine bırakılmıştır.

Senette “bedeli nakden/malen alınmıştır” kaydı bulunması halinde söz konusu kayıtların niteliği, kambiyo senedine için temel ilişkinin konusuna ilişkin ibarelerden ibarettir. Diğer bir deyişle bu kayıtlarla taraflar, senedin bir temel ilişkiye dayandığını yoksa onun bedelsiz veya hatır üzerine düzenlenmediğine işaret ederler<sup>158</sup>. Ancak bu gibi kayıtların senedin soyutluğuna etki etmesi söz konusu değildir. Bu bağlamda ispat yükü açısından senette böyle bir kayıt bulunsa bile keşideci, senedin bedelsiz olduğunu ileri sürüp iddiasını kanıtlayabilir<sup>159</sup>. Yoksa söz konusu kayıtlar temel ilişkiye açıkça işaret eden ya da onun varlığına delalet eden bir delil olarak düşünülemez<sup>160</sup>.

<sup>156</sup> Poroy - Tekinalp, s. 271. Çekin ödemededen başka bir amaçla verildiğinin ispatı yükünü, başka bir hukuki ilişkinin varlığını iddia eden borçlu taşır. Bu konu hakkında bkz. Umar - Yılmaz, s. 115-116.

<sup>157</sup> Umar - Yılmaz, s. 117.

<sup>158</sup> Hüseyin Ülgen vd., s. 154.

<sup>159</sup> Hüseyin Ülgen vd., s. 154.

<sup>160</sup> Bu şekilde seneden koyulan kayıtların kambiyo senedinin vasfını değiştirmeyeceği hakkında bkz. “... Kabule göre de; takip dayanağı bononun ön yüzünde sadece “bedeli teminattır” ibaresinin bulunması, onun kambiyo senedi vasfını ve bu senetlere ilişkin özel yol ile takip yapılmasını engellemez. HGK’nın 14.03.2001 tarih ve 2001/12-233 sayılı ve yine HGK’nun 22.06.2001 tarih ve 2001/12-496 sayılı kararlarında da açıkça belirtildiği üzere, dayanak bel-

Kambiyo senetleri sebepten soyut senetlerdir. Ancak bu gibi kayıtlarla senedin ta'lili sağlanmaktadır. Senedin ta'lili, hukuk yazınına Yargıtay kararları aracılığıyla girmiştir<sup>161</sup>. Yargıtay kararlarında senedin ta'lili, kambiyo senetlerine (özellikle bono) konulan bu gibi kayıtlarla senedin sebebe bağlanması ve aksini iddiayla senet metninde belirtilen düzenleme sebebine aykırı beyanda bulunma olarak tanımlanmıştır<sup>162</sup>. Kambiyo senetleri soyut borç tanınması içeren senetler olduğundan, borçlu veyahut alacaklı senede borç ilişkisiyle ilgi bazı kayıtlar koyarak ona yollama yapma ihtiyacı hissederler. Bu kayıtlar, menfi tespit davalarında ispat yüküne ilişkin büyük önem taşımaktadır. Kambiyo senedinde bu bağlamda bir kayıt varsa, senedin bu nedenle düzenlendiği kabul edilir<sup>163</sup>. Bu kaydın aksini iddia eden kimse bu iddiasını ispat etmek durumundadır<sup>164</sup>. Eş söyleyişle senette temel ilişkiye yönelik bu tür kayıtların bulunması bir karine yaratmakta ve böylece senetteki kayda ilişkin olgunun varlığının mevcut olduğu kabul edilmektedir. Taraflar ortak iradeleriyle senede bir kayıt koymuş ve bu kaydın doğruluğu konusunda aralarında bir uyuşmazlık da bulunmuyorsa o halde senet ta'lil edilmiş sayılmaz<sup>165</sup>. Keza bu halde taraflar arasında o vakıa hakkında bir çekişme bulunmadığından ispatı da gerekmez (HMK m.187/1). Öte yandan her iki taraf da senetteki kaydı inkâr edip senedi ta'lil ederlerse ispat yükü yer

---

genin hangi ilişkinin teminatı olduğu yazılı bir belgeyle kanıtlanmadığı sürece "teminat senedi" sözcüklerinin tek başına bononun kayıtsız şartsız bir bedelin ödenmesi vaadini içeren niteliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Yukarıda belirtilen kural dikkate alındığında alacaklının senedi takibe koymasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır...", Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.9.2012 tarihli ve E. 2012/8996, K. 2012/27949 sayılı kararı; "... sadece "bedeli teminat olarak ahz olunmuştur" ibaresinin bulunması onun kambiyo senedi vasfını ve bu senetlere ilişkin özel yol ile takibe dayanak yapılmasını engellemez..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 17.7.2006 tarihli ve E. 2006/13210, K. 2006/15840 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>161</sup> Gülşah Yılmaz, "Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili", Ankara Barosu Dergisi 4, 2020, s. 12.

<sup>162</sup> Yılmaz, "Gülşah", s. 13; Muşul, Menfi Tespit, s. 332; Adnan Deynekli, "Bonoda Bedel Kaydının ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, C. IX, S. 1-2, s. 155; Halil YILMAZ, "Senedin (Bononun) Talil Edilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2014, C. 9, S. 100, s. 339; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5.2.2019 tarihli ve E. 2017/19-821, K. 2019/58 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.9.2020 tarihli ve E. 2017/826, K. 2020/667 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 16.4.2019 tarihli ve E. 2017/832, K. 2019/459 sayılı kararı, Lexpera, (31.05.2021).

<sup>163</sup> Deynekli, s. 154.

<sup>164</sup> Umar - Yılmaz, s. 116; Deynekli, s. 154; Yılmaz, "Gülşah", s. 12.

<sup>165</sup> Yılmaz, "Halil", s. 339.

değiştirmez<sup>166</sup>. Ancak taraflardan biri senetteki kaydı inkâr ederse o zaman senedin ta'lili durumu ortaya çıkar<sup>167</sup>.

Senette “malen” kaydı varsa, senedin teslim edilen mal karşılığında düzenlenmiş olduğu kabul edilir<sup>168</sup>. Mal kavramından kasıt, mülkiyet konusu olabilen bütün maddi eşya ile bir malvarlığına dâhil olabilen bütün haklardır<sup>169</sup>. Bu bağlamda eğer taraflardan biri veya her ikisi mal kapsamında olmayan bir şey için senedin düzenlendiğini iddia ediyorsa senet ta'lil edilmiş olur. Senette “nakden” kaydı varsa senedin, borçlunun alacaklıdan para almasına istinaden düzenlendiği kabul edilir<sup>170</sup>. Bu bağlamda temel ilişkideki karşı edimin senede istinaden düzenlenen nakit para olduğu kabul edilir.

Uygulamada çoğu zaman bir edimin ifasını güvence altına almak veyahut bir rizikonun yarattığı sonuçlardan kurtulmak amacıyla kambiyo senedine “*teminat içindir*”, “*iş bu senet teminat senedir*” gibi kayıtların konulması söz konusudur. Söz konusu kayıtlar, senedin geçerliliğine etki etmez. Nitekim bu kayıtlar, kambiyo senedinin soyutluğuna etki etmeyecek derecede muğlak ifadelerdir<sup>171</sup>. Yargıtay bu gibi

<sup>166</sup> “... Bir an için davalının beyanları talil olarak kabul edilse bile davacı da teminat iddiasında bulunduğuna göre olayda çift taraflı talilden söz edilebilir ki çift taraflı talilde ispat yükü yön değiştirmez...” Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 15.5.2017 tarihli E. 2016/2275, K. 2017/3765 sayılı kararı; “... Davacı taraf senedin kira sözleşmesinin teminatı olarak verildiğini ileri sürmüştü, davalı vekili ise senedin taraflar arasındaki borç ilişkisi ve davacının ödemediği apartman giderine ilişkin olarak düzenlendiğini ifade etmek sureti ile senet metni her iki tarafça da talil edilmiştir. Bu durumda ispat külfetinin yer değiştirmeyip davacı borçlu üzerinde kaldığı açıktır...” Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 7.4.2011 tarihli ve E. 2010/8686, K. 2011/4603 sayılı kararı, www.kazanci.com, (01.06.2021).

<sup>167</sup> Yılmaz, “Halil”, s. 340; Yılmaz, Gülşah, s. 13. “... talil neticesinde ispat külfetini üzerine alan davalının bu külfeti yerine getirdiği anlaşıldığı...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 7.12.2020 tarihli ve E. 2020/2701, K. 2020/5710 sayılı kararı; “... senedin ihdas nedeninin davalılar tarafından talil edildiği, bu sebeple ispat yükünün davalılara geçtiği dikkate alınarak...” Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 13.5.2019 tarihli ve E. 2017/8629, K. 2019/4398 sayılı kararı; “... aleyhine başlatılan kambiyo senedine bağlı takipten dolayı takip konusu senedin teminat için verildiğini iddia ederek senedin düzenlenme sebebini değiştirmiş ve ispat yükünü üzerine almıştır. Davacının bu iddialarını yazılı belge ile ispatlaması gerekir...” Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 8.5.2019 tarihli ve E. 2017/8291, K. 2019/4231 sayılı kararı, www.kazanci.com, (01.06.2021).

<sup>168</sup> “... bedeli malen ahz olunmuştur” kaydını taşıması, teslim edilen mal karşılığında düzenlenmiş olduğuna karine teşkil eder...” Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.4.2002 tarihli ve 2001-5751/2759 sayılı kararı, (Deynekli, s. 157); Yılmaz, “Halil”, s. 332; Muşul, Menfi Tespit, s. 334.

<sup>169</sup> Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991, s. 216.

<sup>170</sup> Deynekli, s. 158; Yılmaz, “Halil”, s. 339; Muşul, Menfi Tespit, s. 335.

<sup>171</sup> “... Yerleşik Yargıtay İçtihatlarında ve öğretide de kabul edildiği gibi, bonolara özgü seçimlik unsurlardan biri de, temel borç ilişkisinden kaynaklanan borcun dayandığı nedenin gösterilmesine yönelik “bedel kaydı”dır. Yinelemek gerekirse “bedel kaydı” kambiyo senedinin ihtiyari kayıtlarındandır. Bu kayıt, keşidecinin (borçlunun), senedin lehtarından (alacaklıdan) kar-

kayıtların neyin teminatı olduğunu açıklamadığını, bu bağlamda söz konusu kayda dayanan kişisel defî sahibinin bu ilişkisine dayanak oluşturduğu olguları ispat yükü altında olduğunu belirtmektedir<sup>172</sup>. Dolayısıyla senette “*teminat içindir*” ibaresi bulunmasa bile teminata ilişkin temel ilişkiye işaret edilmesi halinde senedin soyutluğuna etki edileceğinden söz konusu kayıt, senedi geçersiz hale getirecektir. Söz gelimi, “Beyaz Eşya Satım Sözleşmesindeki Malların Depozito Bedelidir” veyahut “Kira Sözleşmesindeki Bedele İlişkindir” gibi kayıtlar senette teminat ibaresi içermese dahi temel ilişkiye işaret ettiğinden senedi kambiyo senedi vasfından çıkarmakta böylece senede karşı hükümsüzlük definin ileri sürülebilmesine meydan vermektedir<sup>173</sup>. Nihayetinde senette yer alan “teminat senedir”, “teminat olarak”, “bedeli teminat olarak alınmıştır” veya “bedeli teminattır” gibi senedin belli bir riski teminat için verildiği anlamına gelmekle birlikte neyin teminatı için verildiği anlaşılmayan, senedin soyutluğuna halel getirmeyen kayıtlar, senedin ta’liline yol açmaz<sup>174</sup>.

### 5. Sahtelik Davasının İcra Takibine Etkisi

Borçlunun, icra takibinden önce kendisine izafe edilen imzanın sahte olduğunu veyahut imzası olmamakla birlikte senette bulunan kendisine izafe edilen bir yazının sahte olduğunu tespit etmede hukuki yararı bulunmaktadır. Ancak

---

şî edayı aldığını ispata yarar. Aslında kambiyo senetleri hukuku yönünden bu kayıtların bir anlamı ve önemi yoktur. Çünkü kambiyo senedinin düzenlenmesiyle, mücerret bir borç ilişkisi yaratılmaktadır. Bu nedenle karşı edimin elde edilmediğinin önemi de bulunmamaktadır. Temel borç ilişkisinin bir sözcükle senede yansıtılması şeklinde ortaya çıkan bedel kaydının, varlığı ya da yokluğu senedin bono niteliğini etkilemez (HGK 2003/19-781 E, 2003/768 K.)...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 5.4.2017 tarihli ve E. 2017/714, K. 2017/639 sayılı kararı; “... Bonoda teminat kaydı var ise de neyin teminatı olduğu belirtilmediğinden bu kayıt bononun mücerrettik vasfını ortadan kaldırmaz... Hâl böyle olunca, takip konusu bonodaki kaydın senedin kambiyo vasfını etkilemeyeceği, borçlunun teminat senedi olduğuna ilişkin iddiasının alacaklının imzasını taşıyan ve senede açık atıf yapan İİK’nın 169/a maddesinde yazılı belgelerle kanıtlanamadığından...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.2.2020 tarihli ve E. 2017/743, K. 2020/129 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 25.9.2012 tarihli ve E. 2012/8996, K. 2012/27949 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 5.10.2010 tarihli ve E. 2010/9263, K. 2010/22241 sayılı kararı, Lexpera, (10.07.2021).

<sup>172</sup> “... Somut olayda, takip dayanağı senedin ön veya arka yüzünde senet metninde senedin teminat amaçlı verildiğine yönelik bir açıklama olmadığı gibi “... bedeli teminat alınmıştır.” ibaresi mevcut olması halinde de senedin hangi hukuki ilişkinin teminatı olduğu açıkça yazılmamış ise bono üzerindeki bu ibare tek başına senedin teminat senedi olduğu iddiasını ispata yeterli değildir...” Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.9.2017 tarihli ve E. 2017/5553, K. 2017/11379 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>173</sup> Hüseyin Ülgen vd., s. 165.

<sup>174</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 3.4.2008 tarihli ve E. 2007/9954, K. 2008/3402 sayılı kararı, (Muşul, Menfi Tespit, s. 345).

borçlunun genel mahkemelerde açacağı bu sahtelik davasının icra takibine etkisi ne olacaktır? Keza genel mahkemelerde sahtelik iddia edildiği andan itibaren o senet hiçbir işleme esas alınamaz (HMK m.209/1). Bu bağlamda kambiyo senetlerine özgü takip başlatılmışsa ve borçlu senedin sahteliğini daha önce sahtelik davası açarak ileri sürmüş veyahut takipten sonra ayrı bir sahtelik davası açmış ise bu hükmün icra takibine etkisi nedir?

Daha önce de belirtildiği üzere<sup>175</sup> HUMK döneminde, sahtelik davasının, senedin işleme esas alınmasını engelleyeceği dolayısıyla icra takibinin de kendiliğinden duracağı kabul ediliyordu. Kaldı ki kambiyo senetlerine özgü takip yolunda imzaya itiraz, takibi durdurmadığından borçlunun sahtelik davası açmasının onun lehine olduğu kabul ediliyordu. HMK döneminde, hüküm genel hatlarıyla korunmasına rağmen senetteki yazının sahteliği ve imzanın sahteliği arasında doktrin ve uygulamada görüş ayrılığı oraya çıkmıştır<sup>176</sup>. Birinci görüşe göre senetteki imzanın inkâr edilmesi halinde HMK m.209 hükmü uygulanarak icra takibinin kendiliğinden durmasına karar verilemez<sup>177</sup>. Bu görüşe göre tipik bir menfi tespit davası olan

<sup>175</sup> Bkz. Bölüm III.B.2.

<sup>176</sup> "...Buna göre imzaya itiraz İcra ve İflas Kanununda özel olarak düzenlendiğine göre anılan itiraz hakkında bu kanunun 170. maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, imzanın inkârı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında genel nitelikte olan 6100 sayılı HMK'nın 209. maddesinin uygulama yeri yoktur. Ne var ki sahtelik iddiasının imza inkârı dışında bir nedene dayanması durumu İcra ve İflas Kanununda özel bir düzenleme bulunmadığından sorunun çözümü için 6100 sayılı HMK'nın 209. maddesinin uygulanması gerekecektir..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 8.6.2016 tarihli ve E. 2014/12-1128, K. 2016/774 sayılı kararı, www.kazanci.com, (01.06.2021). Bu konuya ilişkin derlenmiş Yargıtay kararları için bkz. Talih Uyar vd., Menfi Tespit, s. 75 vd.

<sup>177</sup> Levent Börü, "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağıın Değerlendirilmesi", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi*, 2012, S. 4, s. 261-262; Kuru, El Kitabı, s. 349; Muşul, Menfi Tespit, 132; Ramazan Arslan vd., s. 357; "... Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nın 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkârı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK'nın 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nın 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir... Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nın 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 30.4.2018 tarihli ve E. 2016/31754, K. 2018/3908 sayılı kararı; "... takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nın 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınmayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur..." Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.9.2015 tarihli ve E. 2015/10540, K. 2015/20832 sayılı

sahtelik davasının İİK m.72 hükmünde özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla icra takibine ancak İİK m.72 hükümlerindeki şartlar dâhilinde etki edileceğini belirtmektedir. Öte yandan söz konusu görüşe göre İİK, kambiyo senetlerine özgü cebri icra usulünde imzaya itirazı ayrıca ve özel olarak düzenlemiştir. Bu bağlamda kambiyo senetlerinde imzaya itiraz usulü özel olarak düzenlenmiş olduğundan (İİK m.170) imzaya itirazın satıştan başka icra takip işlemi durdurmayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla açılan sahtelik davası, HMK m.209/1 hükmü gereği icra takibini sırf bu nedene dayalı olarak durdurmaz. İkinci görüş ise imzanın veya yazının sahteliği olgusunu ayırmaksızın eğer HMK m.209/1 uyarınca sahtelik davası açılmışsa bu davanın, senedin icrasını durdurması dolayısıyla icra takibini de durduracağını belirtmektedir<sup>178</sup>. Bu görüş genel hatlarıyla, HMK m.209/1 hükmünün sahtelik olgusuna münhasır olduğunu<sup>179</sup>, dolayısıyla İİK hükümlerinin cebri icra işlemlerindeki imzaya itiraz hallerine özgü olduğunu, menfi tespit davası yoluyla açılacak sahtelik davalarının senedin kendisine yönelik olması dolayısıyla icra işlemleri de dâhil hiçbir işleme esas alınamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla söz konusu görüş, gerek icra takibinden önce gerek icra takibinden sonra açılan sahtelik davalarında, sahtelik iddiasıyla birlikte icra takibinin kendiliğinden duracağına işaret etmektedir. Kanımızca birinci görüş daha isabetlidir. Gerçekten de cebri icra usulleri, sistematik olarak alacaklının alacağına bir an önce kavuşması amacıyla ihdas edilen hükümlerden oluşur. Kambiyo senetlerine özgü takip yolları da bu minvalde daha hızlı takip yolu olarak benimsenmiştir. İİK hükümleri, imzaya itiraz hallerini ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Bu hükümlerde boşluk bulunan hallerde

---

kararı. Aynı yönde bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 20.4.2015 tarihli ve E. 2015/1965, K. 2015/10281 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.1.2015 tarihli ve E. 2014/2742, K. 2015/172 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 9.6.2014 tarihli ve E. 2014/1467, K. 2014/1660 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>178</sup> Hakan Pekcanitez vd., s. 136; Oğuz Atalay, "Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları", Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, s. 547 vd.; Talih Uyar, "Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir?", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, S. 2, s. 206; Talih Uyar vd., Menfi Tespit, s. 123; Güray Erdönmez, "Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S. 123, s. 181 vd.; Taylan Özgür Kiraz, "Adi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme", *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2013, S. 1, s. 67-68; Cenk Akil, "Takip Konusu Adi Senetdeki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Basım Yılı: 2015, s. 2412 vd.; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 7.5.2012 tarihli ve E. 2012/3197, K. 2012/7628 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 16.10.2012 tarihli ve 11268/15122 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>179</sup> Erdönmez, s. 181-182; Kiraz, "Senet", s. 65; Atalay, s. 550 vd.

HMK hükümlerine atıf yapılmıştır. Genel kural, itiraz olmadığı müddetçe takibin devamıdır. İtiraz halleri ve icra takibine etkileri ise ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir. Keza menfi tespit davası da İİK m.72 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Burada bir maddi hukuk davasının, icra takibini ne şekilde ve ne surette durduracağı ayrıca düzenlenmiştir. Temeli bir menfi tespit davası olan sahtelik davasının İİK m.72 hükmünde açıkça düzenlenmesi karşısında HMK m.209/1 hükmünü cebri icraya yayacak şekilde geniş yorumlamak hukuki isabetten yoksundur. Öte yandan İİK m.170 hükmü kambiyo senetlerine özgü hacizde imzaya itirazı düzenleyen özel bir hükümdür<sup>180</sup>. Bu bağlamda HMK m.209 hükmünün yeni tarihli sonraki kanun hükmü olduğu ve böylece eski tarihli önceki İİK m.72 ve m.170 hükmünü bertaraf ettiği söylenemez. Keza kural olarak yeni tarihli genel hukuk normu, eski tarihli özel hukuk normunu yürürlükten kaldırmaz<sup>181</sup>. Ancak kanun koyucunun genel hukuk normunu ihdas amacı, özel hukuk normunu kadük hale getirmekse ve taraf menfaatleri de bunu gerektiriyorsa genel hukuk normu, özel hukuk normunu bertaraf eder<sup>182</sup>. Bu bağlamda sahtelik iddiasını düzenleyen eski tarihli hukuk normuyla (HUMK m.308, 317) yeni tarihli hukuk normu (HMK m.209) arasında yazı dilinin sadeleştirilmesi hariç kayda değer bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun genel kanun hükmü ihdas ederek özel kanun hükmünü bertaraf etme amacından bahsedilemez.

#### D. Kambiyo Senedinin Geçersizliğinin Tespiti

##### 1. Genel Olarak

Borçlu, kendisine karşı ileri sürülen kambiyo senedinin geçersiz olduğunu ileri sürerek borcu ödemekten kaçınabilir. Kambiyo senedinden anlaşılan nitelikteki geçersizlikler, senet, cebri icraya konu olsa dahi itiraz kurumu ile ileri sürülebilmekteyken öyle geçersizlikler vardır ki bunlar, cebri icranın kısıtlı savunma imkânları çerçevesinde ileri sürülemezler. İşte bu defiler menfi tespit davasına konu edilerek borçlu gözüken kişi, borçlu olmadığını tespit ettirebilir. Esasında menfi tespit davasına konu olabilecek bu tür defilerin konusunu, kambiyo senedinin değil senetteki taahhüdün geçersizliği oluşturmaktadır. Eş söyleyişle senet borçlusunun senetteki irade beyanının geçerliliğine ilişkin defiler söz konusudur<sup>183</sup>.

<sup>180</sup> Kuru, El Kitabı, s. 350; Muşul, Menfi Tespit, s. 132.

<sup>181</sup> Işıkaç - Metin, s. 261.

<sup>182</sup> Işıkaç - Metin, s. 261.

<sup>183</sup> Yılmaz, Lerzan, s. 117.



Senetteki taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilerin konu olduğu bu davalarda öncelikle söz konusu defiler incelenmelidir. Keza bu defiler aracılığıyla borçlu, menfi tespit davası açmakla borçlu olmadığı sonucuna ulaşabilmektedir.

## 2. Senetteki Taahhüdün Geçersizliğine İlişkin Defiler

Keşideci bir kambiyo senedi düzenlediğinde, onu karşı tarafa verip dolaşıma sokmadıkça borçlu konumunda değildir. Keza keşideci, senedi düzenleyip yırtabilir, saklayabilir veyahut değiştirebilir. Bu bağlamda senedin kambiyo senedi niteliğine kavuşması için onun dolaşıma sokulması gerekir. İşte bu da bir dolaşım (tedavül) sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşir<sup>184</sup>. Senedin düzenlenip karşı tarafa verilmesiyle kambiyo senetlerindeki hukuki görünüş teorisi çerçevesinde bu dolaşım sözleşmesinin akdedildiği varsayılır. Bu bakımdan defiler de iki bölüme ayrılmaktadır. Senedin, dolaşım sözleşmesine uygun olarak tedavüle sokulduğu yönündeki hukuki görünüşe yönelik defiler (isnat defileri) ve dolaşım sözleşmesinin kendisine yönelik defiler (geçersizlik defileri). Bu bağlamda isnat defilerinde senetteki imza nedeniyle sorumluluk söz konusu iken geçersizlik defilerinde dolaşım sözleşmesine yönelik sorumluluk söz konusudur<sup>185</sup>.

İsnat defilerinde imza sahibi (keşideci, ciranta, kabul etmiş muhatap veya avalist), sahip olduğu defiyi ileri sürerek kendisine izafe edilen imzanın kendisi yönünden geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. Bu defiler, iyi niyet fark etmesizin herkese karşı ileri sürülebilen mutlak defilerdendir.

İsnat defilerini meydana getiren olgular, TTK hükümlerinde tek tek belirtilmiştir. İlk olgu ehliyetsizliktir (TTK m.677). Buna göre senedi imzaladığı sırada fiil ehliyeti bulunmayan kimse, senetten sorumlu değildir<sup>186</sup>. İkinci olgu, imzanın sahteliğidir (TTK m.677). Buna göre senetteki görünüşü itibarıyla imzanın kendisine bağlandığı kişi, senetteki imzanın kendisine ait olmadığını eş söyleyişle sahte olduğunu ileri sürerse senetten sorumlu değildir<sup>187</sup>. Üçüncü olgu, senette bozulma olgusudur (TTK m.748). Buna göre senet metni imzadan sonra değiştirilmiş veya tahrif edilmişse imzalayan, değişiklikten/tahrifattan önceki metinle

<sup>184</sup> Poroy - Tekinalp, s. 102; Kendigelen - Kırca, s. 94. Dolaşım sözleşmesi kavramının "teslim sözleşmesi" olarak adlandırılmasıyla ilgili bkz. Hüseyin Ülgen vd., s. 96.

<sup>185</sup> Poroy - Tekinalp, s. 102 vd.; Kendigelen - Kırca, s. 95; Yılmaz, Lerzan, s. 118.

<sup>186</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 20.11.2019 tarihli ve E. 2018/2489, K. 2019/5238 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>187</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 6.2.2017 tarihli ve E. 2016/5424, K. 2017/810 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

sorumludur<sup>188</sup>. Bu bağlamda senet metnine imza atan kimse, senette sonradan yapılmış değişiklikten sorumlu değildir. Dördüncü olgu, yetkisiz temsil olgusudur (TTK m.678). Buna göre temsile yetkili olmadığı halde temsilciymişçesine senede imza atan kimse, senetten bizzat sorumludur. Yoksa temsil olunan, temsil yetkisi olmaksızın senede imza atan kimsenin sorumluluğundan aridir<sup>189</sup>. Beşinci olgu, irade eksikliğidir<sup>190</sup>. Buna göre senede imza atan kimsenin, maddi cebir<sup>191</sup> altında veya irade kudretini etkileyen herhangi bir durumda (sarhoşluk, uyuşturucu veya narkoz etkisi, uyku hali vb.) bulunması halinde imzası ona yüklenemez<sup>192</sup>.

Anlaşılabileceği üzere imzası kendisine yüklenemeyecek kimse kendisine ait olan bu defileri ileri sürerek senetteki sorumluluğundan kurtulabilir. İşte bu defiler de menfi tespit davasında ileri sürülebilmektedir.

Geçersizlik defilerini meydana getiren olgular ise anlaşılacağı üzere dolaşım sözleşmesiyle ilgili durumlardır. Bu olgular imzanın sahibine yüklendiği ancak sözleşmenin bulunmadığı veya geçersiz olduğuna ilişkindir<sup>193</sup>. Söz konusu olgular çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Söz gelimi irade bozuklukları hâli<sup>194</sup> (hata, hile, korkutma, muvazaa, aşırı yararlanma), senedin irade dışı elden çıkması (hırsızlık, kaybolma vs.), emredici hükümlere, kamu düzenine ve ahlaka aykırılık (TBK m.27), sözleşmenin kumar ve bahis borcu için akdi (TBK m.605) senedin geçersizliği sonucunu doğurur. Ancak dikkat etmek gerekir bu olgular tamamen kambiyo ilişkisindeki dolaşım sözleşmesine ilişkindir yoksa kambiyo senedinin ardındaki temel ilişkiden kaynaklanmamaktadır<sup>195</sup>.

<sup>188</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.4.2019 tarihli ve E. 2017/5081, K. 2019/2491 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 8.7.2020 tarihli ve E. 2019/5, K. 2020/1369 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.12.2019 tarihli ve E. 2018/4135, K. 2019/5514 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>189</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2.6.2020 tarihli ve E. 2018/4166, K. 2020/735 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>190</sup> Poroy - Tekinalp, s. 103; Kendigelen - Kırca, s. 99.

<sup>191</sup> Türk, "Kambiyo", s. 347; Kendigelen - Kırca, s. 99. Aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.1.2021 tarihli ve E. 2020/5472, K. 2021/110 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.06.2018 tarihli ve 1627/1187 sayılı kararı. Aksi yönde Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 25.11.2005 tarihli ve 2475/11664 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>192</sup> Kendigelen - Kırca, s. 99.

<sup>193</sup> Kendigelen - Kırca, s. 103.

<sup>194</sup> Poroy - Tekinalp, s. 104; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.2.2020 tarihli ve E. 2018/3348, K. 2020/419 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 10.2.2020 tarihli ve E. 2018/551, K. 2020/346 sayılı kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 6.11.2019 tarihli ve E. 2017/4931, K. 2019/5007 sayılı kararı, www.kazanci.com, (31.05.2021).

<sup>195</sup> Türk, "Kambiyo", s. 350.

Geçersizlik defilerini oluşturan olgularda, isnat defilerinden farklı olarak karşı tarafta bir güven yaratılmaktadır. Kambiyo senetlerinin, ticari hayattaki güveni sarsacak şekilde geçersizliğinin ileri sürülmesi düşünülemez. Bu bağlamda oluşturulan güven, korunmak durumundadır. İmza sahibi bilinçli veya bilinçsiz olarak imzası dolayısıyla oluşturduğu güvenin sonuçlarına katlanmakla yükümlüdür<sup>196</sup>. Bunun sonucu olarak geçersizlik defileri nispi nitelikte olup herkese karşı ileri sürülememekte ancak kötü niyetli kimselere karşı ileri sürülebilmektedir. Bu bağlamda kötü niyet olgusunun saptanması, sistematik yorum yoluyla TTK m.680 ve TTK m.686/2 hükümlerindeki “kötü niyetle kazanma veya kazanmada ağır bir kusur bulunma” kavramıyla gerçekleştirilir<sup>197</sup>. Öte yandan belirtmek gerekir ki kötü niyet olgusunun varlığı halinde senedin geçersizliği söz konusu olduğundan, bu geçersizliği oluşturan olgular bulunduğu takdirde her borçlu söz konusu defileri hamile karşı ileri sürebilmektedir<sup>198</sup>.

## E. Kambiyo Senedinin Bedelsizliğinin (Temel Alacağın Geçersizliğinin) Tespiti

### 1. Genel Olarak

Taraflar kambiyo ilişkisini tesadüfen kurmazlar. Kambiyo ilişkisi, varlığını çoğu zaman temelinde yatan bir borç ilişkisine borçludur. Alacağın kambiyo senetlerine bağlanması, onun, güvenli bir araç olması ve para gibi likit niteliği haiz olmasına bağlanır. Ancak işler her zaman yolunda gitmediğinde bu güvenli araç, borçlu aleyhine çok ciddi sorunlar meydana getirebilir. Söz konusu durumlara en önemli örnek, kambiyo senedine dayanan temel ilişkinin ortadan kalkması, geçersiz hale gelmesi veya hiç mevcut olmaması halidir<sup>199</sup>. Bu halde temel ilişkiye dayanan olgunun mevcut olmaması halinde, kambiyo senedi de bedelsiz veya karşılıksız senet haline gelmiş olur<sup>200</sup>.

Bedelsizlik kavramı kambiyo senediyle değil temel ilişkiyle ilgili bir kavramdır. Eş söyleyişle temel alacağın geçersizliği kambiyo senedine etki ederek onu bedelsiz hale getirmektedir.

<sup>196</sup> Kendigelen - Kirca, s. 108.

<sup>197</sup> Kendigelen - Kirca, s. 108.

<sup>198</sup> Poroy - Tekinalp, s. 110; Kendigelen - Kirca, s. 110.

<sup>199</sup> Nurkut İnan, *Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969, s. 16; Poroy - Tekinalp, s. 276.

<sup>200</sup> Türk, “Kambiyo”, s. 321.

Borç ilişkisi, alacaklı ve borçlu arasında bunlardan birini veya her birini diğerine karşı belli bir davranışta bulunmakla yükümlü kılan, eş söyleyişle alacaklının buna dayalı olarak borçludan bir edimi yerine getirmesini istemek yetkisini veren, borçlunun da bu edimi yerine getirmekle yükümlü olduğu ilişkiyi ifade eder<sup>201</sup>. Borç ilişkisinden kaynaklanan temel alacağa dayalı borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi, kambiyo senedinin tamamen veya kısmen (yerine getirilmediği ölçüde) bedelsiz kalmasına yol açar. Bu bağlamda bedelsizlik hususu, alacağın dayandığı maddi hukuk kurallarına ilişkindir.

Kambiyo senetlerinin sebepten soyut olarak düzenlenmesi<sup>202</sup> dolayısıyla söz konusu bedelsizlik iddialarını icra takibinde itiraz sebebi olarak ileri sürmek kural olarak mümkün değildir. Ancak borçlu, söz konusu bedelsizlik iddiasını İİK m.169/a hükmünde belirtilen belgelerle ispatlayabilir. Söz konusu belgelere sahip olmayan takip borçlusunu, kambiyo senedi dolayısıyla borçlu olmadığını saptamak için menfi tespit davası açabilir.

Her ne kadar icra hukukunda böyle bir iddiayı ileri sürmek mümkün değil ise de kambiyo hukukunda temel alacağa bağlı kişisel defiler kabul edilmiştir (TTK m.659/1, 825/1). Kişisel defiler, senet metninden anlaşılan defiler ve senetteki taahhüdün geçersizliği defileri içerisine dâhil olmayan maddi hukuk kaynaklı her türlü defiyi kapsar<sup>203</sup>. Bu bağlamda bedelsizlik kavramının, kambiyo hukukunda kişisel defiler üzerinde vücut bulduğu söylenebilir.

