

# İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 81 Sayı Number 4 Yıl Year 2023 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

## ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL  
ÜNİVERSİTESİ  
YAYINEVİ



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 4, 2023

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



### **Dizinler / Indexing and Abstracting**

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD



**Sahibi / Owner**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
*Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager**

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye  
*Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey*

**Yazışma Adresi / Correspondence Address**

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,

İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130

E-mail: [ilr@istanbul.edu.tr](mailto:ilr@istanbul.edu.tr) / [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr)

<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

**Yayıncı / Publisher**

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press

İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,

Fatih / İstanbul, Türkiye

Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

**Baskı / Printed by**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul

Tel: +90 (212) 269 30 00

**Sertifika No:** 20179

Basımı ve dağıtımını On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.

*Authors bear responsibility for the content of their published articles.*

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.

*The publication languages of the journal are Turkish and English.*

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June, September and December*



**DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD**

**Baş Editörler / Editors-in-Chief**

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [fgedikli@istanbul.edu.tr](mailto:fgedikli@istanbul.edu.tr)

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [alipasli@istanbul.edu.tr](mailto:alipasli@istanbul.edu.tr)

**Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief**

Dr. Öğr. Üyesi. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [eba@istanbul.edu.tr](mailto:eba@istanbul.edu.tr)

**Editöryal Asistanlar / Editorial Assistants**

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr](mailto:mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [aozsoy96@istanbul.edu.tr](mailto:aozsoy96@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr](mailto:zeynep.tanyeri@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Yağmur ALTAY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [y.altay@istanbul.edu.tr](mailto:y.altay@istanbul.edu.tr)

Arş. Gör. Kardelen YİĞİTBAŞI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr](mailto:kardelenyigitbasi@istanbul.edu.tr)

**Dil Editörleri / Language Editors**

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye  
- [elizabeth.earl@istanbul.edu.tr](mailto:elizabeth.earl@istanbul.edu.tr)



**YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD**

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye  
- [buz@bilkent.edu.tr](mailto:buz@bilkent.edu.tr)

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [nurayeksi@gmail.com](mailto:nurayeksi@gmail.com)

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye  
- [o.ekmekci@istanbul.edu.tr](mailto:o.ekmekci@istanbul.edu.tr)

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [ikirca@etu.edu.tr](mailto:ikirca@etu.edu.tr)

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [oezgenc@gazi.edu.tr](mailto:oezgenc@gazi.edu.tr)

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
İstanbul, Türkiye - [hpekcanitez@gsu.edu.tr](mailto:hpekcanitez@gsu.edu.tr)

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,  
Ankara, Türkiye - [fusan@ybu.edu.tr](mailto:fusan@ybu.edu.tr)

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private  
Law, London, United Kingdom - [c.gerner@ucl.ac.uk](mailto:c.gerner@ucl.ac.uk)

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,  
Zagreb, Croatia - [ivana.bajakic@pravo.hr](mailto:ivana.bajakic@pravo.hr)



İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

*Araştırma makalesi/Research article*

- TMK M. 169 Uyarınca Boşanma Davası Süresince Eşlere İlişkin Alınan Geçici Önlemler  
Etemporary Measures Regarding Spouses During Divorce Proceedings Pursuant to Turkish  
Civil Code Article 169 ..... 817  
Efe Can Yıldırım

*Araştırma makalesi/Research article*

- Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi  
Evaluating Unseasonable (Untimely/Early) Litigation Within The Scope of  
Judicial Decisions ..... 861  
Muhammet Özekes, Nilüfer Boran Güneysu

*Araştırma makalesi/Research article*

- Mirasa Konu Tarımsal Arazilerde Gelir Esaslı Değerin Yarattığı Sorunlar  
Problems with the Income Value Basis in Agricultural Lands Subject to Inheritance..... 911  
Sümeyye Tuba Korkusuz

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

*Araştırma makalesi/Research article*

- 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Türkiye’de Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında  
Yasama ve Yürütmenin Rolü  
The Role of the Executive and Legislative Branch in the Preparation of Bills in Türkiye  
Following the 2017 Constitutional Amendments..... 943  
N. Betül Haliloğlu Pakdil

*Araştırma makalesi/Research article*

**Ceza Muhakemesinde Hükümün Yokluğu Sorunu**

The Issue of Nullifying a Judgment in Criminal Procedural Law ..... 997

**Gökhan Ölmez**

*Araştırma makalesi/Research article*

**İmar Planlarının Yargısal Denetim Sürecine Katkı: Planlama Esasları-Şehircilik İlkeleri İçin Rehber Önerisi**

A contribution to the judicial review process of the development plans: A guide proposal for planning criteria and the principles of urbanism ..... 1045

**Koray Özcan**



## EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin gururu, köklü geleneği ve ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan *İstanbul Hukuk Mecmuasının* 2023/3 sayısının hemen ardından 2023/4 sayısını, gecikmeli olarak da olsa, siz okurlarımız için hazır etmiş ve 2024 yılının yeni sayılarının hazırlıklarına başlayabilmiş olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Bu kapsamda dergimizin yeni sayılarında uluslararasılaşma hedeflerimizin yerine getirilebilmesi bakımından önemli adımlar atmak kararlılığında olduğumuz bilgisini de heyecanla sizlerle paylaşmak isteriz. Bu hedef doğrultusunda yayımlarımızın yabancı dildeki erişilirliğinin artırılabilmesi için İngilizce kaleme alınan geniş özet kısmının genişletilmesini arzu etmekteyiz. Ayrıca yazarların talepleri ve hazırlıkları doğrultusunda makalelerin İngilizce ve Türkçe nüshalarının aynı sayıda yayımlanması önerisini de 2024 yılındaki sayılarımızda başvurucuların dikkatine sunacağımızı önceden takipçilerimize iletmek isteriz.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve *kamu hukuku* ana başlıkları altında birbirinden değerli altı makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk-kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda, önceki sayımızdaki makale sayısıyla da uyumlu olarak kamu hukuku alanında üç, özel hukuk alanında üç makale ile yayına çıkmaktadır.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında Türkiye’de kanun tekliflerinin hazırlanmasında yasama ve yürütme organlarının rolü incelenmiştir. Bu alandaki ikinci makalede, imar planlarının yargı denetimi sürecine katkıda bulunması amacıyla bir rehber önerisi ortaya konulmuştur. Kamu hukuku başlığı altındaki son makalede, ceza muhakemesi hukuku esasları uyarınca ele alınan ceza muhakemesinde hükmün yokluğu müessesesi incelenmiştir.

*Özel hukuk* başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde ilk olarak boşanma sürecinde eşlere ilişkin geçici önlemlerin değerlendirildiği bir makaleye yer verilmiştir. Bu alandaki diğer bir makalede ise, yakın zamanda verilen İçtihadı Birleştirme Kararı ile yeniden incelenmeye ve tartışılmaya başlanan bir dava türü olan “mevsimsiz (zamansız/erken) dava” ele alınmıştır. Son olarak, mirasa konu tarım arazilerinde gelir esaslı değerın yarattığı sorunları mercek altına alan bir makale özel hukuk bölümü kapsamında yerini almıştır.

Oldukça sıkı yürütülen hakem değerlendirme süreci, dergimize önemli bir ayırt edicilik kazandırmaktadır. Yürütülen bu hassas süreç, yayımlanma süreleri noktasında uzamaya sebebiyet verse de daha nitelikli eserlerin ortaya çıkmasını sağlamaktadır.



## İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 4, 2023

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Bunun yanında, *İstanbul Hukuk Mecmuası*nda yayın yapmanın yazarlar açısından bir ayrıcalık olması da, bu süreçteki hassasiyetin bir yansımasıdır. Bu noktada, tüm yazı sahiplerinin gösterdiği anlayış bizler için çok kıymetlidir.

Mecmuamızın yayımlanmasında editör ekibinin dikkate değer emeğiyle Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine değerli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, dergimizin başarısının en önemli etmenleridir. Tüm katkı sahiplerine hassaten şükranlarımızı sunar, 2023 yılının bu son sayısının da hukuk camiasına faydalı olmasını dileriz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

### İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ Prof. Dr. Ali PASLI





## TMK M. 169 Uyarınca Boşanma Davası Süresince Eşlere İlişkin Alınan Geçici Önlemler

Efe Can Yıldırım\*

### Öz

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davası açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmayı amaçlamaktadır. Nitekim boşanma davası açılmış olsa da yargılama sürecinde mevcudiyetini koruyan evlilik birliğinden hak ve borçlar doğmaya devam etmektedir. Bu çalışma, eşler arasında geçici bir düzen sağlayan ve aynı zamanda yargılamanın boşanmayla sona ermemesi durumunda eşlerin ortak hayatı tekrardan kurmaları bakımından da yardımcı olma işlevini haiz aile hukukuna özgü bu geçici hukuki korumalardan eşlere özgü olanların incelenmesi konu edinmektedir. Bu bağlamda uygulamada ve öğretide öne çıkan eşlerin ayrı yaşama hakkı, aile konutunun kullanımının özgülenmesi, tedbir nafakası ve eşlerin malvarlığı ilişkilerine ilişkin önlemlerden özellikle olağanüstü mal rejimine geçiş, tasarruf yetki kısıtlamaları ve borçlulara eşlerden birine ödemedede bulunma emri verme hem Türk hem de İsviçre öğretisi ve uygulaması ışığında irdelenmiştir. Anılan önlemler öncelikle maddi hukuk bakımından incelenmiştir. Nitekim bu geçici önlemler evlilik hukukundan doğan bir maddi hukuk talebine dayanmaktadır. İçerik incelemesinden sonra ise uygulamanın gereği gibi yansıtılması amacıyla usul hukuku bakımından da bu geçici hukuki korumalara ilişkin özellikle yüksek yargı kararları ışığında tespitlerde bulunulmuştur. Bu bağlamda özellikle görevli ve yetkili mahkemenin tespiti, önlem kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği, bu korumanın ne zaman sona ereceği ve kararın değiştirilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşulların neler olduğu meseleleri irdelenmiştir. Usul hukukuna ilişkin bölümde özellikle benzer menfaatlere dayansa da esasen ayrı bir amaca hizmet eden evlilik birliğinin korunması önlemleri ile de yer yer karşılaştırmalar yapılmış ve aralarındaki ilişki açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'daki düzenlenen önlemler kapsam dışında bırakılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Tedbir Nafakası, Boşanma, Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Mal Rejimi, Tasarruf Yetki Kısıtlamaları

## Temporary Measures Regarding Spouses During Divorce Proceedings Pursuant to Turkish Civil Code Article 169

### Abstract

Pursuant to Article 169 of the TCC, temporary measures offer legal protection and prevent the conflict between parties during proceedings from the filing of a divorce case until finalization of the decision. Despite the divorce case being filed, rights and obligations continue to arise from the marital union, which continues to exist during the judgment process. This study examines these temporary legal protections specific to family law, which provides a temporary order between spouses and simultaneously functions to help spouses reestablish a common life in case the proceedings do not end with divorce. Thus, the right of the spouses to live separately; allocation of the use of the family dwelling; injunctive alimony and measures related to the property relations of the spouses, especially transition to the extraordinary property regime; restrictions on power of disposal; and ordering debtors to pay one of the spouses are analyzed according to Turkish and Swiss doctrine and practice. Notably, the measures are primarily analyzed in terms of substantive law. To reflect the practice appropriately after the examination of the content, determinations have been made in terms of procedural

\* **Sorumlu Yazar:** Efe Can Yıldırım (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: efecan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8287-542X

**Atf:** Yıldırım EC, "TMK m. 169 Uyarınca Boşanma Davası Süresince Eşlere İlişkin Alınan Geçici Önlemler" (2023) 81(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 817. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0001>



law, especially in light of decisions of the Court of Cassation and by comparison at times with measures of protection of marital union. Measures regulated under Law No. 6284 on the Protection of the Family and Prevention of Violence against Women are excluded from the scope.

**Keywords**

Precautionary Maintenance, Divorce, Suspension of Joint Household, Separation of Property, Restrictions on Powers of Disposal

***Extended Summary***

Pursuant to Article 169 of the TCC, temporary measures offer legal protection and prevent conflict between parties during proceedings from the filing of a divorce case until the legal effect of the decision.

With the filing of a divorce case, spouses have the right to suspend the joint household. This measure is not based on the decision of the judge, and whether the divorce case is disputed or uncontested is not a decisive factor. Furthermore, the right to live separately exists independently of whether the related case is justified or not. As a rule, the right of spouses to live separately will end with the legal effect of the decision to dismiss the divorce case or the withdrawal of the case.

While evaluating the allocation of the use of the family home, the criterion of fitness for purpose should be considered, regardless of the fault status regarding the ground for divorce. Who owns the property right or limited right in rem on the common residence or who is a party to the debt relationship (e.g., lease agreement) on which the possession is based is insignificant. As the marital union continues to exist throughout the divorce proceedings, all protective provisions regarding the family home shall continue to be effective as long as the relevant immovable maintains that characteristic. If this protection is deemed insufficient in the concrete case, the judge can take any necessary temporary legal protection regarding the immovable property without any obstacles.

The notable criteria for determination of precautionary maintenance are the needs of the spouses and their ability to pay. In the calculation of the amount of the minimum needs (subsistence) of the spouses, both the expenses owing to the suspension of the joint household and continuation of the marital union will be taken into consideration. Pursuant to Article 169 of the TCC, the other of the two main elements for the calculation of cautionary maintenance is the income of the spouses. The concept of income includes both earnings and asset returns (e.g., rents or interest). Pursuant to Article 169 of the TCC, the precautionary maintenance shall be calculated based on the difference between the minimum needs of the spouses—determined within the framework of the principles—and the income of the spouses. Moreover, pursuant to Article 169 of the TCC, when deciding on the precautionary maintenance, who is at fault is not considered in the facts alleged as the ground for divorce.

In Article 169 of the TCC, the legislator mentions the measures regarding management of the property of the spouses among those that the judge can consider *ex officio* during continuation of the divorce or separation proceedings. Thus, if a spouse, who has the authority to freely use, benefit, and dispose of the assets that he or she owns in accordance with the marital property regime of participation in acquired property, violates the interests of the other spouse while exercising those powers or the obligation to provide information, the transition to separation of property can be decided. However, it is possible only if it complies with the principles of necessity, appropriateness, and proportionality, such as other measures in Article 169 of the TCC. Moreover, the judge can *ex officio* order restrictions on the power of disposal and payment of debtors of one spouse to the other spouse, which are essentially regulated in the law as measures to protect the marital union. While making such decisions, the characteristics of the fact that a divorce case has been filed should be considered.

The judge can rule *ex officio*, i.e., without the need for any request, on the temporary legal measures that are necessary during divorce proceedings, i.e., those related to the spouses. During divorce proceedings, the judge can rule on any proportionate temporary measures, if needed. The provisional measures to be taken regarding the spouses during divorce proceedings are subject to a simplified procedure. Pursuant to Article 169 of the TCC, the decision on provisional measures can be rendered at the earliest when the divorce case is filed and can be effective at that time. The temporary measures taken pursuant to Article 169 of the TCC shall be effective until the legal effect of the divorce decision. Moreover, provisional measures pursuant to Article 169 of the TCC, which do not constitute a final judgment, can be amended during the proceedings.

## I. TMK M. 169 Uyarınca Öngörülen Geçici Önlemlerin Amacı

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davasının açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı<sup>1</sup> ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmayı<sup>2</sup> amaçlamaktadır<sup>3</sup>. Nitekim sona erdirilmesine yönelik dava açılmış olsa da yargılama sürecinde mevcudiyetini koruyan evlilik birliğinden hak ve borçlar doğmaya devam etmektedir<sup>4</sup>. Bu bağlamda henüz sona ermemiş olmakla birlikte eşler arasındaki ilişkilerin bozulduğu evlilik birliği, yargılama boyunca tabi olacağı hususlar hâkim tarafından yeniden düzenlenmek suretiyle, mümkün mertebe sürdürülmeye çalışılmakta<sup>5</sup> ve böylelikle hem eşlerin hem de çocukların çatışma ortamından dolayı zarar görmelerinin önüne geçilmektedir<sup>6</sup>. Bu yönüyle yargılama süresince eşler arasında geçici bir düzen sağlayan<sup>7</sup> aile hukukuna özgü bu geçici hukuki korumalar aynı zamanda yargılamanın boşanmayla sona ermemesi durumunda eşlerin ortak hayatı tekrardan kurmaları bakımından yardımcı olma işlevini de haizdir<sup>8</sup>.

## II. TMK M. 169 Uyarınca Hükmedilecek Eşlere İlişkin Geçici Önlemlerin Maddi Hukuk Açısından İncelenmesi

### A. Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerden her birinin yargılama süresince birlikte yaşamaya ara verme -diğer bir ifadeyle ayrı yaşama veya ortak hayatı sona erdirmeye- hakkının mevcut olup olmadığı hususunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâlbuki hem 743 sayılı

<sup>1</sup> Marcel Leuenberger und Jeanette Suter, *FamKomm, Scheidung, Band: I ZGB und Band II: Anhänge*, Herausgeber: Roland Frankhauser (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2022) Art 276 N 1.

<sup>2</sup> Bu önlemlerle oluşan hukuki durumu “geçici bir barış düzeni” olarak adlandıran Thomas Sutter-Somm und Benedikt Seiler, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO* (Schultess Juristische Medien AG 2021) Art 276 N 1; Christian Stalder und Beatrice van de Graaf, *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Paul Oberhammer und Tanja Domej und Ulrich Haas (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn Verlag 2021) Art 276 N 1; benzer Aziz Erman Bayram, ‘Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’ (2019) TBB Dergisi (144) 213, 221.

<sup>3</sup> Bu bağlamda TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin kararların, boşanmanın yan sonuçlarına dair nihai bir düzenlemeye önceden hükmedilmesi gibi bir sonucu doğuracak içerikte olmaması gerekir. Bu yönde Daniel Bähler, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)* Herausgeber: Karl Spühler und Luca Tecno und Dominik Infanger (3. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) Art 276 N 2.

<sup>4</sup> Süleyman Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü* (On İki Levha 2021) 420; Aliye Gamze Ceylan, *Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler* (Yetkin 2023) 110.

<sup>5</sup> Benzer Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumaların Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013) 269-270.

<sup>6</sup> Benzer Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (3. Baskı Filiz 1986) 354; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (Yedinci Baskı Filiz 1990) 250; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (Beta 2006) 33.

<sup>7</sup> Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı Turhan 2015) 740-741.

<sup>8</sup> Benzer Ceylan (n 6) 33; Esra Günay İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Adalet 2018) 121.

Türk Kanunu Medenîsi'nin 162. maddesinin ikinci fıkrasında<sup>9</sup> hem de Türk Medenî Kanunu'na boşanma hukuku bakımından kaynaklık eden İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 137. maddesinin ilk fıkrasında boşanma davası açılmasının yargılama boyunca eşlere ortak hayatı sona erdirmeye hakkı vereceği açıkça düzenlenmekte idi<sup>10</sup>. Keza yürürlükteki İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinin ilk fıkrasında<sup>11</sup> da anılan düzenlemelerin muadiline rastlanmaktadır. Kanaatimizce konusu evlilik birliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu davanın açılması ile eşlerin birlikte yaşama ara verme haklarının doğduğu, açık bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın, kabul edilmelidir<sup>12</sup>. Bununla birlikte hukuk güvenliğinin gereği gibi sağlanması için birlikte ayrı yaşama hakkının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

<sup>9</sup> TKM m. 162/f. 2 şu şekilde idi: “Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri, davâ devam ettikçe, diğerinden ayrı yaşamak hakkını haizdir.” Bu düzenleme 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 170. maddesinin ikinci fıkrasına karşılıkta idi.

<sup>10</sup> İsviçre Medenî Kanunu'nun “Boşanma yargılaması süresince geçici önlemler” kenar başlıklı mülga 137. maddesinin ilk fıkrasının Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştı: “Her eş, derdestliğin başlamasıyla birlikte yargılama süresi boyunca ortak yaşamı ortadan kaldıracaktır.” Anılan düzenlemenin Fransızca metni ise şu şekilde idi: “Eşlerden her biri, derdestliğin başlangıcından itibaren yargılama süresi boyunca ortak hayata son verme hakkına sahiptir.” Bu düzenleme İsviçre Medenî Kanunu'nun 01 Ocak 2000'de yürürlükten kalkan 145. maddesinin yerini almıştır.

<sup>11</sup> İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinin Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştır: “Her eş, derdestliğin başlamasıyla birlikte boşanma yargılaması süresi boyunca birlikte yaşamı ortadan kaldıracaktır.” Anılan maddenin Fransızca metni ise şöyledir: “Eşlerden her biri, derdestliğin başlangıcından itibaren yargılama süresi boyunca ortak hayata son verme hakkına sahiptir.” Bu bağlamda ilgili hükmün düzenlenmesine ilişkin süreci, bu hakkın niteliğine dair -kuramsal düzeyde kalsa da- öğretideki tartışmaları gereği gibi yansıtmak için, özetlemekte fayda vardır. Eşlerin boşanma yargılaması süresince ayrı yaşama hakkı öncelikle İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı'nın 242. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş fakat İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ön tasarının 242. maddesini karşılayan 271. maddesi bu fıkraya ek edilmiştir. Son keredede ise bu tercihin vazgeçilmiş ve kanun koyucu anılan meseleye Tasarı'nın 271. maddesini karşılayan İHKM m. 275'te yer vermeyi uygun görmüş ve İHKM m. 137 ilga edilmiştir. Bu durumu boşanma açılması hâlinde eşlerin ayrı yaşama hakkının maddi hukuka ilişkin olduğunu vurgulayarak isabetli bir şekilde eleştiren Matthias Stein, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, Band II: Anhänge / Art. 275 ZPO*, Herausgeber: Roland Fankhauser (4. Auflage Stämpfli 2022) ZPO Art 275 N 2; bu düzenlemenin günümüz uygulamasında az öneminin de bulunduğunu belirterek Annette Dolge, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, Herausgeber: Alexander Brunner und Dominik Gasser und Ivo Schwander (2. Auflage, Dike 2016) Art 275 N 1. Bu haliyle İHKM m. 275'i maddi hukuka ve usul hukukuna ilişkin çeşitli yönleri bulunan bir hüküm olarak nitelendirse de kanun koyucunun bu tercihinin en iyisi olmadığını belirten Denis Tappy, *Commentaire romand Code de procédure civile*, Editeurs: François Bohnet et Jacques Haldy et Nicolas Jeandin et Philippe Schweizer et Denis Tappy (2<sup>ème</sup> édition Helbing Lichtenhahn 2019) Art 275 N 3-4; bu düzenlemenin İsviçre Medenî Kanunu'ndan İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na geçirilmesi ile ayrı yaşama hakkının derdestlikle birlikte başladığının kanun gereği açıklığı kavuşturulduğunu belirterek herhangi bir eleştirede bulunmayan Ivo Schwander, *Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Myriam A. Gehri und Ingrid Jent Sørensen und Martin Sarbach (2. überarbeitete Auflage Orell Füssli 2015) Art 275 N 2.

<sup>12</sup> Bu yönde Öztan (n 7) 744; benzer Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku* (22. Baskı Beta 2020) 283; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (18. Baskı Filiz 2023) N 708; Ceylan (n 6) 35; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 154-155; Topak (n 4) 424; Ceylan (n 4) 112. Doktrinde Günay İnan ise boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşamasını TMK m. 197'ye dayandırmaktadır. Bunun için bkz. Günay İnan (n 8) 124. Kanaatimizce evlilik birliğinin korunması önlemi niteliğindeki birlikte yaşama ara verilmesi ile boşanma davasının açılmasıyla doğan ayrı yaşama hakkı arasında bağlantı kurmaya- hizmet ettikleri amaçların farklılığı dikkate alındığında- gerek bulunmamaktadır.

Eşlerden her birine yargılama süresince ortak konutu terk etme veya diğerinden bunu talep etme yetkisi veren<sup>13</sup> bu hakkın<sup>14</sup> mevcudiyeti için boşanma davasının açılması dışında başka bir maddi olguya gerek olmadığı gibi<sup>15</sup> bir mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur<sup>16</sup>.

Eşlerin ayrı yaşama hakkı hâkimin kararına dayanmasa da<sup>17</sup> TMK m. 169<sup>2</sup> da düzenlenen diğer geçici önlemler gibi geçici huzuru sağlamayı amaçlamaktadır<sup>18</sup>. Mamafih eşlerin ayrı yaşam düzenine dair anlaşamaması hâkimin müdahalesini gerektirir<sup>19</sup>.

Açılan boşanma davasının içerişmeli veya anlaşmalı olması bu hakkın doğumu açısından belirleyici olmayıp<sup>20</sup> ayrı yaşama yetkisi ilgili davanın haklı olup olmamasından da bağımsız şekilde mevcuttur<sup>21</sup>. Buna ilaveten dava görevsiz ve / veya yetkisiz mahkemede açılmış olsa dahi yargılama boyunca eşler ortak yaşamı ortadan kaldırma hakkını kura olarak haizdirler<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Boşanma davasının açılmasının eşleri ayrı yaşama yükümlülüğü altına sokmayacağıni belirterek ortak hayatı sona erdirmenin bir hak olduğuna vurguda bulunan Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 275 N 3; eşlerin birlikte yaşamı sürdürmek isteyebilecekleri ve bu durumda da hâkimin onların ayrı yaşamalarına yönelik onları zarara sokan önlem almayacağını belirterek benzer Topak (n 4) 424. Dava açılmasına rağmen birlikte yaşamın sona erdirilmemesi hâkimi TMK m. 169 uyarınca yargılama süresince şartları oluştuğu takdirde re'sen önlem alma yetkisinden mahrum bırakmayacağı gibi eşlerin de geçici önlem talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca bu durumda evliliğin genel hükümlerine ilişkin kamu hukukuna ve özel hukuka yönelik düzenlemeler uygulanmaya kural olarak devam edecektir. Mamafih anılan olasılıkta özellikle evlilik birliğinin genel hükümlerinden bazılarının uygulama alanı sınırlandırılabilir. Bu bağlamda örneğin her ne kadar birlikte yaşamayı sürdürseler de boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğini temsil yetkisinin geçici olarak geri alınmasını meşrulaştırabilecektir. Benzer bkz. Tappy (n 11) Art 275 N 7.

<sup>14</sup> Walter Bühler und Karl Spühler, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof. Dr. Max Gmür begründeten Kommentars zum Eherecht, Stämpfli 1980) Art 145 N 78.

<sup>15</sup> Bu vurgu için bkz. Adolf Lüchinger und Thomas Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, (Helbing & Lichtenhahn 1996) Art 145 N 4.

<sup>16</sup> Benzer Urs Gloor, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Helbing & Lichtenhahn 2006) Art 137 N 3; Thomas Sutter und Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schultess 1999) Art 137 N 9; Isabelle Chassé, *Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Baker & McKenzie (Stämpfli 2010) Art 275 N 3; Stein (n 11) Art 275 N 4; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 275 N 3; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2; Tappy (n 11) Art 275 N 5. Boşanma davasının açılmasına rağmen eşlerin birlikte yaşamı anlaşarak sürdürülmesi de bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaz. Aksi yönde anlaşılabilir Topak (n 4) 424.

<sup>17</sup> Eşlerin ayrı yaşama hakkının geçici önlem niteliğini vurgulayarak Michel Czitron, *Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis in Kanton Zürich* (Dike Verlag 1995) 51. Yazar, İsviçre'de boşanma yargılaması süresince eşlerin ayrı yaşama hakkına dair açık hüküm bulunduğundan, bu geçici önlemi haklı olarak kanuna dayandırmaktadır.

<sup>18</sup> Benzer Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2.

<sup>19</sup> Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 78; Czitron (n 17) 51.

<sup>20</sup> Stein (n 11) Art 275 N 3; Schwander (n 11) Art 275 N 2.

<sup>21</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 4; Tappy (n 11) Art 275 N 6.

<sup>22</sup> Bununla birlikte boşanma davasının taraflardan birinin görevsizlik veya yetkisizliğe ilişkin hükümün kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurmaması durumunda HMK m. 20/f. 1, c. 2 uyarınca bu mahkemenin davanın açılmaması sayıldığına hükmettiği an eşlerin ayrı yaşama hakkı sona erecektir. Şayet bir tarafın, görevsizliğe veya yetkisizliğe ilişkin karar kesinleştiikten itibaren iki hafta içinde buna hükmeden mahkemeye başvurması halinde ise dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme görevsizlik kararına uyduğu veya uymak zorunda kaldığı takdirde eşler davanın açıldığı günden itibaren sahip oldukları ayrı yaşama hakkını muhafaza edecektir. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemlere dair genel bilgi için bkz. Bakı Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılı Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016) 98-102, 126-129. Boşanma davasına dair İsviçre usul hukuku özelinde bkz. Schwander (n 11) Art 275 N 2; Chassé (n 16) Art 275 N 3. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce İsviçre Federal Mahkemesi, boşanma davasının açıldığı ve kendisinden tedbir talebinde bulunulan mahkemenin görevsizliğinin ve yetkisizliğinin açık olmadığı durumlarda, somut uyumsuzluştaki şartların geçici hukuki korumayı acilen gerektirmesi halinde, hâkim kararına dayanan önlemlerin de alınabileceği görüşünde idi. Bunun için BGE 83 II 495.



Eşlerin ayrı yaşama hakkı boşanma davasının açıldığı anda doğar<sup>23</sup> ve boşanma yargılaması sürdüğü müddetçe varlığını korur<sup>24</sup>.

Eşlerin ayrı yaşama hakkı, boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesi veya davanın geri alınması ile kural olarak sona erecektir<sup>25</sup>. Şayet bu durumda devamı gereken ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşerse ilgili eş ayrı yaşamaya ancak TMK m. 197 uyarınca evlilik birliğinin koruma önlemi altında devam edebilecektir<sup>26</sup>. Bu şartlar gerçekleşmeden ayrı yaşamaya devam etmekte ısrar eden eş bunun sonuçlarına katlanacaktır<sup>27</sup>. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, öğretide -kanaatimizce özellikle Türk hukuku bakımından isabeti tartışılır şekilde- davanın boşanma kararı verilmeden sona ermesi durumunda ayrı yaşama hakkının devamı açısından eşin ayrılmaya dair ısrarlı iradesinin mevcudiyetinin yeterli olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır<sup>28</sup>.

## B. Aile Konutuna ve Eşyalara İlişkin Önlemler

TMK m. 169'da hâkimin alabileceği önlemler arasında “*eşlerin barınmasına ilişkin*” olanlar da sayılmıştır. Bu geçici hukuki korumaların başında ise aile konutunun kullanımının eşlerden birine<sup>29</sup> geçici olarak özgülenmesi gelmektedir. Aile

<sup>23</sup> Buna dair detaylı açıklamalar için bkz. aşağıda dn. 234.

<sup>24</sup> Stein (n 11) Art 275 N 4; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2.

<sup>25</sup> Gloor (n 16) Art 137 N 3; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 9. Bununla birlikte davanın başka bir yerde yeni bir boşanma davası açılması amacıyla geri alınması durumunda ilk yargılama süresince mevcut olan ayrı yaşama hakkının devam edeceğini vurgulayan BGE 86 II 306. Doktrinde *Czitron*, davanın geri alınması veya reddedilmesiyle ayrı yaşama hakkının derhal sona ermemesinin de mantıksız olmadığını nitekim açık yazarların iyileşmesinin zamana ihtiyaç duyan zor bir mesele olduğunu belirterek kanunda anılan olasılıkta eşlerin ortak yaşamı derhal kurma yükümlülüklerinin bulunmadığının belirtilmesinin yararlı olacağı düşüncesindedir. Bunun için bkz. *Czitron* (n 17) s 53.

<sup>26</sup> Benzer Schwander (n 11) Art 275 N 4; Dolge (n 11) Art 275 N 2; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2; Chassé (n 16) Art 275 N 4. Uzlaşma sonucu -daha açık ifadesiyle ortak hayatın tekrar tesisi- ile bitmemiş yargılamının tarafları karşı karşıya getirmesi durumunda TMK m. 197'deki şartların genel olarak gerçekleşeceği yönünde bir değerlendirmede bulunan Tappy (n 11) Art 275 N 6.

<sup>27</sup> *Czitron* (n 17) 53. Bu durum TMK m. 164 bakımından terk olgusuna neden olabileceği gibi boşanma sebebi açısından kusur da teşkil edecektir.

<sup>28</sup> Günümüz bireysel özgürlük anlayışının ayrı yaşamaya dair haklı bir sebebi bulunmasa bile bir kişinin, eğer istemiyorsa, eşyle birlikte yaşamaya zorlanamayacağı yönünde olduğunu belirten Tappy (n 11) Art 275 N 5. Bu görüş, İsviçre uygulamasında da benimsenmektedir. Bu yönde Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2. Ancak böyle bir yorum ile İMK m. 114 uyarınca boşanma açısından ayrı yaşama süresini başlatılmak için kişiye sıkı sıkıya bağlı ilişkilerin özgür irade ile şekillenmesi hakkının güvence altında olacağını belirterek Stein (n 11) Art 275 N 4. Yazarın atıfta bulunduğu İMK m. 114 uyarınca eşler davanın derdestliğinin başladığı veya davanın boşanma davasına dönüştürülmesine yönelik tek taraflı talepte bulunduğu gün en az iki yıldır ayrı yaşıyorlarsa eşlerden biri boşanmaya karar verilmesini talep edebilir. Türk hukukunda birebir karşılığı bulunmayan İMK m. 114'ün mutlak boşanma sebebi olduğu hakkında Schwander (n 11) Art 114 N 1.

<sup>29</sup> Bununla birlikte hâkim, acil bir durumun mevcudiyetinde ve konutta yeterli alan ve odanın bulunduğu olasılıkta eşler arasındaki ilişkinin seyri de dikkate alarak bu taşınmazın kısa süreli olarak her iki eşe de özgülenmesine istisnai olarak hükmedebilir. Bunun için bkz. Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 93. Esasen eşlerin kendilerine hâkim olmaları konusunda fazla özveride bulunmalarını icap ettirecek ve ortak yerlerin kullanımı konusunda başka bir geçici önlemin alınmasını da gerektirebilecek bu karara [*Czitron* (n 17) 58] ancak ayrı yaşamın başka şekilde düzenlenmesinin imkansızlığı durumunda hükmedilmelidir. Uygulamadan bir örnek için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2013/25697 K 2014/536, 15.01.2014 (Kazancı).

konutunun kullanımının özgülenmesinden mantıken anlaşılması gerekenin mobilyalı şekilde tahsisi olduğu kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eşlerin boşanma sürecinde aile konutunu kimin kullanacağını kararlaştırmaları mümkündür. Hâkimin de bu anlaşmayı uygun bulması durumunda aile konutunun kime özgüleneceğine dair bir geçici önlem alınmasına dair bir gereklilik kalmayacaktır<sup>31</sup>.

Aile konutunun kullanımının özgülenmesine ilişkin değerlendirmede bulunurken boşanma sebebine ilişkin kusur durumları dikkate alınmaksızın<sup>32</sup> amaca uygunluk kıstası göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda somut olayın şartları ve özellikle yargılama süreci boyunca ortak konutu kullanma hakkının kime daha fazla fayda sağlayacağı incelenmelidir<sup>33</sup>. İlgili değerlendirmede dikkat edilmesi gereken en önemli husus müşterek çocukların yargılama sürecinde kimin yanında ve gözetimine bırakıldığıdır<sup>34</sup>. Nitekim müşterek çocukların menfaati onlara (ve dolayısıyla yanında ve gözetiminde bırakıldıkları eşe) henüz evliliğin sona ermediği bu süreçte yargılamadan önceki dönemde sahip oldukları sosyal ve fiziki çevrenin en kuvvetli şekilde sağlanmasını gerektireceği gibi<sup>35</sup> yalnız bir kişinin çocuk ile yaşayana nazaran daha rahat konut bulabileceği de yadsınamaz bir gerçektir<sup>36</sup>.

Daha az önemli ve özellikle müşterek çocukların bulunmadığı evliliklerde önem kazanan diğer kıstaslar ise, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, tarafların iş<sup>37</sup>, yaş, sağlık durumları ve yeni bir konut bulabilme olanağının varlığı<sup>38</sup> olarak belirtilebilir<sup>39</sup>. Aile konutunun kullanımının özgülenmesinin kime daha yararlı olacağı tespit edilemiyorsa

<sup>30</sup> Karl Spühler und Sylvia Frei-Maurer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Ergänzungsband Stämpfli 1991) Art 145 N 104.

<sup>31</sup> Czitron (n 17) 58 benzer Öztan (n 7) 745; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 708; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 155; Topak (n 4) 424. Anlaşmazlığın mevcudiyeti durumunda, hangi sebebe dayandığına bakılmaksızın, hâkimin müdahale etmesi gerektiğini vurgulayarak Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 92.

<sup>32</sup> Bu vurgu için bkz. Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (TBB 2004), 295.

<sup>33</sup> BGE 120 II 3.

<sup>34</sup> BGE 114 II 17-18. Benzer Öztan (n 7) 745; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) 708; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (7. Baskı Turhan 2024) 120; Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (TBB 2009) 189.

<sup>35</sup> Benzer Kılıçoğlu (n 34) 120.

<sup>36</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 11. Aile konutundan hangi eşin ayrılmasının çocuklar için daha sakıncalı olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirterek Ceylan (n 6) 35.

<sup>37</sup> Aile konutunun, eşlerden birinin işiyle işlevsel olarak bağlantılı olması durumunda ilgili eşin tahsis hususunda öncelik hakkının bulunacağına dair Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 88; benzer Akıntürk ve Ateş (n 12) 283.

<sup>38</sup> Bu kıstas bakımından eşlerin gelir miktarı önem taşımaktadır. Bu yönde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 87. Aile konutunu boşanma davası açılmadan önce haklı olarak terk etmiş ve güvencesiz şartlarda barınma hakkına çözüm arayan eşe de -şartların uygunluğu durumunda- taşınmazın kullanımının -diğer eşin taşınmazdan ayrılmasına hükmederek- özgülenebileceği hususunda Jean Steinegger, *Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS* (Imprimerie du Chateau 1950) 46. Nitekim ortak konuttan haklı sebebe dayalı olarak ayrılan eş TMK m. 164 anlamında terk etmiş sayılmaz. Bkz. Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 611. Bundan dolayı da ortak hayatı sona erdirmiş olması ona aile konutunun kullanımının özgülenmesini engellemez.

<sup>39</sup> Gloor (n 16) Art 137 N 10; Öztan (n 7) 745; Dolge (n 11) Art 276 N 6. Davayı kimin açtığına ise bu karar açısından önemi yoktur. Bu yönde Ceylan (n 4) 112.

somut olayda kimin konuttan ayrılmasının beklenebilir olduğu belirlenmelidir<sup>40</sup>. Hâkimin özellikle eşlerin özellikle iktisadi durumlarını değerlendirmesi sonucunda özgülememe kararı vermesi de mümkündür<sup>41</sup>.

Özgüleme kararı açısından ortak konut üzerindeki mülkiyet hakkının veya sınırlı aynî hakkın kime ait olduğu veya zilyetliğin dayandığı borç ilişkisine (örneğin kira sözleşmesi) kimin taraf olduğu önem taşımamaktadır<sup>42</sup>. Kira sözleşmesine konu aile konutunun taraf olmayan eşe özgülenmesi durumunda taraf eşin bu borç ilişkisinden doğan bütün yükümlülükleri varlığını muhafaza edecek olup<sup>43</sup> geçici önlem kararıyla hâkim bu ilişkiye müdahale edemeyecektir<sup>44</sup>.

Aile konutunun özgülenmesi kararı bakımından eşlerin boşanma sebebinin ortaya çıkmasındaki etkileri önem taşımaz<sup>45</sup>. Nitekim boşanma sebebi eşlerden birinin kusuruna dayalı olarak ortaya çıkmışsa, bu durumun tespiti ancak boşanma kararıyla belirlenecektir.

Aile konutunun eşlerden birine özgülenmesine yönelik karar, tek başına diğer eşin aile konutundan uzaklaştırılmasını sağlamaz. Aile konutu dışında barınmasına hükmedilen eşin bu taşınmazdan uzaklaştırılması ancak bu içerikte bir geçici önlemin alınması ile mümkündür<sup>46</sup>.

Boşanma yargılaması boyunca evlilik birliği varlığını koruduğu için aile konutuna ilişkin bütün koruyucu hükümler -ilgili taşınmaz bu niteliğini korudukça- etkisini sürdürür<sup>47</sup>. Nitekim eşlerin (özellikle malik olan eşin) kanun gereği sahip olduğu yetkiye dayanarak aile konutundan ayrılması, ilgili taşınmazı niteliğini kural olarak değiştirmez<sup>48</sup>. Bu bağlamda TMK m. 194/f. 1 uyarınca malik eş, boşanma yargılaması boyunca da diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyecek veya

<sup>40</sup> BGE 120 II 3. Bu değerlendirmede eşlerin cinsiyetinin önem taşımadığı hususunda Spühler / Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 86.

<sup>41</sup> BGE 114 II 401.

<sup>42</sup> BGE 120 II 3.

<sup>43</sup> Doktrinde anılan olasılığa ilişkin olarak kullanılan özgüleme kararında taraf eşin kira bedelleri ile sabit giderleri aksatmadan ödemesi gerektiğinin belirtilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bunun için bkz. Erdem / Makaracı Başak (n 12) 156. Kanaatimizce böyle bir ibareye yer verilmesi sadece bir hatırlatma teşkil edecek olup yokluğu borçların varlığı olgusunu değiştirmeyecektir.

<sup>44</sup> Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 91.

<sup>45</sup> Czitron (n 17) 60.

<sup>46</sup> Şeyda Tekelioğlu, *Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Geçici Hukuki Korumalar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 91.

<sup>47</sup> Heinz Hausheer und Ruth E. Reusser und Thomas Geiser, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB* Herausgeber: Heinz Hausheer (2. Auflage Stämpfli 1999) Art 169 N 21.

<sup>48</sup> Bununla birlikte eşler anlaşarak taşınmazın aile konutu özelliğini ortadan kaldırımlarsa veya lehine koruma öngörülen eş konuttan kesin olarak ayrılmış (veya konutu terk etmeye zorlanmış) ve eşlerin artık bu konutta ortak hayatı tekrar tesis edebileceklerine yönelik bir ihtimal de mevcut değilse artık aile konutunun varlığından bahsedilemez. Bkz. BGE 114 II 402. Doktrinde aile konutunun kullanımının özgülenmesinin belirli bir süre ile sınırlandırılacağı ve bu zaman aralığında da ilgili taşınmazın devrinin yasak olacağı belirtilmektedir. Buna göre sürenin bitimiyle taşınmaz aile konutu niteliğini kaybedecek böylelikle de TMK m. 194'te öngörülen koruma hükmünü yitirecektir. Bkz. Bühler (n 3) Art 276 N 3. Uygulamada karşılaşılmış oldukça güç olan bu olasılık Türk hukuku bakımından sadece kuramsal önemi haizdir.

üzerindeki hakları sınırlandıramayacak; kira sözleşmesine dayalı kullanılan aile konutunun kullanımının sözleşmeye taraf olmayan eşe özgülenmesi durumunda ise hem TMK m. 194/f. 1 hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinin ilk fıkrasına göre âkit eş diğerinin açık rızası olmadıkça sözleşmeyi feshedemeyecektir<sup>49</sup>. Aile konutu üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen ancak kullanımın özgülendiği eşin rızasını hiç veya haklı sebep olmaksızın sağlayamayan eş ise ancak boşanma davasını görmeye görevli ve yetkili mahkemenin hâkiminin müdahalesi ile tasarrufta bulunabilecektir<sup>50</sup>. Anılan durumda hâkimin müdahalesi iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, aile konutuna ilişkin hukuki işlemin yakın bir zamanda kurulacak olduğu olasılıkta diğer eşin rızasının sağlanamaması veya eşin haklı sebep olmaksızın rıza göstermemesi üzerine TMK m. 194/f. 2 uyarınca müdahaledir. Diğer müdahale ise -genellikle malik eşin talebi üzerine- hâkimin aile konutunun özgülendiği eşin TMK m. 169'daki yetkisi uyarınca bu taşınmazdan ayrılmasına yönelik karar vermesi şeklinde gerçekleşebilir.

Aile konutunun eşlerden birine geçici olarak özgülenmesi durumunda -gerekli ise- ilgili taşınmazın bakımı da dahil olmak üzere çeşitli masrafların paylaşılmasına yönelik veya malik eşin konuttan ayrılmasına dair düzenlemelere de karar verilebilir<sup>51</sup>. Hâkimin önlem konusu taşınmazın devrini veya üzerindeki hakların sınırlandırılmasını engelleyici önlem almasına ise TMK m. 194'te öngörülen koruma devam ettiği müddetçe çoğunlukla gerek kalmayacaktır. Bununla birlikte bu kanuni korumanın somut olayda yetersiz kaldığına kanaat getirilmesi durumunda hâkimin bu taşınmaza ilişkin gerekli her türlü geçici hukuki korumayı almasına da bir engel bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Doktrinde hâkimin -tarafklar arasında kime özgüleneceği hususunda anlaşmazlık bulunması durumunda- ev eşyalarına ilişkin de önlem kararı alabileceği belirtilmektedir<sup>53</sup>. Barınma meselesinden farklı olarak TMK m. 169'daki örnek verilen geçici önlemlerde zikredilmeyen ve uygulamada da esaslı bir önemi bulunmayan ev

<sup>49</sup> Czitron (n 17) 61. Ancak doktrinde kendisine özgüleme yapılan eşin tapu kütüğüne şerh verilmesini talep ederek diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlayamayacağı ve TMK m. 194/f. 1'in kıyas yoluyla uygulanmayacağı ileri sürülmektedir. Bu yönde Öztan (n 7) 745. Bu görüşten ayrı düşünüyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile konutu şerhi kurucu değil açıklayıcı nitelikte olup aile konutunun kurulmasıyla birlikte malik olan eşin ilgili taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Bu bağlamda aile konutu üzerindeki tasarruf yetki kısıtlaması şerh ile değil; kanundan doğar. Bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2021) N 1057; benzer Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022 N 522). Boşanma davası süresince ilgili taşınmaz aile konutu niteliğini yitirmediği müddetçe TMK m. 194'te öngörülen malik olmayan eşe sağlanan korumanın sirmesi gerekmektedir. Kendisine kullanım özgülenen eşin aile konutu şerhi talep edebileceğine yönelik Yargıtay 2 HD, E 2012/12178, K 2012 / 31780, 26.12.2012 (Lexpera). Nitekim Öztan da değerlendirmelerinin sonunda "*Türk Medenî Kanunu'nun 194'üncü maddesi istisnai durumlarda Türk Medenî Kanunu'nun 169'uncu maddesine kıyasen uygulanır.*" şeklindeki değerlendirmesiyle ve bunu takip eden açıklamalarıyla [bkz. Öztan (n 7) 746-747] savduğumuz görüş ile benzer sonuçlara varmaktadır.

<sup>50</sup> Mahkemenin görevi ve yetkisi ile ilgili yapılan vurgu için bkz. Czitron (n 17) 62.

<sup>51</sup> Denis Tappy, *Commentaire romand Code civil I*, Editeurs: Pascal Pischoff et Benedict (1<sup>ère</sup> édition Helbing Lichtenhahn 2010) Art 137 N 18b.

<sup>52</sup> Benzer değerlendirme için bkz. Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 12; Gloor (n 16) Art 137 N 9.

<sup>53</sup> Öztan (n 7) 747; Ceylan (n 4) 112.

eşyalarına dair ayrı bir kuramsal değerlendirmede bulunmanın gerekliliği tartışılır<sup>54</sup>. Bu bağlamda münhasıran ev eşyalarına ilişkin geçici önlemlere dair bir kuramsal değerlendirme yerine TMK m. 169'da örnek olarak verilen eşlerin mallarının yönetimine dair önlemler başlığı altında ele alınması<sup>55</sup> kanaatimizce daha isabetli olacaktır<sup>56</sup>. Bu bağlamda ev eşyaları da dahil olmak üzere hâkim gerekli gördüğü takdirde eşlerin mallarına ilişkin olarak geçici özgüleme kararları verebileceği gibi tasarruf yetki sınırlamalarına da karar verebilecektir<sup>57</sup>.

Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte sona erecek bir önlem olduğundan özgüleme kararına yargılama sonrasına etki edecek şekilde karar verilemez<sup>58</sup>.

## C. Tedbir Nafakası

### 1. Tanımı

Boşanma davasının açılmasıyla ortak hayat sona erse de eşlerin TMK m. 185/f. son uyarınca yardımlaşma borcu ile özellikle onun kaynaklık ettiği somut yükümlerden birini teşkil eden ve TMK m. 186/f. son'da da açıkça düzenlenen evlilik

<sup>54</sup> Bu bağlamda ev eşyası kavramının öğretisi ve uygulamada (örneğin arabayı da içerecek şekilde) geniş yorumlandığını [Tappy (n 51) Art 137, N 18c] ve kendisi döşenmemiş ev bulan eşin ihtiyaç duyacağı kadar ev eşyasının geçici olarak özgülenmesi gerektiğini [Bühler und Spühler (n 14) Art 145, N 104] belirtmekle yetinmiyoruz.

<sup>55</sup> Aşağıda bkz. Malvarlığı İlişkilerine İlişkin Önlemler başlığındaki açıklamalar.

<sup>56</sup> Nitekim TMK m. 169'da, eşlerin sahip olduğu malvarlığı değerleri arasında ev eşyası ile diğer malvarlığı değerleri arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Bu bağlamda aile konutu veya ev eşyası niteliği taşımayan malvarlığı değerlerinin kullanılmalarının da özgülenmesi mümkündür. Örneğin TMK m. 169 uyarınca eşlerden birine ait olan ve ortak kullanılan arabanın malik olmayan eşe özgülenmesi [Bähler (n 3) Art 276 N 3] veya bağ, yazlık, çiftlik evi gibi taşınmazların eşlerin dönemsel kullanımına yönelik bir düzen öngörülmesi [BGE 119 II 196; Tappy (n 51) Art 137 N 18c; Topak (n 4) 425] mümkündür.

<sup>57</sup> Bkz. Tasarruf Yetki Sınırlamasına Karar Verilmesi başlığındaki açıklamalar. Her ne kadar ayrı bir öneme sahip olmasa da ev eşyalarını konu edinen geçici önlemlere dair öğretilerde yapılan değerlendirmelere de yer vermekte yarar vardır. Aile konutunun özgülenmesi bakımından temel kistas olan "amaca uygunluk" ev eşyalarına ilişkin alınacak önlemler bakımında da belirleyicidir [Bunun için bkz. Cziron (n 17) 63]. Bu geniş takdir yetkisi bakımından, aile konutunun özgülenmesinde olduğu gibi, malların mülkiyetinin kime ait olduğu olgusu belirleyici olmayıp [Akıntürk / Ateş (n 12) 284; Ceylan (n 6) 35; Topak (n 4) 426] boşanma sebebinin ortaya çıkmasındaki kusur durumundan da bağımsız olarak tarafların ihtiyaç durumları öne çıkacaktır. Sadece eşlerden birine kullanımının özgülenmesi olarak değil aynı zamanda ilgili malvarlığı değeri üzerinde tasarruf yetki sınırlaması olarak da hükmedilebilecek bu önlemlere [Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145, N 109] dair kararın yerine getirilmemesi veya buna zorluk çıkarılması aşağıda detaylı şekilde açıklanacak tedbir nafakasının artırılması sonucunu doğurabilecektir. Benzer Tekinay (n 6) 253. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ev eşyalarının kullanımının özgülenmesi geçici nitelikte olup mal rejimi tasfiyesinin öne alınması sonucunu da doğurmamalıdır. Bu tespit için bkz. Bühler und Spühler (n 14) Art 145, N 103.

<sup>58</sup> Bu önleme ancak dava süresiyle sınırlı olarak karar verilebileceği yönünde Yargıtay 2 HD, E 2007/6449 K 2008/595, 29.01.2008 (Kazancı).

birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü<sup>59</sup> yargılama sürecinde de mevcudiyetini koruyacaktır<sup>60</sup>. Ayrı yaşamaya başlanmasıyla önem kazanacak birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü, anılan davada bir geçici önlem olarak hükmedilmesi durumunda, eşlerden birinin diğerine ödemekle yükümlü olacağı nafaka şeklinde varlığını sürdürecektir. Bu bağlamda “*tedbir nafakası*” olarak adlandırılan bu sınırlı süreli katkı, mahkemenin bir geçici önlem olarak hükmettiği bakım nafakası<sup>61</sup> olarak tanımlanabilecektir<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Eşler arasında eşitliğin kabul edildiği kanuni düzende, eşlerin birliğin giderlerine katılma borcu ile yardımlaşma yükümlülüğü yakın ilişki içerisinde. Nitekim geniş bir içeriği haiz yardımlaşma yükümlülüğü bir eşin evlilik birliğindeki herhangi bir işle ilgili faal olup olmaması gerektiğinin tespitine hizmet ederken kaynaklık ettiği somut edim yükümlülükleri ve özellikle birliğin giderlerine katılma borcu bu faaliyetin türünün belirlenmesine yarar. Bu yönde Verena Bräm, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180* (Schultess 1988) Art 159 N 115. Bununla birlikte yardımlaşma yükümlülüğü evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun öngördüğünden daha geniş veya farklı içeriği haiz bir katkıda bulunma yükümlülüğü de öngörebilir. Bunun için bkz. Audrey Leuba, *Commentaire romand Code Civil I*, Éditeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx (1<sup>ère</sup> édition, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 159 N 11; kaynağı farklı olsa da bu edimin de TMK m. 186/f. 3 kapsamında bir katkı niteliğinde olduğunu da vurgulayarak Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 159 N 30; özellikle eşlerden birinin geçici olarak birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirememesi veya eşiyle anlaşmasına dayalı olarak başka sebeplerden dolayı ifa etmemesi durumunda yardımlaşma yükümlülüğü uyarınca diğer eşin bu durumu telafi edecek şekilde birliğin giderlerine katılması gerektiğini belirterek bu iki yükümlülük arasında ortaya çıkabilecek kapsam farkını somut bir şekilde ortaya koyan Philipp Maier und Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022) Art 159 N 12. Doktrinde TMK m. 185/f. son' un yardımcı bir hukuk normu [Öztan (n 7) 201] veya yardımlaşma yükümlülüğünü sadece manevi destek olarak [Kılıçoğlu (n 34) 166] yorumlandığı ve bu bağlamda yardımlaşma ile evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülükleri arasında benimsediğimiz yakınlıkta bir ilişkinin bulunmadığı şeklinde anlaşılacak değerlendirmeler de bulunmaktadır. Yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik birliğinin diğer hükümlerinden daha soyut bir içeriği haiz olduğunda şüphe yoktur. Bununla birlikte bu durum ilgili düzenlemeyi yardımcı bir hüküm niteliği kazandırmaz. Nitekim yardımlaşma yükümlülüğü kökenini evlilik birliğinin mahiyetinde bulunan sadakat yükümlülüğünden alır. Bu yönüyle TMK m. 185 / f. son evlilik birliğinin genel hükümlerindeki diğer düzenlemelere göre genel hüküm niteliğindedir. Evlilik birliğinin giderlerine katılma borcuna göre genel hüküm niteliği yardımlaşma yükümlülüğünün sadece manevi destek olarak değerlendirilmesini de engeller.

<sup>60</sup> Dolge (n 11) Art 276 N 9; benzer Gloor (n 16) Art 137 N 10; Kılıçoğlu (n 34). 170; Bayram (n 2) 221. Bu yönde Yargıtay HGK, E 2021/2-322, K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı).

<sup>61</sup> Vurgulamak gerekir ki, “tedbir nafakası” ifadesi münhasıran TMK m. 169 uyarınca boşanma veya ayrılık yargılaması (yahut butlan davaları) süresince geçerli olmak üzere hâkim tarafından hükmedilen bakım nafakasını ifade etmek için kullanılan bir kavram değildir. Buna ilaveten çalışmamızın konusu dışında kalan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler kapsamında hâkimin TMK m. 196 uyarınca belirlediği parasal katkıyı ifade etmek için de tedbir nafakası kavramına başvurulduğu görülmektedir. Tedbir nafakasının bu iki anlamı için bkz. Gonca Gülfem Bahadır, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin 2015) 31, 38-39. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki tedbir nafakaları arasındaki ayrımı vurgulamak için son anılan katkı türü öğreti ve uygulamada “TMK m. 197 çerçevesinde tedbir nafakası” veya “bağımsız tedbir nafakası” olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi* (Adalet 2016) 77, 100. Anlam karmaşasını engellemek için bu çalışmada boşanma yargılamasının devamı süresince söz konusu olabilecek tedbir nafakası için “TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası” ifadesi tercih edilecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -çalışmamızın konusu dışında bıraktığımız- boşanma yargılaması süresince müşterek çocuğun yanına ve gözetimine bırakıldığı eşe onların eğitim ve bakım gereksinimlerinin giderilmesine yönelik ödenen parasal katkıyı da içerir. Her ikisi de tedbir nafakası niteliği taşısa da önlem kararı verilirken hükmün infazında karşılıklı ortaya çıkmaması için eşin tedbir nafakası ile çocuğunkine ayrı ayrı hükmedilmelidir. Bunun ihlalinin bozma sebebi olarak değerlendirildiği bağımsız tedbir nafakasına ilişkin bir karar için bkz. Yargıtay 3 HD, E 2004/7730 K 2004/9765, 23.09.2004 (Kazancı).

<sup>62</sup> TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası yoksulluk nafakasından da farklıdır. Yoksulluk nafakası boşanma davası sonucunda evliliğin sona ermesi yüzünden yoksulluğa düşecek eşe ödenen bir bakım nafakasıdır. Bu tanım için bkz. Mesut Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha 2019) 20. Nitekim sadece TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talebine rağmen yoksulluk nafakasına hükmedilmesini bozma sebebi gören Yargıtay 2 HD, E 2021/2870 K 2021/4209, 31.05.2021 (Kazancı).

## 2. Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Kıstaslar

### a. Genel Olarak

Boşanma davasının açılmasıyla varlığı söz konusu olabilecek bu nafaka, hâkim tarafından somut olayın şartları dikkate alınarak takdir edilecektir<sup>63</sup>. Her ne kadar karar verirken aşağıda açıklanacak kuralları gözetmekle yükümlü olsa da hâkimin geçici önlem alınmasına ilişkin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu söylenebilecektir<sup>64</sup>. Şartları mevcut olduğunda<sup>65</sup> tedbir nafakasına re'sen hükmedebilmesini dahi sağlayan bu geniş takdir yetkisinin en önemli sınırını, bu katkıya talep üzerine hükmedilmesi durumunda taleple bağlılık ilkesi oluşturmaktadır. Nitekim anılan olasılıkta hâkim istemden fazlasına karar veremez<sup>66</sup>.

Kökenini özellikle evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünden alan bu nafakaya karar vermeden önce hâkimin eşlerin menfaatlerini karşılaştırması gerekmektedir<sup>67</sup>. Bu karşılaştırma yapılırken genel kıstaslar üzerinden değil ortak hayat süresince evliliğin işleyişine hâkim olan somut koşullar -örneğin ortak hayat süresince benimsenmiş iş bölümü ile giderlere katılma anlaşması<sup>68</sup>, iki ayrı ev düzeninin yürütülmesinin neden olacağı masraflar<sup>69</sup>, eşlerin ihtiyaçları, ifa kabiliyetleri ve dava açılmadan önce eşlerin sahip oldukları hayat düzeyi<sup>70</sup>- göz önünde tutulmalıdır<sup>71</sup>. Nafaka tespitinde dikkate alınacak somut ilkelerin belirlenmesi açısından bu kıstaslardan en önemlileri eşlerin ihtiyaçları ve ödeme kabiliyetleri olup bunların detaylı bir şekilde incelenmesi önem taşımaktadır.

Eşlerin eşitliğinin kabul edildiği yürürlükteki hukukumuzda bu değerlendirme yapılırken tarafların cinsiyeti dikkate alınmamalıdır.

<sup>63</sup> Öztan (n 7) 748.

<sup>64</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 14.

<sup>65</sup> TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere dair şartlar için bkz. Geçici Önlem Alınmasının Şartları başlığındaki açıklamalar.

<sup>66</sup> Taleple bağlılık ilkesi bakımından Serpil Işık, 'Medenî Usul Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü Maddesinin Değerlendirilmesi' (2023) 9 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 399. Yargıtay 2 HD, E 2022/9036 K 2022/10584, 20.12.2022 (Kazancı).

<sup>67</sup> TMK m. 186/f. son bakımından da aynı yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 159 N 27-28; Bräm (n 59) Art 159 N 110.

<sup>68</sup> Sadece boşanma davasının açılmış olması olgusunun taraflardan birinin iradesi hilafına birliğin giderlerine katılma dair evlilik süresince benimsenmiş anlaşmadan sapmayı meşrulaştırmayacağı yönünde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; BGE 119 II 317.

<sup>69</sup> Bu unsura vurguda bulunan Öztan (n 7) 748. Bu masrafların eşler tarafından üstlenilmesi gerektiği hakkında Gloor (n 16) Art 137 N 10; Dolge (n 11) Art 276 N 9.

<sup>70</sup> Tedbir nafakası miktarı tayin edilirken eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerinin ayrı yaşamaları hâlinde de korunmasının gözetilmesi gerektiği hakkında Yargıtay 3 HD, E 2019/5731 K 2019/10206, 17.12.2019 (Kazancı); benzer Öztan (n 7) 751-752; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Bayram (n 2) 239; Topak (n 4) 427. Eşlerin ekonomik durumlarının iki ev düzeninin masraflarını karşılanabilecek düzeyde iyi olduğu durumda eşlerin ayrı yaşamaları onların hayat düzeyinde bir değişikliğe sebebiyet vermediğinden her bir eş önceki hayat düzeyinin sağlanmasını talep hakkını haiz olacaktır. Bu yönde Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34. Yeterli iktisadi araçlara sahip olunmadığı olasılıkla ise her bir eşin evlilik birliğindeki yaşam düzeyini sağlamak için kural olarak eşit şekilde gaba sarf etmesi gerektiği yönünde Czitron (n 17) 68.