Menfi tespit davasının konusu, kambiyo senedine dayanan temel ilişkinin çeşitli nedenlerle kısmen veya tamamen sona ermesi nedeniyle borçlu olmadığını tespitidir. Bu istemin hukuki sebebi, kambiyo senedinin altındaki temel ilişki hükümsüz olmasına rağmen alacaklının, o senedi tahsil etme yetkisine sahip bulunması dolayısıyla sebepsiz zenginleşmesidir<sup>204</sup> (TBK m.77 vd.). Öte yandan borçlu, bedelsizlik nedeniyle bir daimi defii hakkına da sahiptir<sup>205</sup> (TBK

---

<sup>201</sup> Tekinay vd., s. 5.

<sup>202</sup> Keza bu soyutluğu nispeten de olsa ortadan kaldırmak için taraflar, temel alacağın niteliğine göre "malen", "nakden" veya "teminat senedir" gibi ibareler kullanmaktadırlar. Ancak bu kavramlar temel alacak hakkında fikir vermekle birlikte, niteliği gereği temel alacağı doğrudan işaret edecek nitelikte sayılamazlar. Böylece senedin geçerliliğine bir etki etmemiş olurlar. Bu konu hakkında bkz. Yılmaz, "Halil", s. 335.

<sup>203</sup> Poroy - Tekinalp, s. 108 vd.; Kendigelen - Kırca, s. 111; Hüseyin Ülgen vd., s. 75.

<sup>204</sup> İnan, s. 130; Poroy - Tekinalp, s. 276; Türk, "Kambiyo", s. 323, Kendigelen - Kırca, s. 112; Ayli - Üçer, s. 415.

<sup>205</sup> Türk, "Kambiyo", s. 324.

m.82/2). Gerçekten de senet tahsil edilmediği sürece kambiyo borçlusunun malvarlığının pasif kısmında bu borç mevcut bulunur. İşte menfi tespit davasının borçlu lehine sonuçlanmasıyla birlikte alacaklının malvarlığının aktif kısmına dâhil olan kambiyo alacağı hakkı ortadan kaldırılmış olur.

Borçluya kambiyo senedinin bedelsiz kaldığını ileri sürmek defii verilmekle birlikte kamu güvenine mazhar olma ilkesinin bir yansıması olarak emre ve hamiline yazılı kambiyo senetlerinde, iyi niyetli hamilin güveni korunmaktadır. Bu bağlamda emre ve hamiline yazılı kambiyo senetleri ciro edilerek devredildiğinde borçlu, kişisel defilerini ancak defiyle bağlantılı kişilere karşı ileri sürebilir. Eş söyleyişle borçlu alacaklıyla olan defilerini iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez, meğerki üçüncü kişi senedi devralırken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun (TTK m.659/2, 687/1, 825/2). Söz gelimi, aralarındaki kira sözleşmesi uyarınca kira ücreti uğruna lehtarını B'ye bono düzenleyen keşideci A, görünüşe güven ilkesi (TTK m.680, 686/2) gereği senedi iyi niyetle devralan C'ye karşı B'nin kiralananı ayıplı teslim ettiğini ileri sürerek bono bedelini ödemekten kaçınmaz. A, yalnızca C'nin kiralananın ayıplı teslim edildiğini bileterek A'nın bir bedel ödemek zorunda kalması için senedi devraldığını ispatladığı takdirde bu kişisel defiyi C'ye karşı da ileri sürebilir.

## 2. Kişisel Defiler ve Bedelsizlik Durumları

Borçlu, menfi tespit davasına kambiyo senedindeki bedeli ödememek, ödemeyi geciktirmek veya engellemek için kambiyo senedine ilişkin temel ilişkiye dayanan defileri ileri sürebileceği gibi kambiyo senediyle ilgili alacaklıyla yaptığı sözleşmelere dayanarak da bu defileri ileri sürebilir. Öte yandan borçlu kambiyo senediyle hiçbir ilgisi olmasa dahi alacaklıyla kendisi arasındaki bir hukuki ilişkiye dayanarak senet bedelini ödemekten kaçınabilir.

Borçlu kambiyo senedine ilişkin temel ilişkiden kaynaklanan defilerini ileri sürerek senet bedelini ödeme borcu altında olmadığını tespitini isteyebilir. Keza kambiyo senetlerinin, temel ilişkideki bedel ödeme borcunun ifası için ifa uğruna edim olarak verildiği kabul edilir. Temel ilişkiye dayanarak ileri sürülen defiler, sözgelimi temel ilişkinin; şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olması (TBK m.12/2), borçlunun ayırt etme gücüne sahip olmaması nedeniyle geçersiz olması (TMK m.15), temel ilişkinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı olması sebebiyle geçersiz olması (TBK m.27), temel ilişkiye dayanan bedelde aşırı yararlanma iddiası (TBK m.28), temel ilişkideki irade fesadı halleri (TBK m.30 vd.), temel ilişkiye dayalı borcun itfa edilmesi (ifa, ibra, takas, vb.), temel ilişkiye dayanan sözleşmenin müspet ihlali (TBK m.112 vd.), temel

ilişkinin zamanaşımına uğraması nedeniyle eksik borç durumu<sup>206</sup> (TBK m.146, 147, 231, 389, 478), temel ilişkide bedel ödenmesini gerektiren koşulun gerçekleşmemesi veya bedelin ödenmemesini gerektiren koşulun gerçekleşmesi (TBK m.170 vd.), borçlu ve alacaklı sıfatlarının aynı şahısta birleşmesinin kambiyo senetlerinde adi borçlardaki gibi kendiliğinden sona ermemesi sebebiyle oluşan bedelsizlik<sup>207</sup>, temel ilişkiye konu olan malın borçlunun elinden alınması (TBK m.214 vd.), temel ilişkideki karşı edimin ayıplı ifa edilmesi (TBK m.219, 304 vd., 474) gibi maddi hukuk temelli birçok olgu kişisel defiyeye konu olabilir. Dikkat etmek gerekir ki bu halde kambiyo senedinin bedelsiz olma anı, temel ilişkiyle bağlantılıdır. Diğer bir deyişle bedelsizlik, daha baştan mevcut olabileceği gibi sonradan da meydana gelebilir<sup>208</sup>. Nitekim edim başlangıçtan itibaren imkânsızsa<sup>209</sup> bedelsizlik, kambiyo senedi düzenlendiği anda mevcutken sonradan imkânsız hâle gelmişse imkânsızlığın meydana geldiği andan itibaren ortaya çıkar. İşte tüm bunların tespiti bir menfi tespit davasıyla gerçekleştirilebilir.

Borçlu, kambiyo taahhüdüne dayalı olarak alacaklıyla akdettiği anlaşmaya dayanarak da kişisel defiler ileri sürebilir. Bu anlaşmalar, kambiyo senediyle ilişkili olmakla beraber temel ilişki gibi ona bağlı değildir<sup>210</sup>, bağımsız bir anlaşmadır. Bu anlaşma öyle bir sözleşmedir ki borçlu buna dayanarak bedeli ödemekten kaçınabilmektedir. Bu anlaşmalara örnek olarak söz gelimi; senedin üzerinde yazılmaksızın ayrı bir anlaşmayla gerçekleşen (TTK m.748) kambiyo senedinin vadesinin uzatılması (temdit) sözleşmeleri<sup>211</sup>, inancılı işlemler, muvazaa anlaşmaları<sup>212</sup>, bir olguyu güvence altına almak için yapılan teminat anlaşmaları<sup>213</sup>, özel anlaşma suretiyle doldurulması beklenen açık senetler<sup>214</sup> ve son

<sup>206</sup> Ertekin - Karataş, s. 606.

<sup>207</sup> Yılmaz, Lerzan, s. 240.

<sup>208</sup> Ertekin - Karataş, s. 600 vd.

<sup>209</sup> Yılmaz, Lerzan, s. 126.

<sup>210</sup> Kendigelen - Kırca, s. 113.

<sup>211</sup> Kendigelen - Kırca, s. 114; Yılmaz, Lerzan, s. 128-232.

<sup>212</sup> Kambiyo borçlusunu, gerçekte borçlu olmadığı halde belli şartları gerçekleştirmek için (iflâs, haciz, konkordato) kendisini borçlu göstermek isteyebilir. İşte bu hallerde kambiyo borçlusunu, aralarındaki hatır (gönül) ilişkisine dayanarak kambiyo alacaklısı lehine bir kambiyo senedi düzenleyebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, s. 59 vd.

<sup>213</sup> En yaygın görülen örnekleri; ceza koşulu, bağlanma parası, depozito gibi bir riskin garanti altına alınmasını sağlayan olgulardır. Kendigelen - Kırca, s. 114; Yılmaz, Lerzan, s. 128-232 vd.

<sup>214</sup> Açık senetlere dayanan iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemeyen kişisel nitelikteki defiler hakkında detaylı bilgi için bkz. Yılmaz, Lerzan, s. 227 vd.

olarak hatır anlaşmaları<sup>215</sup> borçlu ile alacaklı arasındaki özel anlaşmaya dayanan defilerdir.

Kişisel defilerin son bir kaynağı da tamamen kambiyo ilişkisinden bağımsız olarak borçlu ile alacaklı arasındaki hukuki ilişkiden bağımsız defilerdir. Bu defilere en yaygın örnek, borç ilişkisinin yenilenmesi (TBK m.133) ve takastır (TBK m.139).

Taraflar temel ilişkiden bağımsız olarak ayrı bir anlaşmayla borcu yenileyebilirler<sup>216</sup>. Kural olarak kambiyo senedinin düzenlenmesi borcun yenilenmesi sayılmaz (TBK m.133/2). Ancak taraflar ayrı bir anlaşmayla borcu yeniledikleri takdirde mevcut borç niteliğindeki temel alacak sona ereceğinden kambiyo senedi de bedelsiz hale gelir<sup>217</sup>. Nitekim mevcut borç sona erdiğinde mevcut alacak hakkı da sona ermektedir<sup>218</sup>. Bu bağlamda yenileme sözleşmesiyle artık kambiyo ilişkisine konu alacak sona ermiş ve kambiyo senedi bedelsiz hale gelmiş olup tüm ilişkilerden bağımsız yeni bir borç ilişkisi kurulmuş olur<sup>219</sup>.

Takasın, mahiyeti itibariyle doğdukları hukuki olgu ne olursa olsun konusu, bir miktar para veya özdeş diğer edimin olması dolayısıyla kambiyo borçlusu, temel ilişki haricinde bir ilişkiden doğan alacağıyla söz konusu borcunu takas etme imkânına sahiptir<sup>220</sup>. Dikkat etmek gerekir ki takasın ileri sürülebilmesi için borçlanılan edimlerin konusunun aynı cinsten olması şarttır<sup>221</sup>. Bu bağlamda takasın söz konusu olabilmesi için konusu bir miktar para olan edimin karşısında yine konusu bir miktar para olan diğer bir edim bulunmalıdır. Kambiyo senetleri, kendi başına, bir değer ölçüsü olarak parayla aynı cinsten değildir. Ancak bu se-

<sup>215</sup> Hatır anlaşmaları, gerçekte borçlu olmadığı halde sağlam finansman görünümü yaratılmasını temin için verilen hatır senetleri olarak görünür. Bu senetle birlikte kambiyo alacaklısı, kredi kuruluşuna karşı bir alacağı olduğunu göstererek (muvazaalı durum yaratarak), kredi temin eder. İşte kambiyo borçlusunun sırf bir görünüm sağlamak adına kambiyo alacaklısıyla arasındaki hatır (gönül) ilişkisi gereği düzenlediği senetlere hatır senedi denir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İnan, s. 64 vd.; Poroy - Tekinalp, s. 277 vd.; Hüseyin Ülgen vd., s. 160 vd.; Yılmaz, Lerzan, s. 229 vd.

<sup>216</sup> Işık Önay, *Yenileme*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 50.

<sup>217</sup> Borç ilişkisinin yenilenmesinde en sık görülen örnek cari hesap sözleşmeleridir. Keza bu sözleşmelerde bakiye devresi sonunda bakiyenin kabulüyle borç ilişkisi yenilenmektedir. Bu bağlamda yenilemeden sonra cari hesap kalemleri için verilmiş kambiyo senetleri de bedelsiz hale gelecektir. Ertekin-Karataş, s. 607.

<sup>218</sup> Önay, s. 51-52.

<sup>219</sup> Önay, s. 54.

<sup>220</sup> Takasın kişisel defî olarak ileri sürülebileceği hakkında bkz. YILMAZ, Lerzan, s. 235 vd.

<sup>221</sup> Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 56 vd.

netler, temelinde bir miktar para edimini ifa yükümünü içeren, bir alacak hakkı barındıran senetlerdir. Dolayısıyla kambiyo senetlerindeki borcun takas edilebilmesi için, karşı borcun konusunun bir miktar “para” olması gerekmektedir. Keza takas konusunun birbiriyle özdeş veya aynı cinsten olması, onların birbirinin yerine geçecek nitelikte olmasına işaret eder<sup>222</sup>. Söz gelimi ayıplı mal halinde alıcı veya tüketicinin seçimlik haklarından, satış bedelinden indirim isteme hakkını kullandığı takdirde, söz konusu karşı edim bir para alacağı olduğundan bu alacak ile kambiyo senedine konu para alacağı takas edilebilir.

Kambiyo borçlusunu, karşı tarafa takası ileri sürdüğünde, borç, alacak oranında yani kısmen veya tamamen sona erer<sup>223</sup>. Bu bağlamda takas, bir ifa ikamesi niteliğindedir<sup>224</sup>. Dikkat etmek gerekir ki takası ileri sürenin alacağıın muaccel, karşı tarafın borcunun ise ifa edilebilir olması gerektiğinden<sup>225</sup> alacak, kambiyo senedine dayanıyorsa vadesinin gelmiş olması gerekmektedir. Ancak takas ileri sürece alacaklı konumunda olan kambiyo borçlusunun alacağı, karşı tarafın alacağından daha önce muaccel olmuşsa, kambiyo senedinin vadesinin gelmesi gerekmez<sup>226</sup>.

Son olarak uygulamada önemli bir yer tutan “*hayatın olağan akışına aykırılık*” iddialarının borçlu görünen kimse tarafından menfi tespit davasında dermeyan olup olunamayacağını incelemek gerekir. Uygulamada kötü niyetli kimselerin dahli veyahut sehven yapılan tarafların gerçek iradesine aykırı kayıtlar senede yazılmış olabilir. Bu kayıtların tarafların gerçek iradesini yansıtmadığı böylece hukuki bir sonuç doğurup doğurmayacağı taraflarca söz konusu iradenin ispat edilmesi suretiyle gerçekleşebilir. İşte hayatın olağan akışına aykırılık kavramı da esasında ispat yüküyle ilgili bir kavramdır. Ancak

<sup>222</sup> Aral, s. 56.

<sup>223</sup> Aral, s. 35-195. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.11.1975 tarihli ve 5197/6702 sayılı dava konusu menfi tespit olan bir kararında “... her ne kadar eda davası açılması mümkün hallerde tespit davası açılmaz ise de, davacı kendi alacağını, davacısının alacağıyla takasını isteyebilir...” denilerek borcun takas yoluyla sona erdiğinin tespitini isteyebileceğini belirtmiştir (*Ertekin - Karataş*, s. 608).

<sup>224</sup> Aral, s. 34-35.

<sup>225</sup> Tekinay vd., s. 1017; Aral, s. 65.

<sup>226</sup> TBK m.139/1 hükmünün lafzından takas ileri sürebilmek için her iki borcun muaccel olması şartının arandığı çıkarılsa da kural olarak vadenin borçlu lehine olduğu göz önüne alındığında, borcu henüz muaccel olmadığı için takas ileri süremeyen borçlunun, vadeden önce ifa olanağı bulunduğu sürece kendi lehine tanınan vadeden zarar görmesi düşülemez. Bu konu hakkında bkz. Tekinay vd., s. 1017. Öte yandan kural olarak borcunu vadesinden önce ifaya yetkili olan borçlunun (TBK m.96), borcunu takasla sona erdirebilmesinin engellenmesi düşünülemez. Bu konu hakkında bkz. Aral, s. 65-66.



dikkat etmek gerekir ki hukukumuzda ispat yükünün kime düştüğü hususunda norm kuramı<sup>227</sup> kabul edilmiş olduğundan (HMK m.190) hayatın olağan akışına aykırılık kavramı ispat yükünün kime düştüğü ile ilgili değil, bir vakianın ispat edilmiş sayılıp sayılamayacağıyla ilgilidir<sup>228</sup>.

Kambiyo senetlerinde hayatın olağan akışına aykırılık iddiası menfi tespit davalarında sıklıkla ileri sürülmektedir. Bu iddialar genelde, senette yazılan bedelin gerçeği yansıtmadığı bağlamında ileri sürülmektedir. Yargıtay, bir kararında, bonodaki “ikiyüzyetmişbeş” ibaresinin yanına “bin” ibaresinin sonradan eklendiği bilirkişi raporuyla tespit edilmesine rağmen bononun düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri göz önüne alındığında salt “ikiyüzyetmişbeş” Türk Lirası için bono düzenlenmesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirterek “bin” ibaresinin maddi hataya dayalı yazılmadığını kabul edip borçlunun itirazını reddetmiştir<sup>229</sup>. Yine Yargıtay, salt “yüzon” Türk Lirası için bono düzenlenmesini hayatın olağan akışına aykırı bularak “yüzonbin” Türk Lirası üzerinden bono düzenlendiğini kabul etmiştir<sup>230</sup>. Bir başka kararında ise Yargıtay “otuzbeş” Türk Lirası için bono düzenlenmesini hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur<sup>231</sup>. Yüksek mahkeme, bir başka kararında, üçüncü kişi olan kendisinin

<sup>227</sup> Norm kuramıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Umar - Yılmaz, s. 49 vd.

<sup>228</sup> Umar - Yılmaz, s. 61.

<sup>229</sup> “... Her ne kadar, bononun miktara dair yazı ile yazılan kısmında tahrifat yapıldığı bilirkişi tarafından tespit edilmiş ve takip dayanağı bonoda tahrifat yapıldığının saptanması halinde senedin tahrifattan önceki miktar için geçerli sayılması gerekli olsa da (HGK’nın 14.05.2003 tarih ve 2003/12-347 E., 2003/345 K.) bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında 275.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu sebeple bononun miktarının yazı ile bono metnine yazılırken “bin” kelimesinin maddi hataya dayalı olarak yazılmadığının kabulü gerekir. Aksi yöndeki kabul aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.2.2017 tarihli ve E. 2016/10513, K. 2017/2002 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>230</sup> “... Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda; takibe konu bononun miktar hanesi yazılırken “0” ve “#” işaretlerinin hangisinin önce hangisinin sonra yapıldığı tespit edilememiştir. Bononun düzenlenme tarihindeki Türk lirasının değeri gözönüne alındığında 110.00 TL için bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Aksi yöndeki kabul aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır. Bu durumda, mahkemece tahrifat sebebiyle 110.000,00 TL’lik takibin iptali ile takibin 110,00 TL. üzerinden devamına hükmedilmesi isabetsizdir...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.2.2017 tarihli ve E. 2016/10560, K. 2017/1992 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>231</sup> “... Dayanak bononun incelenmesinde; senet bedelinin, rakam kısmında “35.000”, yazı kısmında ise “otuzbeş” olarak belirtildiği görülmektedir. Her ne kadar TTK’nın 676/1. maddesi uyarınca, yazı ile gösterilen miktarın dikkate alınacağı hükme bağlanmışsa da, senedin düzenlenme tarihindeki Türk Lirasının değeri gözönüne alındığında hiçbir alım gücü olmayan 35 TL üzerinden

borçlu olmadığı itirazı yapıldıktan sonra bononun hatır için düzenlendiği iddiasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuştur<sup>232</sup>. Bir diğer kararda ise senet lehtar ve takip alacaklısı cirantanın baba-oğul olmasına işaret edilerek alacaklının, senet üzerindeki gerçek miktarı bilemeyecek konumda olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>233</sup>.

Hayatın olağan akışına ya da normal hâlin aksine bir durumun söz konusu olduğunu iddia eden taraf, vakianın bu yönde gerçekleştiği hususunda delil gösterme yükü altındadır. Hayatın olağan akışına aykırılık kavramına dayanarak hâkimin bir vakıyı ispat edilmiş sayması, esasında, fiili karineye yani yaşam deneyi kurallarına dayanmaktan başka bir şey değildir<sup>234</sup>. Fiili karine, hâkimin yaşam deneyi veya tecrübe kuralları çerçevesinde delil değerlendirme serbestisine dayanarak, belirti ve emarelerin söz konusu vakianın sürekli ve tipik olarak gerçekleşen birçok başka vakianın benzerini yansıttığı sonucunu çıkarmasıdır<sup>235</sup>. Doktrin ve Yargıtay, hayatın olağan akışı veya normal durum ölçütüne dayanarak ispatın yapılmış sayılmasına olanak tanımaktadır<sup>236</sup>.

---

bono düzenlenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmediği gibi, bu yöndeki kabul, aşırı şekilcilik olup, ağır hak kaybına neden olacaktır...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.1.2017 tarihli ve E. 2016/27940, K. 2017/826 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>232</sup> “... Öte yandan borçluya İİK'nın 89. maddesi uyarınca gönderilen haciz ihbarnamesinin tebliğ edildiği gün borçlu lehine bono düzenlenmiş olması, o tarihte üçüncü kişinin icra takibinin borçlusuna borcu olduğunu ispata yeterli olup, aynı gün içerisinde itiraz edildikten sonra hatır için, mevcut olmayan bir borç nedeniyle senet verildiğine yönelik iddia hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi inandırıcı da değildir...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 5.11.2013 tarihli ve E. 2013/28006, K. 2013/34803 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>233</sup> “... Tarafların beyanları ve senet lehdarı ile takip alacaklısı cirantanın baba-oğul olduğu dikkate alındığında alacaklının, senedin gerçek miktarını bilebilecek konumda olduğu, aksinin hayatın olağan akışı ile bağdaşmayacağı, bu durumda da takip alacaklısının en azından ağır kusurlu olduğu kabul edilmelidir...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 26.2.2018 tarihli ve E. 2016/28905, K. 2018/1954 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021).

<sup>234</sup> Umar - Yılmaz, s. 61.

<sup>235</sup> Taşpınar, s. 537.

<sup>236</sup> Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 248; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 549 vd.; Umar-Yılmaz, s. 61; Yavuz Alagonya, ““Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kacayusufpaşaoğlu'na Armağan, 2004, s. 521 vd.; Yaşar Can Göksoy, “Kambyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Bildiri Kitabı Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 539 vd.; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 9.9.2019 tarihli ve E. 2019/5179, K. 2019/15608 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.2.2017 tarihli ve E. 2016/10513, K. 2017/2002 sayılı kararı; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.2.2017 tarihli ve E. 2016/10560, K. 2017/1992 sayılı kararı; Yar-

Doktrindeki bir görüşe göre kesin delille ispat kuralının istisnalarından biri de hayatın olağan akışına aykırılık kavramıdır<sup>237</sup>. Bu bağlamda bir senetteki ibare, hayatın olağan akışına aykırı ise o senette bulunan olgunun aksini kesin delille ispat zorunluluğu yoktur. Kanımızca mevcut ispat kuralları çerçevesinde hâkimin, sübjektif değerlendirmelerine dayandırdığı fiili karinenin kesin delille ispat zorunluluğunu kaldıracağı söylenemez. Aksi halde, fiili bir karine olan yaşam deneyi kurallarından çıkarılan sonuçların genele yayılması dolayısıyla hukuk kurallarının uygulanmasında bir keyfilik meydana gelmesi riski yüksektir. Keza hayatın olağan akışına aykırılık, fiili karineye dayanan hâkimin delil değerlendirme serbestisinin olduğu hallerde<sup>238</sup> (HMK m.198, m.240 vd.) ispat yükünün yer değiştirmesiyle ilgili olmaksızın vakianın, hayatın olağan akışına uygun şekilde gerçekleştiğinin kabul edilmesi ve ispatın bu yönde gerçekleşmiş sayılmasıdır. Nitekim Yargıtay da istikrarlı bir şekilde bu yönde kararlar vermektedir<sup>239</sup>.

gıtay 12. Hukuk Dairesinin 23.1.2017 tarihli ve E. 2016/27940, K. 2017/826 sayılı kararı, www.kazanci.com, (10.07.2021). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.3.2002 tarihli ve E. 913/77, K. 206 sayılı kararı, (*Alagonya*, s. 524 vd.). Yargıtayın eski tarihli ancak bu yöndeki kararları için bkz. Taşpınar, s. 551 vd.

<sup>237</sup> *Alagonya*, s. 525.

<sup>238</sup> Umar - Yılmaz, s. 165-166; Taşpınar, s. 569; Mustafa Göksu, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, s. 62-63.

<sup>239</sup> "... Öte yandan dava imza inkarına dayalı olarak açılmış ve imzanın keşideciye ait olduğu tespit edilmiştir. Kambiyo senedine karşı bedelsizlik iddiası yönünden tanık dinlenemez. Ayrıca keşidecinin varlıklı biri olması onun borç almayacağı anlamına da gelmez. Diğer yandan bonoda farklı kalem kullanılması bononun kambiyo senedi olması vasfını etkilemez. Mahkemece açıklanan hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hayatın olağan akışından bahsedilerek karar verilmesi doğru görülmemiştir...", Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 30.09.2013 tarihli ve E. 2013/8833, K. 2013/14911 sayılı kararı; "... Mahkemece, kambiyo senetlerinin sebepten mücerret olduğu borçlu tarafın senedin aksini aynı ölçüde yazılı bir belge ile ispatlaması gerektiği halde böyle bir ispat vesikası sunmadığı gibi, davalının yemin teklifine uyararak senet bedeli ile gerçek alacak miktarının aynı olduğunu ve alacağını alamadığını yeminli beyanı ile tasdik ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir...", Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.10.2017 tarihli ve E. 2016/12608, K. 2017/6829 sayılı kararı; "... Dava, kambiyo senedinden kaynaklanan menfi tespit talebine ilişkindir... Gerek doktrinde, gerek Yargıtay içtihatlarında kabul edildiği üzere ispat yükü, hayatın olağan akışına aykırı durumu iddia eden ya da savunmada bulunan kimseye düşer. Öte yandan, ileri sürdüğü bir olaydan kendi yararına haklar çıkarmak isteyen kimsenin, iddia ettiği olayı kanıtlaması gerekir (HMK md.190). Bu nedenle ispat külfeti öncelikle davacıdadır. Davacı ise hukuki ilişki gereği iddiasını ancak yazılı delil ile ispat edebilir. Bu yazılı delil, tarafların getirecekleri ve onların imzalarını taşıyan bir belge olmalıdır. Yazılı delille veya yazılı delil başlangıcı yoksa davanın, ikrar (HUMK. md.236-HMK md.188) yemin (HUMK md.344-HMK md.227) gibi kesin delillerle de ispat edilmesi olanaklıdır...", Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.03.2018 tarihli ve E. 2016/13488, K. 2018/2292 sayılı kararı, Lexpera, (4.10.2021).

Doktrindeki bir diğer görüş, kambiyo senetlerinin dayandığı temel borç ilişkisi nazara alınarak hayatın olağan akışına aykırılık ölçütünün bedelsizliğin ispatında kullanılabileceğini belirtmektedir<sup>240</sup>. Söz konusu görüş, kambiyo ilişkisiyle senedin düzenlenmesine esas teşkil eden temel ilişkinin birbirinden farklı olduğunu ve ayırt edilmesi gerektiğini belirterek temel ilişkinin senetten bağımsız olarak var olduğunu, dolayısıyla temel borç ilişkisinin dayandığı bedelsizlik olgusunun kambiyo senedinden kaynaklı olarak kesin delille ispat edilmesinin zorunlu olmadığına işaret etmektedir<sup>241</sup>. Kanımızca bu görüşe katılmak mümkün değildir. Keza söz konusu görüş kabul edildiğinde, kambiyo senetlerinin temel ilkelerinden olan soyutluk ilkesi bertaraf edilmektedir. Zira soyutluk ilkesi, kambiyo taahhüdünün geçerliliğini etkileyen unsurlardan olup (TTK m.671/1-b, 776/1-b, 780/1-b), ispat yükünün yer değiştirmesi (alacaklı lehine) ve kişisel defilerin “iyiniyetli” üçüncü kişilere<sup>242</sup> karşı ileri sürülememesi sonuçlarını doğurur<sup>243</sup>. Öte yandan kambiyo senedinin düzenlenmesiyle temel ilişkiye dayanan hak ile senet arasında birbirini içine alan, saklı tutan bir ilişki kurulmaktadır (TTK m.645). Nitekim bu ilişki nedeniyle temel borç ilişkisi, kambiyo senedinden bağımsız olarak ileri sürülemez<sup>244</sup>. Eş söyleyişle alacaklının temel ilişkiye dayanabilmesi için kambiyo ilişkisinin sona ermesi gerekir<sup>245</sup>. Bu bağlamda kambiyo senediyle bünyesindeki temel ilişkinin ispat açısından da ayrı ayrı düşünülmemeyeceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla tamamen kendi iradesiyle

<sup>240</sup> Göksoy, s. 552-553.

<sup>241</sup> Göksoy, s. 552-553.

<sup>242</sup> Kötü niyetle iktisap veya bilerek borçlu zararına hareket olgusu bir hukuki işlem olmadığından kesin delille ispatı zorunlu değildir. Adıgüzel, s. 110-143; Kendigelen - Kırca, s. 254. Dolayısıyla şartları varsa kötü niyet veya bile bile borçlu zararına hareket olgusunun ispatında hâkim, fiili karineye yani hayatın olağan akışına aykırılık ölçütüne dayanabilir. Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.03.2015 tarihli ve E. 2013/2238, K. 2015/1062 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 05.03.2020 tarihli ve E. 2017/612, K. 2020/258 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.03.2015 tarihli ve E. 2013/2238, K. 2015/1062 sayılı kararı, Lexpera, (4.10.2021).

<sup>243</sup> Ülgen vd., s. 101 vd.

<sup>244</sup> Edip Şimşek, “Kambiyo Senetleri ve Hukuki İlişki Sorunu”, *Yargıtay Dergisi*, 1978, C. 4, S. 3, s. 287.

<sup>245</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.4.1978 tarihli ve E. 1978/2055, K. 1978/2164 sayılı kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.4.2019 tarihli ve E. 2017/13-662, K. 2019/449 sayılı kararı. “... Kıymetli evraka bağlanan hakkın senetten ayrı ileri sürülebilmesi için ya senedin kıymetli evrak vasfını kaybetmesi ya da senedin zayi edilmesi nedeniyle mahkemeden “zayi nedeniyle iptal davası” açılarak bu hususta iptal kararı alınması veyahut senedin borçluya iade edilmesi gerekir...”, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Genel Kurulunun 25.12.2019 tarihli ve E. 2019/1, K. 2019/8 sayılı kararı, www.kazanci.com, (4.10.2021).

bir kambiyo senedi düzenleyerek bir miktar parayı alacaklıya ödeme taahhüdü altına giren borçlu, imzasının hukuki sonuçlarına katlanmak durumundadır. Bu bağlamda kambiyo borçlusu, senetle ispat zorunluluğunun istisna olduğu haller dışında (HMK m.203) senedin bedelsiz olduğunu ancak kesin delillerle ispatlayabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki hayatın olağan akışı ölçütü, dünyada, ülkede veya güncel hayatta yaşanan geniş çaplı ve herkesçe bilinen ya da hiç olmazsa taraflarca bilinen/bilinebilecek olaylara uygulanabilecek nitelikte bir kuraldır. Söz gelimi Yargıtayın, Türk Lirasından altı sıfır atılmasıyla ilgili kararındaki “milyar” yazısının eski Türk Lirasını ifade ettiği yönündeki kararları bu doğrultudadır<sup>246</sup>. Nitekim Yüksek mahkeme, fiili karineye dayanarak hakkaniyete uygun bir şekilde kendisinin sebep olmadığı bir olay yüzünden borçlunun iradesine aykırı sonuçların doğmasını engellemektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki burada fiili karine, senedin kendisinden çıkarılmaktadır. Keza söz konusu olgunun senette bulunması dolayısıyla borçlu, bu senede dayanarak hayatın olağan akışına aykırılık iddiasında bulunabilir. Aksi takdirde hayatın olağan akışına aykırılık ölçütünün bir belirti veya emare olduğu boyutunu aşarak onu, başlı başına bir delil olarak kabul etmek HMK m.190 hükmüne açık bir

<sup>246</sup> “... senedin rakam ve yazı ile yazılan bedelleri ile alacaklı ve borçlu isimlerinin tek bir seferde bu şahıs tarafından yazıldığı, senette herhangi bir tahrifat bulunmadığı hususu taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Ancak davalının, bankadan kredi çekmek suretiyle kendisinden toplam 67.000,00 TL bedel ile daire satın alan davacıya 900.000,00 TL gibi davacının mali durumu ile izah edilemeyecek yüksek meblağı herhangi bir teminat olmaksızın elden verdiği iddiasının hayatın olağan akışına (genel hayat tecrübelerine) aykırı olduğu, hayatın olağan akışına dayanan kişinin, artık iddiasını ispatla yükümlü olmadığı, senedin tanzim edildiği 2009 tarihi itibarıyla 900.000,00 TL miktarında bir paranın genellikle banka aracılığıyla el değiştirdiği, 5083 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Para Birimi Hakkında Kanun ve bu kapsamda çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca 01.01.2009 tarihinden itibaren YTL kullanımından vazgeçilerek yeniden TL ibaresine geçildiği, bu nedenle senetteki bedelin tanzimi sırasında kavram karışıklığı nedeniyle senetteki yazı ile gösterilen bedelin, rakamla gösterilen bedelden bin kat fazla olduğu dikkate alındığında mahkemece eldeki menfi tespit davasının kabulüne yönelik önceki kararda direnilmesi yerindedir...”, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.06.2019 tarihli ve E. 2017/827, K. 2019/689 sayılı kararı; “... Şu halde yazılı ile yazılan 1000 YTL değere itibar olunması, 1000 YTL yanında yazılı bir milyar yazısının ise 1000 TL'nin Yeni Türk Lirasına geçişinden önceki parasal değeri ifade etmek üzere yazıldığı kabulü hayatın olağan akışına da uygundur. Alacaklı bonoda yazılı en az değer 1000 YTL üzerinden takip yaptığına göre şikayetin reddi yerine takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...”, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 3.5.2011 tarihli ve E. 2010/27406, K. 2011/8336 sayılı kararı; Aynı yönde bkz. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 23.01.2019 tarihli ve E. 2018/3277, K. 2019/428 sayılı kararı. Senette tahrifatın saptanmasına rağmen Türk Lirasının değerinin göz önüne alındığı bir başka karar için bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.2.2017 tarihli ve E. 2016/10513, K. 2017/2002 sayılı kararı www.kazanci.com, (10.07.2021).

aykırılık teşkil eder. Keza HMK m.190 hükmü ispat yükünün dağılımını belirleyen kamu düzenine ilişkin emredici bir hukuk kuralıdır ve kendisine uyulması zorunludur<sup>247</sup>. Yargıtayın bazı kararlarında ölçüt olarak kullandığı “kişinin mali ve sosyal durumu”<sup>248</sup> veyahut “miktarın kambiyo senedine konu edilemeyecek miktarda olduğu”<sup>249</sup> gibi olguların, senetle ispat kuralları çerçevesinde (HMK m.200 vd.) taraflar açısından kişisel defiler suretiyle ileri sürülebileceği düşünülse de (örneğin aralarında dava/takip konusundan başka bir ticari ilişki olmayan kişiler arasında bir milyon liralık senedin düzenlenmesinin mümkün olmadığı keza senede konu olan konut satım sözleşmesinin yüz bin lira değerinden düzenlendiği gibi) üçüncü kişilere karşı bu kişisel defiler ileri sürülemez. Nitekim kambiyo senetlerinin, soyutluk, tedavül niteliği ve kamu itimatına mazhar senetlerden olması göz önüne alındığında “iyiniyetli” üçüncü kişiler bakımından hayatın olağan akışına aykırılık ölçütüne dayanılması söz konusu değildir.

## SONUÇ

Ticari hayatın bir vazgeçilmezi haline gelen kambiyo senetlerine hukuk düzeninin ayrıcalık atfetmesi, onun mahiyeti gereğidir. Bu bağlamda, kambiyo senetlerinin kolayca devredilmesi, soyut nitelik taşıması dolayısıyla nakit ve kredi ihtiyacını gidermesi ve nihayetinde hızlıca tahsil edilebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukukumuzda kambiyo senetlerinin niteliğine uygun olarak genel icra usulünden daha elverişli bir icra usulü öngörülmüştür.

Kambiyo senetleri, içeriğinde temel borç ilişkilerini barındıran ancak o ilişkiye senet metninde atıf yapılmayan belgelerdir. Borç ilişkisi süreci, her zaman düzgün seyretmeyebilir. Geçersizlik halleri, gereği gibi ifa edilmeme, ya da borç

<sup>247</sup> Emredici hukuk kuralları, hukuka tabi olanların iradeleriyle değiştiremeyecekleri ve söz konusu kuralın aksine hiçbir kural ve çözümün kabul edilmediği normlardır. Uyulması zorunlu olan bu kuralların öngörülmesinin temel sebebi kamu düzeni ölçütüdür. Kamu düzenine ilişkin kurallar, toplumun veya kamunun uygulanmasında ve uyulmasında kesin çıkarı olduğu düşünülen kurallardır. Eş söyleyişle emredici kurallar, bireysel çıkarın değil tüm toplumun çıkarının ön planda olduğu kurallar bütünüdür. Emredici hukuk kuralları ve kamu düzeniyle ilgili bkz. Işıқтаç - Metin, s. 159-160.

<sup>248</sup> Yargıtayın kişinin mali durumunu aşacak şekilde kambiyo senedi düzenlemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğuyula ilgili kararları için bkz. Alagonya, s. 528; Talih Uyar, ““Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi”, “Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu” İddiasına Dayalı “Menfi Tespit Davası”nın Açılmasını Engeller mi?”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2013, C. 87, S. 3, s. 248 vd.

<sup>249</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 11.10.2017 tarihli ve E. 2016/12608, K. 2017/6829 sayılı kararı, Lexpera, (4.10.2021).

ilişkilerine etki edecek çeşitli olgular meydana gelebilir. Olağan cebri icra hukuku, alacaklının hızlıca alacağını tahsil edebilmesi üzerine kurulduğundan, borçlunun elinde kanunun istediği araçlar bulunmuyorsa borçlu, haklı olduğu halde haksız duruma düşebilir. İşte menfi tespit davası, bu gibi durumların engellenbilmesinin en önemli araçlarından. Borçlu bu araçla maddi hukuk bakımından haklı olduğunu tespit ettirip, bu tespitini icra hukukuna etki ettirebilir.

Olağan cebri icra yolunda borçlunun elinde bulunan bu imkân, kambiyo hukukuna özgü takip yolunda da kanundaki atıf gereği mevcuttur. Nihayetinde, genel hatlarıyla benzer olan usuller, kambiyo hukuku kaynaklı olarak bazı nitelikler gösterebilmektedir. Söz gelimi; yargılama süreci, davanın hüküm ve sonuçları, tazminat gibi unsurlar ortak noktalar iken davanın konusu, hukuki yarar, davanın tarafları, ispat yükü gibi konularda çeşitli nitelik farklılıkları bulunmaktadır.

Kambiyo senetleri, HMK m.200 anlamında bir hukuki işlem ihtiva ettiğinden davada ileri sürülmesi halinde, karşı tarafın iddiasını ispatlayabilmesi için kural olarak eş değer nitelikte delil (genelde senet) ileri sürmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ispat yükü bağlamında norm kuramına dayanan (HMK m.190) yargılama sistemimizde, delil serbestisinin olduğu alanlarda nazara alınabilen fiili karine niteliğindeki “hayatın olağan akışına aykırılık” ölçütünün, kambiyo senetlerinde pek uygulama alanı bulduğu söylenemez. Ancak herkesçe bilinebilen, beynelmilel nitelikteki olguların, açıkça hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması halinde ispat kurallarına uygun olarak hayatın olağan akışına aykırılık ölçütüne dayanılabilir.

Nihayetinde Türk hukukunun tabi olduğu Kıta Avrupası temelli hukuk sistemleri, kanunları kazuistik bir biçimde düzenler. Tabiri caizse her olgu, yazılı metinlerde düzenlenmiştir. Hâkime, maddi konularda çok kısıtlı bir takdiri yetkisi tanınması olası iken, şekli hukuk bakımından bu imkân hiç tanınmamıştır. Eğer bir düzenlemede boşluk bulunmaktaysa orada yorum vardır. Ancak bu yorum faaliyeti, cebri icra usulleri ve bağıntıları için pek de elverişli değildir. Keza ülkenin her bir noktasında aynı usullerin uygulanması hukuk güvenliği ve hukuki öngörülebilirlik hakkının temelidir. Bu bağlamda kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip usulü, eğer varlığını devam ettirecekse kazuistik bir biçimde düzenlenmeli, genel haciz yolu hükümlerine atıf suretiyle yoruma yol açacak şekilde ihdasından kaçınılmalıdır. Kaldı ki menfi tespit davası gibi olağan cebri icra hukukunda dahi oldukça sınırlı düzenlenmiş olup genel hukuk yargılaması üzerinden yürüyen araçların kullanılmasında, adeta atfın atfı yolunun öngörülmesi keyfiliğin önünü açmaktadır. Bu bağlamda kanımızca menfi tespit davası özelinde kambiyo senetlerine özgü haciz yolunun maddi hukukla ilişkisi ayrıca ve açıkça düzenlenmelidir.

**KAYNAKÇA**

- ADIGÜZEL, Burak, “Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, S. 2, 2018, ss. 129-148.
- AKİL, Cenk, “Takip Konusu Adi Senetteki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Basım Yılı: 2015, ss. 2405-2422.
- AKİL, Cenk, “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk Hakkında Usul Hukuku Bakımından Bazı Değerlendirme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, C. 11, S. 41, ss. 307-324.
- ALAGONYA Yavuz, ““Senede Karşı Senetle İspat” Kuralı ve “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kacayusufpaşaoğlu’na Armağan, 2004, ss. 521-531.
- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- ARAL, Fahrettin, *Türk Borçlar Hukukunda Takas*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- ARSLAN, Ramazan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ATALAY, Oğuz, “Adi Senetler Hakkında Sahtelik İddiası ve Sonuçları”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul, 2013, ss. 547-556.
- AYLİ, Ali - ÜÇER, Mehmet, “Çekte Bedelsizlik İddiası ve Açılacak Dava”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 39, 2018, ss. 413-451.
- BÖRÜ, Levent, “Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu ile Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağını Değerlendirilmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi* S. 4, 2012, ss. 257-265.
- BULUTTEKİN, Derya, “Medeni Yargılama Hukukunda Farazi İkrar”, *Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır, 2015.
- ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- ERDÖNMEZ, Güray, “Adi ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2016, S. 123, ss. 147-208.
- ERGÜN, Mevci, *Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- ERMAN, Eyüp Sabri, *Police-Bono-Çek ve Kambiyo Senetlerine Ait Özel Takip Yolları*, Güney Matbaacılık, Ankara, 1973.
- ERTEKİN, Erol - KARATAŞ, İzzet, *Uygulamada Ticari Senetler Hukuku*, Feryal Matbaacılık, Ankara, 1992.
- DEYNEKLİ, Adnan, “Bonoda Bedel Kaydının ve Talilin (Bedel Kaydının Aksini İddia Etmenin) İspat Yüküne Etkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 1-2, 2005, ss. 153-170.



- EKMEKÇİ, Ömer vd., **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, 2. Baskı, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- GÖKSOY, Yaşar Can, “Kambiyo Senetlerine Dayalı Menfi Tespit Davalarında İspat Yükü Açısından “Hayatın Olağan Akışı” Kavramı”, Ticaret Hukuku Sempozyumu 2021 Bildiri Kitabı Sorunlar ve Çözüm Önerileri 9-12 Şubat 2021, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, ss. 539-562.
- GÖKSU, Mustafa, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, ss. 53-65.
- GÜRDOĞAN, Burhan, **İcra Hukuku Dersleri**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1970.
- HANAĞASI, Emel, **Davada Menfaat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- HELVACI, Mehmet, “Kambiyo Senetlerine Özgü Takip Yolları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2013, C. LXXI, S. 2, ss. 165-192.
- İNAN, Nurkut, **Türk Hukukunda Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1969.
- İŞIKTAÇ, Yasemin - METİN, Sevtap, 7. Baskı, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KARSLI, Abdurrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif Yayınları, İstanbul, 2014.
- KENDİGELEN, Abuzer - KIRCA, İsmail, **Kıymetli Evrak Hukuku: Genel Esaslar Kambiyo Senetleri**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- KİRAZ, Taylan Özgür, “Âdi Senetlerde Sahtelik İddiasına İlişkin Düalist Yapı Üzerine Bir İnceleme”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi (MİHDER)** S. 1, 2013, ss. 43-72, (Senet).
- KİRAZ, Taylan Özgür, 2. Baskı, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, (İkrar).
- KOÇYİĞİT, İlker - BULUR, Alper, **Ticari davalarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2019.
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku Cilt 2**, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990, (Cilt 2).
- KURU, Baki, **Menfi Tespit ve İstirdat Davası**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, (Menfi Tespit).
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (El Kitabı).
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, (Ders Kitabı).

- KURU, Baki - BUDAK, Ali Cem, **Tespit Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- MUŞUL, Timuçin, **Menfi Tespit ve İstirdat Davaları**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖNAY, Işık, **Yenileme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZEKES, Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009.
- ÖZEKES, Muhammet - ÇİFTÇİ Pınar, “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine (İstanbul Bam Kararları Örneğinden Bir Bakış)”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2020, S. 148, ss. 101-104.
- PEKCANITEZ, Hakan vd., **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., **İcra Hukuku Esasları**, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- POROY, Reha - TEKİNALP, Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 23. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, **Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları**, 7. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- SEROZAN, Rona, **Borçlar Hukuku: Genel Bölüm Cilt 3**, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- ŞİMŞEK, Edip, “Kambiyo Senetleri ve Hukuki İlişki Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, 1978, C. 4, S. 3, ss. 281-296.
- TANRIVER, Süha, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, 2020, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C. 32, S. 147, ss. 111-142.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku Cilt 1**, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- TAŞPINAR, Sema, “Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** C. 45, S. 1, 1996, ss. 533-572.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi vd., **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TÜRK, Ahmet, “Kambiyo Senedi Borçlusuna Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7 Özel Sayı, 2005, ss. 307-382.
- UMAR, Bilge - YILMAZ, Ejder, **İsbat Yükü**, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980.

- ULUKAPI, Ömer, **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimoza Yayınları, Konya, 1991.
- UYAR, Talih vd., **Olumsuz (Menfi) Tespit ve Geri Alma (İstirdat) Davaları**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.
- UYAR, Talih, "Takip Konusu Senedin Sahte Olarak Düzenlenmiş Olduğu İleri Sürülerek, İcra Takibinin Durdurulması Nasıl Sağlanabilir?", **İstanbul Barosu Dergisi**, S. 2, 2012, ss. 199-207.
- UYAR, Talih, ""Kambiyo Senetlerindeki Mücerretlik İlkesi", "Kambiyo Senedinin Hayatın Olağan Akışına Aykırı Olduğu" İddiasına Dayalı "Menfi Tespit Davası"nın Açılmasını Engeller mi?", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 87, S. 3, 2013, ss. 243-257.
- ÜLGEN, Hüseyin vd. **Kıymetli Evrak Hukuku**, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.
- YARDIM, Mehmet Ertan, "Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte İtiraz", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2012.
- YEŞİLDAL, Gül Sema, "Kambiyo Senetlerine Özgü İcra Yolu ile Takipte Menfi Tespit Davaları", **İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Ali Haydar, "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğruduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXI, S. 4, 2017, ss. 91-119.
- YILDIRIM, M. Kâmil-DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- YILMAZ, Ejder, "İcra İnkâr Tazminatı Açısından "Likid Alacak" Kavramı", **Bankacılar Dergisi**, 2008, S. 67, ss. 58-93.
- YILMAZ, Gülşah, "Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili", **Ankara Barosu Dergisi** S. 4, 2020, ss. 1-36, (YILMAZ, Gülşah).
- YILMAZ, Halil, "Senedin (Bononun) Talil Edilmesi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 9, S. 100, Aralık 2014, ss. 335-344, (YILMAZ, Halil).
- YILMAZ, A. Lerzan, **Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht)**, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, (YILMAZ, Lerzan).



## LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN HACZİ, REHNİ VE İNTİFA HAKKINA KONU OLMASI<sup>(\*)</sup>

Arş. Gör. Seda BAŞ<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

Limited şirketlerde pay üzerinde haciz, rehin ve intifa hakkı kurulması mümkündür. Bu hakların ortaklığı ne şekilde etkileyeceği ve sahibine sağladığı faydalar da tartışılması gereken meselelerin başında gelmektedir. Limited şirketlerde payın haczi, TTK m.133 ile açıkça kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. TTK m.133/1'de şahıs şirketlerinde hacze ilişkin hususları düzenlenirken, m.133/11'de herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm sermaye şirketlerine dair haciz usulü düzenlenmektedir. Buna göre, bir sermaye şirketinin ortağının alacaklıları, alacaklarını; ortağa düşen kâr payı, tasfiye payı, borçluya ait olan çıplak paylar ve kıymetli evraka bağlanmış paylardan elde edebilirler. TTK m.600 ise limited şirket payı üzerine rehin ve intifa hakkı tesisi hususunda düzenlemeler içermektedir. Limited şirket payı üzerinde rehin ve intifa hakkı kurulabilmesi için, payın devri için aranan şartların mevcudiyeti gereklidir. Rehlin devredilebilir nitelikteki mali hakları kapsamına alırken intifa hakkı mali haklar ve yönetsel hakları da kapsar.

**Anahtar Kelimeler:** Limited Şirket, Payın Haczi, Payın Rehni, Pay Üzerinde İntifa Hakkı.

---

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11/10/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 26/11/2021.

Atıf Şekli: Seda Baş, "Limited Şirketlerde Payın Haczi, Rehni ve İntifa Hakkına Konu Olması", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 903-940.

(\*\*) Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye.

E-posta: yildizs@cu.edu.tr.

Orcid: 0000-0001-5382-2663.

## **ATTACHMENT, PLEDGE, AND SUBJECT TO USUFRUCT OF CORPORATE SHARES IN LIMITED COMPANIES**

### **ABSTRACT**

It is possible that the establishment of attachment, pledge, and usufruct on corporate shares in limited company. How these rights affect the partnership and the benefits they provide to its owner are among the issues that need to be discussed. The attachment of corporate shares in a limited company has clearly reached a legal regulation with article 133 of TCC. While art.133/I of the TCC regulates the matters regarding attachment in sole proprietorships, art.133/II regulates the attachment procedure for all corporation without any discrimination. Art.600 of TCC includes regulation regarding the establishment of pledge and usufruct on limited company shares. In order to establish a pledge and usufruct on a limited company share, the conditions required for the transfer of shares must be met. While the pledge covers transferable financial rights, the usufruct also includes financial rights and administrative rights.

**Keywords:** limited Company, Attachment of Shares, Pledge of Shares, Usufruct on Shares.

## GİRİŞ

Türk Ticaret Kanunu'nun altıncı kısmında m.573-644 arasında düzenlenen limited şirket; ortakların sınırlı sorumluluğu, az sayıda ortakla kurulabilmesi, sermaye miktarının diğer ticaret şirketlerine göre daha az olması ve işlevselliği gibi nedenlerle sıkça tercih edilen bir şirket türüdür<sup>1</sup>. En fazla elli ortaktan oluşabilen limited şirketlerde ortaklar, “*şirket borçlarından sorumlu olmayıp, sadece taahhüt ettikleri esas sermaye paylarını ödemekle ve şirket sözleşmesinde öngörülen ek ödeme ve yan edim yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdürler*” (TTK m.573/II; TTK m.574/I).

Limited şirketlerde pay<sup>2</sup> kavramını daha iyi anlayabilmek için, bazı kavramlara değinmek gerekmektedir. Bu kavramlar; esas sermaye, sermaye payı ve ortaklık payıdır. Esas sermayeden maksat, limited şirketin sahip olduğu ya da ortaklarca taahhüt edilen toplam sermaye miktarıdır<sup>3</sup>. Bu husus, esasen, TTK m.573/I'de limited şirketin “*esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur*” demek suretiyle hüküm altına alınmıştır. Limited şirketin esas sermayesi, en az onbin Türk lirasıdır (TTK m.580/I). Esas sermaye payı kavramı, toplam sermayede bir ortağın sahip olduğu payı ifade etmektedir<sup>4</sup>. Esas sermaye paylarının itibari değerleri farklı olmakla birlikte, bu

<sup>1</sup> Ernst Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948, s. 340; Barbaros Çağa, “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, *BATİDER*, 1974, C. VII, S. 3, s. 582; Sami Karahan - Mustafa Çeker, *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013, s. 828 vd.; Reha Poroy - Ünal Tekinalp - Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 400 vd.; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 768 vd.; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 671 vd.; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 419 vd.; Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 514; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 4. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2015, s. 351.

<sup>2</sup> Limited şirketlerde pay kavramını ifade etmek üzere İsviçre hukukunda “Stammanteil”, Alman hukukunda ise “Geschäftsanteil” terimleri kullanılmaktadır. Bu hususta bkz. Jürgen Ensthaler-Jens Thomas Füller - Burkhard Schmidt, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 2. Aufl., Luchterhand, y.y. 2010, s. 206 vd.; Gökçen Topuz, *Hisse Hacı ve Satışı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 268.

<sup>3</sup> Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, Ankara, 1973, s. 352; Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s. 402; Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, s. 423; Umut Yeniocak, *Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Hacı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 78; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, s. 553; Bilgili - Demirkapı, *Şirketler Hukuku Dersleri*, s. 361; Serhan Dinç, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları”, *TAAD*, 2017, S. 29, s. 149.

<sup>4</sup> Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, s. 403; Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, s. 771; Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, s. 553; Ercüment Erdem - Y.

değerin 25 Türk lirası ve bunun katları şeklinde belirlenmesi gerekir (TTK m.583/II). Esas sermaye payı ile yakın bir ilişki içerisinde<sup>5</sup> olan ortaklık payı kavramı ise, şirket ortaklarının ortak sıfatına sahip olmasından dolayı elde ettikleri hak ve borçların bütünü olarak tanımlanabilir<sup>6</sup>. Limited şirketlerde ortaklık payı, ortak sıfatıyla sahip olunan hak ve borçların tümü ve bütünü ifade eden “pay sahipliği mevkii” olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>. Ortak ile şirket arasında söz konusu olabilecek bütün hukuki ilişkileri ifade etmek üzere ortaklık payı kavramı kullanılır<sup>8</sup>. TTK m.583/III düzenlemesi, “bir ortak birden fazla esas sermaye payına sahip olabilir” demek suretiyle eTTK<sup>9</sup>’nın benimsediği “bir ortak, bir pay<sup>10</sup>” kuralını terk etmiştir<sup>11</sup>.

Limited şirketlerde, eTTK m.503<sup>12</sup>’ten farklı olarak, TTK m.593/II uyarınca, “Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir”. Hükmün gerekçesinde, esas sermaye payının ispat aracı niteliğindeki ya

---

Can Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000, s. 571; Murat Dönmez, “Limited Şirketlerde Hisse Haczi”, **TBB**, 2006, S. 63, s. 226; R. Murat Dönmez, **Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 387; Topuz, Hisse Haczi ve Satışı, s. 270; Yeniocak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 78.

<sup>5</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 572.

<sup>6</sup> Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 356; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 571; Yeniocak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 78-79.

<sup>7</sup> Dinç, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları”, s. 149; Ertan Demirkapı, “Limited Ortaklık Payının Devri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, İzmir, 2008, s. 18. eTTK döneminde limited şirketlerde ortaklık payı, pay sahipliği konumuna değil ortağın şahsına bağlıydı. Bu hususta, bkz. Çağa, “Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri”, s. 589; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 571; Yeniocak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 79. Yeni TTK’da ifade edilen “ortaklık payı” kavramının limited şirkette esas sermaye payını ifade ettiği yönünde, Dönmez, “Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi”, s. 387, dn. 1435.

<sup>8</sup> Dinç, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları”, s. 150.

<sup>9</sup> Mülga 6762 sayılı Kanun, RG, T. 9/7/1956, S. 9353.

<sup>10</sup> Bu kural hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. Yeniocak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 79-80.

<sup>11</sup> Aynur Parlar, **Gereççeli Türk Ticaret Kanunu**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011, s. 501; Demirkapı, “Limited Ortaklık Payının Devri”, s. 28.

<sup>12</sup> eTTK döneminde, limited şirketlerde, ortaklık paylarının kıymetli evrak niteliğinde çıkarılması mümkün değildi. Yalnızca ispat vasıtası niteliğinde pay senetleri çıkarılması mümkündü. Bu hususta, bkz. Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 573 vd.; Yeniocak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 79.



da nama yazılı bir senede bağlanmasına olanak tanındığı belirtilmektedir<sup>13</sup>. Bu sebeple, limited şirket esas sermaye payının bir senede bağlanması zorunlu değildir<sup>14</sup>. Dolayısıyla, TTK m.593/II hükmü emredici bir şekilde düzenlenmesine karşın, anılan hükümden emredici bir anlam çıkarılmamalıdır<sup>15</sup>. Nitekim madde gerekçesinde sadece bir olanaktan bahsedilmektedir. Diğer yandan, doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, bu anlam karışıklığının bertaraf edilebilmesi için, hükümde yer alan “düzenlenir” ifadesi yerine “düzenlenebilir” ifadesinin tercih edilmesi daha uygun olur<sup>16</sup>.

## I. LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN HACZİ

### A. Genel Olarak

6102 sayılı TTK ile sermaye şirketlerinde hisse haczi konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlilerinden biri, eTTK’daki karşılığı m.145 olan TTK m.133 hükmüdür. Anılan düzenlemede “*Bir şahıs şirketi*<sup>17</sup> devam ettiği sürece ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, hakkını şirketin bilançosu gereğince o ortağa düşen kâr payından ve şirket fesholunmuşsa tasfiye payından alabilir. Henüz bilanço düzenlenmemişse alacaklı bilançonun düzenlenmesi sonucunda borçluya düşecek kâr ve tasfiye payı üzerine haciz<sup>18</sup> koyduruabilir. (2) Sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların<sup>19</sup>, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir. (3) Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer

<sup>13</sup> Anılan düzenlemenin gerekçesi için, bkz. Parlar, Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu, s. 506. Öğretilde, limited şirket pay senetlerinin nama yazılı olarak düzenlenebileceği hususu, eTTK döneminde de kabul edilmekteydi. Bu hususta, bkz. Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 574.

<sup>14</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 773; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 554.

<sup>15</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 773.

<sup>16</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 773.

<sup>17</sup> eTTK m.145’te şahıs şirketi - sermaye şirketi ayrımı yapılmaksızın, sadece “şirket” kelimesi yer almaktaydı.

<sup>18</sup> eTTK m.145’te “ihtiyati haciz” kavramına yer verilmişti.

<sup>19</sup> TTK, payın senede bağlı olup olmadığını dikkate almaksızın haczedilebileceğini açıkça düzenlemektedir.

*alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir. (4) Yukarıdaki hükümler borçlu ortakların şirket dışındaki mallarına alacaklıların başvurularına engel olmaz.” hükmü yer almaktadır.*

TTK m.133/I hükmü şahıs şirketlerinde hacze ilişkin hususları düzenlerken, m.133/II hükmü sermaye şirketlerinde haciz kurallarına yer vermektedir. Görülmektedir ki, maddenin ikinci fıkrasında, herhangi bir ayırım yapılmaksızın tüm sermaye şirketlerine dair haciz usulü düzenlenmektedir. Buna göre, bir sermaye şirketinin ortağının alacaklıları, alacaklarını; ortağa düşen kâr payı ve tasfiye payından, borçluya ait olan çıplak paylar ve kıymetli evraka bağlanmış paylardan elde edebilirler. Buradaki haciz işlemi, İİK'nın taşınır mallara ilişkin hükümleri uyarınca gerçekleştirilir. Bir sermaye şirketi olan limited şirketler de TTK m.133/II hükmüne tabi olup bu hükümle ortaklık payının doğrudan haczine imkân tanınmaktadır<sup>20</sup>.

Ticaret şirketlerine ilişkin yukarıda anılan genel hükmün dışında, limited şirketlerde cebri icra koşullarını düzenleyen eTTK m.522-523'e ise TTK'da yer verilmemiştir. eTTK m.522-523'ün mehzabı OR (Obligationenrecht - İsviçre Borçlar Kanunu) Art.793 ve 794'tür. Ancak bu hükümler de İsviçre hukukundaki reform çalışmaları sırasında kaldırılmıştır.

## **B. eTTK Döneminde Limited Şirketlerde Payın Haczi**

### **1. Genel Olarak**

Limited şirketlerde borçlunun kişisel alacaklısı, alacağını borçlunun limited şirketteki payına başvurarak talep edebilmişti. Ancak buradaki pay, ortağın ortaklık payı değildi. Limited şirketlerde ortaklık payının doğrudan haczi mümkün değildi<sup>21</sup>. Limited şirketlerde ortağın kâr payı ve tasfiye halinde tasfiye payı haczedilebilirdi. Bu husus eTTK m.145'de ifade edilmekteydi. Diğer yandan alacaklının, borçlunun limited şirketteki payını haczettirmesi durumunda, kolektif şirketlerden farklı olarak, öncelikle borçlunun şirket dışındaki malvarlığı değerlerinden ve kâr payından alacağını alamamış olması şartı aranmamaktay-

<sup>20</sup> Hakan Albayrak, “Limited Şirket Hisse (Ortaklık Payı) Haczi”, *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu*, 8-10 Kasım 2017, Ankara, s. 467.

<sup>21</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2010 tarihli ve 10984/24314 sayılı kararı: “Limited şirketlerde ortağın şahsi borcundan dolayı, ortaklık payının doğrudan haczi mümkün olmayıp, sadece ortağın kâr payı, masraf ve avans alacağı veya tasfiye halinde tasfiye bakiyesine katılma hakkı haczedilebilir.”. Limited şirketlerde haczin konusu ve aksi yönde görüş hakkında, Topuz, Hisse Haczi ve Satışı, s. 272-273.

di<sup>22</sup>. Limited şirketlerde hacze ilişkin diğer hususlar ise, eTTK m.522 ve 523'te düzenlenmekteydi. Bu kapsamda, alacaklı borçlu ortağın limited şirketteki payını haczettirebilirse de satışını isteyemezdi<sup>23</sup>. Bu husus, limited şirketlerde payın bölünmemesi ilkesinin bir sonucu olarak görülmekteydi.

## 2. Feshi İhbar

eTTK'da ortağın alacaklısına haczin yanısıra en az altı ay önce ihbar etmek suretiyle limited şirketin feshini talep etme yetkisi de tanınmaktaydı. Bu husus eTTK m.522/l'de "*Ortaklardan birinin iflası halinde iflas idaresi en az altı ay önce ihbar etmek şartıyla şirketin feshini isteyebilir. Ortaklardan birinin payını haczettirmiş olan alacaklı da aynı hakka sahiptir.*" şeklinde düzenlenmişti. Alacaklının altı ay içerisinde şirketin feshini talep etmesi durumunda, diğer ortakların eTTK m.523'te düzenlenen şu imkanlardan birini kullanarak şirketin infisahını önlemesi mümkündür<sup>24</sup>:

*1. Şirket veya ortaklar, iflas masasının veya takibatta bulunan alacaklının haklarını öderse,*

*2. Payın iflas idaresi veya icra dairesi marifetiyle ve açık artırma yoluyla satılmasına ve pay kendisine ihale olunan kimsenin yeni bir ortak olarak şirkete girmesine diğer bütün ortaklar muvafakat ederlerse,*

*3. Pay, bütün ortaklarla iflas idaresi veya icra dairesinin muvafakatiyle başka bir ortak veya üçüncü şahıs tarafından devralınırsa,*

*4. Esas sermayenin ekseriyetini temsil eden ortakların sayı itibariyle ekseriyeti aleyhinde takibat yapılan ortağın koymuş olduğu sermayenin hakiki bedelini alarak şirketten çıkarılmasına karar verirse."*

<sup>22</sup> Abuzer Kendigelen, "Limited Şirket Paylarının Haczi", *GSÜHFD*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, s. 410-411; Nihat Güman, "Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006, s. 208 vd. Bu hususta bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 19.3.2015 tarihli ve 31053/6499 sayılı kararı.

<sup>23</sup> Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 21.10.2010 tarihli ve E. 10984/24314 sayılı kararı: "*TTK'nun 522. maddesine göre; alacaklı borçlu ortağın limited şirketteki hissesini haczedebilir ise de satışını isteyemez. Zira limited şirketlerde pay kural olarak bölünmez. Ancak bunun istisnası devir veya miras yolu ile intikalde mümkün olup, pay önce bölünür, sonra devir veya intikal yapılır.*"

<sup>24</sup> TTK m.523'te sayılan imkanların kullanılmaması durumunda dahi, limited şirketin infisahını kabul etmenin isabetli bir çözüm olmadığı; nitekim limited şirketin ortakların kişisel durumlarından bağımsız bir sermaye şirketi olduğu ve aslolanın şirketin devamlılığı olduğu yönünde, bkz. Kendigelen, "Limited Şirket Paylarının Haczi", s. 413.

### 3. Haciz Prosedürü

Limited şirket paylarının haczi hususu eTTK m.522-523'te düzenlenmiştir. Ancak haciz prosedürü uygulayabilmek için bu iki düzenleme yeterli görülmemekte, bu hükümlerin İİK m.89, 94 ve 121 ile birlikte dikkate alınması gerekmektedir.

eTTK limited şirketlerin hisse senedi ihraç etmesini kabul etmemektedir. Bu husus eTTK m.503/II'de "*ortaklar tarafından konulan sermaye için, anonim şirkette olduğu gibi hisse senedi çıkarılamaz*" hükmüyle açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla limited şirketlerde payın haczi, anonim şirketlerdeki çıplak pay<sup>25</sup> haczine ilişkin İİK m.94 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle gerçekleştirilmektedir<sup>26</sup>.

Limited şirketlerde ortakların sorumluluğu sadece şirkete karşı olup, şirket borçlarından dolayı şirket alacaklılarına karşı kural olarak herhangi bir sorumlulukları bulunmamaktadır<sup>27</sup>. Ortakların şirkete karşı sorumluluğu ise, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır<sup>28</sup>. Ortakların taahhüt ettikleri bu sermaye borcunun şirketin kuruluşunda ödenmesi zorunlu değildir. Bir

<sup>25</sup> Çıplak pay, genel olarak, kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmayan paylar olarak tanımlanabilir. Bir başka ifadeyle bir hisse senedi ya da ilmühabere bağlanmayan paylar çıplak paydır. Bu hususta, bkz. Abuzer Kendigelen, "Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi", *İÜHF*, 2004, C. LXII, S. 1-2, s. 381, dnp. 1; Dönmez, Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, s. 39.

<sup>26</sup> Ramazan Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 255; Hakan Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 175; Dönmez, "Limited Şirket", s. 228; Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 227; Topuz, Hisse Haczi ve Satışı, s. 277. Anonim şirketlerde hisse hacziyle ilgili, bkz. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 22.10.2015 tarih ve 25455/25553 sayılı kararı: "*İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesi senede bağlanmamış (çıplak pay) anonim şirket hisselerinin nasıl haczedileceğini düzenlemektedir. (...) Anonim şirketlerde hisse senedi çıkarılması zorunluluğu yoktur. Hisse senedi çıkarılmış ise, bu hisse senetleri, İİK'nin menkul mallarla ilgili haciz ve muhafaza hükümlerini düzenleyen 88. maddesi uyarınca icra müdürlüğüne haczedilebilir ve muhafaza altına alınabilir. Hisse senedi çıkarılmamış ise, borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış hisse hakları, İİK'nin 94. maddesi gereğince icra dairesi tarafından şirkete tebliğ olunarak haczedilir.*", www.yargitay.gov.tr (09.11.2020).

<sup>27</sup> Ersin Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", *BATİDER*, 1971, C. VI, s. 57; Ersin Çamoğlu, "Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu", *BATİDER*, 1972, C. VI, s. 503-504.

<sup>28</sup> Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", s. 57; Çamoğlu, "Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu", s. 505; Ayşe Nur Berzek, "Limited Şirkette Ortakların Sorumluluğu", *Yaklaşım Dergisi*, 1996, S. 47, s. 33; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 838.

başka ifadeyle ortaklar, sermaye koyma borcunu şirketin kurulmasından sonra da ifa edebilirler<sup>29</sup>. Bu durumda, şirket alacaklılarının şirket borçlarından dolayı haciz yoluyla takipte, alacaklarını tahsil edebilmek için ortakların taahhüt ettiği sermaye borçlarını haczettirip haczettiremeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, bu borç sadece şirkete karşıdır. Bu sebeptendir ki, şirket alacaklılarının ortağın taahhüt ettiği sermaye borcunu haczettirme imkânı bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Bu görüşün temel gerekçeleri; limited şirketin esasen bir sermaye şirketi olması, sermaye alacağının haczinin alacaklılar ve ortaklar arasındaki eşitlik dengesini bozacağıdır<sup>31</sup>. Limited şirketin borcundan dolayı şirket ortaklarının takip edilemeyeceği Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir<sup>32</sup>.

Bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, şirketin sermaye alacağı İİK m.89'a göre haczedilebilir<sup>33</sup>. Nitekim şirketin sermaye alacağının haczedilemeyeceğini kabul etmek alacaklılar arasındaki eşitliğin bozulması anlamına gelir; ki bu durum limited şirketin alacaklılarına karşı malvarlığıyla sorumlu olması ilkesini ihlal eder<sup>34</sup>. Malvarlığından kasıt; bir kişinin ekonomik değer ve hukuki birlik arz eden ve para ile ölçülebilen hak ve borçlarının tamamıdır<sup>35</sup>. Cebri icra hukuku bakımından ise borçlunun "aktif malvarlığı" önem taşımaktadır. Bu kapsamda limited şirkette haczin konusu, borçlunun taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı haklarıdır. Diğer yandan bir malın veya

<sup>29</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 838; Bilgili - Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, s. 367; Buket Sayın Önal, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, 3. Tıpkı Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 79; Gökçen Topuz, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2106.

<sup>30</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 838; Sayın Önal, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, s. 83.

<sup>31</sup> Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", s. 60-62; Sayın Önal, Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu, s. 80-81; Topuz, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi", s. 2107-2108.

<sup>32</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.4.1971 tarihli ve 1970/İİD-160, 230 sayılı kararı.

<sup>33</sup> Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", s. 62 vd.; Topuz, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi", s. 2109.

<sup>34</sup> Topuz, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi", s. 2109.

<sup>35</sup> Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 29 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 90 vd.; Jale G. Akipek - Turgut Akıntürk - Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, Kişiler Hukuku, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 28.

hakkın haczedilemez olduğu ancak kanunla belirlenir<sup>36</sup>. Limited şirketlerde sermaye alacağının haczedilemez olduğuna ilişkin bir hüküm ne TTK'da ne de İİK'da mevcuttur<sup>37</sup>. Dolayısıyla limited şirketlerde ortakların taahhüt ettiği sermaye alacakları da, şirket bakımından alacak hakkı niteliğinde olup haczedilebilir<sup>38</sup>.

### C. TTK Döneminde Limited Şirketlerde Payın Haczi

TTK m.133'te limited şirketleri de kapsayacak şekilde sermaye şirketlerinde payın haczi hususu açıkça düzenlenmiştir. Anılan düzenlemenin 2 vd. fıkralarında *"Sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir. (3) Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacaklarını, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir. (4) Yukarıdaki hükümler borçlu ortakların şirket dışındaki mallarına alacaklıların başvurularına engel olmaz."* düzenlemesi yer almaktadır. Gerekçede de belirtildiği üzere, bu hüküm, eTTK m.145'in karşılığını oluşturmakta olup uygulamada gereksinimlere cevap verecek şekilde yeniden düzenlenmiştir<sup>39</sup>. Bu hükmün getirdiği en önemli yenilik, hacze konu hisse senetlerinin limited şirketleri de içine alacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda limited şirketlerde haczin konusunu borçlu ortağın kar ve tasfiye payının yanında şirket payı oluşturur<sup>40</sup>. Diğer yandan anılan düzenlemeyle haczin ve paraya çevrilmenin hangi hükümlere tabi olduğu açıklığa kavuşturulmuş<sup>41</sup>; böylece eTTK döneminde doktrinde tartışmalara neden olan meseleye son veril-

<sup>36</sup> Baki Kuru - Burak Aydın, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 190; Arslan vd., *İcra ve İflas Hukuku*, s. 271; Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku*, s. 161; Muzaffer Aydın, *Haczedilemeyen Mal ve Haklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 3; Atalı - Ermenek - Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, s. 202; Mehmet Kamil Yıldırım - Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 180 vd.

<sup>37</sup> Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", s. 62.

<sup>38</sup> Çamoğlu, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", s. 63 vd.; Topuz, "Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi", s. 2113.

<sup>39</sup> Madde gerekçesi için, bkz. Parlar, *Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu*, s. 174.

<sup>40</sup> Kuru - Aydın, s. 173; Albayrak, "Limited Şirket Hisse Haczi", s. 469; Aziz Serkan Arslan, "Limited Şirket Hisselinin Haczi ve Haczin Sonuçları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. XXII, S. 4, s. 9.

<sup>41</sup> Parlar, *Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu*, s. 174.

miştir. Ortağın kâr payı, tasfiye payı ve şirketten diğer alacaklarının haczinde İİK m.89 hükmü, ortaklık payının haczinde ise İİK m.94 hükmü uygulanır<sup>42</sup>.

TTK'nın getirdiği bir diğer önemli yenilik haciz usullerinin düzenlendiği eTTK m.522 ve 523 hükümlerinin kaldırılmasıdır. Hatırlatmak gerekir ki, eTTK m.522'de borçlu ortağın hissesini haczettirmiş olan alacaklısına şirketin fesih ve tasfiyesini isteme yetkisi açıkça düzenlenmekteydi. eTTK m.523'te ise şirketin infisahının önlenme yöntemleri sayılmıştı. Ancak TTK, borçlu ortağın alacaklısına şirketin fesih ve tasfiyesini talep etme yetkisi vermemektedir. Bu yetkinin kaldırılmış olması son derece isabetlidir. Nitekim eTTK döneminde de doktrinde, bu yetkinin kaldırılarak ortağın alacaklısına haciz ve paraya çevirme yetkilerinin verilmesi gerekliliği dile getirilmekteydi<sup>43</sup>. Kanun koyucunun bu eleştirileri dikkate alarak yeni düzenlemeler yapmayı tercih etmesi uygulamada mevcut olan ihtiyaçlara cevap verici niteliktedir.

Limited şirket ortağının şahsi alacaklısının şirketin feshini talep etme yetkisine sahip olmadığı hususu, Yargıtay'ın önünde gelen uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Yargıtay 11. HD'nin 02.11.2015 tarihli E. 2015/4629 ve K. 2015/11383<sup>44</sup> numaralı içtihadında "*Dava, limited şirket ortağının şahsi borcu nedeniyle alacaklıının şirketin fesih ve tasfiyesi istemine ilişkindir. Davacı taraf, davalı şirketin ortaklarından davalı ...'nun borcu nedeniyle başlatılan takip sonucu pay haczi yapıldığını ve borcun ödenmediğini ileri sürerek, davalı şirketin fesih ve tasfiyesi isteminde bulunmuş, mahkemece yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmiş ise de, ortaklardan birinin payını haczettirmiş olan alacaklıının şirketin fesih ve tasfiyesini isteyebilme imkanını tanıyan mülga 6762 sayılı TTK'nın 522. maddesi dava tarihi itibarıyla yürürlükte değildir. Ortakların kişisel alacaklıları başlıklı 6102 sayılı TTK'nın 133. maddesi (...) hükmünü haiz olup, adı geçen yasada limited şirket ortağının şahsi borçları nedeniyle alacaklıının şirketin fesih ve tasfiyesini isteme hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumda, mahkemece, 6102 sayılı TTK'da ortağın payının borcu nedeniyle haczini fesih nedeni olarak düzenlemediği gibi, senede bağlanmış ya da bağlanmamış payların taşınıra ilişkin hükümler uyarınca haczedilmesi ve paraya çevrilmesinin istenebilmesi olanak tanınması karşısında, ... hükmün davalılar yararına bozulması"* yönünde karar verilmiştir<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Albayrak, s. 480; Arslan, "Limited Şirket Hisselinin Haczi ve Haczin Sonuçları", s. 17, 20.

<sup>43</sup> Kendigelen, "Limited Şirket Paylarının Haczi", s. 425.

<sup>44</sup> Karar metni için, bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) (09.11.2020).

<sup>45</sup> Aynı yönde, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 7.5.2013 tarihli ve 7955/17423 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 8.7.2014 tarihli ve 6624/12965 sayılı kararı.

Burada son olarak üzerinde durmak istediğimiz mesele, TTK m.593/II'de bahsedilen "nama yazılı senetler" in kıymetli evrak niteliğini haiz olup olmadığıdır. Anılan hüküm uyarınca, "Esas sermaye pay senetleri ispat aracı şeklinde veya nama yazılı olarak düzenlenir". Kanun koyucu, zorunlu olmamakla birlikte, limited şirketlerde pay senetlerinin ispat aracı şeklinde ya da nama yazılı olarak düzenlenmesi olanağını tanımaktadır. Ancak bu durum, paya devir veya dolaşım kolaylığı sağlamamakta; dolayısıyla anonim şirketlerdeki gibi nama yazılı senede yazılması zorunlu olan unsurların varlığı söz konusu olmamaktadır<sup>46</sup>. Bu sebeptir ki limited şirketlerde nama yazılı pay senetlerinin devri söz konusu olmaz. Nitekim söz konusu senetler kıymetli evrak niteliğine sahip değildir<sup>47</sup>.

#### D. Hacedilen Paya İlişkin Oy Hakkının Kullanılması Meselesi

Limited şirketlerde payın haczi durumunda, paya ait oy hakkının kim tarafından kullanılacağı meselesi gündeme gelebilir. Bu hususta TTK'da özel bir düzenleme yoktur. Bu sebeple, bu başlık altında, genel olarak haczin işlevine değinerek meselenin nasıl çözümlenebileceğine ilişkin görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

Haciz, alacaklının alacağını tahsil edebilmek amacıyla, borçlunun malvarlığındaki tüm hak ve alacaklara, icra müdürlüğü vasıtasıyla el koydurmasıdır<sup>48</sup>. Burada borçlunun hacze konu malı üzerindeki tasarruf yetkisi tamamen ortadan kaldırılmamakla birlikte, söz konusu yetkiye alacaklı lehine birtakım kısıtlamalar getirilmektedir<sup>49</sup>.

Limited şirketlerde oy hakkı, yönetsel haklardan biri olup, ortaklık sıfatına bağlıdır. Bir başka ifadeyle oy hakkı, ortağın vazgeçilemeyen temel haklarından<sup>50</sup>. Dolayısıyla oy hakkı ancak şirket ortağına ait bir haktır. Bunun sonucu olarak oy hakkının kullanılması, kural olarak, şirket ortağı tarafından gerçekleştirilebilecek bir tasarruftur.

<sup>46</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 772.

<sup>47</sup> Karayalçın, Ticaret Hukuku, s. 357; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 772.

<sup>48</sup> Kuru - Aydın, s. 160; Arslan vd., İcra ve İflas Hukuku, s. 237; Pekcanitez vd., İcra ve İflas Hukuku, s. 156; Aydın, Hacedilemeyen Mal ve Haklar, s. 1; Atalı - Ermenek - Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, s. 185; Yıldırım - Deren - Yıldırım, s. 169.

<sup>49</sup> Arslan vd., İcra ve İflas Hukuku, s. 245; Pekcanitez vd., İcra ve İflas Hukuku, s. 183; Atalı - Ermenek - Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, s. 239 vd.; Yıldırım - Deren - Yıldırım, s. 209.

<sup>50</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 829; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 439; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 582; Bilgili - Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, s. 384; Karahan - Çeker, Şirketler Hukuku, s. 859.



Limited şirket ortağı, ortaklıktan çıkarılmadıkça, payı üzerindeki hacze rağmen ortak sıfatına sahiptir. Dolayısıyla payı haczedilmiş olmasına rağmen yönetsel haklar borçlu ortak tarafından kullanılacak, şirket faaliyetleri ve tasfiye aşamasında dahi borçlu ortak söz sahibi olacaktır. Bu durum için, doktrinde “*alacaklının eli kolu bağlı*” ifadesi kullanılmaktadır<sup>51</sup>. Böyle bir ihtimalde, borçlu ortağın alacaklı aleyhine hareket ederek onu zarara uğratması, ortaklık sıfatından kaynaklanan hakları kullanarak “*şirketin içini boşaltması*”<sup>52</sup> gibi riskler ortaya çıkmaktadır<sup>53</sup>. Peki bu risklere alacaklının katlanmasını beklemek doğru olacak mıdır? Bir başka deyişle, alacaklının bu risklere rağmen haczettirdiği pay üzerindeki hakları nasıl korunacaktır?

Doktrinde bir görüşe göre, anonim şirketlere oranla daha fazla şahsilik unsuru barındıran limited şirketlerde oy hakkının mutlaka ortak tarafından kullanılması zorunludur<sup>54</sup>. Ancak bu durum icra hukuku açısından değerlendirildiğinde, alacaklı açısından oldukça fazla bir risk unsuru meydana getirmektedir. Bu sebeptendir ki, limited şirketlerde payın haczi halinde oy hakkının kim tarafından kullanılması gerektiği meselesinin, anonim şirketlerde oy hakkında temsile<sup>55</sup> ilişkin eTTK m.360’ın limited şirketlerde de kıyasen uygulanması suretiyle çözümlenebileceği dile getirilmekteydi<sup>56</sup>. Ancak anılan hükme TTK’da yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TTK m.617/III gereğince ortağın oy hakkını temsilci aracılığıyla kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bu kapsamda, payı haczedilen ortak alacaklısına temsil yetkisi vermek suretiyle oy hakkının kullanılmasını sağlayabilir. Bu öneri kabul edilirse, alacaklının uğraması muhtemel riskler ortadan kalkmış olacaktır. Diğer yandan belirtmek gerekir ki, temsilci temsil yetkisini kendisine verilen yetki kapsamında kullanabilecektir. Limited şirkette haczedilen payı temsil eden alacaklının kendi menfaatlerini de dikkate alarak ortağın verdiği talimat çerçevesinde oy hakkını kullanması gerekir.

Doktrinde bir başka görüşe göre, yukarıda bahsedilen riskleri bertaraf edebilmek için, payı haczedilen ortağın oy hakkını kullanması için, alacaklı ve icra

<sup>51</sup> Kendigelen, “Limited Şirket Paylarının Haczi”, s. 413.

<sup>52</sup> Kendigelen, “Limited Şirket Paylarının Haczi”, s. 413.

<sup>53</sup> Yenioçak, Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi, s. 100.

<sup>54</sup> Dönmez, Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, s. 446.

<sup>55</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için, bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 372 vd.

<sup>56</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 611.

<sup>57</sup> Bilgili - Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, s. 384, 426.

dairesinin muvafakati aranmalıdır<sup>58</sup>. Ancak, kanaatimizce, bu öneri hak kayıplarını önleyici olmakla birlikte, uygulamada yeknesaklık sağlaması açısından, bu hususta meselenin çözümü için yasal düzenleme yapmak gerekmektedir. Bu konuda Alman hukukunda kanuni dayanak bulmak mümkündür. Alman hukukunda limited şirket payları için GmbHG §15'te "devir serbestisi ilkesi" benimsenmiştir. Bu tercihin sonucu olarak, payın devrinde payı devralan kişi tüm ortaklık haklarını da elde etmiş olmaktadır. Aynı durum payın haczinde de söz konusu olmaktadır. Ancak GmbHG §34'e göre<sup>59</sup>; devre rağmen, ana sözleşme ile devralanın / payı haczettirenin ortak sıfatını kaybetmesi ve şirket faaliyetlerinden uzak tutulması sağlanabilir<sup>60</sup>. Bu durumda "zorunlu bir çekilme"nin varlığından söz etmek mümkündür<sup>61</sup>. Ancak bu yönde bir düzenleme, devirden önce şirket sözleşmesinde yer almalıdır. Hukukumuzda da bu yönde açık bir düzenlemeye gidilmesi isabetli olacaktır.

## II. LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN REHNI

### A. Genel Olarak

Rehin hakkı, teminat amacına yönelik bir sınırlı ayni haktır<sup>62</sup>. Türk Medeni Kanunu<sup>63</sup>'nda rehin hakkı kavramsal olarak tanımlanmamıştır. Doktrinde<sup>64</sup> rehin

<sup>58</sup> Dönmez, Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi, s. 446.

<sup>59</sup> GmbHG §34 - Einziehung von Geschäftsanteilen: "(1) Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist.

(2) Ohne die Zustimmung des Anteilsberechtigten findet die Einziehung nur statt, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren.

(3) Die Bestimmung in §30 Abs.1 bleibt unberührt.", <https://dejure.org/gesetze/GmbHG/34.html>, (11.11.2020).

<sup>60</sup> Bu hususta, bkz. Ensthaler - Füller - Schmidt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, s. 297, Rdn. 21.

<sup>61</sup> Marcus Lutter - Peter Hommelhoff, **GmbH-Gesetz Kommentar**, 17. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verl., Köln, 2009, s. 737, Rdn. 21.

<sup>62</sup> Lale Sirmen, **Alacak Rehni**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s. 10; Mehmet Ünal - Veysel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 98; A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 626; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar**, 5. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2013, s. 133; Faruk Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 1, K.N.: 1, s. 3, K.N.: 4 vd.; Karş. Seda İrem Çakırca, **Adi Alacakların Rehni**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 20.

<sup>63</sup> 4721 sayılı TMK, RG, T.: 8/12/2001 S. 24607.

<sup>64</sup> Acar, **Rehin Hukuku Dersleri**, s. 1. K.N.: 1.

hakkı; “*alacağın ifası için malvarlığı değerinin güvence oluşturduğu, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde hak sahibinin bu değeri paraya çevrilmesini talep edebilmesini ve bu yolla elde edilen paradan alacağını alabilmesini sağlayan bir aynı haktır.*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Konumuz açısından önem taşıyan rehinle ilgili hükümler, TMK m.954-961 arasında “*Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehin*” üst başlığı altında düzenlenmiştir. Alacaklar ve diğer hakların rehni, TMK’nın taşınır rehni türleri arasında düzenlenmesine rağmen, rehinli alacaklı bir aynı hak kazanmış olmaz. Buradaki rehin bir eşyayı konu edinmediğinden, rehinli alacaklı mutlak hak kazanmış olur<sup>65</sup>.

Limited şirketlerde pay üzerinde rehin hakkının konusunu, esas itibariyle, malvarlıksal nitelikteki ortaklık hakları oluşturmaktadır<sup>66</sup>. Burada değinmekte fayda vardır ki; limited şirketlerde payın rehni oy hakkının kullanılması gibi bazı istisnai meselelerde yönetsel hakları da etkileyebilmektedir<sup>67</sup>.

Limited şirketlerde pay kavramının alacaklar ya da diğer haklar kategorisinden hangisine girdiğinin tespiti gerekmektedir. Doktrinde bir görüşe göre payların rehninin temelinde para alacakları bulunmaktadır<sup>68</sup>. Bu sebeple limited şirketlerde pay kavramı alacaklar içerisinde değerlendirilmelidir<sup>69</sup>. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, limited şirketlerde pay kavramı TMK m.954 vd. hükümlerinde düzenleme altına alınmış olan “*diğer haklar*”<sup>70</sup> arasında yer almaktadır<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabı, İstanbul, 2020, s. 1198; Jale G. Akipek - Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 867; Ayan, *Eşya Hukuku III*, s. 281; Haluk Nami Nomer - Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku Cilt: II - Rehin Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 122.

<sup>66</sup> Nomer - Ergüne, *Eşya Hukuku Cilt: II - Rehin Hukuku*, s. 124; Y. Can Göksoy, *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s. 59, 63; Erdem - Göksoy, “*Limited Şirkette Payın Rehni*”, s. 578.

<sup>67</sup> Göksoy, *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni*, s. 228.

<sup>68</sup> Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 56-57.

<sup>69</sup> Sirmen, *Alacak Rehni*, s. 57.

<sup>70</sup> “*Diğer haklar, dar anlamda alacakların dışında kalan; aynı haklar, pawnsahipliği hakları, maddi varlığı olmayan şeyler üzerinde kurulan haklar (fikri ve sınai haklar) ile mirasçılık hakları gibi haklardır.*” Bkz. Nomer - Ergüne, *Eşya Hukuku Cilt: II - Rehin Hukuku*, s. 124; Erdem - Göksoy, “*Limited Şirkette Payın Rehni*”, s. 578.

<sup>71</sup> Göksoy, *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni*, s. 62; Mehmet Kılıç, “*Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni*”, *Bankacılar Dergisi*, 2009, S. 71, s. 66.

## B. Payın Rehninin Şartları

Limited şirketlerde pay kavramının “diğer haklar” arasında değerlendirildiğine yukarıda değinmiştik<sup>72</sup>. Bu sebeptendir ki, limited şirketlerde pay rehninin şartları için diğer hakların rehni ile ilgili anılan düzenlemelerde yer alan şartlar da aynen geçerli olacaktır. Diğer yandan eTTK’da karşılığı bulunmayan ve “İntifa ve Rehin Hakkı” başlıklı TTK m.600/II’de “Şirket sözleşmesiyle, esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulması genel kurulun onayına bağlanabilir. Bu halde geçişe ilişkin hükümler uygulanır. Genel kurul sadece haklı sebeplerin varlığında rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınabilir.” hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeyle limited şirketlerde pay üzerinde rehin hakkı tesis edilmesine ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. Kanun koyucunun bu yöndeki tercihinin isabetli bir düzenleme olduğu doktrinde vurgulanmaktadır<sup>73</sup>. Nitekim bu düzenlemeyle limited şirketlerde payın devri ve rehni yasaklanmakla birlikte, ortakların rızası olmaksızın şirket payının el değiştirmesi önlenmiş olmaktadır<sup>74</sup>. Kanaatimizce, bu düzenleme limited şirketlerde üç yönlü bir koruma sağlamaktadır. Bu sayede şirketin, diğer ortakların ve payını rehin veren ortağın menfaatleri korunmuş olmaktadır.

Yukarıdaki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuca varmak mümkündür: Limited şirketlerde pay üzerinde rehin kurulması şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanmamışsa, bu durumda rehin TMK m.954 vd. hükümlerine tabidir. Ancak limited şirketlerde pay üzerinde rehin tesisi şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanmışsa, bu durumda limited şirketlerde payın geçişine ilişkin TTK m.595-598 hükümleri uygulama alanı bulur. Bu kapsamda limited şirketlerde payın devrinin şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Öncelikle TMK m.954 uyarınca devir veya rehin yasağı bulunmamalı ve TMK m.955’e göre yazılı bir rehin sözleşmesi yapılmalıdır. Öte yandan taraf imzalarının noterce onanması gerekmektedir. Limited şirketlerde pay üzerinde rehin hakkının kurulması şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanmışsa, bu durumda, payın geçişine ilişkin hükümler uygulanır. Son olarak TTK m.594’e göre ise, rehnin pay defterine kaydedilmesi gerekmektedir.

<sup>72</sup> Bkz. II, A.

<sup>73</sup> Ramazan Durgut, “Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması”, *TBBD*, 2013, S. 108, s. 127.

<sup>74</sup> Durgut, “Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması”, s. 127.

### 1. Devir ve/veya Rehin Yasağının Bulunmaması

TMK m.954/1'e göre "Başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar rehnedilebilir.". Diğer yandan TBK'nın 183. maddesinde "Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir." hükmü yer almaktadır. Bir hakkın devredilebilir olmasından maksat, üzerinde rehin kurulacak hakkın bağımsızlığı<sup>75</sup> ve devrin kanun ya da esas sözleşme ile yasaklanmamış olmasıdır<sup>76</sup>. Rehne konu olan payın devredilebilir nitelikte olması, rehin hakkının esasını teşkil eden paraya çevirme yetkisinin kullanılarak rehin konusunun değerinden alacağın elde edilmesinin bir gereğidir<sup>77</sup>. Dolayısıyla limited şirketlerde payın rehnedilebilmesi için, kanun ya da esas sözleşmede payın devrinin yasaklanmamış olması gerekmektedir.

Limited şirketlerde payın devrini yasaklayan bir hüküm TTK'da yer almaktadır. Mülga TTK'da ise limited şirketlerde payın devrini yasaklayan düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden biri, ortağın sermaye payı olarak aynı sermaye koymayı taahhüt etmesine ilişkindi. eTTK m.520/III<sup>78</sup> ayın karşılığı payların devrinin üç yıl süreyle yasaklandığı düzenlenmişti. Ancak buna ilişkin bir düzenleme TTK'da yer almadığından, artık ayın karşılığı payların devri de mümkündür denilebilir.

Limited şirketlerde payın devrini yasaklayan bir diğer hüküm eTTK m.526/1'de yer alan "Sermaye koyma borcu tamamen yerine getirilmedikçe payların şirket tarafından iktisabı veya rehin olarak kabulü muteber olmaz." düzenlemesiydi. Anılan düzenleme TTK'ya aktarılırken birtakım değişikliklere uğramış ve TTK m.612'de sadece limited şirketin kendi esas sermaye paylarının iktisabı düzenlenmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde, "Şirketin kendi esas sermaye paylarının iktisabı anonim şirkete paralel şekilde düzenlenmiştir."<sup>79</sup> denilerek TTK m.379'a yollama yapılmaktadır. TTK m.379, anonim şirketlerin

<sup>75</sup> Rehin verilebilirlik bakımından bağımsızlık ilkesi hakkında, bkz. Faruk Acar, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 79 vd.

<sup>76</sup> Sirmen, Alacak Rehni, s. 27; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 580; Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 70; Çakırca, Adi Alacakların Rehni, s. 30.

<sup>77</sup> Sirmen, Alacak Rehni, s. 27; Nomer - Ergüne, Eşya Hukuku Cilt: II - Rehin Hukuku, s. 123; Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 59; Çakırca, Adi Alacakların Rehni, s. 29.

<sup>78</sup> "Ortağın koymayı taahhüt ettiği sermaye ayın ise, payını şirketin kuruluşunu takip eden üç yıl içinde başkasına devredemez."

<sup>79</sup> Gerekçe için, bkz. Parlar, Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu, s. 517.

kendi payını iktisabı veya rehin olarak kabul etmesini düzenlemektedir. Ancak TTK m.612'nin gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere, söz konusu yollama yalnızca şirketin kendi paylarını iktisabı hususunda yapılmaktadır. Mevcut yasal düzenleme karşısında, TTK'nın limited şirketin kendi paylarını rehin olarak kabul etmesi konusunda kanuni bir yasak olmadığını söylemek doğru olacaktır<sup>80</sup>.

Limited şirketlerde payların devri veya rehni şirket sözleşmesiyle de yasaklanabilir. TTK m.595/IV'e göre, "*Şirket sözleşmesiyle sermaye payının devri yasaklanabilir.*". Bu hükümden hareketle, şirket sözleşmesinde payın devrinin yasaklanması durumunda, artık bu paylar üzerinde rehin hakkı da tesis edilemez. Bu sonuca TMK m.954/I düzenlemesinden de ulaşılabilmektedir. Öte yandan, burada OR Art.789b<sup>81</sup> hükmünün anılmasında fayda vardır. Nitekim anılan düzenleme uyarınca, şirket sözleşmesinde devir yasağının öngörüldüğü durumlarda, limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı kurulamayacaktır. Hukukumuzda bu yönde bir düzenleme TMK m.954/I'de yer aldığından, OR Art.789b hükmünün TTK'ya alınmamasının bir eksiklik oluşturmadığı; ancak tereddüte sebebiyet vermemek için TTK'ya alınsaydı daha isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>82</sup>.

Son olarak eklemek gerekir ki, limited şirketlerde payın devrinin esas sözleşmeyle yasaklanması ancak tüm ortakların muvafakatiyle mümkündür<sup>83</sup>. Bir başka deyişle, bu durumda, ortakların oy birliğiyle karar alması gerekmektedir.

## 2. Yazılı Rehin Sözleşmesi ve Taraf İmzalarının Noterce Onanması

Limited şirketlerde payın rehninin diğer şartı, yazılı rehin sözleşmesidir. Diğer yandan rehin konusu hakkın devrine ilişkin şartlara da uyulması gerekmektedir. Nitekim TMK m.955/III'te "*Diğer hakların rehninde, yazılı rehin sözleşmesiyle birlikte, bu hakların devri için öngörülen şekle uyulması gerekir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Limited şirket payının devrine ilişkin şartlar TTK m.595/I'de gösterilmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, "*Esas sermaye payının devri ve devir borcunu doğuran işlemler yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır.*". Bu hükümlerden hareketle limited şirket payının

<sup>80</sup> Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 129.

<sup>81</sup> **OR Art.789b Abs.2:** "*Schliessen die Statuten die Abtretung aus, so ist auch die Bestellung eines Pfandrechts an den Stammanteilen ausgeschlossen.*", [http://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=1116&art=Die\\_Gesellschaft\\_](http://or.gesetzestext.ch/artikel.cfm?key=1116&art=Die_Gesellschaft_), (11.11.2020).

<sup>82</sup> Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 130.

<sup>83</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 794.

rehni için, rehin sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve taraf imzalarının noterce onanması gerekmektedir. Buradaki yazılı şekilden maksat, adi yazılı şekildir<sup>84</sup>. TMK m.955/III ve TTK m.595/I hükümleri birlikte değerlendirildiğinde aranan şekil şartı, geçerlilik şartıdır<sup>85</sup>. Bu durum, “Sözleşmelerin Şekli” başlıklı TBK m.12 hükmünün sonucudur. TBK m.12/II’ye göre, “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Yazılı şekilde yapılmayan ve taraf imzalarının noterce onaylanmadığı limited şirket pay rehinleri geçersizdir.

Alman hukukunda ise, Türk hukukundan farklı olarak, rehin sözleşmesinin noter tarafından resmi şekilde yapılması öngörülmektedir<sup>86</sup>. Bu yönde bir düzenleme GmbH-G §15/III’te<sup>87</sup> yer almaktadır. Dolayısıyla Alman hukukunda taraf imzalarının noterce onanması yeterli olmayıp, rehin sözleşmesinin resmi şekle uyularak bizzat noter aracılığıyla düzenlenmesi (notarielle Beurkundung) gerekmektedir.

### 3. Genel Kurul Onayı

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, TTK m.600/II limited şirketlerde payın rehininin, şirket sözleşmesiyle genel kurulun onayına bağlanabileceğini hüküm altına almıştır. Bu durumda payın devrine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Limited şirketlerde payın devrine ilişkin şartlar TTK m.595’te düzenlenmektedir. Söz konusu şartlar payın rehini konusunda da aranmaktadır. Bu kapsamda, TTK m.595/I’e göre rehin sözleşmesi “yazılı şekilde yapılır ve tarafların imzaları noterce onanır”. Ayrıca TTK m.595/II’ye göre, devrin (ve dolayısıyla rehinin) geçerli olabilmesi için, “ortaklar genel kurulunun onayı şarttır”. Hatırlatmak gerekir ki; eTTK’da limited şirketlerde payın rehini konusunda özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, genel kurul onayının şart olmadığı kabul edilmekteydi<sup>88</sup>. TTK m.595/VII’ye göre ise, pay devri genel kurulca “başvurudan

<sup>84</sup> Sirmen, Alacak Rehni, s. 37.

<sup>85</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 582.

<sup>86</sup> Bu hususta ayrıntılı bilgi için, bkz. Lutter - Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, s. 494 vd. Rdn. 24 vd.; Ensthaler - Füller - Schmidt, Kommentar zum GmbH-Gesetz, s. 211, Rdn. 21-22.

<sup>87</sup> “Zur Abtretung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafter bedarf es eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags.”, [https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/\\_\\_\\_15.html](https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/___15.html), (11.11.2020).

<sup>88</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 585.

*itibaren üç ay içinde reddedilmediği takdirde onay verilmiş sayılır.* Önemle değinmek gerekir ki, limited şirket payı üzerinde rehin kurulmasına onay verilmesi, genel kurulun devredilemez nitelikteki yetkilerindedir. Bu husus TTK m.616/II, c'nin emredici düzenlemesinde yer almaktadır.

Genel kurul, limited şirket payının rehnine ilişkin sözleşmeye onay verene kadar sözleşme askıda hükümsüzdür<sup>89</sup>. Bu bakımdan geciktirici şarta bağlanmış hukuki işlemlere benzer bir durum meydana gelmektedir<sup>90</sup>. Bu sebeptir ki, limited şirketlerde payın rehninde genel kurul onayının rehin sözleşmesinin mevcudiyeti bakımından kurucu etkiye sahip olduğunu söylememiz yanlış olmaz.

Burada son olarak üzerinde durmak istediğimiz mesele, TTK m.600/II, c. 3 ile TTK m.595/III hükümleri arasında bir çelişki olup olmadığı hususudur. TTK m.600/II, c. 3'te "*Genel kurul sadece haklı sebeplerin varlığında rehin hakkı kurulmasına onay vermekten kaçınabilir.*" hükmü yer almaktadır. TTK m.595/III'te ise, "*Şirket sözleşmesinde başka türlü düzenlenmemişse, ortaklar genel kurulu sebep göstermeksizin onayı reddedebilir.*" düzenlemesine yer verilmektedir. Genel kurulun sebep göstermeksizin payın devrine onay vermeme si kabul edilirken, rehin konusunda ancak haklı sebeplerin varlığı halinde bu onaydan kaçınabileceği ifade edilmektedir. Limited şirketlerde payın rehni konusunda payın devrine ilişkin şartların arandığı kanunda açıkça belirtilmiştir. Payın rehni devredilebilirlikle yakından ilişkilidir<sup>91</sup>. Devrin yasaklanması halinde pay üzerinde rehin hakkı kurulamayacağı TTK m.600'ün gerekçesinde de ortaya koyulmuştur. Ancak devre ilişkin hükümlerin pay üzerinde rehin hakkı kurulması bakımından sınırlı uygulama imkânı bulacağı da göz ardı edilmemelidir<sup>92</sup>. Devir payın intikali sonucunu doğuracağından genel kurula sebep göstermeksizin ret hakkı tanınması limited şirketin niteliğinden ileri gelmektedir. Bu şekilde ortakların rızası olmaksızın şirket payının el değiştirmesi önlenmiş olur. Rehin ise bir teminattır ve payın intikali sonucunu doğurmaz. Öte yandan TTK m.600/II, c. 3'te yer alan "haklı sebepler"den neyin anlaşılması gerektiği de

<sup>89</sup> Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 134; Demirkapı, "Limited Ortaklıkta Payın Devri", s. 221; Kemal Çağrı Derekaya, "Limited Şirketlerde Pay Devri", *Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021, s. 100.

<sup>90</sup> Derekaya, "Limited Şirketlerde Pay Devri", s. 107.

<sup>91</sup> Demirkapı, "Limited Ortaklıkta Payın Devri", s. 180.