<sup>71</sup> Somut olayın koşullarına göre bu kıstaslardan birinin veya diğerinin daha baskın dikkate alınabileceğini de belirterek benzer Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 14.

## b. Eşlerin Asgari İhtiyaçlarının (Geçiminin) Belirlenmesi

Eşlerin asgari ihtiyaçlarının (doktrinde diğer kullanılan ifadeyle asgari geçiminin) tespitinde gözetilecek kıstasların belirlenmesine dair öğretide öne çıkan iki ana eğilimden biri, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki asgari geçime dair hükümleri gözden uzak tutulmaması gereken bir ölçüt olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda tamamen bağlayıcı olarak ele almamakla birlikte son anılan düzenlemeleri gözeten bu görüş, birlikte yaşanan dönemde benimsenen giderlere katılma düzeninden doğan bu nafakanın takdirinde eşler arası ortak yaşam dönemindeki ilişkilere daha fazla önem verilmesi gerektiğini de vurgulamaktadır<sup>72</sup>. Bununla birlikte diğer görüşten İİK m. 83'e herhangi bir atıfta bulunmamak kuramsal farkı dışında ayrılmayan ve bu yönüyle de odağına tedbir nafakasının hükmedilme amacına uygun bir biçimde belirlenmesini koyduğu için daha isabetli olan<sup>73</sup> diğer görüş ise, eşlerin asgari gereksinimlerinin tespitinde gelir vergisini göz ardı eden İİK m. 83'e göre belirlenmiş fiili ve nesnel ihtiyacın değil, genişletilmiş ihtiyacın dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>74</sup>. Bu bağlamda yapılacak bir masrafın nafaka miktarı açısından belirleyiciliği, İİK m. 83 kapsamına girip girmediği kıstası üzerinden değil eşin herhangi bir sebepten dolayı geçimi için bu masrafı yapmak zorunda olup olmadığına göre değerlendirilecektir.

Yukarıdaki kuramsal açıklamalar ışığında eşlerin asgari ihtiyaçlarının (geçim) miktarı hesabında esasen hem ayrı yaşama yüzünden ortaya çıkan hem de evlilik birliğinin devamının neden olduğu harcamalar dikkate alınacaktır. Bu bağlamda ihtiyaç hesabı yapılırken evlilik birliğinin bu haliyle sürdürülmesi için zorunlu olan ve evlilik birliğinin devamında sürekli ihtiyaçlar<sup>75</sup> çerçevesinde her bir eşin diğerinin müteselsil sorumluluğu ile elde edebileceği yeni şeylerin masrafları dikkate alınacaktır<sup>76</sup>. "Birliğin giderleri" olarak kısaca ifade edilebilecek bu harcama kalemlerine birkaç örnek olarak ayrı bir konunun kullanılmasından kaynaklanan

<sup>72</sup> İlk kerede icra ve iflas kanunundaki hükümlerin gözetilmesinin gerektiğini ileri sürdüğü asgari ihtiyaç miktarı hesabında elde edilecek sonuç icra bakış açısına uymasa da- ortak yaşam dönemindeki ilişkilerin daha kuvvetli şekilde dikkate alınması gerektiği yönünde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 15. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Bayram*, Asgari Ücret Komisyonu'nun ilan ettiği net asgari ücretin dörtte birlik kısmı düşüldükten sonra kalan kısmın diğer eşin ve bakılmakla yükümlü çocukların asgari geçim düzeyi olarak ele alınmasını önermektedir. Bunun için bkz. *Bayram* (n 2) 238. İcra hukukuna dayalı geliştirilen asgari geçim ilkelerinin, doğrudan belirleyici olmamakla birlikte TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının belirlenmesinde somut olayda uyarlanabilen veya bazen de biraz genişletilebilen bir başlangıç ve dayanak noktası teşkil edeceğini (benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 156) bu bağlamda da gelir ve emlak vergisinden kaynaklanan borçlarla evlilik birliğinin (veya şimdilik ortadan kalkmış ortak yaşamın) risklerini gidermeye yönelik sigorta sözleşmelerinin -icra hukukundan farklı olarak- nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınabileceği yönünde Czitron (n 17) 69-70. İİK m. 93'ün muadili sayılabilecek İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesine atıfta bulunsa da asgari geçim kavramını "aile hukukuna göre" diye nitelendirerek yukarıda anılan yazarlarla benzer biçimde ele alan Gloor (n 16) Art 137 N 10; Bähler (n 3) Art 276 N 4.

<sup>73</sup> Kanaatimizce İİK m. 83, tedbir nafakasının miktarı tespit edilirken asgari ihtiyaçlarının tespitiyle değil gelirlerin asgari ihtiyaçları karşılamadığı olasılıkta ortaya çıkan açığın nasıl paylaşılabileceğine dair kuramsal mesele ile ilgilidir. Bundan hareketle esasen evlilik birliğinin giderleri üzerinden değerlendirmede bulunulması gereken eşlerin asgari geçim miktarının belirlenmesi ile ilgili İİK m. 83'e doğrudan veya dolaylı olarak yapılacak atıfların isabetli olmadığı görüşündeyiz.

<sup>74</sup> Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 36; Dolge (n 11) Art 276 N 9.

<sup>75</sup> Tedbir nafakası miktarının esasen günlük ihtiyaçların neden olduğu olağan masrafları kapsayacağını vurgulayan Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 183. Masraflara ilişkin benzer sayım için bkz. Yargıtay HGK, E 2021/2-322 K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı).

<sup>76</sup> Czitron (n 17) 70.



masraflar, aile konutunun kira bedeli, beslenme, giyim, elektrik, su, doğalgaz, internet ve telefon masrafları verilebilir<sup>77</sup>. Bununla birlikte eşlerin özel hayat veya sağlık sigortası primlerinin zorunlu miktarı aşan kısmı<sup>78</sup> ile ayrı yaşamadan dolayı ortaya çıksa dahi yeni araba ihtiyacı da asgari ihtiyaç kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>79</sup>.

Asgari ihtiyaç miktarı tespit edilirken sadece fiili olanların değil farazi ihtiyaçların da hesaba katılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>80</sup>.

Müşterek çocukların himayelerinin bırakıldıkları ebeveynin asgari ihtiyaçları belirlenirken onlarınkiler de hesaba katılacaktır<sup>81</sup>.

### c. Eşlerin Gelirlerinin Belirlenmesi

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının hesaplanması açısından iki ana unsurdan diğeri ise eşlerin gelirleridir<sup>82</sup>. Tedbir nafakasına hükmedilmesi için mutlaka eşlerden birinin gelirden yoksun olmasına gerek olmayıp, aşağıda açıklanan yöntemin sonucunda, her iki eşin gelirinin bulunduğu olasılıkta da tedbir nafakasına hükmedilmesi mümkündür<sup>83</sup>.

Boşanma yargılaması boyunca geçerli olacak tedbir nafakasının bu belirleyici kıstası hesaplanırken eşlerin mevcut ve öngörülebilir gelecekteki ortalama malvarlığı ilişkilerinin dikkate alınması gerekmektedir<sup>84</sup>. Gelir kavramının kapsamına hem kazançlar hem de malvarlığı getirileri (kira bedelleri veya faiz gibi) girmektedir<sup>85</sup>.

<sup>77</sup> Benzer Bayram (n 2) 237-238.

<sup>78</sup> Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 36.

<sup>79</sup> Örneğin yeni bir arabanın satın alınması bu hesapta dikkate alınmaz iken mevcut arabanın kullanılmasından ve bakımından doğan masraflar tedbir nafakasının miktarının belirlenmesinin bir unsuru olan eşlerin asgari geçimi bakımından hesaba katılır. Bağımsız tedbir nafakasının kapsamı açısından benzer tespite yer veren BGE 114 II 24.

<sup>80</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 157.

<sup>81</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 15. Önemle belirtmek gerekir ki, üvey çocukların masrafları da tedbir nafakası belirlenirken dikkate alınmalıdır. Bu durum tedbir nafakasının tespitinde hem -yukarıda da belirtildiği üzere- eşlerin birlikte yaşarken evlilik birliğinin giderlerine katılma dair benimsemiş oldukları düzenin belirleyici niteliğinin hem de -istisnai de olsa üvey çocukların masraflarını birlikte üstleneceklerine dair böyle bir düzen benimsememişler ise- TMK m. 338/f. 2 uyarınca her bir eşin kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe uygun bir şekilde yardımcı olmakla yükümlü olmasının bir sonucudur. Bu yönde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 184.

<sup>82</sup> Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32. Doktrinde bu unsurun “ticari ifa kabiliyeti” [Czitrone (n 17) 71] Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16], “ifa kabiliyeti” [Gloor (n 16) Art 137 N 10] üst başlık olarak kullanan Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 140] şeklinde de ele alındığı görülmektedir.

<sup>83</sup> Aynı yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-2287 K 2019/627, 30.05.2019 (Kazancı).

<sup>84</sup> Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 146. Eşler, dava açılmadan önceki çalışma hayatlarında düzenli olarak fazla çalışma ya da ek iş yapma gibi gelir arttırıcı faaliyetlere girişmemişler ise geçici tedbir nafakasına hükmedilecek olması onları benimsediklerinden düzene kural olarak zorlayamaz. Bununla birlikte önceden benimsenen ek gelir elde etme düzeni mevcutsa bu yerleşik uygulamanın sebepsiz bırakılmaması gerektiği gibi asgari ihtiyacın sağlanması için gerekli, mümkün ve beklenebilir (örneğin çocukların yanında kaldığı çalışan eşin tam bir çalışmadan daha fazla emek harcamak zorunda olduğu olasılıktaki gibi) olması durumunda yargılama öncesinde mevcut olmayan bir gelir arttırma yükümlülüğünün doğması da söz konusu olabilir. Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 148.

<sup>85</sup> Czitrone (n 17) 72; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; Gloor (n 16) Art 137 N 10. Bu durum, esasen TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının eşlerin TMK m. 186/f. son uyarınca birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünün uzantısı olmasının sonucudur. Nitekim anılan yükümlülük bağlamında da eşlerin ifa kabiliyetleri belirlenirken kazançları ve sahip oldukları malvarlığı değerlerinin getirileri göz önünde tutulmaktadır. Bu yönde Bräm (n 59) Art 163 N 96; Damla Gürpınar, ‘Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu’ (2013) 8 Özel YÜHFD 1293, 1306.

İlgili geçici önleme dair kararın verilebilmesi için eşlerin hâkime gelir durumları ile ilgili doğru bilgi sağlamaları gerekmektedir<sup>86</sup>. Bu yükümlülüğün nafaka talebinde bulunan eş tarafından yerine getirilmemesi onun lehine geçici tedbir nafakasına hükmedilmemesi sonucunu doğurabilir<sup>87</sup>.

### i. Kazanç bakımından

Eşlerin kazanç miktarları belirlenirken esasen bağımlı çalışıp çalışmadıklarından hareketle değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda eşler bağımlı çalışan iseler bu tespitte her birinin (her türlü ikramiye, masraf, ek ödemeler dahil) net kazancı esas alınacaktır<sup>88</sup>. Eşlerin bağımsız çalışmaları durumunda ise kazançları muhasebe kâr-zarar (gelir) tablosuna göre belirlenecektir<sup>89</sup>.

Eşlerin emekli olmaları durumunda emekli maaşları onların geliri olarak addedilmeli<sup>90</sup>; uzun sürebileceği öngörülen işsizliklerde ise ilgili eşin işsizlik ödeneğinin kazanç olarak değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>91</sup>.

Hangi duruma dayalı olarak elde edilirse edilsin hesaplamada güncel kazanç miktarı dikkate alınacaktır<sup>92</sup>. Bununla birlikte kazançta ani değer kayıpları yaşanması durumunda TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının tespitinde son yıllardaki ortalama kazancın esas alınacağı kabul edilmektedir<sup>93</sup>. Güncel kazanç kıstasından sapan bu hesaplama yönteminin kısa süreli işsizliklerde de benimsenmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir<sup>94</sup>.

Eşlerden biri, bu önleme karar verilmeden önce veya sonra -askere çağırılma veya ağır hastalık gibi- kendisine isnat edilemeyen herhangi bir nedenden ötürü gelir kaybına

<sup>86</sup> Türk Medeni Kanunu'ndan farklı olarak İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenen eşlerin birbirlerini gelirleri, malları ve borçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün boşanma yargılaması süresince de varlığını sürdüreceği ve bilgi talebinde bulunan eşin hukuki koruma menfaatini ispatlaması durumunda hâkimin yardımıyla sadece gerekli bilgileri sağlamaya karşı tarafı zorlayabileceği hakkında Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 155. Türk uygulamasında tedbir nafakası belirlenirken mahkemelerin kolluk kuvvetleri tarafından hazırlanan sosyal ekonomik durum (SED) raporlarını dikkate aldığı görülmektedir. Tedbir nafakası takdirine dair kararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların ekonomik sosyal durumlarına dair araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerektiğini vurgulayan Yargıtay HGK, E 2012/2-1158 K 2012/827, 21.11.2012 (Kazancı)

<sup>87</sup> Ne gelirini ne yaşam masraflarını rakamla belirten eşin tedbir nafakası talebinin reddedileceğine dair BGE 119 II 196.

<sup>88</sup> Czitron (n 17) 71; bağımlı-bağımsız çalışan ayrımı yapmadan benzer Gloor (n 16) Art 137 N 10.

<sup>89</sup> Bağımsız çalışan eşin özel kazançlarının toplamının, muhasebe kayıtlarından elde edilen kâr miktarını düzenli bir şekilde aşması durumunda ise bu gelirlerin esas alınması gerekir. Eşler arası cinsiyet eşitliğinin kabul edilmediği dönemde erkek eşe dair benzer değerlendirme için Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 153. Eğer muhasebe, usulüne uygun tutulmamış ise mevcut ile bir önceki senenin sonundaki öz kaynakların farkının dikkate alınması gerektiğini belirtmekle birlikte kazanç miktarı hesabının esasen uzmanlık bilgisi gerektirdiğini ve basit yargılamada bunu sağlayacak bir zaman olmadığından eşlerin ortak hayatı sona erdirmeden önceki yaşam düzeylerinin göz önüne alınabileceğini tespit eden Czitron (n 17) 71.

<sup>90</sup> Bayram (n 2) 229.

<sup>91</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 147. Bu ilke, eşin işsiz kalmasının -hayatın olağan akışına uygun biçimde- kusurundan kaynaklandığı durumu esas almaktadır.

<sup>92</sup> Czitron (n 17) 74.

<sup>93</sup> Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 149.

<sup>94</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 149; kısa (öngörülebilir süre için) işsizliklerde farazi gelire hükmedebilmek için iş gücü piyasasının uygun olması gerektiği hususunda Bräm (n 59) Art 163 N 87.

uğramışsa ve paraya çevrilecek herhangi bir malvarlığı değeri de bulunmuyorsa ilgili durum devam ettiği müddetçe onun aleyhine nafaka yükümlülüğüne karar verilmeyecek veya hükmedilmiş yükümlülük ortadan kalkacaktır<sup>95</sup>. Bununla birlikte fiilen elde edilen gelirlerin yeterli olmadığı durumda haklı bir sebep olmaksızın ve kendisine isnat edilebilir şekilde (örneğin çalışılan işin bırakılması veya tembelliğe düşülmesi suretiyle) kazancını iradi biçimde azaltan<sup>96</sup> veya kazançtan mahrum olup (emeğini ev işine özgüleyen eşin durumu gibi) çalışması beklenebilen<sup>97</sup> eşin farazi geliri üzerinden evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün devam edeceği kabul edilmelidir<sup>98</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki, anılan olasılıklarda katılma yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumdaki eşin dürüstlük kuralı uyarınca elde etmesi mümkün ve beklenebilir<sup>99</sup> gelir üzerinden<sup>100</sup> henüz sona ermemiş evlilik birliğinin giderlerine katılması yardımlaşma yükümlülüğünün bir sonucudur<sup>101</sup>. Nitekim bu gelir yönteminin benimsenmesi ilgili eşi iş gücü piyasasına katılarak<sup>102</sup>

<sup>95</sup> Yargıtay İBK, E 1966/5 K 1966/11, 12.12.1966 (RG 13.03.1967 S 12550). Bu karara dair detaylı değerlendirme için bkz. Feyzioğlu (n 6) 357-360. Askerde olmanın bu yükümlülüğe karar verilmesini bakımından tek kıstas olmadığı bu açıdan değerlendirilmede bulunurken aynı zamanda bu dönemde eşin düzenli bir geliri veya malvarlığının bulunup bulunmamasının da belirleyici olduğu hususunda Yargıtay 2 HD, E 2014/6438 K 2014/17746, 18.09.2014. Eşin tutukluğu bakımından aynı yönde Yargıtay 2 HD, E 2019/223 K 2019/849, 11.02.2019 (Kazancı).

<sup>96</sup> Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 141; Dolge (n 11) Art 276 N 9; Bähler (n 3) Art 276 N 3.

<sup>97</sup> Farazi gelir hesabını sadece kusuruyla çalışmama olgusu üzerinden değerlendiren Öztan (n 7) 751; Günay İnan (n 18) 129; nafaka yükümlüsünün eğitim ve sosyal statüsüne uygun bir işte çalışmamasını kusur olarak açıkça nitelendirmeye de farazi gelirin hesaplanmasını sadece bu olguya atıfta bulunarak gerekçelendiren Ceylan (n 6) 37.

<sup>98</sup> Benzer Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32. Bu içeriğiyle farazi kazanç kıstası, ifa kabiliyeti kazandığı gelirden fazla olan eş yüzünden evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun gereği gibi yerine getirilmemesinin neden olduğu olumsuzluğu gidermeye yöneliktir. Bu yönde Czitron (n 17) 72. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, her ne kadar tedbir nafakasının belirlenmesinde dikkate alınacak ise de bir eşin gelirini sadece farazi kazanç üzerinden tayin etmek nafaka kararının icra edilebilirliği bakımından sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır. Bu yönde Bayram (n 2) 230.

<sup>99</sup> Farazi kazanç üzerinden değerlendirmenin cezalandırıcı bir niteliğinin bulunmadığını belirterek bu hesapta fiili olarak mümkün ve beklenebilir kazancın dikkate alınacağını belirten BGE 128 III 6. Farazi kazanç hesabının yapılabilmesi için ilgili eşten sadece daha gayret göstermesinin beklenmesinin yeterli olmadığını aynı zamanda bu uğraş sonucunda daha fazla kazanç elde etmesinin mümkün olması gerektiğini vurgulayan BGE 137 III 121. Diğer eşin ortak hayatın sona ermesinin doğurduğu masrafları kazancından karşılayabilecek durumda olmasının, ileride gerçekleşecek boşanma dikkate alındığında eşin çalışma gücüne katılmasını kural olarak beklenebilir kılmayacağı yönünde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 146. Bunun için bir uyum süresi verilmesi gerektiğini belirten BGE 114 II 17. İsviçre Federal Mahkemesi yoksulluk nafakasına ilişkin BGE 128 III 69 kararında eşinden uzun süredir ayrı yaşayan ve çocukların velayeti kendisine verildiği için çalışma hayatına geri dönmesi gereken orta yaşlı kadın eşin, uzun yıllardır ev işiyle uğraşmış olmasının dört yıllık ayrılık süresi boyunca yeni duruma uyum sağlamamış olmasını meşrulaştırmayacağına hükmetmiştir. İşgücüne yeniden katılma uyum gerekliliğinin yargılamanın hangi aşamasında ortaya çıktığı da önem taşımaktadır. Söz gelimi kendisinden iş gücüne katılması beklenen eşten yargılamanın başında yeni duruma uyumu talep etmek, boşanma kararının kesinleştiği ancak sadece yan sonuçlarında çekışmenin devam ettiği kanun yolu aşamasına nazaran daha zordur. Bu yönde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

<sup>100</sup> Gerçek gelirin yükselme imkanının yokluğunda farazi gelir hesabı yapılamayacağını vurgulayan BGE 117 II 17.

<sup>101</sup> Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32.

<sup>102</sup> Her ne kadar iş gücü piyasasında kazanç karşılığı çalışma teşkil etmese de boşanma yargılaması süresince çocukların bırakıldığı eşin onlara bakmasını da bir işe girme gibi değerlendiren Czitron (n 17) 73. Uzun yıllar sürmüş evliliklerde emeğini ev işlerine özgülmüş eşten ayrı yaşama süresince kısmi zamanlı bir işte çalışmasının dahi bir uyum süresi de gerektirdiğini belirten Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 146. Bununla birlikte Köseoğlu / Kocaağa, emeğini eşlerinin tutumlarından kaynaklı sebepler nedeniyle ev işine özgüleyen kadınların içinde buldukları durumun onların TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talebinde bulunmalarını mümkün kıldığına belirtmekle yetinerek farazi gelir hesabından onları muaf tutmaktadır. Bunun için bkz. Köseoğlu / Kocaağa (n 34) 192. Yazarların bu tespitini değerlendirirken ilgili eserin eşlerin eşitliğini kabul eden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden kısa sayılabilecek bir süre sonra yayımlandığını gözden uzak tutmamak gerekir.

veya hâlihazırda iştiğal ettiği işi genişleterek<sup>103</sup> dolaylı olarak diğer eşe yardımcı olmaya zorlamaktadır<sup>104</sup>.

Farazi kazancın hesabında dikkate alınması gereken kıstaslar sınırlı sayıda olmamakla birlikte özellikle birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü altındaki eşin yaşı, sağlık durumu<sup>105</sup>, eğitim durumu, iş tecrübesi ve iş piyasasının genel seyrinin göz önünde tutulması gerekmektedir<sup>106</sup>.

## ii. Malvarlığı Getirileri Bakımından

Hiç veya yeterli kazancı bulunmamakla birlikte getiri sağlayan malvarlığını haiz eşin gelirinin belirlenmesinde bu hukuki ürünler önem taşımaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki bu hesaplamada önemli olan eşlerin sahip oldukları malvarlığı değerleri değil, getirileridir<sup>107</sup>.

Eşlerden birinin sahip olduğu malvarlığı getirilerini azaltmak suretiyle ifa kabiliyetini olumsuz yönde etkilemesi durumuna bağlanması gereken hukuki sonuçların çeşitli olasılıklar bağlamında ele alınması gerekmektedir.

Eşlerden biri malvarlığı getirilerinde kusuruyla bir azalmaya sebebiyet vermiş olup bu kayıp fiilen geri döndürülebilir nitelikte ise, azalmanın giderilmesi ondan beklenebilir olduğu ölçüde, ilgili eşin giderlere katılmadaki ifa kabiliyeti mevcuttan daha yüksek değerlendirilecektir<sup>108</sup>. Bu azalmanın geri döndürülemediği -diğer bir ifadeyle malvarlığı getirileri bakımından ifa kabiliyetinin iyileştirilmesinin yükümlünün iradesine bağlı olmadığı- olasılığa bağlanacak hukuki sonuç ise doktrinde

<sup>103</sup> İşin genişletilmesine örnek olarak yarı zamanlı çalışmadan tam zamanlıya geçilmesi verilebilir. Bu yönde Sutter ve Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32.

<sup>104</sup> Benzer Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

<sup>105</sup> Talepte bulunulan eşin, iradesiyle çalışmıyor olmasının geliri ve malvarlığı bulunmayan diğer eş lehine tedbir nafakası hükmedilmesine engel olmadığı hususunda Yargıtay 2 HD, E 2011/21156 K 2012/15686, 11.06.2012. Yargıtay HGK, E 2014/2-1426 K 2016/1037, 09.11.2016 sayılı kararından: “.. Hal böyle olunca, mahkemeye davalının mevcut hastalığının onu sürekli iş görmeden mahrum bırakıp bırakmadığı ve çalışmasına engel olup olmadığı araştırılıp tedbir nafakasının hukuki niteliği de dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken bu hususun gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır...” (Kazancı). İddia edilen hastalık ile iş bulma ve çalışma olanağı arasında ilk derece mahkemesinin tedbir nafakasının belirlenmesi üzerinden kurmaya çalıştığı bağlantı (ve yüksek mahkemenin bu bağlantının ispatlanmasına verdiği önem) bu kararı dolaylı da olsa farazi kazanç meselesiyle ilgili kılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında geliri bulunmayan eş aleyhine hükmedilen tedbir nafakasının alacaklı olan diğer eşin işe girip çıktığı olgusunu -ilk derece mahkemesinden farkı olarak- dikkate almamıştır. Bu karar için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/2-1891 K 2018/1577, 25.10.2018 (Kazancı).

<sup>106</sup> Gloor (n 16) Art 137, N 10.

<sup>107</sup> Bu bağlamda doğrudukları hukuki ürünler dışında eşlerin malvarlığı değerleri, gelir hesabında dikkate alınmasa da tedbir nafakasının yerine getirilmesi bakımından önem taşıyabilecektir. Nitekim eşlerin ihtiyaçlarının gelirlerini aşması halinde ortaya çıkacak eksiklik bu malvarlığı değerlerinden (ve dolayısıyla gelirlerinden) kapatılacaktır. Bu yönde Czitron (n 17) 74. Bununla birlikte bu durum -boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 225/f. 2, mal ortaklığı rejimi de TMK m. 271/f. 2 uyarınca sona erdiğinden- diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına veya mal ortaklığı rejiminde bundan kaynaklanan paylaşımına dair hakkına, buna ilişkin diğer eş veya mahkeme tarafından yetkilendirilmedikçe (Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 207 N 20), etkide bulunmaz. Bunun için bkz. Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

<sup>108</sup> Eşlerin birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü hakkında benzer değerlendirme için bkz. Hausser und Reusser und Geiser (n 47) Art 163 N 22.

tartışmalıdır. Bir görüşe göre anılan olasılıkta bu azalma geri döndürülemiyorsa ilgili eşin giderlere katılma yükümlülüğünün belirlenmesinde -malvarlığının eksilmesinde ağır kusuru bulunsa dahi- mevcut malvarlığı değerleri dikkate alınacaktır<sup>109</sup>. Diğer bir görüş ise bir eşin malvarlığını rücu kaydı koymadan bağış yapması veya vakıf kurması suretiyle açık bir şekilde kasten azaltması durumunda gelirin farazi malvarlığı üzerinden hesaplanacağını savunmaktadır<sup>110</sup>.

Kanaatimizce eşlerden birinin malvarlığı değerlerini kasten azaltması durumunda eşin ifa kabiliyetinin sadece kalan malvarlığı ile sınırlı olarak sayılması hakkaniyete aykırı olup böyle bir kabul eşlerin boşanma davası açılmadan önceki veya sonraki süreçte daha az nafaka vermek için malvarlığı değerlerini elden çıkarma yoluna başvurmaları gibi vahim bir sonuç doğurur. Doktrinde de isabetle kabul edildiği üzere eşin malvarlığı değerlerini kasten azaltması, devrin boşanmadan önce gerçekleşmesi ve konusunu da edinilmiş malların teşkil etmesi durumunda ilgili malvarlığı değerlerinin TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklenecek değer olarak değerlendirilmesi, olağanüstü mal rejimine geçişe karar verilmesi ve eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması gibi sonuçlar doğurmaktadır<sup>111</sup>.

### 3. Tedbir Nafakasının Hesaplanması

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tespit edilen- eşlerin asgari ihtiyaçları ile eşlerin gelirleri ile arasındaki fark üzerinden hesaplanacaktır. Bu bağlamda birden fazla ihtimalin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Gelirlerin toplamının asgari ihtiyaç miktarından fazla olmakla birlikte eşlerin boşanma davası açılmadan önceki yaşam düzeylerine denk veya bu seviyeyi sağlamaya yetersiz olduğu ihtimalinde -esasen her bir eş eşit hayat şartlarını talep edebileceği için- asgari ihtiyaçları aşan kısmın iki eş arasında kural olarak eşit paylaşılması gerekmektedir<sup>112</sup>. Bununla birlikte müşterek çocuklar mevcutsa yarı

<sup>109</sup> Bu durumun tatmin edici sonuçlar doğurmadığını da belirterek BGE 117 II 17-18; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; Gloor (n 16) Art 137 N 10; benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 141. Bu durumun eşlerin yakınlarına malvarlığı devretmesi sonucunu doğuracağını da belirterek Czitron (n 17) 74.

<sup>110</sup> Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 33.

<sup>111</sup> Bräm (n 59) Art 163 N 97.

<sup>112</sup> Bu yönde anlaşılabilirlik Czitron (n 17) 75-76; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 17-18; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 37. Zorunlu ihtiyaçlar giderildikten sonra kalan gelirin paylaşımında yarı yarıya kıstasından başka bir ölçütün benimsenilmesi için özel bir sebebin bulunması gerektiğini belirten ve bu gerekliliği ortak hayatın sona erdirilmesi durumunda eşlerin, mümkün olabildiği ölçüde, önceki yaşam düzeylerinin sürdürülmesini talep haklarının mevcudiyetine dayandıran BGE 111 II 106.

yarıya paylaşım kuralı uygulanmayacaktır<sup>113</sup>. Geçici önlem kararını vermekle yetkili hâkimin çocuğun yanına bırakıldığı eş ve çocuk için ödenecek nafaka miktarını çocuğun ihtiyaçları, ebeveynlerinin yaşam düzeyi ve ifa kabiliyetlerini dikkate alarak ayrı ayrı belirlemesi gerekmektedir<sup>114</sup>.

Gelirlerin toplamının boşanma davası açılmadan önceki yaşam düzeyinden de fazlasını sağlayabilecek bir miktara tekabül etmesi durumunda ise, TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının bir zenginleşmeye neden olmaması ve bir mal rejimi tasfiyesinin öne alınması gibi<sup>115</sup> bir sonuç doğurmaması için, önceki yaşam düzeyini sağlayan miktarı aşan kısmın ilgili gelirin sahibi eşe kalması gerekmektedir<sup>116</sup>. Bu durum aynı zamanda mal rejimi tasfiyesine yönelik kurallar ile de uyumludur. Nitekim hangi türü kabul edilmiş olursa olsun mal rejimi boşanma kararı ile davanın açıldığı tarihten itibaren sona erer<sup>117</sup> ve yargılama süresince anılan olasılıkta ilgili fazlalığın eşit dağıtılması, bunu sağlayan eşin birikimlerinin haksız şekilde diğer eşe kısmen de olsa özgülenmesi gibi kanunun öngördüğü düzeni ihlâl sonucunu doğurur<sup>118</sup>.

Eşlerin gelirleri ayrı yaşama sonucunda artan zorunlu ihtiyaçları karşılamaya yeterli değilse ve malvarlıklarını da sarf etmeleri onlardan beklenemiyorsa<sup>119</sup> ortaya çıkan açığın eşler tarafından yarı yarıya mı paylaşılacağı yoksa eşlerden birinin fazla ödemede mi bulunması gerektiği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, eşlerin yaşam düzeylerini ve bu bağlamda seviye düşüklüğünü de paylaşmaları gerektiğine dayanarak ortaya çıkan bu duruma da eşit katlanmaları gerektiğini ileri sürmektedir<sup>120</sup>. Bununla birlikte öğretide yarı yarıya paylaşım durumunda birden fazla aile bireyi yoksulluğa düşecekse gelir elde eden ve ödeme kabiliyeti olan eşe asgari ihtiyaçlarını karşılayacak miktar bırakılması kaydıyla bu açığın kapatılması gerektiği

<sup>113</sup> Gloor (n 16) Art 137 N 10; asgari ihtiyaçları aşan olası kısmın uygun bir şekilde eşler ve çocuklara paylaşılacağını belirtmekle yetinen Dolge (n 11) Art 276 N 9. Bu bağlamda bir görüş, küçük miktarların ve yaşça büyük çocukların bulunduğu olasılıkta eşlerin asgari ihtiyaçlarını aşan kısmın kafa sayısına göre bölünmesini, daha büyük miktarların ancak daha küçük çocukların varlığı durumunda ise somut olayın şartlarına göre çözüm bulunmasını savunurken [Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 17] diğer bir görüş ise daha isabetli olarak asgari ihtiyaçları aşan kısımdan öncelikle çocukların masrafinin çıkarılması ve kalan miktarın ikiye bölünmesinden sonra çocukların masrafinin onların yanına ve gözetimine bırakıldıkları eşe özgülenmesinin daha uygun olacağını böylelikle eşitlik ilkesinin de gözetileceğini ileri sürmektedir. Bu yönde Czitron (n 17) 77.

<sup>114</sup> Czitron (n 17) 77-78.

<sup>115</sup> TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının tespitinin malvarlığı paylaşımına sebebiyet vermemesi gerektiğini vurgulayan Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34.

<sup>116</sup> Czitron (n 17) 76. Bu fazlalığın kime özgüleneceğine dair tespite bulunmadan sadece yarı yarıya paylaşımın yapılmayacağını belirten Gloor (n 16) Art 137 N 10.

<sup>117</sup> Boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren TMK m. 225/f. 2 uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m. 247/f. 2 uyarınca paylaşılmalı mal ayrılığı rejimi ve TMK m. 271/f. 2 uyarınca da mal ortaklığı rejimi sona erer.

<sup>118</sup> Czitron (n 17) 76; benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 170.

<sup>119</sup> Eşlerin gelirlerinin yeterli olmadığı durumda malvarlıklarına da başvurulabileceği hususunda Öztan (n 7) 751.

<sup>120</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 170.

savunulmaktadır<sup>121</sup>. Kanaatimizce tedbir nafakasının amacı dikkate alındığında bu geçici önleme hükmedilirken öncelikle eşlerin asgari ihtiyaçlarının ve gelirlerinin hesaplanmasının sonucunda birikimde bulunmalarının mümkün olup olmadığı incelenmeli şayet mümkün değilse eşlerin ödeme gücünün önceki iş bölümünün değişmesiyle arttırılıp arttırılamayacağı araştırılmadan karar verilmemelidir<sup>122</sup>. Her halükârda hâkimin yapacağı değerlendirme sonucu takdir edeceği nafaka miktarı yükümlü eşi ödeme güçlüğüne düşürmemelidir<sup>123</sup>. Bu bağlamda hiçbir geliri veya malvarlığı olmayan ve kendisinden çalışması da dürüstlük kuralları uyarınca beklenemeyen eşin nafaka yükümlü olarak tayin edilmemesi gerekir<sup>124</sup>.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca her bir eşin ne kadar katkıda bulunacağı belirlenecek olup somut olayda evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun ifası için yeterli kaynağa sahip olamayan eş lehine<sup>125</sup> TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilecektir<sup>126</sup>. Lehine nafaka hükmedilmesi gereken eşin boşanma davasının davacısı veya davalısı olması<sup>127</sup> veya cinsiyeti<sup>128</sup> bir önem taşımayacaktır.

<sup>121</sup> Nitekim iki eşin de sosyal yardıma muhtaç hâle gelmesi hem idareye aşırı bir yük yaratacak hem de ödeme kabiliyeti bulunan eşin çalışma iradesini zedeleyecektir. Bu yönde Czitron (n 17) 79; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Dolge (n 11) Art 276 N 9. *Lüchinger ve Geiser*, boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren TMK m. 225/f. 2 uyarınca edinilmiş mallara katılma rejiminin TMK m. 271/f. 2'ye göre de mal ayrılığı rejiminin sona ereceğinden hareketle bu geçici önlem bakımından benimsenen bu görüşün isabetinin şüpheli olduğunu ileri sürmektedir. Bunun için bkz. *Lüchinger und Geiser* (n 15) Art 145 N 17. Bu yöndeki İsviçre uygulaması örneği için bkz. BGE 121 I 98.

<sup>122</sup> Benzer *Lüchinger und Geiser* (n 15) Art 145 N 17.

<sup>123</sup> Ceylan (n 6) 37. Aksi yönde bir değerlendirme 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal edecektir.

<sup>124</sup> Karşı yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-1891, K 2018/1577, 25.10.2018 (Kazancı). Yukarıda anlatılan nafaka belirleme yöntemine aykırı bu kararın haklı eleştirisi için bkz. Bayram (n 2) 242-245. Yüksek mahkemeye göre nafaka yükümlüsü eşin yeterli gelirinin bulunmaması da tedbir nafakasına engel olmayıp sadece nafaka miktarının takdirinde dikkate alınabilecektir. Bu yönde Yargıtay HGK, E 2006/2-137 K 2006/211, 19.04.2006 (Kazancı). Bu tespit sadece talepte bulunan eşin diğer eşten daha fazla gelirin bulunmadığı ve kendisinden nafaka talebinde bulunulan eşin nafakayla birlikte ödeme güçlüğüne düşmeyeceği durumda isabetlidir. Talepte bulunan eşin daha fazla gelirin veya malvarlığının bulunması durumunda onun lehine nafakaya hükmedilmesi tedbir nafakasının amacına aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte talepte bulunan kadın eşin gelirin diğer eşten daha fazla olması durumunun sadece nafaka miktarını etkileyeceğini belirterek farklı yönde Yargıtay HGK, E 2019/2-107 K 2022/318, 15.03.2022; Yargıtay 3 HD, E 2015/15213 K 2015/20875, 23.12.2015 (Kazancı).

<sup>125</sup> Doktrinde çalışabilecek durumda olmasına rağmen iş gücüne kayıtlı bir şekilde katılmayan eş lehine TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Kılıçoğlu (n 34) 120. Kanaatimizce anılan durumda çalışmayan eş için farazi gelir hesabı yapılmalı ve ancak yukarıda anlatılan hesaplama sonucunda onun, katkıya nafaka talep edilen eşten daha fazla muhtaç olmadığı sonucuna varılırsa tedbir nafakası talebinde bulunamayacağı sonucuna varılmalıdır.

<sup>126</sup> Bu bağlamda her ne kadar kuramsal olarak evlilik birliğinin giderlerine katkı payı üzerinden açıklansa da bu ilkeler uygulandığında ortaya çıkan sonuç itibarıyla tedbir nafakasıyla esasen eşlerden birinin diğerine maddi katkıda bulunması sağlanmaktadır. Benzer Tekelioğlu (n 46) 92. Eşlerin ödeme güçlerinin birbirlerine denk olduğu durumda tedbir nafakasına hükmetmeye gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bunun için bkz. Öztan (n 7) 751; Bayram (n 2) 225. Anılan olasılıkta nafaka zorunluluğunun ortadan kalktığını belirten Yargıtay HGK, E 2017/2-2427 K 2020/262, 05.03.2020 (Kazancı). Talepte bulunulan eşin sabit gelirin bulunmadığı talepte bulunanın ise çalışmadığı bundan dolayı da her iki eşin gelir durumlarının birbirlerine yakın kabul edilebileceği bir olayda sabit geliri bulunmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilerek aksi yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-1891 K 2018/ 1577, 25.10.2018 (Kazancı). Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruda asgari geçimini sağlayamayan bir kişi aleyhine hükmedilen nafakasının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir [Bunun için bkz. İbrahim Acar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/3140 T: 07.11.2019 (RG 17.12.2019 S 30981)] Son anılan Yargıtay kararını bu bireysel başvuru kararının gerekçesindeki unsurları da dikkate alarak inceleyen Cüneyt Pekmez, 'Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi' (2021) 7 (41) İAÜHFD 141, 156-158.

<sup>127</sup> Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 157.

<sup>128</sup> Topak (n 4) 427.

Taraflar arasında geçerli bir anlaşma bulunmadıkça ülke parası üzerinden hükmedilen tedbir nafakası<sup>129</sup> ödeme suretiyle ifa edilecek olup bu edimin ayın olarak karşılanması yükümlü eş tarafından teklif edilemez<sup>130</sup>.

#### 4. Tedbir Nafakası ile İlgili Ortaya Çıkan Önemli Meseleler

##### a. Tedbir Nafakasının Takdirinde Boşanma Sebebinde Eşlerin Kusur Durumunun Etkisi

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına yönelik karar verilirken boşanma talebine dayanak olarak ileri sürülen vakialarda kimin kusurlu olduğu dikkate alınmaz<sup>131</sup>. Nitekim ilgili vakialarda kimin (daha) kusurlu olduğu ancak davanın esasının incelenmesi sonucunda verilecek kararın kesinleşmesiyle belirlenecek olup<sup>132</sup> geçici tedbir nafakasına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı anda kimin kusurlu olup olmadığı tespitini mümkün değildir<sup>133</sup>. Bu bağlamda -yoksulluk nafakasından farklı olarak- yukarıda anlatılan yöntem uyarınca şartları mevcutsa boşanma sebebinin ortaya çıkmasında tek başına veya diğer eşe nazaran daha kusurlu olan eş lehine de TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilebilecektir<sup>134</sup>. Aksi yönde bir kabul kusura ilişkin herhangi atıf da içermeyen TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının geçici hukuki koruma niteliği ile bağdaşmayacaktır<sup>135</sup>. Buna ilaveten bu nafakanın kusur şartına bağlanması anılan katkının halihazırda varlığını koruyan evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun bir uzantısını teşkil ettiği olgusu ile de çelişecektir<sup>136</sup>.

<sup>129</sup> Yargıtay 2 HD, E 2009/8040 K 2010/9659, 12.05.2010 (Kazancı).

<sup>130</sup> Öztan (n 7) 754.

<sup>131</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 131; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 19; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34 Ceylan (n 6) 37; Akıntürk ve Ateş (n 12) 285; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 710; Dolge (n 11) Art 276 N 9; Günay İnan (n 8) 128; Yargıtay HGK, E 2017/2-1579, K 2018/673, 04.04.2018 (Kazancı). Eşler arasında eşitliğin kabul edilmediği dönemde erkeğin nafaka ödeme borcunun takdiri bakımından aynı yönde A. Egger, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251* (Zweite umgearbeitete Auflage 1936) Art 145, N 9; Tekinay (n 6) 251. Diğer eşten kusurlu olarak ayrı yaşayan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğini belirterek farklı görüşte Köseoğlu ve Kocaağa (n 34) 194. Her ne kadar Yargıtay kararlarına dayansa da, tedbir nafakasına hükmedilmemesi gereken durumlar arasında kadının başka erkeklerle gece kulübüne giderek onlarla içki içmesi ve eve geç dönmesi ile kocası tarafından temin edilen eve gitmemesini ve duruşmada "eve gitmeyeceğini" söylemesini herhangi bir değerlendirmede bulunmadan sayan böylelikle de bu geçici önlemin alınmasında kusurun dikkate alınacağı izlenimi veren Ceylan (n 6) 38.

<sup>132</sup> Ceylan (n 4) 113.

<sup>133</sup> Bundan dolayı ilk bakışta nafaka talebinde bulunan eşin vakialarda kusurunun bulunduğu dair kanaat bulursa dahi bu izlenime dayanarak ondan tedbir nafakası esirgenemez. Benzer Alix Haeschel, *Le devoir d'entretien entre époux* (Novos 1942) 40.

<sup>134</sup> Czitron (n 17) 80; Öztan (n 7) 749.

<sup>135</sup> Steinegger (n 38) 50. Yargıtay HGK, E 2012/2-1158 K 2012/827, 21.11.2012 tarihli kararından: "... Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınmayacağına göre, tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez..." (Kazancı).

<sup>136</sup> Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 710.



TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilmesi açısından eşlerin kusur durumunun önem taşıyor olması bazı durumlarda tedbir nafakası talebinde bulunulmasının hakkın açıkça kötüye kullanılması teşkil etme olasılığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu bağlamda verilebilecek örneklerden en açık olanı, yoksulluk nafakası talep etmeyip sadece tedbir nafakası talebinde bulunan eşin davranışlarıyla boşanma davasını gereksiz yere uzatmasıdır<sup>137</sup>. Bununla birlikte kanaatimizce tartışılması gereken olasılık, uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı üzere, tedbir nafakası talebinde bulunan eşin başka bir kişiyle birlikte yaşaması olgusudur. Anılan olguya ilişkin Yargıtay ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımları farklıdır. Yargıtay'ın başka bir erkekle yaşayan kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğine karar verdiği görülmektedir<sup>138</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi ise TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep eden eşin yargılama süresince bir başkasıyla yaşamasını ve onun tarafından kapsamlı bir şekilde desteklenmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir<sup>139</sup>. İki yüksek mahkemenin yaklaşımları arasındaki fark hangi olgunun açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği olgusundadır. Kanaatimizce, halihazırda süren evlilik birliğine dair giderlere katılma borcunu karşılamakta zorlanan eşin geçim sıkıntısını aşmaya yönelik bir geçici önlem olan TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığında belirleyici kıstas, ilgili eşin bu katkıya dair bir ihtiyacının bulunup bulunmadığı olmalıdır. Bu bağlamda sadece başka bir kişiyle yaşayan değil aynı zamanda ondan tedbir nafakası talep edilmesini gereksiz kılacak düzeyde kapsamlı bir yardım alan eşin nafaka talep etmesi hakkın açıkça kötüye kullanılması sayılmalıdır<sup>140</sup>. Eşin bir başkasıyla evliymiş gibi yaşadığı durumlarda hakkın açıkça kötüye kullanıldığında -bundan bir menfaat sağlayıp sağlamadığı araştırılmaksızın<sup>141</sup>- tereddüt edilmemeli ancak bu yoğunlukta olmayan birlikte yaşamada ise esasen eşin anılan durumda TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep etmesini gereksiz kılacak bir iktisadi menfaat elde edip etmediğine bakılmalıdır<sup>142</sup>. Elde edilen menfaat bu alacak hakkını tamamen gereksiz kılıyorsa tedbir nafakasına dair herhangi bir önlem alınmamalı; şayet elde edilen iktisadi menfaat TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasını gereksiz kılmaya yeterli değilse, başka kişiyle yaşayan eşin ödeme gücünün belirlenmesinde dikkate

<sup>137</sup> Czitron (n 17) 82.

<sup>138</sup> Yargıtay 2 HD, E 2021/534 K 2021/1665, 25.02.2021; Yargıtay 2 HD, E 2015/15309 K 2016/6985, 06.04.2016 (Kazancı).

<sup>139</sup> BGE 118 II 225. Bu karardaki bazı tespitlere dair eleştirel bir inceleme için bkz. Thomas Geiser, 'Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten (1993) 8 AJP 903, 907-908.

<sup>140</sup> Benzer Bayram (n 2) 234.

<sup>141</sup> Nitekim evliymiş gibi başkasıyla yaşam mahiyeti gereği diğer eşten katkı ihtiyacını ortadan kaldırır.

<sup>142</sup> Bu ayrımdan hareketle kanaatimizce Yargıtay'ın evlilik sona ermeden nişanlanan kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilmemesi gerektiği yönündeki içtihadının [Yargıtay 2 HD, E 2003/1034 K 2003/3249, 10.03.2003 (Kazancı)] isabetine ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir. Tedbir nafakası talebinde bulunan kişinin sadece nişanlanmış olması tek başına ne başka bir kişiyle birlikte yaşadığı ne de ondan bir maddi destek gördüğünü ortaya koymaya yeterlidir. Nişanlanmanın tek başına tedbir nafakasına engel olacağı ileri sürmek bu alacak hakkının takdirinde talepte bulunanın kusurunun da dikkate alındığı izlenimini doğurmaktadır.

alınmalı ve ilgili alacak bu duruma uygun şekilde indirilerek takdir edilmelidir<sup>143</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki, boşanma yargılaması süresince evlilik birliğinin giderlerine katılmaya yeterli gücü olmayan ve başkasıyla da kendisine herhangi bir iktisadi menfaat sağlamayacak şekilde birlikte yaşayan eş lehine ancak boşanma davasına karşı çıkması halinde tedbir nafakasına hükmedilmemelidir<sup>144</sup>.

### **b. Tedbir Nafakasının Sona Ermesi**

Geçici tedbir nafakası, geçici önlemleri sona erdiren diğer sebeplere ilaveten taraflardan birinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, ölümü<sup>145</sup>, alacaklının başkasıyla evli gibi yaşaması durumunda sona erer<sup>146</sup>.

### **c. Tedbir Nafakasından Feragat**

Yargıtay'a göre henüz doğmamış bir haktan feragat mümkün olmadığından boşanma davası açılmadan önce TMK m. 169 anlamında tedbir nafakasından feragat geçerli değildir<sup>147</sup>. Doktrinde de aile hukukundan doğmasından ve kişiye sıkıya bağlı niteliğinden hareketle henüz doğmadığı bir dönemde tedbir nafakasından feragatin TMK m. 23'e aykırı olacağı belirtilerek<sup>148</sup> bu sonuç kanaatimizce daha sağlam kuramsal dayanaklarla temellendirilmektedir.

Boşanma davasında hükmolunan tedbir nafakasından feragat durumunda ise bu tek taraflı beyan kesin hüküm sonuçları doğurduğundan nafaka feragat tarihinden itibaren sona erer<sup>149</sup>. Bununla birlikte sonradan nafakanın tekrar talep edilmesi durumunda ise tedbir nafakasına talep tarihi itibarıyla hükmedilecektir<sup>150</sup>.

## **D. Malvarlığı İlişkilerine İlişkin Önlemler**

Kanun koyucu TMK m. 169'da hâkimin boşanma veya ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince re'sen alabileceği gerekli önlemleri örnekleme yoluyla sayarken bunların arasında eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirleri de zikretmiştir. Düzenlemede sayılan önlemlerin sınırlı sayıda olmadığı dikkate alındığında daha genel bir bakış açısıyla -eşlerin mallarının yönetimine ilişkin

<sup>143</sup> Benzer değerlendirme ve özellikle İsviçre yargı uygulamasının başkasıyla yaşamının TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası önlemine etkisi bakımından bkz. Ciziron (n 17) 82-87.

<sup>144</sup> Geiser (n 139) 908.

<sup>145</sup> Yargıtay 2 HD, E 2012/6518 K 2012/26283, 06.11.2012 (Kazancı).

<sup>146</sup> Benzer Öztan (n 7) 754; Bayram (n 2) 242; Topak (n 4) 428.

<sup>147</sup> Yargıtay 2. HD, E 2003/1076 K 2003/2320, 24.02.2003 (Kazancı).

<sup>148</sup> Öztan (n 7) 752.

<sup>149</sup> Davadan feragatin kesin hüküm gibi sonuç doğurduğu hakkında ayrıca bkz. Serpil Işık, 'Medenî Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler (2021) 27 (2) MÜHFHAD 1597.

<sup>150</sup> Yargıtay 2 HD, E 2014 / 4976 K 2014/15097, 01.07.2014 (Kazancı).

olanları da içerecek şekilde- eşler arasındaki malvarlığı ilişkilerine dair uygulamada öne çıkan önlemlerin incelenmesi daha yararlı olacaktır.

## 1. Mal Rejimine İlişkin Geçici Önlemler

TMK m. 202 / f. 1 uyarınca 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. Bununla birlikte TMK m. 202 / f. 2 uyarınca eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen diğer rejimlerinden birini (mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı) kabul etmeleri mümkündür. Gerek yasal gerek seçimlik mal rejimlerine ilişkin kanunda özel düzenlemeler bulunmakta olup eşler tabi oldukları mal rejiminin içeriğini, TMK m. 203, c. 2'de de belirtildiği üzere, kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde düzenleme yetkisini haizdir.

Yasal ve seçimlik mal rejimleri dışında TMK m. 206-212 arasında ayrıca olağanüstü mal rejimi de düzenlenmiştir. Haklı sebebin veya kanunda öngörülen durumların varlığı halinde hâkim kararıyla veya kanunda düzenlenen bazı sebepler temelinde kendiliğinden mal ayrılığı rejimine geçiş anlamına gelen ve eşlerin veya alacaklıların ekonomik menfaatlerini tehlikeye atan durumları ortadan kaldırmayı amaçlayan<sup>151</sup> bu hukuki imkân öğretide geniş anlamda bir evlilik birliğini koruyucu önlem olarak nitelendirilmektedir.<sup>152</sup>

Boşanma davasının açılmasının olağanüstü mal rejimine geçiş kararı açısından haklı sebep teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, olağanüstü mal rejiminin düzenleniş amacından hareketle boşanma davasının açılmasının TMK m. 206 uyarınca mal ayrılığı rejimine geçiş açısından genelde haklı sebep teşkil edeceğini belirtmektedir.<sup>153</sup> Çoğunluk görüşü ise boşanma davasının açılmasının olağanüstü mal rejimine geçiş kararını tek başına meşrulaştırmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş ise kendi arasında, boşanma davasına ilaveten TMK m. 197 veya TMK m. 206 / f. 2'de belirtilen özel sebeplerden birinin gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürenler<sup>154</sup> ile anılan maddelerdeki özel nedenler gerçekleşmemiş olsa da boşanma davasının açılmasının dışında haklı sebebin varlığı halinde de olağanüstü mal rejimine hükmedilebileceğini savunanlar<sup>155</sup> olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanaatimizce boşanma davasının açılmasına ilaveten ayrıca TMK m. 197 veya TMK 206/ f. 2'de sayılan özel sebeplerin varlığını aramaya gerek olmayıp -esasen her iki düzenlemede de varlığı olağanüstü mal rejimine geçiş için yeterli görülen- haklı sebebin bulunması

<sup>151</sup> Serra Kocar, 'Olağanüstü Mal Rejimi' (2019) 5 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157, 159.

<sup>152</sup> Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) 1029.

<sup>153</sup> Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı Seçkin 2021) N 100, 103.

<sup>154</sup> Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 185 N 8.

<sup>155</sup> Czitron (n 17) 134; Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art. 145 N. 326.

durumunda<sup>156</sup> TMK m. 169'daki diğer önlemler gibi gereklilik, uygunluk ve orantılılık ilkelerine uyduğu takdirde mal ayrılığına geçişe karar verilebilir<sup>157</sup>. Belirtmek gerekir ki böyle bir geçici önlem esasen boşanmaya karar verilmediği durumlarda uygulama açısından önemi haiz olacaktır<sup>158</sup>. Nitekim yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 225 / f. 2 uyarınca mahkemece evliliğin boşanma sebebiyle sona erdirilmesine karar verilmesi durumunda mal rejimi zaten dava tarihinden itibaren geçerli bir şekilde sona erecektir.

Boşanma yargılaması süresince TMK m. 169 uyarınca alınmış mal ayrılığı rejimine geçiş kararının kaldırılması ancak TMK m. 208 / f. 2 uyarınca bunu gerektiren hâlin ortadan kalkması ile yine hâkim kararıyla gerçekleşecektir. Bu bağlamda boşanma davasının reddedilmesi tek başına mal ayrılığına geçişten dönmeyi sağlamayacaktır<sup>159</sup>. Hâkimin şartların mevcudiyeti halinde sadece önceki mal rejimine dönmeye hükmedebilecek olup bundan başka bir mal rejiminin uygulanmasına karar veremeyecektir<sup>160</sup>.

Olağanüstü mal rejimine geçiş esasen malvarlığına ilişkin önlemler bakımından son çare niteliğindedir<sup>161</sup>. Bu bağlamda somut olaya göre ölçülülük bağlamında daha hafif önlemlere karar verilmesi mümkün ise bu önleme başvurulmaması gerekmektedir. Somut olaya göre daha hafif olarak nitelendirilebilecek hukuki korumaların başında mal rejimi tasfiyesi bakımından belirleyici malvarlığı değerlerinin güvence altına alınması için TMK m. 216 uyarınca envanter yapılmasına hükmedilmesi gelmektedir. Mal rejimiyle doğrudan ilgili diğer daha hafif önlem olarak mal rejiminden doğan alacak hakkının güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla çekişmeli malvarlığı değerlerinin yönetilmesi veya yararlanılmasına karar verilmesi zikredilebilir<sup>162</sup>. Mal rejiminden doğan alacak hakkını güvence altına alan ve mal rejimine özgü diğer bir önlem ise eşin diğer eşe karşı olan mal rejiminin tasfiyesinden doğan borcu için hâkimin onu TMK m. 217 / c. son uyarınca teminat göstermekle yükümlü tutmasıdır.

<sup>156</sup> TMK m. 206/ f. 2'de bentler halinde sayılan durumlar incelendiğinde bu tartışmanın sadece kuramsal nitelik taşıdığı söylenebilecektir.

<sup>157</sup> Benzer Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Ankara 2021) N 534.

<sup>158</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 324. Bu düzenlemenin uygulama alanının genellikle mal ortaklığı rejiminin uygulandığı evlilikler olduğu yönünde Ayan (n 32) 297; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 159.

<sup>159</sup> Czitron (n 17) 136.

<sup>160</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 331.

<sup>161</sup> Mal ayrılığına geçişin önceden mevcut bazı beklentilere dair sert sonuçlar doğuracağından ve olağanüstü mal rejimin ortadan kaldırılması ileriye etkili olarak sonuç doğuracağından bu önlemin geçici değil sürekli nitelik taşıdığını belirten Czitron (n 17) 132-133.

<sup>162</sup> Gloor (n 16) Art 137 N 12; bu bağlamda uygulanan mal rejimine göre yönetim yetkisinin eşlerin birinden alınıp diğerine verilebileceği gibi her bir eşin malının yönetiminin kendisine bırakılmasına hükmedilebileceğini belirten Kılıçoğlu (n 34) 120.

TMK m. 169 uyarınca geçici önlem olarak alınan olağanüstü mal rejimine geçiş dava tarihinden itibaren; olağanüstü mal rejimine geçişe dair kararın kaldırılması ise buna dair kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade edecektir<sup>163</sup>.

## 2. Tasarruf Yetki Kısıtlamasına Karar Verilmesi

Aile konutunun korunmasına ilişkin TMK m. 194 ile edinilmiş mallarını elden çıkarmak suretiyle diğerinin katılma alacağından mahrum kalmasına neden olabilecek eşin belirli devirlerine konu malvarlığı değerlerinin de artık değerinin hesabında dikkate alınmasına yönelik TMK m. 229 (ve bu düzenlemenin tamamlayıcısı olan alacaklı eşe üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı veren TMK m. 241'in<sup>164</sup>)'un boşanma yargılaması süresince malvarlığı değer kaymalarını yeterli şekilde engelleyemediği durumlar ile karşılaşmak mümkündür. Anılan olasılıkta hâkim bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunulmasının ancak malik olmayan eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir<sup>165</sup>.

“Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin” olarak TMK m. 169 uyarınca re'sen hükmedilebilecek bu geçici önlem aynı zamanda TMK m. 199'da bir evlilik birliğinin korunması önlemi<sup>166</sup> olarak da düzenlenmiştir<sup>167</sup>. Son anılan hükmün boşanma yargılaması<sup>168</sup> çerçevesinde karar verilecek tasarruf yetki sınırlamaları için kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>169</sup>. Bu bağlamda bu geçici hukuki korumaya TMK m. 169 uyarınca hükmedilirken, esasen ilgili kanun hükmündeki şartların ve kanun koyucunun bu bağlamdaki değer yargılarının mümkün olduğu ölçüde gözetilmesi gerekmekte olup<sup>170</sup> boşanma davasının açılmasıyla ortaya çıkan, eşlerin menfaat durumlarındaki değişiklik de özellikle dikkate alınmalıdır.

<sup>163</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 14) Art 145 N 330-331.

<sup>164</sup> TMK m. 229 ile TMK m. 241 arasındaki ilişkiye dair bkz. Zeynep Rana Demir, *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Ekleneyecek Değerler* (On İki Levha 2021) 103-104.

<sup>165</sup> Spühler / Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 367.

<sup>166</sup> TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki sınırlamasına karar verebilmek için eşlerden biri tarafından evlilik birliğinin iktisadi açıdan korunmasını gerektirecek veya evlilik birliğinin genel hükümlerinden ya da mal rejiminden kaynaklanan eşler arasındaki bir yükümlülüğün yerine getirilmemesine yönelik ciddi bir tehlikeye sebebiyet verilmesi gerekmektedir. Hangi durum açısından mevcut olursa olsun güncel ve ciddi nitelik taşıması gereken tehlikenin diğer eş ve aile üyelerini zora düşürecek kadar yoğunluğa ulaşması gerek olmayıp talepte bulunan eş tarafından olabildiğince somut olgulara dayanarak yaklaşık ispat ile ortaya konması yeterlidir. Tasarruf yetkisinin kısıtlaması talep edilen eş tarafından yeterli miktarda güvencenin sağlanması durumunda bu tehlike ortadan kalktığından önleme karar verilemeyecektir. TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamasına ilişkin şartlara dair detaylı bilgi için bkz. Bräm (n 59) Art 178 N 11-16; Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178, N. 6-8b; Ursula Schmid, *Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage Orell Füssli 2021) Art 178 N 1-4; Öztan (n 7) 381-385; Kılıçoğlu (n 34) 219-221; Ayan (n 32) 258-263; Yılmaz (n 61) 284-294; Eylül Can Köse, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020) 90-97.

<sup>167</sup> Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008) 191. TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamalarına talep üzerine hükmedileceği yönünde farklı Köse (n 166) 96-97.

<sup>168</sup> Evlilik birliğinin korunması önlemi olarak düzenlenmiş olsa da tasarruf yetki sınırlanmasına dair geçici önleme boşanma yargılaması süresince de hükmedilebileceği (Tarkan Göksu /Adrian Heberlein, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatort, Personen- und Familienrecht -Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (3. Auflage Schultess 2016) Art 178 N 1) ve uygulamada ilgili önleme görece sıklıkla bu zaman diliminde başvurulduğu hususunda Yılmaz (n 61) 280.

<sup>169</sup> Ivo Schwander, 'Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 22.10.1992, H. c. H. (5P. 227/1992), Staatsrechtliche Beschwerde' (1993) AJP I 86, 86.

<sup>170</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 8.

TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki sınırlamasına karar verilirken boşanma yargılamasından doğan taleplerin cebri icrasının güvence altına alınmasına yönelik menfaatler gözetilecek olup TMK m. 199 uyarınca önleme hükmedilirken göz önünde tutulan evlilik birliğindeki çıkarların karşılaştırılması dikkate alınmaz<sup>171</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki boşanma yargılamasında malvarlığını ilgilendiren taleplerinin içeriğinin daha ölçülebilir olması<sup>172</sup> ve eşin ilgili malvarlığı değerinin devrinden sonra bunları karşılayabilecek konumda bulunup bulunmadığının daha kolay tespit edilebilir olması, bu geçici önleme TMK m. 199 kapsamında belirtilenlerden daha az sıkı şartların da gözetilerek hükmedilmesine imkân verir<sup>173</sup>. Bu kuramsal tespitleri somutlaştırmak gerekirse, TMK m. 199’da tasarruf yetki kısıtlamasına hükmedilmesi için gerekli olan ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gibi gereklilikler TMK m. 169 uyarınca alınabilecek bu içerikteki önleme hükmetme açısından dikkate alınmaz<sup>174</sup>. Buna ilaveten TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamasına hükmedilebilmesi açısından ciddi ve güncel bir tehlikenin bulunduğu inandırıcı kılınması yeterli olup hâkimin bu önleme karar verebilmesi için görünüşte delile dayalı olarak ileri sürülen malvarlığına ilişkin talep hakkının olası şekilde mevcudiyetine ve tehlikede olduğuna ikna olması lazımdır<sup>175</sup>. Esasen TMK m. 199 uyarınca alınacak geçici önlem için de geçerli olan bu ispat düzeni, TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki sınırlaması bakımından özelliğini ciddi tehlikeyi ortaya koyan olguların daha yüzeysel olmasında gösterecektir. Bu bağlamda başka bir teminat önerilmiyorsa, yapılan tasarrufun kârlılığı ortaya konulabiliyorsa veya tasarruf konusu malvarlığı değerinin mal rejimi tasfiyesiyle hiçbir bağlantısının bulunmadığı ya da muhtemel alacakların icrasına bir güvence teşkil etmediği kabul edilmiyorsa hâkimin bu önleme re’sen karar vermesi gerektiği öğretide benimsenmektedir<sup>176</sup>.

Önlemin içeriğinin belirlenmesinde geniş takdir yetkisini haiz olmakla birlikte hâkim, bu geçici hukuki korumaya hükmederken TMK m. 169 uyarınca gözetilmesi gereken genel kıstasları<sup>177</sup> dikkate almalıdır. Bu önlem özelinde ise tasarruf yetki kısıtlamasına konu malvarlığı değeri saptanırken<sup>178</sup> özellikle bu önlemin

<sup>171</sup> Schwander (n 169) 87.

<sup>172</sup> Örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı bir evlilikte TMK m. 225/f. 2 uyarınca mahkemece boşanma sebebiyle sona erdirilmesine karar verilmesi hâlinde mal rejiminin dava tarihinden geçerli olmak üzere sona ereceği ve alacaklı eşin katılma alacağının belirlenmesinde TMK m. 235/f. 1 uyarınca mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

<sup>173</sup> Schwander (n 169) 87; Czitron (n 17) 142.

<sup>174</sup> Öztan (n 7) 746.

<sup>175</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 369.

<sup>176</sup> Schwander (n 169) 88.

<sup>177</sup> Detaylı bilgi için bkz. Geçici Önlem Alınmasının Şartları başlığındaki açıklamalar. Bu bağlamda gerekli ve orantılı ise eşler boşanma yargılamasına rağmen birlikte yaşamaya devam etse dahi bu önleme karar verilebilir. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 33.

<sup>178</sup> Hangi malvarlıklarına ilişkin olduğu somut olarak gösterilmeksizin genel ve soyut nitelikte tasarruf yetkisi kısıtlamasına gidilemeyeceğini vurgulayan Yargıtay 2 HD, E 2014/2235 K 2014/10433, 06.05.2014 (Kazancı).

uygulanabilirliğinin ve eşler üzerinde yaratacağı etki göz önünde bulundurulmalıdır<sup>179</sup>. Buna ilaveten Yargıtay, boşanmaya karar verilmesi durumunda hükmedilmesi mümkün boşanmaya bağlı tazminat ve nafaka haklarının temin edilmesi için dahi olsa dava konusu olmayan ve eş üzerinde kayıtlı taşınmazlar üzerine tedbir konulamayacağına dair görüşü ile, bu takdir yetkisine başka bir sınırlama daha getirmektedir<sup>180</sup>.

Alınabilecek geçici önlemlere dair herhangi bir sınırlama getirmeyen TMK m. 169 uyarınca hâkimin, yukarıdaki şartların varlığı durumunda, ilgili malvarlığı değeri üzerinde malik eşin tasarrufu ve/veya borçlandırıcı işlem yapma yetkisini kısıtlaması mümkündür<sup>181</sup>.

Mahkeme tarafından hükmedilen tasarruf yetki sınırlaması sadece eşler arasında hüküm ifade edecek olup ilgili eşin fiil ehliyetine herhangi bir etkide bulunmaz<sup>182</sup>. Aleyhine önleme hükmedilen eş bu karar ile diğerinin rızası bulunmaksızın ilgili malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunamaz<sup>183</sup>.

Kanunda kararın ilan öngörülmediğinden kural olarak tasarruf yetki sınırlaması üçüncü kişileri de ilgilendiren sonuçlar doğuramaz<sup>184</sup>. Diğer eşin rızası alınmaksızın yapılmış tasarruf işleminin üçüncü kişiler açısından doğacak hukuki sonuçlar eşyalar bakımından zilyetliğin kazanılması hükümlerine<sup>185</sup>, alacaklar açısından ise alacağın devri hükümlerine göre belirlenecektir. Bu bağlamda üçüncü kişilerin iyiniyetli hak iktisabının önüne geçmek için TMK m. 199 / f. 2 uyarınca gerekli önlemleri alma

<sup>179</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 369.

<sup>180</sup> Yargıtay 2 HD, E 2019/1503 K 2019/8395, 09.09.2019. Boşanmadan kaynaklı maddi tazminat talebinin hukuki niteliği ve bağlantılı sonuçlar için bkz. Cansu Kaya Kızıllırmak, *Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat* (On İki Levha 2021) 48-53.

<sup>181</sup> Czitron (n 17) 143. Bununla birlikte hâkime TMK m. 169'daki kadar geniş bir takdir yetkisinin tanınmadığı TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki sınırlaması kararı ile malikin ilgili malvarlığı değeri üzerinde borçlandırıcı işlemde bulunma yetkisinin de sınırlandırılıp sınırlandırmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmaya dair çeşitli görüşler ve açıklamalar için bkz. Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 12; Yılmaz (n 61) 300-303.

<sup>182</sup> TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki kısıtlaması bakımından bu yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 13.

<sup>183</sup> Herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan diğer eşin rızası işlemden önce veya sonra verilebilir. İzin alınmadan yapılan işlemin diğer tarafı, işlemin uzun süre askıda kalmasının önlenerek hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla, diğer eşten uygun bir süre içinde bu işleme icazet verip vermeyeceğini bildirmesini isteyebilir. Diğer eşin rızasını sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin, TMK m. 194 / f. 2'nin kıyasen uygulanmasıyla, hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür. TMK m. 199 açısından benzer Bräm (n 59) Art 178 N 17-18; Nami Barlas 'Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları', Makalelerim Cilt: I (Vedat 2008) 223, 250; Yılmaz (n 61) 303-305; Köse (n 166) 102-105.

<sup>184</sup> Bununla birlikte bu durumda ortaya çıkan olumsuz sonuçlar TMK m. 199/f. 2 ve f. 3'te koruyucu önlemler ile azaltılmıştır. Bu yönde Schmid (n 166) Art 178 N 8.

<sup>185</sup> Bu bağlamda taşınmazlar açısından bakıldığında tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşten maliki olduğu taşınır eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı hak edinen ya da para ve hamiline yazılı senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır. Bu yönde bkz. Czitron (n 17) 144. Taşınmazlar açısından ise öğretilen mahkeme kararının TMK m. 199 / f. 3 uyarınca henüz tapuya şerh verilmediği dönemde tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin diğerinin rızasını almadan önlem konusu malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunması durumunda işlemin diğer tarafının iyiniyetinin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Buna dair detaylı bilgi için Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 49) N 1058; Nomer ve Ergüne (n 49) N 523. Şerhin etkisine dair detaylı inceleme için bkz Köse (n 166) 110-112.

yetkisini haiz olan hâkim<sup>186</sup> tasarruf yetki sınırlamasının konusu malvarlığı değeri taşınmaz ise bu durumun TMK m. 199 / f. 3'e göre re'sen tapuya şerh edilmesine karar verecektir.

### 3. Borçların Diğer Eşe Ödenmesi

“Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin” olarak hükmedilebilecek bu geçici önlem<sup>187</sup> esasen TMK m. 198'de bir evlilik birliğinin korunması önlemi olarak düzenlenmiştir. Boşanma yargılaması süresince tedbir nafakasını ödemekle yükümlü olan eşin<sup>188</sup> borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek diğer eşin talep hakkını tehlikeye düşürmesi durumunda da, hâkimin TMK m. 169 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayanarak borcunu ifa etmeyen eşin borçlularının ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarına re'sen karar verebileceği kabul edilmektedir<sup>189</sup>.

TMK m. 198'in kıyasen uygulanacağı<sup>190</sup> bu önleme hükmederken hâkim, son anılan düzenlemedeki özel şartlarla bağlı olmamakla birlikte TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının ödenmesinde önemsiz gecikmelerin veya kısmi ya da geç ifaya dair hafif tehlikenin varlığını da<sup>191</sup> ilgili geçici hukuki koruma kararı açısından yeterli kabul etmeyecektir<sup>192</sup>. Nitekim ifanın gerçekleşmesine yardımcı bu imkân nafaka yükümlüsü eş bakımından köktenci sonuçlar doğurabileceğinden bu önleme ancak orantılılık ilkesi gözetilerek ve bu bağlamda ilgili yükümlülüğe ilişkin ifa engeli, diğer eşin talep hakkı bakımından ciddi bir tehlikeye neden oluyorsa hükmedilecektir. İlgili borç birden fazla kez yerine getirilmemişse veya yükümlü eşin davranışlarından bu yükümlülüğün gelecekte ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa bu tehlikenin mevcudiyeti kabul edilebilecektir<sup>193</sup>. Bu önleme karar verilmesine neden olan ifa engeli bakımından

<sup>186</sup> TMK m. 199 bakımından bu yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 20; Ayan (n 32) 268. Uygulamada karşılaşılan koruyucu önlemlere örnek olarak aleyhine önlem alınan eşin banka hesaplarının bloke edilmesi ve taşınır malın veya kıymetli evrakin mahkeme, banka veya üçüncü bir kişiye saklanmak üzere tevdi edilmesi verilebilir. Benzer örnekler için bkz. Yılmaz (n 61) 307-308; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 987.

<sup>187</sup> Bu yönde Bräm (n 59) Art 177 N 7; Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N 8d; Bähler (n 3) Art 276 N 6.

<sup>188</sup> Hâkimin, ifa kabiliyeti olan eşin iktisadi açıdan zor durumda olan diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu yargılama gideri avansı borcu ile ilgili olarak da bu önleme karar verebileceğini ileri süren Czitron (n 17) 149. Kanaatimizce, tedbir nafakası belirlenirken dikkate alınan evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun bir parçasını teşkil ettiğinden [davamın umutsuzluğa başlangıçtan itibaren anlaşılıyorsa veya kötücül bir niyetle açılmamışsa bu katkıyı da evlilik birliğinin giderlerine katılma borcu kapsamında değerlendiren Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 163 N 15] dolayı anılan harcama kaleminin bu önlemin uygulama alanı açısından ayrıca zikredilmesine gerek yoktur.

<sup>189</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380; Öztan (n 7) 749. TMK m. 169 uyarınca bu önleme hükmedilmesi durumunda borçlulara verilen emrin hukuki temelini değiştireceğini tespit ederek Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N 24.

<sup>190</sup> TMK m. 198'in 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ndeki karşılığını teşkil eden TKM m. 163'ün kaynağı olan İMK m. 171'e atfen kıyas vurgusunda bulunan Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 379; evlilik birliğinin korunması önlemlerine dair hükümlerinin geneli bakımından benzer vurgu için bkz. Bräm (n 59) Art 177 N 7.

<sup>191</sup> Bu bağlamda yükümlü eş, tedbir nafakasını ödeme yükümlülüğünü kısmen veya tamamen geciktirmiş olmakla birlikte ilgili durumun ileride tekrar edeceğine ilişkin bir emare söz konusu değilse veya bu ifa etmeme olgusu sadece hastalık veya işsizlik gibi anlayışla karşılanabilir bir acil durumdan kaynaklanmışsa bu tedbire hükmetmemek gerekir. TMK m. 198 bakımından benzer Philipp Maier und Rolf Vetterli, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage Stämpfli 2022) Art 177 N 4.

<sup>192</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380; Czitron (n 17) 150.

<sup>193</sup> Borçlu eşin davranışının ödeme ahlakının bozulduğuna ve gelecekte de düzelmeyeceğine işaret etmesi durumunda ihlalin önemli bir ağırlığının olacağını belirten Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 4.



yükümlü eşin kusurlu olup olmamasının bir önemi bulunmamakta olup<sup>194</sup> eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesinin türü de belirleyici değildir<sup>195</sup>.

Emir nafaka yükümlüsünün bir veya birden fazla borçlusuna verilebilir. Bu bağlamda talimat kural olarak ismen belirtilen borçluya yöneltilmeli<sup>196</sup> ve emre konu borç miktarı, emrin süresi ve ödemenin unsurları (kime yapılacağı, yeri ve zamanı) ona bildirilmelidir<sup>197</sup>. Bu içeriğe ilaveten doktrinde bu emirde talimata uyulmaması durumunda borçlunun ikinci defa ödeme yapmasının gerekeceğinin de açıkça ifade edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>198</sup>.

Yükümlü eşin ekonomik kişiliğine ve üçüncü şahıslarla olan ilişkilerine müdahale ettiği için hızlı ve kolay bir şekilde hükmedilmemesi gereken bu geçici önlem<sup>199</sup> ne TBK m. 185 anlamında alacağın yargısal devri<sup>200</sup> ne de yenileme teşkil etmekte olup nafaka yükümlüsü eşin -alacaklı konumunu muhafaza etse de<sup>201</sup>- alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini talimatın kapsamıyla sınırlı olarak kaybetmesi<sup>202</sup> sonucunu doğurur<sup>203</sup>. Emre konu borcun borçlusu ancak bu emir ile esasen evlilik birliği adına ahzükabza (tahsile) yetkili kılınmış olan nafaka alacaklısı eşe<sup>204</sup> ifa ile borcundan kurtulacaktır<sup>205</sup>. Alacaklı eş bu alacağı dava edebilme ve buna ilişkin icra takibi yapabilme yetkilerini haizdir<sup>206</sup>.

<sup>194</sup> TMK m. 198 açısından Schmid (n 166) Art 177 N 3; Yılmaz (n 61) 255.

<sup>195</sup> TMK m. 198 açısından benzer Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N. 8, 9.

<sup>196</sup> Uygulamada özellikle nafaka yükümlüsünün hizmet sözleşmesinden dolayı sahip olduğu ücret alacağının emre konu edildiği dikkate alındığında bu talimatın muhatapları çoğu zaman işverenlerdir. Emrin verildiği borçlunun ismen belirtilmesi kural olmakla birlikte nafaka yükümlüsünün iş değiştirme tehlikesine karşı "ilgili işverene" yöneltilmek suretiyle de bu talimatın düzenlenmesi mümkündür. Anılan olasılıkta değişen işverene muhatap olduğu bu önleme dair gerek mahkeme aracılığıyla gerek özel yoldan bilgisinin sağlanması gerekmektedir. Benzer Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 3. Bu geçici hukuki korumanın iş ilişkisine etkileri bakımından detaylı inceleme için bkz. Gülümden Ürcan, 'TMK m. 198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişkisine Etkileri ve İşçi Alacakları' (2022) 1 (72) Çalışma ve Toplum 299-328.

<sup>197</sup> Schmid (n 166) Art 177 N 4. TMK m. 198 uyarınca talimat kararına hükmedebilmek için önceden mahkemenin ihmalkâr davranan eşin parasal katkı miktarını tespit etmiş olmasının zorunlu bir şart olarak aranmayacağına yönelik Yılmaz (n 61) 257.

<sup>198</sup> Yılmaz (n 61) 269. Bununla birlikte ihtiyati tedbire muhalefetten dolayı HMK m. 398 uyarınca ceza yaptırımının uygulanacağına dair uyarıya emir yer vermeye gerek yoktur. Bunun için bkz. Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 3.

<sup>199</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380.

<sup>200</sup> Karş. Ayan (n 32) 256.

<sup>201</sup> Alacaklı nafaka yükümlüsü eş olmaya devam ettiğinden borçlu borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalarını kaybetmez. Bu yönde Schmid (n 166) Art 177 N 7.

<sup>202</sup> Karardan sonra borçlu eşin ilgili alacağını devredebilmesi ve ibra akdetmesi ancak diğer eşin rızası ile mümkündür. Bu yönde Öztan (n 7) 376. Kendisine ödemedede bulunulacak eş ise elde edileceği meblağ üzerinde sadece evlilik birliğinin giderleri ile sınırlı olarak tasarrufla bulunabilecektir. Bu yönde Schmid (n 166) Art 177 N 7.

<sup>203</sup> Benzer Öztan (n 7) 376.

<sup>204</sup> TMK m. 198 bakımından benzer Maier / Vetterli (n 191) ZGB Art 177, N. 1; Öztan (n 7) 375. Bu emir ile sadece ödeme yerinin değiştiğini belirterek farklı yönde Czitron (n 17) 151.

<sup>205</sup> TMK m. 198 bakımından benzer Göksu und Heberlein (n 168) Art 177 N 3.

<sup>206</sup> Schmid (n 166) Art 177 N 7; Yılmaz (n 61) 273. TMK m. 198 bağlamındaki değerlendirmede bu önlemin nafaka alacaklısı eşe ifayı talep yetkisini verdiğini belirten Gümüş (n 171) 186.

### III. TMK M. 169 Uyarınca Hükmedilecek Eşlere İlişkin Geçici Önlemlerin Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

#### A. Hâkimin Re'sen veya Talep Üzerine Karar Alma Yetkisi

Hâkim, boşanma yargılaması süresince gerekli olan geçici hukuki önlemlerden eşler ile ilgili olanlara re'sen, diğer bir ifadeyle bu yönde herhangi bir talebe gerek olmaksızın, hükmedebilir<sup>207</sup>. TMK m. 169 uyarınca hâkime tanınan bu yetki -kullanılırken aşağıda incelenecek şartların da gözetilmesi gerektiği için- kuramsal açıdan sınırsız değildir. Buna ilaveten Yargıtay uygulamasına göre, geçici önleme ilişkin verilmiş kararın kesin hüküm haline gelmesi, kesinleşmiş hususlar bakımından hâkimin karar verme yetkisini ortadan kaldırmaktadır<sup>208</sup>.

TMK m. 169 hâkime re'sen harekete geçme yetkisi tanısı da eşlerin mahkemeden boşanma yargılaması süresince bu düzenleme uyarınca geçici önlem alınmasını veya hükmedilen geçici hukuki korumanın değiştirilmesini talep etmelerine de bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki uygulamada genellikle TMK m. 169 uyarınca geçici önlem alınmasını eşler talep ettiğinden hâkimin re'sen harekete geçme yetkisini kullanmasına çoğunlukla gerek kalmamaktadır.

#### B. Geçici Önlem Alınmasının Şartları

TMK m. 169'nin düzenleniş şeklinden de açıkça anlaşılabilceği üzere boşanma davası açılınca hâkim tarafından alınabilecek geçici önlemler, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olanlardan farklı olarak, sınırlı sayıda değildir<sup>209</sup>. Bu bağlamda

<sup>207</sup> Öztan (n 7) 740; Akıntürk ve Ateş (n 12) 283; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706; Ayan (n 32) 289; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 155; Topak (n 4) 421; Günay İnan (n 8) 120; Ceylan (n 4) 111. TMK m. 169 uyarınca geçici önlem kararı alınmasında kendiliğinden harekete geçme ilkesinin esas olduğunu belirten Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011) 57; Osman Duran, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin 2020) 279; Yargıtay HGK, E 2021/2-322 K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı). Bununla birlikte ne kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga 137. maddesinde ne İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinde -TMK m. 169'dan farklı olarak- "re'sen" ifadesine yer verilmiştir. Bundan hareketle İsviçre hukukunda boşanma yargılaması süresince eşlere ilişkin geçici önlemlere talep üzerine karar verileceği belirtilmektedir. Bu yönde Annette Spycher, *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Stämpfli 2012) Art 276 N4; Bähler (n 3) Art 276 N 2; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Tappy (n 11) Art 276 N 10. İsviçre hukukundaki farklı durumu vurgulayarak Fatih Tahiroğlu, *Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Massnahmen* (2022) 4 (1), TAÜHFD 209, 227.

<sup>208</sup> Tedbir nafakası bakımından Yargıtay 2 HD, E 2020/4099 K 2020/4620, 13.10.2020; Yargıtay 2 HD, E 2020/3405 K 2020/4471, 06.10.2020 (Kazancı).

<sup>209</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145, N 8; Spycher (n 207) Art 276 N 6; Dolge (n 11) Art 276 N 4; Bähler (n 3) Art 276 N 2; Tappy (n 11) Art 276 N 38; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 2; Öztan (n 7) 741.

hâkim, boşanma yargılaması devam ederken gereklilik hâlinde<sup>210</sup> orantılı<sup>211</sup> her türlü geçici önlemlere hükmedebilir<sup>212</sup>.

Diğer geçici koruma kapsamında değerlendirilen TMK m. 169 uyarınca<sup>213</sup> geçici önleme hükmedilmesi için ihtiyati tedbir için aranan “aciliyet” ile “kolay şekilde tafefisi bulunmayan sakıncaların mevcudiyetinin ispatı” şartlarının ayrıca gerçekleşmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir<sup>214</sup>. Kanaatimizce doktrinde neredeyse görüş birliği ile yapılan bu genel tespit bütün geçici önlemleri kapsamamaktadır. Bunun sebebi de esasen TMK m. 169 uyarınca bir önleme karar verebilmek için gerekli şartların maddi hukuk tarafından belirlenmesidir<sup>215</sup>. Nitekim tasarruf yetki kısıtlamaları gibi koruyucu nitelik taşıyan geçici önlemler bir malvarlığına ilişkin talebin tehlikeye düşmesini gerektirir iken<sup>216</sup> tedbir nafakasına karar verilmesi böyle bir şarta dayanmamaktadır<sup>217</sup>. Dolayısıyla ihtiyati tedbir olmadığında şüphe duyulmayan bu önlemlere dair ayırıcı genel geçer bir ilke sevk etmeye çalışmak, bu geçici hukuki korumaların sınırlı sayıda olmadıkları dikkate alındığında, yanıltıcı sonuçlara neden olabilir. Doktrinde hükmedilme şartları bağlamında bu geçici hukuki korumaları ihtiyati tedbirden farklı kıldığı kabul edilen diğer bir özellik ise geçici önleme karar verilmesinin teminat gösterilmesine bağlı kılınamaz olmasıdır<sup>218</sup>. Nitekim böyle bir yükümlülüğün kabulü, hem taraflar arasındaki ilişkinin özelliği hem de önlemlerin genellikle birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile mal rejimine ilişkin talepleri güvence altına aldığı dikkate alındığında, TMK m. 169 uyarınca önlemlere karar

<sup>210</sup> Önlemin niteliği bakımından sadece gerekliliği zikreden Sutter und Freiburghaus (n 16) ZGB Art 137 N 11; Ayan (n 32) 291; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2. Tek nitelik olarak ele aldığı gerekliliğin amaca uygunluğu (diğer bir ifadeyle etkinliği) ve orantılılığı gerektirdiği yönünde Spycher (n 207) Art 276 N 6. Kanaatimizce gereklilik amaca uygunluğu şart koşsa da orantılılık farklı bir kıstastır.

<sup>211</sup> Sadece önlemin orantılılığına dikkat çeken Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Öztan (n 7) 741.

<sup>212</sup> Gloor (n 16) Art 137 N 4. Uygunluğu da ayrı bir kıstas olarak ele alan Bähler (n 3) Art 276 N 2; Dolge (n 11) Art 276 N 4; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 2. Kanaatimizce somut uyuşmazlıkta hükmedilen önlemin gerekliliği ve orantılılığı uygun olması sonucunu da doğuracağından uygunluğun ayrı bir kıstas olarak aranmasına gerek yoktur. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 38.

<sup>213</sup> Muhammet Özkes, “Geçici Hukuki Koruma”, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, 15. Bası, Editörler: Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (On İki Levha, 2017) 2435, 2453; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı Yetkin 2022) 702. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemleri farklı geçici hukuki koruma yöntemi olarak nitelendiren Yargıtay İBK, E 2013/ 1 K 2014/1, 21.02.2014 (RG 17.04.2014 S 28975). Bununla birlikte Yargıtay taşınmazların tapu kaydı ile motorlu araçların trafik tescil kaydına konulan tedbirlerin TMK m. 169 kapsamında değerlendirmemekte ve ihtiyati tedbir olarak nitelendirmektedir. Bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2012/23048 K 2012/27971, 22.11.2012 (Kazancı). Eğer bu önlemler boşanma davası süresince hâkimin TMK m. 169 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayalı verilmişse ihtiyati tedbir değil anılan madde kapsamındaki diğer önlemler gibi farklı geçici hukuki koruma niteliğinde kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, son anılan kararda bahsedilen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğü döneminde TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler HUMK m. 101 / b. 4’te ihtiyati tedbir olarak sayılmakta idi.

<sup>214</sup> Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere hükmedilmesi bakımından tehlikeli hâle dair özel bir ispat faaliyetine gerek olmadığını haklı olarak vurgulayan Erişir (n 5) 279.

<sup>215</sup> Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 4.

<sup>216</sup> Bkz. “Tasarruf Yetki Kısıtlamasına Karar Verilmesi” başlığındaki açıklamalar.

<sup>217</sup> Bu hususta benzer Tappy (n 11) Art 276, N 32.

<sup>218</sup> Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 9; Topak (n 4) 423.

verilmesini çoğunlukla imkânsız hale getirir<sup>219</sup>. Buna ilaveten bu önlemlerin teminata bağlı kılınması bir fayda da sağlamayacaktır. Zira TMK m. 169 uyarınca önlemler asıl talebe yönelik karardan etkilenmedikleri için<sup>220</sup> boşanmaya hükmedilmese dahi haksız olarak nitelendirilemeyecektir<sup>221</sup>.

Boşanma yargılaması sırasında eşlere ilişkin alınacak geçici önlemlerin basit yargılama usulüne tabi olduğu kabul edilmektedir<sup>222</sup>. TMK m. 169 uyarınca hükmedilecek geçici önlemin içeriği ise maddi hukuka göre belirlenecektir<sup>223</sup>.

## 1. Gereklilik

TMK m. 169 uyarınca bir geçici önleme karar verilebilmesi için somut uyuşmazlık bakımından buna yönelik bir ihtiyacın bulunması gerekmektedir<sup>224</sup>. Hâkim, gerekliliğin mevcudiyetine somut uyuşmazlıktaki menfaat durumlarına göre karar verecektir<sup>225</sup>.

İsviçre doktrininde, ilgili geçici hukuki koruma konusuna dair evlilik birliğinin korunması kapsamında veya boşanma yargılaması sürecinde yeterli bir önleme karar verilmişse veya eşler yargılama süresince kendi aralarında yürütecekleri ilişkilere dair yaptıkları anlaşmada bir düzenleme getirmişler ise gereklilik kıstasının gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir<sup>226</sup>. İsviçre hukukundan farklı olarak hâkimin geçici önlemleri re'sen alabildiği Türk hukuku bakımından da anılan durumların gereklilik kıstasının varlığını engelleyip engellemediğini incelemek gerekmektedir.

Eşlerden biri tarafından daha önceden hakkında hukuki koruma hükmedilmiş bir mesele ile aynı içeriği taşıyan bir geçici önlem talebinde bulunulması durumunda bu istem, şartları gerçekleşmiş bir değişikliğe yönelik olmadıkça, Türk hukukunda da hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir<sup>227</sup>. Keza hâkimin daha önce hükmedilmiş

<sup>219</sup> Bununla birlikte malvarlığı değerlerine ilişkin önlemler bakımından talebin muhatabı eşin derhâl uygun teminatı göstermesi durumunda aleyhine önlem alınmayacağı gibi önceden karar verilen önlemin kaldırılmasının da mümkün olabileceğini belirterek aynı yönde Spycher (n 207) Art 276 N 14.

<sup>220</sup> Erişir (n 5) 274.

<sup>221</sup> Tappy (n 11) Art 276 N 17.

<sup>222</sup> Kuru (n 22) 858.

<sup>223</sup> BGE 123 III 3. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlerin evlilik hukukundan doğan bir maddi hukuk talebine dayandığını, davanın açılmasından boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar geçen dönemde bozulan evlilik birliğinin eşlerin birbirlerine bakım yükümlülüğü temelinde yeni bir düzenle sürdürülmeye çalışıldığını ve bu önlemlerden bazılarının anılan yükümlülüğünden doğan talebi somutlaştırırken bazılarının da dava açılmasıyla oluşan duruma uyuma hizmet ettiğini belirten Erişir (n 5) 269, 278.

<sup>224</sup> Öztan (n 7) 740.

<sup>225</sup> Bu bağlamda örneğin eşler, ayrı yaşamalarına rağmen, birlikte yaşadıkları dönemde benimsedikleri evlilik birliğinin giderlerine katılıma dair düzenini devam ettiriyorlar ise tedbir nafakasına gerek olmadığı için bu geçici önleme karar verilemez. Bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2003/11158 K 2003/12937, 05.05.2003 (Kazancı). Eşlerin boşanma davası devam ederken birlikte yaşadıkları durum bakımından da benzer Yargıtay 2 HD, E 2017/7179 K 2018/11992, 25.10.2018 (Kazancı).

<sup>226</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 7; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 3; Tappy (n 11) Art 276 N 33; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2.

<sup>227</sup> Evlilik birliğinin korunması kapsamında alınmış uygun önlemlerin varlığı hâlinde TMK m. 169 uyarınca yeniden geçici önlem almaya ihtiyaç bulunmadığını belirterek benzer Öztan (n 7) 740.

önlem kararı ile aynı içeriği taşıyan bir geçici önleme re'sen hükmetmesi de gereklilik kıstasını karşılamayacağından isabetli olmayacaktır.

Eşlerin kendi tasarruflarındaki bütün meseleleri uygun bir şekilde düzenleyen bir anlaşmanın mevcudiyeti ile ilgili olarak ise, bu hukuki işlemlerin onaylayıp onaylanmamasında hâkimin takdir yetkisi bakımından anlaşmalı boşanmaya dair kabul edilen ilkelerin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca kuramsal olarak böyle bir anlaşma hâkim tarafından onaylansa dahi hâkimin bu bağlamda alacağı önlemler de TMK m. 169'un ona tanıdığı re'sen harekete geçme ilkesi uyarınca dosyadan el çekmediği müddetçe bağlayıcı olmayacaktır.

## 2. Ölçülülük

TMK m. 169 uyarınca bir geçici önleme karar verilebilmesi için bunun somut uyuşmazlık bakımından ölçülü olması gerekmektedir. Bu bağlamda ölçülülük kıstası, menfaatlerin muhafazası için birden fazla önlem söz konusu ise en az ama aynı zamanda yeterli derecede müdahale eden<sup>228</sup> ve olanak bulunduğu ölçüde mevcut durumun muhafazasını sağlayan önlemin alınmasını gerektirir<sup>229</sup>.

### C. TMK m. 169 Uyarınca Geçici Önlemleri Almaya Görevli ve Yetkili Mahkeme

TMK m. 169 uyarınca hükmedilebilecek geçici önlemlere ancak boşanma davası açıldıktan sonra karar verilebileceğinden görevli ve yetkili mahkeme bu davayı görmekle görevli ve yetkili mahkemedir<sup>230</sup>. Görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinin ilk bendi uyarınca aile mahkemesi olup<sup>231</sup> yetkili mahkeme ise TMK m. 168 uyarınca *“eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.”*

Bu mahkemenin görevi ve yetkisi boşanmaya ve sonuçlarına ilişkin nihai karar verilene kadar devam eder<sup>232</sup>.

<sup>228</sup> Erişir (n 5) 279.

<sup>229</sup> Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 35.

<sup>230</sup> Boşanma davası öncesinde hükmedilecek geçici önlemler ise evlilik birliğinin korunması kapsamında değerlendirileceği için [Bähler (n 3) Art 276 N 1; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 18] anılanlar açısından görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un (RG. 18.01.2003, S: 24997) 4. maddesinin ilk bendi uyarınca aile mahkemesi; yetkili mahkeme ise TMK m. 201/ f. 1 ve f. 2'ye göre eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi; eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Belirtmek gerekir ki, boşanma davasından önce evlilik birliğinin korunması hükümleri uyarınca önlem alınması için yetkili aile mahkemesine başvurulmuş ise boşanma davasının açılması bu mahkemenin TMK m. 197 vd. hükümlerince önlem alma yetkisini etkilemez. Bu yönde Ayan (n 32) 291.

<sup>231</sup> TMK m. 169 uyarınca bir geçici önlem olarak hükmedilen tedbir nafakasından kaynaklanan alacak için başlatılan takibe yapılan itirazın iptali davası açısından da görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu yönünde Yargıtay 3 HD, E 2018/7743 K 2019/223, 17.01.2019 (Kazancı).

<sup>232</sup> Bähler (n 3) Art 276 N 11.

## D. Geçici Önlemlere Hükmedilmesi, Değiştirilmesi ve Sona Ermesi

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin karar, en erken boşanma davasının açıldığı<sup>233</sup> -daha açık ifadeyle dilekçenin tevzi edilerek sisteme kaydedildiği<sup>234</sup>- anda verilebilir ve bundan itibaren hüküm ifade edebilir<sup>235</sup>. Yargıtay'ın uygulamada en sık karşılaşılan önlem olan tedbir nafakasına ilişkin yerleşik uygulamasına göre ise bu alacak hakkı dava tarihinden itibaren doğacağından<sup>236</sup> buna ilişkin karar kural olarak davanın açıldığı tarihten itibaren hüküm ifade edecektir<sup>237</sup>.

Önemle belirtmek gerekir ki boşanma davası açılmadan önce TMK m. 169 uyarınca geçici önlem talebinde bulunulamaz<sup>238</sup>. Bununla birlikte boşanma yargılaması sona ermedikçe her aşamada geçici önlem alınabilmektedir<sup>239</sup>.

<sup>233</sup> TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler ihtiyati tedbir niteliği taşımadığından, dava açılmadan önce boşanma davasını görmeye görevli ve yetkili mahkemeden bu geçici hukuki korumalara ilişkin karar vermesi talep edilemez. Anılan olasılıkları şartları mevcutsa evlilik birliğinin korunması önlemleri talep edilebilir.

<sup>234</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "*Dava dilekçesinin kaydına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.*" Bu bağlamda anılan düzenlemede atıfta bulunulan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin (RG 06.08.2015 S 29437) "*Davanın Açılması*" kenar başlığını taşıyan 197. maddesinin bazı fıkralarını zikretmekte yarar vardır. İlgili düzenlemenin ilk fıkrası uyarınca "*dava dilekçesi, tevzi bürosu, ön büro veya tevzi işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline teslim edilir.*" Bu hükmün ikinci fıkrasına göre ise "*dava dilekçesi, dava harca tabi ise harç ve gider avansı, harca tabi değilse gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilir ve tevzi formunun bir örneği başvuru sahibine verilir.*" Zikredilen fıkralarla bağlantılı olan ve konumuz açısından esaslı önem taşıyan beşinci fıkra ise şu şekildedir: "*Dava, dava dilekçesinin tevzi edilerek kaydedildiği tarihte açılmış sayılır.*" UYAP Vatandaş veya Avukat Bilgi Sistemi üzerinden güvenli elektronik imza ile dava açılması hâli ayrı bir şekilde ele alınmış olup bu durumda davanın açılma tarihi aynı maddenin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında dilekçenin sisteme kaydedildiği an olarak belirlenmiştir.

<sup>235</sup> Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 47; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 4; Czitrion (n 17) 21; Öztan (n 7) 754; Ayan (n 32) 291. Tedbir nafakasına ilişkin ara karar ilâm niteliğinde olduğundan, tedbir nafakasının yerine getirilmemesi durumunda tahsili borçluya karşı genel haciz yolu ile takiple mümkün olup bu alacak için ilamların icrası yoluyla takip başlatılmaz. Buna yönelik bkz. Yargıtay 12 HD, E 2018/3018 K 2018/6616, 25.06.2018 (Kazancı). Buna ilaveten belirtmek gerekir ki nafakayı ifadan kaçınan yükümlülere dair İİK m. 344 cezai yaptırım öngörülmektedir.

<sup>236</sup> İşlemiş olan nafaka alacaklarının karar tarihinde, işleyecek olanların ise her ayın başında muaccel hale geleceğini de belirterek Yargıtay 2 HD, E 2022/5960 K 2022/9893, 01.12.2022 (Kazancı). Bağımsız tedbir nafakasına ilişkin davasından feragat eden lehine TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına ise feragat tarihinden itibaren hükmedilecektir. Bunun için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/2-3102 K 2018/46, 17.01.2018 (Kazancı).

<sup>237</sup> Yargıtay 2 HD, E 2019/161 K 2019/4480, 10.04.2019 (Kazancı). Öğreti de bu görüştedir. Bunun için bkz. Tekinay (n 6) 252; Akıntürk ve Ateş (n 12) 285; Ceylan (n 6) 36; Dural ve Öğüz ve Gümüş (n 12) N 711; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 158. Talepte bulunulmamış tedbir nafakasına re'sen hükmedilmesi gerektiği durumunda da bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2022/4819 K 2022/6758, 05.07.2022 (Kazancı). Bununla birlikte tedbir nafakasına ancak karar tarihinden sonra ifa edilmemesi durumunda faiz işletilebilecektir. Nitekim karar oluşmadan alacağı faiz yürütme imkânı yoktur. Bkz. Yargıtay 2 HD, E 2013/13119 K 2013/26770, 18.11.2013, (Kazancı).

<sup>238</sup> Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz 1989) 186. Bu yönüyle anılan önlemler, dava açılmadan önce HMK m. 390/f. 1 uyarınca esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden talep edilebilen ihtiyati tedbirlerden ayrışır. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlerde tamamlayıcı merasime başvurma zorunluluğu bulunmadığı yönünde Erişir (n 5) 274.

<sup>239</sup> Tekelioğlu (n 46) 87. Yargıtay tarafından karar bozulduktan sonra da ilk derece mahkemesinden tedbir nafakası talebinde bulunulabileceğine ilişkin Yargıtay 2 HD, E 3485 K 3640, 07.04.1986 [Mehmet Akif Tutumlu, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II* (2. Baskı Seçkin 2009) 1135] Boşanma kararına ilişkin olarak yargılamanın iadesi talebinin kabulü halinde boşanma davası derdest hâle geldiği için tedbir nafakası hükmedilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 2 HD, 13488/14247, 27.12.1995 [Öztan (n 7) 748 dn 3330' dan naklen].

TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesine kadar kural olarak<sup>240</sup> hüküm doğururlar<sup>241</sup>. Bu bağlamda alınan geçici önlemlerin ilgili olduğu konularda da nihai kararı içeren boşanma hükmünün bütün olarak kesinleşmesi durumunda hukuki korumaların kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir<sup>242</sup>. Boşanma kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğunda ise başvurunun konusunu teşkil eden hususlara ilişkin önlemler<sup>243</sup> varlığını muhafaza edecektir.

Türk hukukunda davanın boşanmanın reddi kararının kesinleşmesi; davanın açılmamış sayılması, davanın geri alınması, sulh, kabul ve feragat beyanlarından biriyle sonuçlanması durumunda TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemlerin kendiliğinden ileriye etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir<sup>244</sup>. Bu bağlamda Yargıtay’a göre sona eren tedbir nafakasına rağmen katkının devam etmesini isteyen tarafın TMK m. 195 uyarınca ayrı yaşama olgusu ile “ayrı yaşamada haklılığını” ispat etmesi gerekmektedir<sup>245</sup>. Yargılamanın evlilik birliğinin sona ermesiyle sona ermediği durumlara ilişkin İsviçre uygulaması ve hâkim öğretisine göre ise eşler ayrı yaşamaya devam ettiği müddetçe gerek boşanma yargılaması gerek evliliğin korunması kapsamında alınmış önlemler kural olarak hüküm doğurmaya devam edecektir. Bununla birlikte bu önlemleri değiştirme yetkisi ise artık boşanma davasında değil evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlem almada yetkili mahkemeye ait olacaktır<sup>246</sup>. Kuramsal olarak Türk hukukundaki uygulama daha isabetli olsa da İsviçre hukukundaki eğilim -boşanmanın gerçekleşmediği olayların çoğunda karşılaşılan- ayrı yaşamının devam ettiği olasılık bakımından hem eşlerin menfaatine olur hem de uygulamanın etkinliğinin artırılması bakımından daha uygundur.

<sup>240</sup> Gerekçede, sebebin belirtilmesi kaydıyla, TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına sınırlı süreli hükmedilebileceği hususunda Öztan (n 7) 748. Örnek için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2012/3371 K 2012/22632, 26.09.2012 (Kazancı). İsviçre hukukunda ise hâkimin, hüküm kesinleşse dahi boşanmanın malvarlığı hukukunu ilgilendiren sonuçlarına dair yetkili taraf ilgili icra işlemini başlatıncaya kadar, ilgili önlemlerin uygulanmasına karar verebileceği belirtilmektedir. Bu yönde BGE 78 II 309; Czitron (n 17) 29; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 30.

<sup>241</sup> Dolge (n 11) Art 276 N 20; Tappy (n 11) Art 276 N 51. Türk hukukunda Ayan (n 32) 293; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706.

<sup>242</sup> Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 6. Bununla birlikte geçici önleme üçüncü bir kişiye yönelen talimatta hükmedilmiş ise (mal ayrılığı, borçlulara talimat veya banka hesabı ya da tapu kaydının kitlenmesinde olduğu gibi) bunun sona erdiğinin – kalkma anını da belirterek- şeklen tespitinin onun muhatabı için yapılmasının gerekli olduğunu belirten Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 68; Czitron (n 17) 29. Yargıtay uygulamasına göre ise TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir. Bu vurgunun yapıldığı bazı kararlar için Yargıtay HGK, E 2017/2-2445 K 2017/2027, 20.12.2017; Yargıtay 2 HD, E 2014/3330 K 2014/13752, 18.06.2014 (Kazancı). İleride yapılacak kanun değişikliği ile mülga İMK m. 137/f. 2, c. 2’deki gibi “Evlilik sona erse de, boşanmanın sonuçlarına ilişkin dâva devam ediyorsa, geçici önlemler öngörülebilir” ibaresinin TMK m. 169’a eklenmesini öneren Öztan (n 7) 744.

<sup>243</sup> Bu önlemlerin kapsamına boşanma yargılaması boyunca hükmedilmiş olanlar gireceği gibi dava açılmadan önce evlilik birliğinin korunması kapsamında alınmış olup sonrasında kaldırılmamış veya değiştirilmemiş olanlar da girmektedir. Benzer Bühler (n 3) Art 276 N 10; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 12.

<sup>244</sup> Tedbir nafakası özelinde Tekelioğlu (n 46) 97-98. Boşanmanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi bakımından Yargıtay 2 HD, E 2012/4470 K 2012/7616, 29.03.2012 (Kazancı); feragat bakımından Yargıtay 2 HD, E 2013/21673 K 2014/4701, 04.03.2014 (bu kararda yüksek mahkeme asil davadan feragat eden kadın lehine karşı dava tarihinden itibaren tedbir nafakasına hükmetmiştir.) (Kazancı).

<sup>245</sup> Yargıtay 3. HD, E 2017/14081 K 2017/16878, 30.11.2017 (Kazancı).

<sup>246</sup> BGE 137 III 614. Bu karara atfen François Bohnet und Lorenz Droese, *Präjudizienbuch ZPO* (Stämpfli 2018) Art 276 N 9; Dolge (n 11) Art 276 N 21; Tappy (n 11) Art 276 N 52.

Kesin hüküm niteliği doğurmayan TMK m. 169 uyarınca önlem kararları yargılama süresince değiştirilebilir<sup>247</sup>. Değişiklik kararı verilebilmesi için ihtiyati tedbirlerden farklı olarak ilgili önlem kararına itiraz edilmesi gerekliliği de bulunmamaktadır<sup>248</sup>. Kanunda her ne kadar hâkimin TMK m. 169 uyarınca geçici önlemleri değiştirme yetkisi açıkça öngörülmemiş ise de doktrinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler açısından koşullar değiştiğinde hâkimin gerekli değişikliği yapabileceğini düzenleyen TMK m. 200'ün boşanma yargılaması süresince alınacak geçici hukuki korumalar açısından da kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>249</sup>.

Nihai karara ilişkin maddi hukuk sorunlarını da çözüme kavuşturmayan bu önlemler etkileri geri alınabilir oldukları ölçüde<sup>250</sup> ve herhangi bir talebe de ihtiyaç olmaksızın<sup>251</sup> gereklilik hâlinde yargılama sürecinde değiştirilebilir (veya kaldırılabilir)<sup>252</sup>. Bunun için hukukî koruma menfaatinin mevcudiyeti gerekmektedir<sup>253</sup>. Bu bağlamda önlem kararına dayanak teşkil eden vakıaların doğru olmadığı sonradan anlaşılması, önlem kararının bazı olguların mahkeme tarafından bilinmemesi yüzünden haksızlığının ortaya çıkması<sup>254</sup> veya önlemi gerektiren şartların<sup>255</sup> sürekli bir şekilde<sup>256</sup> ve önemli

<sup>247</sup> Czitron (n 17) 44; Bohnet und Droese (n 246) Art 276 N 6. Bu değişiklik için eşlerin ayrı yaşamakta haklılığının devam ediyor olmasına da gerek yoktur. Tedbir nafakası bakımından aksi yönde Ceylan (n 6) 38. Yazarın bu tespitini dayandırdığı Yargıtay 2. HD, E 1994/1093 K 1994/2088,25.02.1994 (Kazancı) künyeli karar evlilik birliğinin korunması bağlamında birlikte yaşamaya ara vermeyi konu edinen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 161. ve 162. maddelerine ilişkindir.

<sup>248</sup> Topak (n 4) 423.

<sup>249</sup> Öztan (n 7) 743. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "*Mahkeme gerekli geçici önlemleri alır. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlere dair düzenlemeler kıyasen uygulanabilir.*" Bu düzenleme TMK m. 169'un kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndaki muadil düzenlemesi olan mülga İMK m. 137'de de yer almakta idi.

<sup>250</sup> Aile konutunun devrine dair malik eşi yetkili kılan mahkeme tarafından yetkili kılınması gibi istisnai olarak kalıcı etki doğuran önlemlerin uyarlanması mümkün olmayacaktır. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 28 35.

<sup>251</sup> Değişikliğe ilişkin taraf talebini arayarak farklı yönde Öztan (n 7) 743. Kanaatimizce evlilik birliğinin korunması önlemlerinden farklı olarak TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler bakımından hâkime re'sen harekete geçme yetkisinin tanınmış olması son anılan geçici hukuki korumalara dair değişikliğe de taraf talebi olmaksızın karar verilebilmesi sonucunu evlilikle doğurur. Bu bağlamda TMK m. 200'ün kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi durumunda da hâkimin yetkisi TMK m. 169 uyarınca geçici hukuki korumalara dair bu özel durum gözetilerek belirlenmelidir.

<sup>252</sup> Benzer Bayram (n 2) 241-242; Topak (n 4) 423.

<sup>253</sup> Dolge (n 11) Art 276 N 5. Hâkimin değişiklik kararını keyfi şekilde ve herhangi bir haklı sebep bulunmaksızın veremeyeceğini vurgulayan Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 437. Değişiklik talebinin geri alınması ret ile özdeş olduğu için yeni bir istemin ancak şartların değişmesi hâlinde yapılabileceği hakkında BGE 141 III 381-382.

<sup>254</sup> Bohnet und Droese (n 246) Art 276, N 6; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 13.

<sup>255</sup> İlişkilerin değişip değişmediği tespitinin davanın açıldığı tarihteki şartlara dayalı olarak yapılacağı ve değiştirilmesi talep edilen karar anında öngörülebilir nitelikteki değişikliklere dayanarak talepte bulunulamayacağı yönünde Sutter-Somm/Seller (n 2) Art 276 N 13. Talep edenin ihtiyaç durumunu dava tarihi ve karar tarihi açısından karşılaştırarak değişikliğe gerek olmadığı yönündeki bir karar için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2016/12252 K 2018/2829, 01.03.2018 (Kazancı).

<sup>256</sup> Buna örnek olarak eşlerin gelirlerinde veya yaşam masraflarında meydana gelen geçici olmayan artış veya azalışlar verilebilir. Bunun için bkz. Tappy (n 11) Art 276 N 28. Geçici önlemin doğası gereği sınırlı süreli olduğu dikkate alındığında değişikliğin sürekliliği takdir edilirken büyük gereklilikler aranmayacağı yönünde Leuenberger/ Suter (n 1) Art 276 N 14.



ölçüde değişmiş olması<sup>257</sup> yeni bir kararın verilmesine sebep teşkil edebilecektir<sup>258</sup>. Boşanma kararı kesinleşinceye kadar değişiklik talebinde bulunulabilecektir<sup>259</sup>.

Değişiklik kararı kural olarak ileriye etkili olarak hüküm ifade edecektir<sup>260</sup>. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına ilişkin talep üzerine verilen kararlarda ise hâkimin takdiri hâlinde değişikliğin ilgili talebin yapıldığı tarihten itibaren geçerli olacağı belirtilebilir<sup>261</sup>. Buna ilaveten eşlerden birinin değişen hayat ilişkilerine uyum sağlayabilmesi için zaman gerekiyorsa ve bu süre öngörülebilir nitelikte ise ilgili önlemin hüküm ifade etmesi, sebebi kararda detaylı bir şekilde açıklanmak kaydıyla, karar tarihinden sonraya da bırakılabilir<sup>262</sup>.

Ara karar niteliği taşıyan TMK m. 169 uyarınca verilmiş geçici önlem kararları ancak nihai karar ile temyiz edilebilir<sup>263</sup>.

## E. Mevcut Evliliğin Korunması Önlemlerinin Boşanma Davasındaki Hukuki Durumu

TMK m. 169'dan farklı olarak hem TMK m. 169'un kaynağını teşkil eden İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 137. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde hem de İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinin ikinci fıkrasında evliliğin korunmasına ilişkin alınmış önlemlerin boşanma davası sırasında da varlığını devam ettireceği düzenlenmiştir<sup>264</sup>. Açıkça düzenlenmemiş olsa da Türk hukukunda da evliliğin korunmasına ilişkin geçici önlemlerin boşanma davasına bakan mahkeme tarafından kaldırılmadıkça veya değiştirilmedikçe<sup>265</sup> varlığını muhafaza edeceği kabul edilmelidir<sup>266</sup>. Nitekim evliliğin korunmasına ilişkin önlemlere hükmedilmesi ile boşanma sırasında geçici önleme karar verilmesini meşru kılan menfaat durumları

<sup>257</sup> Önemli ve sürekli durum değişikliğine örnek olarak olağanüstü mal rejimine geçişi meşrulaştırılan malvarlığına ilişkin talep haklarının maruz kaldıkları tehlikenin ortadan kalkması verilebilir. Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 439. Değişiklik kararı bakımından haklı sebep vurgusunun yapıldığı yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2014/10532 K 2014/21792, 06.11.2014 (Kazancı).

<sup>258</sup> Czitron (n 17) 44; Gloor (n 16) Art 137 N 15; benzer Öztan (n 7) 743. Bununla birlikte değişikliğe ilişkin şartlar kararın verildiği anda öngörülebilir nitelikte ise ve nafakanın gelecekte ne kadar ödeneceği tespit edildiği anda göz önünde bulundurulmuşsa önlemin değişikliğine karar verilemeyeceği hakkında BGE 141 III 378.

<sup>259</sup> Buna bir örnek için bkz. Y. 3. HD, T: 13.01.2015, E: 2014/12595, K: 2015/468.

<sup>260</sup> Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 445; Czitron (n 17) 45; Tappy (n 11) Art 276, N 29; Öztan (n 7) 743. Bu bağlamda tedbir nafakasının değiştirilmesi halinde kararda tedbir nafakasının başlangıç tarihinin belirtilmesi gerektiği hususunda Ceylan (n 4) 115.

<sup>261</sup> Benzer Öztan (n 7) 743; Ceylan (n 6) 38.

<sup>262</sup> Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 27.

<sup>263</sup> Bu yönde Yargıtay 2. HD, E 2015/24951 K 2016/172, 11. 01.2016 (Kazancı). Bu yönde Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706; Günay İnan (n 8) 123.

<sup>264</sup> İHKM m. 276 / f. 2'de açıkça şu şekilde belirtilmiştir: "Evlilik birliğinin korunması mahkemesi tarafından alınmış önlemler devam eder. Kaldırması veya değiştirmesi için boşanma mahkemesi görevli ve yetkilidir."

<sup>265</sup> Boşanma davasına bakan hâkim bu yargılamadan önce alınmış olan evlilik birliğinin korunması önlemleri ile bağlı olmadığından [Tekelioğlu (n 46) 89] gerekli gördüğü takdirde son anılan önlemleri değiştirerek veya ortadan kaldırarak TMK m. 169 uyarınca yeni bir geçici düzen öngörebilir. Benzer Ayan (n 32) 292.

<sup>266</sup> İsviçre hukukunda benzer Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 12; Dolge (n 11) Art 276 N 23. Türk Hukukunda bu yönde Öztan (n 7) 740; Tekelioğlu (n 46) 89; Yargıtay 2 HD, E 2020/5821 K 2021/406, 20.01.2021 (Kazancı)

benzerdir. Talepte bulunan eşin lehine önceden bağımsız tedbir nafakası hükmedilmiş olması her ne kadar TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası isteminde bulunmasına engel teşkil etmese de<sup>267</sup> hâkim miktarı belirlerken bu olguyu dikkate almalıdır<sup>268</sup>.

## Sonuç

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davası açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmayı amaçlamaktadır.

Boşanma davasının açılması ile eşlerin birlikte yaşama ara verme haklarının doğar. Hâkimin kararına dayanmayan bu geçici önlem açısından boşanma davasının çekişmeli veya anlaşmalı olması belirleyici olmayıp ayrı yaşama yetkisi ilgili davanın haklı olup olmamasından da bağımsız şekilde mevcuttur. Eşlerin ayrı yaşama hakkı, boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesi veya davanın geri alınması ile kural olarak sona erecektir.

Aile konutunun kullanımının özgülenmesine ilişkin değerlendirmede bulunurken boşanma sebebine ilişkin kusur durumları dikkate alınmaksızın amaca uygunluk kıstasını göz önünde bulundurulmalıdır. Özgüleme kararı açısından ortak konut üzerindeki mülkiyet hakkının veya sınırlı aynî hakkın kime ait olduğu veya zilyetliğin dayandığı borç ilişkisine (örneğin kira sözleşmesi) kimin taraf olduğu önem taşımamaktadır. Boşanma yargılaması boyunca evlilik birliği varlığını koruduğu için aile konutuna ilişkin bütün koruyucu hükümler -ilgili taşınmaz bu niteliğini korudukça- etkisini sürdürür. Bu korumanın somut olayda yetersiz kaldığına kanaat getirilmesi durumunda hâkimin bu taşınmaza ilişkin gerekli her türlü geçici hukuki korumayı almasına da bir engel bulunmamaktadır.

Mahkemenin bir geçici önlem olarak hükmettiği bakım nafakası olarak tanımlanabilecek tedbir nafakasının tespitine ilişkin kıstaslardan en önemlileri eşlerin ihtiyaçları ve ödeme kabiliyetleridir. Eşlerin asgari ihtiyaçlarının (geçim) miktarı hesabında esasen hem ayrı yaşama yüzünden ortaya çıkan hem de esasen evlilik birliğinin devamının neden olduğu harcamalar dikkate alınacaktır. TMK m.

<sup>267</sup> Yargıtay HGK E 2017/2-2287 K 2019/627, 30.05.2019 (Kazancı). Bağımsız tedbir nafakasına hükmedilmiş ise bu tedbir kaldırılmadan TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğini belirterek karşıt yönde Bayram (n 2) 224.

<sup>268</sup> Nitekim tahsil edilecek nafaka miktarı tektir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlem olarak hükmedilen tedbir nafakasının ayrı yaşama hakkı devam ettiği sürece mevcudiyetini koruyacağı ve TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına da "tahsilde tekrerrür olmayacak şekilde" dava tarihinden itibaren hükmedilebileceği yönünde Yargıtay 2 HD, E 2013/9331 K 2013/22542, 02.10.2013 (Kazancı). Önceki davada hükmedilen bağımsız tedbir nafakasının TMK m. 169 uyarınca hükmedilecek tedbir nafakası değerlendirilirken muhtemel lehtar eşin mali durumu açısından dikkate alınması gerektiği ve ilk nafaka karar tarihinden itibaren eğer eşlerin maddi durumlarında bir değişiklik gerçekleşmemişse TMK m. 169 uyarınca önlem kararı verilmeyebileceği yönünde Pekmez (n 126) 152.

169 uyarınca tedbir nafakasının hesaplanması açısından iki ana unsurdan diğeri ise gelirleridir. Gelir kavramının kapsamına hem kazançlar hem de malvarlığı getirileri (kira bedelleri veya faiz gibi) girmektedir. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tespit edilen- eşlerin asgari ihtiyaçları ile eşlerin gelirleri ile arasındaki fark üzerinden hesaplanacaktır. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına yönelik karar verilirken boşanma talebine dayanak olarak ileri sürülen vakialarda kimin kusurlu olduğu dikkate alınmaz.

Hâkim, boşanma yargılaması süresince gerekli olan geçici hukuki önlemlerden eşler ile ilgili olanlara re'sen, diğeri bir ifadeyle bu yönde herhangi bir talebe gerek olmaksızın, hükmedebilir. Hâkim, boşanma yargılaması devam ederken gereklilik hâlinde orantılı her türlü geçici önlemlere hükmedebilir. Boşanma yargılaması sırasında eşlere ilişkin alınacak geçici önlemler basit yargılama usulüne tabidir. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin karar en erken boşanma davasının açıldığı anda verilebilir ve bundan itibaren hüküm ifade edebilir. TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesine kadar kural olarak hüküm doğururlar. Kesin hüküm niteliği doğurmayan TMK m. 169 uyarınca önlem kararları yargılama süresince değiştirilebilir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Ankara 2021).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku* (22. Bası Beta 2020).
- Atalı M ve Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usul Hukuku* (6. Baskı Yetkin 2023).
- Ayan S, *Evlilik Birliğinin Korunması* (TBB 2004).
- Bahadır G, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin 2015).
- Bähler D, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)* Herausgeber: Karl Spühler und Luca Tecnio und Dominik Infanger (3. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017).
- Barlas N, 'Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları', *Makalelerim Cilt: I* (Vedat 2008) 223-261.
- Bayram A E, 'Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' (2019) TBB Dergisi (144) 213, 248.
- Bohnet F und Droese L, *Präjudizienbuch ZPO* (Stämpfli 2018).

- Bräm V, *Zürcher Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180* (Schultess 1988).
- Bühler W und Spühler K, *Berner Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof. Dr. Max Gmür begründeten Kommentars zum Eherecht, Stämpfli 1980).
- Ceylan A G *Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler* (Yetkin 2023).
- Ceylan E, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (Beta 2006).
- Czitron M, *Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis in Kanton Zürich* (Dike Verlag 1995).
- Demir Z R, *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler* (On İki Levha 2021).
- Dolge A, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, Herausgeber: Alexander Brunner und Dominik Gasser und Ivo Schwander (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016).
- Dural M ve Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Aile Hukuku* (8. Baskı Filiz 2023).
- Duran O, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin 2020).
- Egger A, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar; Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251* (Zweite umgearbeitete Auflage 1936).
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013).
- Feyzioğlu F N, *Aile Hukuku* (3. Baskı Filiz 1986).
- Geiser T 'Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten (1993) 8 AJP 903, 913.
- Gloor U, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Helbing & Lichtenhahn 2006).
- Göksu T und Heberlein A, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht -Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (3. Auflage Schultess 2016).
- Gümüş M A, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008).
- Günay İnan E, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Adalet 2018).
- Gürpınar D, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8 Özel YÜHFD 1293, 1339.
- Haeschel A, *Le devoir d'entretien entre époux* (Novos 1942).
- Hausheer H und Reusser E R und Geiser T, *Berner Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB* Herausgeber: Heinz Hausheer (2. Auflage Stämpfli 1999).
- Işık S, 'Medeni Usul Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü Maddesinin Değerlendirilmesi' (2023) 9 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 385-416.

- İşık S, ‘Medenî Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler (2021) 27 (2) MÜHFHAD 1576-1622.
- Kaya Kızılırmak C, *Boşanmada Maddî ve Manevî Tazminat* (On İki Levha 2021).
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (7. Baskı Turhan 2024).
- Kocar S, ‘Olağanüstü Mal Rejimi’ (2019) 5 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-177.
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz 1989).
- Köse E C, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020).
- Köseoğlu B ve Kocağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (TBB 2009).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal 2016).
- Leuba A, *Commentaire romand Code Civil I*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx (1<sup>ère</sup> édition, Helbing Lichtenhahn 2010).
- Leuenberger M und Suter J, *FamKomm, Scheidung, Band: I ZGB und Band II: Anhänge*, Herausgeber: Roland Frankhauser (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2022).
- Lüchinger A und Geiser T, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, (Helbing & Lichtenhahn 1996).
- Maier P und Schwander I, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022).
- Maier P und Vetterli R, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage Stämpfli 2022).
- Meriç N, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022).
- Oğuzman M K ve Selçik Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2021).
- Öcal M, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha 2019).
- Özekes M, ‘Geçici Hukuki Koruma’, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, 15. Bası, Editörler: Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (On İki Levha, 2017).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı Turhan Kitabevi 2015).
- Pekmez C, ‘Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi’ (2021) 7 (41) İAÜHFD 141, 160.
- Philipp Maier und Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022).
- Schmid U, *Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage Orell Füssli 2021).
- Schwander I, ‘Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 22.10.1992, H. c. H. (5P.227/1992), Staatsrechtliche Beschwerde’ (1993) AJP I 86, 88.
- Schwander I, *Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Myriam A. Gehri und Ingrid Jent Sørensen und Martin Sarbach (2. überarbeitete Auflage Orell Füssli Verlag AG 2015).
- Spühler K und Frei-Maurer S, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Ergänzungsband Stämpfli 1991).