<sup>92</sup> Demirkapı, "Limited Ortaklıkta Payın Devri", s. 180.



kanun ya da madde gerekçesinden anlaşılammamaktadır. Hukuki güvenilirlik açısından haklı sebeplerin neler olabileceğine şirket sözleşmesinde yer verilmesi isabetli olur<sup>93</sup>. Ancak bu yönde kanuni bir düzenleme yapılması, uygulamada ortaya çıkması muhtemel farklılıkların engellenmesini sağlayacaktır. Bu açıklamalardan, TTK m.600/II, c. 3 ile TTK m.595/III hükümleri arasında bir çelişki olmadığı sonucuna ulaşmak mümkün olabilir.

#### 4. Pay Defterine Kayıt

Limited şirketlerde payın rehini hususu pay defterine kaydedilmelidir. TTK m.594/I'te "*Şirket, esas sermaye paylarını içeren bir pay defteri tutar. Ortakların, adları, adresleri, her ortağın sahip olduğu esas sermaye payının sayısı, esas sermaye paylarının devirleri ve geçişleri itibarı değerleri, grupları ve esas sermaye payları üzerindeki intifa ve rehin hakları, sahiplerinin adları ve adresleri bu deftere yazılır.*" düzenlemesi yer almaktadır. Madde metninden açıkça anlaşılmaktadır ki, rehin hakkı pay defterine kaydedilir. Anılan hükmün karşılığı eTTK m.519'da payın rehininin pay defterine kaydolunacağına dair bir düzenleme yer almamaktaydı.

Pay defterine kaydın rehin hakkı bakımından kurucu nitelikte bir şart olmamakla birlikte, bildirici nitelik taşıdığı kabul edilmektedir<sup>94</sup>. Bu bildirim, esasen rehinli alacaklı üzerinde etki doğurmaktadır. Nitekim rehinin şirkete bildirilmesi rehinli payın alacaklısının menfaatlerinin korunması açısından önem taşımaktadır<sup>95</sup>.

### C. Payın Rehininin Kapsamı

#### 1. Genel Olarak

Rehin hakkı, borçlunun borcunu yerine getirmesini etkileyen bir özelliğe sahip değildir<sup>96</sup>. Borçlu, borcun vadesi geldiğinde borcunu ifa etmek zorundadır. Dolayısıyla burada rehinin kapsamından maksat, borcun nerede, ne şekilde ifa edileceği değildir. Bu sebeptir ki; rehin hakkının kapsamı denilince, limited

<sup>93</sup> Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 133.

<sup>94</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehini", s. 588-589; Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 134-135.

<sup>95</sup> Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehini, s. 90; Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 135; Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehini", s. 68.

<sup>96</sup> Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, s. 122.

şirket payına bağlı ortaklık haklarının rehnin sağladığı teminatlardan faydalanabilme ölçüsü anlaşılmalıdır<sup>97</sup>.

Limited şirket payları üzerinde rehin hakkının kurulması, rehinli alacaklıya ortaklık sıfatı bahşetmez. Bunun sonucu olarak ortaklık sıfatına sahip olmayan rehinli alacaklının ortaklık haklarına sahip olması düşünülemez<sup>98</sup>. Rehlinli alacaklının sahip olduğu tek hak, rehin konusunun paraya çevrilerek alacağını elde etmesidir<sup>99</sup>. Limited şirketlerde pay üzerindeki rehin hakkı, paraya çevrilmesi mümkün olan/ parayla ölçülebilen ortaklık hakları üzerinde kurulabilir<sup>100</sup>. Bu sebeptendir ki, limited şirketlerde hangi ortaklık haklarının, üzerinde rehin hakkı kurulmaya elverişli olduğu hususu tespit edilmesi gereken bir meseledir.

Limited şirketlerde pay sahipliği hakları genel olarak malvarlığı hakları - yönetimsel (katılma) haklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>101</sup>. Genel kabul gören görüşe göre, limited şirketlerde rehin hakkı, paraya çevrilebilen mali nitelikteki haklar olan malvarlığı haklarını kapsamaktadır<sup>102</sup>. Yönetimsel haklar, kural olarak rehnin kapsamına girmemekle birlikte, bazı özel durumlarda rehin hakkının etkileri üzerinde durulması gerekmektedir<sup>103</sup>.

## 2. Malvarlıksal Haklar

Limited şirketlerde malvarlıksal nitelikteki haklar kapsamında; kâr payı hakkı, tasfiye payı hakkı ve yeni pay alma hakkı gibi mali nitelikteki haklar sayılabilir.

### a. Kâr Payı Hakkı

Genel olarak şirket yapılanmasının doğal bir sonucu olarak öngörülen kâr payı hakkı, şirketin net dönem kârından ortağın pay alması şeklinde ifade edi-

<sup>97</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 591.

<sup>98</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 591.

<sup>99</sup> Acar, Rehin Hukuku Dersleri, s. 23, K.N.: 31. Rehnin paraya çevrilmesi hakkında bilgi için, bkz. Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 333 vd.

<sup>100</sup> Acar, Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi, s. 119; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 591.

<sup>101</sup> Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, s. 462 vd.; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 825 vd.; Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 577 vd.; Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, s. 471 vd.; Bilgili - Demirkapı, Şirketler Hukuku Dersleri, s. 422 vd.; Sami Karahan - Hayri Bozgeyik, *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2013, s. 637-685.

<sup>102</sup> Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 228; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 591; Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni", s. 66.

<sup>103</sup> Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 228.

lebilir<sup>104</sup>. Dar anlamda kâr payı ise, genel kurulun dağıtım elverişli olan kârları bu amaçla kullanmaya karar vermesi şeklinde tanımlanabilir<sup>105</sup>. Ancak ortaklar esas sermaye koyma taahhütlerini yerine getirdikleri oranda kâr payı alma hakkından yararlanabilir. Bu husus TTK m.608 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. eTTK m.533'ten farklı olarak, TTK m.608 uyarınca kâr payı, “*esas sermaye payının itibarî değerine oranla hesaplanır; ayrıca yerine getirilen ek ödeme yükümlülüklerinin tutarı da kâr payının hesaplanmasında itibarî değere eklenir.*”.

Kâr payı hakkı, ortaklar açısından mutlak müktesep hak niteliğine sahip olup; bu hakkın genel kurul kararı veya esas sözleşmeye konulan bir hükümlerle ortadan kaldırılması mümkün değildir<sup>106</sup>. Dolayısıyla ortakların kâr payı alma hakkının şirketin ekonomik bir amaç izlemeyeceğine ilişkin bir karar veya sözleşmeyle bertaraf edilmesi mümkün değildir<sup>107</sup>. Nitekim kâr payı hakkı, aynı zamanda vazgeçilmez bir haktır.

Kâr, payın hukuki semerelerinden biridir. Rehin hakkı ise sahibine, rehinli malın semerelerinden yararlanma yetkisi vermez. Bu sebeple kâr payı talep etme hakkı bizzat ortağa aittir<sup>108</sup>. Ancak ortağa ait olan kâr payı üzerinde, şartları yerine getirilmek suretiyle, rehin hakkı her zaman kurulabilir.

Limited şirketlerde ortakların kâr payı üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi durumunda, rehinin kapsamı hakkında TTK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak “*Rehnin Kapsamı*” başlıklı TMK m.959'da “*Faiz veya kâr payı gibi dönemsel gelir getiren alacakların rehnedilmiş olması hâlinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bunlardan yalnız vadeleri henüz gelmemiş olanlar rehlin kapsamına girer ve rehin, vadeleri geçmiş olan edimleri kapsamaz. Bu tür yan edimler için özel senetler düzenlenmiş ise, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bunların rehin kapsamına girmesi, şekil koşullarına uygun olarak rehnedilmelerine bağlıdır.*” hükmü yer almaktadır. Kâr payı, madde metninde de ifade edildiği üzere, dönemsel gelir getiren ve ortak açısından alacak hakkı niteliğinde bir mali haktır. Nitekim TMK anılan düzenlemede, dönemsel gelir getiren alacaklara örnek olarak “kâr payı”dan bahsetmektedir.

<sup>104</sup> Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 637; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 593.

<sup>105</sup> Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 637.

<sup>106</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 577; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 825; Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 638.

<sup>107</sup> Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 578; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 825.

<sup>108</sup> Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 231.

Bu durumda limited şirketlerde rehnin kapsamına vadeleri gelmemiş olan kâr payı hakları girer. Vadesi geçmiş kâr payı alacakları ise rehnin kapsamı dışındadır. Diğer yandan eklemek gerekir ki, bu hüküm emredici nitelikte bir düzenleme değildir. Taraflar sözleşme ile müstakbel alacaklar da denilen henüz vadesi gelmemiş kâr payı üzerinde rehin hakkı kurulması mümkündür<sup>109</sup>. Ancak bu durumda alacağın “belirlenebilir” olması gerekmektedir<sup>110</sup>.

TMK m.959’da ifade edilen “özel senetler”den ne anlaşılması gerektiği ve bu hükmün limited şirketlerde uygulanabilirliği üzerinde de durmak faydalı olacaktır. Burada “özel senetler” denince akla kıymetli evrak niteliği haiz senetler gelmesi muhtemeldir. Ancak hatırlatmak gerekir ki, limited şirket ortaklık payları kıymetli evrak niteliğinde değildir<sup>111</sup>. Bu sebeple anılan düzenlemenin limited şirket payları bakımından uygulanabilirliğinden bahsedilemez.

#### **b. Tasfiye Payı Hakkı**

Tasfiye payı, limited şirketin infisahı halinde her ortağın tasfiye sonucuna payı oranına katılma hakkı olarak tanımlanabilir<sup>112</sup>. Öte yandan ortak tarafından talep edilen tasfiye payı, şirkete ödenen sermayenin iade edilmesi anlamına gelmez. Tasfiye payı, kar payının şirketin infisahı halinde ortaya çıkan bir görünümü de değildir<sup>113</sup>.

Limited şirketin infisahından sonra ortaklık payının dönüşebileceği tek biçim, tasfiye payıdır. Tasfiye sonucu pay üzerindeki rehin hakkı, tasfiye payı üzerindeki bir hakka dönüşür<sup>114</sup>. Nitekim şirketin infisahından sonra alacaklının rehin hakkından doğan teminatını korumanın tek yolu, rehin hakkının tasfiye payı üzerinde devamının sağlanmasıdır. Bu durumda, ortaklık payı üzerindeki hak varlığını devam ettirmekle birlikte, payın malvarlıksal biçimi değişmektedir<sup>115</sup>.

<sup>109</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 597.

<sup>110</sup> Sirmen, Alacak Rehni, s. 18-19; Nomer - Ergüne, Eşya Hukuku Cilt: II - Rehni Hukuku, s. 75; Çakırca, Adi Alacakların Rehni, s. 24; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 597.

<sup>111</sup> Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 790; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 596.

<sup>112</sup> Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, s. 467; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 599.

<sup>113</sup> Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 647.

<sup>114</sup> Kılıç, “Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni”, s. 72; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 599.

<sup>115</sup> Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 599.

### **c. Hazırlık Devresi Faizi**

Hukuken olmasa da ekonomik açıdan kâr payının yerine geçmek üzere ödenen hazırlık devresi faizi<sup>116</sup> de limited şirketlerde rehin hakkının kapsamında değerlendirilen malvarlıksal haklardan biridir. Kâr payı hakkı hususunda yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olduğundan, tekrara düşmemek maksadıyla aynı değerlendirmelere burada yer vermemeyi uygun gördük.

### **d. Yeni Pay Alma Hakkı**

Limited şirketlerde ortağın yeni pay alma hakkı da rehin hakkının kapsamına girer. Yeni pay alma hakkı, TTK m.591'de "Şirket sözleşmesinde veya artırma kararında aksi öngörülmemişse, her ortak, esas sermaye payı oranında, esas sermayenin artırılmasına katılmak hakkını haizdir." düzenlemesiyle açıkça tanınmıştır. Yeni pay alma hakkı, ortaklık sıfatına bağlı "kök hak" niteliğindedir<sup>117</sup>. Bu özelliğinden dolayı, eski paylar üzerindeki rehin alacaklısı yeni pay alma hakkına sahip değildir. Diğer taraftan doktrinde yeni pay alma hakkının kullanılması durumunda, kök hakkın genişleyeceği ve eski paylar üzerindeki rehin yeni paylara da sirayet edileceği ifade edilmektedir<sup>118</sup>. Türk hukukunda eski paylar üzerindeki rehin yeni paylar üzerine sirayet etmesini haklı kılan bir yasal düzenleme mevcut değildir. Sermaye artırımını sonucu çıkarılan yeni paylar, eski payın bir semeresi olmayıp devamı niteliğini de haiz değillerdir. Bunun sonucu olarak, kanaatimizce, yeni pay alma hakkı kök hakkı genişletir. Ancak bu durum, eski paylar üzerindeki rehin hakkının sağladığı teminatların yeni paylar için de geçerli olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>119</sup>.

### **e. Sermaye Artırımı Sonucu Çıkarılan Paylar**

Limited şirketlerde sermaye artırımını suretiyle yeni paylar ihdas edilmesi mümkündür. Bu durumda ortakların yeni pay alma hakkı değil, "bedelsiz" pay alma hakkı söz konusu olur<sup>120</sup>. Bedelsiz payları alma konusunda ortakların öncelikli bir hakkı mevcuttur<sup>121</sup>. Bu husus "Rüçhan hakkı" başlıklı TTK m.591/II ve

<sup>116</sup> Poroy - Tekinalp - Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, s. 467; Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 646-647; Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni", s. 72.

<sup>117</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 605.

<sup>118</sup> Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı*, İstanbul, 1972, s. 120; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 605.

<sup>119</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 607.

<sup>120</sup> Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 648; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 608.

<sup>121</sup> Karahan - Bozgeyik, Şirketler Hukuku, s. 650.

III'den açıkça anlaşılmaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, “(2) Genel kurulun sermaye artırımına ilişkin kararıyla, ortakların yeni payları almaya ilişkin rüçhan hakkı, ancak haklı sebeplerin varlığında ve 621’inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendinde öngörülen nisapla sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Özellikle, işletmelerin, işletme kısımlarının, iştiraklerin devralınmaları ve işçilerin şirkete katılmaları haklı sebep olarak kabul edilebilir. Rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kaldırılması suretiyle hiç kimse haklı görülemeyecek şekilde yararlandıramaz veya kayba uğratılamaz. (3) Rüçhan hakkının kullanılabilmesi için en az onbeş gün süre verilir.”.

Limited şirketlerde pay üzerindeki rehin hakkının bedelsiz payları nasıl etkileyeceği üzerinde durmak gerekmektedir. Bedelsiz paylar, şirket malvarlığına dahil olan öz kaynaklardan çıkarılmaktadır. Dolayısıyla bedelsiz payların eski payların bir parçası olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple eski paylar üzerindeki rehin hakkı, bedelsiz paylar üzerine kendiliğinden yayılır<sup>122</sup>.

### 3. Yönetmelik Hakları Üzerinde Rehin Hakkının Etkisi

Limited şirket payı üzerindeki rehlin yönetmelik nitelikteki hakları kapsadığına daha önce değinmiştik<sup>123</sup>. Nitekim bu haklar paraya çevrilmeleri mümkün olmayan ve malvarlıksal nitelik taşımayan haklardır. Bu sebepten dolayı, yönetmelik hakları rehlin kapsamı dışında kalır. Ancak limited şirketlerde payın rehni durumunda, oy hakkı gibi bazı yönetmelik haklarının kim tarafından kullanılacağı gibi meseleler akla gelebilir. Bu istisnai durumlar yönetmelik haklarının rehlin kapsamında olduğunu göstermez. Diğer yandan rehin hakkının söz konusu hakları etkilediği de göz ardı edilmemelidir.

Limited şirketlerde payın rehni durumunda, oy hakkının kim tarafından kullanılacağına dair bir düzenleme TTK’da yer almamaktadır. Ancak bu mesele için cevabını TMK m.960’da bulmak mümkündür. “Rehinli pay senetlerinin temsili” başlıklı TMK m.960’a göre, “Ortaklık genel kurulunda rehinli pay senetlerini temsil etmek yetkisi, rehin alacaklısına değil, pay sahibine aittir.”. Bu durumda rehinli paylar, genel kurulda pay sahibi tarafından temsil edilecektir. Oy hakkını kullanmak da pay sahibinin yetkisindedir. Ancak ortak rehinli paya ait oy hakkını kullanırken, rehin alacaklısının haklarına zarar vermeme yükümlülüğündedir.

<sup>122</sup> Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, s. 191; Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 609. Aksi yöndeki görüşler için, bkz. Erdem - Göksoy, “Limited Şirkette Payın Rehni”, s. 608-609.

<sup>123</sup> Bkz. II, C, 1.

Bu yükümlülüğün kaynağı, TMK m.2'dir<sup>124</sup>. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, pay sahibi rehinli paya ait oy hakkını kullanırken, rehin alacaklısının da menfaatlerini dikkate almalıdır<sup>125</sup>. Yargıtay da pay üzerinde rehin bulunması durumunda, rehinli alacaklının menfaatlerinin göz önünde tutulması gerektiğini dile getirmektedir<sup>126</sup>.

Limited şirketlerde payın rehni durumunda, rehinli payların pay sahibi tarafından temsil edileceğine şüphe yoktur. Ancak söz konusu bu payların rehinli alacaklı tarafından temsil edilmesinin mümkün olup olmadığı hususu da tartışılması gereken meselelerden biridir. Doktrinde bu meseleye ilişkin olarak, TMK m.960 hükmünün emredici nitelikte olmadığından hareketle, rehinli alacaklıya temsil yetkisinin verilebileceği kabul edilmektedir<sup>127</sup>. Bu durumda, temsil yetkisi oy hakkının kullanılmasını da içermelidir<sup>128</sup>. Belirtmek gerekir ki, temsil yetkisi verilmeksizin oy hakkının rehinli alacaklıya ait olduğuna ilişkin anlaşmalar kabul edilemez<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 613.

<sup>125</sup> Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni", s. 73; Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 281.

<sup>126</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 4.2.2015 tarih ve 234/1262 sayılı kararı: "*Davacı vekili, müvekkilinin Noterliği'nin 06.08.2012 tarih ve ... yevmiye numaralı anonim şirket hisse devir sözleşmesi ile ...'nin ortakları olan ...'tan 1.004.500,00 TL bedel karşılığında 49 hisse, ...'tan ise, 20.500,00 TL bedel karşılığında 1 hisse olmak üzere toplam 50 hisse satın aldığını, hisse devir sözleşmesi ile ortaklık yapısı değişen şirketin 10.08.2012 tarihinde olağanüstü toplandığını, şirket yönetim kurulunun yeniden belirlendiğini ve ..., ... ile şirketin diğer ortaklarının hisse devrine muvafakat ettiklerini, müvekkilinin oybirliği ile genel kurulda kabul edilen hisse devri işleminin ve olağanüstü genel kurul kararının tescili ve ticaret sicil gazetesinde yayımı için davalı Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne başvuruda bulunduğunu ancak, başvurunun şirket hisseleri üzerinde diğer davalı bankanın rehin sözleşmesi uyarınca rehin hakkı bulunduğunu ve hisse devrine muvafakat etmediği gerekçesiyle 28.06.2013 tarih, 650 Sayılı kararı ile reddedildiğini, davalı bankanın da kendilerinin izni olmaksızın hisse devir işlemi yapılamayacağından devre muvafakat etmediklerini bildirdiğini, rehinli şirket hissesinin devrinin tescili ve yayımı halinde davalı bankanın rehin hakkının aynen devam edeceğini ve herhangi bir zarara uğramayacağını, bu sebeple davalı bankanın devre muvafakat etmemesinin yasal ve haklı bir sebebi bulunmadığı gibi, aksine davalı bankaya şirket borçlarının ödenmesi hususunda yarar sağlayacağını, şirketin ise yeni yönetim kurulunun çalışmaması, yönetim boşluğu oluşması ve şirketin karar alamaz duruma gelmesi sebebiyle zarara uğradığını ileri sürerek, ... Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün 28.06.2013 tarih, 650 Sayılı ret kararının kaldırılmasına ve 10.08.2012 tarihli olağanüstü genel kurul kararının tescili ile ticaret sicil gazetesinde yayımlanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir."*

<sup>127</sup> Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni", s. 73; Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 611; Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 289.

<sup>128</sup> Göksoy, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, s. 289.

<sup>129</sup> Kılıç, "Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni", s. 73.

#### 4. Özel Durum: Esas Sermaye Payının Rehninde Nama Yazılı Senet Düzenlenmesi

TTK m.593/II'de limited şirket esas sermaye pay senetlerinin ispat aracı olarak ya da nama yazılı senet olarak düzenlenebileceği öngörülmektedir. TMK m.956/II'ye göre, nama yazılı senetlerin "*rehni için senedin ciro edilmiş veya yazılı devir beyanı yapılmış olarak teslimi gerekir.*" Bu durumda ispat aracı veya nama yazılı senet olarak düzenlenen limited şirket esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı tesis edildiğinde, senetlerin tesliminin gerekip gerekmeyeceği sorusu gündeme gelecektir. Bu husus doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde senetlerin tesliminin gerekli olmadığını savunan görüş, imzaları noterce onanmış yazılı bir rehin sözleşmesini rehin hakkının tesis için yeterli görmektedir<sup>130</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüş, pay senetlerinin sadece ibraz senedi olarak düzenlenebileceğinden hareketle, bu senetlere mülkiyetin geçişi bakımından kurucu nitelik tanınmasının kıymetli evrak niteliği tanınması ile eşdeğer olduğunu belirterek bu durumun TTK m.503/II ile bağdaşmayacağını vurgulamaktadır<sup>131</sup>. Diğer görüş ise, bu ihtimalde, senetlerin teslim edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>132</sup>.

### III. LİMİTED ŞİRKETLERDE PAYIN İNTİFA HAKKINA KONU OLMASI

#### A. İntifa Hakkı Kavramı

İntifa hakkı kavramına ilişkin olarak doktrinde çeşitli tanımlamalar<sup>133</sup> yapıldığı görülmektedir. Bir tanıma göre intifa hakkı, başkasına ait bir eşya, hak veya malvarlığı üzerinde kişiye tam yararlanma yetkisi veren kişiye bağlı bir irtifak hakkıdır<sup>134</sup>. Bir başka tanımda intifa hakkı, belirli bir gerçek veya tüzel kişiye, hakkın konusu olan şey üzerinde tam bir yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen bir irtifak hakkı şeklinde ifade edilmiştir<sup>135</sup>. Bir diğer tanıma göre ise intifa hakkı; "*kişi lehine kurulan, devir ve intikal kabiliyeti olmayan bir irtifak hakkı olup, diğer irtifaklardan konusunun genişliği ve sağladığı yetki bakımından ayrılır.*"<sup>136</sup>

<sup>130</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 587.

<sup>131</sup> Erdem - Göksoy, "Limited Şirkette Payın Rehni", s. 586-587.

<sup>132</sup> Durgut, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", s. 136.

<sup>133</sup> Bu tanımlamalar hakkında, bkz. Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 19 vd.

<sup>134</sup> Oğuzman - Seliçi - Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 949; Akipek - Akıntürk, *Eşya Hukuku*, s. 674.

<sup>135</sup> Sirmen, *Eşya Hukuku*, s. 585.

<sup>136</sup> Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, s. 20.



İntifa hakkı sahibi belirli bir kişinin kişiliği göz önünde tutularak verilen bir irtifak hakkıdır. Bunun esasında, intifa hakkı sahibinin belirli olması gerekliliği yatmaktadır<sup>137</sup>.

İntifa hakkının hangi haklar üzerinde kurulabileceği TMK m.794/1'de düzenlenmektedir. Anılan düzenleme uyarınca, “İntifa hakkı, taşınır, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.” Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında, “Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.” hükmü yer almaktadır. Burada intifa hakkının kişiye sağladığı tam yararlanma yetkisinden neyin anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Tam yararlanmadan maksat, “kullanma, yararlanma ve zilyet olma”dır<sup>138</sup>. Doktrinde bu yetkiden dolayı intifa hakkının “en geniş yararlanma imkânı sağlayan” irtifak hakkı olduğu ifade edilmektedir<sup>139</sup>. Ancak intifa hakkı sahibinin bu yetkisi, intifa konusunun hukuki ve öz değerine zarar verecek nitelikte tasarrufta bulunmaması ile sınırlıdır<sup>140</sup>.

## B. Pay Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması

6762 sayılı mülga TTK'da pay üzerinde, taşınır oldukları gerekçesiyle, intifa hakkı kurulabileceği kabul edilmekle birlikte<sup>141</sup>, bu hususta özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. eTTK döneminde bu meselenin kanunda özel olarak düzenlenmesi gerektiği doktrinde dile getirilmekteydi<sup>142</sup>. Doktrindeki bu eleştirileri dikkate alan Türk kanun koyucusu pay üzerinde intifa hakkı kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. “İntifa ve rehin hakkı” başlıklı TTK m.600/1'de “Bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı kurulmasına, esas sermaye payının geçişine ilişkin hükümler uygulanır.” şeklinde eTTK'da yer alan yeni bir madde ihdas edilmiştir.

<sup>137</sup> Akipek - Akıntürk, Eşya Hukuku, s. 674; Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, s. 20-21.

<sup>138</sup> Akipek - Akıntürk, Eşya Hukuku, s. 674; Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994, s. 23; Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, s. 53.

<sup>139</sup> Ziya Umur, *Roma Hukuku - Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, İstanbul, 1985, s. 145; Sirmen, Eşya Hukuku, s. 565; Ünal - Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, s. 97; Ayan, Eşya Hukuku III, s. 50; Ayşe Nur Berzek, “Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar”, *AÜEHFD*, 2002, C. VI, S. 1-4, s. 223.

<sup>140</sup> Oğuzman - Seliçi- Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 952; Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, 24.

<sup>141</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 24; Arzu, Oğuz “Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı”, *ABD*, 1991/1, s. 23.

<sup>142</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 25-27.

TTK m.600/I'in yaptığı yollama nedeniyle, limited şirket payı üzerinde rehin hakkının kurulması için, TTK m.595'deki payın devrine ilişkin şartlar, rehinde olduğu gibi, burada da aranacaktır. Bu kapsamda limited şirket payının intifa hakkına konu olabilmesi için, yazılı bir sözleşme yapılması gerekmekte ve taraf imzaları noterce onanmalıdır (TTK m.595/I). Limited şirket payının rehni konusunda, şirket sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa, ortaklar genel kurulun onayı şarttır. Bu onay intifa hakkının kurulması bakımından geçerlilik şartı olup, onay verilmediği takdirde intifa hakkının kurulması mümkün değildir (TTK m.595/II). Limited şirket paylarının intifa hakkına konu olması ortaklar genel kurulunca reddedilebilir. Bu durumda, genel kurulun herhangi bir sebep göstermesine dahi gerek yoktur (TTK m.595/III). Yine şirket sözleşmesiyle limited şirket payı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi yasaklanabilir (TTK m.595/IV). Diğer yandan TTK m.594 hükmü uyarınca, limited şirket payı üzerinde tesis edilen intifa hakkının pay defterine kaydedilmesi gerekir. Bu kayıt, rehinde olduğu gibi, kurucu niteliğe sahip olmayıp bildirici nitelik taşımaktadır. Ancak burada pay defterine kaydedilmesi gereken bizzat hakkın kendisidir. İntifa hakkı sahibinin bu sıfatla pay defterine kaydedilmesi gerekli olmayıp, intifa hakkı kurulmasına ilişkin şartlar yerine getirildiğinde intifa hakkı kendiliğinden kurulur<sup>143</sup>. Burada kısaca açıklamaya çalıştığımız şartlara payın rehni kapsamında ayrıntılı bir biçimde yer verdiğimizden, tekrara düşmemek maksadıyla, daha fazla açıklama yapmamayı tercih etmiş bulunmaktayız.

### C. İntifa Hakkının Kapsamı

#### 1. Genel Olarak

Limited şirketlerde ortaklık haklarının genel olarak malvarlıksal haklar ve yönetsel haklar olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulduğuna daha önce değinmiştik. Limited şirket payı üzerinde kurulan intifa hakkının kapsamı denilince, ilk olarak malvarlıksal haklar üzerinde durmak gerekmektedir. Bu haklarla ilgili kavramsal açıklamalara daha önce yer verildiğinden, burada yalnızca intifa hakkının etkisi üzerinde durulacaktır.

Kâr payı almak hakkı, payın şirket ortağına bahşettiği hukuki semerelerden birisidir. İntifa hakkının bir yararlanma hakkı olduğu düşünüldüğünde, kâr payının intifa hakkı süresi içerisinde kalan kısmı intifa hakkının kapsamında değerlendirilmelidir<sup>144</sup>. Dolayısıyla intifa hakkı süresince kâr payı talep etmek ve kâr payı almak

<sup>143</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 105.

<sup>144</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 124-125; Oğuz "Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı", s. 30.

hakkı, intifa hakkı sahibine aittir. İntifa hakkı sahibinin kâr payını sadece intifa süresince kullanabilmesi, haktan yararlanma konusundaki bir sınırlama niteliğindedir<sup>145</sup>.

Ekonomik olarak kâr payı gibi değerlendirilen hazırlık devresi faizlerinin de intifa hakkı kapsamına girdiği kabul edilmektedir<sup>146</sup>.

Yeni pay alma hakkı ortağın kök hakkını genişleten bir hak olup, intifa hakkının elde edilen yeni paylara da sirayet edip etmeyeceği sorusu gündeme gelebilir. Öğretide yeni pay alma hakkı esas itibarıyla kök hakka bağlı olduğundan, bu hakkın artık intifa hakkı sahibi tarafından kullanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>147</sup>. Bedelsiz paylar konusunda ise, rüçhan hakkının intifa hakkı sahibine değil tek başına pay sahibine ait olduğu dile getirilmektedir<sup>148</sup>.

## 2. Payın Temsili

Sahibine zilyet olma, kullanma, yönetme gibi tam yararlanma yetkileri sağlayan intifa hakkı, limited şirket payı üzerinde tesis edildiği takdirde, yönetsel hakların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim yönetsel hakların kullanılması aynı zamanda intifa hakkı sahibinin pay üzerindeki tasarrufu anlamına gelmektedir.

Limited şirket payı üzerinde kurulan intifa hakkının yönetsel hakları da kapsamı içerisine aldığı TTK m.600/III hükmünden de açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim anılan düzenlemede, *“Bir esas sermaye payı üzerinde intifa hakkı bulunması hâlinde, pay intifa hakkı sahibi tarafından temsil edilir; bu durumda intifa hakkını haiz kişi, esas sermaye payı sahibinin menfaatlerini, hakkaniyete uygun bir şekilde gözetmezse tazminat ile yükümlü olur.”* hükmü getirilmiştir. Bu düzenlemenin eTTK’da karşılığı bulunmamaktadır. Görülmektedir ki, intifa hakkı sahibinin temsil yetkisi kanundan kaynaklanmaktadır. Limited şirket payı üzerinde geçerli bir intifa hakkı tesis edildiği anda, artık bu payı temsil etme yetkisi de kendiliğinden intifa hakkı sahibine geçer. TTK’da bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmesi, doktrinde var olan fikir ayrılıklarına da son vermiştir.

<sup>145</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 131.

<sup>146</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 151 vd.; Oğuz “Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı”, s. 30.

<sup>147</sup> Oğuz “Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı”, s. 32.

<sup>148</sup> Kendigelen, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, s. 159.

### 3. Oy Hakkının Kimin Tarafından Kullanılacağı Meselesi

eTTK'da yer alan ve “*üzerinde intifa hakkı bulunan bir hisse senedinden doğan rey hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılır*” hükmünü içeren m.360/IV'e ise TTK'da yer verilmemiştir. TTK m.600/III hükmünün intifa hakkı sahibine oy hakkını kullanma yetkisi de verip vermediği tartışılabilir. Diğer yandan TTK m.595 hükmünden de intifa hakkı sahibinin yetkilerinin kısıtlanabileceğine dair bir yorum çıkarılamamaktadır. Kanaatimizce, payın temsilinin intifa hakkı sahibine ait olduğunu belirten bu düzenleme, oy hakkını da kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Nitekim intifa hakkı, sahibine tam yararlanma yetkisi sağlar. Belirtmek gerekir ki, intifa hakkı sahibine mal üzerinde hukuki tasarruflarda bulunma hakkı vermez<sup>149</sup>. Oy hakkının limited şirket payı üzerinde hukuki tasarrufta bulunma olarak kabul edilmesi durumunda, oy hakkının payın temsilini düzenleyen hüküm kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.

İntifa hakkı sahibinin oy hakkını kullanmasına sahip olması, şirketin kaderini belirleyen meselelerde tek başına karar verebilmesi anlamına da gelmemelidir. Zira TTK m.600/III, c. 2, intifa hakkı sahibine, pay sahibinin menfaatlerini hakkaniyete uygun bir biçimde gözetme yükümlülüğü de getirmektedir. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak, şirketin geleceğini ilgilendiren konularda, pay sahibi ve intifa hakkı sahibinin oy hakkını birlikte kullanması sağlanabilir. Bu fiili bir kullanma olabileceği gibi, pay sahibinin oy hakkının içeriği hususunda intifa hakkı sahibine temsil yetkisi vermesi şeklinde de olabilir.

Ekleme gerekir ki, intifa hakkı sahibinin oy hakkını kullanması, intifa süresi ile sınırlı olmalıdır.

Limited şirketlerde intifa hakkı sahibinin oy hakkına sahip olup olmadığı Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda da tartışılmaktadır. Yargıtay'ın bir kararında, pay üzerinde hapis hakkı sahibi, bu hakkı niteliği itibarıyla intifaya benzetilerek oy hakkına sahip olduğu yönünde karar verilmiştir<sup>150</sup>. Ancak bu karar, hapis hakkının niteliği itibarıyla intifadan çok rehne benzediği ve bu sebeple hapis hakkı sahibinin oy hakkı bulunmadığı gerekçeleriyle doktrinde eleştirilere konu olmuştur<sup>151</sup>.

<sup>149</sup> Sirmen, Eşya Hukuku, s. 586.

<sup>150</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 7.3.1996 tarihli ve 6475/1468 sayılı kararı: “*Yasayla alacaklıya tanınan pay üzerinde hapis hakkının benzeri olan rehin hakkı sahibi olan kimseye dahi TTK m.360'ta genel kurullarda oy kullanma hakkı tanınmadığına göre, hapis hakkı sahibinin bu hakka dayanarak oy kullanma hakkı olduğu sonucuna varılması mümkün değildir.*” (Karşı oy yazısından).