- Spycher A, *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Stämpfli 2012).
- Stalder C und van de Graaf B, *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Paul Oberhammer und Tanja Domej und Ulrich Haas (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn Verlag 2021).
- Stein M, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, Band II: Anhänge / Art. 275 ZPO*, Herausgeber: Roland Fankhauser (4. Auflage Stämpfli Verlag 2022).
- Steinegger J, *Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS* (Imprimerie du Chateau 1950).
- Sutter T und Freiburghaus D, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schultess 1999).
- Sutter-Somm T und Seiler B, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO* (Schultess Juristische Medien AG 2021).
- Tahiroğlu F, 'Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Massnahmen' (2022) 4 (1), TAÜHFD 209, 242.
- Tappy D, *Commentaire romand Code civil I*, Editeurs: Pascal Pischonnaz et Benedict (1<sup>ère</sup> édition Helbing Lichtenhahn 2010).
- Tappy D, *Commentaire romand Code de procédure civile*, Editeurs: François Bohnet / Jacques Haldy et Nicolas Jeandin et Philippe Schweizer et Denis Tappy (2<sup>e</sup> édition Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Tekelioğlu Ş, *Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Geçici Hukuki Korumalar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Tekinay S S, *Türk Aile Hukuku* (Yedinci Baskı Filiz 1990).
- Topak S *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü* (On İki Levha 2021).
- Tutumlu M A, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II* (2. Baskı Seçkin 2009).
- Ürcan G, 'TMK m. 198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişisine Etkileri ve İşçi Alacakları' (2022) 1 (72) Çalışma ve Toplum 299-328.
- Yılmaz C, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi* (Adalet 2016).
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı Seçkin 2021).



## Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi

Muhammet Özkes\* , Nilüfer Boran Güneysu\*\* 

### Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105 ilâ 113. maddeleri arasında dava çeşitleri yer almaktadır. Buna göre davalar; eda davası (HMK m 105), tespit davası (HMK m 106), belirsiz alacak davası (HMK m 107), inşaa dava (HMK m 108), kısmî dava (HMK m 109), davaların yığılması (HMK m 110), terditli dava (HMK m 111), seçimlik dava (HMK m 112) ve topluluk davası (HMK m 113) şeklinde sıralanmaktadır. Ancak bu düzenleme sınırlayıcı nitelikte değildir. Kanunda açıkça yer almayan, ancak özellikle yargı kararlarında ve kısmen de olsa öğretilerde “*mevsimsiz (zamansız/erken) dava*” şeklinde bir dava türü bulunmaktadır. Bu dava türü, yakın zamanda verilen kararlarla yeniden gündeme gelmiştir. Yargı kararları ile kabul edilen bu dava türü, yargı kararlarında da tanımlanmamış ve bu davanın şartları açıklanmamıştır. Kararlardan hareketle çok kısa olarak, mevsimsiz davanın “*çeşitli kanunlar gereğince henüz talep edilebilme aşamasında olmayan*” alacak veya talepler için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Mevsimsiz dava bakımından sorun, özellikle davanın reddi söz konusu olduğunda karşımıza çıkmaktadır. Bu konu özellikle yakın zamanda verilen bir İçtihadî Birleştirme Kararının konusu olması sebebiyle yeniden tartışılmış ve güncellik kazanmıştır. Bu çalışmada yargı kararlarında mevsimsiz davanın görünümü dikkate alınarak mevsimsiz dava kavramı tanımlanmaya, bu dava türü ve niteliğinin belirlenmesine, bu davanın varlığı halinde verilmesi gereken karar ve yargılama giderlerinin incelenmesine, ayrıca bu yöndeki kararların değerlendirilmesine çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Mevsimsiz Dava, Erken Dava, Zamansız Dava, Hukukî Yarar, Davanın Usûlden Reddi, Davanın Esastan Reddi, Vade, İçtihadî Birleştirme Kararı

## Evaluating Unseasonable (Untimely/Early) Litigation Within The Scope of Judicial Decisions

### Abstract

Articles 105 through 113 of the Turkish Code of Civil Procedure (CCP) regulate the following types of actions: the action for performance (Article 105), action for determination (Article 106), action for an indefinite receivable (Article 107), constructive action (Article 108), partial action (Article 109), aggregation of actions (Article 110), tertiary action (Article 111), optional action (Article 112), and class action (Article 113). However, these regulations are not restrictive. A type of lawsuit is also found that is not explicitly mentioned in the law but which is referred to as an unseasonal (untimely/early) lawsuit, particularly with respect to judicial decisions and partially with respect to doctrine. This type of lawsuit has come to the agenda again with recent judgments. While accepted by judicial decisions, this type of lawsuit is not defined regarding judicial decisions, and the conditions of this lawsuit are not explained. Based on the decisions the unseasonal action is understood in brief to be used for receivables or claims that are not yet at the stage of being able to be claimed pursuant to various laws. In terms of unseasonal actions, a problem arises especially when addressing the dismissal of the lawsuit. This issue has been discussed and brought to the agenda, especially as the subject of a recent Unification

\* **Sorumlu Yazar:** Muhammet Özkes (Prof Dr), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: muhammet.ozkes@deu.edu.tr ORCID: 0000-0003-9689-1693

\*\* Nilüfer BORAN GÜNEYSU (Doç. Dr.), Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye. E-posta: nboran@anadolu.edu.tr ORCID: 0000-0002-3268-3331

**Atf:** Özkes M, Boran Güneysu N, “Mevsimsiz (Zamansız/Erken) Davanın Yargı Kararları Kapsamında Değerlendirilmesi” (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 861. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0002>



of Jurisprudence Decision dated February 18, 2022. This study will attempt to: (1) define the concept of unseasonable lawsuit by taking into account the appearance of unseasonable lawsuit in judicial decisions, (2) determine this type of lawsuit and its nature, (3) examine the decision to be made in the presence of this lawsuit as well as the judicial expenses, and (4) evaluate the decisions in line with this.

**Keywords**

Unseasonable Lawsuit, Early Lawsuit, Untimely Lawsuit, Legal Interest, Procedural Dismissal of A Lawsuit, Dismissal of A Lawsuit Based on Merit, Fixed Date, Unification Of Jurisprudence Decision

***Extended Summary***

Articles 105 through 113 of the Turkish Code of Civil Procedure (CCP) regulate the types of lawsuits. However, these regulations do not have a limiting nature. A type of lawsuit is also found that is not explicitly included in the law and is referred to as an unseasonal (untimely/early) lawsuit, particularly with regard to judicial decisions and partially with respect to doctrine. The law makes no mention of this type of unseasonal lawsuit (untimely lawsuit/early lawsuit) nor provide any characterization. While accepted by judicial decisions, this type of lawsuit has also not been defined in these judicial decisions, and the conditions for this lawsuit are nowhere to be found. Based on the decisions, unseasonal lawsuits are understood to be used for receivables or claims that are not yet at the stage of being able to be claimed pursuant to various laws. In terms of unseasonal actions, a particular problem arises when addressing the dismissal of the lawsuit. This issue has been discussed and brought to the agenda, especially as the subject of a recent Unification of Jurisprudence Decision dated February 18, 2022. According to the judicial decisions, a lawsuit that is filed prematurely should be dismissed. However, whether the decision to dismiss this type of lawsuit is procedural or substantive is a matter of debate and needs to be evaluated. In judicial decisions, the unseasonal lawsuit is mostly dismissed procedurally on the basis of lack of legal interest. However, some judicial decisions have also observed that, in the event of the existence of an unseasonal lawsuit, a decision of dismissal is made based on the merits.

In terms of civil procedural law, the procedural or substantive dismissal of a lawsuit is subject to different conditions and consequences. In judicial decisions, however, the current aspect of the debate on whether to dismiss an unseasonal lawsuit procedurally or on its merits is based on the more practical and pragmatic reason of how to determine the attorney's fees rather than on any fundamental approach or perspective. In the event that an unseasonal lawsuit is dismissed procedurally, a lump sum attorney's fee will have to be decided upon in accordance with the Paragraph 2 of Article 7 of the Attorney Minimum Fee Tariff. If the case is dismissed on merits, a proportional attorney's fee is to be awarded.

The Unification of Jurisprudence Decision dated February 18, 2022 decided that, in a lawsuit filed for a receivable that is not yet due, whether it is due or not is a matter



to be evaluated *ex officio* and at every stage of the lawsuit within the scope of the legal interest as a condition of the lawsuit. With this case-law unification decision, a legal characterization has emerged where the due date is a litigation condition dependent on legal interest. Whether the receivable is due and whether the condition is met require an assessment of the substantive law. In an unseasonable lawsuit, the defendant asserts and proves that the claim is not yet due or that the condition has not yet been fulfilled. Claims regarding the maturity or condition may be asserted through defenses or objections. The *ex officio* consideration of these periods related to substantive law arises not from the fact that they are procedural conditions of action but from the fact that they have the nature of objections based on merit.

Explaining conditional or contingent receivables through the concepts of cause of action and legal benefit may cause problems in terms of enforcement and bankruptcy law. Enforcement law and civil procedural law are two complementary fields. Enforcement law is an extension of civil procedural law. If one accepts conditional receivables or due receivables as a condition of litigation, the enforcement office will have to take the condition and due date into consideration *ex officio* during the enforcement proceedings.

The decision to dismiss an unseasonal lawsuit only involves a determination that the receivable cannot yet be claimed. In an unseasonal lawsuit, the existence or non-existence of the original receivable is not evaluated. A decision has not yet been made regarding the receivable whose right to be claimed has not yet occurred. Although not applicable to all unseasonal lawsuits, this study has the opinion that a lawsuit that is filed before the condition is realized or before the maturity date has occurred should be dismissed for the time being in terms of receivables subject to condition or maturity. In the case of a claim for a future performance, the claimant's claim is not yet recognizable, and the claimant must wait until the due date. This decision is no final and definitive rejection of the claim. The dismissal of the lawsuit for the time being is a final procedural decision and not a final definitive rejection of the claim. Therefore, once the condition is fulfilled or the due date has been reached, the lawsuit may be reopened without facing the objection of *res judicata*. The procedural dismissal of unseasonal cases with a decision of dismissal for the time being will also resolve the issue of whether the attorney's fee will be fixed or proportional. Because unseasonable lawsuits are generally evaluated based on the concepts of substantive law and not procedural law, the realization of the condition, the arrival of the due date, or the expiration of the period after the lawsuit is filed are considered as new facts. Therefore, after the lawsuit is filed, facts such as the realization of the condition and the maturity or expiration of the term can be asserted by the parties as a rule without being subject to any prohibition regarding changing the claim and/or defense.

## Giriş

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105 ilâ 113. maddeleri arasında dava çeşitleri yer almaktadır. Buna göre davalar; eda davası (HMK m 105), tespit davası (HMK m 106), belirsiz alacak davası (HMK m 107), inşai dava (HMK m 108), kısmi dava (HMK m 109), davaların yığılması (HMK m 110), terditli dava (HMK m111), seçimlik dava (HMK m 112) ve topluluk davası (HMK m 113) şeklinde sıralanmaktadır. Ancak bu düzenleme sınırlayıcı nitelikte değildir. Örneğin, mütelahik dava, boşanma davası, müdahalenin men'i davası, tahliye davası, taşınır veya taşınmaz davası, istihkak davası gibi farklı isimlendirmeler, kategoriler öğreti veya uygulama tarafından da yapılmaktadır. Hukuk yargılamasında tek bir dava tipolojisi ve tek bir yargılama usûlü bulunmamaktadır.

Kanunda açıkça yer almayan, ancak özellikle yargı kararlarında ve kısmen de olsa öğretilerde “*mevsimsiz (zamansız/erken) dava*” şeklinde bir dava türü bulunmaktadır. Bu dava türü, yakın zamanda verilen kararlarla yeniden gündeme gelmiştir. Mevsimsiz dava (zamansız dava/erken dava) şeklindeki bir dava türü veya nitelendirmesi, kanunda yer almamakla birlikte, özellikle yargı kararlarında farklı şekillerde kabul görmüş, ancak yargı kararlarında da tanımlanmamış ve şartları açıklanmamıştır. Kararlardan hareketle çok kısa olarak, mevsimsiz davanın “*çeşitli kanunlar gereğince henüz talep edilebilme aşamasında olmayan*” alacak veya talepler için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Mevsimsiz dava bakımından sorun, özellikle davanın reddi söz konusu olduğunda karşımıza çıkmaktadır. Bu konu yakın zamanda verilen bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nın konusu olması sebebiyle yeniden tartışılmış ve güncellik kazanmıştır. Yargı kararlarına göre, henüz zamanı gelmeden açılan davanın reddi gerekir. Ancak bu davanın reddi kararının usûle mi, yoksa esasa mı ilişkin olduğu, şayet bu kategorilerden birine girecekse de nasıl değerlendirileceği tartışma konusudur. Yargı kararlarında mevsimsiz davanın çoğunlukla hukukî yarar yokluğuna dayanılarak usûlden reddi şeklinde bir sonuçla karşılaşılmaktadır. Ancak bazı yargı kararlarında, mevsimsiz davanın varlığı halinde esastan red kararı verildiği de görülmektedir.

Medenî yargılama hukuku bakımından davanın usûlden veya esastan reddedilmesi, farklı şart ve sonuçlara bağlanmaktadır. Ancak yargı kararlarında mevsimsiz davanın usûlden mi esastan mı reddedileceği tartışmasının güncel yönü, temel bir yaklaşım ve bakış açısından daha çok, daha pratik ve pragmatik bir sebebe, vekâlet ücretinin nasıl belirleneceğine dayanmaktadır. Mevsimsiz davanın usûlden reddi halinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, maktu vekâlet ücretine karar verilmesi gerekecektir. Davanın esastan red edilmesi halinde ise, nispi vekâlet ücretine hükmedilecektir.

Bu makalede, yargı kararlarında mevsimsiz davanın görünümü dikkate alınarak mevsimsiz dava kavramı tanımlanmaya, bu dava türü ve niteliğinin belirlenmesine, bu davanın varlığı halinde verilmesi gereken karar ve yargılama giderlerinin incelenmesine, ayrıca bu yöndeki kararların değerlendirilmesine çalışılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken de konuya farklı görüşler ve bakış açılarıyla yer verilmesine, çözüm önerisi sunulmasına dikkat edilmiştir.

## I. Genel Olarak Mevsimsiz Dava Kavramı ve Terminoloji

Davalar isimlendirilirken çeşitli ayrımlar altında değerlendirilmektedir. En sık karşılaşılan ve bilinen ayırım, talep edilen hukukî korumaya göre yapılan ayırımdır. Buna göre davalar; tespit, eda ve inşâî dava olarak üçe ayrılmaktadır. Yine talep sonucunun niceliğine göre davalar; kısmî dava, belirsiz alacak davası, objektif dava birleşmesi, terditli dava, seçimlik dava ve toplu (topluluk) dava olarak başka bir ayırma tâbi tutulabilir<sup>1</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 105 ilâ 113. maddeleri arasında ise tahdidi olmamakla birlikte en temel dava çeşitleri düzenlenmiştir. Kanun koyucu dava çeşitlerini, eda davası (HMK m 105), tespit davası (HMK m 106), belirsiz alacak davası (HMK m 107), inşâî dava (HMK m 108), kısmî dava (HMK m 109), davaların yığılması (HMK m 110), terditli dava (HMK m 111), seçimlik dava (HMK m 112) ve topluluk davası (HMK m 113) olarak sıralamıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dava çeşitlerini düzenlenmesi ve dava çeşitlerine ilişkin düzenleme getirmesi sınırlayıcı nitelikte değildir. İsimlendirme, kanun koyucu tarafından yapılabileceği gibi öğretici veya uygulama da dava türlerinin isimlendirilmesini yapabilir. Nitekim kanunda sayılanlar dışında mütelahik dava, taşınır ve taşınmaz davası, alacak davası gibi daha genel isimlendirmelerin yanı sıra boşanma davası, müdahalenin men'i davası, tahliye davası ve istihkak davası gibi özel isimlendirmeler de yapılabilmektedir<sup>2</sup>.

Kanunda yer almayan mevsimsiz dava ya da erken dava veya zamansız dava kavramı, daha çok yargı kararları ile ortaya çıkmış, doktrinde de bu yönüyle tartışılmıştır<sup>3</sup>. Yargı kararlarında bu dava türünün mevsimsiz dava<sup>4</sup>, zamansız dava<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 327 vd; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitapevi 2022) 151 vd; Hakan Pekantez, *Pekantez Usûl C II* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 960 vd; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (Yetkin Yayınları 2016) 566 vd; Saim Üstündağ, *Medenî Yargılama Hukuku* (Filiz Kitapevi 2000) 314 vd; Hakan Pekantez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku* (11. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2023) 220 Kn 915-917.

<sup>2</sup> Pekantez (n 1) 960.

<sup>3</sup> Ali Cem Budak ve Mustafa Okan Yağcı, 'Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması' (2023) 1 (70) Adalet Dergisi 17, 17 vd; Pekantez, (n 1) 966, dn 75; Pekantez/Atalay/Özekes (n 1) 216, Kn 903, dn 10.

<sup>4</sup> İstanbul Anadolu 2 Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 384/81, 09.07.2020; Bakırköy 1 Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 60/419, 05.12.2019; Yargıtay 11 HD, 15023/284, 11.05.2017; Ankara 20 BAM, 20. HD, 1790/1060, 16.09.2021; Yargıtay 19 HD, 4204/1887, 24.02.2010 (Lexpera).

<sup>5</sup> Yargıtay 13 HD, 1803/8598, 19.06.2008; Yargıtay 11 HD, 11399/10645, 01.11.2004; Yargıtay 13 HD, 6439/11641, 13.10.2008; İstanbul 16 BAM, 1923/1761, 20.10.2021 (Lexpera).

veya erken dava<sup>6</sup> şeklinde ifade edildiği görülmektedir. Tek bir kavram üzerinden hareket etmek ve gereksiz tekrarı önlemek adına bu çalışmada daha sık kullanılan “*mevsimsiz dava*” terimini tercih edeceğiz. Bu çalışma bakımından mevsimsiz dava ifadesi, erken veya zamansız dava ile aynı kavramı ifade etmektedir.

Yargı kararlarında mevsimsiz dava kavramı tanımlanmamış, sadece “davanın mevsimsiz açıldığı”, yani zamanı gelmeden açıldığı veya “mevsimsiz davanın reddi gerektiği” gibi ifadelerle yer verilmiştir<sup>7</sup>. Yargı kararlarında mevsimsiz dava kavramına bakıldığında -kural olarak maddî hukuk bakımından- “*henüz talep edilebilme aşamasında olmayan*” alacakların dava edilmesi halinde mevsimsiz davanın söz konusu olduğu görülmektedir.

Medenî yargılama hukukunda, davanın adlandırılmasında kural olarak, davacının talebi veya nitelendirmesi dikkate alınmaktadır. Dava konusu, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarındandır (HMK m 119/1-d). Davacı, boşanma davası, alacak davası gibi isimlendirmelerle dava konusunu dilekçesinde göstermektedir; ancak mevsimsiz dava nitelendirmesi, davacının talebinden hareketle belirlenmemektedir. Diğer dava türlerinden farklı olarak mevsimsiz davada, daha çok davalı veya karşı tarafın iddiaları doğrultusunda, alacağın maddî hukuka göre talep edilebilir olup olmadığı, daha doğrusu talep zamanının gelip gelmediği ve muaccel olup olmadığı yönünden nitelendirme yapılmaktadır. Şüphesiz mevsimsiz dava için, davalı tarafın iddia ve savunmalarının ispat edilerek mahkeme tarafından dikkate alınması gerekir.

Mevsimsiz dava, talep edilen hukukî koruma bakımından eda, tespit veya inşaî dava şeklinde açılabilir. Örneğin 10.000 Türk liralık alacağın ödenmesi talebi bir eda davası veya 100.000 Türk liralık borcun olmadığı, henüz ödenmek zorunda bulunmadığının tespitine yönelik açılan dava, bir tespit davası niteliğinde olabilir. Ancak davalının, eda veya tespit davasına ilişkin talep hakkının henüz doğmadığını iddia etmesi halinde, mevsimsiz dava ortaya çıkacaktır. Yine talep sonucunun niceliği dikkate alınarak açılan örneğin belirsiz alacak davası, talep hakkının henüz doğmadığı iddiası halinde mevsimsiz dava olarak adlandırılacaktır. Bu açıdan bakıldığında, aslında mevsimsiz dava nitelendirmesi, bir davaya karakterini vermekten çok, ikincil bir isimdir ve özellikle davanın reddi halinde böyle bir nitelendirme anlam kazanmaktadır. Zira davanın kabulü halinde duruma göre; eda, tespit veya inşaî hükmün şartlarının oluşması ve davacının davasının kısmen ya da tamamen kabulü gündeme gelmektedir. Örneğin 10.000 Türk lirasının ödenmesi için açılan alacak davasının kabulü halinde, eda hükmü; ancak eda davasında henüz talep hakkının bulunmaması nedeniyle reddi halinde ise, yargı kararları gereğince mevsimsiz dava kavramından bahsedilebilecektir.

<sup>6</sup> Yargıtay 23 HD, 5347/3316, 30.05.2016; Yargıtay 23 HD, 5390/2108, 04.04.2016 (Lexpera).

<sup>7</sup> İstanbul Anadolu 2 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 384/81, 09.07.2020; İstanbul Anadolu 2 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 386/82, 9.07.2020; İstanbul Anadolu 2 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 385/69, 07.07.2020; Yargıtay 11 HD, 15023/2847, 11.05.2017; Yargıtay 11 HD, 12792/5147, 20.05.2003 (Lexpera).

Yargı kararlarında mevsimsiz dava teriminden hareketle henüz muaccel olmamış, vadesi gelmemiş bir alacak için yapılan takip de “*mevsimsiz takip*” olarak nitelendirilebilmektedir. Bu konuya ayrıca aşağıda değinilecektir.

Aşağıda değerlendirme bölümünde ayrıntısına girmekle birlikte “mevsimsiz dava” veya benzeri ifadelerle yeni bir dava tipolojisi oluşturmanın gerekli olmadığı, yararlı da olmayacağı ve farklı sorunlara yol açacağı kanaatindeyiz. Farklı sebeplerle henüz şartları oluşmadan ya da zaman ve sürelerle uyulmadan açılan davaları böyle tek bir kategoriymiş gibi sınıflandırmak doğru değildir. Çünkü, belirli şartların bir araya gelmesiyle açılması gereken bir davada, bu konudaki şartlarda eksikliğin olması, beklenmesi gereken belirli sürenin henüz dolmaması, aslında o talep bakımından şartların oluşmadığı anlamına gelmektedir; bu durumla salt bir alacağın muaccel olmaması aynı şey değildir. Her ikisini de aynı havuza atıp mevsimsiz dava demek doğru sonuç doğurmamaktadır. Birinde talebin şartları, yani aslında belki de alacak henüz yokken, diğerinde henüz talep edilebilir nitelikte olmayan bir alacak bulunmaktadır. Bu iki durumun hem usûl hem esas bakımından aynı şekilde değerlendirilmesi mümkün olamaz. O sebeple mevsimsiz dava ifadesi de, kategorisi de yanıltıcı ve kümülatif bir değerlendirmeyi, içeriğini bir tanım altında toplamayı mümkün kılmayan bir yapıyı ifade etmektedir. Yine bundan dolayıdır ki, bu konuda gerçek anlamda “ağyarını mani efradını câmi” (gereksiz unsurları dışarda bırakan, olması gerekenleri içine alan) bir tanım da yapılamamakta, genel geçer ifadelerle bu dava nitelendirilmektedir. Sonuç olarak hem içerik hem terminolojik bakımdan “*mevsimsiz dava*” gerçekte hukukî karşılığı olmayan, tam olarak içi doldurulamayan bir kavramı ifade etmektedir.

## II. Yargı Kararlarında Mevsimsiz Dava

### A. Genel Olarak

Yargı kararlarında mevsimsiz dava kavramı, ilk derece mahkemesi kararlarında olduğu gibi üst derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da görülmektedir. Yargı kararlarında tespit edebildiğimiz kadarıyla “mevsimsiz dava”, özellikle fikrî mülkiyet hukukunda yoğunlaşmaktadır. 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu’nun “Markanın Kullanılması” kenar başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrası gereğince; tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddî biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir. Kanun koyucu, markanın kullanılmaması nedeniyle iptal edilebilmesi için beş yıllık kesintisiz bir kullanmama halini aramaktadır. Beş yıllık sürenin dolmasından önce

açılan davanın, zamansız talep nedeniyle reddedilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>8</sup>. Bu çerçevede Sınai Mülkiyet Kanunu gereğince beş yıllık süre dolmadan açılan davalar, “mevsimsiz dava” olarak nitelendirilmekte ve reddedilmektedir<sup>9</sup>. Marka terkinin için açılan davada, eğer dava açıldığı sırada marka henüz tescil edilmemişse, zamanı gelmemiş mevsimsiz bir davanın olduğu kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Patent hakkına tecavüz edilmediğinin tespiti için açılan davada, ilacın ruhsatlandırma aşamasında olması nedeniyle davanın mevsimsiz olduğuna ve davanın hukukî yarar yokluğundan reddine karar verilmiştir<sup>11</sup>.

Konuya ilişkin yargı kararlarında rastlanan bir diğer örneği, alacak bakımından önce off-shore bankasına başvurulması, bu banka hakkında yasal işlemlerin tüketilmesi üzerine dava açılabilceği, bu işlemlerin yapılmaması halinde davanın zamansız olduğuna ilişkin kararlar oluşturmaktadır. Zamansız açılan bu tür davaların husumet yokluğundan reddine karar verildiği de görülmektedir<sup>12</sup>.

Bilindiği üzere İcra ve İflâs Kanunu’nun 308b maddesi gereğince, konkordatoda alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, tasdik kararının ilân tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler. Konkordatonun tasdik kararından önce açılan davalar, yine mevsimsiz dava olarak nitelendirilmektedir<sup>13</sup>. Kooperatifin aedatlara ilişkin üç yıllık erteleme kararı aldığı durumda üç yıllık süreden önce açılan davalar da, alacak henüz muaccel olmadığı için mevsimsiz dava olarak değerlendirilmektedir<sup>14</sup>. İhtiyatî tedbir nedeniyle zararın tazminine ilişkin açılan bir davada mahkeme, ihtiyatî tedbirin devam ettiğini ve bu nedenle tazminat davasının mevsimsiz olduğuna karar vermiştir<sup>15</sup>.

Mevsimsizlik nitelendirmesi, sadece davaya özgü bir kavram değildir, duruma

<sup>8</sup> Örneğin Meltem Aras, ‘Markanın İptali’ (Legalblog, 30.06.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/markanin-iptali/> (Erişim Tarihi 14.11.2022).

<sup>9</sup> “...Sınai Mülkiyet Kanununa göre henüz ----yıllık sürenin dolmadığı, davalının markayı kullanma yükümlülüğü için yasanın aradığı sürenin tamamlanmadığı, davacının dava tarihi itibarıyla kullanmama nedenine dayalı iptal davası açma imkanının olmadığı davanın mevsimsiz olarak açıldığı...” İstanbul Anadolu 2. Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 386/82, 09.07.2020 (Lexpera). Öğretide markanın kullanılmamasının def’i olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı, markanın kullanılmamasının hâkim tarafından re’sen dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir. Markanın kullanılmaması def’i yerine, “kullanmama savunması” kavramı önerilmektedir. Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayıncılık 2017) 88.

“...Sınai Mülkiyet Kanununa göre henüz ----yıllık sürenin dolmadığı, davalının markayı kullanma yükümlülüğü için yasanın aradığı sürenin tamamlanmadığı, davacının dava tarihi itibarıyla kullanmama nedenine dayalı iptal davası açma imkanının olmadığı davanın mevsimsiz olarak açıldığı...” İstanbul Anadolu 2 Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 384/81, 09.07.2020. Benzer yönde İstanbul Anadolu 2 Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 386/82, 09.07.2020; Bakırköy 1 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 60/419, 05.12.2019; Yargıtay 11 HD, 10132/17196, 10.11.2014; HGK, 775/310, 16.03.2016 (Lexpera).

<sup>10</sup> Yargıtay 11 HD, 3308/6468, 06.07.2000; Yargıtay 11 HD, 2681/611, 21.01.2020; İstanbul 2 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 38/112, 13.02.2020 (Lexpera).

<sup>11</sup> Yargıtay 11 HD, 4941/11860, 11.11.2015; İstanbul 1 Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 243/111, 27.02.2020 (Lexpera).

<sup>12</sup> Yargıtay 11 HD, 2650/932, 08.02.2005; Yargıtay 11 HD, 15975/11383, 28.06.2012; Yargıtay 11. HD, 12432/6062, 31.05.2004 (Lexpera).

<sup>13</sup> Bakırköy 3 Asliye Ticaret Mahkemesi, 847/1084, 07.11.2019 (Lexpera).

<sup>14</sup> Yargıtay 23 HD, 2786/2441, 29.03.2012 (Lexpera).

<sup>15</sup> İstanbul 9 Asliye Ticaret Mahkemesi, 495/173, 25.02.2020 (Lexpera).

göre takipler için de kullanılabilir. Yargı kararlarında vade tarihinden önce takip yapılması halinde *mevsimsiz icra takibinin* söz konusu olduğu da ifade edilmektedir<sup>16</sup>. Ancak bunun yol açacağı sorunlar, bir davadakine göre daha büyük olabilir. Bu konuya aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirme bölümünde ayrıca yer verilecektir.

Yargı kararlarında geçici hukukî koruma bakımından mevsimsiz talebe ilişkin bir karara rastlanılmamıştır<sup>17</sup>. Ancak geçici hukukî korumalarda duruma göre henüz talep zamanı gelmeden de geçici hukukî koruma istenebileceğinden, hatta bazen bu zorunlu olduğundan geçici hukukî koruma için mevsimsiz talepten söz edilmesi kanaatimizce zaten doğru veya mümkün olmaz. Bu konuyu aşağıda değerlendirme bölümünde ayrıca değinilecektir.

Mevsimsiz dava kavramı, sadece ilk derece mahkemesi veya Yargıtay kararlarında kullanılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi de, mahkemeye erişim hakkına ilişkin verdiği bir kararda “...*idareye başvuru yapıldıktan sonra verilen cevabın kesin olmadığı takdirde beklenecek olan altı aylık süre, dava açmak için değil idarenin cevabını beklemek içindir. İdarenin kesin cevabını bekleme yolunu tercih edenler açısından dava açmak için altı aylık sürenin dolmasını beklemek zorunludur. Söz konusu altı aylık bekleme süresi içinde davanın açılması hâlinde ise bekleme süresi sona ermediğinden erken dava açılması durumu söz konusu olmakta ve dava incelenmeksizin reddedilmektedir...*” ifadesine yer vermek suretiyle erken dava kavramını kullanmıştır<sup>18</sup>.

## B. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun, 18.02.2022 tarihinde verdiği erken açılmış davaya ilişkin kararı<sup>19</sup>, çalışmamız bakımından özel önem arz etmektedir. Henüz vadesi gelmemiş alacak için açılan davalar hakkında mahkeme tarafından ne şekilde ve nasıl hüküm kurulması gerektiği, buradan varılacak sonuca göre yargılama giderleri kapsamında olan avukatlık ücretinin belirlenmesinde nispi vekâlet ücretine mi yoksa tarifeye göre maktu vekâlet ücretine mi hükmedileceği ilgili kararla belirlenmiştir. Henüz vadesi gelmemiş alacaklar bakımından verilecek karar ve yargılama giderleri konusunda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Yargıtay Hukuk Daireleri arasında görüş ve uygulama farklılığı bulunmakta idi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay Hukuk Daireleri arasındaki içtihat ve uygulama farklılığı nedeniyle içtihatların birleştirilmesine karar verilmesi talep edilmişti.

<sup>16</sup> Yargıtay 19 HD, 4204/1887, 24.02.2010 (Lexpera).

<sup>17</sup> Şarta ve vadeye bağlanmış alacaklar ile müstakbel alacakların durumuna ilişkin bkz Erim Erişir, *Geçici Hukukî Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 185-188. Ancak geçici hukukî korumalarda duruma göre henüz talep zamanı gelmeden de geçici hukukî koruma istenebileceğinden, geçici hukukî koruma için mevsimsiz talepten söz edilmesi kanaatimizce zaten doğru veya mümkün olmaz. Olsa olsa burada geçici hukukî korumanın şartlarının mevcut olmadığı söylenebilir.

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi, 2018/34064, 17.03.2021 (Lexpera).

<sup>19</sup> Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, RG 04.10.2022, S 32003, 18.02.2022, 5/1.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, kararında öncelikle ilgili dairelerin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun görüşlerini kısaca açıklamıştır. Bu çerçevede Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, “*ifa zamanı gelmemiş bir alacak için açılmış davada esastan ret kararı verilmesi ve dolayısıyla yargılama giderlerinden olan vekalet ücretinin tayininde davalı yararına nisbî vekalet ücreti verilmesi gerektiğini*” belirtmektedir. Yargıtay 4, 8, 9, 11 ile 15, 22 ve 23. Hukuk Daireleri ise, “*ifa zamanı gelmemiş bir alacak için açılmış davada mahkemece usulden ret kararı verilmesi ve dolayısıyla hükmedilecek vekalet ücretinin maktu olması gerektiği*” görüşündedir<sup>20</sup>. İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, ifa, ifa zamanı, dava şartları ve hukukî yarara ilişkin genel bilgiler verilmiştir. Öğretide de eleştirildiği üzere<sup>21</sup>, yirmi sayfalık bir kararın yaklaşık bir sayfalık çok da tatminkâr ve ayrıntılı olmayan yüzeysel sayılacak gerekçesiyle,

*“ifa zamanı gelmemiş (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel) bir alacak için açılmış dava, erken açılmış dava niteliğinde olduğundan, bu davanın açılmasında henüz hukukî yarar bulunmamaktadır. O nedenle, HMK'nın 114/1-h bendinde dava şartları arasında sayılan hukukî yararın bulunmadığı durumda, davanın esastan değil, HMK'nın 115/2. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir”*

şeklinde oybirliği ile karar verilmiştir. Bu şekilde, mevsimsiz dava kavramının tanımı, unsurları ve özelliklerine değinilmeden; vadesi gelmeden açılmış davanın hukukî yarar yokluğu nedeniyle usulden reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla ilgili kararda maddî hukukta yer alan muacceliyet kavramı, yargılama hukuku kavramlarından olan dava şartı ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesinin beşinci fıkrası gereğince; içtihadı birleştirme kararları benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlamaktadır. İçtihadı birleştirme kararlarının<sup>22</sup> hukukî niteliğine ilişkin; ilke kararı mı yoksa yeni bir hukuk kuralı mı olduğu tartışmaları bulunmakla birlikte<sup>23</sup>, bu kararların Yargıtay Kanunu gereğince, benzer hukukî konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağladıkları açıktır. 18.02.2022 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra tüm yargı organları, vadesi

<sup>20</sup> Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 5/1, 18.02.2022 (Lexpera).

<sup>21</sup> Muhammet Özkes, ‘Muaccel Olmayan Alacak İçin Açılan Dava Esası mı Usulü mü İlgilendirir? Yargıtay'ın Konuyla İlgili Çok Yeni Bir İBK Üzerine Kısa Değerlendirme’ (Hukuki Haber, 27.12.2022) <https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-uslu-mu-esasi-mi-iligilendirir-yargitayin-konuyla-ilgili-cok-yeni-bir-ibk-uzerine-kisa-degerlendirme-makale,10427.html> (ET 18.11.2022).

<sup>22</sup> İçtihadı birleştirme kararlarının tarihi gelişimi için bkz Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2022) 97-101; Nurbanu Erzurumlu-Işık, *Medenî Usul Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2023) 234 vd; Fahrettin Kayhan, ‘Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının Ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü’ (1999) 2 TBBD 341, 355-357; Hakan Pekcanitez, ‘Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi’ (2019) 32 (144) TBBD 383, 390-394.

<sup>23</sup> Tankut Centel, ‘İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri’ (1989) Yargıtay Dergisi 361, 362; Kayhan (n 22) 357-359; Mehmet Yüce ve Fulya Mercimek, ‘Türk Vergi Hukukunda İçtihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değerlendirilmesi’ (2014) 9 (119-120) BÜHFD 7, 16-19.



gelmemiş bir alacak için açılmış davada, vadenin gelip gelmediğini dava şartı olan hukukî yarar kapsamında re'sen ve davanın her aşamasında değerlendirecektir. Bu içtihadı birleştirme kararı ile “muacceliyetin hukukî yarara bağlı bir dava şartı” olduğu yönünde bir hukukî nitelendirme ortaya çıkmıştır. Bu noktada İçtihadı Birleştirme Kararı'nın sadece vadesi gelmemiş mevsimsiz davalara yönelik olduğunun ve bu bağlamda dar yorumlanması gerektiğinin de altı çizilmelidir. Sonuç olarak İçtihadı Birleştirme Kararı'nın tüm mevsimsiz davalar bakımından kıyasen<sup>24</sup> adeta bir kanun hükmü gibi değerlendirilmesi hukuka uygun olmayacaktır.

Bu kararın maddî hukuk meselesi olan muacceliyeti, usulî bir mesele olan dava şartına dönüştürmesi farklı sakıncaları doğurabilecektir. Bu konuda aşağıda değerlendirme bölümünde yer verilmekle birlikte, bu karara bu yalın haliyle ve düz bir mantıkla bakılırsa, şunu söylemek rahatlıkla mümkündür: Muacceliyet artık bir davanın açılması bakımından maddî hukuk meselesi değil, dava şartı olması sebebiyle usul hukuku meselesidir. Bu duruma göre artık ya borçlar hukukçuları usul hukukçusu olmuştur ya da usul hukukçuları aynı zamanda borçlar hukuku uzmanı da sayılacaktır. Şüphesiz hukuk böyle bir düz mantığı kabul etmez; ama maalesef kararın bir süre sonra özü ve çıkışı unutulup bu düz mantığa dönüşme ihtimali vardır ki, bunun uygulamamızda farklı örnekleri mevcuttur. Örneğin, yıllarca bozmadan sonra ıslahın mümkün olup olmayacağına ilişkin tartışmada, Yargıtay'ın bozmadan sonra da tahkikatın henüz bitmediğine ilişkin ve ıslahla ilgili olmayan 1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>25</sup>, bozmadan sonra tahkikat bitmediği dolaylı yorumu ile ıslah yapılacağına gerekçe yapılmıştır. Korkarız ki, mevsimsiz dava ile ilgili bu karar da uygulamada başka bir tehlikeye yol açacaktır.

### III. Mevsimsiz Davanın Şartları ve Ortaya Çıktığı Durumlar

Yargı kararlarında farklı durumlar ortaya çıksa da mevsimsiz dava, kanunlarda tanımlanmadığı gibi, örnekleri yukarıda verilen yargı kararlarında da tam olarak tanımlanmamış ve bu dava türünün şartları açıklanmamıştır. *Budak ve Yağcı* mevsimsiz davayı tanımlamamakla birlikte, davanın erken açılması nedeniyle reddine ilişkin halleri;

- alacak hakkı doğmasına rağmen talep hakkının doğmaması,
- geniş anlamda borç ilişkisi mevcut olmasına rağmen bu borç ilişkisinden doğması beklenen alacağın henüz doğmamış olması,
- yenilik doğuran haklarda hakkın kullanılabilir hale gelmesi için aranan unsurların henüz tamamlanmamış olması,

<sup>24</sup> Budak/Yağcı (n 3) 40.

<sup>25</sup> Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 13/5, 04.02.1959, RG, 28.04.1959.

- süreye bağlı haklarda hakkın bağlı olduğu sürenin henüz başlamamış olması ve
- davanın açılmasının özel bir kanun hükmü ile ertelenmesi

olarak beş başlık altında değerlendirmektedir<sup>26</sup>.

Burada belirtilenler tamamen gözardı edilemese de, biz ise konuyu biraz daha farklı değerlendirmenin daha uygun olduğunu düşünüyoruz. Kanımızca yenilik doğuran hakların kullanılabilir hale gelmesi için aranan unsurların tamamlanmamış olması<sup>27</sup> ve dava açılmasının özel bir kanun hükmü ile ertelendiği durumlar çoğunlukla özel dava şartı niteliğindedir<sup>28</sup>. Özel dava şartlarının bulunduğu haller ile mevsimsiz dava her zaman benzer durumları ifade etmemektedir. Özel dava şartları usûlî niteliktedir ve mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Özel dava şartları, dava şartı olması bakımından zaten davanın açılmasına baştan engel olan ve çoğunlukla da şeklen değerlendirilebilecek hallerdir. Örneğin İcra ve İflâs Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenen borçtan kurtulma davasının özel dava şartı gereği, ilk duruşma gününe kadar dava konusu alacağın %15'i oranında teminat gösterilmesi zorunludur. Teminatın yatırılmaması durumunda dava başkaca bir inceleme yapılmadan dava şartı yokluğundan reddedilir<sup>29</sup>. Mevsimsiz dava, nadiren usûlî konulara ilişkin olabileceği gibi esasen ve özünde maddî hukuku ilgilendiren konulara yöneliktir. Kararlarda en sık görülen Sinaî Mülkiyet Kanunu gereğince markanın beş yıl kesintisiz kullanılmaması, şekli bir konu iken; şarta veya vadeye bağlı alacak konusu maddî hukuka ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

Yukarıda verilen kararlardan hareketle, kanımızca mevsimsiz dava olarak nitelendirilen davanın temelde iki kategorik şekilde ortaya çıktığını söylemek mümkündür:

- Bunlardan birincisi ve yargı kararlarında da en çok rastlanan, bir davanın açılabilmesi için belirli sürenin dolması veya hakkın yahut alacağın talep edilmesi için belirli şartların oluşmasının arandığı hallerde bu sürenin dolmaması, şartların gerçekleşmemesi halidir.
- İkincisi ise, özellikle İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da ifade edilen, bir talebin veya alacağın henüz muaccel olmamasına rağmen davanın açılması

<sup>26</sup> Budak/Yağcı (n 3) 19-24.

<sup>27</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası (n 22) 343-344; Hakan Albayrak, 'Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları' (2015) 64 (4) AÜHF 931, 934; Pekcanitez (n 1) 925; Pekcanitez/Atalay/Özekes (n 1), 217-218, Kn 906-907.

<sup>28</sup> Mine Akkan, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılın Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2) DEÜHF 1, 8-14; Süha Tanrıver, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 TBB 111, 112 vd.

<sup>29</sup> Borçtan kurtulma davasında teminat için bkz Emel Şeyda Ergün-Toğrul, 'Borçtan Kurtulma Davasında Teminat' (2022) 18 (53) MİHDER 699, 699 vd.; Talih Uyar, 'İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK m. 69/II, III, IV, V)' (2005) (58) TBB 323, 323 vd.

veya şarta bağlı alacaklarda henüz şartın gerçekleşmemesine rağmen dava açılması halinde ortaya çıkan durumdur.

Bu iki konuyu ayrı ayrı değerlendirmekte yarar olduğunu düşünüyoruz. Çünkü, birinci durum, daha ziyade şekli, her zaman olmasa da bazen usûlî alana ilişkin iken, muacceliyet doğrudan maddî hukukla bağlantılı bir konudur.

Davanın belirli bir süre veya zamanla sınırlanması ve davanın bu süre veya zamandan önce ya da sonra açılması mümkündür. Davanın belirli süre veya zaman diliminden önce veya sonra açılması halinde davanın reddi sonucu ile karşılaşılacaktır<sup>30</sup>; ancak davanın esastan mı usûlden mi reddedileceğinin tespit edilmesi gerekecektir. Örneğin zamanaşımına uğramış bir borç için dava açılması veya hak düşürücü süreye bağlı bir hakkın süre dolduktan sonra dava edilmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda dava esastan reddedilmekte ve uyuşmazlık geleceğe etkili ve kesin olarak sona ermektedir. Mevsimsiz davada ise, zamanaşımı veya hak düşürücü süreden farklı olarak süresinin dolmasından veya zamanından önce açılmış bir dava bulunmaktadır. Davanın esastan mı usûlden mi reddedileceği, usûlden red halinde hangi sebepten reddedileceği, hâkimin ilgili durumları re'sen mi dikkate alacağı gibi soruların cevaplanması gerekmektedir.

Mevsimsiz davanın uygulamadaki örnekleri dikkate alındığında “süre” ve “zaman” unsurlarının farklı şekillerde ön plana çıktığı görülmektedir. Süre ve zaman unsuru bakımından, hak düşürücü süreler ve zamanaşımının çalışmamız bakımından genel olarak dikkate alınması gerekir. Bu noktada süre ve zaman unsurunun usûle veya esasa ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Kanunda öngörülen süre, hak kullanılmaksızın geçirildiği takdirde hak son buluyorsa hak düşürücü süre söz konusudur. Hak düşürücü süreler, mevzuatta doğrudan tanımlanmamakla birlikte genel ilkeler, mahkeme kararları ve öğretideki görüşler ile şekillenmiştir. Hak düşürücü sürenin geçmesi ile hak sona ermiş olacağından, hak düşürücü süre iddiası, maddî hukuk alanında yer alıyorsa esasa yönelik bir itiraz niteliğindedir<sup>31</sup>. Hak düşürücü sürenin geçtiği taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi hâkim tarafından da re'sen göz önüne alınır.

Maddî hukuktaki hak düşürücü sürelerden farklı olarak dava açma veya talebi ileri sürmeye ilişkin sürelerin bir kısmı ise dava şartı şeklinde ve usûlî nitelikte sürelerdir. Örneğin icra hukukundaki itirazın iptali davası (İİK m 67), borçtan kurtulma davası (İİK m 69/II), istirdat davası (İİK m 72/VII) veya itirazın kaldırılması talebindeki (İİK m 68/I) gibi süreler, dava şartı niteliğinde sürelerdir. Yine usûl kanunlarında taraflar için düzenlenen süreler de hak düşürücü niteliktedir (HMK m 94/3). Bu tür süreler daha çok hakkın veya davanın belirli bir zaman dilimi içinde ileri sürülmesini,

<sup>30</sup> Budak/Yağcı (n 3) 43.

<sup>31</sup> Ejder Yılmaz, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler’ (2013) 8 (Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergi 3167, 3168.

talep edilmesini, kullanılması gerekli kılmaktadır. Bunun farklı amaçları vardır. Bir kısmı hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmasının önüne geçilmesine, bir kısmı talebin başka hak veya davaları etkilemesi sebebiyle belirginleşmesine, bir kısmı ve çoğunlukla usûl ekonomisine hizmet etmektedir ki, bunların tümü de kamu düzeninden sayılacak ve niteliği olan re'sen gözetilecek hususlardır. Dava şartı niteliğindeki süreler, re'sen dikkate alınır, dava ilgili süreden sonra açılır veya talep ilgili süreden sonra istenirse, dava veya talep usûlden reddedilir. Çünkü, burada maddî hukuka ilişkin bir değerlendirme, nitelendirme yapmaya gerek ve ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca bu tür sürelerin hesaplanması, maddî hukuktaki hak düşürücü sürelerle göre daha kolay ve şeklidir. Oysa maddî hukuk bağlantılı sürelerde bazen sürenin başlangıcı, kullanılıp kullanılmadığı, geçip geçmediği, sona erip ermediği tartışılması ve ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlardır. Dava şartı şeklindeki bu sürelerin çoğunda, süresinde o şekilde dava açılmazsa, o dava hakkı ileri sürülemez de, maddî hukuk bakımından hak ve buna bağlı başka bir dava açılması mümkün olabilmektedir. Örneğin, kanunda belirtilen süre içinde borçtan kurtulma davası açılmadığında, artık borçtan kurtulma davası açma imkânı ortadan kalkar ve buna bağlı sonuçlar gerçekleşir; ancak bu konuda genel hükümlere göre dava açma hakkı tamamen ortadan kalkmaz. Çünkü, maddî hukuktaki gibi hak sona ermemiş ortadan kalkmamıştır, sadece borçtan kurtulma davası açma hakkı ortadan kalkmıştır.

Özel olarak usûlî ya da dava şartı niteliğindeki süreler dışında hak düşürücü süreler, esasa ilişkindir. Dava şartı niteliğindeki (usûle ilişkin olan) süreler bir davada ön inceleme aşamasında dikkate alınıp değerlendirilmesi gerekirken (HMK m 137, 138), maddî hukuk bu nitelikteki hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri ön incelemede değil, ön incelemenin hemen ardından, tahkikatın başında incelenip karara bağlanacak sürelerdir (HMK m 142). Maddî hukuka ilişkin bu sürelerin re'sen dikkate alınması da usûle ilişkin dava şartı olmasından değil, esasa ilişkin itiraz niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Görüldüğü üzere, dava şartı olan sürenin değerlendirilmesi ile esasa ilişkin sürenin değerlendirilmesi ve incelenmesi dahi farklılık göstermektedir.

Bu durumlar dışında bir sürenin maddî hukuka ilişkin bir süre mi olduğu yoksa usûlî dava şartı süresi mi olduğu çok istisnaî olarak tartışılabilir. Bu konuda örneğin İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak (daha sonra da dava açmak) zorundadır. Bu düzenlemedeki bir aylık sürenin, hak düşürücü süre niteliğinde olduğunda tereddüt yoktur. Ancak bu sürenin, dava şartı niteliğinde

usûle ilişkin bir süre mi, yoksa esasa ilişkin bir süre mi olduğu da tartışmalıdır<sup>32</sup>. Sadece bu tür durumlarda ayrıca değerlendirme yapmak gerekir.

Mevsimsiz davaya konu süreler, hak düşürücü süreler ile zamaşaşımı sürelerinin dışında, dava açabilmek veya talepte bulunabilmek için belirli bir zaman diliminin tamamlanması gereken sürelerdir. Mevsimsiz davalarda görülen bu süre unsuru, daha çok talep edilebilirliği veya talep edilebilirliğin şartlarının oluşup oluşmadığını ifade eden bir süredir. Örneğin; markanın kullanılmaması nedeniyle iptal edilebilmesi için beş yıllık süre boyunca kesintisiz kullanılmaması gerekir (SMK m 9/1). Yine konkordatoda alacakları itiraza uğramış olan alacaklılar, konkordatonun tasdik kararının ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açabilirler (İİK m 308/b/1). Konkordatonun tasdik kararından önce açılan davalar mevsimsiz dava niteliğindedir. İlgili süreden veya zaman diliminden önce dava açılması veya takip yapılması halinde hak henüz talep edilebilir nitelikte değildir. Bu süre veya zaman dilimleri, hak düşürücü süreden farklı olarak re'sen dikkate alınmamaktadır. Süre veya zamanın dilimine ilişkin iddianın davalı tarafından ileri sürülmesi gerekir. Süre veya zaman dilimi unsuru, Sinaî Mülkiyet Kanunu'ndaki gibi maddî hukuka ilişkin bir düzenlemede yer alacağı gibi İcra ve İflâs Kanunu gibi şeklî hukuka ilişkin bir düzenlemede de yer alabilir.

Mevsimsiz davaya ilişkin kararlarda süre ve zaman unsurundan sonra ortaya çıkan diğer durum, belirli işlemlerin tamamlanmasından sonra dava açılması veya takip yapılması gereken hallerdir. Örneğin yine Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun 7. maddesi gereğince marka korunması tescille sağlanmaktadır; henüz tescil edilmiş bir marka söz konusu değilse markanın korunmasından bahsedilemez. Keza patent başvurusu tamamlanmadan kural olarak ilgili patentin korunması söz konusu olmaz. İhtiyatî tedbir nedeniyle zararın tazminine ilişkin açılan davada ihtiyatî tedbirin devam etmesi, tazminat davasının mevsimsiz dava olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında aslında mevsimsiz davanın, daha ziyade, çeşitli kanunlarda yer alan düzenlemeler gereği talebin ancak belirli sürenin tamamlanması veya yasal işlemlerin yapılması şartına bağlı olup henüz bu süre tamamlanmadan ya da kanunda belirtilen işlemler gerçekleşmeden dava açılması halini ifade ettiği; bu şekilde hakkın ileri sürülmesi bakımından hakkın henüz olgunlaşmadığı, ileri sürülmesi için gerekli şartların tam oluşmadığı davalarda bu yönde kararlar verildiği söylenebilecektir. Mevsimsiz dava, farklı alanlardaki kanunlarda yer alan düzenlemelerden hareketle ortaya çıktığı ve her durum ve şartın birbirinden farklılık gösterdiği dikkate alındığında, belirli şartlar listesi ile açıklanamayacaktır. Mevsimsiz davanın temel şartının, *“farklı kanunlarda aranan şartlar dikkate alındığında henüz talep edilebilme aşamasında olmayan, o olgunluğa ve yeterliliğe ulaşmayan, bu açıdan da henüz*

<sup>32</sup> Bu konuda bkz Muhammet Özekes, 'Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları' *İş Givencesi Kurumu ve İşe İade Davaları* (Legal Yayıncılık İstanbul 2005) 134.

*talep edilebilme şartlarını taşımayan*” alacak veya talepler olduğu ifade edilebilir. Bunun da gerçek anlamda bir tanım oluşturacak ifadeler barındırmadığı, yukarıda kavram ve terim başlığında da ifade ettiğimiz üzere ağyarını mâni, efradını câmi bir tanım oluşturmayacağı açıktır. Bu belirleme mevsimsiz davaya tam bir tanım olmasa da bir çerçeve çizme şeklinde düşünülmelidir.

Bu açıklamalardan sonra, uygulamada yer alması bakımından -taraf tar olmamakla birlikte- mutlaka bir mevsimsiz davadan da söz edilecekse, belirli sürenin dolmamasına ve belirli şartların gerçekleşmemesine dayanan mevsimsiz dava ile henüz muaccel olmayan alacağı konu alan mevsimsiz dava bakımından ayırım yapılmasının doğru olduğunu düşünüyoruz. Esasen birinci durumda kanunî terim olmasa da mevsimsiz ya da zamansız dava söz konusu iken, ikinci durumda aslında muacceliyetle ilgili bir değerlendirme yapılmasını gerektiren, işin esasına girilmeden anlaşılması mümkün olmayan, hatta tarafların iddia ve savunmalarının değerlendirilmesi neticesinde farklı şekilde nitelendirilmesinin mümkün olduğu bir dava söz konudur.

#### IV. “Mevsimsiz Dava” Nitelendirmesi Halinde Karar ve Yargılama Giderleri

Hâkim, davanın yürütülmesi ve sonuçlandırılması amacıyla bazı işlemler yapar ve çeşitli kararlar verir. Mahkeme usûl işlemlerinin en önemlisi, hâkimin dava sırasında veya dava sonunda verdiği kararlardır. Bu çerçevede karar temel olarak, ara karar ve nihaî karar şeklinde bir ayırma tâbi tutulmaktadır. Nihaî kararın varlığı halinde hâkim, davada ileri sürülen talep hakkında artık sonuçlandırıcı bir karar vermekte, kanaatini belirtmekte ve dosyadan elini çekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre mahkeme, usûle veya esasa ilişkin nihaî bir kararla davayı sona erdirebilir (HMK m 294/1). Mahkemenin, somut uyuşmazlıkta maddî hukuk bakımından değil, usûl hukukuna dayanarak bir karar vermesi halinde usûle ilişkin nihaî kararlardan bahsedilir. Dava ehliyetinin bulunmaması nedeniyle davanın reddedilmesi, mahkemenin yetkisiz olması nedeniyle yetkisizlik veya mahkemenin görevsiz olması nedeniyle görevsizlik kararı vermesi, usûle ilişkin nihaî kararlara örnek gösterilebilir. Hâkimin uyuşmazlığın esasını inceleyerek verdiği kararlar, esasa ilişkin nihaî karar olarak adlandırılır. Davalının davacıya belli bir miktar para ödemeye mahkûm edilmesi veya davacının talebinin haklı bulunmaması sebebiyle reddine ilişkin kararlar verilmesi ise, esasa ilişkin nihaî kararlara örnek olarak verilebilir<sup>33</sup>. Esasa ilişkin nihaî kararlar hüküm olarak ifade edilmekte (HMK m 294/1), usûle ilişkin kararlara da niteliğine uygun düştüğü ölçüde hükme ilişkin hususlar uygulanmaktadır (HMK m 294/6).

Davalı tarafından mevsimsiz olduğu iddia edilen, ancak ispatlanmayan davanın kabulü halinde mevsimsiz dava bulunmamaktadır. Talep edilen hukukî korumaya göre, eda, tespit veya inşâi karar ortaya çıkacaktır. Örneğin alacaklı 100.000 Türk liralık

<sup>33</sup> Karar konusu için bkz Murat Atalı, *Pekcanitez Usûl C III* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 1967 vd; Nilüfer Boran-Güneysu, *Medenî Usûl Hukukunda Karar* (Adalet Yayınevi 2014) 89 vd.

alacağın ödenmesi talebiyle açtığı davada, davalı bu talebin mevsimsiz olduğunu iddia etmiş; ancak ispat edememişse mahkeme talebin kabulüne karar verecektir. Talebin kabulü halinde verilecek karar, bir eda hükmü niteliğinde olacaktır. Mevsimsiz dava, kısmen kabul kısmen red kararında da ortaya çıkabilir. Örneğin davalı alacağın 30.000 Türk liralık kısmının mevsimsiz olduğunu iddia ve ispat edebilir. Bu durumda mahkeme, davanın 30.000 Türk liralık bölümü için mevsimsiz talep nedeniyle red (!) kararı verirken, 70.000 Türk liralık kısmı için eda hükmü tesis edecektir. Dikkat edilirse özellikle kısmen red ve kısmen kabul kararı halinde dahi verilen kararın niteliği sorunludur.

Mevsimsiz dava, bu şekilde davanın kısmen veya tümüyle reddi halinde ortaya çıkmaktadır. Alacaklının açtığı tespit, eda veya inşai bir davanın, mevsimsiz olduğu iddia ve ispat edilirse mahkeme, davanın mevsimsiz olmasından hareketle red kararı verecektir. Bu noktada davanın reddi kararının usüle mi esasa mı ilişkin olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 2018 yılında verdiği kararda “...6100 sayılı HMK’nun 114/h maddesinde, hukuki yarar açıkça dava şartları içerisinde sayılmıştır. Davacının dava açmaktaki yararı hukuki olmalıdır. Hukuki yarar dava açıldığında var olmalıdır; ilerideki yarar yeterli değildir. Bu nedenle, muaccel olmayan alacak için dava açılmaz, açılırsa dava hukuki yarar yokluğundan HMK. 115 gereği, usulden reddedilir....” gerekçesiyle mevsimsiz davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>34</sup>. Buna karşılık aynı Daire, 2005 tarihinde davanın mevsimsiz olması nedeniyle husumet yokluğundan reddedilmesine karar vermiştir<sup>35</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2022 yılında oybirliği ile<sup>36</sup> “...ıfa zamanı gelmemiş (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel) bir alacak için açılmış dava, erken açılmış dava niteliğinde olduğundan, bu davanın açılmasında henüz hukukî yarar bulunmamaktadır. O nedenle, HMK’nın 114/1-h bendinde dava şartları arasında sayılan hukukî yararın bulunmadığı durumda, davanın esastan değil, HMK’nın 115/2. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir....” şeklinde karar vermiştir<sup>37</sup>. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı’nın bağlayıcılığı karşısında artık böyle durumlarda hukukî yarar yokluğundan dava şartı olarak usûlden davanın reddine karar verilmelidir. Bu kararın ne zaman verileceği, nasıl böyle bir tespitin yapılacağı, bunun doğruluğu ayrıca aşağıda değerlendirilecektir.

<sup>34</sup> Yargıtay 11 HD, 2665/7278, 21.11.2018. Aynı yönde ilk derece mahkemesi kararı için bkz İstanbul 9 Asliye Ticaret Mahkemesi, 495/173, 25.02.2020 (Lexpera).

<sup>35</sup> Yargıtay 11 HD, 2650/932, 08.02.2005 (Lexpera).

<sup>36</sup> Kararın eleştirisi için bkz Özekes, İBK (n 21).

<sup>37</sup> <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/11/20221104-8.pdf> (Erişim Tarihi 18.11.2022).

Kamu hizmeti niteliğinde olan yargılama faaliyeti kural olarak ücretsizdir. Ancak bu giderlerin bir kısmının yargılama hizmetinde yararlanan taraflardan alınması öngörülmüştür. Kişilerden makbuz karşılığında alınan para, yargılama harcı olarak nitelendirilmektedir. Yargılamada alınacak harçlar ve bu harçların oranları, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Harçlar Kanunu'na ek 1 sayılı tarife, bent A/III/I ve 2'ye göre, kural olarak, para veya değeri para ile ölçülebilen ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusunun değeri üzerinden belli bir oranda harç alınırken, konusu belli bir değerle ilgili olmayan davalarda maktu bir harç alınmaktadır. Harçlar Kanunu'nun 28. maddesinin (a) bendi gereğince, karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalan kısmı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. Buna karşılık davanın usûlden reddedilmesi halinde, esasa dair bir yargılama yapılmadığından maktu ilâm ve karar harcı alınacaktır. Mevsimsiz davanın usûlden mi esastan mı reddedileceği tartışması, vekâlet ücretinin nasıl belirleneceği konusunu da şekillendirmektedir. Mevsimsiz davanın usûlden reddi halinde, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 7. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, maktu vekâlet ücretine karar verilmesi gerekecektir. Ancak davanın esastan ret edilmesi halinde, nispi vekâlet ücretine hükmedilecektir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 2022 yılında oybirliği ile verdiği kararda "...*HMK'nın 114/1-h bendinde dava şartları arasında sayılan hukukî yararın bulunmadığı durumda, davanın esastan değil, HMK'nın 115/2. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir...*" ifadesiyle vekâlet ücretinin maktu olacağını belirtmiştir. Dolayısıyla bu karar kapsamında bundan sonra harç ve giderler noktasında, davayla ilgili ne kadar araştırma yapılırsa yapılsın, ne kadar mesai harcanırsa harcansın, avukatlar ne kadar çaba gösterirse gösterebilir yıllarca devam eden ve aslında işin esasına da girilen (hatta yukarıda belirttiğimiz ayrımlar da yapılmadan) bir davada mevsimsiz dava nitelendirilmesi yapıldığında harç ve giderler bakımından esas alınacak husus, maktu olduğudur. Burada durumun garipliği şu şekilde de kendini göstermektedir: Davanın kabulü halinde bu yönde yapılacak nitelendirme ile davanın mevsimsiz dava olarak reddi halinde yapılacak nitelendirmede de değişiklik olabilecektir, tereddüt yaşanabilecektir. Çünkü, mevsimsiz dava, davanın reddi halinde söz konusu olabilecek bir durumdur; davanın kabulü halinde eda, tespit veya başka şekilde nitelendirmek mümkündür. Buna göre de sonuçları değişecektir.

Kanımızca davanın usûlden mi esastan mı reddedileceği konusunda, vekâlet ücretinin temel alınması hukuka aykırı değerlendirmelere neden olmaktadır. Bu değerlendirme şekli; dava şartı, dava şartlarının dikkate alınması, karar gibi medeni yargılama hukukuna ait temel kavramlarının yanlış değerlendirilmesine ve karmaşaya yol açmaktadır. İlgili değerlendirme hem yargılama hukuku kavramları hem de maddî hukuk kavramları bakımından karışıklığa neden olmaktadır. Olması gereken hukuk bakımından, mevsimsiz dava nedeniyle davanın usûlden reddi halinde, vekâlet ücretinin maktu olacağına ilişkin bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Böylece



yargılama hukuku ve maddî hukuka ilişkin kavram ve kurumlar bakımından anlam karmaşasının önüne geçilmiş olunur.

## V. Değerlendirme ve Görüşümüz

### A. Genel Olarak

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere mevsimsiz dava, aslında yargı kararları ile ortaya çıkmış ve şekillenmiş bir kavramdır. Yargı kararlarında, hatta doktrinde mevsimsiz dava tam olarak tanımlanmamış, daha doğrusu tanımlanamamış, sadece “*davanın mevsimsiz açıldığı*” veya “*mevsimsiz davanın reddi gerektiği*” gibi ifadelerle yer verilmiştir. Yargı kararlarından hareketle, mevsimsiz dava tanımlanamasa da çok genel olarak “*alacağın henüz vadesinin gelmediği veya alacağın henüz talep edilebilme aşamasına gelmediği*” davalar olarak çerçevesi çizilebilir. Bu çerçevenin ise bir belirlemeden çok belirsizlik içerdiği açıktır. Daha önce belirttiğimiz üzere mevsimsiz dava, aslında davanın kabulü halinde değil, davanın reddi halinde kendini göstermektedir. Mevsimsiz açıldığı ileri sürülen bir davanın reddi halinde, davanın mevsimsiz dava olduğu mahkeme kararı ile belirlenmektedir. Bu noktada davanın reddi kararının usûlden mi esastan mı olduğu tartışması başlamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere<sup>38</sup>, mevsimsiz davanın varlığı halinde yargı kararlarında ve vadesi gelmemiş alacaklar bakımından İçtihadı Birleştirme Kararı’nda davanın hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir.

Yargı kararları incelendiğinde, bu kararlarda açıkça ifade edilmese dahi mevsimsiz davanın temelde iki şekilde ortaya çıktığını söyleyebiliriz:

1. Bunlardan ilki, bir davanın açılması için belirli sürenin geçmesi veya alacağın talep edilmesi için belirli şartların oluşması aranan hallerde, bu sürenin ve şartların gerçekleşmemesi durumudur.
2. İkincisi ise, alacağın vadesinin gelmemesine veya şarta bağlı alacaklarda henüz şartın gerçekleşmemesine rağmen dava açılması halinde söz konusu olmaktadır.

Aslında bu iki durum, maddî hukuk bakımından farklı kategorileri ifade ettiği gibi, bu iki durumda yapılacak inceleme, ispat ve deliller de farklılık gösterebilecektir. Esas ve usûl bakımından farklı şekilde nitelendirilecek bu iki durumu aynı kategoride toplamanın sakıncası açık olmakla birlikte, kavram ve terimin bir kategorik birlikteliği ifade etmesi anlayışına da aykırıdır. Çünkü, bir kavramdan bahsedildiğinde o kavram benzer şeyleri içinde toplamayı, terimin de bunu isim olarak karşılaması gerekir. Ancak mevsimsiz davada böyle bir durum bulunmamaktadır.

<sup>38</sup> Bkz yuk II. Yargı Kararlarında Mevsimsiz Dava.

## B. Maddî Hukuk Bakımından Durum ve Görüşler

Maddî hukukta mevsimsiz dava kavramı üzerinden görebildiğimiz kadarıyla bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Alacağın vadesinin gelmemesine veya şarta bağlı alacaklarda henüz şartın gerçekleşmemesine rağmen dava açılmasını değerlendirirsek; borçlar hukukunda ana kural, borcun vadeye bağlı olmamasıdır. Bu durum Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesinde “*ifa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>39</sup>. Borcun vadeye bağlanması tarafların anlaşması, işin mahiyeti veya kanun gereğince söz konusu olmaktadır<sup>40</sup>. Bir borcun vadeye bağlanması halinde alacaklı, borcun ifasını ancak vade dolunca talep edebilecektir<sup>41</sup>.

Öğretide alacak hakkı ve alacağı talep hakkı<sup>42</sup>, birbirinden ayrılarak değerlendirilmektedir. Talep hakkı, alacak hakkına göre daha geniş bir kavram niteliğindedir. Alacak hakkı ve talep hakkı genellikle aynı anda doğsa da, bu durumun istisnaları bulunmaktadır. Öğretide alacağı talep hakkının borcun muaccel olduğu anda doğacağı ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Alacak hakkı, borç ilişkisi kurulduğu anda; talep hakkı ise, borç muaccel olduğu anda doğmaktadır. Alacağın şarta veya vadeye bağlanması halinde alacak hakkı doğsa bile, şartın gerçekleşmesi veya vadenin gelmemiş olması nedeniyle alacağı talep yetkisinin henüz doğmadığı ifade edilmektedir. Borçlu, vadeden veya şartın gerçekleşmesinden önce alacağı talep hakkına sahip değildir. Zira vade gelmeden veya şart gerçekleşmeden talep hakkın doğması söz konusu değildir<sup>44</sup>.

*Serozan/Baysal/Sanlı*, henüz muaccel olmamış bir alacak için dava açılması halinde muacceliyet eksikliği nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini belirtmiş; ancak def'i veya itiraz ayrımı yapmaksızın, “dava temelinin yetmezliği” olgusunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>45</sup>. *Ozanemre Yayla*, alacak hakkının malvarlığı hakkına ilişkin olduğunu, talep hakkının ise malvarlığında yer bulan alacak hakkının borçluya yöneltilmesi olduğunu belirtmektedir. Alacak hakkı

<sup>39</sup> Sözleşmenin kurulmasıyla borç muaccel olmakla birlikte ifanın talep edilmesi için makul sürenin beklenilmesine ilişkin bkz Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021) 691- 692.

<sup>40</sup> Vade türleri için bkz Gümüş (n 39) 693; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme C III* (7. Bası, Filiz Kitapevi 2016) 57 Kn 6.

<sup>41</sup> Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022) 329 Kn 1003-1005.

<sup>42</sup> Alacak hakkı ve talep hakkına ilişkin İsviçre hukukundaki tartışmalar için bkz Hatice Tolunay Ozanemre-Yayla, *Alacağın Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebep Olan İlişkisi (İliligi)* (Turhan Kitapevi 2019) 18 vd.

<sup>43</sup> Ozanemre-Yayla (n 42) 17-18.

<sup>44</sup> Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III* (Yetkin Yayınları 2022) 2040 Kn 4; Oğuzman/Öz (n 41) 14-15 Kn 48-51.

<sup>45</sup> Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (8. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 73 Kn 3.

hakkın özü iken, talep hakkı bu hakkın yöneltilmesine ilişkin bir husus olduğu vurgulanmaktadır<sup>46</sup>.

Görüldüğü üzere alacak hakkı, talep hakkı, muacceliyet aslında maddî hukuka ilişkin meselelerdir. Ancak mevsimsiz dava ve buna bağlanan sonuçlar, maddî hukuk bakımından çok fazla değerlendirmeye tâbi tutulmamıştır. Bunun sebebi, konuya ilgi duyulmaması olabileceği gibi, böyle bir tartışmanın maddî hukuk bakımından anlamsız ve faydasız, dolayısıyla konuyla ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı'nın da gereksiz bulunması olabilir.

## C. Usûl Hukuku Bakımından Tartışmalar ve Değerlendirme

### 1. Genel Bakış

Yargılama hukuku bakımından *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, dava edilmesi mümkün olmayan bir talebin dava şartı nedeniyle usûlden değil esastan reddedilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>47</sup>.

*Kuru*, müccel alacaklar için eda davası açılmasında hukukî yarar bulunmadığı görüşündedir<sup>48</sup>. Bu konuya ilişkin olarak, kızının muayenehane ihtiyacı için açılan tahliye davasında henüz sınavların verilmemesi<sup>49</sup> ve oğlunun ihtiyacı için açılan tahliye davasında ise, davacının oğlunun henüz evlenmemesi nedeniyle ihtiyaç sebebinin doğmaması<sup>50</sup> örnek olarak gösterilmiştir. Yine ihtiyaç sebebiyle tahliye davasının kira süresinin bitiminden itibaren bir ay içinde açılması gerektiği, dava açma süresi işlemeye başlamadan açılan tahliye davasının, kamulaştırma hakkı doğmadan yani beş yıllık süre geçmeden açılan davanın hukukî yarar yokluğundan reddedilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>51</sup>.

*Üstündağ*, vadeye veya şarta bağlı alacaklar bakımından, vadenin gelmesinden veya şartın gerçekleşmesinden önce talep hakkının bulunmadığını; dava açılması halinde, davanın usûlî bir hükümlerle reddedilmesi gerektiğini, ancak tespit davasının açılabilirliğini belirtmiştir<sup>52</sup>. *Üstündağ*, dava şartlarını maddî hukuka ilişkin dava şartları ve usûlî dava şartları olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Maddî hukuka ilişkin dava şartları; vadeye veya şarta bağlı olan alacaklar, tasarrufun iptali davası

<sup>46</sup> Ozanemre-Yayla (n 42) 28-29.

<sup>47</sup> Yavuz Alangoya, Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren Deren-Yıldırım, *Medeni Yargılama Hukuku Esasları* (Alkım Yayınevi 2004) 213.

<sup>48</sup> Bakı Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2001) 1368-1369.

<sup>49</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6/15-14, 28.01.1958 (Kuru (n 48) 1368 dn 58).

<sup>50</sup> Yargıtay 6 HD, 5353/645, 13.02.1969 (Kuru (n 48) 1369, dn 59).

<sup>51</sup> Kuru (n 48) 1369. Konuya ilişkin yargı kararları için bkz Kuru (n 48) 1369, dn 61-62.

<sup>52</sup> *Üstündağ* (n 1) 283-284.

bakımından aciz vesikasının varlığı, terk nedeniyle boşanma davasında ihtar unsuru ve kanunlarda sayılan özel dava şartları olarak değerlendirilmektedir<sup>53</sup>.

*Postacıoğlu/Altay*, vadesi gelmemiş bir alacak için açılan eda davasında hukukî yarar bulunmadığı; bu konuda tespit davası açılabilceği görüşündedir<sup>54</sup>. Ancak vadesi gelmemiş bir alacak için dava açılması halinde bu hususun re'sen dikkate alınmasına olanak bulunamayacağı, davalı tarafın bir def'i de bulunması gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>55</sup>.

*Pekcanitez*, vadesi gelmemiş alacak için açılacak eda davasında kural olarak hukukî yarar bulunmadığını ifade etmekte, böyle bir durumda şartları varsa ancak tespit davasının açılabilceği belirtilmektedir. Vadesi gelmemiş bir alacak için açılan davanın usûlden reddedileceği, ancak ilgili karar kesinleşse bile sadece alacağın vadesinin gelmemiş olması nedeniyle dava reddedildiği için vadenin gelmesinden sonra yeniden dava açılabilceği de ifade ederek<sup>56</sup> aslında nihaî değil daha çok şimdilik sonuçları gerçekleşecek bir red kararını ortaya koymaktadır. *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, 18.02.2022 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nı eleştirerek, muacceliyetin usûlî değil, maddî hukuka ilişkin bir mesele olduğunu ve muacceliyetin her durumda hukukî yararlar açıklanmayacağını belirtmektedir<sup>57</sup>.

Görüldüğü üzere bu konuda genel yaklaşım olarak bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Genellikle vade gelmeden önce davanın açılması halinde, davanın hukukî yarar yokluğundan reddedileceği ifade edilmiş; ancak bu durumun sonuçları da farklı şekilde açıklanmış ve tatmin edici bir çerçeve çizilememiştir. Dava şartı olarak ifade edilen görüş ve durumlara bakıldığında ise, bunların zaten ya özel bir dava şartı olduğu veya aşağıda açıklanacağı üzere özel durumu olan bir sürenin beklenmesi ya da bir unsurun gerçekleşmesi olduğu anlaşılmaktadır.

## 2. “Mevsimsiz Davanın” İleri Sürülüş veya Dikkate Alınış Şekli Bakımından Değerlendirme

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 2022 yılında verdiği kararda, henüz vadesi gelmemiş alacağın dava şartı olan hukukî yarar yokluğundan reddine karar vermiştir. Bilindiği üzere genel dava şartları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenmiştir. Hukukî yarar da, ilgili maddenin (h) bendinde “*davacının, dava açmakta hukuki yararının bulunması*” olarak düzenlenmiştir. Hukukî yarar kavramı, “*davacının talep ettiği şeye bağlanan, hukukî ve meşru, doğrudan ve kişisel, doğmuş ve güncel olması durumunda bu talebi kabule şayan kılan ve yokluğu halinde*

<sup>53</sup> ibid 283-286.

<sup>54</sup> İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri* (Vedat Kitapçılık 2015) 225 Kn 446.

<sup>55</sup> Postacıoğlu/Altay (n 54) 226 Kn 448.

<sup>56</sup> Pekcanitez (n 1) 966-968.

<sup>57</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes (n 1) 216-217, dn 10.

*davacının dava yetkisinin olmadığı değer*” olarak tanımlanmaktadır<sup>58</sup>. Dava şartları, davanın başından karar verilinceye kadar varlığını devam ettirmek zorundadır. Dava şartlarının tam olmadığı taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi, bu durum hâkim tarafından da kendiliğinden gözetilir. Dava şartları eksikliği, süre verilerek giderilemiyorsa, davanın usûlden reddi kararı verilecektir. Hukukî yarar, süre verilerek tamamlanacak bir dava şartı değildir. Kural olarak davanın açıldığı tarihte hukukî yarar bulunmuyorsa, davanın esasa girilmeksizin usûlden reddi gerekir<sup>59</sup>.

Alacağın vadesinin gelip gelmediği ve şartın gerçekleşip gerçekleşmediği<sup>60</sup>, maddî hukuka yönelik bir değerlendirmeyi gerektirir. Mevsimsiz davada, vadenin gelmemesi veya şartın gerçekleşmediği iddiası, davalı tarafından ileri sürülmekte ve ispat edilmektedir. Vade veya şarta yönelik iddialar, def’i veya itiraz imkânı ile ileri sürülebilecektir. *Gümüüş* talep veya dava hakkının muacceliyetle doğduğunu, bu nedenle muacceliyetin gerçekleşmediği iddiasının itiraz niteliğinde olduğunu, dosya içeriğinden anlaşılması halinde re’sen dikkate<sup>61</sup> alınacağını belirtmektedir<sup>62</sup>.

İtiraz, bir hakkın doğumunu, meydana gelmesini veya devamını inkâr eden bir vakianın ileri sürülmesi iken; def’i<sup>63</sup>, ileri sürülen bir hakka karşı bu hakkı engelleyen veya sınırlayan karşı bir hakkın kullanılmasıdır<sup>64</sup>. İtiraz ve def’i arasında farklardan ilki, def’inin bir hak itirazın ise, bir olay olmasıdır. Defi’i bir hak olduğu için her hak gibi def’i hakkının kullanılmasından da vazgeçilebilir. Borçlu, def’i hakkını kullanmaktan tek taraflı irade beyanı ile vazgeçebilir. Ancak itiraz, bir vakıa (olay) olduğu için borçlu bundan vazgeçemez. İtiraz, hâkim tarafından re’sen dikkate alınır. Def’i, bir hak olduğu için sadece hak sahibi tarafından ileri sürülür. İtirazi ise, menfaati olan herkes ileri sürebilir. Def’i, hakkı sona erdirmez, ancak hakkın kullanılmasını, ileri sürülmesini geçici veya sürekli olarak engeller; itiraz ise, hakkın doğmadığını veya sona erdiğini ifade etmektedir<sup>65</sup>. Bir alacağa ilişkin vadenin gelmemiş olması, hakkın doğumuna engel olmaz; ancak talep hakkının doğmamasına neden olur. Bu nedenle öğretide bu durumun davalı tarafından bir def’i ile; def’i türlerinden de geciktirici def’i olarak ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>66</sup>.

<sup>58</sup> Emel Hanağası, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009) 345.

<sup>59</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan (n 1) 316 vd; Budak/Karaaslan (n 1) 169 vd; Pekcanitez (n 1) 925 vd; Hanağası (n 58) 321-325.

<sup>60</sup> Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra ve İflâs Kanunu’nda şarta bağlı hüküm yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Şartın ne olduğu açık ve belirli olduğu sürece belirli durumlarda şarta bağlı hüküm verilebileceği görüşümüzü de tekrar etmek isteriz. Şarta bağlı hüküm için bkz Boran-Güneysu (n 33) 101 vd.

<sup>61</sup> *Serozan*, muacceliyet gerçekleşmeden dava açılması halinde, borçlunun muacceliyet eksikliğine ilişkin savunmada bulunması gerektiğini ancak borçlu bu savunmada bulunmasa bile “dava temelinin yetmezliğine “dayanılarak hâkimin bu durumu re’sen dikkate alacağını ifade etmektedir (Serozan (n 40) 54 Kn 3).

<sup>62</sup> Gümüüş (n 39) 691.

<sup>63</sup> Def’i kavramının kökeni için bkz Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005) 91-92.

<sup>64</sup> Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I* (Yetkin Yayınları 2022) 116 Kn 81.

<sup>65</sup> Buz (n 63) 90-114; Eren/Dönmez, *Cilt I* (64) 121-122 Kn 90-93; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 324-327 Kn 1006-1014.

<sup>66</sup> Hanağası (58) 240.

Öğretide *Henssler*, gelecekteki edimlerin ifasını değerlendirirken talep hakkının, maddî hukuka ilişkin bir sorun olduğunu ifade etmektedir<sup>67</sup>. *Hanağası* da, talep hakkının maddî hukuka ait bir konu olduğunu, talep hakkının doğup doğmadığının yargılama hukukunun konusunu oluşturmadığını isabetli olarak belirtmiş ve varlığı maddî hukuka ilişkin bir kavramın varlığına bağlı olan dava yetkisini bir dava şartı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır<sup>68</sup>.

Bu açıklamalar göstermektedir ki, bir talebin vadesinin gelmediği, muaccel olmadığı veya şartın oluşmadığı hususu maddî hukukla ilgilidir. Keza bu hususların ileri sürülme şekli bakımından itiraz veya def'i tartışması da yine maddî hukukla ilgilidir. İster itiraz isterse def'i olarak nitelendirilsin, her ikisinde de konu esasa yani maddî hukuka ilişkin olduğundan dava şartı olarak usûlden red söz konusu olamayacaktır. Mevsimsiz davanın hukukî yarar yokluğundan usûlden reddi gerektiğini belirtmek, alacağın talep edilir olup olmamasını dava şartı haline getirmektedir. Bu durum vade veya şart unsurunu, hâkimin re'sen ve davanın her aşamasında dikkate almasını gerektirecektir. Kanımızca alacağın vadesinin dolmadığı veya şartın gerçekleşmediği halleri, hukukî yarar kavramı ile açıklamak, maddî hukuka ve yargılama hukukuna ait kavramlarda karışıklıklara neden olacağı gibi, yargılama sırasında hâkime de vade veya şart unsurunu re'sen araştırma ödevini yüklemektedir.

Şarta veya vadeye bağlı alacakların durumunu dava şartı ve hukukî yarar kavramları ile açıklamak, icra-iflâs hukuku bakımından problemlere neden olabilecek niteliktedir. Cebrî icra hukuku ile medenî yargılama hukuku birbirinin tamamlayıcısı niteliğinde iki alandır ve cebrî icra hukuku, yargılama hukukunun uzantısı niteliğindedir. Şarta veya vadeye bağlı alacakların durumunu dava şartı olarak kabul etmemiz halinde icra-iflâs takibi sırasında icra dairesinin şart ve vadeyi takip şartı olarak re'sen dikkate alması gerekecektir. Bu halde icra dairesinin vadeyi dikkate almadan borçluya ödeme emri göndermesi, şikâyete (İİK m 16) konu edilecektir. İcra dairesinin vadeyi re'sen dikkate alması gereken haller, Kanunda açıkça düzenlenmiştir. Örneğin kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takipte vade re'sen dikkate alınacak konulardan biridir (İİK m 168/I). Yine Ayrıca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de benzer bir durumdan söz edilebilir (İİK m 149/I, 149b).

Kararlarda mevsimsizlik nitelendirmesinin sadece dava için kullanılmadığı, icra takibi bakımından mevsimsiz icra takibi kavramının da kullanıldığı görülmektedir. Ancak ilâmsız icra yoluyla takipte mevsimsizlik iddiasının değerlendirildiği aşama, kural olarak itiraz üzerine itirazın iptali davası veya itirazın kaldırılması yargılamasıdır. Bu nedenle icra takibi bakımından da mevsimsiz dava veya talep kavramının değerlendirileceği aşama, yargılama aşamasıdır. Bu açıdan yukarıda belirtilen İçtihadı Birleştirme Kararı'nın dar yorumlanması ve sadece vadesi

<sup>67</sup> Martin Henssler, 'Die Klage auf künftige Leistung im Wohnraummietrecht' (1989) NJW 138, 140-141.

<sup>68</sup> Hanağası (n 58) 239.

gelmemiş alacaklar için açılan davalarla sınırlı olduğunun kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak vadesi gelmemiş alacak için yapılacak takiplerde de dava şartı kavramından hareket etmenin, kavramlar ve hukuk ilkeleri bakımından ne kadar yanlış sonuçlar doğuracağına da işaret etmek isteriz<sup>69</sup>.

### 3. Mevsimsiz Dava ve Özel Dava Şartı İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Mevsimsiz davayı ortaya çıkaran koşulların özel dava şartı olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin birinci fıkrasında dava şartları düzenlenmiştir; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise “*Diğer kanunlarda yer alan dava şartlarına ilişkin hükümler saklıdır.*” ifadesine yer verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu dışında bazı kanunlarda da özel dava şartlarına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Tasarrufun iptali davası açılabilmesi için alacaklının elinde aciz belgesinin bulunması (İİK m 277/1-1), borçtan kurtulma davası için, davacı borçlunun alacağın %15'i oranında teminat yatırması (İİK m 69), terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için davalı eşe ihtar kararının tebliğ ettirilmesi ve ihtar kararının tebliğinden itibaren iki ayın geçmesi (TMK m 164/2) özel kanunlarda düzenlenen dava şartlarına örnek olarak gösterilebilir. Genel dava şartlarında olduğu gibi özel dava şartları da hâkim tarafından davanın her aşamasında re'sen dikkate alınacağı gibi, taraflarca da davanın her aşamasında ileri sürülebilir (HMK m 115/1). Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usûlden reddine karar verecektir; ancak dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verilmektedir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddedilecektir (HMK m 115/2).

Mevsimsiz davanın ortaya çıktığı tüm halleri, özel dava şartı kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Mevsimsiz dava bakımından vadeye veya şarta bağlı alacaklar dışındaki haller, daha ziyade şekli ve usûle yöneliktir. Vadesi henüz gelmemiş alacak veya şarta bağlı alacakları, dava şartı ve hukukî yarar kavramı ile açıklamak mümkün olmamakla birlikte; konkordatoda alacakları itiraza uğramış olan alacaklıların, tasdik kararının ilânı tarihinden itibaren bir ay içinde dava açması, kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilmesi gibi hususlar özel dava şartı olarak dikkate alınabilir. Bu şekilde açılan mevsimsiz davalar bakımından, özel dava şartının bulunmamasından hareketle usûlden red kararı verilebilir. Yine sınâî mülkiyet hukuku bakımından öğretilerde<sup>70</sup>, tescilden itibaren beş yıllık süre geçmiş olması, dava şartı olarak kabul edilmektedir. Ancak öğretilerde

<sup>69</sup> Alman hukukunda geleceğe yönelik edimlerin ifasına ilişkin 257. maddenin icra takibinde uygulamayacağı öğretilerde belirtilmektedir (Hans Joachim Musielak und Wolfgang Voit, ZPO, ZPO § 257 Klage auf künftige Zahlung oder Räumung (20. Auflage, C H Beck 2023) Rn 1.

<sup>70</sup> Aras (n 8).

markanın kullanılmamasının def'i olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı, markanın kullanılmamasının hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı da ifade edilmektedir. Markanın kullanılmaması def'i yerine, "kullanmama savunması" kavramı önerilmektedir<sup>71</sup>.

#### 4. Mevsimsiz Dava ve Sıfat (Husumet) İlişkisi Bakımından Değerlendirme

Mevsimsiz davanın aslında tam olarak sıfatla doğrudan ilgisi olmasa da, 11. Hukuk Dairesi, 2005 yılında verdiği kararda davanın mevsimsiz olması nedeniyle husumet yokluğundan davanın reddine karar vermiştir<sup>72</sup>. Bu çerçevede mevsimsiz davanın reddi kararının sıfat (husumet) yokluğuna ilişkin olup olmadığını üzerinde de durulmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50 ve devamı maddelerinde tarafların ehliyetleri düzenlenmiştir. Kanunda taraf ehliyeti (HMK m 50), dava ehliyeti (HMK m 51) ve dava takip yetkisi (HMK m 53) kavramları yer almaktadır. Kanunda taraf sıfatı yer almamakla birlikte öğretide, bu kavram hakkın gerçek sahibi olma veya tarafların maddî hukuk ilişkisinin gerçek süjesi olma şeklinde ifade edilmektedir<sup>73</sup>. Husumet, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ve yürürlükteki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanımlanmış bir kavram değildir<sup>74</sup>. Bu kavram eski hukukumuzun etkisi ile Yargıtay kararlarında davayı takip yetkisi<sup>75</sup> ile karıştırılarak yer almaktadır<sup>76</sup>. Bilindiği üzere husumet kavramı ile ifade edilmek istenen ve doğru ifadesi ile taraf sıfatıdır. Taraf sıfatı, dava konusu subjektif hakla taraflar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Şeklî taraf kavramı gereğince, dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler davanın tarafı olmaktadır<sup>77</sup>. Ancak davacı olarak taraf sıfatına sahip olabilmek için dava konusu hakkın sahibi, davalı olarak da bu hakkın muhatabı olmak gerekmektedir. Taraf sıfatı, dava şartı niteliğinde değildir. Zira kimin hak sahibi veya borçlu olduğu, davanın esasına girildikten sonra tespit edilebilir. Sıfat yokluğuna ilişkin itirazlar, dava dosyasından anlaşıldığı sürece hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır<sup>78</sup>.

Kanaatimizce belirli yasal işlemlerin tamamlanmasından sonra dava açılması gereken durumlarda davanın sıfat yokluğundan reddedilmesi, davanın hukukî yarar

<sup>71</sup> Karaca (n 9) 88.

<sup>72</sup> Yargıtay 11 HD, 2650/932, 08.02.2005 (Lexpera).

<sup>73</sup> Hakan Pekantez ve Hülya Taş-Korkmaz, *Pekantez Usul CI* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 607 vd; Hülya Taş-Korkmaz, *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 90; Pekantez/Atalay/Özkes (n 1) 156-157, Kn 635-639.

<sup>74</sup> Husumet kavramı için bkz Taş-Korkmaz (n 73) 100-111.

<sup>75</sup> Davayı takip yetkisi için bkz Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 57 vd; Pekantez/Taş-Korkmaz (n 73) 592 vd; Pekantez/Atalay/Özkes (n 1) 154-156, Kn 625-634.

<sup>76</sup> Taş-Korkmaz (n 73) 94-97; Pekantez/Taş-Korkmaz (n 73) 607-618.

<sup>77</sup> Taraf kavramına ilişkin bkz Dişel (n 75) 31-55; Taş-Korkmaz (n 73) 5 vd; Pekantez/Taş-Korkmaz, (n 73) 548-554.

<sup>78</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan (n 1) 227-228; Taş-Korkmaz (n 73) 90-92.



yokluğu nedeniyle reddedilmesine göre daha hukuka uygundur. Zira şart veya vadenin gerçekleşmediği hallerde zorlama bir yorumla da olsa, dava konusu sübjektif hakla taraflar arasındaki ilişkinin, en azından “şimdilik”, “henüz” kurulmadığı düşünülebilir. Ancak sıfat nedeniyle davanın reddi halinde dava esastan reddedileceği için vadenin gelmesi veya şartın gerçekleşmesi halinde açılacak davada kesin hüküm sorunu karşımıza çıkabilecektir. Tekrar belirtmek isteriz ki, buradaki yorum biraz zorlama yorumdur, fakat hukukî yarara dayanmaya göre daha kabul edilebilir niteliktedir.

## 5. Mevsimsiz Davanın Dava Edilebilirlik ve Beklenen Haklar Bakımından Değerlendirilmesi

Mevsimsiz dava; “*alacağın henüz vadesinin gelmediği veya henüz talep edilebilme aşamasına gelmediği*” durumu ifade etmektedir. Bu noktada öğretilerde<sup>79</sup> “*dava edilebilirlik*” olarak ifade edilen konunun, mevsimsiz dava bakımından dikkate alınıp alınmayacağı da değerlendirilmelidir. Dava edilebilirlik, talebin maddî hukuk bakımından mevcut olması; ancak mahkeme önüne taşınamaması olarak ifade edilebilir. Dava edilebilirlik durumunda talebin mahkeme yoluyla elde edilmesi mümkün değildir, zira bu durumda tarafın hukukî korunma, himaye hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. Yani bir hak ve talep maddî hukuk bakımından mevcut olup bunun mahkeme önüne getirilmesi, bu yolla korunmasında meşru bir zemin bulunmamaktadır. Talebin maddî hukuk bakımından mevcut olmaması ile dava edilebilirlik kavramı birbirinden farklıdır. Çünkü, dava konusu talebin maddî hukuk bakımından var olmaması halinde dava esastan; dava edilebilir nitelikte değilse usûlden red kararı verilecektir<sup>80</sup>.

Öğretilerde, Alman hukukunda dava edilebilirliğin dava şartı olarak kabul edildiği, ancak Türk hukukunda durumun tartışmalı olduğu ifade edilmektedir<sup>81</sup>. *Özkaya Ferendeci*, olması gereken hukuk bakımından dava edilebilirliğin dava şartı olarak düzenlenmesi gerektiğini, dava edilebilirlik şartının olmadığı durumda davanın usûlden reddedileceği ve bu şartın sonradan tamamlanması halinde davanın yeniden açılacağını belirtmektedir<sup>82</sup>. Dava şartı olup olmama, davanın usûlden mi esastan mı reddedileceği soruları, mevsimsiz dava ile dava edilebilirlik kavramlarının birbirine yaklaştırmaktadır. Dava edilebilirlik halinde talebin maddî hukuk bakımından mevcut olması; ancak mahkeme önüne taşınamaması söz konusudur. Mevsimsiz davada da aslında maddî hukuk bakımından bir hak mevcuttur, ancak alacağın henüz vadesi gelmemiştir, henüz şart gerçekleşmemiştir ve beklenilmesi gereken süre henüz tamamlanmamıştır. Mevsimsiz davada şartın gerçekleşmesi,

<sup>79</sup> Dava edilebilirlik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, ‘Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış’ (2010) 16 (1-2) MÜHF-HAD 233, 233 vd.

<sup>80</sup> Özkaya-Ferendeci, Dava Edilebilirlik (n 79) 233-234.

<sup>81</sup> ibid 238.

<sup>82</sup> Özkaya-Ferendeci, Dava Edilebilirlik (n 79) 239.

vadenin gelmesi gibi durumlarda dava yeniden açılabilir. Dava edilebilirlik halinde de<sup>83</sup>, usûlden reddedilen dava engelin kalkmasından itibaren yeniden açılabilir. Mevsimsiz dava ve dava edilebilirlik, talebin mahkemeye taşınmaması ve davanın şimdilik reddedilmesi noktasında benzeşmekte, birleşmektedir. Ancak mevsimsiz dava ve dava edilebilirlik kavramlarının dava şartı ile açıklanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Beklenen hak<sup>84</sup> kavramı<sup>85</sup>, Türk ve İsviçre hukukunda kanun hükmüyle tanımlanmamıştır. Alman hukukundan çokça tartışılan ve değerlendirilen bu kavram, kanunî bir tanıma sahip değildir. Beklenen hakların birbirinden farklı özellikler taşıması nedeniyle bütün hak türlerini kapsayan ayrıntılı bir tanım yapılmamış, hakların genel çerçevesi çizilmiştir. Öğretide “*hakkın iktisabı için gerekli olgulardan bazıları gerçekleşmiş olmakla birlikte kurucu nitelik taşıyan son bir unsurun hala eksik olduğu, ancak bu unsurun gerçekleşmesinin hakkı devreden veya üçüncü bir şahsın iradesine değil, hakkı iktisap edecek şahsın iradesine veya belirli bir sürenin geçmesi şartına tabi olduğu durumlarda*” beklenen haklardan söz edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>86</sup>.

*Nomer*, beklenen hakları Türk hukukunda şarta bağlı işlemler ve vadeye bağlı işlemler bakımından değerlendirmiştir<sup>87</sup>. *Buz*, Türk ve İsviçre hukukunda beklenen hak olarak, şarta bağlı hukukî işlemler ve fevkalade ikâme halinin bulunduğu ve beklenen hak sahibinin menfaatlerinin de açıkça korunduğu için hukukî sorunla karşılaşmadığını ifade etmektedir<sup>88</sup>. *Budak ve Yağcı*, beklenen haklar bakımından eda veya inşâî dava açılmayacağını; bu hakların genellikle ihtiyatî haciz ve ihtiyatî tedbir gibi geçici hukukî koruma önlemleri ve tespit davası ile korunabileceğini belirtmektedir<sup>89</sup>.

Şarta, vadeye veya belirli süreye bağlı alacaklar için maddî hukukta yapılan tanımlama ve değerlendirmeler yargılama hukuku bakımından da geçerlidir. Yargılama hukuku bu konuda ayrı bir değerlendirme yapmamaktadır, niteliği de buna izin vermemektedir. Bu nedenle mevsimsiz davaların bir kısmını beklenen haklar oluşturmaktadır. Maddî hukukta da beklenen haklar bakımından kural olarak dava açılmayacağı ifade edilmektedir. Medenî yargılama hukuku bakımından beklenen haklara dayanılarak dava açılması halinde, bu durumun re’sen mi dikkate alınacağı veya davanın reddinin usûle mi esasa mı ilişkin olacağını tespit edilmesi gerekir.

<sup>83</sup> ibid 235.

<sup>84</sup> Beklenen haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Haluk N. Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları* (Seçkin Yayıncılık 2002) 9 vd; Ozanemre-Yayla (n 42) 146-155.

<sup>85</sup> Beklenen hak kavramına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz Ozanemre-Yayla (n 42) 146-153.

<sup>86</sup> *Buz* (63) 115.

<sup>87</sup> *Nomer* (84) 86 vd.

<sup>88</sup> *Buz* (63) 122.

<sup>89</sup> *Budak/Yağcı* (n 3) 26.

Yargılama hukuku bakımından şarta veya vadeye bağlı alacak için eda veya inşaî dava açılması halinde davanın hukukî yarar yokluğu nedeniyle usûlden değil, şartın gerçekleşmemesi veya vadenin gelmemesi nedeniyle usûlden şimdilik reddedilmesi gerekir.

## 6. Mevsimsiz Davanın Bekletici Sorun Bakımından Değerlendirilmesi

Mevsimsiz dava bakımından cevaplanması gereken bir soru da, mevsimsiz davanın bekletici sorun yapılmasının mümkün olup olmadığıdır. *Budak ve Yağcı*, “davacıya dava açma vaktinin henüz gelmemesinin sebebini teşkil eden eksikliği gidermesi için süre vermesi ve hatta eksikliğin giderilmesi işini bekletici sorun yapılmasının” mümkün olduğunu ifade etmektedir. Mirasçılar arasındaki mecburî dava arkadaşlığında davalılardan birinin dava açılmadan önce ölmesi halinde, davacıya sulh hukuk mahkemesine başvurarak mirasçılık belgesi alma hususunda yetki verilmesi ve bu gerekliliğin yerine getirilmesine kadar davanın ertelenmesi, benzer bekletici sorun olarak gösterilmiştir<sup>90</sup>.

Yargı kararlarında da mevsimsiz dava ve bekletici sorun Rekabet Kurulu kararları bakımından değerlendirilmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 58. maddesi uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için Kanunun 4, 6, 7. maddelerinin ihlâl edildiğinin tespit edilmesinin gerekmektedir. İlk derece mahkemesi, karar tarihi itibarıyla Rekabet Kurulu kararının kesinleşmediği, davanın zamansız açıldığı gerekçesiyle, dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmiştir. Ancak Yargıtay, “...*Rekabet Kurulu Kararı’nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Davacı, işbu dava açılmadan önce 23.11.2010 tarihinde Rekabet Kurulu’na başvurduğuna göre Rekabet Kurulu’nun davalının hakim durumu kötüye kullandığına dair başvuru ile ilgili yapacağı işlem sonucunun işbu dava için bekletici mesele yapılması gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilerek, Rekabet Kurulu Kararı’na konu itirazın sonucu beklenerek, neticesine göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...*” ifadesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur<sup>91</sup>. Ancak Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi benzer olayda “...*Görüldüğü üzere; davacı tarafından rekabet Kuruluna yapılan bir başvuru olmadığı, 4054 sayılı Kanun’un yetkili kıldığı Rekabet Kurulu kararının kesinleşmesinin “dava açılması için” bir ön koşul olarak kabul edilmesi gerektiği, davanın açıldığı tarih itibarıyla henüz bir uygulanabilir ve kesinleşen bir karar olmadığı, karar tarihi itibarıyla Rekabet Kurulu kararının kesinleşmediği, Danıştay incelemesinin devam ettiği, dosya istinaf aşamasında iken Danıştay Onüçüncü Dairesi’nin 21/05/2019*

<sup>90</sup> Budak/Yağcı (n 3) 29.

<sup>91</sup> Yargıtay 11 HD, 5134/2543, 08.03.2016 (Lexpera).

tarikh ve E:2016/4336, K:2019/1787 sayılı kararı ile Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 05/12/2014 tarih ve E:2013/1257, K:2014/1394 sayılı kararının 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesi uyarınca bozulmasına, yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan Mahkeme'ye gönderilmesine karar verildiği ve zamansız açılmış dava bulunduğu" şeklinde düzeltilerek 6100 Sayılı HMK'nın 114/2 maddesi delaletiyle 115/2 maddesi gereğince davanın dava şartı noksanlığı nedeniyle usulden reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." zamansız davanın bulunması nedeniyle usulden red kararı vermiştir<sup>92</sup>.

Adana Bölge Adliye Mahkemesi, özel dava şartı ve mevsimsiz dava kavramları hukuka aykırı biçimde yorumlamıştır. Mahkeme, Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak değerlendirmiş ve Kurul kararı olmadan açılan davayı da mevsimsiz olarak nitelendirmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 58. maddesi uyarınca tazminata hükmedilebilmesi için Kanunun 4, 6, 7. maddelerinin ihlâl edildiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesi, tazminat davasının açılması için ön şart veya özel dava şartı olarak kabul edilmemiştir. Ayrıca bu durum özel dava şartı olarak kabul edilse dahi, daha önce de ifade ettiğimiz gibi her özel dava şartı mevsimsiz dava olarak nitelendirilemez. Somut olay bakımından, mevsimsiz dava ve özel dava şartı bulunmamaktadır; niteliği gereği Rekabet Kurulu Kararı'nın bekletici sorun yapılması gerekmektedir.

Bekletici sorun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesinde "Bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemece o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir" şeklinde düzenlenmiştir<sup>93</sup>. Bekletici sorun yapılacak husus, yargılamayı yürüten mahkemenin görev alanına girmeyen bir ön sorun niteliğindedir.

Henüz talep hakkının doğmadığı ve uyuşmazlığın esası hakkında tam anlamıyla karar verme aşamasına gelinmediği durumlarda, esasen dava veya idarî makamın tespiti de çok anlamlı olmayacaktır. Çünkü, ortada karar verilmeye müsait bir talep bulunmamaktadır. Henüz karar verilmeyecek bir konuda başka mahkemenin veya mercinin kararının beklenmesi de mantıkî ve hukukî olmayacaktır. Mevsimsiz dava bakımından, uyuşmazlığı çözecek ve karar verecek merci kural olarak, mevsimsiz davanın açıldığı mahkemedir. Önce bu sorunun halledilmesi gerekli ve zorunludur. Deyim yerindeyse bu konu yargılamayı yapan mahkeme bakımından öncelikle

<sup>92</sup> Adana 9 BAM, 1782/24, 16.01.2020 (Lexpera). Ancak kararın karşı oy yazısı "Rekabet Kurulu Kararı'nın kesinleşmesinin tazminat davasının açılması için ön şart olarak kabul edilmesi mümkün olmayıp, Rekabet Kurulu kararına karşı idari yargıda devam eden dava sürecinin işbu dava için bekletici mesele yapılması gerekmekte olup, bu sebeple ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşlerine katılmamaktayım" 11. Hukuk Dairesi'nin görüşü ile paralel niteliktedir.

<sup>93</sup> Hakan Pekcanitez, 'Bekletici Sorun' (1980) 1 EÜHFD 249, 252; İbrahim Aşık, *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun* (Seçkin Yayıncılık 2012) 28; Muhammet Özekes, *Pekcanitez Usul C II* (15. Bastı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 1403 vd.

kendisi tarafından çözümü gereken bir ön sorundur (HMK m 164). Bu ön sorunu çözmeden bekletici soruna karar vermek anlamlı da doğru da olmayacaktır. Bekletici sorun yapılacak olsa dahi, daha sonra yine bu ön sorun hakkında karar verilmesi gerekirse o zaman gereksiz bir bekletici sorun kararı verilmiş olacaktır. Bu sebeple, mevsimsiz davanın her durumda bekletici sorunla açıklanması veya bu çerçevede ele alınması mümkün değildir.

## 7. Mevsimsiz Davanın Önleyici-Koruyucu Dava Bakımından Değerlendirilmesi

Önleyici-koruyucu davalar, Türk hukukunda kavram olarak düzenlenmemekle birlikte, çeşitli maddelerde buna işaret edilmektedir (TMK m 25; TMK m 730; TBK m 150/II). Bu davalar, kişinin içinde bulunduğu hukukî durumda kaygı, güvensizlik veya endişe duyulan hallerde açılacak davalardır. Bu davanın amacı, gelecekte doğma ihtimali olan uyuşmazlıkları çözmektir; bu dava genel olarak, muhtemel ancak gelecekte doğması kesin bir menfaate dayanarak açılmaktadır. Önleyici-koruyucu davalara tipik örnek olarak uygulamadaki ifadeleri ile tahrik davası, sorgu davası ve duruma göre tespit davası gösterilebilir<sup>94</sup>.

*Budak/Yağcı*, mevsimsiz davayla ilgili olarak önleyici-koruyucu davaya da değinmekle birlikte, mevsimsiz davayla ilişkisi bakımından ayrıca bir nitelendirme yapmamışlardır<sup>95</sup>. Önleyici-koruyucu davaların temelinde gelecekte doğma ihtimali olan uyuşmazlıklar yatmakta ve bu davalarda gelecekte doğması kesin bir menfaat yer almaktadır. Mevsimsiz davaların temelinde ise, talep hakkı veya talep edilebilirliğinin henüz doğmaması söz konusudur. Mevsimsiz davayı hukukî yarar kavramı ile değil maddî hukuk bakımından talep hakkı veya talep edilebilirlikle açıkladığımız için kanaatimizce mevsimsiz dava ile önleyici-koruyucu dava arasında da doğrudan bir ilişki kurulması zordur.

Kanımızca mevsimsiz dava “*öne alınmış sözleşmeye aykırılık*” kavramı ile daha ilişkilidir. Borçlunun muacceliyet öncesi, borcunu ifa etmeyeceği veya ifa edemeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmesi veya borçlunun davranışlarından borca aykırı davranacağının anlaşılması halinde “*öne alınmış sözleşmeye aykırılık*” kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda alacaklı, vade tarihinden önce talep hakkına sahip olabilecektir, gerekirse hakkını korumak için dava da açabilecektir. Bu durumda ise şartlarının gerçekleşmesine göre eda, tespit veya inşâî dava ortaya çıkabilecektir<sup>96</sup>. Şayet bu şartlar gerçekleşirse, aslında henüz zamanı gelmeyen, mevsimsiz dava

<sup>94</sup> Hanağası (n 58) 40 vd.

<sup>95</sup> Budak/Yağcı (n 3) 32-33.

<sup>96</sup> Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Yasemin Kabaklıoğlu-Arslanyürek, ‘Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması’ (2019) 14 (175-176) BÜHFD 887, 887 vd; Gülşah Vardar-Hamamcıoğlu, ‘Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı’ (2018) 13 (169-170) BÜHFD 203-256, 203 vd.

niteliğindeki talep dava konusu olabilecek nitelik de kazanmış demektir. Böyle bir durumda ise artık mevsimsizlik söz konusu olmayacaktır. Deyim yerindeyse erken olgunlaşma mevsimsizliği bertaraf edici niteliktedir.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 257 ilâ 259. paragraflarında istisnâ olarak gelecekteki edimlerin ifası için dava açılmasına imkân tanınmaktadır. 257. paragrafın kenar başlığı “gelecekteki para borçlarının ödenmesi ve tahliye”dir ve sadece para alacaklarına yöneliktir<sup>97</sup>. 258. paragraf ise, “dönemsel edimlerin ifası için dava” kenar başlığını taşımaktadır. Burada dava konusu alacak mutlaka para alacağı olmak zorunda değildir; ancak tekrar eden edimlerin aynı hukukî ilişki dolayısıyla ifası gereken edimler olması gerekmektedir. 257 ve 258. paragraflar özel iki duruma ilişkin olmasına rağmen, 259. paragraf genel bir düzenleme niteliğindedir<sup>98</sup>. İlgili hükümlere yönelik şartlar oluşmadan dava açılması halinde, davanın usûlî bir kararla reddedileceği belirtilmektedir<sup>99</sup>. İfanın vaktinde yapılmayacağı endişesinin bulunduğu hallerde eda davası” kenar başlıklı 259. paragraf şartların mevcudiyeti halinde gelecekteki bir edim için dava açılmasına imkân tanınmıştır.

Öğretide ilgili hükümlerin istisnâ nitelikte olduğu ve ilgili hükümlerin gelecekteki belirsiz iddialara yönelik olmadığı vurgulanmaktadır<sup>100</sup>. Bu maddenin sadece vadesi gelmemiş talepleri kapsamadığı, aynı zamanda bir değerlendirmeye veya şarta bağlı talepler bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>101</sup>. Öğretide ilgili hükümlerin uygulamasının da fazla olmadığı, zira kararın icrası için vade tarihinin beklenmesi gerektiği vurgulanmaktadır<sup>102</sup>. *Budak/Yağcı*, gelecekteki edimlerin ifasına yönelik düzenlemelerin Türk hukuku bakımından örnek olamayacağını, bu hükümlerin düzenlenmesindeki amacın, tespit davası ile de sağlanabileceğini belirtmektedir<sup>103</sup>.

Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 259. maddesi hükmü ile “*öne alınmış sözleşmeye aykırılık*” kavramı birbirine benzetilebilir. Öne alınmış sözleşmeye aykırılık kavramı, borçlunun muacceliyet öncesi, borcunu ifa etmeyeceği veya ifa edemeyeceğini alacaklıya açıkça bildirmesi veya borçlunun davranışlarından borca aykırı davranacağını anlaşılmaması halinde ortaya çıkmaktadır<sup>104</sup>. Öne alınmış sözleşmeye aykırılık halinde açılacak dava, kanun koyucunun açık düzenlemesi gereğince reddedilemeyecektir.

<sup>97</sup> Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz Musielak und Voit (n 69) Rn 1-8.

<sup>98</sup> Matthias Arz, ‘Klagen auf künftige Leistung gem §§ 257–259 ZPO’ (2021) JuS 745, 746.

<sup>99</sup> Musielak und Voit (n 69) Rn 6.

<sup>100</sup> Arz (n 98) 747.

<sup>101</sup> ibid 746.

<sup>102</sup> Arz (n 98) 747; Henssler (n 67) 139.

<sup>103</sup> Budak/Yağcı (n 3) 31-32.

<sup>104</sup> Kabaklıoğlu-Arsılyürek (n 96) 887 vd; Vardar-Hamamcıoğlu (n 96) 203 vd.

## 8. Mevsimsiz Davanın Kesin Hüküm Etkisi Bakımından Değerlendirilmesi ve “Şimdilik Red Kararı”

### a. Genel Olarak Mevsimsiz Davada Kesin Hüküm Etkisi

Mevsimsiz dava, dava türleri bakımından eda, tespit veya inşâî dava şeklinde açılabilir. Mevsimsiz olduğu iddia edilen davanın kabulü halinde, deyim yerindeyse davanın mevsimsiz olmadığı kabul edilmekte ve eda, tespit ya da inşâî bir karar verilmektedir. Bu sebeple davanın kabulü halinde nasıl karar verileceği ve kararın etkisinin özel bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerekli değildir. Ancak, tespit davaları dışında, eda veya inşâî davanın reddi halinde de verilen hüküm genel anlamda bir tespit hükmüdür. Bu noktada mevsimsiz dava iddiasının kabulü ve davanın reddi halinde, verilecek hükmün niteliğinin belirlenmesi gerekir. Zira dava “mevsimsiz” olduğunun tespiti sonucu reddedilirse, kararın nasıl verileceği ve bu kararın kesinleşmesi halindeki kararın etkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin 10.000 Türk liralık bir alacak davasının mevsimsiz olması nedeniyle reddedilmesi halinde, bu karar alacağın olmadığına dair bir tespit hükmü niteliğinde midir? Verilecek kararın kesin hüküm etkisi nasıl ve hangi kapsamda olacaktır?

Kanımızca, mevsimsiz davanın reddi kararı, sadece alacağın henüz talep edilemez olduğunun tespiti niteliğindedir ve bu kapsamda bir etkiye sahiptir. Mevsimsiz davada, asıl alacağın varlığı veya yokluğu değerlendirilmemiş, sadece talep edilme hakkı henüz doğmamış bir alacak bakımından henüz bir karar verilmemiştir. Unutmamak gerekir ki, kesin hüküm kural olarak ancak tarafları (veya duruma göre halefleri hakkında) talep edilen şey hakkında ve karara bağlanmış konuda etkiye sahiptir (HMK m 303). Ancak burada da, yukarıda üzerinde durduğumuz üzere uygulamada mevsimsiz davanın içinde sayılan bazı özel dava şartının bulunduğu durumları ayırık tutmak gerekir. Çünkü, buralarda mevsimsiz davaya yakın durumlar varsa da, bunlar kanun veya işin niteliği gereği bir dava şartı oluşturduklarından, bunlar için ayrı bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Bu tür durumlarda dava şartı bulunmadığından davanın reddi kararı verilmesi söz konusu olacaktır. Bunun dışındaki durumlarda ise mevsimsiz davanın reddinin nasıl bir karar olduğu, sonucu ve etkisi ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur.

Kararın kesinleşmesiyle ortaya çıkan kesin hükmün, dar ve geniş olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda kesin hüküm, kararın sadece maddî anlamda kesinleşmesini ifade etmektedir. Geniş anlamda kesin hüküm ise, hükmün maddî ve şeklî anlamda kesinleşmesidir. Şeklî anlamda kesinlik iki durumda söz konusu olur. Bunlardan ilki ilk derece mahkemesi kararına karşı kanun yoluna başvuru imkânı bulunmaması ve kararın verildiği anda kesin hüküm halini almasıdır. Diğer durum ise, karara karşı kanun yoluna başvuru imkânı bulunmasına rağmen süresi içinde kanun yoluna başvurulmamış veya kanun yoluna başvurulmuş ve bu başvuru üzerine

verilen karara karşı başvurulabilecek bir kanun yolu kalmamış olması halleridir. Maddî anlamda kesin hüküm ile ifade edilense, hükmün olağan kanun yollarına başvurularak değiştirilememesi, daha sonra dava edilememesi ve daha sonraki davalarda bağlayıcı olmasıdır<sup>105</sup>. Davanın mevsimsiz olması sebebiyle reddi halinde ortaya çıkan kesinlik, alacak hakkının henüz doğmadığının tespitine ilişkindir. Bu nedenle, bu hüküm alacak hakkının doğması halinde açılacak dava bakımından kesin hüküm oluşturmaz ve bu konuda (HMK m 114/1-i) dava şartı olarak ileri sürülemez.

Mevsimsiz dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesi, talep edilebilmesi, vadenin dolması veya ilgili sürenin tamamlanması halinde mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiği ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konuda *Budak/Yağcı*, mevsimsiz açılmış davanın derdest olduğu sırada davanın vaktinin gelmesi halinde, hukukî yararın sonradan tamamlanabildiğini ve davanın görülmeye devam edilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>106</sup>. Yukarıda farklı yerlerde mevsimsiz davaya ilişkin konuların hukukî yarar kapsamında değerlendirmedığımızı ifade etmiştik. Bu sebeple konuya buradan çözüm üretilemeyeceğini düşünüyoruz.

Mevsimsiz davayı usulî değil, çıkış noktası olarak maddî hukuk kavramlarından hareketle değerlendirdiğimiz için, dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesi, vadenin gelmesi veya sürenin dolmasının, yeni vakıa ve yeni durum olarak kabulü gerekmektedir. Bu nedenle dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesi, vadenin gelmesi veya sürenin dolması gibi vakıalar iddia ve savunmanın değiştirilmesi yasağına tâbi olmadan kural olarak, taraflarca ileri sürülebilecektir. Dava açıldığı sırada mevsimsiz dava olarak nitelendirilecek bir talep, dava devam ederken vadenin gelmesi veya şartın gerçekleşmesi halinde normal bir eda, tespit yahut inşâi davaya dönüşebilecektir<sup>107</sup>. Burada davacının bu şekilde dava açmasında bir kusuru olup olmamasına, yargılamada gereksiz işlemler yapıp yapılmamasına göre ayrıca değerlendirme yapılabilir, gerekirse yargılama giderleri ve diğer başka sonuçlar ortaya çıkabilir; ancak böyle bir durumda davanın reddi ve yeniden açılması söz konusu olmayacaktır.

Burada akla gelebilecek bir soru şarta, vadeye veya belirli bir süreye bağlanmış davaların mevsimsiz olması nedeniyle reddedileceği dikkate alınarak menfî tespit davası açılması düşünülebilir mi<sup>108</sup>? *Hanağası*, henüz vadesi gelmemiş veya şarta bağlı alacaklar bakımından borçlunun menfî tespit davası açmakta hukukî yararı

<sup>105</sup> Kesin hükmün kavramı için bkz Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha Yayıncılık 2009) 3 vd; Ahmet Cahit İyilikli, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin Yayıncılık 2016) 40 vd.

<sup>106</sup> Budak/Yağcı (n 3) 42.

<sup>107</sup> Pekcanitez (n 1) 968-969.

<sup>108</sup> Tespit davalarna ilişkin bkz Baki Kuru ve Ali Cem Budak, *Tespit Davaları* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2010) 41 vd.



bulduğunu ifade emektedir<sup>109</sup>. *Budak/Yağcı*<sup>110</sup> ile *Üstündağ*<sup>111</sup> uyuşmazlık konusu hakkın hemen tespitinde menfaat varsa, tespit davasının açılması ve esastan hükme bağlanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

Kanımızca mevsimsiz davanın varlığı halinde şartları varsa tespit davası açılabilir. Bilindiği üzere, tespit davasının açılabilmesi için davacının bir hakkı veya hukukî durumu güncel ve ciddi bir tehlike ile tehdit edilmesi<sup>112</sup> gerekir. Şayet gerçekten bu konuda güncel ve ciddi bir tehlike varsa, örneğin henüz şartları oluşmadan taraflardan biri diğerinden talepte bulunuyor ve hukukî yollara başvuruyorsa ayrıca dava açıldığında bu hususu basit bir savunma yaparak hakkını korumak mümkün görünmüyorsa, önceden tespit davası açılması mümkün olabilir. Ancak, böyle bir durumdan söz edilemiyorsa, dava tarihinde henüz tescilli bir marka bulunmadan, marka terkinin için açılan dava veya henüz ruhsatlandırma aşamasındaki ilaç için patent hakkına tecavüz bakımından menfi tespit davası açılmayabilir. Somut olaya göre değerlendirme yapılması söz konusudur.

Burada duruma göre her iki tarafın da kendileri açısından geçici hukukî koruma yoluna başvurması düşünülebilirse de, bu konuda da çok titiz bir değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü, para alacakları için bir geçici hukukî koruma niteliğinde olan ihtiyatî haciz bakımından kanun koyucu ancak belirli ve sınırlı şartların varlığı halinde vadesi gelmemiş alacak için de ihtiyatî haciz talep edilebileceğini öngörmüştür (İİK m 257/II). İhtiyatî tedbirler bakımından ise şarta veya vadeye bağlanmış alacaklar için kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, talep hakkı doğması da hukukî ilişkinin varlığına dayanarak geçici hukukî korumaya başvurulabileceği; ancak bu durumun istisnai nitelikte olduğu ve Kanunla açıkça düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>113</sup>. Ayrıca şarta veya vadeye bağlanmış alacak ile müstakbel alacaklar<sup>114</sup> bakımından eda etkisi gösteren ihtiyatî tedbirin de talep edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>115</sup>.

### ***b. Mevsimsiz Davada “Şimdilik Red” Kararı ve Etkisi***

Davanın “mevsimsiz” olması sebebiyle reddi halinde bunun bir tespit hükmü olduğu, kararın etkisinin de talebin ancak “mevsimsiz” olması, maddî hukuk bakımından henüz şartların oluşmaması veya vadenin gelmemesi, muacceliyetin

<sup>109</sup> Hanağası (n 58) 237.

<sup>110</sup> Budak/Yağcı (n 3) 26.

<sup>111</sup> Üstündağ (n 1) 84.

<sup>112</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası (n 22) 317-318; Atalı/Ermeneç/Erdoğan (n 1) 329; Hanağası (n 58) 249; Kuru/Budak (n 108) 80-160; Pekcanitez (n 1) 976-983.

<sup>113</sup> Erişir (n 17) 185-188.

<sup>114</sup> Maddî hukuk bakımından bu kavram, henüz doğmamış ancak doğacağı kesin olan alacakları ifade etmektedir. Kira sözleşmesi yapılmasından sonra henüz taşınmaz kullanılmaya başlanmamış ancak oturulacak aylara ilişkin kira alacağı müstakbel alacaklara örnek gösterilebilir.

<sup>115</sup> Şarta veya vadeye bağlanmış alacaklar ile müstakbel alacakların durumuna ilişkin bkz Erişir (n 17) 185-188.

gerçekleşmemesi noktasında ortaya çıkacağını ve bununla sınırlı kalacağını belirtmiştik. Yani, aslında bu red kararının kesin hüküm etkisi, “henüz” talep edilebilir olmama noktasındadır ve şu andaki duruma göre hakkın bulunmadığı, daha doğrusu dava edilemeyeceğine ilişkidir. Bu karar ve kesin hüküm, hakkın hiç bulunmadığı, mevcut olmadığı veya hiçbir şekilde talep edilemeyeceği hakkında değildir. Kesin hükmü bu çerçevede anlamak ve değerlendirmek zorunludur. Hakkın hiç mevcut olmaması, ortadan kalkması, talep edilememesi, talep hakkına engel olan durumların bulunması başka şeydir; hak mevcut olmakla birlikte şu anda talep edilememesi, talep şartlarının olgunlaşmaması, talep zamanının gelmemesi başka şeydir. Birincisinde yapılacak tespit hakkın bizatihi kendisiyle ilgilidir ve istikbale matuf da tekrar talep edilmesini mümkün kılmaz. Ancak ikinci tespit hakkın varlığı ve yokluğunu değil, şu anda talebinin mümkün olmadığı belirtmektedir. Bu açıdan hakkın kendisiyle veya istikbalde de talep edilmesiyle ilgili bir sonuca varılamaz. Fakat bu durumda karar nasıl verilmeli, içeriği ne olmalı, karar usule mi esasa mı ilişkin olmalı ve etkisi ne şekilde gerçekleşmelidir sorularına cevap verilmelidir.

Bu konuda özellikle Alman hukukunda, gelecekteki bir edimin ifası için dava açılması halinde dava, “şu an için” veya “şimdilik” reddedilmektedir<sup>116</sup>. Bu durumu, “şimdilik red kararı” ve “şimdilik kesin hüküm etkisi” olarak ifade edebiliriz. Henüz olgunlaşmamış, şartları oluşmamış, vadesi gelmemiş, gelecekteki bir edimin ifasının talep edilmesi halinde, davacının özünde bir hakkı vardır, ancak talebi henüz korunabilir, tanınabilir, kabul edilebilir nitelikte değildir; davacının talebin şartları oluşuncaya, vade gelinceye, muacceliyet gerçekleşinceye kadar beklemesi gerekmektedir. Yani, burada talebin nihaî ve kesin olarak reddi söz konusu olmayacaktır<sup>117</sup>.