<sup>151</sup> Bu hususta eleştiriler için, bkz. Mustafa Çeker, “Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Hapis Hakkı Bulunması Halinde Oy Hakkı Kime Aittir? (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münase-

#### D. İntifa Senedinden Farkı

Limited şirket payı üzerinde kurulan intifa hakkı ile şirket tarafından ihdas edilen intifa senetlerini birbiriyle karıştırmamak gerekmektedir. İntifa senetleri, şirket ile intifa senedi sahipleri arasında imzalanan bir sözleşme vasıtasıyla çıkarılabilir<sup>152</sup>. Doktrinde intifa hakkı senedi sahiplerinin yeni pay olarak malik sıfatına sahip olabileceği kabul edilmektedir<sup>153</sup>. Pay üzerinde kurulan intifa hakkı kavramı ile intifa senetlerinin asıl farkı, ortakların sahip olduğu pay sahipliği haklarında kendisini göstermektedir. Şöyle ki, pay üzerinde intifa hakkına sahip olan kimse, ortaklığın malvarlıksal ve yönetsel haklar üzerinde birtakım yetkilerle sahiptir. Ancak intifa senedi sahibinin böyle bir yetkisinin varlığından söz edilemez. Bu husus TTK m.503'te "*İntifa senedi sahiplerine pay sahipliği hakları verilemez; ancak, bu kişilere, net kara, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkarılacak payları alma hakları tanınabilir.*" düzenlemesiyle açıkça ifade edilmektedir.

#### SONUÇ

Bu çalışmada esas itibarıyla limited şirketlerde payın haczi, rehni ve intifa hakkına konu olması gibi meseleler inceleme konusu yapılmıştır. Bu hususta 6762 sayılı eTTK ve 6102 sayılı TTK hükümleri de değerlendirilerek sonuçlara varılmaya çalışılmıştır.

Limited şirketlerde payın haczi meselesi, TTK m.133'te limited şirketleri de kapsama alacak şekilde açıkça düzenlenmiştir. Limited şirketlerde haciz alacaklısının oy hakkına sahip bulunmadığı, ancak borçlu ortağın haciz alacaklısının menfaatlerini zarara uğratmaksızın oy hakkını kullanması gerektiği kabul edilmektedir.

Limited şirketlerde pay üzerinde intifa ve rehin hakkının düzenlendiği TTK m.600 yeni ihdas edilmiş bir hükümdür. Bu hükümde intifa ve rehin hakkının kurulabilmesi şartları için, payın devri için aranan şartlara atıf yapılmıştır. Bu kapsamda limited şirket payının intifa ve rehin hakkına konu olabilmesi için,

---

betiyle)", *BATİDER*, 1996, C. XVIII, S. 4, s. 157 vd.; Abuzer Kendigelen, "Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paya İlişkin Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", *BATİDER*, 1997, C. XIX, S. 1, s. 105 vd.

<sup>152</sup> İntifa senetleri hakkında, Ömer Teoman, *Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri*, İstanbul, 1978.

<sup>153</sup> Berzek, "Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar", s. 224.

devredilebilir nitelikte olması gerekir ve yazılı rehin sözleşmesi yapılmalıdır. Diğer yandan genel kurul kararıyla rehnin ya da intifanın onaylanması gerekir. Genel kurul hiçbir sebep göstermeksizin intifa hakkının kurulmasını reddedebilirken; ancak haklı sebeplerin varlığı halinde rehin hakkının kurulmasını reddedebilir. Diğer yandan limited şirket payı üzerinde kurulan rehin veya intifa hakkının pay defterine de kaydedilmesi gerekir. Ancak bu kayıt, rehnin veya intifa hakkının kurulabilmesi için kurucu bir nitelik taşımamakta, bildirici bir özellik göstermektedir.

Limited şirketlerde pay üzerinde intifa ve rehin hakkı kurulması, ortaklığın hakları bakımından sahibine birtakım yetkiler vermektedir. Rehin hakkı devredilebilir nitelikteki malvarlıksal haklarını kapsamına alırken, intifa hakkında hem malvarlıksal hem yönetsel haklar kapsam dahilinde değerlendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki, rehin hakkı kapsamına dahil olmayan yönetsel hakların rehininden etkilenmesi mümkün olabilir.

**KAYNAKÇA**

- ACAR, Faruk, *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- ACAR, Faruk, *Rehin Hukuku Dersleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- AKİPEK, Jale G.- AKINTÜRK, Turgut- ATEŞ KARAMAN, Derya, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- AKİPEK, Jale G. AKINTÜRK, Turgut, *Eşya Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ALBAYRAK, Hakan, "Limited Şirket Hisse (Ortaklık Payı) Haczi", *Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu*, 8-10 Kasım 2017, Ankara, ss. 465-488.
- ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder - TAŞPINAR AYVAZ, Sema - HANAĞASI, Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Aziz Serkan, "Limited Şirket Hissesinde Haczi ve Haczin Sonuçları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. XXII, S. 4, ss. 3-35.
- ATALI, Murat - ERMENEK, İbrahim - ERDOĞAN, Ersin, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- AYAN, Mehmet, *Eşya Hukuku III, Sınırlı Ayni Haklar*, 5. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2013.
- AYDIN, Muzaffer, *Hacedilemeyen Mal ve Haklar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- BERZEK, Ayşe Nur, "Limited Şirkette Ortakların Sorumluluğu", *Yaklaşım Dergisi*, 1996, S. 47, ss. 32-36.
- BERZEK, Ayşe Nur, "Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar", *AÜEHFD*, 2002, C. VI, S. 1-4, ss. 223-227.
- BİLGİLİ, Fatih - DEMİRKAPI, Ertan, *Şirketler Hukuku Dersleri*, 4. Basım, Dora Yayıncılık, Bursa, 2015.
- ÇAĞA, Barbaros, "Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri", *BATİDER*, 1974, C. VII, S. 3, ss. 581-602.
- ÇAKIRCA, Seda İrem, *Adi Alacakların Rehni*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- ÇAMOĞLU, Ersin, "Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi", *BATİDER*, 1971, C. VI, ss. 57-68.
- ÇAMOĞLU, Ersin, "Limited Ortakların Selef Sıfatıyla Sorumluluğu", *BATİDER*, 1972, C. VI, ss. 503-519.
- ÇEKER, Mustafa, "Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Hapis Hakkı Bulunması Halinde Oy Hakkı Kime Aittir? (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle)", *BATİDER*, 1996, C. XVIII, S. 4, ss. 87-120.

- DEMİRKAPI, Ertan, "Limited Ortaklık Payının Devri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, İzmir, 2008.
- DEREKAYA, Kemal Çağrı, "Limited Şirketlerde Pay Devri", **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2021.
- DİNÇ, Serhan, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Unsurları ile Limited Şirketlerde Pay ve Ortak Kavramları", **TAAD**, 2017, S. 29, s. 135-165.
- DÖNMEZ, Murat, "Limited Şirketlerde Hisse Haczi", **TBBD**, 2006, S. 63, ss. 226-236.
- DÖNMEZ, R. Murat, **Anonim ve Limited Şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- DURGUT, Ramazan, "Limited Şirket Esas Sermaye Payı Üzerinde Rehin Hakkı Kurulması", **TBBD**, 2013, S. 108, ss. 123-138.
- ENSTHALER, Jürgen - FÜLLER, Jens Thomas - SCHMIDT, Burkhard, **Kommentar zum GmbH-Gesetz**, 2. Aufl., Luchterhand, y.y. 2010.
- ERDEM, Ercüment - GÖKSOY, Y. Can, "Limited Şirkette Payın Rehni", **Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan**, İzmir 2000, ss. 571-623.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÖKSOY, Y. Can, **Anonim Ortaklıkta Payın Rehni**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- GÜMAN, Nihat, "Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi", **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü** (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006.
- HİRSCH, Ernst, **Ticaret Hukuku Dersleri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1948.
- KARAHAN, Sami - BOZGEYİK, Hayri, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2013.
- KARAHAN, Sami - ÇEKER, Mustafa, **Şirketler Hukuku**, 2. Baskı, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013.
- KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku**, Ankara, 1973.
- KENDİGELEN, Abuzer, **Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- KENDİGELEN, Abuzer, "Anonim Ortaklık Payı Üzerinde Hapis Hakkı ve Bu Hakka Konu Oluşturan Paya İlişkin Oy Hakkının Kime Ait Olduğu Sorunu", **BATİDER**, 1997, C. XIX, S. 1, ss. 241-284.
- KENDİGELEN, Abuzer, "Limited Şirket Paylarının Haczi", **GSÜHFD**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, s. 409-416.



- KENDİGELEN, Abuzer, “Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi”, *İÜHFMD*, 2004, C. LXII, S. 1-2, ss. 382-402.
- KILIÇ, Mehmet, “Anonim Ortaklıklarda Pay Rehni”, *Bankacılar Dergisi*, 2009, S. 71, ss. 66-77.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip - HATEMİ, Hüseyin - SEROZAN, Rona - ARPACI, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem ve Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- KURU, Baki - AYDIN, Burak, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- LUTTER, Marcus - HOMMELHOFF, Peter, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verl., Köln, 2009.
- MOROĞLU, Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı*, İstanbul, 1972.
- NOMER, Haluk Nami - ERGÜNE, Mehmet Serkan, *Eşya Hukuku Cilt: II - Rehin Hukuku*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZ, Arzu, “Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı”, *ABD*, 1991/1, ss. 23-44.
- OĞUZMAN, Kemal - SELİÇİ, Özer - OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, *Eşya Hukuku*, 22. Baskı, Filiz Kitabı, İstanbul, 2020.
- ÖZEN, Burak, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- PARLAR, Aynur, *Gerekçeli Türk Ticaret Kanunu*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral -ÖZEKES, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, 8. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- POROY, Reha - TEKİNALP, Ünal - ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- SAYIN ÖNAL, Buket, *Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu*, Üçüncü Tıpkı Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- SİRMEN, Lale, *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990.
- SİRMEN, A. Lale, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞENER, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

- TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- TEOMAN, Ömer, **Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri**, İstanbul, 1978.
- TOPUZ, Gökçen, **Hisse Haczi ve Satışı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- TOPUZ, Gökçen, "Limited Şirketin Sermaye Alacağıının Haczi", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C. II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, ss. 2105-2113.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku - Eşya Hukuku (Ayni Haklar)**, İstanbul, 1985.
- ÜNAL, Mehmet - BAŞPINAR, Veysel, **Şekli Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- YENİOCAK, Umut, **Anonim ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil - DEREN YILDIRIM, Nevhis, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

## TACİRİN ELİNDE BULUNAN FATURAYA İSTİNADEN İHTİYATİ HACİZ<sup>(\*)</sup>

Av. Muhammed Seyit İMİR<sup>(\*\*)</sup>

### ÖZ

Tacir elinde bulunan faturaya istinaden ihtiyati haciz kararı verilebilir mi? Faturanın elektronik ortamda hazırlanmış olması sonucu değiştirir mi? Fatura, ticari hayattaki kullanım yaygınlığı ve hukuk düzenince kendisine bağlanan sonuçlar itibariyle hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında önemli bir yere sahiptir. Tacirin elinde bulunan faturanın delil değeri ve tacirin bu faturaya yönelik ihtiyati haciz talebinde bulunması da uygulamada önemli bir yer tutmaktadır. Birtakım şartlarla faturaya istinaden ihtiyati haciz kararı verilebileceği düşüncesindeyiz. Bu konuda hem öğretideki tartışmalar hem de Yargıtay uygulamaları incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Fatura, Elektronik Fatura, İhtiyati Haciz, Tacir, İspat Yükü.

---

(\*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07/05/2021 - Kabul Edildiği Tarih: 23/11/2021.

Atıf Şekli: Muhammed Seyit İmir, "Tacirin Elinde Bulunan Faturaya İstinaden İhtiyati Haciz", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 2, 2021, s. 941-972.

(\*\*) Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi.

E-posta: av.seyitimir@gmail.com.

Orcid: 0000-0001-5110-7957.

## **PRECAUTIONARY ATTACHMENT BASED ON THE INVOICE IN THE HANDS OF THE MERCHANT**

### **ABSTRACT**

Can the precautionary attachment decision be made based on the invoice held by the merchant? Does the fact that the invoice is prepared electronically change the result? The invoice has an important place in both public and private law, regarding its prevalence of use in commercial life and the results linked to the legal order. The evidentiary value of the invoice held by the merchant and the merchant's request for a precautionary attachment to this invoice also play an important role in practice. We are of the opinion that a precautionary attachment decision can be made based on the invoice under certain conditions. On this subject, the debates in the doctrine and the applications of the Supreme Court were examined.

**Keywords:** Invoice, Electronic Invoice, Lien, Trader, Burden of Proof.

## GİRİŞ

Fatura ticari hayatta önemli bir yer tutmaktadır. Özellikle bir ticari ilişkide tacirlerin sattığı mal veya yaptığı iş karşılığında karşı tarafa verdiği ve karşı tarafın borçlandığı miktarı gösteren önemli bir belge olan fatura tacirin elinde bulunmaktadır. Bu belgeyi tacirin nasıl kullanabileceği, delil değerinin ve alacağına kavuşmada etkisinin ne olduğu, elinde bulunan faturaya dayalı olarak ihtiyati haciz kararı alıp alamayacağı önemli bir sorunsal olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızda bu sorulara yanıt aranmıştır.

Yine gelişen teknolojiye paralel olarak ticari hayatımıza giren elektronik fatura (e-fatura) da bu çalışmanın kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir. Öyle ki e-fatura uygulaması yaygınlaşmasına karşın doktrinde yeterli ilgiyi görememiştir. Bu nedenle çalışmamızda özellikle uygulamada sorunlarla karşılaşılan bir durum olan tacirin elinde bulunan faturaya dayanması üzerine ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceği üzerinde durulurken, faturanın elektronik ortamda düzenlenmiş olması halinde elde edilen sonucun değişip değişmeyeceği de irdelenmiştir.

Fatura hem özel hukuk hem de kamu hukuku açısından önemlidir. Ancak çalışmamızda faturaya yönelik ihtiyati haciz konusu ele alındığından faturanın özel hukuk yönü incelenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümleri merkeze alınmıştır. Konumuzu ilgilendirdiği kısım itibarıyla Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) faturaya ilişkin düzenlemelerine de değinilmiştir. Çalışmamızda içtihatlar değerlendirilmiş, doktrinsel inceleme metodu kullanılarak genel bir yargıya varılmıştır. Buna göre belirli koşulların varlığı halinde tacir elinde bulunan faturaya istinaden ihtiyati haciz kararı verilebilmelidir.

Bu noktada sonuca gidilirken ilk bölümde fatura kavramı etraflıca incelenmiş, çalışma kapsamında TTK ve VUK düzenlemelerine göre fatura, faturanın muhtevası ve faturanın delil değeri değerlendirilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise tacir elinde bulunan faturaya istinaden ihtiyati haciz kararı verilip verilemeyeceği sorusuna yanıt aranmıştır.

## I. FATURA HAKKINDA GENEL BİLGİLER

### A. Fatura Kavramı

Fatura hem özel hukuk hem de ceza hukuku ve vergi hukuku boyutuyla kamu hukukunda önemli bir yere sahiptir. Nitekim ticari-ekonomik faaliyetlerde en çok kullanılan belgelerdendir. Ancak faturanın tanımı Türk Ticaret Kanunu'nda

yapılmış değildir. Buna karşın Vergi Usul Kanunu'nda faturaya yönelik tanım yer almıştır. VUK m.229'a göre fatura, "... satılan emtia veya yapılan iş karşılığında müşterinin borçlandığı meblağı göstermek üzere emtiayı satan veya işi yapan tüccar tarafından müşteriye verilen ticari vesikadır.". Öğretide ise fatura, tacirin ticari işletmesinin başlıca işlemlerini belgelendiren, işlemlerin izlenmesini sağlayan, muhasebe kayıtlarının belgelendirilmesinde ve vergilendirme işlemlerinde tevsiye yarayan, maliyeye ve işlem yaptığı diğer kimselere karşı ispat için kanıt olarak kullanılan ticari belge şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Bu tanıma paralel olarak Yargıtay da faturayı, ticari satımlarda satıcı tarafından karşı tarafa verilen, satım konusunun miktar, vasıf, ölçü, fiyat ve diğer hususlarını ya da ifa edilmiş olan hizmetleri gösteren ticari bir belge olarak tanımlamıştır<sup>2</sup>.

Dijitalleşmenin ön plana çıktığı 21. yüzyılda yaşanan teknolojik gelişmelerin sonucu olarak ticari hayatımıza e-fatura kavramı girmiştir. Türkiye'de e-fatura uygulaması, 2010 yılında uygulanmaya başlanmıştır. 5 Mart 2010 tarihinde yayımlanan 397 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (VUK GT) ile e-fatura uygulamasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır<sup>3</sup>. E-fatura uygulaması, bu tebliğ ile isteğe bağlı olarak uygulanmaya başlanmıştır. Öncelikle anonim ve limited şirketlerin e-fatura oluşturma, gönderme ve kabul etmesi sağlanmıştır. 2012 yılında ise yayımlanan 421 Sıra Numaralı VUK GT ile gerçek kişiler de e-fatura uygulamasına dâhil edilmiştir. Nihai olarak, VUK gereğince düzenlenmesinde zorunluluk bulunan belgelerin düzenlenmesinin elektronik şekilde yapılması ile ilgili yayımlanan tebliğler tekrar ele alınmış, e-belge uygulamasında birliği sağlamak amacıyla 19.10.2019 tarihinde 509 Sıra Numaralı VUK GT yayımlanmıştır.

E-fatura özü itibariyle kâğıt olarak hazırlanan faturanın, kâğıt yerine elektronik şekilde oluşturulmasıdır<sup>4</sup>. 509 Sıra No.lu VUK GT e-faturayı, "*Bu Tebliğde yer alan şartlara uygun olan ve elektronik belge biçiminde oluşturulan fatura*" olarak tanımlamıştır. Yani elektronik fatura, TTK'ya göre düzenlenecek faturanın kâğıt üzerinde düzenlenmesi değil, elektronik ortamda satıcı tarafından alıcıya gönderilen fatura şeklinde belirtilebilir.

<sup>1</sup> Oğuz Kürşat Ünal, *Fatura ve Teyit Mektubu*, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 11.

<sup>2</sup> Yargıtay İBHGK 27.06.2003 tarihli ve 2001/1 E., 2003/1 K. sayılı kararı, (Resmî Gazete 24.12.2003, S. 15326).

<sup>3</sup> 05.03.2010 Tarihli 27512 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>4</sup> Ramis Elçin - Bilal Gerekan - Mehmet Usta, "E-Fatura, E-Defter ve E-Arşiv Uygulamalarına Geçiş Sürecinde Yaşanan Sorunlar: Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Üzerine Bir Araştırma", *Mali Çözüm Dergisi*, 2018, S. 146, s. 16; Tolga Yeşil, "Elektronik Fatura Kullanımına İlişkin Bir Değerlendirme", *Mali Kılavuz Dergisi*, 2013, S. 62, s. 126-127.

Mevzuat gereği e-fatura düzenlemesi zorunlu olan mükelleflerin, e-fatura uygulamasında kayıtlı kimselere fatura düzenleyecekleri zaman bu faturanın e-fatura olması zorunludur. Diğer bir deyişle e-fatura uygulamasına dahil kimse-ler, aralarında normal fatura düzenleyemezler; eğer düzenlemişler ise bu normal faturalar hiç düzenlenmemiş kabul edilir. E-fatura düzenlemesi zorunlu olan mükelleflerin birbirlerine gönderdikleri faturaların alınması zorunludur<sup>5</sup>. TTK'ya göre düzenlenen fatura ile e-fatura aynı hukuki mahiyete ve hukuki mevzuata tabidir. TTK'ya uygun düzenlenen faturalara itiraz edilebildiği gibi tebliğ alınan e-faturalara da itiraz prosedürü vardır. Sonuç olarak e-faturayla kâğıt fatura aynı hukuki niteliklere sahiptir<sup>6</sup>. Dolayısıyla e-fatura, TTK kapsamındaki kâğıt fatura ile aynı delil gücüne sahiptir. Çalışmamızda ele aldığımız tacirin elinde bulunan faturanın ihtiyati hacze konu olması durumuna ilişkin yapacağımız değerlendirmelerimiz e-fatura açısından da geçerlidir.

Fatura türleri arasında ele alınan ve ticari örf ve adetlere göre hukukumuzda girmiş bulunan açık fatura ve kapalı faturaya ilişkin kanuni bir düzenleme hukukumuzda yer almamaktadır. Ancak açık ve kapalı fatura uygulamada sıklıkla kullanılmaktadır. Açık ve kapalı faturalara ilişkin hususlar kanunlar ile düzenlenmediğinden bu konuda oluşan boşluk ticari örf ve âdete göre doldurulmaktadır. Nitekim TTK'ya göre mahkeme önüne gelen ticari işlerde ticari bir hüküm bulunmadığı takdirde *ticari örf ve adete*, o da bulunmuyorsa genel hükümlere göre karar verilecektir (TTK m.1/2). TTK'nın 2. maddesi de ticari örf ve adete ilişkin hususları hüküm altına almıştır. Uzun süredir uygulanan ve ona uyulmasının zorunluluğu noktasında genel bir inanış oluşan ve yazılı olmayan ticari uygulamalar ticari örf ve adeti oluşturmaktadır<sup>7</sup>. İşte, uygulamada peşin ve veresiye satışların birbirinden ayırt edilmesi amacıyla başlatılan açık-kapalı fatura uygulamasının mevzuatta düzenleme alanı bulamaması sonucu örf ve âdet hukuku kuralı<sup>8</sup> oluşmuştur<sup>9</sup>. Bu noktada Ankara Ticaret Odası'nın

<sup>5</sup> Serkan Açar, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 58.

<sup>6</sup> İlker Kefe - Zozan Kanarış, "Türkiye'de E-Fatura Başvuru Süreci ve Kullanımı", *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi*, 2019, S. 25, s. 166.

<sup>7</sup> Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku*, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 65.

<sup>8</sup> "... Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda ve Vergi Usul Kanunu'nda açık fatura-kapalı fatura kavramlarına yer verilmemiş ise de ticari örf ve adetlere göre faturanın kapalı olarak düzenlenmesi bedelinin ödendiğine karine teşkil eder. Kapalı fatura borcun ödendiğine karine teşkil ederse de bu karinenin aksi her zaman kanıtlanabilir. Bu ilkeler doğrultusunda inceleme yapılarak karar verilmelidir...", Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 21.02.2018 tarihli ve 2016/4711 E. 2018/736 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (26.12.2020).

21.12.1948 tarihli 6 numaralı teamül kararı<sup>10</sup> sonrası ticaret hayatında açık fatura ve kapalı fatura uygulaması herkesçe benimsenen ticari örf ve âdet kuralı olmuştur<sup>11</sup>. Açık-kapalı faturanın örf ve âdet haline geldiğini gösteren yargı kararları da mevcuttur. Yargıtay vermiş olduğu bu doğrultudaki bir kararda<sup>12</sup> kapalı fatura hususunun, kanuni bir düzenlemeye konu olmaması ancak ticari hayatta kullanılması sebebiyle ve bahsi geçen Ankara Ticaret Odası'nın teamül kararıyla örf ve âdet hukuk kuralı haline geldiğini belirtilmiştir. Ayrıca bir faturanın açık veya kapalı fatura olarak kabul edilmesi özellikle ödemenin yapılmış veya yapılmamış olduğuna karine teşkil etmesi açısından önem taşıdığı hususuna değinilmiştir.

Bu açıklamalar doğrultusunda açık fatura, ticari hayatta karşılığı ödenmemiş faturayı ifade ederken, kapalı fatura karşılığı ödenmiş faturayı ifade etmektedir<sup>13</sup>. Diğer bir deyişle açık fatura, fatura bedelinin ödenmediğine, kapalı fatura da fatura bedelinin ödendiğine karine teşkil etmektedir. Yargıtay'ın da açık ve kapalı fatura kavramlarını ele aldığı pek çok kararı bulunmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında<sup>14</sup>, açık faturayı, hizmet ya da mal teslimi halinde alıcının, mal ya da hizmetin bedelini faturanın düzenlendiği anda ödemeyip ileride ödeyecek olması halinde düzenlenmiş fatura olarak tanımlamıştır. Kararın devamında açık faturanın şekline değinmiş, açık fatura düzenlendiğinde tacirin, kaşesi ve imzasını faturanın üst kısmına basacağını da ifade etmiştir. Kapalı faturayı ise mal veya hizmetin tesliminde alıcı / müşterinin, mal ve hizmet bedelini faturanın düzenlenme anında ödemesi sonucunda düzenlenen fatura olarak tanımlamıştır. Kapalı fatura düzenlenirken açık faturanın aksine

<sup>9</sup> Oğuz Kürşat Ünal, *Fatura ve İspat Kuvveti*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s. 26.

<sup>10</sup> Ankara Ticaret Odası tarafından alınan 21.12.1948 tarih ve 6 no.lu teamül kararı: "Ticarethane tarafından satışı yapılan mallara ait fatura muhteviyatı alıcı tarafından ödendiğinde, bayi tarafından faturanın altına damga pulu yapıştırılarak tarih, ticarethane klişe veya mührü ile birlikte salahiyattar olan tarafından imza edilerek pul iptal olunur. Bu şekildeki faturaya bedeli alınmış (kapanmış, akide edilmiş) fatura denir. Bedeli alınmıştır kaydını ihtiva etmeyen faturada damga pulu üzerine ticarethane klişe veya mührü ve salahiyetli olanın imzası mevcut olduğu takdirde, bu kaydın mevcut olmaması bir hüküm ifade etmez. Yani fatura bedeli ödenmiş, kapanmış akide edilmiş sayılır."

<sup>11</sup> Ünal, Fatura, s. 26-27.

<sup>12</sup> Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 15.05.2018 tarihli ve 2016/56 E. 2018/3152 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (26.12.2020).

<sup>13</sup> Gürol Ürel, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 395.

<sup>14</sup> Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 25.01.2017 tarihli ve 2016/9909 E. 2017/484 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (26.12.2020).



tacirin, kaşesi ve imzasını faturanın alt kısmına basacağını ifade etmiştir. Burada değinmek gerekir ki TTK m.2/3 hükmü, ticari örf ve âdetin tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında uygulama alanı bulabilmesini ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerle sınırlamıştır. Ancak tacir sıfatını haiz bulunanlar bu sınırlama dışında tutulduğundan tacirler bu bilgiye sahip olmasa bile ticari örf ve adetler onlar hakkında uygulama alanı bulacaktır.<sup>15</sup> Kapalı ve açık fatura da ticari örf ve âdet olduğu için tacirler arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Ancak tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında, tarafların kapalı ve açık fatura ayrımının hukuki sonucunu bildiği veya bilinmesi gerektiği kabul edildiği takdirde bu hukuki sonuç (bedelin ödendiğine veya ödenmediğine karine teşkil edebilmesi) uygulanabilecektir<sup>16</sup>. E-faturada açık-kapalı fatura ayrımı olmadığını da burada belirtmek gerekir. Bu nedenle e-faturaya yönelik açık ve kapalı fatura ayrımına gidilemeyecektir.

Açık ve kapalı fatura ayrımı, özellikle faturanın ticari işlemlerin ispatı açısından temel delil niteliği taşıması nedeniyle son derece önemlidir. Böylesi önemli bir konu olan kapalı ve açık fatura düzenlemesinin kanun kapsamı dışında tutulmasının ise ciddi bir eksiklik doğurduğunu düşünmekteyiz.

Uygulamada sıklıkla kullanılan faturaya ilişkin başka bir kavram da iade faturasıdır. İade faturası aslında bir fatura özelliği taşımamaktadır. İade faturası, satıcı tarafından gönderilmiş bir faturanın alıcı tarafından tamamen veya kısmen kabul edilmemesi ya da satılan malın herhangi bir nedenle tamamının ya da bir kısmının iade edilmesi durumunda düzenlenen belgedir. Özetle, satıcı eliyle düzenlenen faturanın tamamının veya bir kısmının kabul edilmediğini veya alınan malın iade edildiğini gösteren belgeye denilmektedir<sup>17</sup>. TTK m.21/1'e göre fatura, mal ve hizmet teslimi üzerine düzenlenecektir. Dolayısı ile iade faturası TTK m.21 anlamında bir fatura sayılmayacaktır. Bunun sonucu olarak TTK m.21/2 gereğince 8 gün içerisinde belgeye itiraz edilmemiş olmasının, içeriğinin kabul edilmiş sayılması sonucunu doğurmayacağı ortadadır. İade faturası, bir malın satımı, üretimi ya da temini için verilmiş olmamasından dolayı TTK'nın 21/2 fıkrasındaki karineyi doğurmayacağı Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> TTK m.2/3: "Ticari örf ve âdet, tacir sıfatını haiz bulunmayanlar hakkında ancak onlar tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği takdirde uygulanır."

<sup>16</sup> Ünal, İspat, s. 31.

<sup>17</sup> Ünal, İspat, s. 17.

<sup>18</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.03.1999 tarihli ve 1998/7898 E. 1999/2516 K. sayılı kararı. [https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay\\_11\\_Hukuk\\_Dairesi\\_1998-7898.php](https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_11_Hukuk_Dairesi_1998-7898.php), (15.11.2021).

## B. Türk Ticaret Kanunu ve Vergi Usul Kanunu Açısından Fatura

Hukuk dallarının kendine özgü olan kurumları ve kavramları mevcuttur. Kurum ve kavramlar her hukuk dalında kullanılış itibariyle farklılıklar arz edebileceği gibi hukuki nitelikleri ve sonuçları da farklı olabilir. İşte, hem vergi hukuku hem de özel hukukta kullanılan birçok kavram bulunmaktadır. Özellikle fatura da bu kavramların başında gelmektedir.

Vergi hukuku, özel hukuk ile üç farklı şekilde bağlantı kurmaktadır. Birincisi, vergi hukukunun, özel hukuka doğrudan atıf yapması durumudur. Bu durumda özel hukuk kuralları uygulanacaktır. İkinci olarak, vergi hukukunun, özel hukukla dolaylı şekilde irtibat kurmasıdır. Yani bir kurum veya kavram bir hukuk dalında düzenlenmemiş, diğer bir hukuk dalında ise düzenlenmiş ise kurum ve kavramın düzenlendiği hukuk dalı, kurum ve kavramın düzenlenmediği hukuk dalına kıyasen uygulanacaktır. Son olarak, vergi hukuku, özel hukuktaki kurumları ve kavramları değiştirerek kendi hukuku içinde düzenleme yapabilir. Bu halde doğrudan vergi hukukundaki hükümler söz konusu olur. TTK ve VUK'taki fatura hükümleri arasındaki ilişki bu sonuncu kapsama girmektedir<sup>19</sup>. Yani, her kanun kendi kuralını, kendine özgü anlamı ile, kendi amacı doğrultusunda kullanacaktır.

VUK'un faturaya ilişkin düzenlemelerindeki amacı, vergi mükelleflerinin fatura verme ve alma yükümlülüklerini hüküm altına alarak vergi mükelleflerinin denetimini sağlamayı kolaylaştırmaktır. TTK'nın fatura ile ilgili düzenlemelerindeki amacı ise, ticari işlemlerde kullanılan faturanın verilmesi ve faturaya itiraz edilmemesinin sonucunun düzenlenerek tarafların güvenli ortamda ticaret yapmasını sağlamaktır<sup>20</sup>. TTK'daki fatura ile ilgili hükümler, "tacir olmanın hükümleri" başlığı altında düzenlenmiştir. Böylelikle TTK tacir olmayanlara müdahalede bulunmamıştır. Konuyu özel düzenlemelere bırakmıştır. VUK ise hem tacir hem de tacir olmayan kişilere yönelik fatura ile ilgili düzenlemeler getirmiştir.

Bahsedildiği üzere fatura hakkındaki hükümlere hem TTK hem de VUK yer vermiştir. Ancak bu kanunlarda faturanın düzenleniş biçimi, amacı ve buna bağlı olarak sonuçları birbirinden farklılık arz etmektedir. TTK'da, faturaya ilişkin düzenlemeler, vergi mükelleflerine kıyasla daha çok özen gösterme borcu bulunan tacir

<sup>19</sup> Ünal, İspat, s. 14.

<sup>20</sup> Meltem Duru, "Yargıtay Kararları Işığında Fatura", *Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2020, s. 12.

ve ticari işletmesi esas alınarak düzenlenmiştir. TTK, yalnızca tacir olmanın hükümleri içerisinde tacirin fatura düzenleme ve verme mecburiyetini, faturanın içeriğinin kabulü ve faturaya ilişkin itiraza yer vererek, faturanın ispat kuvvetini ele almıştır.

TTK'nın fatura hakkındaki bu hükümleri dikkate alındığında, faturanın her iki tarafının da tacir olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur<sup>21</sup>. Öğretideki bir görüş, ticaret hukukunun faturaya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için tarafların ikisinin de tacir olması ve ticari işletmeleriyle ilgili olması gerektiğini belirtmiştir<sup>22</sup>. Buna karşın doktrinde her iki tarafın da tacir olmasına ilişkin görüşe karşın diğer görüş TTK m.21/2'de düzenlenen karinenin hüküm ifade etmesiyle sonuç doğurması için, fatura gönderilen tarafın tacir olmasının aranmayacağını kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlara göre TTK m.18'in başlığı ve TTK m.21'in düzenlediği yer ve lafzı incelendiğinde, tacirin düzenlediği faturayı alan kişinin tacir olması zorunlu değildir<sup>23</sup>. İlk görüşü savunanlara göre; TTK'nın 21/2. fıkrasındaki karinenin sonuçlarının tacir olmayan birine uygulanması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Ayrıca bu görüşü savunanlar, TTK düzenlemesine bakıldığında fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasına ilişkin 21. maddedeki hükmün ticaret kanununun "tacir olmanın hükümleri" kısmında düzenlenmiş bulunmasını, yine Yargıtay'ın bir kararında<sup>24</sup> faturanın karşı tarafının tacir olmaması durumunda, faturayı gönderenin fatura içeriğinin kabul edilmiş sayılmasından yararlanamayacağını belirtmesini dayanak göstermektedirler. Ancak biz ikinci görüşe katılmaktayız. Nitekim ilk görüşün dayanaklarından birini teşkil eden 21. maddenin düzenleme yerine bakıldığında faturanın içeriğinin kabul edilmiş sayılması hakkındaki hükümde, faturanın muhatabının tacir olması gerektiğine ilişkin bir husus bulunmamaktadır<sup>25</sup>. Yasa koyucunun, isteseydi buna ilişkin hükme bu hususu ekleyeceği tartışmasızdır. Yine bahsedildiği gibi birinci görüşün dayanaklarından biri tacir olmayan kimselere itiraz etmek mecburiyetinin ağır bir sorumluluk getireceği noktasıdır. Bu hususa bakıldığında hak verilecek olsa da söz konusu gerekçenin yasanın açık düzenlemesi karşısında uygulanması mümkün görülmemektedir<sup>26</sup>. Son

<sup>21</sup> Detaylı bilgi için: Ünal, Fatura ve Teyit Mektubu, s. 164 vd.