Bu çerçevede özellikle şarta veya vadeye bağlı alacaklar bakımından, şart gerçekleşmeden veya vadeden önce dava açılması halinde, davanın şimdilik reddedilmesi mümkündür. Şayet -özel dava şartı olan hususlar gibi- başkaca bir karar verilmesi veya red kararı oluşturulması zorunlu değilse, mevsimsiz dava olarak nitelendirilen davada, çoğunlukla “şimdilik red kararı”nın ihtiyacı karşılayacağı kanaatindeyiz. Çünkü, öncelikle böyle bir karar nihaî ve istikbale matuf bağlayıcı olmayacak, o ana ve o şartlara özgü bir kesinlik taşıyacaktır. İleride şartları oluştuğunda dava açılabilir ve mevcut karar, kesin hükmün diğer farklı etkilerini taşısa da (unsur, vakıa, kesin delil), doğrudan kesin hüküm etkisi oluşturmayacak, ileride şartları gerçekleşen davanın incelenmesine engel olmayacaktır.

Bu noktada verilen “şimdilik red kararı”nın nasıl bir karar olduğu üzerinde de durmakta yarar vardır. Bu kararın usûlî bir karar mı, yoksa esasa ilişkin bir karar

<sup>116</sup> Gelecekteki edimlerin ifasına yönelik tespit davası için bkz Arz (n 98) 747-748.

<sup>117</sup> Arz (n 98) 745; Musielak und Voit (n 69) Rn 1. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz Christian Kappel, *Die Klageabweisung zur Zeit* (Dunker&Humblot 1998), 11 vd.

mı olduğu sonuçları bakımından önemlidir. Burada ortaya konulacak çözümün, uygulamadaki endişeleri giderecek ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na yansıyan ihtiyacı da karşılayabilecek nitelikte olması gerekir. Bu noktada “şimdilik red” kararının, hukukumuz bakımından kendine özgü bir *usûlî nihaî karar* oluşturduğunu düşünüyoruz. Sorunun aslında maddî hukukla bağlantılı olduğu, böyle bir durumda buna usûlî bir karar demenin çelişkili olabileceği eleştirisi yapılabilir. Bu kararın temelinde maddî hukuk değerlendirmesi olsa da, usûlî kararların önemli bir kısmında zaten maddî hukuk değerlendirmesi yapıldığı, yapılmak zorunda olduğu göz ardı edilmemelidir. Örneğin, görev ve yetki ilişkisinde, taraf ve dava ehliyetinde, dava takip yetkisinde maddî hukukla doğrudan bağlantılı bir değerlendirme yapılmaktadır. Usûlî red kararı olması sebebiyle de gerek diğer yargılama giderleri gerekse vekâlet ücreti bakımından da İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki endişeleri giderici niteliktedir.

Şimdilik red kararının, adeta her kapıyı açan kilit gibi kullanılan, artık neredeyse bir başka çözüm üretilmediğinden ilk akla gelen, nitekim İçtihadı Birleştirme Kararında da esas alınan hukukî yarar kavramından daha isabetli ve daha teknik bir çözüm olduğunu söyleyebiliriz. Nasıl ki, genel bir kural olan dürüstlük kuralını her davada çözüme esas almak kötü bir hukukçuluk örneği ise, hukukî yararı da usûlî her konuda bu şekilde değerlendirmek aynı niteliktedir. Çünkü, aslında her usûlî mesele, neredeyse doğrudan veya dolaylı hukukî korunma ihtiyacı ve bu bağlamda yararlar ilgilidir. Daha özel nitelendirme yapılabilirken, daha somut ve sorunsuz çözümler mümkünken, çok genel bir kavram ve dava şartı olan hukukî yarara müracaat etmek, bir süre sonra başkaca çözüm aramaya dahi gerek kalmayacak kolaycılığa itecektir.

Şayet çözüm üretilmeyen her konuda hukukî yarardan hareket edilirse, hukukî yarar bir süre sonra, aslında ciddî bir dayanağı olmayan usûlî müktesep hakkın akıbetine uğrayacaktır. Önce sınırlı bir konuda kabul edilen -ki o noktada da eleştirilerimiz mevcuttur- usûlî müktesep hak zamanla genişletilmiş, ancak daha sonra neredeyse yirmiye yakın istisnası kabul edilmiştir. Hatta kendisi kamu düzeninden sayılan usûlî müktesep hakkın istisnalarından biri de, yine kamu düzenine ilişkin diğer hususlar kabul edilmektedir. Bunun kendi içinde açıklanamaz çelişkisi yanında, mantıkî ve hukukî izahının olmadığı açıktır<sup>118</sup>. Benzer durum gittikçe hukukî yararda karşımıza çıkmakta, çözüm üretilmeyen her usûlî konu, hukukî yarar kapsamında değerlendirilmektedir. Bunun ise farklı sakıncaları, bu çalışmada en azından mevsimsiz dava bakımından ortaya konulmuştur.

Karar türleri ve hüküm, kanunda genel olarak belirtilmekle birlikte bunların neler olduğu tek tek sayılmamıştır. Kanunda genel anlamda usûle ve esasa ilişkin nihaî

<sup>118</sup> Usûlî müktesep hakla ilgili eleştiriler için bkz Murat Atal, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Yetkin Yayınları 2014) 47 vd; Muhammet Özkes, *Pekcanitez Usûl C III* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) 2190-2191; Pekcanitez/Atalay/Özkes (n 1) 551, Kn 2190.

kararlardan söz edilmiştir (HMK m 294)<sup>119</sup>. Karar türleri kategorik olarak usûl ve esas bakımından ayrılrsa da, bu hüküm türlerinin sınırlı sayıda olduğu söylenemez. Niteliğine baktığımızda “şimdilik red” kararının aslında daha çok usûlî karakteri olduğu, işin esasını tam olarak çözümlen niteliği bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca, hukukî yarardaki gibi bir maddî hukuk konusunu dava şartı seviyesinde incelemenin sakıncalarını da içinde barındırmamaktadır. Bu açıdan baktığımızda şimdilik red kararının, davanın açılmamış sayılması ile konusuz kalma arasında bir niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Şüphesiz şimdilik red kararı, açılmamış sayılma veya konusuz kalma şeklinde sonuçları içermez. Ancak, bir yandan deyim yerindeyse davanın bu haliyle görülemez olduğunu, şu anda karar verilmesinin gerekmediğini belirterek adeta talebi en başından incelenemez saymak, diğer yandan da içeriğe ilişkin bir tespite ihtiyaç duyulmadığını göstermesi bakımından açılmamış sayılma ve konusuz kalma kararlarına benzer yönleri mevcuttur.

Davanın şimdilik reddi, usûle ilişkin nihai bir karar niteliğinde olup talebin nihai ve kesin olarak reddi söz konusu değildir. Bu nedenle şartın gerçekleşmesi veya vadenin gelmesi halinde dava, kesin hüküm itirazı ile karşılaşılmaksızın yeniden açılabilir. Mevsimsiz davaların şimdilik red kararı ile usûlden reddedilmesi, vekâlet ücretinin maktu mu nispî mi olacağı sorununu da çözüme kavuşturacaktır. Bu şekilde uygulamadaki tereddütler giderildiği gibi, İctihadı Birleştirme Kararı’ndaki ihtiyaç da karşılanmış olacaktır. Ancak bu yapılırken, genel geçer ve aslında içi doldurulmayan gerekçelerle hukukî yarar muğlak şartına dayanmanın sorunlarından kurtulunmuş olacak, bu konuda daha somut ve sonraki davayı açıklamak mümkün hale gelecek, ayrıca yukarıda tek tek değerlendirilen bekletici sorun, dava edilebilirlik, beklenen hak, önleyici dava vs tartışmalarına da çok gerek kalmayacaktır.

Şimdilik red kararının daha genel olarak ele alınması ve incelenmesi gerekli, zorunlu ve yararlıdır. Ancak şimdilik red kararı, ayrı ve bağımsız bir çalışma konusu olacak nitelikte olduğundan, burada ayrıntısına girmiyoruz.

## **9. Mevsimsiz Davanın Takip ve Geçici Hukukî Korumalar Bakımından Değerlendirilmesi**

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, mevsimsiz davadan hareketle, uygulamada *mevsimsiz icra takibinden* de söz edilebilmektedir. Mevsimsiz davanın hukukî bakımdan büyük bir tartışma alanı olması bir yana, mevsimsiz takip daha büyük sorunlara yol açabilecektir. Genellikle bir davada dava şartı olarak (özellikle de genel dava şartı olarak) kabul edilen hususlar, takiplerde de takip şartı olarak kabul görmektedir. Bunun tipik örneği derdestliktir. Zira derdestlik takiplerde daha önceleri bir takibe itiraz konusu iken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun derdestliği genel

<sup>119</sup> Atalı, *Pekcantez Usûl* (n 33) 1967 vd; Boran-Güneysu, (n 33) 89 vd.

dava şartı olarak kabulü ile birlikte (HMK m 14/1-ı), takipte de bunun bir takip şartı olarak dikkate alınması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durum aynı zamanda mükerrer takip olarak da ifade edilmektedir. Takip şartı olan bir hususu ise icra memurunun re'sen dikkate alması gerekecektir<sup>120</sup>.

İçtihadı Birleştirme Kararı ile birlikte muacceliyet, hukukî yarar bağlamında bir dava şartı haline geldiğine ve hukukî yarar da genel bir dava şartı olduğuna göre, bu durum aynı zamanda genel bir takip şartı olarak kabul edilmelidir. 2022 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra artık takipler bakımından da icra memurlarının genel bir takip şartı olarak muacceliyeti re'sen dikkate alması gerekeceği gibi bir takip hukukuyla çok uyumlu olmayan sonuç ortaya çıkmaktadır. Bunun kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte özel bir şikâyet sebebi olması açıkça kabul edilmiştir (İİK m 168/1)<sup>121</sup>. Ancak kambiyo senetlerinde vade senetten zaten anlaşılmaktadır. Bunun dışında özellikle genel haciz yoluyla takipte bu sorun nasıl çözülecektir? 2022 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan esas alınırsa bunun tek yolu, muacceliyetin şikâyet yoluyla icra mahkemesi önüne gelmesi ve bunun incelenmesidir. Lakin burada şikâyet yargılamasına ve icra mahkemesinin incelemesine uymayan bir durum söz konusudur. Açıkça maddî hukuka ilişkin bir konuda icra mahkemesi sınırlı şikâyet yargılamasında inceleme yapıp karar vermek durumunda kalacaktır. Eğer muacceliyet veya mevsimsiz olma, davada hukukî yarar kapsamında dava şartı olarak kabul edilsin, ancak takipte takip şartı saymayalım denilirse o zaman da bu durum çelişki oluşturacaktır.

Bu durumun takip şartı olarak şikâyet yoluyla çözümü değil de, yine itiraz yoluyla ileri sürülmesi gerektiği kabul edilirse, bu sefer de sorun başka şekilde karşımıza çıkacaktır. Takibin mevsimsiz olduğu iddiası, bu durumda borca itiraz niteliğinde sayılacak ve itiraz takibi kendiliğinden durduracaktır (İİK m 66). İtiraz ile duran takibe devam etmek isteyen alacaklının itirazı hükümden düşürebilmek için itirazın iptali davası açması (İİK m 67) veya şartları varsa itirazın kaldırılması yoluna (İİK m 68 vd) başvurması gerekecektir. Bu durumda sınırlı inceleme yetkisi olan icra mahkemesi, velev ki belgeye bağlı olsa dahi, üzerinde farklı tartışmaların gerçekleşebileceği (şart-vade, vadenin uzatılması veya öne çekilmesi vs ve daha farklı diğer tartışmalar) muacceliyeti nasıl inceleyecektir, bir karar verse dahi kesin hüküm oluşturmayan bu karar daha sonra nasıl bir anlam ifade edecektir, bunlar hep ucu açık ve sorun içinde sorun oluşturacak konulardır.

<sup>120</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku* (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022) 101. Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için ayrıca bkz Ayşe Kılınc, *İcra Takibinde Derdestlik* (Yetkin Yayıncılık 2020) 135 vd.

<sup>121</sup> Ayrıca ipotegin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de benzer bir durumdan söz edilebilir. İcra memuru, ibraz edilen akti tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehn edilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri gönderir. (İİK m 149/1). 149 uncu maddede yazılı haller dışındaki muaccel alacaklar için icra memuru, borçluya ve varsa taşınmaz sahibi üçüncü şahsa aşağıdaki kayıtlara uygun olmak üzere 60 ıncı maddeye göre birer ödeme gönderir. (İİK m 149b).

Diğer yandan itirazın iptali davası açılacağı kabul edilirse, takipte bir şart olarak kabul edilmeyen husus, bu davada dava şartı olarak incelenmek durumunda kalınacaktır. Bu çelişki ise ayrı bir sorundur. Keza uygulamamızda itirazın iptali davasının niteliğinin tartışmalı olmasına da bağlı olarak, icra dosyasına ilişkin işlemler tamamlanmadan açılan itirazın iptali davasının bile mevsimsiz olduğu ve esasa girilmeksizin davanın usûlden reddi gerektiği belirtilebilmektedir<sup>122</sup>. İcra takibinde süre verilmesine rağmen bu tarih dikkate alınmadan dava açılması halinde açılan dava da mevsimsiz dava niteliğindedir<sup>123</sup>. Tüm bunlarla salt muaccel olmayan alacak için yapılan takip ve ardından açılan itirazın iptali davası nasıl ayırt edilecek ve yapılacak işlemler nasıl izah edilecektir? Açıkçası bu karışıklık ancak ya orada o olur, ama burada da bu olur mantığıyla yahut öyle ama burada farklı uygulayalım anlayışıyla, hiçbir tutarlı hukukî izahı olmayan, kavram, kurum ve kuraldan kopuk bir sonuca götürecektir. İctihadi Birleştirme Kararı çıkarmak gerçekten çok kapsamlı ve çok yönlü çalışma ve değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bir sorunu çözdüğünü düşünürken çözümsüz yeni sorunlara yol açmaması gerekir.

Bu konuda yukarıda önerdiğimiz “şimdilik red kararı” takipler bakımından da belirttiğimiz bu sakıncaları giderecek niteliktedir. Çünkü, bu durum ve verilen karar dava şartı, dolayısıyla takip şartı niteliğinde olmadığından, takiplerde de icra memuru tarafından re’sen dikkate alınması gereken bir nitelik taşımayacaktır. Şayet böyle bir takip yapılmışsa, borçlu taraf, kanunda (kambiyo senetlerinde olduğu gibi) başkaca açıkça bir düzenleme olmadıkça bunu itiraz olarak ileri sürebilecek, bu durumda da alacaklı takibe devam etmek için ilgili hukukî yollara başvurduğunda yukarıda dava bakımından önerdiğimiz değerlendirmeler geçerli olacaktır.

Konuyla bağlantı içinde yargı kararlarında geçici hukukî koruma bakımından mevsimsiz talebe ilişkin bir karara rastlayamadık<sup>124</sup>. Ancak yukarıda da kısmen belirttiğimiz üzere, geçici hukukî korumalarda duruma göre henüz talep zamanı gelmeden de geçici hukukî koruma istenebileceğinden, geçici hukukî koruma için mevsimsiz talepten söz edilmesi kanaatimizce zaten doğru veya mümkün olmaz. Olsa olsa burada geçici hukukî korumanın şartlarının mevcut olmadığı söylenebilir. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu’nun 257. maddesinde açıkça henüz vadesi gelmemiş bir borçtan dolayı da ihtiyatî haciz talep edilebileceği belirtilmiş, bunun şartları sayılmıştır (İİK m 257/2)<sup>125</sup>. Özellikle henüz muaccel olmayan bir alacağın veya hakkın önceden tehlikeye düştüğü anlaşılıyorsa (örneğin, HMK m 389/1<sup>126</sup>), geçici

<sup>122</sup> İstanbul 8 Asliye Ticaret Mahkemesi, 803/466, 29.05.2019 (Lexpera).

<sup>123</sup> Yargıtay 19 HD, 12450/7538, 15.06.2010 (Lexpera).

<sup>124</sup> Şarta ve vadeye bağlanmış alacaklar ile müstakbel alacakların durumuna ilişkin bkz Erişir (n 17) 185-188. Ancak geçici hukukî korumalarda duruma göre henüz talep zamanı gelmeden de geçici hukukî koruma istenebileceğinden, geçici hukukî koruma için mevsimsiz talepten söz edilmesi kanaatimizce zaten doğru veya mümkün olmaz. Olsa olsa burada geçici hukukî korumanın şartlarının mevcut olmadığı söylenebilir.

<sup>125</sup> Bu konuda bkz Muhammet Özkes, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyatî Haciz* (Seçkin Yayınevi 1999) 142 vd.

<sup>126</sup> Bu konuda bkz Özkes, *İhtiyatî Haciz* (n 125) 147 vd.

hukukî koruma talep etmekte zaten hukukî yarar bulunmaktadır ve talebin şartları bu açıdan oluşmuş sayılır. O sebeple dava veya takiplerdeki bu kavramın geçici hukukî korumalarda geçerli olmayacağını söylemek mümkündür.

#### D. Görüşümüz

18.02.2022 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile vadesi gelmemiş bir alacak için açılmış davada, vadenin gelip gelmediğini dava şartı olan hukukî yarar kapsamında re'sen ve davanın her aşamasında değerlendirecek bir konu olarak karara bağlanmıştır. Bu İçtihadı Birleştirme Kararı ile “muacceliyetin hukukî yarara bağlı bir dava şartı” olduğu yönünde bir hukukî nitelendirme ortaya çıkmıştır. Daha önce bu konuda farklı tartışmalar, nitelendirmeler, görüşler ve kararlar olmasına rağmen içtihadı birleştirme kararının bağlayıcılığı karşısında artık bu görüşlerin ve tartışmaların bir noktada en azından uygulama bakımından donduğu söylenebilir. Hakkında kanunî bir düzenleme olmayan, niteliği tartışmalı ve gerçekten böyle bir dava olmalı mı sorusu bile tam cevaplanamayan bir konuda, katı bir tutum sergilenmesi isabetsiz olmuş, içtihat gelişmeyi durdurmuş, durduğu yerde de bir sorun alanına sebep olmuştur. Ayrıca söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçeleri yetersizdir, hatta sorunu çözecek bir zemin de oluşturmamakta, yeni tartışmalara kapı açmaktadır.

Yukarıda gerekçelerini ayrıntılı olarak ortaya koyduğumuz üzere, öncelikle mevsimsiz dava ifadesinin hem kavram hem de terim olarak amacı tam karşılamadığını söylemek gerekir. Bunun ötesinde mevsimsiz davanın hukukî yarar kapsamında bir dava şartı olduğunu da düşünmüyoruz. Keza bu tartışma, yani mevsimsiz davanın niteliği ve sonucunun da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na konu olacak bir durum olmadığını, olacaksa da burada üretilen çözümün hukukî ve mantikî çelişkiler doğurması sebebiyle isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu konu, kanun koyucunun dahi düzenlememesi gereken bir sorundur. Alacağın vadesinin gelip gelmediği ve şartın gerçekleşip gerçekleşmediği, maddî hukuka yönelik bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Mevsimsiz davada, vadenin gelmemesi veya şartın gerçekleşmediği iddiası, davacının şekil verdiği bir dava olmaktan çok, atipik bir şekilde davalının savunması ile ortaya çıkmakta, davalı tarafından ileri sürülmekte ve ispat edilmektedir. Ayrıca vade veya şarta yönelik iddialar, def'i veya itiraz imkânı ile ileri sürülebilecek bir husustur. Maddî hukuka ilişkin bu hususun re'sen dikkate alınması da usûle ilişkin dava şartı olmasından değil, hakkında bazı tartışmalar olsa da daha çok esasa ilişkin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Şarta veya vadeye bağlı alacakların durumunu dava şartı ve hukukî yarar kavramları ile açıklamak, dava açısından sakıncalı olduğu gibi, takip hukuku bakımından da sorunludur. Cebrî icra hukuku ile medenî yargılama hukuku birbirinin tamamlayıcısı niteliğinde iki alandır. Cebrî icra hukuku, yargılama hukukunun uzantısı niteliğindedir.

Şarta veya vadeye bağlı alacakların durumunu dava şartı olarak kabul etmemiz halinde icra-ıflâs takibi sırasında icra dairesinin şart ve vadeyi re'sen dikkate alması gerekecektir. Ancak vadesi gelmemiş alacak için yapılacak takiplerde de dava şartı kavramından hareket etmenin ne kadar yanlış sonuçlar doğuracağı yukarıda izah edilmiştir.

Bu çerçevede İçtihadı Birleştirme Kararı'nda varılan sonucu isabetli bulmadığımızı, mevsimsiz dava şeklinde bir dava türü kabul edilse dahi, bunun ancak davanın reddi halinde daha çok anlam ifade ettiğini belirtmek gerekir. Çünkü, davanın kabulü halinde zaten genel anlamda ilgisine göre dava eda, tespit veya inşaî dava olarak karşımıza çıkacak ve hükme bağlanacak, etkilerini bu şekilde doğuracaktır. Mevsimsiz dava, ancak davalının bu konuyu ileri sürmesiyle ve davanın reddi halinde anlam ifade etmektedir. Burada da sorun, deyim yerindeyse henüz vakti gelmemiş bir davanın reddinin neye dayanacağıdır.

Uygulamada mevsimsiz dava olarak nitelendirilen davanın aslında tek tipolojisinin olmadığı, bazen bir davanın açılması için gerekli şartların oluşmaması, bazen başvuruya ilişkin bir sürenin dolmaması, bazen de talebin vadesinin gelmemesi, muaccel olmaması durumunun ortaya çıktığı görülmektedir. Bunların tümüne ilişkin kümülatif bir değerlendirme de yerinde değildir. Zira, bu durumların bir kısmında zaten başka bir tartışmaya girmeye gerek olmadan özel dava şartı şeklinde bir durum ortaya çıkabilmekte, davanın bu sebeple usûlden reddi gerekmektedir. Ancak özellikle vade ve muacceliyet sorunu maddî hukuk değerlendirmesini gerektiren, salt hukukî yararlar izah edilemeyecek bir konudur. Böyle bir durumda dava henüz vade gelmeden, muaccel olmadan açılmışsa, davanın reddi gerekse de bu istikbale matuf kalıcı bir red olmayacak, o an için anlam ifade edecek bir reddir. Vade gelip talep muaccel olduğunda, davanın yeniden (diğer şartları varsa) açılmasına engel bir durum da yoktur. Mevsimsiz davanın reddi kararı, sadece alacağın henüz talep edilemez olduğunun tespiti niteliğindedir. Mevsimsiz davada, asıl alacağın varlığı veya yokluğu değerlendirilmemiştir. Talep edilme hakkı henüz doğmamış alacak bakımından henüz bir karar verilmemiştir. Tüm bunları, torba bir kurum olarak hukukî yarar içinde ele almak ve değerlendirmek mümkün değildir.

Belirtilen bu gerekçelerle, özel dava şartı olan durumlar dışında, başkaca bir nitelendirme yapılamıyorsa, mevsimsiz davada, davanın reddinin “*şimdilik red*” şeklinde *usûlî bir karar*la sonuçlandırılması isabetli olacaktır. Bunun uygulamada tereddüt edilen giderler ve vekâlet ücretine ilişkin sorunu da çözeceği açıktır.

## Sonuç

Yukarıda yaptığımız tüm açıklamaları kısaca toparlayacak olursak şu sonuçlara varmak mümkündür:



Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda farklı dava türleri sınırlayıcı olamayan şekilde tipolojik olarak belirtilmekle ve çerçevesi çizilmekle birlikte kanunî boyutta mevsimsiz (zamansız/erken açılmış) dava şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Ancak özellikle yargı kararlarında kabul edilmekte, doktrinde ise üzerinde tartışılmaktadır.

Yargıtay 18.02.2022 tarihli verdiği yüzeysel gerekçelerle ve aslında çok da tatminkâr olmayan İçtihadı Birleştirme Kararı'nda *“ifa zamanı gelmemiş (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel) bir alacak için açılmış dava, erken açılmış dava niteliğinde olduğundan, bu davanın açılmasında henüz hukukî yarar bulunmamaktadır. O nedenle, HMK'nın 114/1-h bendinde dava şartları arasında sayılan hukukî yararın bulunmadığı durumda, davanın esaslan değil, HMK'nın 115/2. maddesi gereği usulden reddine karar verilmesi gerekir”* şeklinde mevsimsiz dava açıldığında, davanın hukukî yarar yokluğu sebebiyle usûlden reddi gerekeceğini belirtmiştir. Böyle bir durumda hukukî yarar bir genel dava şartı olduğundan, maddî hukuka ilişkin bir husus dava şartı olarak usûlî bir görünüm kazanmaktadır. Aslında kararda amaç, gerçek anlamda mevsimsiz davayı tartışmak olmayıp vekâlet ücreti bakımından bir sonuca gitmek olduğundan, karar bu açıdan da asıl amacının dışında maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından birçok soruna yol açacak niteliktedir.

Mevsimsiz davanın Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na konu olacak bir durum olmadığını düşünüyoruz. Zira bu konu, kanun koyucunun dahi düzenlememesi gereken bir sorundur. Muacceliyet hakkında dahi tartışmalar varken ve bu konuda tam bir tanımdan kaçınılmışken, gelişmeye açık bir alanı bu şekilde sınırlandırmak doğru değildir. Bu konu, hukukun tartışma ve gelişme alanıdır, içtihadın açık olması gereken bir alandır. Öyle örnekler olabilir ki, gerçekten muacceliyet duruma göre hukukî yarar kapsamında ele alınabilir (örneğin, dava hakkı açıkça kötüye kullanılmıştır), ancak öyle olaylar gerçekleşebilir ki, aylarca yıllarca tartışılıp hatta kanun yollarından sonra mesele aydınlanabilir. Dava açmak, aynı zamanda baştan haklı olmak demek değildir, belirli riskler içerir. O sebeple, konuyu usûlî bir mesele kabul edip yargılamanın başında daha çok şekli konulara ve davanın esasına girilmesine engel olan dava şartına bağlayıp salt vekâlet ücretini usûlî kabul edelim düşüncesi yanlış sonuçlara neden olacak niteliktedir.

İçtihadı Birleştirme Kararı'nın gerekçesine bakıldığında hiçbir ayırım yapılmadığı, maddî hukuk ve usûl hukuku bakımından birlikte ve ayrı ayrı ortaya çıkan durumun değerlendirilmediği, sadece bilinen bazı kavramların tanımı verilerek açıklama yapıldığı görülmektedir. Oysa mevsimsiz dava olarak nitelendirilen durumlara bakıldığında, özellikle konuyla ilgili yargı kararları dikkatle değerlendirildiğinde aslında iki farklı temel ayırımın karşımıza çıktığını söyleyebiliriz:

(a) Birinci durum, bir davanın açılması için belirli sürenin geçmesi veya alacağın talep edilmesi için belirli şartların oluşmasının gerektiği hallerde, bu sürenin ve şartların gerçekleşmemesi durumudur.

(b) İkincisi durumda ise, alacağın vadesinin gelmemesine veya şarta bağlı alacaklarda henüz şartın gerçekleşmemesine rağmen dava açılması söz konusu olmaktadır.

Bu iki durum, maddî hukuk bakımından farklı kategorileri ifade ettiği gibi, bu iki durumda yapılacak inceleme, ispat ve deliller de farklılık gösterebilecektir. Kaldı ki, yukarıda belirtilen ilk durumda (a) çoğu kez zaten özel bir dava şartının da ortaya çıkabildiği görülmektedir. Esas ve usûl bakımından farklı şekilde nitelendirilecek bu iki durumu, aynı kategoride toplamanın sakıncası açık olmakla birlikte, kavram ve terimin bir kategorik birlikteliği ifade etmesi anlayışına da aykırıdır. Çünkü, bir kavramdan bahsedildiğinde o kavram benzer şeyleri içinde toplamayı, terimin de bunu isim olarak karşılması gerekir. Ancak mevsimsiz davada böyle bir durum yoktur. Bu sebeple aslında mevsimsiz (zamansız/erken açılan) dava kavramı ve bu şekildeki terminoloji de yerinde değildir.

Mevsimsiz davadan hareketle mevsimsiz açılan takip şeklinde de bir uygulama ortaya çıkmaktadır. Ancak takipte mevsimsizlik/zamansızlık bakımından ortaya çıkacak sorunlar, bir davadakine göre daha karmaşık olabilir. Çünkü, önce takip aşamasında, daha sonra da takiple bağlantılı yargılamalar ve davalar bakımından bu durumun tartışılması ve açıklanması gerekecektir. Şayet mevsimsiz davadan hareketle mevsimsiz takipte de, dava şartının yansması olan takip şartı kabul edilirse, o zaman bir alacağın muaccel olup olmadığı icra memuru tarafından mı re'sen gözetilecektir? Keza bu sorun aşılrsa dahi örneğin, daha seri ve belge üzerinden yapılan bir yargılama olan itirazın kaldırılmasında nasıl değerlendirilecektir? Görüldüğü üzere çok düşünülmeden ortaya çıkan bir görüş farklı konularda sorunlara yol açabilmektedir.

Geçici hukukî korumalar bakımından yargı kararlarında “mevsimsiz/zamansız” geçici hukukî koruma yönünde kararlara rastlayamasak da, bunun geçici hukukî korumanın zaten niteliğine uygun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, duruma göre hakkın önceden de tehlikeye düşürülmesi hallerinde gerek özel gerek genel düzenlemeler bakımından farklı geçici hukukî korumalar talep etmek mümkündür.

Sonuç olarak, muacceliyet özünde ve gerçekte bir maddî hukuku ilgilendiren usûlî değil, maddî hukuk meselesidir. Bu maddî hukuk meselesi, duruma göre somut olayda açık bir hukukî yarar yokluğunu ihtiva edebilir; ancak bu da baştan öngörülebilecek bir durum olmayıp duruma göre değişebilir. Yargıtay'ın 2022 tarihli konuyla ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı, tehlikeli bir mecra açmıştır ki, maddî hukuka ilişkin ve ayrıntılı tartışılması gereken bir konu, basit bir yorumla dava şartına indirgenerek çözülmüştür. Yukarıda zikredildiği üzere hiçbir ayırım yapılmadan bu İçtihadı

Birleştirme Kararı verilmesi hukuka aykırıdır. Ancak diğer yandan da bu durumda, acaba bundan sonra muacceliyet konusu borçlar hukuku konusu olmaktan çıkıp usûl hukuku konusu haline mi gelecektir? Deyim yerindeyse eşyanın tabiatına aykırı sonuçlara götürecek bir İçtihadî Birleştirme Kararı, karşımızda durmaktadır.

Ortaya çıkan durumun çözümsüz kalmaması bakımından da mevsimsiz dava durumunda, özel dava şartı ya da başkaca bir yolla karar verilmesi söz konusu değilse, özellikle henüz muacceliyetin gerçekleşmediği durumlarda davanın “şimdilik reddi” şeklinde bir karar türünün oluşturulması yerinde olacaktır. Bu karar, usûlî bir nihaî karar olup sadece o anda davanın açılabilir ve incelenebilir olmadığına ilişkin tespiti içermektedir. Kesin hüküm etkisi de bununla sınırlıdır. Kararın usûlî karar olması sebebiyle de uygulamada diğer giderler ve vekâlet ücreti bakımından da ortaya çıkacak tereddütleri bertaraf edici niteliği bulunmaktadır.

Sürekli genel ve torba kavramlara müracaat etmek iyi hukukçuluk değildir. İyi bir hukuk anlayışı, uygulaması ve değerlendirmesinde kavramlara, kurumlara, kurallara ve kaynaklara saygılı ve onları yormadan sonuca varmak gerekir. Buna aykırı davranıldığında hukuk alt üst olur, sonunda da bir sorun bin soruna dönüşür. Aslında bugün hukukumuzun en temel sorunlarından biri de budur. Sorun olmayan şeyler sorun haline getirilmekte, daha kolay çözümler varken isabetsiz çözümlerle sorunlar artırılmakta, göz önündeki bir sorun çözülürken, başka sorunlara yol açılmaktadır. Yüzyılların kavram ve kurumlarıyla bu şekilde oynanması hukuku yormakta, yıpratmaktadır. Mevsimsiz (zamansız/erken) dava olarak nitelendirilen dava da aslında bu anlayışın bir sonucudur. Burada sorun, bu davanın içeriği veya tartışılması değildir. Çok uzun zamandan beri uygulama ve doktrinde bu sorun gündemdedir. Belki zaman içinde tartışarak belirli bir olgunluk ve istikrara da kavuşması mümkün olabilirdi. Ancak 2022 tarihli İçtihadî Birleştirme Kararı ile birlikte bu konu, sorunu çözmek adına daha büyük sorun ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada hem ortaya çıkacak muhtemel sorunlara işaret etmek hem de öneride bulunarak sorunun çözümüne katkıda bulunmak amaçlanmaktadır.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Yazar Katkısı:** Çalışma Konsepti/Tasarımı: M.Ö., N.B.G.; Veri Toplama: M.Ö., N.B.G.; Veri Analizi /Yorumlama: M.Ö., N.B.G.; Yazı Taslağı: M.Ö., N.B.G.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: M.Ö., N.B.G.; Son Onay ve Sorumluluk: M.Ö., N.B.G.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The authors have no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The authors declared that this study has received no financial support.

**Author Contributions:** Conception/Design of study: M.Ö., N.B.G.; Data Acquisition: M.Ö., N.B.G.; Data Analysis/ Interpretation: M.Ö., N.B.G.; Drafting Manuscript: M.Ö., N.B.G.; Critical Revision of Manuscript: M.Ö., N.B.G.; Final Approval and Accountability: M.Ö., N.B.G.

---

## Bibliyografya/Bibliography

- Akkan M, 'Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları' (2018) 20 (2) DEÜHFD 1-31.
- Alangoya Y, Yıldırım K ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Yargılama Hukuku Esasları* (Alkım Yayınevi 2004)
- Albayrak H, 'Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları' (2015) 64 (4) AÜHFD 931-974.
- Aras M, 'Markanın İptali' (Legalblog, 30.06.2020) <https://blog.lexpera.com.tr/markanin-iptali/> (Erişim Tarihi 14.11.2022).
- Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (8. Bası, Yetkin Yayınları 2022).
- Arz M, 'Klagen auf künftige Leistung gem §§ 257–259 ZPO' (20121) JuS 745-749.
- Aşık İ, *Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun* (Seçkin Yayıncılık 2012).
- Atalı M, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku C III* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017) (Pekcanitez Usûl).
- Atalı M, *Medeni Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı* (Yetkin Yayınları 2014).
- Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku* (5. Bası, Yetkin Yayınları 2022).
- Boran-Güneysu N, *Medeni Usûl Hukukunda Karar* (Yetkin Yayınları 2014).
- Budak AC ve Karaslan V, *Medenî Usul Hukuku* (6. Bası, Filiz Kitapevi 2022).
- Budak AC ve Yağcı MO, 'Mevsimsiz Dava: Davanın Vaktinden Önce Açılması' (2023) 1 (70) Adalet Dergisi 17-46.
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları 2005).
- Centel T, 'İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarının Uygulamadaki Yönlendirici Etkileri' (1989) Yargıtay Dergisi 361-371.
- Dişel B, *Dava Takip Yetkisi* (On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Elgün Toğrul EŞ, 'Borçtan Kurtulma Davasında Teminat' (2022) 18 (53) MİHDER 699-752.
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt I* (Yetkin Yayınları 2022).
- Eren F ve Dönmez Ü, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III* (Yetkin Yayınları 2022).
- Erişir E, *Geçici Hukukî Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013).
- Erzurumlu-Işık N, *Medenî Usûl Hukukunda Yorum-Hukuk Yaratma ve İçtihadı Birleştirme Kararları* (On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Gümüş MA, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri* (Yetkin Yayınları 2021).
- Hanağası E, *Davada Menfaat* (Yetkin Yayınları 2009).
- Henssler M, 'Die Klage auf künftige Leistung im Wohnraummietrecht' (1989) NJW 138-144.
- İyilikli AC, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm* (Yetkin Yayınları 2016).
- Kabaklıoğlu-Arsılyürek Y, 'Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması' (2019) 14 (175-176) BÜHFD 887-916.
- Karaca OU, *Markayı Kullanma Zorunluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayıncılık 2017).

- Kappel C, *Die Klageabweisung zur Zeit* (Dunker&Humblot 1998).
- Kayhan F, 'Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü' (1999) 2 TBBD 341-363.
- Kılınç A, *İcra Takibinde Derdestlik* (Yetkin Yayınları 2020).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II* (6. Bası, Seçkin Yayıncılık 2001).
- Kuru B ve Budak A.C, *Tespit Davaları* (2. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2010).
- Musielak J und Voit W, *ZPO, ZPO § 257 Klage auf künftige Zahlung oder Räumung* (20. Auflage, C H Beck 2023).
- Nomer NH, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları* (Seçkin Yayıncılık 2002).
- Oğuzman K ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (21. Bası, Vedat Kitapçılık 2015).
- Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I* (20. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).
- Ozanemre Yayla HT, *Alacağım Devri İşleminin Geçerliliği ve Sebeple Olan İlişkisi (İlliliği)*, (Turhan Kitapevi 2019).
- Özekes M, 'Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları' İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları (Legal Yayıncılık İstanbul 2005) 131-171 (İşe İade).
- Özekes M, 'Muaccel Olmayan Alacak İçin Açılan Dava Esası mı Usulü mü İlgilendirir? Yargıtay'ın Konuyla İlgili Çok Yeni Bir İBK Üzerine Kısa Değerlendirme' (Hukuki Haber, 27.12.2022) <https://www.hukukihaber.net/muaccel-olmayan-alacak-icin-acilan-dava-uslu-mu-esasi-mi-ilogilendirir-yargitayin-konuyla-ilgili-cok-yeni-bir-ibk-uzerine-kisa-degerlendirme-makale-10427.html> (ET 18.11.2022) (İBK).
- Özekes M, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz* (Seçkin Yayıncılık 1999) (İhtiyati Haciz).
- Özekes M, *Pekcanitez Usul C II* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Özekes M, *Pekcanitez Usul C III* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Özkaya-Ferendeci HÖ, 'Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış' (2010) 16 (1-2) MÜHF-HAD 233-246 (Dava Edilebilirlik).
- Özkaya-Ferendeci HÖ, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları* (On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku C II* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Pekcanitez H, 'Yargıtay Yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirilmesi' (2019) 32 (144) TBBD 383-419 (Yargıtay).
- Pekcanitez H, 'Bekletici Sorun' (1980) 1 EÜHFD 249-275 (Bekletici Sorun).
- Pekcanitez H ve Taş-Korkmaz H, *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku C I* (15. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- Pekcanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku*, (9. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Pekcanitez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usul Hukuku* (11. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Postacıoğlu İE ve Altay S, *Medenî Usul Hukuku Dersleri* (Vedat Kitapçılık 2015).
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme C III* (Filiz Kitapevi İstanbul 2016).
- Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Serozan Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (On İki Levha Yayıncılık 2022).

- Tanrıver S, 'Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler' (2020) 147 TBBD 111-142 (Arabuluculuk)
- Tanrıver S, *Medeni Usûl Hukuku Cilt I* (Yetkin Yayınları 2016) (Usûl).
- Taş-Korkmaz H, *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Uyar T, 'İcra Hukukunda Borçtan Kurtulma Davası (İİK. m. 69/II, III, IV, V)' (2005) 58 TBB Dergisi 323-339.
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku*, (Filiz Kitapevi 2000).
- Vardar-Hamamcıoğlu G, 'Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı' (2018) 13 (169-170) BÜHFD 203-256.
- Yılmaz E, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler' (2013) 8 (Özel) Yaşar Üniversitesi E-Dergi 3167-3190.
- Yüce M ve Mercimek F, 'Türk Vergi Hukukunda İçtihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değerlendirilmesi' (2014) 9 (119-120) BÜHFD 7-64.

## KISALTMALAR CETVELİ

**BAM:** Bölge Adliye Mahkemesi

**bkz:** bakınız

**C:** Cilt

**dn:** Dipnot

**ET:** Erişim Tarihi

**gem:** gemäss

**HD:** Hukuk Dairesi

**HMK:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu

**İİK:** İcra ve İflâs Kanunu

**JuS:** Juristische Schulung

**Kn:** Kenar Numarası

**m:** madde

**MİHDER:** Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi

**MÜHF-HAD:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi

**NJW:** Neue Juristische Wochenschrift

**Rn:** Randnummer

**s:** sayfa

**S:** Sayı

**SMK:** Sınaî Mülkiyet Kanunu

**T:** Tarih

**TBB:** Türkiye Barolar Birliği

**TBK:** Türk Borçlar Kanunu

**TMK:** Türk Medeni Kanunu

**vd:** ve devamı

**yuk:** Yukarıda

**ZPO:** Zivilprozessordnung







# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 23.08.2023  
Revizyon Talebi: 11.11.2023  
Son Revizyon Tarihi: 26.12.2023  
Kabul: 02.02.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Mirasa Konu Tarımsal Arazilerde Gelir Esaslı Değerin Yarattığı Sorunlar

Sümeyye Tuba Korkusuz\*

### Öz

Tarımsal arazilerin paylaşılmasında mirasçıların anlaşması asıldır. Mirasçıların anlaşamadığı takdirde sorun, dava yolu ile çözümlür. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 657/II ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 8/C maddesi gereğince hâkim, tarımsal arazileri ehil mirasçılara gelir değeri üzerinden özgülemelidir. Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'teki tarımsal arazilerin gelir değeri tanımını içeren hüküm, 2021 yılının sonunda değiştirilmiştir. Yönetmelik, özellikle gelir kapitalizasyonu yöntemi ile elde edilen değer hesaplamasına ilişkin birçok yeni hüküm içermesine rağmen, bu yöntemin benimsenmesi birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Zira tarımsal arazilerin gelir yöntemi ile elde edilen değeri, özellikle günümüzdeki yüksek enflasyon sebebiyle piyasa (gerçek, sürüm, rayiç) değerine göre oldukça düşük kalmaktadır. Öte yandan yıllık ortalama net gelir ve kapitalizasyon faiz oranlarının hatalı tespit edilmesi sebebiyle tarımsal arazilerin değerinin düşük hesaplanması oldukça yaygındır. Doktrindeki baskın görüş, gerçek değer yerine gelir esaslı değer kabul edilmesinin, tarımsal arazilerin özgülendiği mirasçı dışında kalan mirasçılar bakımından menfaat ihlaline yol açtığı şeklindedir. Bunun yanı sıra tarımsal arazi kendisine gelir esaslı değer üzerinden özgülünen ehil mirasçının tarım arazisi üzerinde tasarruf ederek kâr elde etmesi mümkündür. Bu çalışmada, mirasa konu tarımsal arazilerin gelir kapitalizasyonu yöntemiyle ulaşılan değer üzerinden özgülünenmesi sebebiyle ortaya çıkan sorunlar tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışma, tarımsal arazilerin paylaşımında mirasçılar arasında denge sağlanması amacını taşımaktadır. Bu bağlamda tartışılan sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Tarımsal Arazi, Gelir Yöntemi, Gelir Esaslı Değer, Gerçek Değer, Sürüm Değeri, Rayiç Değer, Kapitalizasyon Faiz Oranı, Ehil Mirasçı

### Problems with the Income Value Basis in Agricultural Lands Subject to Inheritance

#### Abstract

Agreement among heirs is essential when divvying up inherited agricultural lands. If the heirs cannot agree, the problem is resolved through litigation. In accordance with Article 657/II of Turkish Civil Code No. 4721 and Article 8/C of Law No. 5403 on Soil Conservation and Land Use, a judge must allocate agricultural lands to competent heirs based on the income value. The provision on the definition of the income value of agricultural lands in the Regulation on the Transfer of Ownership of Agricultural Land was amended at the end of 2021. Although the regulation contains many new provisions, especially regarding the use of the income capitalization method to calculate the value, the adoption of this method is accompanied by many problems. This is because using the income capitalization method provides a value for agricultural lands that is considerably lower than the market (i.e., real/fair market) value, especially due to the current high inflation in Türkiye. Meanwhile, agricultural land is quite commonly undervalued due to inaccurately determining the average annual net income and capitalization interest rates. The predominant view in the doctrine is that the acceptance of the income-based value instead of the actual value leads to a violation of interest for the heirs other than the heir to whom

\* **Sorumlu Yazar:** Sümeyye Tuba Korkusuz (Arş. Gör.) İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: sumeyyetuba.korkusuz@ikcu.edu.tr ORCID: 0000-0002-7310-1940

**Abf:** Korkusuz ST, "Mirasa Konu Tarımsal Arazilerde Gelir Esaslı Değerin Yarattığı Sorunlar" (2023) 81(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 911. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0003>



the agricultural lands are dedicated. In addition, the competent heir to whom the agricultural land is allocated based on the estimate potential income value can make a profit by disposing of the agricultural land. This study aims to identify the problems arising from the allocation of agricultural lands subject to inheritance based on value obtained using the income capitalization method. The study aims to ensure a balance among heirs when divvying up agricultural lands. In this context, the study present solutions to the discussed problems.

**Keywords**

Agricultural Land, Income Method, Income-Based Value, Actual Value, Market Value, Fair Value, Capitalization Interest Rate, Competent Heir

***Extended Summary***

Articles 659-668 of the Turkish Civil Code No. 4721 (TCC) had regulated the provisions on the sharing of inheritance in inheritance cases involving agricultural lands or agricultural enterprises. However, Law No. 6537 repealed these relevant articles of the TCC and moved the regulations of these cases under the Soil Conservation and Land Use Law No. 5403 (SCLUL). As a rule, immovables are allocated to one of the heirs based on the actual (market, current) value at the time of distributing the inheritance. Inheritance cases involving agricultural lands are an exception, as the property is allocated based on the income value (Art. 657 TCC, Art. 8/C, f. 2/a of the SCLUL). The definition and calculation of the income-based value is not legally regulated but provisions on how to do this are made in the Regulation on the Transfer of Ownership of Agricultural Lands (RTOAL). In 2014, the regulations regarding the TCC provisions on agricultural immovables in SCLUL also detailed the income value basis. In December 2021, many changes were also made to the provisions in RTOAL on how agricultural lands are to be evaluated.

The income-based value of agricultural land is often considerably lower than its real (market/fair) value. This study presents solutions to the existing problems regarding how agricultural lands subject to inheritance laws are allocated to heirs based on income evaluations. The difference in value between the income-based evaluation and market value creates a breach of interest, especially for the heirs other than the one to whom the agricultural land is to be allocated. However, this study is of the opinion that this situation should be evaluated within the framework of the purposes for which the income capitalization method was adopted, because applying the value obtained using the income capitalization method is more appropriate with regard to maintaining objectivity, protecting the financial status of the competent heir to whom the agricultural land is allocated, and ensuring in relation to this continuity in the agricultural system. However, adopting the income capitalization method when allocating agricultural lands does not justify the gap that exists between the income-based value and the market value. In this respect, importance is had in updating the data from the Turkish Statistical Institute (TurkStat) and Ministry over shorter time frames and in increasing the number of academic studies to be conducted in the

region in order to determine the correct capitalization interest rate and to evaluate the enhancement factors regarding objective value. In addition, having experts be experts in their field and make comparisons on the market value of a large number of similar agricultural lands based on the market approach and annual net income would be more appropriate in order to create a balance between the income-based and actual market values.

The legislation contains no provision limiting a competent heir to whom agricultural land has been allocated from transferring its ownership at market value. In other words, a competent heir who has been allocated agricultural land based on the estimated income value may transfer said land to a third party subject to a barter agreement or put it up as capital in a company. Therefore, this competent heir will be able to obtain as much profit as the difference between the income-based value and the value determined in the relevant agreement under which the obligation to transfer ownership is undertaken. In this context, the claim should be accepted that profit has been purposefully obtained by interpreting the provision of the Law on the increase in value due to non-agricultural use (Art. 8/C/V TKAKK). However, this article is of the opinion that regulating a legislative provision would be more appropriate in which the profit to be obtained due to the transfer of agricultural land by a competent heir can also be claimed by the other heirs in proportion to their inheritance shares.

In addition to all these suggestions, legislators should consider giving the outright ownership of agricultural lands to all heirs by granting usufruct rights to the competent heir and deducting the value of the usufruct right from the inheritance share. Choosing this method will both prevent the violation of the interests of other heirs due to agricultural lands not being allocated at their actual market value as well as ensure continuity in agriculture wherein competent heirs actually cultivate the agricultural lands. However, calculating the usufruct value should not be forgotten to also fall within the scope of evaluation. Therefore, the problems that arise when making income-based evaluations will obviously also arise with regard to the acceptance of usufruct rights. In addition, because inheritance shares not being terminated when applying usufruct rights may increase the likelihood of disputes, more problems are likely to occur than when using the income capitalization method. As a result, this study believes that, instead of granting usufruct rights to competent heirs regarding agricultural lands subject to inheritance, allocation should be made based on the value obtained by the income capitalization method within the scope of the solution proposals presented in the study.

## Giriş

Tarımsal arazilerin veya tarımsal işletmelerin terekede bulunması durumunda mirasın paylaşılmasına ilişkin hükümler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 659 ile 668. maddeleri arasında düzenlenmekteydi. Fakat 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile TMK ilgili maddeleri ilga edilerek 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda (TKAKK) hüküm altına alınmıştır. TKAKK geçici madde 5'te belirtildiği üzere 15.05.2014 tarihinden önce açılan ve tarımsal arazi paylaşımı henüz gerçekleşmeyen miras paylaşımalarında TMK hükümlerinin uygulanması, 15.05.2014 tarihinden sonra açılan davalarda ise TKAKK hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>1</sup>.

Kanun'da yer aldığı üzere kural olarak taşınmazlar, paylaşma anındaki gerçek (sürüm, piyasa, rayiç) değer üzerinden mirasçılardan birine özgülenir. İstisnai olarak tarımsal arazilerde özgüleme ise gelir değeri üzerinden gerçekleşir (TMK m. 657/II, TKAKK m. 8/C/II, a). Tarımsal arazilerin gelir esaslı değerinin tanım ve hesaplaması Kanun'da düzenlenmemiş olup Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'te (TAMDİY) hüküm altına alınmıştır. Tarımsal taşınmazlara ilişkin TMK hükümlerinin 2014 yılında TKAKK'ta düzenlenmesiyle gelir kapitalizasyonu yöntemi de detaylandırılmıştır. Bunun yanı sıra tarımsal arazilerin değerlemesinin nasıl yapılacağına ilişkin TAMDİY'deki hükümlerde 2021 yılının son ayında birçok değişiklik yapılmıştır.

Taşınmaz pazarının hareketliliği, pazar şartlarının hızlı bir şekilde değişikliğe uğraması ve özellikle enflasyonun artması gibi durumlarda tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri ile piyasa (gerçek, sürüm, rayiç) değeri arasında ciddi farklar meydana gelebilmektedir. Tarımsal arazilerin değeri, gelir kapitalizasyonu yöntemine göre hesaplanırken özellikle kapitalizasyon faiz oranının, ortalama net gelirin ve münavebe düzeninin hatalı tespiti sebebiyle piyasa fiyatlarına nazaran çok cüzi değerlere ulaşılabilir<sup>2</sup>.

Tarımsal arazinin piyasa değeri, gelir yöntemi ile elde edilen değere göre çoğunlukla daha yüksektir. Bu sebeple tarımsal arazilerin piyasa değeri yerine gelir esaslı değer üzerinden özgülenmesi, mirasçılar arasında menfaat çatışmasına yol açabilir. Dolayısıyla tarımsal arazi değerlemesi gelir yöntemi uygulanarak kendisine özgülenen mirasçı dışında kalan mirasçıların, miras payından alması gereken miktar bakımından hak kaybına uğradığından bahsedilebilir.

<sup>1</sup> Bu çalışmada; 15.05.2014 tarihinden önce açılmış ve henüz tarımsal arazi paylaşımı gerçekleşmeyen miras paylaşımalarında uygulanması gereken TMK mülga hükümleri, konunun çerçevesi gereğince yalnızca gelir esaslı değer kapsamında incelenmiştir.

<sup>2</sup> Gülşen Keskin, 'Tarımsal Değerlemede Gelirlerin Kapitalizasyonu ve Pazar Değeri Tartışması' 2023 4 (2) Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi 76.

Çalışma kapsamında öncelikle genel olarak tarımsal arazilerin paylaşılması ve daha özelinde tarımsal arazilerde gelir kapitalizasyonu yöntemi ile elde edilen değer üzerinden özgülenecek ehil mirasçının tespiti üzerinde durulmuştur. Ardından gelir esaslı değer, yıllık ortalama net gelir ve kapitalizasyon faiz oranı açıklanarak tarımsal arazilerin gelir esaslı değerinin nasıl hesaplanması gerektiği izah edilmiştir. Bunun yanı sıra tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri ve gerçek değeri arasındaki farkın, günümüzde giderek artması dolayısıyla bir değerlendirme yapılması gerekli görülmüştür. Tarımsal arazilerde gelir esaslı değer yarattığı sorunlardan asıl etkilenen tarımsal arazinin özümlendiği mirasçı dışında kalan diğer mirasçılardır. Bu sebeple ilk olarak gelir esaslı değer diğer mirasçılara etkisi, ardından tarım arazilerinin gelir yöntemi ile elde edilen değer olması gerekenden düşük hesaplanması ve ehil mirasçının tarımsal arazi üzerinde tasarrufu sonucunda elde edilen kâr sorunu ortaya konmuştur. Son olarak tartışılan tüm bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

## I. Mirasa Konu Tarımsal Arazilerin Gelir Esaslı Değeri

### A. Genel Olarak Tarımsal Arazilerin Paylaşılması

Mirasa konu tarımsal arazilerin mirasçılarının aralarında anlaşmasıyla paylaşılması asıldır. Bu paylaşım birden fazla şekilde gerçekleştirilebilir<sup>3</sup>. Birinci paylaşım şekline göre tarımsal arazi, bir mirasçıya veya Kanun'un<sup>4</sup> aradığı şartların mevcut olması

<sup>3</sup> Tarımsal arazilerin paylaşılmasına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (11. Baskı, Seçkin 2022) 593 vd.; Mehmet Ayan ve Nursen Ayan, *Miras Hukuku* (11. Baskı, Adalet 2023) 385 vd.; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku Cilt III* (5. Baskı, Seçkin 2021) 531 vd.; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (17. Baskı, Filiz 2021) 515 vd.; Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (8. Baskı, Seçkin 2022) 579 vd.; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (16. Baskı, Der 2022) 503 vd.; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi* (TMK m. 640-682) Cilt-III (2. Baskı, On İki Levha 2023) 323 vd.; Nurcihan Dalcı Özdoğan, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, On İki Levha 2021) 38 vd.; Ahmet Ertan Yılmaztekin 'Mirasın Taksimi ve Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali' 2022 80 (4) Ankara Barosu Dergisi 450 vd.

<sup>4</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 659 ve 668. maddeleri arasında yer alan tarımsal işletmelerin paylaşılmasına ilişkin hükümler, 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la ilga edilmiştir. Tarımsal arazilere ilişkin düzenlemeler ise 03.07.2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu geçici madde 5 hükmüne göre TMK mülga 659-668 maddeleri, 15.05.2014 tarihinden önce; açılmış (ve devam eden) miras paylaşım davalarında ve mirasa konu tarımsal arazilerin mirasçılar arasında paylaşılması durumunda uygulanır. Başka bir ifadeyle 15.05.2014 tarihinden önce açılan ve fakat paylaşım tabii tutulmamış miras paylaşım davalarında TMK mülga hükümleri uygulanmalıdır. 15.05.2014 tarihinden sonra açılan davalarda ise TKAKK hükümleri uygulanmalıdır. Tarımsal arazilerin zaman bakımından paylaşılması hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan ve Ayan (n 3) 386; Serozan ve Engin (n 3) 579 vd.; Dural ve Öz (n 3) 517; Çabri (n 3) 325-326; Dalcı Özdoğan (n 3) 40-41; Ş. Barış Özçelik '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirmesi' 2015 19 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105; Kemal Erdoğan, 'Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali' 2016 24 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 133; Cevdet Yavuz ve Murat Topuz, 'Toprak Koruma Kanunu ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Türk Medeni Kanunu'nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler' 2015 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan 665 dn. 3.

durumunda birden fazla mirasçıya özgülenebilir<sup>5</sup>. İkinci olarak tarımsal arazi, TMK madde 373 ve devamı hükümlerinde düzenlenen aile malları ortaklığına veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devredilebileceği gibi tüm mirasçıların miras payı oranında hisse sahibi olduğu limited şirkete de devredilebilir. Bunlara ek olarak tarımsal arazinin üçüncü bir kişiye devri kararlaştırılabilir (TKAKK m. 8/C)<sup>6</sup>. Son olarak ise tarımsal arazilerin özgülenmesi için mirasçıların talebi gerektiğinden; talepte bulunulmazsa TKAKK m. 8/C/II, c gereğince hâkim, tarımsal arazinin satışına karar verir. Böylece satıştan elde edilen tutar, mirasçılar arasında payları oranında dağıtılır (TKAKK m. 8/C/II, c).

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda tarımsal arazilerin bölünmelerine ilişkin olarak "asgari tarımsal arazi büyüklüğü" ve "yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü" şeklinde iki sınır düzenlenmiştir. Mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde mirasçıların anlaşmasıyla devir işlemlerinin tamamlanması veya dava açılması gerekliliği de Kanun'da hüküm altına alınmıştır (TKAKK m. 8/B/II, 8/C/II). Diğer bir ifadeyle TKAKK'daki sınırlara uymak şartıyla mirasçılar, aralarında oybirliğiyle anlaşarak tarımsal arazinin paylaşımını gerçekleştirebilir. Anlaşma sağlanamaması durumunda mirasçılardan biri dava yoluna başvurabilir. Ancak Kanun'da belirlenen bir yıllık sürede mirasçıların aralarında anlaşamaması veya dava da açılmaması durumunda Bakanlığa dava açma yetkisi verilmiştir<sup>7</sup>.

Tarım ve Orman Bakanlığı, mirasçıların oybirliğiyle anlaşamaması veya dava açmaması durumunda anlaşabilmeleri için mirasçılara üç aylık süre verir. Tarımsal arazinin üç ay içinde devredilmemesi ile Bakanlık; talepte bulunan ehil mirasçı varsa ona, ehil mirasçı yoksa en fazla teklif veren mirasçıya devri talebiyle, aksi durumda üçüncü kişilere devrini talep ederek sulh hukuk mahkemesinde dava açabilir (TKAKK m. 8/Ç). Bakanlığa tanınan dava açma yetkisi, tarım arazilerindeki faaliyetlerin sürekliliğini sağlamaya yöneliktir<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Tarımsal arazilerin paylaşılması veya bir mirasçıya verilmesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda "özüleme" ifadesiyle, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda ise devir şeklinde hüküm altına alınmıştır. Terekedeki bir mal veya hak, özülemeyle o mirasçının mülkiyetine geçer, bu sebeple TKAKK ile getirilen "devir" teriminin miras hukuku açısından isabetli olmadığına dair detaylı açıklama için bkz. Yavuz ve Topuz (n 4) 673; Çabri (n 3) 323-325; Dalcı Özdoğan (n 3) 70-71; Erdoğan (n 4) 134 vd.; Doktrindeki eleştiriler göz önünde bulundurularak çalışmada "devir" yerine "özüleme" terimi kullanılmıştır.

<sup>6</sup> Ayrıca belirtmek gerekir ki TKAKK m. 8/İ'ye göre "aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde" diğer ortakların önalım hakkı bulunmaktadır ve önalım hakkı için TMK hükümleri uygulanır. Ancak maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırdış maliklerin önalım hakkı, 28/10/2020 tarihli 7255 sayılı Kanun'la ilga edilmiştir. Bu konu hakkındaki ilgili açıklamalar için bkz. Melek Bilgin Yüce, 'Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları' 2022 30 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 793 vd.

<sup>7</sup> Serozan ve Engin (n 3) 585-586; Dural ve Öz (n 3) 520; Çabri (n 3) 348.

<sup>8</sup> Çabri (n 3) 348.

## B. Tarımsal Arazilerde Gelir Esaslı Değer Uygulaması

### 1. Genel Olarak

Tarım arazilerinin gelir esaslı değer<sup>9</sup> üzerinden özgülmesi gerektiği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 657. maddesinin 2. fıkrasında<sup>10</sup> "*Tarımsal taşınmazlar gelir değerine, diğer taşınmazlar sürüm değerine göre özgülenir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır<sup>11</sup>. Belirtilen hükmün yanı sıra TKAKK'ta özgülmenin hangi koşullar altında hangi mirasçılara gelir yöntemi ile elde edilen değer üzerinden yapılması gerektiği özel olarak düzenlenmiştir<sup>12</sup>. İlgili hükümler öncesinde tarımsal arazilerin hangi değerlendirme yöntemi esas alınarak özgülmesi gerektiğine ilişkin mevzuatta hüküm bulunmaktaydı<sup>13</sup>.

Tarımsal arazilerin gelir kapitalizasyonu yöntemi kullanılarak özgülmesine ilişkin detaylı hükümler, TAMDİY'de düzenlenmektedir ve ilgili hükümlerde 2021 yılının Aralık ayında birçok değişiklik yapılmıştır. Tüm bu yeni düzenlemeler sebebiyle, kanaatimizce mirasa konu tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden özgülmesine ilişkin mevzuat hükümleri ve Yargıtay içtihatları yeni yeni

<sup>9</sup> Kanun (TMK ve TKAKK) ve Yönetmelik'te (TAMDİY) "*gelir değeri*" terimi kullanılmış olsa da; "tarımsal araziden elde edilen gelir" ile değerlendirme yöntemi olan "gelir kapitalizasyonu yöntemi ile elde edilen tarımsal arazi değerinin" karışması adına, bu çalışmada "*gelir esaslı değer*" ifadesi kullanılmıştır. Ayrıca çalışmada, kapitalizasyon faiz oranı ve yıllık ortalama net gelir hesaplanarak kullanılan değerlendirme yöntemi; "*gelir kapitalizasyonu yöntemi*" ve kısaca "*gelir yöntemi*" olarak ifade edilmiştir.

<sup>10</sup> TMK m. 657/II'nin gerekçesinde, "*Terekedeki tarımsal taşınmaz malların, mirasçılara satış değeri ile değil, gelir değeri ile özgülmesi, mirasçılar aşırı değer dalgalanmaları karşısında korumaya daha elverişli ve hakkaniyete de daha uygun olacağından, tarımsal taşınmazların gelir değeri, diğer taşınmazların da sürüm değeri ile özgülüneceği düzenlenmiştir.*" şeklinde ifade edildiği üzere tarımsal arazilerde gelir esaslı değer uygulaması, piyasa dalgalanmalarına karşı mirasçılara korumak amacıyla getirilmiştir.

<sup>11</sup> 5403 sayılı TKAKK yürürlüğe girmeden önce TMK m. 657'nin yanı sıra mülga madde 659'un birinci fıkrasında da "*Terekede bulunan, ekonomik bütünlüğe ve yeterli tarımsal varlığa sahip bir tarımsal işletme, işletmeye ehil mirasçılardan birinin istemde bulunması hâlinde bu mirasçya gelir değeri üzerinden bölünmeksizin özgülünir.*" şeklinde tarımsal arazilerin gelir değeri üzerinden özgülmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı.

<sup>12</sup> TKAKK m. 8/C/II, a'da özgülmenin yapılacağı mirasçı, "*Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasında en yüksek bedeli teklif eden mirasçya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasında en yüksek bedeli teklif eden mirasçya devrine karar verir.*" şeklinde hüküm altına alınmıştır. TMK mülga m. 661 ise "*Mirasçılardan birinin özgülme istemine itiraz etmesi veya isteklilerin birden çok olması hâlinde, sulh hâkimi, kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutmak suretiyle işletmenin hangi mirasçya özgülüneceğine karar verir. İşletmeyi kendisi işletmek isteyen ve bunun için ehil olduğu anlaşılan mirasçya özgülmede öncelik tanınır. İşletmeye ehil olmanın belirlenmesinde, özgülme isteyen mirasçının eşinin yetenekleri de göz önünde tutulur.*" şeklindedir.

<sup>13</sup> 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 657. maddesine göre tarımsal taşınmazlar gelir değeri üzerinden, diğer taşınmazlar ise sürüm değerine göre özgülünmektedir. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (TKM) dönemindeyse mirasa konu gayrimenkullerin değeri taksim anındaki kıymete göre belirlenmekteydi (TKM m. 595). Diğer bir ifadeyle Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu süre boyunca tarım arazilerinin hangi değer yöntemi üzerinden hesaplanarak miras paylarının belirleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmaktaydı. Bu bağlamda tüm taşınmazlar gibi tarım arazilerinin değer tespiti de mirasın taksimi anındaki kıymete göre yapılmaktaydı. Dolayısıyla eski Medeni Kanun döneminde mevzuattaki boşluk sebebiyle mirasa konu tarım arazilerinin değerlendirilmesi bakımından bilirkişilere takdir edilen değer yöntemleri arasında bir birlik bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın Zevkiler, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi* (1. Baskı, Sevinç 1970) 143 vd., Ferit H. Saymen, *Miras Hukuku 1954-1955 Dersleri* (1. Baskı, Ahmet Sayman 1955) 362 vd.; Ali Naim İnan, *Miras Hukuku* (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1969) 397; Zahir İmre, *Türk Miras Hukuku 2. Cilt* (1. Baskı, Yenilik 1965) 773; Bülent Köprülü, *Toprak Hukuku Dersleri* (1. Baskı, İsmail Akgün 1958) 331 vd.; M. Çağrı Bağatur, "Tarımsal İşletmelerin Özgülmesi" 1999 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 858, 870 vd.; Hüseyin Avni Göktürk, *Miras Hukuku* (3. Basım, Yeni Cezaevi 1955) 750.

gelişmektedir<sup>14</sup>. Fakat gelir kapitalizasyonu metodu, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda düzenlenen kamulaştırma bedeli hesaplamasında kullanılan bir metottur<sup>15</sup>. Dolayısıyla mirasa konu tarımsal arazilerin özgülenmesinde gelir esaslı değer ve bunun yarattığı sorunlar, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin verdiği kararlar ışığında ve doktrindeki görüşler kapsamında incelenmiştir.

Mirasa konu tarımsal arazilerde yapılacak özgülemeye, gelir kapitalizasyonu metodu ile elde edilen değer esas alınır. Bunun sebebi, tarımsal taşınmazlarda gelir esaslı değer üzerinden özgüleme yapılması gerektiğine dair TMK m. 657/II ve TKAKK m. 8/C hükümleridir. Diğer bir ifadeyle gelir esaslı değer, tarımsal arazilerin üçüncü bir kişiye satışında veya mirasçıların tamamının aynen taksim sözleşmesi yapması durumunda kural olarak uygulanmaz<sup>16</sup>.

Tarımsal arazinin özgüleneceği mirasçının belirlenmesine dair hâkim tarafından verilen karar, mirasın paylaşılması niteliğini taşır<sup>17</sup>. Tarımsal arazinin değeri belirlendikten sonra diğer mirasçıların miras payı oranı hesaplanmalıdır<sup>18</sup>. Tarımsal arazi bir mirasçıya özgülendiğinde diğer mirasçılar miras payına kavuşamamış olabilir. Bu durumda miras payından fazlasını elde eden mirasçı, diğer mirasçıların eksik kalan miras paylarını TKAKK m. 8/D hükmü gereğince altı ay içinde sulh hukuk mahkemesinin veznesine depo ederek tamamlamalıdır<sup>19</sup>. Aksi durumda tarımsal arazi başka ehil mirasçıya aynı usülle özgülenir veya sulh hukuk hâkimi tarımsal arazinin açık artırımla satılmasına karar verir (TKAKK m. 8/D).

<sup>14</sup> Yargıtay kararları incelendiğinde tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden özgülenmesine ilişkin detaylı bir karara rastlanılmamıştır. Bunun yerine tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden ehil mirasçılara devri talepli açılan davalarda Yargıtay'ın yetki ya da zaman bakımından red kararlarına rastlanmıştır. Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 14. HD, T. 21.01.2021, K. 2021/226, E. 2017/1289, www.legalbank.net [17.04.2023]; Yargıtay 14. HD, T. 25.11.2020, K. 2020/7785, E. 3979, www.lexpera.com.tr [22.02.2023].

<sup>15</sup> 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinin f bendine göre "Arazilerde, taşınmaz mal veya kaynağın mevkii ve şartlarına göre ve olduğu gibi kullanılması hâlinde getireceği net gelirini" kamulaştırma bedeli net gelirin esas alınmasıyla yani gelir değeri yöntemine göre hesaplanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Volkan Başer, 'Tarımsal Arazi Değerlemesinde Mevcut Sorunlar ve Çözüm Yaklaşımları' 2020 10 (2) Karadeniz Fen Bilimleri Dergisi 431, 433; Sadullah Özel 'Tarımsal Arazilerin Kamulaştırma Bedelinin Tespitine Yönelik Yasal Ölçütlerin Mülkiyet Hakkı Açısından İncelenmesi' 2015 5 (1) Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi 168 vd.; Ziya Gökçalp Mülayim ve Turan Güneş, *Bilirkişi Rehberi* (1. Baskı, Ayrıldız 1986) 23; Sait Engindeniz, 'Tarım Arazilerinin Kamulaştırılmasında Gelir Yöntemini Uygulama Esasları' 2010 (192) TKB Türk Tarım Dergisi 53-57; Sait Engindeniz, Cansu Başaran ve Betül Susam, 'Tarım Arazilerinin Kamulaştırma Bedellerinin Saptanmasında Gelir Yönteminin Uygulanmasıyla İlgili Anlaşmazlıklar' 2015 TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 15. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı 1 [https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/56dd330a5bab420\\_ek.pdf](https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/56dd330a5bab420_ek.pdf) Erişim Tarihi: 10.03.2023.

<sup>16</sup> Osman Levent Özyay, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, Yetkin 2015) 193; Erdoğan (n 4) 166; Ziya Gökçe, 'Tarımsal İşletmenin Tahsisi' 2001 2 Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı 831, 870; Aynen taksim veya üçüncü kişiye satışta kıymet takdirii yapılmasına ihtiyaç olmadığı görüşü için bkz. İmre (n 13) 773.

<sup>17</sup> Bağatur (n 13) 869; İpek Sağlam 'Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi' 2010 16 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 218.

<sup>18</sup> Zevkliler (n 13) 156.

<sup>19</sup> Dural ve Öz (n 3) 522; Zevkliler (n 13) 139; Bağatur (n 13) 870; Diğer mirasçılara ödenen miktar, mirasçıların tarımsal araziden pay alamaması sebebiyle kendilerine miras payının genellikle parayla, anlaşılması durumunda belirli miktarda mal veya ürünle ödenmesi şeklinde gerçekleşir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler (n 13) 142, 143; Bağatur (n 13) 870.



## 2. Gelir Esaslı Değer Üzerinden Özgülenecek Mirasçının Tespiti

Gelir kapitalizasyonu yöntemiyle elde edilen değerın uygulanması, TKAKK m. 8/C<sup>20</sup> düzenlemesine göre kanaatimizce iki durumda mümkündür. Bu durumlardan ilki, mirasçılar arasında yalnız bir ehil mirasçının varlığıdır. Başka bir ifadeyle belirtmek gerekirse tek bir ehil mirasçının varlığının tespiti durumunda, tarımsal arazi gelir esaslı değer üzerinden ilgili mirasçaya özgülenir. Bu bağlamda tek ehil mirasçı varsa ve bu mirasçı özgüleme talebinde bulunduysa kanaatimizce, ehil olmayan mirasçılarının tarımsal arazinin özgülenmesi talebi sulh hâkimi tarafından dikkate alınmamalıdır<sup>21</sup>. Nitekim ehil olmayan mirasçılar tarafından teklif edilen bedelin ne kadar yüksek miktarda olduğu önem arz etmemelidir<sup>22</sup>. Ancak kanaatimizce, ehil mirasçının özgüleme talebinde bulunmaması, gelir esaslı değer uygulamasını devre dışı bırakarak ehil olmayan mirasçılarını tarımsal arazinin özgülenmesi noktasında hak sahibi yapar.

İkinci durum, birden çok ehil mirasçı olması durumunda asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan mirasçı bulunmasıdır. Zira hükme göre, birden çok ehil mirasçı varsa ve fakat asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan bir mirasçı yoksa tarımsal arazi, *“bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçaya”* özgülenir (TKAKK m. 8/C/II, a). Diğer bir deyişle birden fazla ehil mirasçı arasında asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan bir mirasçının olmaması, gelir kapitalizasyonu yönteminin uygulanmamasına yol açar. Buna ek olarak tek bir ehil mirasçının dahi mevcut olmaması durumunda, tarımsal arazi en yüksek bedeli teklif eden mirasçaya özgülenir. Sonuç olarak mirasçılar arasında ehil mirasçı bulunmaması veya ehil mirasçılar arasında asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan bir mirasçının bulunmaması; gelir yöntemini devre dışı bırakma etkisine sahiptir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> TKAKK m. 8/C/II, a’da özgülenmenin yapılacağı mirasçı, *“Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçaya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçaya, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçaya devrine karar verir.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Miras paylaşım davasının 15.05.2014 tarihinden önce açılan ve devam eden davalarda uygulanması gereken hüküm ise *“Mirasçılardan birinin özgüleme istemine itiraz etmesi veya isteklilerin birden çok olması hâlinde, sulh hâkimi, kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutmak suretiyle işletmenin hangi mirasçaya özgüleneceğine karar verir. İşletmeyi kendisi işletmek isteyen ve bunun için ehil olduğu anlaşılan mirasçaya özgülemeye öncelik tanınır. İşletmeye ehil olmanın belirlenmesinde, özgülenme isteyen mirasçının eşinin yetenekleri de göz önünde tutulur.”* şeklindeki TMK mülga m. 661’dir. Kanaatimizce, tarımsal arazinin kime özgüleneceğinin tespitini sağlayan TKAKK hükmü, olası ihtimaller üzerinden daha sistemli ve detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.

<sup>21</sup> Ehil mirasçının özgüleme talebinde bulunması gerektiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkiler (n 13) 110; Çabri (n 3) 357; Sağlam (n 17) 212; Erdoğan (n 4) 159-160.

<sup>22</sup> Bu hususta kanaatimizce ehil mirasçının; kendi miras payı oranını düşünerek ve ehil olmayan mirasçının teklif ettiği bedeli dikkate alarak tarımsal arazinin bu mirasçaya özgülenmesine rıza göstermesi mümkün olabilmelidir.

<sup>23</sup> Kanaatimizce gelir esaslı değer bakımından TMK mülga m. 659, TKAKK m. 8/C hükmüne göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Zira mülga m. 659’a göre mirasa konu tarımsal işletmeler *“ehil mirasçılardan birinin istemde bulunması hâlinde bu mirasçaya gelir değeri üzerinden”* özgülenir. TKAKK m. 8/C’de ise tarımsal arazinin hangi mirasçaya özgülenmesi gerektiği kademeli olarak detaylandırılmış; tek ehil mirasçı veya ehil mirasçılardan asgari geçimini sağlayan mirasçaya gelir esaslı değer üzerinden özgüleme yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla mirasa konu tarımsal arazi, TMK mülga hükümlerinin uygulanması gereken uyumsuzluklarda ehil mirasçılarının tamamına (*“Özgülenmesi hangi mirasçaya yapılacağı”* başlıklı TMK m. 661 de dikkate alınarak) gelir esaslı değer üzerinden özgülenebilir.

Birden fazla ehil mirasçı olması durumunda öncelik, asgari geçimini söz konusu tarımsal araziden sağlayan mirasçıya tanınır<sup>24</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre ehil mirasçının birden fazla olması durumunda tarımsal arazinin hangi mirasçıya özgüleneceği noktasında hâkim, Kanun'da yer alan kriterler üzerinden karar vermelidir<sup>25</sup>. Ehil mirasçının sahip olması gereken özellikler, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle<sup>26</sup> düzenlenir (TKAKK m. 8/C/IV). Diğer yandan doktrindeki bir görüşe göre tarımsal arazinin kendisine özgülenmesi talebinde bulunan mirasçı, tarım arazisini bizzat işlemek yerine kiraya vermek amacını güdüyorsa bizzat işlemek niyetinde olan mirasçı tercih edilmelidir<sup>27</sup>. Özgüleme talebinde bulunan mirasçı, kiraya vermenin yanında tarımsal araziye mülkiyeti devir amacı güden sözleşmelere konu etme niyetinde de olabilir. Bu doğrultuda özgülenecek mirasçı belirlenirken tarımsal arazinin bizzat işlenmesi dışındaki tüm ihtimallerin kapsam dâhiline alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Kanaatimize göre, özgüleme yapılacak ehil mirasçının belirlenmesiyle ilgili yukarıda açıklanan tüm hususlar; asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan birden fazla mirasçının bulunduğu durumlarda dikkate alınabilir. Çünkü TKAKK'a göre, mirasçılar arasında asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan bir mirasçı bulunmuyorsa, özgüleme için en yüksek bedeli teklif eden mirasçı yeterlidir. Diğer bir deyişle asgari geçimini sağlayan ehil mirasçı yokken tarımsal arazi; en yüksek bedeli teklif eden, ancak tarımsal araziye bizzat işleme niyetinde olmayan veya Yönetmelik'teki kriterlerden en düşük puanı alan mirasçıya özgülenebilir. Kanaatimizce bu durumu; en yüksek teklifi sunan ehil mirasçının, ehil mirasçı kriterlerinin değerlendirilmesini engeller hâle getirdiği şeklinde açıklamak mümkündür.

<sup>24</sup> Gelir esaslı değer kapsamında; TMK mülga m. 661/II'de tarımsal araziye kendisi işletmek isteyen ehil mirasçıya öncelik tanınırken TKAKK m. 8/C'de asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan ehil mirasçıya öncelik tanınmıştır. Öte yandan TKAKK hükmünden farklı olarak TMK mülga hükümleri uygulanırken özgülenme talebinde bulunan mirasçının eşinin yetenekleri de dikkate alınmalıdır.

<sup>25</sup> Fikret Eren ve Veysel Başpınar, *Toprak Hukuku* (5. Bası, Savaş 2017) 182.

<sup>26</sup> Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in 10. maddesinde "ehil mirasçıya ait kriterler" sayılmıştır. Yönetmelik'te birçok kriter sıralanarak kriterlere çeşitli puanlar verilmiştir. Hâkimin de mevcut kriterler üzerinden hesaplama yapması ve elli puanı aşan mirasçıyı ehil mirasçı olarak tespit etmesi gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Eren ve Başpınar (n 25) 182. Mirasçının ehil olma şartına ilişkin doktrindeki diğer açıklamalar için bkz. Halil Cin, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, Sevinç 1979) 125-126; Zevkliler (n 13) 113 vd.; Sağlam (n 17) 215; Mehmet Özgür Avcı, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (1. Baskı, On İki Levha 2014) 234 vd.; Dural ve Öz (n 3) 521.

<sup>27</sup> Eren ve Başpınar (n 25) 184; Cin (n 26) 127; Tarımsal araziye bizzat işletecek mirasçıya öncelik verilmesi gerektiği hakkında doktrindeki diğer açıklamalar için bkz. Zevkliler (n 13) 115, 119; Sağlam (n 17) 216; Avcı (n 26) 237.

## C. Tarımsal Arazilerin Gelir Esaslı Değeri ve Hesaplaması

### 1. Gelir Esaslı Değer Tanımı

Tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri, TAMDİY m. 4/g’de “*Tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpımı sonucu hesaplanan değeri*” şeklinde ifade edilmekteydi. Bu tanım, Yönetmelik’te yapılan değişiklik sonrasında “*Tarım arazilerinin değeri: Tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin, kapitalizasyon oranı kullanılarak hesaplanan değeri*” olarak değiştirilmiştir.

Gelir esaslı değer, doktrinde farklı terimlerle ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Doktrindeki bir tanıma göre, bir yılda elde edilen gelirden amortisman payının çıkarılmasıyla “*belirli bir faiz haddiyle kapitalizasyonu yoluyla elde edilen değer*”<sup>29</sup> olarak belirtilmiştir. Diğer bir tanıma göre gelir esaslı değer, bir maldan sürekli bir şekilde elde edilen gelirin kapital değere çevrilmesidir<sup>30</sup>. Başka bir tanıma göreyse bir maldan elde edilecek tüm net gelirlerin ortalamasının değer takdir zamanına indirgenmesi olarak ifade edilebilir<sup>31</sup>.

Doktrin ve Yönetmelik’teki tanımlardan anlaşıldığı üzere gelir esaslı değer hesaplamasında öncelikle tarımsal arazinin yıllık net gelirin, ardından kapitalizasyon faiz oranının tespiti gerekmektedir. Bu sebeple öncelikle yıllık ortalama net gelir, ardından kapitalizasyon faiz oranı ve gelir esaslı değer hesaplaması açıklanmıştır.

### 2. Yıllık Ortalama Net Gelir

Bir tarımsal araziden elde edilen yıllık net gelir, arazi rantı olarak da ifade edilmekte ve çeşitli yöntemlerle tespit edilmektedir<sup>32</sup>. Doktrindeki genel kabule göre

<sup>28</sup> İmre, “gelir esaslı değer” yerine “*hasılat ve gelir (verim kıymeti)*” terimini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İmre (n 13) 772 vd.; Göktürk, “gelir esaslı değer” yerine “*hasılat kıymeti*” terimini kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Göktürk (n 13) 750; Köprülü, “gelir esaslı değer” yerine “*verim kıymeti*” terimini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Köprülü (n 13) 331 vd.; Saymen, “gelir esaslı değer” yerine “*verim kıymeti*” terimini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Saymen (n 13) 362 vd.; Mülayim, “gelir esaslı değer” yerine değer biçme kriteri olarak “*gelirlerin kapitalizasyonu kriteri*” terimini kullanırken değer biçme yöntemi olarak “*analitik yöntem*” terimini kullanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ziya Gökalep Mülayim, *Tarımsal Değer Biçme (Genel - Özel - Yasal)* (1. Baskı, Yetkin 1994) 29 vd.; Rehber, “gelir esaslı değer” yerine “*gelir yöntemi*” veya “*gelirlerin kapitalizasyonu*” terimlerini tercih etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan Rehber, *Tarımsal Kıymet Takdiri (Değerleme) ve Bilirkişilik* (2. Baskı, Ekin 2008) 48 vd.; Köktürk, “gelir esaslı değer” terimi yerine “*gelir yöntemi*” terimini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erol Köktürk ve Erdal Köktürk, *Taşınmaz Değerlemesi* (5. Baskı, Seçkin 2022) 999. Hazar, “gelir esaslı değer” terimi yerine “*gelir (gelirlerin kapitalizasyonu) yaklaşımı*” terimini tercih etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Adalet Hazar, *Varlık Değerleme Yaklaşımları Çerçevesinde Gayrimenkul Değerleme* (2. Baskı, Seçkin 2023) 136 vd. Gelir değeri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Mülayim ve Güneş (n 15) 16 vd.; Gökçe (n 16) 869 vd.

<sup>29</sup> Zevkililer (n 13) 144; Benzer bir tanım için bkz. Köprülü (n 13) 332.

<sup>30</sup> Rehber (n 28) 48-52.

<sup>31</sup> Mülayim ve Güneş (n 15) 16; Köktürk ve Köktürk (n 28) 998.

<sup>32</sup> Mülayim, “arazi rantı” yerine “*çiftlik rantı*” terimini tercih etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mülayim (n 25) 58; Yıllık net gelir tahmininin “*kira geliri yaklaşımı*”, “*artık gelir yaklaşımı*”, “*marjinal gelir yaklaşımı*” ve “*gölge fiyatı veya fırsat maliyeti yaklaşımı*” gibi çeşitli yaklaşımlarla hesaplanmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Rehber (n 28) 52 vd.; Mülayim/Güneş arazi rantını tarımsal arazinin malik tarafından işletilmesi ve ortaklık veya kiraçılık şeklinde işletilmesine göre farklı değerlendirmelere tâbi tutmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mülayim ve Güneş (n 15) 25 vd.

arazi rantı, gayrisafi üretim değerinden tarımsal arazinin kira gideri dışındaki tüm masrafların çıkarılmasıyla bulunur<sup>33</sup>. Yıllık net gelir hesaplamasının düzenlendiği TAMDİY madde 5'e göreseye gayrisafi üretim değeri, çiftçinin o yıl eline geçen ürün fiyatlarıyla münavebe<sup>34</sup> düzenine göre yıllık verim ortalamasının çarpılmasıyla elde edilir<sup>35</sup>. Gayrisafi üretim değerinden yıllık üretim masrafları çıkarılarak yıllık net gelire ulaşılır<sup>36</sup>. Aynı hükme göre ürün verim değerleri için Bakanlık kayıtları esas alınmalıdır (TAMDİY m. 5/IV).

Tarımsal arazilerin rantının sağlıklı tespit edilebilmesi için muhasebe kayıtlarının tutulması gereklidir<sup>37</sup>. Ancak ülkemizde tarımsal arazilerin muhasebe kayıtlarının tutulmadığı göz önünde bulundurularak kanaatimizce, TAMDİY'de arazi rantının artık gelir yaklaşımına (artık değer yöntemine) göre hesaplanması gerektiği öngörülmüştür. Zira doktrinde ifade edilen artık gelir yaklaşımında da Yönetmelik'te öngörüldüğü üzere gayrisafi üretim değerinden diğer tüm masraflar çıkarılarak rant hesabı yapıldığı görülmektedir<sup>38</sup>.

Yıllık ortalama net gelir hesabında, TAMDİY'de de öngörüldüğü şekliyle, masraf ve gelir tespiti için yapılacak teknik hesaplamaların doğru ve titizlikle yapılması gerekir. Hesaplama yapılacak küçük sapsmalar arazinin gelir esaslı değerini ciddi şekilde etkiler. Doktrindeki bir görüşe göre artık gelir yaklaşımı ile özellikle serbest rekabet koşulları göz ardı edildiğinden tarımsal araziler olması gerekenden çok daha az değerde belirlenebilir<sup>39</sup>.

### 3. Kapitalizasyon Faiz Oranı

Kapitalizasyon faiz oranı, gelir esaslı değer tanımında yapılan değişikliklerle beraber TAMDİY'de düzenlenmiştir. Tanıma göre *"taşınmazın yıllık ortalama net geliri ile gerçek satış değeri arasındaki oran"* kapitalizasyon faiz oranını verir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay, kapitalizasyon faiz oranını tarımsal arazinin net geliri (rantı)

<sup>33</sup> Rehber (n 28) 59; Mülayim ve Güneş (n 15) 25; Net faaliyet geliri hakkındaki açıklamalar için bkz. Köktürk ve Köktürk (n 28) 1004.

<sup>34</sup> Münavebe hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. Osman Kılıç 'Tarım Arazisinin Kamulaştırma Bedelinin Belirlenmesiyle İlgili Bilirkişi Raporlarının Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi' 2022 9 (1) Türkiye Tarımsal Araştırmalar Dergisi 81; Özel (n 15) 172-174; Köktürk ve Köktürk (n 28) 194.

<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi'nin gelir yöntemine göre yapılacak hesaplama hakkındaki ayrıntılı açıklamaları için bkz. *"...Net gelir yönteminde, taşınmazda mutat olarak ekilen tarım ürünlerinin ortalama verim miktarı ile değerlendirme yılındaki ortalama toptan kilogram satış fiyatları esas alınarak arazinin, değerlendirme yılında bir dekarından elde edilecek gayrisafi geliri bulunur. Gayrisafi gelirden ortalama masraflar çıkarılarak net gelir hesaplanır. Hesaba alınan ürünlerin yıllık ortalama fiyatları değil, hasat dönemindeki fiyatları esas alınır..."* AYM, 2. B., B. 2014/13886, T. 04.10.2014, www.lexpera.com.tr [30.11.2023].

<sup>36</sup> Yönetmelik'teki gayrisafi üretim değerinin tanımı, Mülayim/Güneş tarafından yapılan gayrisafi üretim değeri tanımıyla neredeyse birebir aynıdır. Tek fark Yönetmelik'te ayrıca münavebe düzeninin belirtilmesidir. Detaylı bilgi için bkz. Mülayim ve Güneş (n 15) 27.

<sup>37</sup> Rehber (n 28) 59; Mülayim ve Güneş (n 15).

<sup>38</sup> Artık gelir yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Rehber (n 28) 56-59; Mülayim ve Güneş (n 15) 26-27.

<sup>39</sup> Rehber (n 28) 57.

ile satış (çıplak) değerinin oranlanması olarak tanımlanmaktadır<sup>40</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre kapitalizasyon oranı, “tarımsal araziye yatırılan sermayenin kullanım hakkı ve sermayenin riski<sup>41</sup>” ifade etmektedir. Doktrindeki diğer bir tanımlamaya göre bir tarımsal araziye konan sermayenin faiz oranı, kapitalizasyon oranını verir<sup>42</sup>.

Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre kapitalizasyon faiz oranı %3 ile %15 arasında değişmektedir<sup>43</sup>. Bunun yanı sıra kapitalizasyon faiz oranı, çeşitli faktörlere bağlı olarak değişiklik gösterebilir<sup>44</sup>. Yargıtay, tarım arazisinin bulunduğu konum, topoğrafik ve toprak yapısı ile iklim şartlarının benzer olduğu farklı yerlerdeki sulu tarım arazilerinin değerinin tespitinde (tarımsal arazinin değerini artıran özel ve önemli bir faktörün bulunması ihtimali hariç) kapitalizasyon faiz oranını %5, kuru tarım arazilerindeyse %6 olarak uygulamaktadır<sup>45</sup>. Bunun yanı sıra aynı coğrafi bölge içindeki tarımsal araziler için belirlenen kapitalizasyon faiz oranının mahkeme

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Yönetmelik tarafından yapılan tanımın aynı olduğu görülmektedir. Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; “...Kapitalizasyon faizi taşınmazın bedelinin belirlenmesinde hesaba katılan bir unsur olup yıllık net geliri ile gerçek satış bedeli arasındaki oranı ifade etmektedir. Kapitalizasyon faizi, bir kapital (sermaye) olarak taşınmazın yıllık getirisinin (semeresinin), bunun gerçek değerine olan oranını göstermektedir...” AYM, 2. B., B. 2014/13886, T. 04.10.2014, www.lexpera.com.tr [30.11.2023]; Aynı görüşteki açıklamalar için bkz. Köktürk ve Köktürk (n 28) 1008 vd.

<sup>41</sup> Dalcı Özdoğan (n 3) 106, d. 63.

<sup>42</sup> Mülâyim ve Güneş (n 15) 18.

<sup>43</sup> “...Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarına göre tarım arazisinde değer, taşınmazın yıllık tarımsal gelirinin kapitalizasyon faizine oranlanması suretiyle bulunmaktadır. Kapitalizasyon faizi ise %3-%15 arasında değişmekte olup, bu aynı zamanda arazinin rantı ile satış değeri arasındaki oranı belirlediğinden, uygulanacak kapitalizasyon faiz oranı saptanırken arazinin verimine etkili olan (sulu, taban arazisi, toprağın terkibi, ekilebilecek ürünler) faktörler yanında, satış değerine etkili olabilecek faktörler de (önemli yerleşim birimlerine yakınlığı, tarımsal amaçlı alt yapı olanakları, pazarlama ve ulaşım probleminin olmaması, yerleşim merkezine yakınlığı vs.) dikkate alınır...” Yargıtay HGK, T. 29.01.2016, K. 2016/124, E. 2015/161, www.legalbank.net [17.04.2023]; “...Ancak Ülkemizde, bölgelere özgü kapitalizasyon faiz oranı belirlenmemiş olup; Yerleşmiş uygulama ve Yargıtay içtihatlarına göre bu oranın Türkiye’nin coğrafi konumu, iklim koşulları, toprak yapısı ve verimliliğe etkili olan diğer unsurlar dikkate alınarak % 3 ile % 15 arasında olabileceği kabul edilmiştir...” Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; “...Doktrin de belirtildiği ve Yargıtay tarafından da benimsendiği üzere kapitalizasyon faizi Türkiye genelinde % 3 ile % 15 arasında değişmektedir...” Yargıtay 5. HD, T. 07.04.2008, K. 2008/4305, E. 2008/1326, www.lexpera.com.tr [06.04.2023].

<sup>44</sup> “...uygulanacak kapitalizasyon faiz oranı saptanırken arazinin verimine etkili olan (sulu, taban arazisi, toprağın terkibi, ekilebilecek ürünler) faktörler yanında, satış değerine etkili olabilecek faktörler de (önemli yerleşim birimlerine yakınlığı, tarımsal amaçlı alt yapı olanakları, pazarlama ve ulaşım probleminin olmaması, yerleşim merkezine yakınlığı vs.) dikkate alınır...” Yargıtay HGK, T. 09.11.2016, K. 2016/1051, E. 2016/1988, www.lexpera.com.tr [27.11.2023]; “...Kıymeti takdir edilecek arazinin bedelinin belirlenmesinde uygulanacak kapitalizasyon faiz oranı, bölgede geçerli ortalama orandan hareketle, arazinin özel nitelikleri, başka bir anlatımla sulu veya kuru oluşu, toprağın yapısı, ekilebilecek ürünler, verimi, yüzölçümü, taşınmaz toprağının kompozisyonu gibi nitelikleri dikkate alınarak belirlenmektedir. Araziye uygulanacak faiz oranı, saptanan bu niteliklere göre azalıp çoğalacaktır...” Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [10.04.2023].

<sup>45</sup> “...Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamalarına göre, iklim koşulları arazisinin toprak ve topoğrafik yapısı ile bölgesindeki konumu gözetildiğinde dava konusu taşınmazın bulunduğu yerle benzer nitelikte olan ülkemizin değişik yörelerindeki sulu tarım arazilerinin değerlendirilmesinde (değeri önemli etkileyen, kanıtlanmış farklı ve özel bir etkenin bulunması durumu dışında) kapitalizasyon oranı %5 olarak alınmaktadır...” Yargıtay 18. HD, T. 18.04.2013, K. 2013/6825, E. 2013/2234, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; “...sulu tarım arazilerinin değerlendirilmesinde kapitalizasyon faiz oranı %5, kuru tarım arazilerinde ise %6 olarak alınmaktadır...” Yargıtay 18. HD, T. 27.05.2013, K. 2013/9182, E. 2013/6450, www.lexpera.com.tr [10.04.2023].

tarafından değiştirilmesi durumunda, farklı bir oranın temel alınmasının somut bir gerekçe ile desteklenmesi gerekmektedir<sup>46</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2022 yılında verdiği kararlarda sulu tarım arazilerinde uygulanan %5'lik kapitalizasyon faiz oranının yerini %4'lük orana bıraktığı eğilimi gözlenmiştir<sup>47</sup>. Buna rağmen son güncel çalışmalar, kapitalizasyon faiz oranının %3 ile %15 arasında olması gerekliliğinin artık geçerli olmadığını göstermektedir; dolayısıyla bu önermenin güncelliğini yitirdiğinden bahsedilebilir. Zira 2022 yılının sonunda yapılan bir çalışmada sulu tarım arazileri bakımından kapitalizasyon faiz oranı, %2.40 olarak tespit edilmiştir<sup>48</sup>.

#### 4. Tarımsal Arazilerin Gelir Esaslı Değerinin Hesaplanması

Tarımsal arazilerin gelir esaslı değerinin nasıl hesaplanması gerektiği Kanun'da düzenlenmemişken TAMDİY'de bu husus hüküm altına alınmıştır. Gelir esaslı değer hesaplamasına ilişkin Yönetmelik hükümleri, 2021 yılının Aralık öncesinde detaylı düzenlenmediğinden hesaplamada dikkate alınacak faktörler Yargıtay içtihatlarıyla belirlenmekteydi. Örneğin bir tarımsal arazinin net gelirinin nasıl hesaplanması gerektiği; Yargıtay'ın birçok kararında gerekçeli bir şekilde ve değeri etkileyecek bütün faktör ve özelliklerin kalem kalem belirlenmesi şeklinde ifade edilmekteydi. Yapılacak değerlemede özellikle münavebe düzeninin dikkate alınması ve verim, üretim ve satış bedellerinin; tarım arazisinin bulunduğu tarım ve hayvancılık müdürlüğü verilerine dayanması gerektiği belirtilmekteydi<sup>49</sup>. Kanaatimizce, ilgili hususlarda Yargıtay içtihatlarında bahsedilen faktörler dikkate alınmış ve "tarım

<sup>46</sup> "...Nitekim aynı köyle ilgili olarak kamulaştırma bedelinin tespitine ilişkin çeşitli davalarda verilen kararlarda tespit edilen faiz oranından farklı bir oranın niçin belirlenmiş olduğu da ilgili ve yeterli bir gerekçeyle gösterilmemiştir. Sonuç olarak bu hususta derece mahkemelerince anılan taşınmazın bulunduğu köye/bölgeye ilişkin Dairenin yerleşik içtihadının aksine tespitler içeren bilirkişi raporunun hükme esas alınmasına rağmen yerleşik içtihadattan ayrılmayı gerektiren somut bir gerekçe gösterilmemiştir. Bu nedenle kamulaştırma işlemi sonucu mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle malike yüklenen külfet ile kamu yararı arasında makul bir dengenin kurulamadığı ve başvuruca yüklenen külfetin aşırı ve ölçsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır..." AYM, 1. B., B. 2019/5574, T. 08.12.2022, www.lexpera.com.tr [27.11.2023]; "...derece mahkemelerinin kararlarında ve bu kararların dayandığı bilirkişi raporunda, aynı köydeki diğer taşınmazlar yönünden uygulanan %5 oranındaki kapitalizasyon faizinin uyumsuzluk konusu taşınmaz yönünden neden uygulanmadığını açıklayan herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir..." AYM, 2. B., B. 14829, T. 28.01.2020, www.lexpera.com.tr [27.11.2023].

<sup>47</sup> "...Somut olayda taşınmazın sulu tarım arazisi niteliği, konumu ve yüzölçümü dikkate alındığında kapitalizasyon faiz oranının %4 oranında uygulanması gerekmektedir..." Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/394, E. 2021/332, www.legalbank.net [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; "...Somut olayda taşınmazın sulu tarım arazisi niteliği, konumu ve yüzölçümü dikkate alındığında kapitalizasyon faiz oranının %4 oranında uygulanması gerekmektedir..." Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/348, E. 2021/74, www.legalbank.net [10.04.2023].

<sup>48</sup> Zuhul Karakayacı, 'Konya İli Tarım Arazileri İçin Kapitalizasyon Oranı ve Değer Tespiti' 2023 26 (3) KSÜ Tarım ve Doğa Dergisi 664, 667.

<sup>49</sup> "...Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında ise özel ve dikkate alınması gereken haklı bir neden bulunmadıkça tarım arazilerinin olduğu gibi kullanılmasında halinde getireceği net gelir üzerinden bilimsel yöntemle yapılacak değerlendirmede münavebeye alınacak ürünler için dekar başına elde edilecek ortalama verim, üretim gideri ve toptan satış fiyatına ilişkin olarak ciddi istatistikî bilgilere dayalı olduğu bilinen o yerdeki gıda, tarım ve hayvancılık müdürlüğü verileri esas alınmaktadır..." Yargıtay 18. HD, T. 18.04.2013, K. 2013/6825, E. 2013/2234, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; "...Bu yöntemle taşınmazın değerinin saptanmasında münavebeye alınacak ürünler yönünden sulu ya da kuru tarım arazisi niteliğinde olup olmaması önem taşır..." Yargıtay 18. HD, T. 27.05.2013, K. 2013/9182, E. 2013/6450, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Gelir yöntemi uygulanırken kullanılması gereken formlerle ilgili detaylı açıklama için bkz. Köktürk ve Köktürk (n 28) 1013 vd.; Hazar (n 28) 143 vd.

arazilerinin değerlendirilmesinin yapılması” başlıklı TAMDİY m. 5 detaylı bir biçimde düzenlenmiştir.

Gelir değeri tanımında yapılan değişiklikteki dikkat çekici husus, gelir esaslı değer hesaplamasında yıllık ortalama net gelire esas alınan yirmi yıllık sürenin değiştirilerek yerini kapitalizasyon faiz oranına bırakmasıdır. Hâlbuki Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarında gelir kapitalizasyonu yöntemi uygulanırken yıllık ortalama net gelir yirmi yıl ile çarpılmamakta, bunun yerine yeni getirilen düzenlemede olduğu gibi kapitalizasyon faiz oranıyla hesaplama yapılmaktaydı<sup>50</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre, Yönetmelik’te yapılan değişiklik ile tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri ve gerçek değeri arasındaki farkın azaltılması hedeflenmiştir<sup>51</sup>.

Mevzuatta yapılan bu değişikliğin, tarımsal arazilerin gelir yöntemi esas alınarak hesaplanmasındaki sakıncaların önüne geçip geçmediği sorusu doğmaktadır. Bu soru, bir örnek üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır. Örneğin, İzmir’in Ödemiş ilçesindeki 10 dekarlık tarım arazisinin gelir esaslı değeri şu şekilde hesaplanır:

Öncelikle dava açılma tarihi belirlenir<sup>52</sup>. Dava açılma yılının 2023 olması ihtimalinde Ödemiş ilçesinde yetiştirilen başlıca tarım ürünlerinin incir, zeytin, üzüm olduğu ve yılda iki kez ürün alınabildiği varsayıldığında; ortalama verim hesabından ortalama masraflar çıkarılarak ortalama net gelir belirlenir. Dekar başına elde edilen net gelirin 2000 lira olması ihtimalinde 10 dekarlık tarımsal arazinin net geliri 20.000 lira olarak bulunur. Yönetmelik’teki düzenleme öncesinde yirmi ile çarpım yapıldığından net gelir 400.000 TL [20.000x20: 400.000] olarak tespit edilirdi. Yeni düzenlemeye göre kapitalizasyon faiz oranıyla yapılacak hesaplamada; tespit edildiği üzere sulu tarım arazilerinde Yargıtay artık %4’lük kapitalizasyon faiz oranı uyguladığından<sup>53</sup> elde edilecek gelir esaslı değer, 500.000 TL [20.000x(100/4): 500.000] olarak bulunur. Ayrıca bulunan değer 2022 yılı ve öncesi verilerine göre ulaşılması sebebiyle 2023 yılı verilerine göre güncelleme yapılması gerektiği unutulmamalıdır<sup>54</sup>.

Kanaatimizce Yönetmelik’teki düzenleme, Yargıtay uygulaması ile mevzuat arasında paralellik sağlanması amacıyla getirilmiştir. Bunun yanı sıra doktrindeki

<sup>50</sup> Dalcı Özdoğan (n 3) 107, dn. 63; Bu konudaki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 29.01.2016, K. 2016/124, E. 2015/161, www.legalbank.net [17.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; Yargıtay 5. HD, T. 07.04.2008, K. 2008/4305, E. 2008/1326, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; Yargıtay 18. HD, T. 18.04.2013, K. 2013/6825, E. 2013/2234, www.lexpera.com.tr [06.04.2023]; Yargıtay 18. HD, T. 27.05.2013, K. 2013/9182, E. 2013/6450, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/394, E. 2021/332, www.legalbank.net [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/348, E. 2021/74, www.legalbank.net [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023].

<sup>51</sup> Çabri (n 3) 318.

<sup>52</sup> TAMDİY m. 9/V, a: “...*Tarımsal gelir değeri, davanın açılış tarihi dikkate alınarak hesaplanır*”.

<sup>53</sup> Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/394, E. 2021/332, www.legalbank.net [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 29.03.2022, K. 2022/348, E. 2021/74, www.legalbank.net [10.04.2023].

<sup>54</sup> Dalcı Özdoğan (n 3) 106, dn. 63.

taşınmaz değerlendirme yöntemi olarak kabul edilen gelir yöntemi ile Yönetmelik'teki düzenleme örtüşmektedir. Bu nedenle, yirmi yıllık sabit bir değer yerine gelir yönteminde kabul gören prensipler çerçevesinde yapılan değişikliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

## II. Gelir Esaslı Değer ve Gerçek (Piyasa, Sürüm, Rayiç) Değer

Daha önce bahsedildiği üzere TMK m. 657'ye göre paylaşmanın yapıldığı anda taşınmazların gerçek değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Tarımsal araziler gelir esaslı değer üzerinden özgülenirken diğer taşınmazlar sürüm değerine göre özgülenmelidir (TMK m. 657/II). Bir tarımsal arazinin gerçek değerinin tespit edilmesi, piyasadaki çok sayıdaki benzer tarımsal arazilerin satış fiyatları üzerinden karşılaştırma yapılmasıyla gerçekleşir. Pazar yöntemi uygulanırken satış fiyatı belli olan tarımsal arazilerin ayrı ayrı tespit edilmesi gerekir. Tespit edilen tarımsal arazilerin dekar başına düşen ortalama satış fiyatı belirlenerek dava konusu tarımsal arazinin dekarına göre pazar değerine ulaşılır<sup>55</sup>. Gelir yöntemine göre yapılan değerlemedeyse tarım arazisinin ortalama net geliri ve kapitalizasyon faiz oranı verilerine ihtiyaç vardır<sup>56</sup>.

Gelir metoduna göre hesaplanan bir tarımsal arazinin değeri, genel anlamda piyasa değerinden düşüktür ve bu durum tarımsal arazi özgülenen mirasçının lehinedir<sup>57</sup>. Diğer bir deyişle gelir esaslı değer üzerinden tarımsal arazi kendisine özgülenmeyen mirasçılar bakımından aleyhe bir durum yaratıldığından bahsedilebilir. Dolayısıyla tarımsal arazinin özgülenmesinde gelir esaslı değer mi gerçek değer mi esas alınması gerektiği hususu, özgülenecek mirasçı ile diğer mirasçılar arasında menfaat çatışmasına neden olabilir.

Eski Medeni Kanun döneminde tarım arazilerinin hangi değerlendirme yöntemine göre mirasçılara özgüleneceğine dair mevzuatta hüküm bulunmamaktaydı. Bu sebeple tarımsal arazilerin kıymet takdirinin gelir esaslı değer mi yoksa piyasa değeri üzerinden mi belirlenmesi gerektiği çokça tartışılmış ve fakat görüş birliğine varılamamıştı<sup>58</sup>. Görüşlerden ilkinde göre; her ne kadar gelir esaslı değer mevzuatta açıkça düzenlenmemesi sebebiyle piyasa değerinin uygulanması gerekse de mirasa konu tarımsal araziler için gelir esaslı değer uygulanması daha adilânedir<sup>59</sup>. Doktrindeki diğer bir görüşe göre de eski kanun döneminde mevzuatta hüküm

<sup>55</sup> Mülâyim ve Güneş (n 15) 20.

<sup>56</sup> Mülâyim ve Güneş (n 15) 19; Keskin (n 2) 77.

<sup>57</sup> Verim hesaplamasıyla takdir olunan kıymetin satış kıymetinden umumiyetle daha düşük olduğu hakkındaki görüş için bkz. İmre (n 13) 774; Göktürk (n 13) 750; Köprülü (n 13) 332; Saymen (n 13) 363.

<sup>58</sup> Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler (n 13) 143 vd.; İmre (n 13) 772 vd.; Köprülü (n 13) 331 vd., Göktürk (n 13) 750; Saymen (n 13) 362 vd.; İnan (n 13) 397.

<sup>59</sup> Göktürk (n 13) 750; Aynı yönde, gelir yönteminin benimsenmesinin ihtiyaçları karşılamaya daha uygun olduğu görüşü için bkz. Köprülü (n 13) 334.



bulunmaması sebebiyle kıymet takdirinin piyasa değerine göre yapılması gerekirdi<sup>60</sup>. Bir başka görüşe göre ise kanun koyucunun bu konuda düzenleme yapmaması, bilirkişilere uygulayacağı metot bakımından takdir yetkisi tanımaktaydı. Dolayısıyla bilirkişiler, yapacağı kıymet takdirini mirasçılarının menfaat dengesini gözeterek gelir metoduna göre yapmalıydı<sup>61</sup>.

Ülkedeki toprak satışının artmasıyla tarımsal arazilerde yaşanan değer artışı göz ardı edilmemelidir. Bu çerçevede doktrindeki bir yazara göre öncelikle tarımsal arazinin gelir esaslı değeri belirlenmeli, ardından piyasa değeri göz önüne alınarak artırım yapılmalı ve bu şekilde değer takdiri yapılmalıdır<sup>62</sup>. Özellikle eski Medeni Kanun döneminde tarımsal arazilerin kıymet takdiri için bir metodun belirlenmemesi, ifade edildiği üzere, birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda gelir metodu benimsense de doktrindeki bir görüşe göre gelir esaslı değer üzerinden özgülemeyen vazgeçilerek tarımsal arazilerin gerçek değeri üzerinden özgülenmesi gerekmektedir. Ayrıca bu durumun mirasçılar arasında eşitsizlik yarattığı ifade edilmektedir<sup>63</sup>.

Gelir kapitalizasyonu yönteminin esas alınması gerektiği, doktrinde çeşitli şekillerde gerekçelendirilmektedir. İlk görüşe göre piyasa değerinin uygulanması, objektifliği ortadan kaldırarak yanlış hesaplama yapılması sonucunu doğurabilir. Özellikle kısa vadede oldukça fazla değişikliğe uğrayabileceğinden piyasa değerinin objektifliği, gelir esaslı değere göre daha düşüktür<sup>64</sup>. Dolayısıyla gelir yönteminin uygulanması gerektiği görüşünün ilk sebebi, objektifliği sağlamaktır.

İkinci olarak doktrindeki birçok yazar, tarımsal arazi özgülenen mirasçının mali durumunu korumak amacıyla gelir esaslı değer uygulanması gerektiğini ifade etmektedir<sup>65</sup>. Bu görüşe göre tarımsal arazi özgülenen mirasçı yerine diğer mirasçıların uğradığı zarar gerekçesiyle gelir esaslı değer uygulanmaması gerektiğini savunmak doğru değildir<sup>66</sup>. Ayrıca, gelir kapitalizasyonu yönteminin esas alınmasıyla mirasçı, tarımsal araziyi işleyerek rahatça ödeme yapabilir<sup>67</sup>. Aksi takdirde (gerçek değer esas alınması durumunda) ehil mirasçı, tarımsal araziden kazandığı gelirden bağımsız bir değer yükü altına girmiş olur ve diğer mirasçıların miras payı oranını karşılayabilmek

<sup>60</sup> Ancak tarımsal arazinin elde ettiği "hasılat ve gelir (verim kıymeti)" dikkate alınarak hakkaniyete uygun bir değerlemenin yapılması daha yerindeydi. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İmre (n 13) 775.

<sup>61</sup> Saymen (n 13) 365.

<sup>62</sup> İnan (n 13) 397.

<sup>63</sup> Çabri (n 3) 353 dn. 1041.

<sup>64</sup> Zevkliler (n 13) 147; Doktrindeki bir görüşe göre, tarımsal arazilerin piyasa değerinin sabit olmaması ve bu sebeple gelir değerinin objektif olduğu, ayrıca iki tarım arazisinin gerçek değeri aynıyken gelir değerlerinin farklı olma ihtimali gerekçesiyle gelir değeri en adil ve doğru hesaplamadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe (n 16) 870.

<sup>65</sup> Saymen (n 13) 364; Zevkliler (n 13) 146; Göktürk (n 13) 750; Köprülü (n 13) 334; Bağatur (n 13) 871; Gökçe (n 16) 869.

<sup>66</sup> Zevkliler (n 13) 146.

<sup>67</sup> Göktürk (n 13) 750; Ayrıca, tarımsal arazi özgülenen mirasçının diğer mirasçıların miras payını ödemesi gereken miktarı, tarımsal araziden elde ettiği gelirle ödemesi gerektiğine dair görüş için bkz. Gökçe (n 16) 869.

için borç altına girmek zorunda kalabilir. Örneğin mirasçı, varsa başka taşınmazı üzerine ipotek koydurmak durumunda kalabileceği gibi borç ödemediği aciz duruma da düşebilir<sup>68</sup>. Bunun yanı sıra doktrindeki bir görüşe göre tarımla geçinen insanların gelirini tarımsal araziden kazandığı göz önünde bulundurularak sırf diğer mirasçıların miras payının ödenebilmesi için başka mal ya da varsa şahsi gelire başvurulmasının beklenmemesi gerekir<sup>69</sup>.

Üçüncü olarak doktrindeki diğer bir yazar; ehil mirasçıya yapılacak özgülemede gelir esaslı değerın uygulanması gerekliliğini, tarımsal arazilerin işlenerek sürdürülebilir tarım sistemi yaratmaya dayandırmıştır. Buna ek olarak yazar, tarım sisteminin sürekliliği için gelir esaslı değer uygulamasının hakkaniyete daha uygun olduğunu ifade etmektedir<sup>70</sup>.

Yukarıda üç farklı gerekçe olarak açıklanan “objektiflik” ile özellikle “tarımsal arazi kendisine özgülenecek ehil mirasçının mali durumu” ve “tarım sisteminde sürdürülebilirlik” hususları gereğince ve doktrindeki genel kanaat çerçevesinde; tarımsal arazilerin özgülenmesinde esas alınacak değerleme bakımından gelir kapitalizasyonu yönteminin uygulanmasının daha isabetli olduğu görülmektedir. Aslında TKAKK m. 8/D’ye göre ehil mirasçıya diğer mirasçıların paylarını ödemesi için altı ay ile talep hâlinde tanınacak altı aylık ek süreyle ödeme kolaylığı sağlanmaya çalışılmıştır. Hükme göre mirasçıya tanınan sürelerle rağmen bedelin sulh hukuk mahkemesi vizesine depo edilmemesi ve diğer mirasçıların devir talebinde bulunmaması durumunda hâkim, tarımsal arazinin açık artırmayla satışını sağlar. Ancak kanaatimizce tarımsal arazinin özgülenmesinde gerçek değerın esas alınması durumunda; özellikle asgari geçimini tarımsal araziden kazanan ehil mirasçılara ve diğer ehil mirasçılara tanınan önceliğin bir anlamı kalmaz.

Sonuç olarak kanaatimizce, tarımsal arazi özgülemesinde gerçek değerın esas alınması; özellikle günümüzdeki yüksek enflasyon oranları sebebiyle ehil mirasçının kredi imkânı bulamayarak ödeme yapmasının önüne geçebilir. Ayrıca, özgülemede gerçek değer; tarımsal arazinin, asgari geçimini tarımsal araziden sağlayan ehil mirasçı yerine mali durumu iyi olan mirasçılara özgülenmesine neden olur. Başka bir ifadeyle tarımsal arazilerin gerçek değer üzerinden özgülenmesi, tarımda ehil olmayı bertaraf ederek ekonomik gücü daha fazla olan mirasçıları avantajlı duruma getirir. Böylece tarımsal arazilerin işletilmesinde süreklilik amacının sağlanması da artık söz konusu olmaz. Ancak tüm bu açıklamalara rağmen mirasa konu tarımsal arazilerin paylaşılmasında gelir esaslı değerın bazı sorunlara yol açtığı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla kanaatimizce, gelir kapitalizasyonu yöntemi

<sup>68</sup> Saymen (n 13) 364; Gerçek değerın esas alınmasının tarımsal arazi kendisine özgülenen mirasçının tüm rizikoları yüklenmesine neden olacağı, ayrıca rizikonun adalet kaidesi gereğince tüm mirasçılar arasında paylaşılması gerektiği görüşü için bkz. Saymen (n 13) 364.

<sup>69</sup> Gökçe (n 16) 869.

<sup>70</sup> Özey (n 16) 129.

ile değerlendirme yapılırken sunulan çözüm önerilerinin dikkate alınması önem arz etmektedir.

### III. Gelir Esaslı Değerin Yarattığı Sorunlar

#### A. Gelir Esaslı Değerin Diğer Mirasçılara Etkisi

Gelir esaslı değer, mirasa konu tarımsal arazilerin paylaşılmasında uygulandığından tüm mirasçıları ilgilendirmektedir. Doktrindeki bazı yazarlar gelir esaslı değer, tarımsal arazinin devamlılığının sağlanması ve özgülenen mirasçının korunması bakımından hakkaniyete daha uygun olduğunu savunmaktadır<sup>71</sup>. Diğer yandan belirli durumlarda tarımsal arazinin gelir esaslı değeriyle gerçek değeri arasındaki farkın çok yüksek olması sebebiyle, tarımsal arazi kendisine özgülenen mirasçının miras payından fazla menfaat elde edebileceği doktrinde ifade edilmektedir. Bu durumda diğer mirasçılar, miras payı bakımından hak kaybına uğrayabilir<sup>72</sup>.

Kanaatimizce de tarımsal arazinin kıymet takdirinin pazar değeri yerine gelir yöntemine göre belirlenmesi, tarımsal arazi özgülenmeyen mirasçılar için aleyhe bir durum yaratabilir. Bu durumda tarımsal arazi kendisine özgülenen mirasçının, miras payından fazlasını elde ettiğinden bahsedilebilir. Ayrıca tarımsal arazinin gelir esaslı değeri doğru hesaplanırsa dahi (özellikle yüksek enflasyonun olduğu ülkemizde piyasa fiyatlarının gelir esaslı değer yanında fahiş kalması sebebiyle) diğer mirasçılar hak kaybına uğrarken gelir esaslı değer düşük hesaplanması veya tarımsal arazi üzerinde piyasa değeri üzerinden kâr elde edilmesi durumunda mirasçıların uğrayacağı hak kaybı daha da artar.

#### B. Gelir Esaslı Değerin Doğru Hesaplanamaması

Tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri, arazinin yıllık ortalama net gelirinin kapitalizasyon faiz oranına bölünmesiyle tespit edilir. Neredeyse her tarım arazisinin kapitalizasyon faiz oranı değişiklik arz eder. Bu sebeple kapitalizasyon faiz oranının doğru tespiti, gelir esaslı değer belirlenmesinde oldukça önemlidir<sup>73</sup>. Zira kapitalizasyon faiz oranının az belirlenmesi gelir esaslı değeri yükseltirken kapitalizasyon faiz oranının fazla belirlenmesi gelir esaslı değeri düşürür. Diğer bir

<sup>71</sup> Özay (n 16) 193.

<sup>72</sup> Saymen (n 13) 364; Okan Yıldız, Bayram Uzun ve Yakup Emre Çoruhlu, 'Tarım Arazilerinin Miras yoluyla İntikali ve Sağlararası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar' 2018 (33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95, 114.

<sup>73</sup> Kapitalizasyon oranının tespitine ilişkin bkz. Yücel Keşli, 'Tarımsal Değer Bıçmede Şerhli Araziler' 2017 (364) Türk Ziraat Yüksek Mühendisleri Birliği 55 vd.; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6.

deyişle kapitalizasyon oranı, oldukça küçük miktarda sapmasına rağmen tarımsal arazinin gelir esaslı değerini yüksek miktarda düşürebilir<sup>74</sup>.

Tarımsal arazilerin değerlendirilmesinin yapılması başlıklı TAMDİY m. 5'te yapılan değişiklik öncesinde gelir esaslı değer hesaplaması yapılırken beş yıllık TÜİK verilerinin kullanılması gerekmektedir. Ancak Yönetmelik'teki beş yıllık sınırlayıcı zaman dilimi, 2021 yılında değiştirilmiştir. Değişiklik sonrası ilgili hükümde yıl bakımından sınırlandırmaya yer verilmemiş olup TÜİK verilerinin yanı sıra Bakanlık verilerinin de esas alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır<sup>75</sup>. Kanaatimizce yapılan değişiklik, kullanılacak verilerin güncelliği bakımından önemli bir gelişmedir.

Kapitalizasyon faiz oranı belirlenirken birçok unsur bir arada değerlendirilmelidir<sup>76</sup>. Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir kararda, asgari seviyedeki %3 kapitalizasyon faiz oranının uygulanabilmesi, taşınmazın bulunduğu bölgedeki nüfusun çok, tarım arazilerinin ise az olması şartına bağlanmıştır<sup>77</sup>. Her ne kadar doktrinde göz önünde bulundurulması gereken unsurlara çokça yer verilse de bu unsurların hangi oranlarda artırma veya azaltmaya neden olduğu bilirkişinin takdirindedir<sup>78</sup>. Bilirkişi raporlarında da kapitalizasyon faiz oranının nasıl tespit edildiğine ilişkin açıklamaya yer verilmemektedir<sup>79</sup>. Kanaatimizce bu durum, kapitalizasyon faiz oranının tespitinde dikkate alınan faktörlerin objektif değerlendirilmesi bakımından soru işareti ve belirsizlik doğurmaktadır.

Kapitalizasyon faiz oranının yanı sıra münavebe düzeninin doğru tespiti de gelir esaslı değer hesaplamasında önem arz eder. Bilirkişilerin esas aldığı münavebe ürünleri, ürünlerin verimliliği ve fiyatlar ile tespit edilen masrafların farklılaşmasıyla

<sup>74</sup> Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Örneğin bir çalışmada yer alan verilere göre "ortalama kapitalizasyon oranı %4 iken % 5 alınması halinde arazi değerinde %20'lik bir azalma ortaya çıkarken, %5 yerine %6 alınması ile değerde %16,7'lik bir azalma ortaya çıkmaktadır." %1'lik bir sapmanın tarımsal arazinin değerini ne kadar etkilediği ortadadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin (n 2) 79; Köktürk ve Köktürk (n 28) 1009; Ayrıca bkz. "...Kapitalizasyon faizi ile taşınmazın değeri arasında ters bir orantı söz konusudur. Bu oran küçüldükçe taşınmazın değeri artmaktadır. Taşınmazın metrekare birim fiyatı belirlenirken taşınmazın yıllık net geliri bölgedeki kapitalizasyon faizi oranına bölündüğünden kapital faizi oranı (bölen) ne kadar küçük olursa sonuç da o kadar büyük olmaktadır..." AYM, 2. B., B. 2014/13886, T. 04.10.2017, www.lexpera.com.tr [22.11.2023]; Özel (n 15) 176.

<sup>75</sup> TAMDİY m. 5/II: "Üretim dönemlerine ait gayrisafı üretim değerlerinin hesaplanmasında, çiftçi eline geçen ürün fiyatları ile verimler dikkate alınır. Çiftçi eline geçen ürün fiyatlarında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri ile Bakanlık sistemlerindeki veriler esas alınır."

TAMDİY m. 5/III: "Değerleme yapılan yıl içinde çiftçi eline geçen ürün fiyatlarıyla, arazilerde yetiştirilen ürünlerin münavebe dönemine göre yıllık verim ortalamaları çarpılarak araziden elde edilen yıllık gayrisafı üretim değeri hesaplanır..."

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Keşli (n 73) 55 vd.; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6.

<sup>77</sup> "...Asgari hadden kapitalizasyon faizi uygulanabilmesi için taşınmazın nüfus yoğunluğunun son derece fazla ve arazinin de kat olması gerekir..." Yargıtay 5. HD, T. 07.04.2008, K. 2008/4305, E. 2008/1326, www.lexpera.com.tr [06.04.2023].

<sup>78</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Keşli (n 73) 55 vd.

<sup>79</sup> Gülşen Keskin, 'Tarım Arazilerinin Kamulaştırılmasında Değer Biçme: Akyar Barajı Örneği' 2003 (3) Akdeniz İİBF Dergisi 91, 101.

ulaşılan değer de farklılık gösterir<sup>80</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre net gelir hesabında tarımsal arazinin bulunduğu yöredeki genel münavebe düzeni ile münavebe ürünlerinin 3-5 yıllık verim ortalamaları göz önünde bulundurulmalıdır<sup>81</sup>. Ancak değerlemede esas alınan münavebe düzenleri arasındaki farklılık veya hiç göz önünde bulundurulmayan bir münavebe düzeni, tarımsal arazinin gelir esaslı değerini ciddi bir şekilde etkileyebilir<sup>82</sup>.

### C. Ehil Mirasçının Yaptığı Tasarruflardan Kâr Elde Etmesi

Doktrinde tarımsal araziye iktisap eden mirasçının tarımsal araziye üçüncü bir kişiye devrettiğinde kâr elde edeceği belirtilmektedir<sup>83</sup>. Ancak mirasçının elde edebileceği kâr, yalnızca üçüncü kişiye devirle sınırlı değildir. Kanaatimizce, ehil mirasçının tarım arazisini işleyerek gelir elde etmek yerine; tarım arazisini üçüncü kişiye devretmeyi, trampa (mal değişim) sözleşmesine konu etmeyi veya bir şirkete sermaye olarak koymayı tercih etmesi mümkündür.