<sup>22</sup> Ünal, Fatura, s. 62; Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 107.

<sup>23</sup> İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 162.

<sup>24</sup> Yargıtay İBHGK'nın 27.06.2003 tarihli ve 2001/1 E. 2003/1 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (15.11.2021).

<sup>25</sup> Volkan Özçelik, "Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılması", *TBB Dergisi*, 2018, S. 138, s. 216.

<sup>26</sup> Özçelik, "Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılması", s. 216.

olarak daha yakın tarihli yargı kararlarında da ikinci görüşün kabul edildiği görülmektedir<sup>27</sup>. Tüm bu nedenlerle TTK m.21'in uygulanması açısından faturayı alan kimsenin tacir olmasının şart olmadığı düşüncesindeyiz.

VUK'ta ise fatura, kişinin vergi açısından tacir olup olmaması ve yine ticari işletmeye ilişkin olup olmaması fark etmeksizin tüm vergi mükellefleri göz önünde tutularak düzenlenmiştir<sup>28</sup>. Bundan bahisle fatura kavramı açıklanmış, şekli, düzeni ve fatura kullanma zorunluluğu, faturanın yerine geçen belgeler, faturaya ilişkin suç ve cezalar düzenlenmiştir<sup>29</sup>. Buradan da anlaşıldığı üzere TTK hükümleri VUK hükümlerine nazaran daha dar kapsamlı olarak konuyu ele almıştır. Bu kapsamda TTK'nın faturaya ilişkin hükümleri VUK'taki hükümler ile birlikte bir bütün olarak düşünülmelidir.

TTK m.21'de düzenlenen, "... tacirden diğer taraf, kendisine bir fatura verilmesini ve bedeli ödenmiş ise bunun da faturada gösterilmesini isteyebilir." hükmü incelendiğinde faturanın düzenlenmesinin ve istenmesinin ihtiyari nitelikte olduğu izlenimi edinilmektedir. Ancak yukarıda da değinildiği gibi TTK ve VUK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ve yine TTK tacirlere kanunen fatura düzenleme zorunluluğu getirmemiş ise de tacirlerin ticari defter tutma zorunluluğunun kanunen kabul edilmiş olması karşısında, faturanın isteğe bağlı bir vesika olmadığı ortaya çıkacaktır. Ancak bu hususun TTK m.21'de duraksamaya yer vermeyecek şekilde, kesin bir ifadeyle belirtilmesi çok daha faydalı olurdu.

VUK ise fatura alma ve verme gerekliliğini hüküm altına almıştır. Burada VUK'un amacının TTK'ya muhalif düzenlemeler getirmek olduğu düşünülmelidir. TTK'nın faturaya ilişkin m.21 hükmü tacir olmanın hükümleri başlığı altında düzenlenmiş, tacir dışındaki vergi mükelleflerine karışmamıştır<sup>30</sup>. VUK fatura kullanma mecburiyetini 232. maddede düzenlemiştir. Maddede fatura kullanma mecburiyetinin kapsamı belirlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus tacir olmayan kişilerin ya da ticari işletmesi olmadan ürün satımı veya üretimi yapmış veya bir iş görmüş ya da bir yarar elde etmiş gerçek kişi

<sup>27</sup> Yargıtay tacir sıfatının taşımayan kişinin de tacirden aldığı faturaya itiraz mecburiyetinin olduğunu belirtmiştir. Yargıtay HGK'nın 12.10.2011 tarih ve 2011/15-472 E. 2011/608 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (15.11.2021).

<sup>28</sup> Oğuz Kürşat Ünal, "Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1997, 1/2, s. 41-42.

<sup>29</sup> Ünal, İspat, s. 4.

<sup>30</sup> Gülfidan Demirkaya, "Türkiye'de E-Fatura Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2019, s. 8.

tacirlerin düzenledikleri faturalar, TTK'nın düzenlemesine göre değerlendirilmeyerek, VUK'un hükümlerine göre değerlendirilecektir<sup>31</sup>.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki tacirin fatura vermemesi halinde TTK kapsamında herhangi bir müeyyide öngörülmemiş olup yalnızca HMK'nın 222. maddesinde belirtilen, tacirin tutmak zorunda olduğu ticari defterlerin düzenli ve usulüne uygun tutulmaması halinde defterlerin tacirin aleyhine delil teşkil etmesi sonucu öngörülmüştür<sup>32</sup>. Buna karşın VUK, fatura verilmemesi veya alınmamasını cezai müeyyidelere bağlamıştır<sup>33</sup>.

### C. Faturanın Muhtevası

Diğer bir konu da faturanın içeriğine ve şekline ilişkindir. VUK'un faturayı ele alış biçimine bakıldığında faturanın sıkı sıkıya şekle bağlı bir belge olduğu görülecektir. Bu doğrultuda VUK şekle uygun olmayan faturaya ilişkin ceza müeyyideleri öngörmüştür. TTK ise faturayı kıymetli evrakta yaptığı gibi sıkı sıkıya şekle bağlı evrak olarak düzenlememiş, şekline ve içeriğine ilişkin açıklayıcı düzenlemelere de yer vermemiştir<sup>34</sup>. TTK, doktrin ve yargı kararları birlikte ele alındığında faturada bulunması gerekli olan asgari kayıtlar şu şekildedir<sup>35</sup>:

- Faturayı düzenleyen imzası ve ticaret unvanı,
- Faturayı alanın ticaret unvanı,
- Düzenleme tarihi,
- Satılmış veya üretilmiş malın ya da yapılan işin veya sağlanan yararın çeşidi, miktarı, meblağı ve tutarı,
- Talep durumunda bedelin ödendiğine ilişkin kayıt,
- Vade farkı kaydı.

Buna karşılık fatura içeriği ile şekil şartlarına ilişkin detaylı düzenlemeye Vergi Usul Kanunu, 230. maddesinde yer vermiştir<sup>36</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere TTK'nın öngörmediği bazı kayıtlar VUK tarafından öngörülmüştür. Örneğin fatura-

<sup>31</sup> Ünal, İspat, s. 15.

<sup>32</sup> Ünal, Fatura, s. 120-121.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, Fatura, s. 208 vd. (VUK'a göre faturadan doğan sorumluluk).

<sup>34</sup> Ünal, İspat, s. 69.

<sup>35</sup> Ünal, İspat, s. 72.

<sup>36</sup> Sevil Bayar, "Fatura ve Faturanın İspat Gücü", *Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 91.

nın seri ve sıra numarası VUK tarafından öngörölmüş bir zorunlulukken TTK bakımından aynı sonuca gidilemeyecektir. Buna göre seri ve sıra numarası bulunmayan faturanın VUK açısından fatura olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Nitekim VUK m.230 duraksamaya yer vermeyecek şekilde faturada bulunması gerekli asgari bilgileri hüküm altına almıştır. Buna paralel olarak da VUK m.227/3 zorunlu bilgi ve kayıtları taşımayan belgelerin vergi kanunları açısından hiç düzenlenmemiş sayılacağını hüküm altına almıştır. Burada akla gelen husus ise VUK hükmüne göre zorunlu bilgi ve kayıtları eksik olan belgenin TTK açısından fatura olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yukarıda TTK açısından faturanın şekline ilişkin kayıt ve bilgiler tamsa artık bunu, TTK açısından hüküm ve sonuçlarını doğuran bir fatura saymak gerekecektir. Nitekim VUK m.227/3 hükmü de sadece vergi kanunları içindir<sup>37</sup>. Tıpkı VUK m.231/5'te belirtilen ve faturaya ilişkin yedi günlük düzenleme süresi öngören, bu süre içinde düzenlenmediği takdirde ise hiç düzenlenmemiş sayan hükmün TTK m.21 açısından kabul edilmesinin mümkün olmadığı hususunda olduğu gibi.

#### D. Faturaya Yasal Olarak Yüklenen Delil Gücü

İspat, bir yargılamada, taraflardan birinin, talebinin konusu ile alakalı hukuksal sonucu doğuran hukuk kuralı unsurlarının olayda gerçekleştiği noktasında yargılamayı yapan hâkimde kanaat uyandırmak için giriştiği inandırma faaliyetine denilmektedir<sup>38</sup>.

Bir vakianın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun ispatına yarayan vasıtalara ise delil denilmektedir<sup>39</sup>. Deliller, kesin ve takdiri deliller diye ikiye ayrılmaktadır. Senet, ilamlar ile düzenleme şeklinde noter senetleri, ticari defterler, yemin ve kesin hüküm kesin delillerdendir<sup>40</sup>. Bu doğrultuda TTK kapsamında fatura, düzenleyen tacir açısından senet mahiyetinde olduğundan kesin delil niteliğine sahiptir<sup>41</sup>. Yani hâkimin bu delili değerlendirme konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır.

<sup>37</sup> Ünal, İspat, s. 72.

<sup>38</sup> Hakan Pekcanitez - Oğuz Atalay - Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 643; Murat Atalı - İbrahim Ermenek, *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 243.

<sup>39</sup> Atalı-Ermenek, *Medeni Usul Hukuku*, s. 246.

<sup>40</sup> Baki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 380 vd.

<sup>41</sup> Ünal, *Fatura*, s. 127.

Faturanın ispat aracı olma özelliği temelde TTK m.21/2'de düzenlenen karineye dayanmaktadır. Söz konusu maddede, faturaya ilişkin aksi ispat edilebilen bir karine düzenlenmiştir. Hükme göre faturayı alanın sekiz günlük itiraz süresi bulunmaktadır ve faturayı alan kişi bu sekiz günlük süre içinde itirazda bulunmamışsa fatura içeriğini kabul etmiş sayılacaktır. Bu halde sekiz günlük süre içerisinde itirazda bulunulmuşsa artık faturanın içeriğinin doğruluğunu tanzim edenin ispat etmesi gerekecektir<sup>42</sup>. Nitekim faturaya süresi içinde itiraz edilmemesi durumunda artık faturayı düzenleyen tacirin faturanın doğruluğunu ispat zorunluluğu olmayıp, doğru olmadığı iddiasında bulunanın, yani faturayı alanın ispatlaması gerekecektir.

TTK m.21/2'de düzenlenen faturaya ilişkin kanuni karinenin uygulanabilmesi için birtakım şartlar bulunmaktadır. Öncelikle faturanın bir delil olarak kabul edilebilmesi ve TTK m.21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için taraflar arasında mutlaka temel, geçerli bir akdi ilişkinin bulunması gerekmektedir<sup>43</sup>. Burada öncelikle belirtmek gerekir ki fatura tek başına akdi ilişkinin ispatına elverişli değildir<sup>44</sup>. Nitekim fatura, sözleşmenin kuruluş evresiyle değil, ifa evresiyle ilgili bir belgedir. Bundan dolayı da faturanın düzenlenip karşı tarafa gönderilmesi ve karşı tarafın bu faturanın içeriğine itiraz etmemiş olması, akdi ilişkinin mevcut olduğunu göstermeyecek ve alacak hakkı doğurmayıp karşı tarafı borç altına sokmak için yeterli olmayacaktır<sup>45</sup>. Belirtmek gerekir ki, faturayı alan taraf akdi ilişkiyi inkâr ederse, artık faturayı gönderen taraf m.21/2'deki kari-

<sup>42</sup> “davacı tarafından icra dosyasına sunulan faturaların hem davacı hem davalının ticari defterlerine geçirildiği, davalının sözkonusu faturaları ticari defterlerine geçirdikten sonra 8 gün içinde itiraz etmemekle TTK'nın 21/2. maddesi gereği fatura içeriğini kabul etmiş sayılacağı, fatura içeriğinin aksini iddia eden davalıya ispat yükümlülüğü düştüğü ve taraflar arasındaki hizmet süresinin hangi tarihleri kapsadığı hususu faturada düzenlenmediğinden hizmet süresinin talep edilenden daha az olduğu yönündeki savunmanın davalı tarafça ispat edilemediği gerekçesiyle davanın kabulüne” Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin 13.02.2020 tarihli ve 2016/9463 E. 2020/985 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>43</sup> Ünal, İspat, s. 129.

<sup>44</sup> “Davalı akdi ilişkiyi inkar etmiştir. Fatura tek başına akdi ilişkisinin ispatına elverişli değildir. Bu durumda davacının davalıya motorin sattığını usulen kanıtlaması gerekir.” 19. HD., 07.04.2004, E. 2003/5758, K. 2004/4015; “Akdi ilişkisi kanıtlanamadıkça tek başına fatura düzenlenmesi ve buna yasal sürede itiraz edilmemesi akdi ilişkinin kabulüne olanak vermez.” 19. Hukuk Dairesinin 28.11.2008 tarihli ve 2008/2791 E. 2008/11670 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>45</sup> Yargıtay da verdiği bir kararda faturanın düzenlenmesinin ve bu faturaya itirazın bulunmamasının tek başına taraflar arasında ki sözleşmenin varlığına delil olmayacağını belirtmiştir. 15. Hukuk Dairesinin 1.2.2005 tarihli ve E. 2004/ 3644 K. 2005/398 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

neden faydalanamaz ve akdi ilişkiyi ispat etmesi gerekir. Ancak, faturayı alan taraf, faturaya itiraz etmemesine rağmen, fatura bedelini ödemediğini, borcunun kalmadığını iddia ederse, temel borç ilişkisini ikrar etmiş olacaktır<sup>46</sup>. Taraflar arasındaki temel sözleşme geçersiz ise, düzenlenen belge de fatura niteliğinde sayılmayacak, itiraz edilmemesi durumu da m.21/2'deki sonucun doğmasına sebep olamayacaktır<sup>47</sup>. Doktrinde, taraflar arasında bir sözleşme olmadan, fatura adında gönderilen belgenin, fatura niteliğinde değil, olsa olsa (şartlarını taşıdığı takdirde) bir icap (öneri) niteliğinde<sup>48</sup> olabileceği kabul edilmektedir<sup>49</sup>. Yine burada belirtmek gerekir ki faturada yer alıp, tarafların arasında bulunan sözleşmede düzenlenmemiş bir kaydın, m.21/2 anlamında kabul edilmiş sayılmasının mümkün olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Taraflar arasındaki sözleşme yazılı değilse ve sekiz gün içerisinde itiraz edilmemişse sözleşmenin faturayla değiştirilebileceği kabul edilirken, sözleşme yazılı olarak düzenlenmişse taraflar tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştiremeyeceklerinden, faturaya itiraz edilmesinin sözleşme değişikliğinin kabul edildiği anlamına gelmeyeceği ileri sürülmektedir<sup>50</sup>. Yargıtay'ın da bu görüşü benimseyen ve itiraz edilmeyen faturanın yazılı delil vasfını kazanmasıyla, taraf iradelerinin birleşmiş olduğunu ve yazılı olmayan sözleşmenin bu şekilde değiştirilebileceğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır<sup>51</sup>. Yine Yargıtay güncel tarihli bir kararında, sözleşmede belirle-

<sup>46</sup> "Faturalara dayalı olarak borçlu hakkında ilamsız takip yapılmaktadır. Her ne kadar faturalar İİK'nın 68/1'inci maddesinde yazılı borç ikrarını havi belgelerden değil ise de, borçlu, taraflar arasındaki hukuki ilişkiye, fatura muhteviyatına yönelik bir itirazda bulunmamış, aksine, takip konusu fatura bedellerinin tamamının ödendiği, borcun kalmadığı itirazını ileri sürmüştür. Dolayısı ile borcu doğuran **temel ilişki borçlu tarafından kabul edilmiştir.**" 12. Hukuk Dairesinin 19.06.2008 tarihli ve E. 7980/K. 12914 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>47</sup> Yargıtay'da TTK m.21/2 hükmünün ancak geçerli sözleşmelere uygulanabileceğini belirtmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.5.1978 tarihli ve E. 1978/2652 K. 1978/2717 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>48</sup> Yargıtay'ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. Yargıtay HGK'nın 12.10.2011 tarihli ve 2011/15-472 E. 2011/608 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>49</sup> Domaniç fatura akdin icra safhasıyla ilgili bir belge olduğundan ve mutlaka mevcut bir anlaşmaya dayanması gerektiğinden faturanın bir icap dahi olmadığı kanaatindedir. Bkz. Hayri Domaniç, "Fatura ve İspat Kuvveti", **BATIDER**, 1966, 3/4, s. 663.

<sup>50</sup> İsmail Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, 4. baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 219.

<sup>51</sup> "TTK'nın 23/2. maddesi gereğince; faturayı alan kimsenin, aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde kapsamı hakkında itirazda bulunmaması sonucu fatura kapsamını kabul etmiş sayılabilmesi için, faturanın, yanlar arasındaki yazılı sözleşme şartını değiştirecek içerikli olmaması gerekir. Çünkü, yanlar arasında bir yazılı sözleşme mevcut ise taraflardan birisi tek yanlı olarak sözleşme hükümlerini değiştiremez. Ancak, taraflar arasında bir yazılı sözleşme yoksa, fa-



nen bedelden daha fazla bir bedelin faturada yer alması halinde, karşı tarafın itiraz etmeyerek bu faturaları defterlerine kaydetmesini, fatura içeriğinin kabulü olarak değerlendirmiştir<sup>52</sup>. Ancak faturada yer alan ancak taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş bir kaydın, m.21/2 anlamında kabul edilmiş sayılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu karine, akdin ifa safhasıyla ilgili bir belge olan faturanın olağan içeriği bakımından uygulanır. Sözleşmenin kuruluşu esnasında bulunmayan, ifayla alakalı konularda sözleşmeyi değiştiren ve karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı kayıtlar kural olarak faturanın zorunlu olan içeriğinden sayılmaz. Kanaatimizce de böyle bir faturaya itiraz edilmemiş olması bu hususların kabul edilmiş olduğunu göstermez. Nitekim fatura bir sözleşme değildir, sözleşmenin ifasını gösteren bir belgedir. Faturaya itiraz edilmemesi taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmemiş ancak faturaya yazılmış hususun kabul edildiği anlamına gelmeyecektir. Sonuç olarak, temelde var olan sözleşme sözlü yapılmış olsa dahi, bu sözleşmede belirlenen bedelden daha fazla bir bedeli içeren faturaya itiraz edilmemesi halinde bu bedelin kabul edilip edilmediği, TBK m.6 ele alınarak somut olayın koşullarına ve dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir. Nitekim bu halde, sözleşmede belirlenmeyen kayıtların olduğu durumlarda, faturanın icap niteliğinin ve tarafın faturaya itiraz etmemesinin zımni kabul beyanı olup olmadığının, durumun şartlarına, dürüstlük kuralına veya tarafların arasında bir teamülün<sup>53</sup> olup olmadığına göre belirlenmesi gerekmektedir. Bu halde de, susmanın kabul yerine geçmesi TTK m.21/2'den değil, TBK m.6'dan kaynaklanmaktadır.

TTK m.21/2'de düzenlenen faturaya ilişkin kanuni karinenin uygulanabilmesi için bir diğer şartta faturanın şekil şartlarına uygun düzenlenmiş olmasıdır.

---

***tura kapsamına 8 gün içinde itiraz edilmemiş olması halinde fatura bir yazılı delil niteliği kazanmış ve karşı tarafın susması sonucu olarak da "sözlü" sözleşmenin koşulunun değiştirilmesi hususunda taraf iradeleri birleşmiş olur.*** 15. Hukuk Dairesinin 9.6.2008 tarihli ve 2007/3090 E. 2008/3800 K. sayılı kararı; 15. Hukuk Dairesinin 14.2.2007 tarihli ve 2006/7750 E. 2007/882 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>52</sup> "Taraflar tacir olup, defterlerini usulüne uygun olarak tuttukları, ancak her iki tarafın ticari defterlerinde kapanış onayının bulunmadığı, ayrıca taraflar arasındaki sözleşmede birim fiyat olarak 6.15.-TL. kararlaştırılmışsa da davaya konu faturalar 7.33 TL. birim fiyat üzerinden düzenlenmiş ve davalı bu faturalara itiraz etmeyip kendi defterlerine işlemiştir. Bu durumda davalının davaya konu edilen faturalarda gösterilen birim fiyatı ve fatura toplamalarını benimsediğinin kabulü gerekir." Y. HGK'nın 19.09.2012 tarihli ve 2012/19-400 E. 2012/581 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

<sup>53</sup> Ticari örf de susmaya kabul anlamı vermiş olabilir. Teyit mektubuna cevap vermeme de olduğu gibi. Detaylı bilgi için: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, 2012, s. 257.

Daha önceki bölümde konuyu açıkladığımız için detaya girmiyoruz lakin belirtmek gerekir ki, TTK hükümlerinden çıkarılabilen ve faturada bulunması alışılmış olan asgari bilgi ve kayıtların bulunması TTK m.21/2'nin uygulanması bakımından yeterli ve gereklidir<sup>54</sup>.

TTK m.21/2'de düzenlenen faturaya ilişkin kanuni karinenin uygulanabilmesi için diğer şartlar ise faturanın gönderilmiş olması, faturaya itiraz edilmiş olması ve son olarak faturanın defterlere geçirilmiş olmasıdır. Burada tacirin, faturayı ticari defterlerine kaydetmesinden bahsetmek gerekmektedir. Nitekim TTK m.21 incelendiğinde faturanın ticari defter kayıtlarına geçirilmesi şartı görülmemektedir. Ancak fatura, tacirin ticari defterlerindeki kayıtların dayanaklarından birisini oluşturmaktadır<sup>55</sup>. Türk Ticaret Kanunu'nun 64. maddesine göre her tacir, ticari defter tutma yükümlülüğü altındadır. Bu yüzden, ticari defterlerin usulüne uygun tutulabilmeleri için, işletmeyle ilgili faturaların defterlere kaydedilmiş olması gerekmektedir. Bu konuda Ünal, ticari defterlere geçirilmeyen faturanın ispat vasıtası olarak kullanılmayacağı görüşündedir<sup>56</sup>. Kanaatimizce ise faturaya delil olarak dayanılabilmesi ve TTK m.21/2'deki karinenin uygulanabilmesi açısından faturanın ticari defterlere kaydedilmiş olması şart değildir. Şöyle ki, öncelikle TTK m.21/2'de böyle bir şart aranmamaktadır. Ayrıca tacir, ileri sürdüğü vakıaları ticari defterlerle ispatlayabileceği gibi diğer delilleri de ticari defterlerle birlikte kullanabilir ya da ticari defterleri kullanmaz, sadece diğer delilleri kullanabilir. Dolayısıyla, faturanın delil olarak kullanılabilmesi ve m.21/2'deki karinenin uygulanabilmesi için, faturaların mutlaka ticari defterlere kaydedilmelerinin zorunlu olmadığı kanaatindeyiz<sup>57</sup>. Nitekim fatura, ticari defterlerden bağımsız olarak düzenlenmiş bir delil olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak faturaya ilişkin, faturanın tebliğ edilmediğinin iddiası ya da faturaya itiraz edilmesi gibi anlaşmazlıklar çıktığında ticari defterlerin incelenmesi gerekebilir<sup>58</sup>. Ticari defterlerini usulüne uygun olarak tutmamış olan ve

<sup>54</sup> Ünal, İspat, s. 137-139.

<sup>55</sup> Ünal, İspat, s. 151.

<sup>56</sup> Ünal, İspat, s. 152.

<sup>57</sup> Ayı yönde: Fatih M. Arıcı, "Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Açısından Kapalı Fatura", *Hukuki Perspektif Dergisi*, 2006, S. 6, s. 200.

<sup>58</sup> "Faturanın içeriğine karşı yapılan itirazlarda, satıcı, iş yapan veya yüklenicinin ticari defterlerinin incelenmesi ve düzenlenen faturanın defter kayıtlarıyla uyumlu olması gerekir ise de, faturanın tebliğ edildiği hususunun sabit olduğu hallerde, o faturanın ticari defterlere kaydedilip kaydedilmediğinin araştırılmasının önemi yoktur." Yargıtay HGK'nın 12.10.2011 tarihli ve 2011/15-472 E. 2011/608 K. sayılı kararı. www.turkhukuksitesi.com, (15.11.2021).

fatura gönderen ya da fatura alan tacir, ticari defterleriyle vakianın ispatını sağlayamasa dahi, vakıyı ticari defterlerinin dayanağı belgelerle - yani fatura gibi - ispatlayabiliyorsa, ispatladığı vakianın hüküm altına alınması gerekmektedir.<sup>59</sup> Son olarak ticari defterlerin kesin delil olabilme şartları gerçekleştiği takdirde, faturanın ticari defterlere kaydedilmesinin etkisiyle, olağan içeriğin kesin delille ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Faturanın ticari deftere kaydedilmesinin önemi, faturanın olağan içeriğinin ne tür bir delille ispat edildiği noktasında önem taşımaktadır.

## II. FATURAYA İSTİNADEN İHTİYATİ HACİZ

### A. Genel Olarak

İhtiyati hacze ilişkin doktrindeki tanımlar birbirine benzer şekildedir. Para alacaklarına bağlı mevcut ya da gelecekteki bir takibin neticesinin garantiye alınması amacıyla, mahkeme kararıyla borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki koruma olarak tanımlanmıştır<sup>60</sup>. Yine doktrinde benzer bir tanıma göre de ihtiyati haciz, alacaklının para alacağının zamanında ödenmesini güvenceye almak amacıyla, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına önceden geçici olarak el konulması şeklindedir<sup>61</sup>. Tanımlardan da anlaşıldığı üzere ihtiyati haciz özel olarak para alacakları açısından öngörülmuş bir geçici hukuki korumadır. Yani bu müesseseyle alacaklı, borçlusunun borcunu zamanında ödeyeceğinden şüpheliyse, öncelikle borçlusunun mallarına ihtiyati haciz koydurup sonrasında davasını açabilecek ya da icra takibi yapabilecektir<sup>62</sup>. Bu husus İİK m.257 ve devamında düzenlenmiştir.

İİK'nın 257. maddesi, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için öngörülen koşulları düzenlemiştir. Bu maddeye istinaden ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için gereken şartlar iki ana başlık altında incelenebilir. Bunların ilki alacaklıya ilişkin şartlardır. İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için öncelikle istemde bulu-

<sup>59</sup> "Bir tacirin ticari defterlerinin usulüne uygun tutulmadığı için lehine delil olarak kabul edilemediği hallerde dahi, eğer, ileri sürülen alacağın varlığı dayanak belgelerle kanıtlanabiliyorsa, hüküm altına alınması gerekir." Yargıtay HGK'nın 2.10.2002 tarihli ve 2002/19-753 E. 2002/661 K. sayılı kararı. www.turkhukuk sitesi.com, (15.11.2021).

<sup>60</sup> Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 12.

<sup>61</sup> Talih Uyar, "Mahkemelerce Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", *TBB Dergisi*, 2016, S. 122, s. 459.

<sup>62</sup> Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, s. 1033.

nan kişinin alacaklı sıfatını haiz olması gerekmektedir. Ancak alacağın alacaklısı ihtiyati haciz isteyebilir. Burada ihtiyati haciz yargılamasına bakan hâkim, alacağa ilişkin sunulan delilleri dikkate alarak ihtiyati haciz isteyen kimsenin alacaklı sıfatına sahip olduğuna kanaat getirirse, ihtiyati hacze ilişkin bu öncelikli şart gerçekleşmiş olacaktır. Bu doğrultuda fatura, tek başına taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiyi, doğal olarak kişinin alacaklı olup olmadığını ispatlamaya elverişli bir belge değildir. Faturayı alan tarafın bu akdi ilişkiyi inkâr etmesi durumunda, faturayı gönderen tarafın akdi ilişkiyi ispat etmesi gerekecektir. Ancak ihtiyati haciz yargılamasında hâkim, karşı tarafı -faturaya itiraz eden tarafı dinlemeden karar verebilecektir (İİK m.258). İleride detaylarıyla konu ele alınacak olup uygulamada Yargıtay, faturanın, ihtiyati haciz isteminde bulunan kimsenin alacaklı sıfatını haiz olup olmadığını belirlemede tek başına yeterli olmadığından bahisle ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğini belirtmektedir<sup>63</sup>. Alacaklıya ilişkin bir diğer şart da alacaklının borçluya yönelik icra isteminde bulunma yetkisini haiz olması gerektiğidir. Çünkü her ihtiyati haczi, devamında bir icrai haciz takip edecektir. Bu nedenle borçluya yönelik cebri icra işlemine zaten başvuramayacak alacaklının ihtiyati haciz talebinde de bulunamaması gerekir<sup>64</sup>.

İhtiyati haciz kararının verilebilmesi için gereken şartlardan bir diğerini ise alacağa ilişkin şartlar oluşturmaktadır. Burada ilk olarak ihtiyati haczi istenen alacağın para alacağı olması şartıdır. Nitekim İİK bu hususu 257. maddesi ile açıkça hüküm altına almıştır. Bu şart, aynı zamanda uygulamada çok karıştırılan ihtiyati tedbir ile ihtiyati haciz arasındaki ayırmada önemlidir<sup>65</sup>. Önemli olan bir para borcunun varlığı noktasındadır. Gerekli diğer şartların da taşınması kaydıyla her türlü para alacağı için ihtiyati haciz istenebilecektir. Uygulamada en çok sözleşmeden kaynaklanan para borçlarında ihtiyati haciz talep edilmektedir. Ancak sözleşme dışı sorumluluktan kaynaklanan para borçlarından dolayı da ihtiyati haciz talep edilebilecektir. Bu açıklamalardan sonra faturaya ilişkin olarak; faturanın sözleşmenin ifa evresi ile alakalı olduğuna ve para alacağına ilişkin olduğuna değinmiştik. Bu sebeple mahkemece faturaya dayalı ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için faturalar ve ek deliller değerlendirildiğinde, alacağın

<sup>63</sup> Yargıtay açıkça salt faturanın akdi ilişkinin ispatına yeterli olmadığını belirtmiştir. 19. Hukuk Dairesinin 01.06.2011 tarihli ve 2011/5228 E. 2011/7271 K. sayılı kararı. [www.turkhukuk sitesi.com](http://www.turkhukuk sitesi.com), (15.11.2021).

<sup>64</sup> Uyar, "Mahkemelerce Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", s. 462.

<sup>65</sup> Bakınız: "4949 sayılı Kanuna ait gerekçe"

varlığı noktasında bir kanaat edinilmiş olması gerekecektir<sup>66</sup>. Ayrıca burada alacağın varlığı konusunda yaklaşık bir kanaatin yeterli ve gerekli olduğu da belirtilmelidir.

Burada diğer önemli bir şart da alacağın rehinle garantiye alınmamış olmasıdır. Nitekim alacaklı, alacağı rehinle güvence altına alınmış ise, kural olarak artık ihtiyati haciz talebinde bulunamaz. İİK m.257'deki "rehin" kelimesini, İİK m.23 hükmünü göz önünde bulundurarak değerlendirmek gerekir. Buradan yola çıkarak İcra İflas Kanunu'nun 257. maddesinde geçen rehin ifadesi; taşınır rehinlerini, taşınmaz rehinlerini ve aynı kanunun 23. maddesindeki diğer hakları kapsar. Rehinle temin edilmiş alacak için zaten rehinle aynı güvenceyi sağlayacak olan ihtiyati hacze gerek kalmamaktadır. Çünkü alacaklı zaten rehinle alacağını teminat altına almış durumdadır. Ancak rehinli malın değerinin, rehinli alacağı karşılamayacağı ortadaysa ne olacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Eğer alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapıp geçici rehin açığı belgesi alması beklenirse, bu durumun ihtiyati haczin tabiatıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu halde İİK m.257/1'in metnindeki "*rehinle temin edilmemiş alacak*" ifadesini -İsviçre kaynak kanuna uygun şekilde- "*rehinle karşılanmamış alacak*" şeklinde anlamak gerekir<sup>67</sup>. Böylece "alacağın, rehni aşan kısmı için" ihtiyati haciz kararı almanın önünde engel kalmayacaktır<sup>68</sup>. Bu durumda ihtiyati haciz talebi ile başvurulduğunda mahkeme, rehinli olan malın kıymet takdirini yapmalı ve bu rehnin ihtiyati haciz talebine konu alacağı karşılamayacağı sonucuna varırsa, rehnin karşılamayacağı öngörülen alacak kısmı için ihtiyati haciz kararı vermelidir. Yargıtay'ın da aynı doğrultuda kararları bulunmaktadır<sup>69</sup>. Bu-

<sup>66</sup> Yargıtay da sunulan delillere göre mahkemece alacağın varlığı ve bu alacağın muaccel olduğu hususunda bir kanaatin oluşması halinde ihtiyati haciz isteminin kabul edileceğini belirtmektedir. 19. Hukuk Dairesinin 23.01.2014 tarihli ve 2013/18723 E. 2014/1804 K. sayılı kararı. www.turkhukuk sitesi.com, (15.11.2021).

<sup>67</sup> (Nakleden) Adnan Deynekli - Mustafa Saldırım, *İhtiyati Haciz*, 3. Baskı, 2011, s. 26.

<sup>68</sup> Uyar, "Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", s. 463.

<sup>69</sup> "Verilen ipotek kendi kefaletine de sari olan borçlu yönünden ipotek limiti olan 230.000 YTL indirilmek suretiyle ihtiyati haciz kararı verilmek gerekir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.07.2007 tarihli ve 2007/6001 E. 2007/10525 K. sayılı kararı. www.turkhukuk sitesi.com, (15.11.2021); "kredi borçlusu bulunan S.M. borcun teminatını teşkil etmek üzere taşınmazını davalı bankaya (22.500.000.000) TL limitle ipotek ettiği için ve ihtiyati hacze konu edilen alacak da bu miktarın altında bulunduğu için yani ipoteği aşan bir alacak iddiası mevcut olmadığından, İİK'nin 257'nci maddesindeki koşulların oluşmaması nedeniyle mahkemece S.M.'nin itirazının kabulüne karar verilmek gerekirken" Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.04.2004 tarihli ve 2004/4232 E. 2004/4129 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (15.11.2021).

rada belirtilmesi gereken; asıl borcun rehinle temin edilmiş olması durumunda dahi kefillere ilişkin şartları oluşmuşsa ihtiyati haciz kararı verilebilecektir. Ayrıca alacağın rehinle teminat altına alınmış olmasına rağmen, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunluluğu olmayan durumlarda alacaklı, borçlu hakkında ihtiyati haciz yoluna başvurulabilecektir<sup>70</sup>.

Alacağa ilişkin bir diğer şart ise alacağın muaccel olması halidir. Kural olarak, sadece vadesi gelmiş, diğer bir ifade ile muaccel olan alacaklara ilişkin ihtiyati haciz istenebilir (İİK md.257/1). Burada önemli olan alacağın muaccel olduğunu ispat etmektir<sup>71</sup>. Alacağın muaccel olduğunu alacaklı ispat etmelidir. Faturaya dayalı ihtiyati haciz söz konusu olduğunda da faturada bulunan bedelin muaccel olduğunun ispatı gerekecektir.

Vadesi gelmemiş olan alacak açısından ise kural olarak ihtiyati haciz istenmemektedir; ancak bu kuralın istisnasına kanunda yer verilmiştir. Buna göre henüz vadesi gelmemiş olan alacak için de şartların varlığı halinde ihtiyati haciz istenebilecektir. Bunun için alacaklının, alacağını vadesi geldiğinde alabilmesinin ciddi şekilde tehlikede olduğuna yahut tehlikeye düşmekte olduğuna ilişkin delil olabilecek hususları sunması gerekir; bunlar İİK m.257/2'de sayılmıştır. Borçlunun söz konusu madde kapsamındaki davranışlarının, yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla olduğunu ispat, alacaklıya düşmektedir<sup>72</sup>. Ancak bu konuda yaklaşık ispatın oluşması gerektiğinden borçlunun kötü niyetini gösterecek belirtilerin ortaya konması yeterli sayılmalıdır. İİK m.257/2'de öngörülen bu sebepler tahdidi olup genişletilemezdir.

## B. İhtiyati Hacizde Yaklaşık İspat Kuralı Bağlamında Faturanın Değerlendirilmesi

İhtiyati haciz bir geçici hukuki koruma tedbiridir. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin ortak özelliği olan yaklaşık ispat hususu ihtiyati haciz açısından da geçerlidir. Buna göre ihtiyati hacizde alacaklı hem alacağın varlığını hem de ihtiyati haciz sebeplerinin varlığını yaklaşık olarak ispatlamalıdır. İhtiyati hacizde ispat çeşitlerinden olan tam ispatın değil yaklaşık ispatın aranmasının gerektiği öğretide kabul edilmiştir<sup>73</sup>. Nitekim yargı kararlarında da, mahkemede ka-

<sup>70</sup> Uyar, "Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", s. 464.

<sup>71</sup> Hakan Pekcanitez vd, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 357.

<sup>72</sup> Uyar, "Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", s. 468.

<sup>73</sup> Hakan Albayrak, "Geçici Hukukî Himaye Tedbirlerinde Yaklaşık İspat", *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart 2009, s. 85 vd.; Pekcanitez vd., *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, s. 360.

naat oluşturacak kadar delil göstermenin yeterli olduğu ve alacağın tam olarak ispatının gerekmediği, yani yaklaşık ispatın gerekli ve yeterli olduğu belirtilmektedir<sup>74</sup>.

İhtiyati hacze karar verebilmek için ihtiyati haciz isteminde bulunan alacaklinın, alacağının varlığını yaklaşık şekilde ispat etmek zorunda olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle yaklaşık ispat kavramı üzerinde durmakta yarar görmekteyiz.

Hukukumuzda yaklaşık ispat, HMK m.390 ile girmiştir. Bu hükümde kanun koyucu “yaklaşık ispat” terimini kullanmış ve bu terim hukukumuzda yer bulmuştur<sup>75</sup>. Madde gerekçesinde ispat ölçüsü açısından yenilik olmamakla birlikte, doktrinde kabul gören yaklaşık ispat kavramının kullanıldığı; yine ispatın ölçüsü bakımından da tam kanı değil, kuvvetle muhtemel, yaklaşık bir kanının yeterli görüldüğü belirtilmiştir. Albayrak, yaklaşık ispatın tanımını ele alırken yaklaşık ispat durumunun sadece ispatın ölçüsü ile değerlendirmenin eksik olacağını belirtmiştir<sup>76</sup>. Şöyle ki yaklaşık ispatın, maddi manada kesin hüküm olmayan usuli bazı taleplerin kabulündeki ara kararlarda, muhteva yönündense; hızlı yargılamalarda, tehlikeli hallerde ve geleceğe ilişkin öngörülerin ispatında kullanıldığına dikkat çekmiştir. Böylece yaklaşık ispatı, geçici hukuki koruma tedbirlerinde menfaatler dengesine göre ispat ölçüsünün değişiklik gösterebileceği, ispat yükünün de geçici hukuki koruma tedbirlerinde karşı tarafa savunma hakkının sağlanıp sağlanmadığına göre değişiklik göstereceği esnek bir ispat rejiminin ismidir, şeklinde tanımlamıştır<sup>77</sup>.

Değiniilmesi gereken diğer bir husus ise yaklaşık ispat söz konusu olduğunda iddia edilen olgunun, herhangi bir sınırlamaya bağlı olmadan bütün delillerle ispatının mümkün olması durumudur<sup>78</sup>. Hâkim önüne gelen ihtiyati haciz talebinde kanaatini oluşturmak adına delilleri serbestçe değerlendirebilecektir. Nitekim burada alacağın varlığı konusunda tam ispat aranmamaktadır. Kaldı ki alacağın esas hakkında bir karar verilmemektedir. Uygulamada da kabul edil-

<sup>74</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.05.2016 tarihli ve 5718/5497 sayılı kararı; 11. Hukuk Dairesinin 30.05.2016 tarihli ve 5667/5864 sayılı kararı; 19. Hukuk Dairesinin 23.03.2015 tarihli ve 16312/4017 sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (12.11.2021).

<sup>75</sup> Hakan Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin, 2013, s. 59.

<sup>76</sup> Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, s. 63.

<sup>77</sup> Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, s. 63-64.

<sup>78</sup> Bu konuda detaylı bilgi ve farklı görüşler için Albayrak, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, s. 110 vd.

diği üzere mahkemeye kanaat vermesi açısından gerekli her türlü delilden yararlanmak mümkündür<sup>79</sup>. Yazılı belgeye dayanmanın zorunlu olmadığına kabulü gerekir. Burada akla, esas yargılamada senetle ispat zorunluluğu olan bir durumda, ihtiyati haciz yargılamasında bu zorunluluğu aramamanın çelişki oluşturacağı gelebilecektir. Ancak ihtiyati haciz hızlı ve seri karar almanın gerekli olduğu bir yargılamadır. Bu nedenle asıl davada yapılacak olan ispat faaliyetini bu aşamaya çekmek menfaat dengesine de uygun düşmeyecektir. Bu halde alacaklının ihtiyati haciz talebi sırada elinde olmayan belge, tam ispatın arandığı esas yargılama esnasında getirilmesi gerekli bir belge olabilir yine borçlunun elinde olan bir belge olduğu ortaya çıkabilir. Kaldı ki senetle ispat zorunluluğunu hafifleten yani senetle ispat zorunluluğunun istisnası olan durumların varlığı söz konusu olabilir. Sonuç olarak denilebilir ki yaklaşık ispatın söz konusu olduğu bir yargılamada hâkim kural olarak bütün delillere başvurabilmelidir.

İhtiyati haciz düzenlemesine bakıldığında önemli olan alacağın varlığı noktasında hâkimde yaklaşık kanaatin oluşup oluşmadığıdır. Düzenlemeye bakıldığında ihtiyati haciz kararının ancak belirli belgelerle verilebileceği gibi bir hüküm de bulunmamaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ancak kanuni dayanağı olmayan borcun itirazsız kabulüne dair bir belgenin aranması, geçici hukuکی koruma olan ihtiyati haciz müessesesinin özü ile bağdaşmamaktadır. Nitekim alacağın esas hakkında karar verilmemektedir.

Tüm bu açıklamalardan sonra asıl sorun tacir elindeki faturaya dayalı ihtiyati haciz söz konusu olduğunda faturanın, alacağın varlığını yaklaşık olarak ispatlamaya yetip yetmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Diğer bir deyişle fatura yaklaşık ispatın varlığı noktasında yeterli midir? Öncelikle faturanın tek taraflı düzenlenen bir belge olduğu düşünülüğünde ihtiyati haciz için faturanın kabul edilmesi kötü uygulamalara yol açabilecektir. Nitekim fatura nitelik olarak sözleşmenin ifa evresiyle alakalı bir belgedir. Dolayısıyla fatura tek başına sözleşmesel ilişkinin varlığına kanıt teşkil etmeyeceği gibi alacağın varlığına delil de olamayacaktır. Bu şekilde düşünülüğünde salt faturaya dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği akla gelecektir. Lakin ihtiyati haczin amacı ve yine hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak hak arayana hakkın makul bir süre içe-

---

<sup>79</sup> Yargıtay'da vermiş olduğu kararda yazılı belgeye ya da belgeler zincirine dayanılması tercih edilse de kanaat vermek için gerekli her tür delilden yararlanmanın mümkün olduğunu belirtmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12.6.2008 tarihli ve 2008/4717 E. 2008/6504 K. sayılı kararı. [www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr), (17.01.2021).



risinde elde edilemeyecek olmasının yaratacağı sorunları ortadan kaldıracak etkili bir koruma sağlama zorunluluğu düşünüldüğünde konuyu daha esnek düşünmek gerekecektir. Zira alacaklının hakkına en etkili ve kısa yoldan kavuşması için mahkemeler ve icra daireleri çaba göstermek durumundadır<sup>80</sup>. Nitekim geçici hukuki korumalarda bu yüzden yaklaşık ispat kuralı geçerlidir. Uygulamada yaklaşık ispat, tam ispat ölçüsüne ulaştırılmakta ve bu durum kanunun konuluş amacına aykırı olmaktadır. Öyle ki etkin hukuki koruma açısından alacaklıya sadece alacağını elde etmeye yönelik imkânlar öngörülmesi yetmeyecek, bunların etkin şekilde uygulanması da gerekecektir<sup>81</sup>. Bu nedenle mahkemeler borçluyu tamamen alacaklının insafına terk etmeden, kendine tanınmış yetkileri hukuka uygun olarak eksiksiz kullanılmalıdır. Bu hukuk devletinin ve hak arama özgürlüğünün de bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim hukukumuzda kendiliğinden hak alma yasaklanmış olup bu yüzden hakkını zorla alamayan alacaklıya en etkin şekilde hakkını elde etme imkânı sağlanmalıdır<sup>82</sup>.

Konuyu değerlendirirken menfaat dengesinin gözetilmesi hususuna değinmekte de yarar bulunmaktadır. İcra hukukunda alacaklının menfaati, alacağını en hızlı şekilde elde etmesinde yatmaktadır<sup>83</sup>. Faturaya dayalı ihtiyati haciz kararının verilemeyeceği kabul edildiğinde, menfaat dengesi dürüst alacaklının aleyhine bozulmuş olacaktır. Hukuk düzenimizde de iyiniyet karinesi kabul edilmiştir (TMK m.3). Faturaya dayalı ihtiyati haciz isteyen alacaklının, alacağının tahsilinin tehlikede olduğu hallerde, tehdit edilen menfaatinin hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir. Diğer yandan ise gerçekte var olmayan bir alacağa yönelik düzenlenmiş faturaya dayanılarak verilecek ihtiyati haciz kararında, oluşabilecek zararlar dikkate alındığında bu defa borçlunun menfaatinin korunması gerekecektir. Bu nedenle hem alacaklının hem de borçlunun menfaat dengesini sağlama adına karşımıza yine yaklaşık ispat çıkmaktadır. İspat seviyesi tarafların menfaatlerinin değerlendirilmesine yönelik bir işlev görmektedir<sup>84</sup>. Bu nedenle yaklaşık ispat seviyesi hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinin korunması bakımından önemlidir ancak menfaat dengesini salt ispat ölçüsüne bağlamak da hatalı olacaktır. İhtiyati haciz sebeplerinin sınırlı olması, itiraz imkânı ve en önem-

<sup>80</sup> Volkan Özçelik, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, Adalet, Ankara, 2014, s. 109.

<sup>81</sup> Muhammet Özkes, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Adalet, Ankara, 2009, s. 126.

<sup>82</sup> Özçelik, *İcra Müdürünün Takdir Yetkisi*, s. 108.

<sup>83</sup> Özkes, *Temel Hak ve İlkeler*, s. 37.

<sup>84</sup> Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 210.

lisi alacaklıdan alınacak teminat menfaat dengesinin borçlu açısından korunmasını sağlamaktadır. Yine aynı amaca yönelik borçlu tarafından gösterilecek teminata mukabil haczedilen mallar açısından ihtiyatî haczin kaldırılması, borçlu tarafın menfaatlerine hizmet eden ve böylece alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesine yarayan bir düzenlemedir<sup>85</sup>. Bundan bahisle kanun, ihtiyati haciz kararı verilirken ve uygulanırken alacaklı yararına işlettiği menfaat dengesini, kararın uygulanmasından sonra borçlu lehine işletmiştir<sup>86</sup>.

Tüm bu durumlar düşünüldüğünde ispat seviyesinin esnek olduğu kabul edilmelidir. Nitekim faturaya ilişkin ihtiyati haciz talep edildiğinde alacağın tam ve kesin olduğunun ispat edilmesi aranmayacağından ispat seviyesi düşürülmelidir. Kaldı ki oluşacak zararlar borçlu açısından itiraz, teminat gibi yollarla bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Burada teminat düzenlemesi önemlidir. İhtiyati hacizde teminat başlıklı İcra İflas Kanunu'nun 259. maddesine göre, alacaklı, ihtiyati haciz isterken hacizde haksız olduğu ortaya çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü kişilerin haciz yüzünden uğrayacakları bütün zararlar için yazılı teminat vermeye mecburdur. Bu halde faturaya dayalı ihtiyati haciz kararı verilmesi halinde de ihtiyati haciz isteyen alacaklıdan teminat istenecektir. İhtiyati haciz sonrası alacaklının haksızlığı ortaya çıkarsa, örneğin faturanın gerçek bir borç ilişkisine dayanmadığı ya da faturanın zaten ödenmiş olduğu gibi, borçlunun hatta üçüncü kişilerin bu ihtiyati haciz dolayısıyla uğrayacağı tüm zararlardan alacaklı sorumlu olacaktır. Bu durum kötü niyetli ihtiyati haciz taleplerinin en başından engellenmesine hizmet etmesinin yanında haksız şekilde ihtiyati haciz kararı alınmış ve zarar doğmuş ise bu zararın tazmini güvence altına almaktadır. Bu nedenle faturaya yönelik ihtiyati haciz yargılamasında ispat seviyesi belirlenirken hâkim borçlunun menfaatini koruyan bu düzenlemeyi de göz önünde bulundurmalıdır. Bu hususlar çerçevesinde alacaklının ihtiyati haciz talebinin kabulü yahut reddi değerlendirilirken, ilk olarak alacaklının menfaatleri göz önünde bulundurulmalıdır<sup>87</sup>.

### C. İhtiyati Haciz Talebine Dayanak Olarak Fatura, Ticari Defterlere İşlenmiş Fatura ve Diğer Evraklar

Mevzuatta ticari defter tanımı bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde, ticari işletmenin hesaplarının ve yasalarda gösterilen diğer işlemlerin kaydedildiği def-

<sup>85</sup> Özekes, İhtiyati Haciz, s. 24.

<sup>86</sup> Pınar Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet, Ankara, 2010, s. 350.

<sup>87</sup> Çiftçi, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, s. 349.

terler olarak tanımlanmıştır<sup>88</sup>. TTK'ya göre her tacir ticari defter tutmak zorundadır (m.64/1). Konumuz açısından ticari defterlerin ispat gücü önemlidir. Nitekim fatura aynı zamanda tacirin ticari defterlerine yapmış olduğu kayıtların dayanaklarından biridir<sup>89</sup>. Ticari defterlerin delil niteliği, temelde özel bir hüküm olan HMK m.222'ye ve bunun dışında HMK m.219'a istinaden belge olmasına dayanmaktadır. Bu kapsamda ticari defterlerin kesin delil olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay, güncel tarihli ve artık istikrar kazanmış bir kararında<sup>90</sup> *"Ticari defterler kesin delillerdendir. Yasada delil vasfı taşıdığı takdirde aksinin yazılı veya kesin delillerle ispatı gerektiği düzenlenmiş olduğundan, yasanın ticari defterleri kesin delil olarak düzenlediği açıkça anlaşılmaktadır. Ticari defterler kesin delillerden ise de ancak HMK 222. maddedeki koşullar çerçevesinde ispat aracı olabilir"* şeklinde hüküm kurmuştur.<sup>91</sup> Buradan anlaşıldığı üzere yüksek mahkeme HMK m.222 şartlarını taşımakta olan ticari defterlerin kesin delil olduğunu kabul etmektedir. Öğretide ağırlıklı olan görüş de bu yöndedir<sup>92</sup>. Ancak aksini düşünen yazarlar da mevcuttur<sup>93</sup>.

Biz de doktrinde de ağırlıklı olarak kabul edilen görüş doğrultusunda ticari defterlerin kesin delil olduğu kanaatindeyiz. Nitekim HMK m.222/3'ün açık şekilde ticari defterlerin aksinin senet ya da başka bir kesin delille ispat edilebileceğini düzenlemesi, HMK m.222'nin şartlarını sağladığı sürece ticari defterlerin kesin delil niteliğinde olacağı şeklindeki görüşümüzü desteklemektedir. Kaldı ki kanun koyucu ticari defterleri takdiri delil olarak ele alacak olsa HMK m.222'deki sıkı şekil şartlarını koymazdı.

<sup>88</sup> Hayri Domaniç - Erol Ulusoy, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 5. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 309.

<sup>89</sup> Ünal, İspat, s. 151.

<sup>90</sup> Aynı yönde kararlar için: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 26.9.2018 tarihli ve 2018/2696 E. 2018/3431 K. sayılı kararı; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 22.5.2018 tarihli ve 2018/2343 E. 2018/2082 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (11.11.2021).

<sup>91</sup> Yargıtay Hukuk Dairesinin 23.01.2017 tarihli ve 2016/4087 E. 2017/261 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (11.11.2021).

<sup>92</sup> Mehmet Ali Aksoy, "Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 6/2, s. 163-164; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası Vakfı), Ankara, 2018, s. 395; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 547.

<sup>93</sup> Hakan Yıldırım, "Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olmasında Dayanak Belgelerin İbrarı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı*, 2013, 8/2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 970; Nihat Taşdelen, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, 3/1, s. 285.

Sonuç olarak ticari defterler, tacirler arasında geçen ticari işlerden kaynaklı uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda kesin delil olacaktır. Ancak uyuşmazlığın konusu ve taraflarına ilişkin aranan şartların bulunmaması halinde ticari defterler kesin delil niteliği taşımayacaktır.

Ticari defterlerin, sahibinin lehine delil olarak kabul edilebilmesi için öncelikle ticari defterlerin noksansız tutulmuş olması, defterlerin usulüne uygun olması, açılış ve kapanış onaylarının yaptırılmış olması ve defter kayıtlarının birbirini doğrulaması zorunludur. Bu şartları sağlamayan ticari defterler, yalnızca sahibi aleyhine delil teşkil edecektir<sup>94</sup>.

Bu kapsamda ticari defterlere işlenmiş bulunan fatura, diğer şartların varlığı halinde artık ihtiyati haciz taleplerine dayanak teşkil edebilecektir. Hâkim, bu durumda faturaya dayalı olarak ihtiyati haciz kararı verebilmelidir. Öyle ki ticari defterlerin kesin delil olabilme şartları gerçekleştiği takdirde, faturanın ticari defterlere kaydedilmesinin etkisiyle de olağan içeriğin kesin delille ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir.

Görüşümüzce, tacir elindeki faturaya ilişkin olarak ihtiyati haciz kararı verilebilmelidir<sup>95</sup>. Nitekim bu doğrultuda verilecek karar kesin bir karar teşkil etmeyecek, şartların değişmesi ile dönülebilecek bir geçici karar olacaktır. Bu özelliği haiz kararda faturaya dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilemez demek, yaklaşık ispat seviyesini tam ispat seviyesine doğru yaklaştırmak anlamına gelecektir. Bu husus da menfaat dengesinin alacaklı aleyhine bozulmasına neden olmaktadır. Bu nedenle yaklaşık ispatı tam ispata yaklaştıran uygulamalar kanımızca doğru değildir. Verilecek kararın zarara yol açma tehlikesi de teminat müessesesi ile bertaraf edilmiştir. Bu halde, tacir elindeki faturaya ilişkin ihtiyati haciz talebi söz konusu olduğunda hâkim, karşı tarafı dinleyerek faturaya itirazın olup ol-

<sup>94</sup> Alınur Dengiz, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Ticari Defterlerin İspat Gücü", *Kadir Has Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2020, s. 98.

<sup>95</sup> Uygulamada Yargıtay sadece faturaya dayanılarak ihtiyati haciz kararı verilemeyeceği görüşündedir. 19. Hukuk Dairesinin 18.09.2012 tarihli ve 2012/5779 E. 2012/13069 K. sayılı kararı; 19. Hukuk Dairesinin 25.09.2012 tarihli ve 2012/9509 E. 2012/13520 K. sayılı kararı; 9. Hukuk Dairesinin 21.03.2012 tarihli ve 2012/12557 E. 2012/4600 K. sayılı kararı, Talih Uyar - Alper Uyar - Cüneyt Uyar, *İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 99.; "İhtiyati haciz isteyen vekili alacağın dayanağı olarak faturaları ibraz etmiştir. Fatura tek başına malın teslim edildiğinin kabulü için yeterli değildir. Alacağın varlığı yaklaşık ispat kuralı gereği ispatlanamamıştır. İhtiyati haciz kararından sonra gelişen olaylar ve ibraz edilen belgeler dikkate alınamaz." Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 08.11.2016 tarihli ve 2016/7548 E. 2016/14409 K. sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr, (11.11.2021).

madığını, faturanın içeriğinin kabul edilmiş olup olmadığını belirlemeli ve yaklaşık olarak alacağın varlığına kanat getirmişse ihtiyati haciz kararı vermelidir. Eğer fatura ticari defterlere işlenmiş ya da sevk irsaliyesi, teslim belgesi gibi yan delillerle desteklenmiş ise artık hâkim, karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati haciz kararı verebilmelidir<sup>96</sup>.

## SONUÇ

Fatura ticari hayatımızın vazgeçilmez bir vesikası olarak karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli hukuk dallarında da uygulama alanı bulan faturaya ilişkin TTK ve VUK'ta kanuni düzenlemelere yer verilmiştir. VUK'ta fatura, kendi amacına uygun olarak vergi mükelleflerinin gelir ve giderini tespit etmeye yönelik, yani genel olarak verginin tam olarak toplanmasına hizmet edecek şekilde ele alınmışken, TTK'da tacirin ticari ilişkisinde iş ilişkilerinin yazılı hale gelmesi, ticari işlemlerde fatura verilmesi ve faturaya itiraz edilmemesinin sonucu gibi hususları düzenlenmiştir. Yani TTK, hükümleri bakımından, tacir olmayan kişileri kapsam dışı bırakmış, onlara müdahalede bulunmamıştır. VUK ise hem tacir hem de tacir olmayan kişilere yönelik fatura ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. TTK m.21/2, tacirin gönderdiği faturayı alan kimsenin sekiz gün içerisinde itiraz etmemesi durumuna ilişkin kanuni bir karineye yer vermiştir. Bu durumda fatura alan kişi, faturaya itiraz etmemişse fatura içeriğini kabul etmiş sayılacaktır. Bu husus, faturaya önemli bir delil değeri yüklemektedir. Bu maddenin uygulanması açısından, faturayı alan tarafın tacir olmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce faturayı alan tarafın tacir olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu maddeye bakıldığında karşı tarafın tacir olması gibi bir şart bulunmamaktadır. Kanun koyucunun isteseydi bunu açıkça düzenleyebileceği de belirtilmelidir. Güncel yargı kararları da bu doğrultudadır. Tacir olmayan kimselere, itiraz etme zorunluluğunun ağır bir yükümlülük getireceği belirtilerek hükmün uygulanması için fatura muhatabının tacir

<sup>96</sup> "... İbraz edilen irsaliyeli faturalar ise alacağın bir mal veya hizmet satışından doğduğu konusunda mahkemeye kanaat verilmesine elverişli olduğu, ... bu durumda mahkemece ihtiyati haciz talebinin kabulünün gerektiğini" 19. Hukuk Dairesinin 20.05.2015 T. 2015/19940 E. 2015/7449 K., Uyar, vd., *İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, s. 69.; "İhtiyati haciz kararı verilebilmesi için 'alacağın varlığı hakkında kanaat edinilmesinin' yeterli görüldüğü, bunun kesin bir ispat şeklinde anlaşılamayacağı, 'alacağın yargılamayı gerektirmemesi' şeklinde bir koşulun kanunda öngörülmediği, alacaklı tarafından fatura ve sevk irsaliyesinin ibraz edildiği, bu belgelerden alacağın varlığına kanaat getirildiği gerekçesiyle ihtiyati haciz kararına yapılan itirazın reddine karar verilmesinin isabetsiz sayılmayacağını" 11. Hukuk Dairesinin 04.05.2015 tarihli ve 4336/6260 sayılı kararı, Uyar-Uyar-Uyar, *İcra Hukukunda İhtiyati Haciz*, s. 70.

olması gerektiği görüşleri bulunsa da, bu hususun kanun hükmünde bulunmaması, yine bu hususun ancak olması gereken hukuk açısından tartışılabilirliği belirtilmelidir. Karinenin hüküm ifade edebilmesi için öğretide tartışmalı olan bir şart da faturanın defterlere geçirilmiş olması gerektiğidir. Böyle bir şart kanunda düzenlenmemiştir. Bu nedenle böyle bir şartın aranmasının uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

Tacirin elinde bulunan faturaya dayanması üzerine ihtiyati haciz kararı verilirken verilemeyeceği noktasında öncelikle belirtmek gerekir ki, ihtiyati haciz İİK m.257’de düzenlenmiş bir geçici hukuki koruma türüdür. Geçici hukuki korumalarının niteliği gereği, kural olarak asıl hak açısından maddi hukuk ilişkisi hakkında bir karar verilmemektedir. Bu nedenle yargılamada kural olarak yaklaşık ispatla yetinilir. Bu etkin hukuki korumanın bir gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır. Yine doktrinde tartışmalı olmakla beraber hâkim, ihtiyati haciz taleplerinin hızlı neticelenmesi gereken ve uzun yargılamaları gerektirmeyen talepler olmasından dolayı bu yargılamalarda delilleri serbestçe değerlendirmelidir. Asıl davadaki delillerin değerlendirme kurallarını, bu aşamada ön safhaya çekmek doğru olmayacaktır. Faturaya dayalı olarak için tacirin, ihtiyati haciz talebinde bulunduğu alacağının varlığı ile alacağın muaccel olduğunu kesin olarak ispat etmesi aranmamalıdır. Ancak İİK m.257’nin uygulanmasında, kanun koyucunun amacının dışına çıkıldığı görülmektedir. Faturayı tebliğ alan taraf, süresinde faturaya itiraz etmemişse artık fatura içeriği kabul edilmiş sayılacağından, tacir, faturaya dayalı olarak mahkemeden ihtiyati haciz talebinde bulunduğu mahkeme ihtiyati haciz kararı vermelidir. Burada hâkimin öncelikle faturaya itiraz edilip edilmediğini belirleyip, yaklaşık kanaate ulaşabilmesi açısından mümkün olduğunca karşı tarafı dinleyerek karar vermesi gerektiği görüşündeyiz. Hâkim karşı tarafı dinlemiş, kanuni süre içerisinde de herhangi bir itiraz yapılmadığını tespit etmişse artık ihtiyati haciz kararı vermelidir. Faturaya itiraz sebeplerinin detaylı olarak incelenmesi ancak açılacak davada mümkün olacaktır. Tacir elinde bulunan ve TTK m.21/2 gereği gerekli şartları taşıyarak kanuni karineden yararlanan faturaya ilişkin ihtiyati haciz kararı verilemeyeceğinin kabulü, menfaat dengesinin alacaklı tacir aleyhine bozulmasına neden olacaktır. Nitekim bu halde de teminata hükmedilerek borçlunun ileride doğabilmesi muhtemel zararlarını güvence altına alınmış olacaktır.

Son olarak ticari defterlere işlenmiş faturanın ihtiyati haciz taleplerine konu olduğu, uygulamada görülen bir durumdur. Nitekim fatura ayrıca tacirin ticari defterlerine yapmış olduğu kayıtların dayanaklarından biridir. Bu nedenle ticari defterlerin delil değeri önem göstermektedir. Ticari defterlerin kesin delil

mi yoksa takdiri delil mi olduğu öğretilerde tartışmalıdır. Kanaatimizce ticari defterler kesin delildir. Nitekim HMK m.222/3'ün açık şekilde ticari defterlerin aksinin senet ya da başka bir kesin delille ispat edilebileceğini düzenlemesi, kural olarak ticari defterlerin kesin delil niteliğinde olacağı şeklindeki görüşümü desteklemektedir. HMK m.222'deki sıkı şekil şartları da bunun göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda tacir, ticari defterlere işlenmiş bulunan faturaya dayanarak ihtiyati haciz talebinde bulunduğu hâkim, diğer şartların da varlığı halinde faturaya dayalı olarak ihtiyati haciz kararı verebilmelidir. Öyle ki ticari defterlerin kesin delil olabilme şartları gerçekleştiği takdirde, faturanın ticari defterlere kaydedilmesinin etkisiyle olağan içeriğın kesin delille ispat edilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu şekilde fatura, ticari defterlere işlenmiş ya da sevk irsaliyesi, teslim belgesi gibi yan delillerle desteklenmiş ise artık hâkim, karşı tarafı dinlemeden de ihtiyati haciz kararı verebilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- AĞAR, Serkan, *Vergi Kaçakçılığı Kapsamında Defter ve Belgeleri İbraz Etmeme Suçu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- AKSOY, Mehmet Ali. "Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Defter Tutma Yükümlülüğü", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 6/2, ss. 135-168.
- ALBAYRAK, Hakan, "Geçici Hukukî Himaye Tedbirlerinde Yaklaşık İspat", *Terazi Hukuk Dergisi*, Mart 2009, ss. 79-98.
- ALBAYRAK, Hakan, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Yetkin, 2013.
- ARKAN, Sabih, *Ticarî İşletme Hukuku*, 24. Basıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (T. İş Bankası Vakfı), Ankara, 2018.
- ARICI, Fatih M., "Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Açısından Kapalı Fatura", *Hukuki Perspektif Dergisi*, 2006, S. 6, ss. 198-204.
- ATALI, Murat - ERMENEK, İbrahim, *Medeni Usul Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAYAR, Sevil, "Fatura ve Faturanın İspat Gücü", *Yeditepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.
- ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet, Ankara, 2010.
- DEMİRKAYA, Gülfidan, "Türkiye'de E-Fatura Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir 2019.
- DENGİZ, Alinur, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Ticari Defterlerin İspat Gücü", *Kadir Has Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2020.
- DEYNEKLİ, Adnan - SALDIRIM, Mustafa, *İhtiyati Haciz*, 3. Baskı, 2011.
- DOĞANAY, İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 4. baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- DOMANIÇ, Hayri, "Fatura ve İspat Kuvveti", *BATİDER*, 1996, C. 3, S. 4, ss. 661- 666.
- DOMANIÇ, Hayri - ULUSOY, Erol, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, 5. Baskı, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.
- DURU, Meltem, "Yargıtay Kararları Işığında Fatura", *Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2020.
- ELÇİN, Ramis - GEREKAN, Bilal - USTA, Mehmet, "E-Fatura, E-Defter ve E-Arşiv Uygulamalarına Geçiş Sürecinde Yaşanan Sorunlar: Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Üzerine Bir Araştırma", *Mali Çözüm Dergisi*, 2018, S. 146, ss. 13-42.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara, 2012.



- ERİŞİR, Evrim, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, XII Levha, İstanbul, 2013.
- KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Mimoza Yayıncılık, 2014.
- KARSLI, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KAYAR, İsmail, **Ticari İşletme Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2015.
- KEFE, İlker - KANARIĞ, Zozan, "Türkiye'de E-Fatura Başvuru Süreci ve Kullanımı", **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi**, 2019, S. 25, ss. 165-178.
- KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- KURU, Baki, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013.
- ÖZÇELİK, Volkan, **İcra Müdürünün Takdir Yetkisi**, Adalet, Ankara, 2014.
- ÖZÇELİK, Volkan, "Fatura İçeriğinin Kabul Edilmiş Sayılması", **TBB Dergisi**, 2018, S. 138, ss. 209-229.
- ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999. (İhtiyati Haciz).
- ÖZEKES, Muhammet, **İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler**, Adalet, Ankara, 2009. (Temel Hak ve İlkeler).
- PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- PEKCANITEZ vd., **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.
- TAŞDELEN, Nihat, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2012, 3/1, ss. 257-297.
- TEKTÜFEKÇİ, Fatma, "E-Dönüşüm Sürecinde E-Muhasebe Uygulamaları: Türkiye Örneği", **Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi**, 2017, S. 12, ss. 79-88.
- UYAR, Talih, "Mahkemelerce Faturaya Dayalı Olarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", **TBB Dergisi**, 2016, S. 122, ss. 459-472.
- UYAR, Talih, "İtiraz ve İade Edilen Faturaya Dayanılarak İhtiyati Haciz Kararı Verilebilir mi?", **Terazi Hukuk Dergisi**, Ekim 2017, Cilt: 12, Sayı: 134, ss. 78-83.
- UYAR, Talih - UYAR, Alper - UYAR, Cüneyt, **İcra Hukukunda İhtiyati Haciz**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, **Fatura ve İspat Kuvveti**, 4. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006. (İspat).
- ÜNAL, Oğuz Kürşat, **Fatura ve Teyit Mektubu**, 5. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013. (Fatura).

- ÜNAL, Oğuz Kürşat, "Türk Hukukunda Fatura Kavramı ve Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 1997, 1/2, ss. 41-52. (Faturanın Mahiyeti).
- ÜREL, Gürol, **Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- YILDIRIM, Hakan, "Ticari Defterlerin Sahibi Lehine Delil Olmasında Dayanak Belgelerin İbrazı", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Doğan Soyaslan Armağanı**, 2013, 8/2, Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss. 969-985.
- YEŞİL, Tolga, "Elektronik Fatura Kullanımına İlişkin Bir Değerlendirme", **Mali Kılavuz Dergisi**, 2013, S. 62, ss. 125-127.

#### **Elektronik Kaynaklar**

[www.hukuki.net](http://www.hukuki.net).

[www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr).

[www.sinerjimevzuat.com.tr](http://www.sinerjimevzuat.com.tr).

[www.turkhukuk sitesi.com](http://www.turkhukuk sitesi.com).