Tarımsal arazi kendisine özgülenen mirasçının tasarruf yetkisini kullanması durumunda devir, gelir esaslı değer çok üzerinde gerçekleşebilir. Böyle bir durumda tarımsal arazi üzerinde; ilk olarak gelir esaslı değerle özgülleme, ikinci olarak piyasa değeri üzerinden tasarrufta bulunulması sebebiyle menfaat elde edildiğini ifade etmek yanlış olmaz. Tarımsal arazilerle ilgili düzenlenen İsviçre Federal Kanunu'nun (Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht) 23. maddesinin 1. fıkrasında mirasçının işlemesi için kendisine verilen tarımsal arazinin on yıl içinde üçüncü kişiye devri diğer mirasçıların onayına bağlı kılınmıştır (Art. 23 BGG). Tarımsal arazi özgülendikten sonra mirasçının tarımsal arazi üzerinde yapacağı tasarruflar bakımından ise Türk mevzuatında sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.

Tarımsal arazilerin zaman içerisindeki değerinin katlanarak artması durumunda diğer mirasçıların korunması amacıyla TKAKK'nın 8/C/V hükmü düzenlenmiştir. Hükme göre yirmi yıl içinde yalnızca tarım dışı kullanım sebebiyle değer artışı, tarımsal arazinin maliki mirasçı tarafından payları oranında diğer mirasçılara ödenir. Tarım dışı kullanım sebebiyle değer artışının kentleşme ve sanayileşmeden

<sup>80</sup> Keskin (n 79) 105; Münavebe düzenine ilişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları için bkz. "...tarım arazisi niteliğindeki taşınmazın mevkii ve şartlarına göre olduğu gibi kullanılması hâlinde ekilecek ürünler ve münavebeye alınan bu ürünlerin elde edilmesi için yapılacak harcamalar göz önünde tutularak net gelirin hesaplanması ve bilimsel yolla değerinin bulunması, bedel tespitinde etkisi olan diğer tüm unsurlarda dikkate alınarak..." Yargıtay HGK, T. 20.12.2022, K. 2022/1792, E. 2022/1121, www.lexpera.com.tr [30.11.2023]; Yargıtay HGK, T. 20.12.2022, K. 2022/1794, E. 2022/1125, www.lexpera.com.tr [30.11.2023]; Yargıtay HGK, T. 20.12.2022, K. 2022/1796, E. 2022/1123, www.lexpera.com.tr [30.11.2023].

<sup>81</sup> Keskin (n 2) 81.

<sup>82</sup> Bir bölgede yaygın olan münavebe düzeninin esas alınması yerine en verimli münavebe düzeninin esas alınması gerektiği görüşü için bkz. Özel (n 15) 174.

<sup>83</sup> Özçelik (n 4) 98; Erdoğan (n 4) 173.

kaynaklandığı söylenebilir<sup>84</sup>. Örneğin tarım arazisinin bulunduğu yerin imara açılmasıyla tarım arazisinin değerinde doğrudan artış yaşanır<sup>85</sup>. Doktrindeki bir görüşe göre; tarımsal arazi üçüncü kişiye devredildiğinde mirasçının gelir esaslı değer ve satış değeri arasındaki fark dolayısıyla elde edeceği kâr, tarım dışı kullanım sebebiyle değer artışına sebep olmaması gerekçesiyle diğer mirasçılar tarafından talep edilemez<sup>86</sup>. Ancak ehil mirasçının elde ettiği kârın bu hüküm gereğince diğer mirasçılarca talep edilip edilemeyeceği hususu önem arz etmektedir.

## IV. Çözüm Önerileri

### A. Gelir Esaslı Değerin Doğru Hesaplanması Hakkında

#### 1. Verilerin Güncelliği

Gelir esaslı değer hesaplaması için öncelikle tarımsal arazinin bütün nitelikleri tespit edilmelidir. Ardından tarımsal araziden elde edilen net gelir ortaya konmalıdır. Özellikle enflasyonun yüksek olduğu ülkeler dikkate alındığında bir tarımsal araziden elde edilen net gelir hesabında kullanılacak verilerin uzun zaman aralığı taşınması, gelir esaslı değer tespiti bakımından yerinde olmayan sonuçlara ulaşılmasına neden olur. Bu sebeple temel alınacak cari piyasa fiyatlarının yakın zamanlı olmasına dikkat edilmelidir<sup>87</sup>. Ayrıca, doktrindeki bir görüşe göre arazi rantı tespit edilirken ülkenin “para politikası”, “yiyecek alışkanlıkları”, “kalkınma planları” ile “enflasyon oranı” dikkate alınmalıdır<sup>88</sup>.

Kanaatimizce, özellikle yıllık enflasyon oranlarının 2021’den beri ciddi şekilde arttığı göz önünde bulundurulduğunda<sup>89</sup> kullanılacak verilerin güncelliği daha da önem arz etmektedir. Ayrıca, kapitalizasyon faiz oranının tespitinde; gayri safi üretim değeri hesaplamasında olduğu gibi, kanaatimizce değerlemenin yapıldığı yıl çiftçinin eline geçen gelir değerlerinin esas alınması gerekmektedir. Kaldı ki yüksek enflasyon oranları göz önünde bulundurulduğunda olabildiğince yakın tarihlerdeki TÜİK ve Bakanlık verilerinin kullanılması, ulaşılabilecek değer bakımından daha sağlıklı olur. Bu bağlamda kanaatimizce, TÜİK ve Bakanlık tarafından tutulan verilerin kısa zaman dilimleri içerisinde düzenli olarak güncellenmesi gerekmektedir.

<sup>84</sup> Gülistan, Aşan, ‘Tarımsal Arazinin Sonradan Tarım Dışı Amaçlarla Kullanılmasından Dolayı Değer Artışı ve Mirasçıların Değer Artışını Talep Etmesi’ 2022 26 (2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141, 142.

<sup>85</sup> Özçelik (n 4) 100; Aşan (n 84) 142.

<sup>86</sup> Dalcı Özdoğan (n 3) 140; Özçelik (n 4) 98.

<sup>87</sup> Rehber (n 28) 53.

<sup>88</sup> Mülâyim (n 28) 62.

<sup>89</sup> <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Enflasyon-ve-Fiyat-106>.

## 2. Kapitalizasyon Faiz Oranının Tespiti

Yargıtay tarafından verilen kararlarda, kapitalizasyon faiz oranının tespiti için; tarımsal arazinin bulunduğu yörede, yıl içindeki aynı tür ürünün elde edildiği ve aynı niteliğe sahip tarım arazilerinin satış fiyatı ile net gelirlerinin oranlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>90</sup>. Son yıllarda yapılan çalışmalarda da kapitalizasyon faiz oranları, çalışma konusu olan ilçelerdeki yakın tarihli tarımsal arazi satışları ile yıllık ortalama net gelir verilerinin anket yoluyla toplanmasıyla belirlenmektedir<sup>91</sup>. Doktrin ve Yargıtay içtihatlarında kapitalizasyon faiz oranının pazar yaklaşımına göre tanımlandığı görülmektedir. Zira pazar yaklaşımında, tarımsal arazinin bulunduğu yöredeki aynı veya benzer nitelikteki diğer tarım arazilerinin gerçek değerleri (piyasa fiyatları) ile bu arazilerin net gelirleri üzerinden bir hesaplama öngörülmüştür. Doktrinde, bu yöntemle özellikle dalgalı piyasa ortamlarında başvurulduğu ifade edilmektedir<sup>92</sup>. Kanaatimizce de kapitalizasyon faiz oranının pazar yaklaşımına göre belirlenmesi, özellikle tarımsal arazilerin günümüzdeki gelir esaslı değeri ve gerçek değeri arasındaki mevcut fark sebebiyle en isabetli yöntemdir.

Türkiye'deki bazı şehirlerin ilçelerindeki kapitalizasyon faiz oranının belirlenebilmesi amacıyla çeşitli akademik çalışmalar yürütülmektedir. Bu çalışmalar, kapitalizasyon faiz oranlarının güncelliğinin korunabilmesi için oldukça önemlidir<sup>93</sup>. Belirli bir coğrafi bölge içinde yapılan akademik çalışmalar, hem güvenilirliği artırır hem de bölgenin yapısı ile üretim tekniklerinde farklılığa gidilmediği takdirde uzun bir süre uygulanabilir<sup>94</sup>. Kanaatimizce, diğer mirasçılardan uğrayacağı hak kaybının<sup>95</sup> azaltılması amacıyla bu çalışmaların artması ve böylece kapitalizasyon faiz oranının doğru tespit edilmesi oldukça önemlidir. Ancak doktrinindeki bir görüşe göre ve kanaatimizce de yapılan çalışmalarda ulaşılan kapitalizasyon oranları birebir uygulanmamalı, tarımsal arazinin değerini etkileyen tüm faktörler bir arada değerlendirilerek kanaate varılmalıdır<sup>96</sup>. Ayrıca bu kapsamda tespit edilen

<sup>90</sup> "...Arazinin rantı (net geliri) ile satış değeri (çıplak değeri) arasındaki oran olarak tanımlanan kapitalizasyon faizi, belli bir bölgede, aynı yıl içerisinde aynı tür tarımsal üretimin yapıldığı aynı vasıf ve karakterdeki arazinin gerçek satış bedeli ile net geliri belirlendikten sonra oranlanarak bulunur. Başka bir anlatımla bir yıl içinde bölgede satışı yapılan tüm arazilerin tespit edilen ortalama dekar fiyatının, aynı arazilerin ortalama net geliri saptandıktan sonra her iki ortalama rakamın birbirine olan oranı, kapitalizasyon faiz oranını ifade eder..." Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [10.04.2023].

<sup>91</sup> Karakayacı (n 48) 666; Bilge Gözener ve Nurgül Karadoğan, 'Sulu Tarım Arazilerinde Kapitalizasyon Oranının Saptanması: Tokat İli Kazova Bölgesi Örneği' 2023 9 (1) Uluslararası Tarım ve Yaban Hayatı Bilimleri Dergisi 57, 58-59.

<sup>92</sup> Kapitalizasyon faiz oranının pazar yöntemine göre hesaplanmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Rehber (n 28) 65 vd.; Kapitalizasyon faiz oranının çok sayıda gerçek tarımsal arazi satış fiyatlarının tespit edilmesini gerektirdiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mülayim ve Güneş (n 15) 18 vd.

<sup>93</sup> Keskin (n 2) 76; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6; Mülayim ve Güneş (n 15) 29; Gözener ve Karadoğan (n 91) 58; Keskin (n 79) 106.

<sup>94</sup> Aynı yazar, aynı bölgedeki benzer tarım arazileri için daha önceden hesaplanan kapitalizasyon oranının varlığı durumunda bu oranın kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıç (n 34) 83.

<sup>95</sup> Özellikle mirasa konu tarımsal arazilerin gelir esaslı değerinin gerçek değerinden düşük olması ihtimalinde mirasçıların uğrayacağı hak kaybından bahsedilebilir.

<sup>96</sup> Mülayim ve Güneş (n 15) 30.

kapitalizasyon faiz oranı, hataya mahal vermemek adına buçuklu veya tam sayıya yuvarlanmadan olduğu gibi hesaplamaya dâhil edilmelidir<sup>97</sup>.

Gelir esaslı değerın doğru tespitinde, kapitalizasyon faiz oranının bilimsel çalışmalarla tespit edilmesinin yanı sıra bilirkişilere büyük bir rol düşmektedir. Bu bağlamda bilirkişi kurulunda yer alan bilirkişilerin sahip olduğu teknik bilgi ve becerilerin yüksek seviyede olması gerekir<sup>98</sup>. Ayrıca kıymet takdiri yapılırken tarım ve ekonomi alanında yetkin olunmasının yanı sıra tarım arazisinin bulunduğu yöre hakkında bilgi sahibi olunması da önem arz eder<sup>99</sup>. Bilirkişilerin sahip olması gereken özelliklere ek olarak, tarım arazilerinin değerlemesi yapılırken pazar değerinin (bölgedeki gerçek arazi satışlarının) de incelenmesi; gelir esaslı değer ile pazar değerinin karşılaştırılmasını sağlayarak daha iyi sonuç alınmasına katkıda bulunabilir<sup>100</sup>.

### 3. Objektif Değer Artırımı

Doktrindeki bir görüşe göre tarımsal arazilerin gelir esaslı değeri, yalnızca tarımsal araziden elde edilen yıllık net gelirin kapitalizasyon faiz oranına bölünmesiyle hesaplanmamalıdır<sup>101</sup>. Ayrıca tarımsal arazinin değerini etkileyecek merkeze, yola veya deniz, göl gibi doğal güzelliklere uzaklık, imarlı parsellere yakınlık ve arazinin özellikleri ile biçimi gibi çeşitli faktörler de dikkate alınmalıdır<sup>102</sup>. Pratik anlamda bu faktörler, kapitalizasyon faiz oranı üzerinde değişiklik yapılarak uygulanır ve bu hesaplamanın çok dikkatli yapılması gerekir<sup>103</sup>. Yargıtay tarafından verilen yakın tarihli bir kararda<sup>104</sup> da ifade edildiği üzere sulu tarım arazilerinde gelir yöntemiyle değerlendirme yapılırken taşınmazın nasıl sulandığına ilişkin detayların tespit edilmesi amacıyla keşif yapılması gerekmektedir.

Doktrinde ifade edilen bilirkişilerin değer artırıcı birtakım faktörleri dikkate

<sup>97</sup> Kılıç (n 34) 83.

<sup>98</sup> Mülayim (n 28) 21; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6.

<sup>99</sup> Başer (n 15) 435; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6.

<sup>100</sup> Keskin (n 2) 78-79; Engindeniz, Başaran ve Susam (n 15) 6; Köktürk ve Köktürk (n 28) 1009.

<sup>101</sup> Mülayim ve Güneş (n 15) 19.

<sup>102</sup> Mülayim ve Güneş (n 15) 19; Köktürk ve Köktürk (n 28) 182; Taşınmazın değerini etkileyen faktörlerin tahdidi sayılamayacağına ilişkin AYM kararları için bkz. "...Öte yandan, taşınmazın değerini etkileyen objektif unsurlar da değerın belirlenmesinde hesaba katılmaktadır. Bu unsurların tahdidi olarak sayılması mümkün değil ise de taşınmazın yola ve yerleşim yerine yakınlığı, ticari ve iş kapasitesi, deniz, göl, nehir gibi tabii güzelliklere uzaklığı, imarlı bölgelere yakınlığı gibi özellikler örnek gösterilebilir..." AYM, 2. B., B. 2014/13886, T. 04.10.2017, www.lexpera.com.tr [20.11.2023]; AYM, 1. B., B. 2019/13451, T. 03.02.2022, www.lexpera.com.tr [20.11.2023]; AYM, 2. B., B. 2019/17376, T. 12.01.2022, www.lexpera.com.tr [20.11.2023]; AYM, 1. B., B. 2019/13060, T. 20.07.2023, www.lexpera.com.tr [20.11.2023].

<sup>103</sup> Mülayim ve Güneş (n 15) 19.

<sup>104</sup> "...dava konusu taşınmazın sulu tarım arazisi olduğu kabul edilmiş ise de mahallinde yeniden keşif yapılarak taşınmazın fiilen sulanıp sulanmadığı, nereden ve nasıl, ne şekilde sulandığı tespit edilip sulanıyor ise su kaynağının veya sulama tesisinin taşınmazların yüzölçümleri dikkate alındığında, taşınmazın tamamını veya bir kısmını sulamaya yetip yetmeyeceği gözlemlenip tutanağa geçirilerek, dava konusu taşınmazın motopomp ile sulandığının belirlenmesi halinde sulama masrafları araştırılıp üretim masraflarına ilave edilmesi suretiyle sonucuna göre taşınmazın değerinin belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 5. HD, T. 26.04.2023, K. 2023/4108, E. 2022/14872, www.legalbank.net [23.11.2023].



alması gerektiği, Yargıtay tarafından “objektif değer artırıcı unsur” şeklinde ifade edilmektedir<sup>105</sup>. Objektif değer artırıcı unsurlar hakkında Anayasa Mahkemesi’nin de birçok kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda ifade edildiği üzere bilirkişiler tarafından uygulanan objektif değer artırımını etkileyen faktörler, bilirkişi raporunda açıkça belirtilmelidir<sup>106</sup>.

Kamulaştırma bedelinin taşınmazın bulunduğu yer itibarıyla oldukça düşük belirlenmesi sebebiyle mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru sonucunda verilen bir karar, kanaatimizce objektif değer artırımını bakımından önem arz etmektedir. Mahkeme, kamulaştırmaya konu tarımsal arazilerin değerlendirilmesi yapılırken Kanun hükmünün oldukça katı bir şekilde uygulandığını ifade etmektedir. Ayrıca kararda, bu katı uygulamanın piyasa değeri düşük olan tarım arazisi malikleri için lehe ve fakat piyasa değeri yüksek olan tarımsal arazilerin malikleri açısından oldukça aleyhe bir durum yarattığı belirtilmektedir<sup>107</sup>. Nitekim kapitalizasyon faiz oranı tespit edilirken aynı bölgedeki benzer tarım arazilerinin satış fiyatlarına bakılması gerektiğinden bilirkişiler doğal olarak piyasa fiyatlarını değerlendirme imkânı bulur. Pazar değeri ve gelir esaslı değer karşılaştırması sonucunda özellikle iki değer arasındaki farkın fazla olması durumunda; kanaatimizce, bilirkişilerin değerler arasındaki dengesizliği gidermek amacıyla uygulayacağı “objektif değer artış oranları” bakımından kendilerine tanınan takdir yetkisine olabildiğince az müdahale edilmesi gerekir<sup>108</sup>. Ancak

<sup>105</sup> “...arazi olarak net gelir esasına göre değeri tespit edilen taşınmaza Kamulaştırma Kanunu’nun 11/1-ı bendine göre objektif değer artırıcı unsur nedeniyle ekleme yapılabilir. Taşınmazın konumu, yerleşim alanlarına ve yola yakınlık gibi unsurların objektif değer artırıcı unsur olarak kabulü mümkündür. Dolayısıyla bilirkişi kurulu raporunda, bedel tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçütleri, her bir ölçünün etkisini açıklamak kaydı ile bir kısıtlama olmadan objektif değer artırıcı unsurları ayrı ayrı belirtmek taşınmaz malın değeri tespit edilmelidir...” Objektif değer artış oranı hakkındaki diğer Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay HGK, T. 22.03.2022, K. 2022/349, E. 2021/75, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; “... Görüldüğü üzere; tarım arazisinin asıl değer belirleme ölçütleri 11. maddenin (f) bendinde yer almakta olup, (i) bendinde öngörülen “bedel tespitinde etkili olacak diğer objektif ölçütler” tali artırım unsurlarını içermektedir. Şu hale göre; objektif ölçütler, türünün pazarlanması kolaylıkları, nakliye maliyetinin düşük olması, Büyükşehir ve anayollara yakınlık gibi tarımsal faaliyet ve gereklerine uygun unsurlar olup; net gelire göre hesaplanan bedelin objektif ölçütler dikkate alınarak makul bir oranda artırılmasına, yasa olanak vermektedir...” Yargıtay HGK, T. 04.04.2007, K. 2007/189, E. 2007/160, www.lexpera.com.tr [10.04.2023]; Ayrıca belirtmek gerekir ki bilirkişilerce yapılan değer takdiri, sübjektif olup kesinlik arz etmez. Ancak bilirkişilerin teknik bilgisi arttıkça ulaşılan değerlerin de gerçeğe yaklaştığı unutulmamalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mülayim (n 28) 21.

<sup>106</sup> AYM, 1. B., B. 2019/13060, T. 20.07.2023, www.lexpera.com.tr [29.11.2023]; AYM, 2. B., B. 2014/13886, T. 04.10.2017, www.lexpera.com.tr [29.11.2023]; AYM, 2. B., B. 2019/17376, T. 12.01.2022, www.lexpera.com.tr [30.11.2023]; AYM, 2. B., B. 2018/17345, T. 19.10.2021, www.lexpera.com.tr [30.11.2023]; AYM, 2. B., B. 2017/14829, T. 28.01.2020, www.lexpera.com.tr [30.11.2023].

<sup>107</sup> Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, 1. B., B. 2013/7841, T. 21.05.2015, www.lexpera.com.tr [09.04.2023].

<sup>108</sup> Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. “...Arazi vasıflı taşınmazların kamulaştırma bedelinin, 2942 sayılı Kanunun 11. maddesinin (f) bendi doğrultusunda taşınmazın tarımsal amaçlı kullanımı halinde net getirisi üzerindeki belirlediği ve aynı maddenin (i) bendinde yer alan objektif özelliklerin de Yargıtay içtihatlarında taşınmazın tarımsal getirisini etkileyecek özellikler olarak kabul edildiği ve bu özelliklerin belli oranların üzerinde artırım sebebi sayılmadığı, bahsedilen içtihatlar incelendiğinde tarım vasıflı taşınmazlarda bu usulün katı bir biçimde uygulandığı ve taşınmazın çeşitli sebeplere bağlı olarak piyasa değerinin farklı olduğu iddialarının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu katı uygulama kullanılmayan ve/veya değerine yönelik beklentiler düşük olan, dolayısıyla piyasada daha düşük değere alınıp satılan taşınmazlarda taşınmazı kamulaştırılan kişiler lehine sonuç verebildiği halde, turizm bölgelerine yakın, alt yapısı tamamlanmış, değerine yönelik beklentilerin yüksek olduğu ve piyasada daha iyi fiyatla alınıp satılan taşınmaz sahipleri için aleyhe olabilmekte ve Anayasanın 46. maddesinde öngörülen ve Anayasa Mahkemesi kararlarında kamulaştırma işlemleri için zorunlu olduğu ifade edilen tam karşılığa ulaşmayı engelleyebilmektedir...” AYM, 1. B., B. 2013/7841, T. 21.05.2015, www.lexpera.com.tr [09.04.2023].

objektif değer artırıcı unsurların mükerrer bir şekilde uygulanmamasına dikkat edilmelidir<sup>109</sup>.

## B. Diğer Mirasçılardan Kâr Talebi Hakkında

Tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden özgülendirmedeki amaçlardan birinin tarımda sürdürülebilirlik olduğu<sup>110</sup> göz önüne alındığında; ehil mirasçının tarım arazisini işlemek yerine, dürüstlük kuralına aykırı olarak kâr elde etmek amacıyla tarım arazisi üzerinde tasarruf etmesi mümkündür. Kanaatimizce, bu durumda gerçekleşen tasarruftan elde edilen kârın diğer mirasçılar tarafından talep edilememesi kabul edilemez. Zira ehil mirasçılardan bu şekilde elde edecekleri kârı tespit etmesiyle bu yol, gelir kapısı haline gelen ve tarımda sürekliliği baltalayan bir uygulamaya dönüşebilir. Mevzuatta bu duruma ilişkin ehil mirasçıyı engelleyen veya sınırlayan bir hüküm olmaması, tarım arazilerinin ehil insanlarca işlenmesi bakımından sürekliliğin önüne geçebilir.

Bu sebeplerle kanaatimizce tarım dışı kullanım sebebiyle değer artışına ilişkin TKAKK hükmüyle<sup>111</sup> asıl amaçlanan, diğer mirasçılardan menfaat ihlaline uğramasını engellemektir. Dolayısıyla amaçsal yorum çerçevesinde incelendiğinde hükmün yalnızca kullanımdan kaynaklı değer artışı sebebiyle değil, tarımsal arazi kendisine özgülendiren mirasçının mülkiyetin devri sebebiyle elde edeceği kâr bakımından geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Mülkiyetin devriyle elde edilecek kâr kapsamına; üçüncü kişiyle yapılan satış sözleşmesinin yanı sıra mülkiyetin devri amacını güden trampa (mal değişim) sözleşmesi veya bir şirkete sermaye olarak konan taşınmazdan elde edilecek kâr da dâhil edilmelidir.

Kanaatimizce, bu konunun netleşebilmesi açısından gelir esaslı değer üzerinden ehil mirasçıya özgülendiren tarımsal arazinin devri ile elde edilen kârın diğer mirasçılardan

<sup>109</sup> "...Kamulaştırılan taşınmazın kullanım tarzı ve nitelikleri, ana asfalt karayoluna bitişik olması, ulaşım kolaylığı gibi olumlu özelliklerinin kapitalizasyon faizi içerisinde değerlendirilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu gibi özelliklerin mükerrer olarak objektif değer artırıcı unsurlar olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Bu yön gözetilmeden, belirlenen değerlerin ayrıca objektif unsurlar olduğu gerekçesiyle %10 oranında artırılarak zemin değerinin tesbit edilmiş olması... doğru görülmemiştir..." Yargıtay 18. HD, T. 10.07.2012, K. 2012/9014, E. 2012/6999, www.lexpera.com.tr [12.12.2023]; "...Kamulaştırılan taşınmazın kullanım tarzı ve nitelikleri, ana asfalt karayoluna bitişik olması, ulaşım kolaylığı gibi olumlu özelliklerinin %5 olarak tesbit edilen kapitalizasyon faizi içerisinde değerlendirilmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu gibi özelliklerin mükerrer olarak objektif değer artırıcı unsurlar olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir. Bu yön gözetilmeden, belirlenen değerlerin ayrıca objektif unsurlar olduğu gerekçesiyle artırılarak zemin değerinin tesbit edilmiş olması, Doğru görülmemiştir..." Yargıtay 18. HD, T. 08.02.2011, K. 2011/1355, E. 2010/12188, www.lexpera.com.tr [12.12.2023].

<sup>110</sup> Özyay (n 16) 129.

<sup>111</sup> TKAKK m. 8/C/V: "Yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir."

tarafından talep edilebilmesini sağlayan İsviçre Federal Kanunu'ndaki<sup>112</sup> maddeye benzer bir hükmün mevzuatımızda da açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda düzenlenecek hükümde, azami bir süre öngörülerek elde edilen kâr üzerinden miras payı oranında talepte bulunulmasının isabetli olacağı düşünülmektedir.

### C. Diğer Öneriler

Doktrindeki bir görüşe göre, tarımsal arazilerin mülkiyet hakkını ehil mirasçıya tanımak yerine, çıplak mülkiyet yasal mirasçılarda kalarak ehil mirasçıya intifa hakkı verilebilir. Yazar, ehil mirasçıya mülkiyet hakkı yerine tanınacak intifa hakkının mirasçının yaşadığı süreyle sınırlı tutulmasının ileride doğabilecek uyuşmazlıkları önleyici rol oynayabileceğini ifade etmektedir<sup>113</sup>. Aynı görüş gereğince ehil mirasçının ölümü durumunda intifa hakkı, aynı şekilde yeni ehil mirasçılara tanınabilir<sup>114</sup>.

Tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden özgülenmesinin yarattığı sorunları önlemek amacıyla ehil mirasçılara intifa hakkı verilmesi düşünülebilir. Ancak böyle bir uygulamanın sorunları bertaraf edebilmesi için kanaatimizce TKAKK'ta detaylı hükümler düzenlenmelidir. Yapılacak düzenlemelerde; ehil mirasçının ortalama yaşam süresi üzerinden intifa hakkı değeri hesaplanarak ulaşılan değer, ehil mirasçının miras payı oranından düşürülmesi gerektiği belirtilmelidir<sup>115</sup>. Ayrıca tarım arazilerinin işletilmesinin sürekliliği açısından ehil mirasçıya, tarımsal araziye sürekli işleme şartı getirilmelidir. En fazla altı ay veya bir yıllık bir süre boyunca tarımsal arazinin işlenmemesi durumunda tarımsal arazinin talebe bağlı olarak diğer mirasçılara özgülenmesi gündeme gelmelidir. Bunun yanı sıra, böyle bir durumda ehil mirasçıya tanınan intifa hakkının kanundan doğan sebeple kendiliğinden sona ermesi gerekir. Böylece hem tarım sisteminin devamlılığı hem de diğer mirasçıların menfaati korunmuş olur. Ancak intifa hakkı değerinin takdiri, ayrı bir değerlendirme konusunu oluşturur. Bu sebeple mirasa konu tarım arazilerinde mirasçılara intifa hakkı tanınması durumunda kıymet takdiri bakımından hesaplama hataları olabileceği gibi birçok sorun daha doğabilir. Diğer yandan mirasçılara intifa hakkı verilmesi ihtimalinde miras ortaklığı devam edeceğinden kanaatimizce uyuşmazlık doğma ihtimali oldukça yüksektir.

<sup>112</sup> Tarımsal arazi haklarına ilişkin İsviçre Federal Kanun'un 28. maddesine göre tarımsal arazinin mirasçılardan birine piyasa değerinin altında özgülenmesi ve bu mirasçının 25 yıl içinde tarımsal araziye üçüncü kişiye piyasa değerine göre devretmesiyle elde ettiği kâr, diğer mirasçılar tarafından talep edilebilir (Art. 28 BGG).

<sup>113</sup> Yıldız, Uzun ve Çoruhlu (n 72) 114-115.

<sup>114</sup> Yıldız, Uzun ve Çoruhlu (n 72) 118.

<sup>115</sup> İntifa hakkının süresiz tanınması durumunda süre tahminin ortalama yaşam süresi üzerinden hesaplanması gerektiğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Hasan Kayıket, 'İntifa Hakkı ve İratlar Üzerinde Tenkis' 2007 (72) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 327, 330 vd.; Gamze Turan Başara 'Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası' 2016 (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 365, 384; Salih Polater, 'İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi' 2018 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 138, 158.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre pilot bölgeler belirlenerek öncelikle tarım arazileri kamulaştırılıp ardından kişilere intifa hakkı verilebilir<sup>116</sup>. Fakat bu görüşün kabul edilmesi durumunda, mirasa konu tarım arazileri gelir esaslı değer üzerinden kamulaştırıldığı için mirasçılar bakımından pratik anlamda bir fark doğmaz. Doktrinde ifade edilen iki görüş değerlendirildiğinde; intifa hakkının tanınması yerine çalışmada bahsedilen çözüm önerileri çerçevesinde gelir kapitalizasyonu yönteminin uygulanmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir.

## Sonuç

Gerek Türk Medeni Kanunu'nda gerekse Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda mirasa konu tarımsal arazilerin gelir esaslı değer üzerinden özgülmesi gerektiği düzenlenmiştir. Tarımsal arazilerin gelir yöntemiyle elde edilen değeri, çoğunlukla gerçek (piyasa, rayiç, sürüm) değerine göre daha düşüktür. Gelir esaslı değer ile piyasa değeri arasındaki değer farkının özellikle tarımsal arazi özgülmesi mirasçı dışında kalan mirasçılar açısından menfaat ihlali yarattığı söylenebilir. Ancak bu durum, gelir kapitalizasyonu yönteminin benimsenme amaçları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira kanaatimizce, gelir kapitalizasyonu yöntemiyle elde edilen değer; objektiflik, tarımsal arazi özgülmesi ehil mirasçının mali durumunun korunması ve bununla bağlantılı olarak tarım sisteminde sürekliliğin sağlanması hususları gereğince uygulanması daha isabetlidir. Ancak tarımsal arazilerin özgülmesinde gelir kapitalizasyonu yönteminin kabul edilmesi, gelir esaslı değer ile piyasa değeri arasında uçurum bulunmasını haklı kılmaz. Bu bakımdan TÜİK ve Bakanlık verilerinin kısa zaman dilimleri içerisinde güncellenmesi, kapitalizasyon faiz oranının doğru tespiti açısından bölgesel yapılacak akademik çalışmaların artırılması ve objektif değer artırım faktörlerinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca bilirkişilerin; alanında uzman olması ve pazar yaklaşımını esas alarak çok sayıdaki benzer nitelikte olan tarımsal arazilerin piyasa değeri üzerinden ve yıllık elde edilen net gelir üzerinden karşılaştırma yapmaları, gelir esaslı değer ile gerçek değer arasında denge yaratılması açısından daha yerinde olur.

Tarımsal arazi kendisine özgülmesi ehil mirasçının tarımsal arazinin mülkiyetini piyasa değeri üzerinden devretmesine ilişkin mevzuatta sınırlandırıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle ehil mirasçı, kendisine gelir esaslı değer üzerinden özgülmesi tarım arazisini; üçüncü kişiye devredebilir, trampa (mal değişim) sözleşmesine konu edebilir veya bir şirkete sermaye olarak koyabilir. Dolayısıyla mülkiyeti devir borcu altına girilen ilgili sözleşmede belirlenen değer ile gelir esaslı değer arasındaki fark kadar ehil mirasçının kâr elde etmesi mümkündür. Bu kapsamda tarım dışı kullanım sebebiyle değer artışı hakkındaki Kanun hükmü (TKAKK m. 8/C/V) amaçsal yorumlanarak elde edilen kârın talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

<sup>116</sup> Yıldız, Uzun ve Çoruhlu (n 72) 118.

Fakat kanaatimizce; ehil mirasçılarının tarımsal araziyi devretmesi sebebiyle elde edilecek kârın, miras payı oranında diğer mirasçılarca talep edebilmesine ilişkin mevzuatta bir hüküm düzenlenmesi daha isabetli olur.

Tüm bu önerilerin yanı sıra tarımsal arazilerin çıplak mülkiyetinin tüm mirasçılara verilerek ehil mirasçıya intifa hakkı tanınması ve intifa hakkı değerinin miras payından düşülmesi düşünülebilir. Bu yolun tercih edilmesiyle hem tarımsal arazilerin gerçek değer üzerinden özgülenmemesi sebebiyle diğer mirasçılarının uğrayacağı menfaat ihlali engellenmiş olur hem de tarımsal arazilerin ehil mirasçılarca işlenmesiyle tarımda süreklilik sağlanmış olur. Fakat intifa hakkı değerinin hesaplamasının da değerlendirilmesine girdiği unutulmamalıdır. Dolayısıyla gelir esaslı değer hesaplamasında gündeme gelen sorunların intifa hakkının kabul edilmesinde de doğacağı aşikârdır. Bunun yanı sıra miras ortaklığının sona ermemesi, uyuşmazlık doğma ihtimalini artırdığından gelir yöntemine nazaran sorunların daha fazla olması muhtemeldir. Sonuç olarak kanaatimizce, mirasa konu tarımsal arazilerde ehil mirasçılara intifa hakkı tanınması yerine sunulan çözüm önerileri kapsamında gelir esaslı değer üzerinden özgüleme yapılmalıdır.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

- Antalya G, *Miras Hukuku Cilt III* (Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin 2021).
- Aşan G, ‘Tarımsal Arazinin Sonradan Tarım Dışı Amaçlarla Kullanılmasından Dolayı Değer Artışı ve Mirasçılarının Değer Artışını Talep Etmesi’ 2022 26 (2), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 141-163.
- Avcı M Ö, *Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması* (1. Baskı, On İki Levha 2014).
- Ayan M ve Ayan N, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Adalet 2023).
- Bağatur M Ç, ‘Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi’ 1999 (3) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 858-878.
- Başer V, ‘Tarımsal Arazi Değerlemesinde Mevcut Sorunlar ve Çözüm Yaklaşımları’ 2020 10 (2) Karadeniz Fen Bilimleri Dergisi 431-442.
- Cin H, *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, Sevinç 1979)
- Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682) Cilt-III* (Güncellenmiş 2. Baskı, On İki Levha 2023).
- Dalcı Özdoğan N, *Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, On İki Levha 2021).
- Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku* (18. Baskı, Filiz 2022).
- Engindeniz S, Başaran C ve Susam B, ‘Tarım Arazilerinin Kamulaştırma Bedellerinin Saptanmasında Gelir Yönteminin Uygulanmasıyla İlgili Anlaşmazlıklar’ 2015 TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 15. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı.

- Engindeniz S, 'Tarım Arazilerinin Kamulaştırılmasında Gelir Yöntemini Uygulama Esasları' 2010 (192) TKB Türktarım Dergisi 53-57.
- Erdoğan K, 'Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali' 2016 24 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-179.
- Eren F ve Başpınar V, *Toprak Hukuku* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Savaş 2017).
- Gökçe Z 'Tarımsal İşletmenin Tahsisi' 2001 2 Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı 831 893.
- Göktürk H A, *Miras Hukuku* (3. Basım, Yeni Cezaevi 1955).
- Gözener B ve Karadoğan N, 'Sulu Tarım Arazilerinde Kapitalizasyon Oranının Saptanması: Tokat İli Kazova Bölgesi Örneği' 2023 9 (1) Uluslararası Tarım ve Yaban Hayatı Bilimleri Dergisi 57-67.
- Hazar A, *Varlık Değerleme Yaklaşımları Çerçevesinde Gayrimenkul Değerleme* (Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, 2023).
- İmre Z, *Türk Miras Hukuku 2. Cilt* (1. Baskı, Yenilik 1965).
- İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (Gözden Geçirilmiş 16. Basım, Der 2022).
- İnan A İ, *Miras Hukuku* (1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1969).
- İnan A N, Ertaş Ş ve Albaş H, *İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku* (Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, Seçkin 2022).
- Karakayacı Z, 'Konya İli Tarım Arazileri İçin Kapitalizasyon Oranı ve Değer Tespiti' 2023 26 (3) KSÜ Tarım ve Doğa Dergisi 664-672.
- Kayıket H 'İntifa Hakkı ve İratlar Üzerinde Tenkis' 2007 (72) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 327-337.
- Keskin G, 'Tarım Arazilerinin Kamulaştırılmasında Değer Bıçme: Akyar Barajı Örneği' 2003 (3) Akdeniz İİBF Dergisi 91-107.
- Keskin G, 'Tarımsal Değerlemede Gelirlerin Kapitalizasyonu ve Pazar Değeri Tartışması' 2022 4 (2) Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi 75-82.
- Keşli Y, 'Tarımsal Değer Bıçmede Şerhli Araziler' 2017 (364) Türk Ziraat Yüksek Mühendisleri Birliği 54-59.
- Kılıç O, 'Tarım Arazisinin Kamulaştırma Bedelinin Belirlenmesiyle İlgili Bilirkişi Raporlarının Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi' 2022 9 (1) Türkiye Tarımsal Araştırmalar Dergisi 79-89.
- Köktürk E ve Köktürk E, *Taşınmaz Değerlemesi* (Güncellenmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Seçkin, 2022).
- Köprülü B, *Toprak Hukuku Dersleri Cilt I* (1. Baskı, İsmail Akgün 1958).
- Mülayim Z G ve Güneş T, *Bilirkişi Rehberi* (1. Baskı, Ayyıldız 1986).
- Mülayim Z G, *Tarımsal Değer Bıçme (Genel - Özel - Yasal)* (1. Baskı, Yetkin 1994).
- Özay O L, *Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali* (1. Baskı, Yetkin 2015).
- Özçelik Ş B, '5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda 6537 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirmesi' 2015 19 (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-110.
- Özel S 'Tarımsal Arazilerin Kamulaştırma Bedelinin Tespitine Yönelik Yasal Ölçütlerin Mülkiyet Hakkı Açısından İncelenmesi' 2015 5 (1) Batman Üniversitesi Yaşam Bilimleri Dergisi 162-181.
- Polater S 'İntifa Hakkının Denkleştirilmesi ve Tenkisi' 2018 8 (2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 138-166.

- Rehber E, *Tarımsal Kıymet Takdiri (Değerleme) ve Bilirkişilik* (Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ekin 2008).
- Sağlam İ ‘Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi’ 2010 16 (1-2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 201-231.
- Saymen F H, *Miras Hukuku 1954-1955 Dersleri* (1. Baskı, 1955).
- Serozan R ve Engin B İ, *Miras Hukuku* (Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin 2022).
- Turan Başara G ‘Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası’ 2016 (27) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 365-407.
- Yavuz C ve Topuz M, ‘Toprak Koruma Kanunu ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler’ 2015 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan 663-700.
- Yılmaztekin A E ‘Mirasın Taksimi ve Tarımsal Arazilerin Miras Yoluyla İntikali’ Ankara Barosu Dergisi 80 (4) 435-472.
- Yıldız O, Uzun B ve Çoruhlu Y E, ‘Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali ve Sağlararası İşlemlerle Devrine İlişkin Kısıtlamalar’ 2018 (33) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 95-121.
- Yüce M, ‘Tarım Arazilerinde Sınırdış Parselin Önalım Hakkının Yürürlükten Kaldırılmasının Sonuçları’ 2022 30 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 787-822.
- Zevkliler A, *Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi* (1. Baskı, Sevinç 1970).







# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.11.2022  
Revizyon Talebi: 24.09.2023  
Son Revizyon Tarihi: 30.01.2024  
Kabul: 04.11.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Türkiye’de Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında Yasama ve Yürütmenin Rolü

N. Betül Haliloğlu Pakdil\*

### Öz

2017 Anayasa değişiklikleri neticesinde yürütme organı -bütçe ve kesin hesap kanunları hariç olmak üzere- kanun teklif etme yetkisini kaybetmiştir. Bu değişikliklerle kanun tekliflerinin hazırlanmasında yürütme organının rolü belirsizleşmiştir. Bu çalışmada kanun teklifi verilmeden önceki hazırlık aşamasında iki temel faaliyet alanı olduğu tespit edilmiştir: (1) kanun ihtiyacını tespit etmeye yönelik araştırma yapılması ve bilgi edinilmesi ile (2) teklif olarak sunulacak taslak metinlerin hazırlanması. Çalışmada yasama organının kanun tekliflerinin hazırlanmasındaki rolü ve kurumsal yeterliliği ile yürütmenin rolü bu iki faaliyet çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu çerçevede Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin (TBMM) kanun ihtiyacına yönelik olarak bilgi edinme yolları ve TBMM idari teşkilatı içerisinde kanun taslağı hazırlanmasına yönelik faaliyet ortaya konulmaktadır. Bunun ardından bilgi edinme ve taslak metinlerin kaynağı bakımından mevzuatta bir sınırlama olup olmadığı ve bu kapsamda yürütmenin rolü incelenmektedir. Bunun ardından 2017 Anayasa değişiklikleri ile Anayasa’ya eklenen mesaj yetkisi incelenmekte ve bu yetkinin kanun tekliflerinin hazırlanmasında yürütmenin rolü bakımından hukuki dayanak olarak görülüp görülmeyeceği değerlendirilmektedir. Yürütme tarafından kanun taslağı hazırlanması ve bu taslak metinlerin TBMM’ye iletilmesinin mevzuatta dayanağı olup olmadığı incelenmekte, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki belirsiz ve sorunlu alanlar tespit edilmektedir. Çalışmada tüm bunlar çerçevesinde kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki faaliyetler bakımından yürütmenin avantajları ve sürece olan katkısı, mesaj yetkisinin açıkça düzenlemesine yönelik ihtiyaç ve bunun sınırları irdelenmekte ve ayrıca mevcut uygulamadaki şeffaflık sorunu ile hükümet sistemindeki denge ve denetim sorunları dikkate alınmaktadır. Son olarak personel altyapısı ile bilgi edinme ve araştırma kapasitesi bakımından TBMM’nin kurumsal yeterliliği değerlendirilmektedir.

### Anahtar Kelimeler

Kanun Yapım Süreci, Mevzuat Hazırlama, Kanun Tekliflerinin Hazırlanması, Kanun Taslağı Hazırlama, Kanun İhtiyacının Tespiti, Bilgi Edinme Yolları, 2017 Anayasa Değişiklikleri, Yürütmenin Yasamaya İlişkin Yetkileri, Yasama ve Yürütme İlişkileri, Mesaj Yetkisi, Teklif Destek Bürosu, Kanun Taslağı İletme, TBMM’nin Kurumsal Kapasitesi, TBMM’nin Personel Altyapısı, Şeffaflık

### The Role of the Executive and Legislative Branch in the Preparation of Bills in Türkiye Following the 2017 Constitutional Amendments

### Abstract

As a result of the 2017 Constitutional Amendments, the executive branch of the government has lost the power to introduce all but budgetary bills. Consequently, the role of the executive organ in the preparation of bills has become an ambiguous topic. This paper identifies the two main services to be provided to members of Parliament in the initial stages of lawmaking before a bill is introduced as (1) assistance in obtaining information and conducting research to determine the necessity for enacting legislation and (2) the preparation of draft bills. In this regard, the paper presents the mechanisms through which Parliament can obtain information about the necessity of enacting a law as well as the assistive service in drafting provided by the administrative staff of the Grand National Assembly of Türkiye (TBMM).

\* Sorumlu Yazar: N. Betül Haliloğlu Pakdil (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul Türkiye. E-posta: nbetulhaliloglu@gmail.com ORCID: 0000-0001-9579-2263

Atf: Haliloğlu Pakdil NB, “2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Türkiye’de Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında Yasama ve Yürütmenin Rolü” (2023) 81(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 943. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0004>



Moreover, the paper questions whether legal limitations exist regarding the sources of bills in terms of information and draft texts and examines the executive role in this regard. The study then explores the presidential power of recommendation that was added to the Constitution through the 2017 Amendments and whether this power serves as the constitutional foundation of the executive role and the assistance in preparing bills. This paper examines the legal bases for the executive drafting of legislation and whether the executive branch can communicate such drafts to the TBMM. The study identifies uncertainties and problematic issues in the aftermath of the 2017 Amendments, and within this framework examines the advantages of the executive branch in terms of the services regarding the preparation of bills, the contribution of the executive to the process, the need to clearly regulate the power of recommendation, and the limits such regulations bear. Furthermore, the article considers the problems encountered in terms of transparency and the lack of necessary checks and balances in the current governmental system. Finally, the study evaluates the sufficiency of TBMM's institutional capacity regarding personnel infrastructure, as well as its capacity to obtain information and conduct.

**Keywords**

Lawmaking in Türkiye, Legislative Drafting, Draft Bills, 2017 Amendments to the Turkish Constitution, Presidential Legislative Powers, Relations Between the Executive and Legislative Branches of Government, the President's Power to Recommend Legislation, Technical Assistance Bureau, The Grand National Assembly, TBMM

**Extended Summary**

The ambiguity regarding many areas of constitutional law following the 2017 Amendments to the Turkish Constitution is also apparent in lawmaking. Annulling the executive branch's power to introduce bills has raised questions regarding the executive branch's role in the initial stages of lawmaking. The purpose of this paper is to clarify some of these issues by presenting and discussing the role of the executive and legislative branches of government in the initial stages of lawmaking (i.e., the preparation of bills).

The paper identifies two main services in the initial stages of lawmaking: (i) assistance in obtaining information and conducting research in order to determine the necessity for enacting legislation and (ii) the preparation of draft bills that are technically accurate, that express concepts accurately, and that take into account existing enactments. The evaluation regarding the roles of the two branches of government is limited to these two services, and the study presents two sets of research questions: (i) Which mechanisms does the TBMM have access to in terms of the two services mentioned above, and is the TBMM's institutional capacity sufficient for carrying out these services adequately? (ii) Has the executive organ been empowered to play a role in bill preparation through these two services as a result of the 2017 Constitutional Amendments, and if so, what are the legal limits to such power?

Part I of the paper focuses on the mechanisms that Parliamentarians wield through Parliament. For this purpose, the paper presents and briefly analyzes the different mechanisms through which Parliament can obtain information for determining the necessity of enacting a law under three sections: (i) the constitutional mechanisms for obtaining information, (ii) the powers of the administrative staff of the TBMM

in terms of conducting research and obtaining information, and (iii) the mechanisms regarding parliamentary committees. Lastly, the paper presents information on the assistance for legislative drafting as provided by the TBMM administrative staff, along with statistical data.

Part II of the paper questions the power the executive organ has to play a role in the preparation of bills and the legal bases for this power. Firstly, the paper explores the legal limits for the sources of bills and the possibilities the executive organ has for producing information and draft legislation. The paper then examines the meaning, extent, and practice regarding the presidential power of recommendation, exploring whether this power can be interpreted as the constitutional foundation of the executive role and its assistance in preparing bills. Part III of the paper examines the regulations on executive drafting before and after the 2017 Constitutional Amendments and questions whether the regulations that are in force encompass legislative drafting in the aftermath of the amendments.

Part IV of the paper puts forth the advantages and disadvantages of the executive branch’s involvement in the preparation of bills in the aftermath of the 2017 Constitutional Amendments. The paper identifies uncertainties and problematic issues and presents recommendations. Firstly, the article puts forth the advantages that the executive branch holds and what its participation contributes to the procedure. Secondly, this section identifies the need to regulate the power of recommendation and what the legal limits to such possible regulations are. Furthermore, the article identifies and considers the problems that have been encountered in terms of transparency, as well as the lack of the necessary checks and balances in the current governmental system. Finally, the article evaluates the sufficiency of the TBMM’s institutional capacity regarding personnel infrastructure and its capacity to obtain information and conduct research.

## Giriş

Öğretide yasama yetkisi “kanun yapma ve parlamento kararı alma yetkisi” olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Yürütme organının giderek daha fazla güç kazandığı belirtilse de hukukun yaratımında temel aktör hala parlamentolardır.<sup>2</sup> Türkiye’de de TBMM’nin yasama yetkisi kapsamında sahip olduğu en önemli görev kanun yapımıdır.

Kanun yapım süreci, TBMM Başkanlığına teklif verilmesi ile başlamaktadır. Yürütmenin kanun teklifine işaret eden “tasarı” kavramı 6771 Numaralı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda Anayasa’dan kaldırılmıştır. Anayasa’nın yürürlükteki 88. maddesi yalnızca “teklif” kavramını kullanmaktadır. 2017 Anayasa değişikliği ile Anayasa madde 161’de istisnai olarak bütçe ve kesin hesap kanun teklifi verme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bunlar tasarı olarak değil “Cumhurbaşkanı tarafından sunulan kanun teklifi” olarak kabul edilmiştir.<sup>3</sup> Dolayısıyla metni sunan organa göre yapılan tasarı-teklif ayrımının ortadan kalktığı ve farklı bir kavramsal tercihin söz konusu olduğu aşıkardır. TBMM’deki kanun taslaklarının resmi olarak görüşülmesine ilişkin sürecin başlatılmasına yönelik kavramsal tercih münhasıran “teklif”ten yana kullanılmıştır.

Öğretide kanun teklifi ve tasarısının yanı sıra kanun önerisi gibi farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir.<sup>4</sup> Ancak bu çalışmada Anayasa’daki kavramsal tercih benimsenmektedir. Dolayısıyla TBMM’de taslak kanun metinlerinin kanunlaşma sürecini resmi olarak başlatan öneriyi ifade etmek için “teklif” kavramı kullanılmaktadır. Ayrıca çalışma boyunca kanun teklifi olarak TBMM’ye sunulmak üzere hazırlanıp henüz sunulmamış olan metinler “taslak” veya “kanun teklifi taslağı” olarak adlandırılmaktadır.

Yasamanın kanun yapma yetkisi özellikle kanun teklifinin verilmesi ve bundan sonraki aşamalar ile TBMM’nin bu aşamalardaki yetkilerinde kendini göstermektedir. Kanun teklifleri TBMM Başkanlığına sunulup kanun yapımının mutfağı olarak görülen<sup>5</sup> komisyonlara iletilmekte,<sup>6</sup> sonrasında Genel Kurul’da görüşülmekte ve oylanmaktadır. Kanun yapım sürecine ilişkin incelemeler öğretilde genellikle teklifin verilmesi ile başlayan bu sürece odaklanmaktadır.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, (18. Bası, Yetkin 2018) 205.

<sup>2</sup> Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (21. Bası, Beta 2017) 467; Bülent Yücel, *Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri (Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme)* (Adalet 2018) 59.

<sup>3</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 6/2021*, (TBMM Basımevi 2022) 129.

<sup>4</sup> Örneğin bkz. Kahan Onur Arslan, *Türk Parlamento Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018) 193. Anayasa’da da öneri kelimesi birkaç maddede kullanılmaktadır. Anayasa madde 118/3’te öneri kelimesi tavsiye anlamında kullanılmaktayken madde 161/5’te kanun teklifinin görüşülmesi sırasındaki öneriden bahsedilmektedir. Her iki maddede de taslak kanun metinlerinin kanunlaşma sürecinin resmi olarak başlatılmasına ilişkin bir kavram kullanımı söz konusu değildir.

<sup>5</sup> Yasama Derneği, Sivil Toplum için Yasama Sürecine Katılım El Kitabı (4. Bası, TBMM Basımevi 2020) 76; Şeref İba, *Parlamento Hukuku* (Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin 2020) 150, 151. Ancak Komisyon aşamasının zorunluluk olarak görülmediği Anayasa Mahkemesi kararları bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarındaki değişim için bkz. Volkan Has, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Çalışma Düzeni* (Adalet 2009) 50.

<sup>6</sup> TBMM İçtüzüğü (İçtüzük), madde 74/2.4.

<sup>7</sup> Yasin Söyler, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü* (Savaş 2016) 3; Arslan (n 4) 189.

Hem komisyonlarda hem Genel Kurul’da teklif metinleri önemli değişiklikler geçirebilse de<sup>8</sup> esas alınan metin teklif metnidir. Bu noktada teklif metinlerinin TBMM Başkanlığına sunulmadan önce nasıl şekillendiği önem arz etmektedir. Komisyon ve Genel Kurul görüşmelerinde teklif metni üzerinde değişiklik yapma imkanı bulunsa da tekliflerin özü ve temel kurgusu hazırlık aşamasında şekillendiği için teklif verilmeden önceki aşamaların teklif metni ve bu yolla kanunlaşan metin üzerinde önemli bir etkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla kanun yapım sürecine ve yasama organı ile yürütme organının bu süreçteki rolü ve etkisine ilişkin değerlendirmelerin hiçbir arka plan ve hazırlık süreci dikkate alınmadan doğrudan teklif aşaması ile başlatılması yanıltıcı olacaktır. Bu doğrultuda bu çalışmada kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasına odaklanılmaktadır.

Kanunların belirli bir toplumsal ihtiyaçtan doğması ve kamu yararını gözetmesi gerekmektedir.<sup>9</sup> Kanun teklifi hazırlanıp TBMM’ye sunulabilmesi için öncelikle teklifin düzenlediği hususta bir kanuna ihtiyaç olduğu kanısına varılmalıdır.<sup>10</sup> Bu kaniya varılabilmesi ise teklif sahiplerinin ilgili konuda ayrıntılı bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Bilgi edinme yasa yapımının önemli bir parçasıdır.<sup>11</sup> Bir konuda ayrıntılı bilgi sahibi olunmasının ne ölçüde yeterli olduğu da şüphelidir. Varlığı tespit edilen toplumsal ihtiyacın hangi spesifik değişiklikler ile karşılanabileceği de tespit edilebilmelidir. Bunun için ise kanun yapım tekniğine yönelik bilgi ve uzmanlığa erişilmesi elzemdir. Bu çerçevede çalışmada kanun teklifi verilmeden önce, teklifin hazırlanması aşamasında iki temel faaliyet alanına odaklanılmaktadır: (i) kanun teklifi verilmesine yönelik ihtiyacı tespit etmek için araştırma yapma ve bilgi edinme (ii) kanun yapım tekniğine uygun bir şekilde kanun teklifi taslağı hazırlama.

Çalışmada temel olarak iki soru grubuna yanıt aranmaktadır: (i) TBMM kanun teklifleri sunulmadan önceki hazırlık aşamasında bu iki faaliyet bağlamında hangi mekanizmalara sahiptir? TBMM’nin kurumsal kapasitesi, kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki iki faaliyetin gerektiği gibi yürütülebilmesi için yeterli midir? (ii) Yürütme organı, 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından bu iki alanda faaliyette bulunmak suretiyle kanun tekliflerinin hazırlanmasında rol oynamalı mıdır? Bunun mevzuatta bir dayanağı var mıdır? Bunun sınırları nelerdir?

Çalışmada, bu sorulara verilen yanıtlar çerçevesinde mevzuatta yapılabilecek düzenleme ve değişikliklere ilişkin tavsiyelerde bulunulması, tespit edilen sorunlu alanlar ve belirsizliklerin giderilmesine katkı sunulması amaçlanmaktadır. Çalışma mevcut anayasal çerçeve ve hükümet sistemi bağlamında, 2017 Anayasa değişiklikleri

<sup>8</sup> Bkz. İçtüzük madde 35, 87.

<sup>9</sup> Nihan Yancı-Özalp, ‘Türkiye’de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu Nitelik Sorunu mu?’ (2006) 61(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 267, 269.

<sup>10</sup> Bülent Daver, ‘Kanunla İlgili Meseleler’ (1961) 16(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 217, 226 – 227.

<sup>11</sup> Erdal Onar, *Meclis Araştırması* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1977) 141.

ile yürürlüğe konulan sistemi anlamlandırma ve bunun daha verimli şekilde işlenmesine yönelmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına kanun teklif etme yetkisi verilmesinin uygun olup olmadığı, avantajları ve dezavantajları veya parlamenter sistem uygulamaları değerlendirme konusu yapılmamaktadır.

Birinci bölümde öncelikle TBMM'nin kanun ihtiyacına yönelik olarak bilgi edinme yolları ve TBMM idari teşkilatı içerisinde kanun taslağı hazırlanmasına yönelik hizmet ve mekanizmalar, veriler ile ortaya konulmaktadır.

İkinci bölümde ise yürütme organının kanun tekliflerinin hazırlanmasındaki rolü sorgulanmakta ve bunun hukuki dayanakları araştırılmaktadır. Bu çerçevede öncelikle kanun tekliflerinin kaynağı yani hem bilgi kaynağı hem de taslak metinlerin kaynağı bakımından mevzuatımızda herhangi bir sınırlama olup olmadığı ve yürütmenin bu hususlarda rol oynayıp oynayamayacağı sorgulanmaktadır. Sonrasında 2017'deki değişiklik ile Anayasa'ya eklenen mesaj yetkisinin anlamı, kapsamı ve uygulaması ile bu yetkinin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında yürütmenin rolünün Anayasal dayanağı olarak görülüp görülemeyeceği değerlendirilmektedir.

Üçüncü bölümde 2017 Anayasa değişiklikleri öncesi ve sonrasında yürütme tarafından kanun taslağı hazırlanması ve bu taslak metinlerin TBMM'ye iletilmesi hususu incelenmektedir. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında kanun teklifi taslaklarının hazırlanması ve TBMM'ye iletilmesinin mevzuatta düzenlemeye tabi olup olmadığı, mevcut düzenlemelerdeki belirsiz ve sorunlu alanlara da işaret edilmek suretiyle değerlendirilmektedir.

Dördüncü bölümde ise ilk üç bölümdeki inceleme ve veriler çerçevesinde değerlendirme yapılıp tavsiyeler ortaya konulmaktadır. Bu doğrultuda ilk olarak yürütmenin sahip olduğu avantajlar ve kanun tekliflerinin hazırlanmasına katkısı değerlendirilmektedir. İkinci olarak mesaj yetkisine yönelik düzenleme yapılması yönündeki ihtiyaç ve bunun sınırları irdelenmektedir. Sonrasında mevcut uygulamadaki şeffaflık sorunu ile denge ve denetim hususundaki problemlere değinilmektedir. Son olarak TBMM'nin kurumsal kapasitesinin yeterliliği ilk bölümde ortaya konulan mekanizma ve verilerden yararlanılmak suretiyle personel altyapısı ile bilgi edinme ve araştırma kapasitesi bağlamında incelenip değerlendirilmektedir.

## **I. Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında TBMM'nin Rolü**

### **A. TBMM'nin Kanun İhtiyacına Yönelik Bilgi Edinme Yolları**

TBMM'nin kanun ihtiyacını tespit etmek için etkili olabilecek önemli yetkilerinin başında Anayasa'da düzenleme bulması itibarıyla anayasal bilgi edinme yolları gelmektedir. Bunun yanında TBMM idari teşkilatının ve teşkilatta görevli yasama

uzmanlarının kanun tekliflerinin hazırlanmasına bilgi desteği sağlamaya yönelik görevleri bulunmaktadır. Komisyon aşaması da bu açıdan önemli görülebilir.

## 1. Anayasal Bilgi Edinme Yolları

Anayasal bilgi edinme yollarından meclis araştırması, kanun ihtiyacının tespit edilip ihtiyacın giderilmesine yönelik kanun teklifleri sunulması bakımından önemli bir bilgi kaynağıdır. TBMM’nin görevlerinin ifasında yararlı olabilecek bilgileri toplamak için araştırma yapması anlamına gelen<sup>12</sup> meclis araştırması yoluyla TBMM bakanlıklar, mahallî idareler, muhtarlıklar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları gibi çok çeşitli kurumlar ve gerekli gördüğü uzmanlardan bilgi istemek ve inceleme yapıp ilgililerini çağırıp bilgi alabilmektedir.<sup>13</sup> Kanun yapımına kaynaklık edecek bilgilerin toplanmasına yönelik meclis araştırması faaliyeti yasama araştırması olarak adlandırılmaktadır.<sup>14</sup> Bu çerçevede hiç düzenlenmemiş bir alanda bilgi edinilmesinin yanı sıra mevcut düzenlemelerdeki eksikliklerin tespit edilmesi de söz konusu olabilmektedir.<sup>15</sup> Nitekim meclis araştırması yolunda bir sorunun nedenleri ve alınması gereken önlemler ortaya konulmaya çalışılmaktadır.<sup>16</sup> Meclis araştırması komisyonlarının, raporlarında kanuni düzenlemeler yapılmasını veya belirli kanunlarda spesifik değişiklikler yapılmasını önerdiği durumlara da rastlanmaktadır.<sup>17</sup>

Tüm bunlara rağmen meclis araştırması usulü spesifik bir konunun belirlendiği ve o konuda araştırma yapılması için en az 20 milletvekilinin başvurduğu bir yoldur. Konusal ve karar üzerine yapılan bir araştırmadır. Ayrıca verilen meclis araştırması önergelerinin çoğu kabul edilmemektedir.<sup>18</sup> Tüm bunlar meclis araştırmasının TBMM’nin düzenli bilgi ihtiyacının kaynağı olmadığı sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır. Ayrıca meclis araştırması komisyonlarının işlevselliği konusunun incelendiği bir çalışmada önergeler kabul edilse de komisyonların görevlerini yerine getirirken bazı sorunlarla karşılaştığı tespit edilmiştir.<sup>19</sup> Diğer bir bilgi edinme yolu olan genel görüşme usulü ise çok sık kullanılmamaktadır.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> ibid 5; Ergun Özbudun, ‘İngiltere ve Amerika’da Meclis Tahkikatı’ (1960) 17 (1) AÜHF 219, 219.

<sup>13</sup> İçtüzük, madde 105/3,4.

<sup>14</sup> Onar, (n 11) 6.

<sup>15</sup> ibid 7.

<sup>16</sup> Yasama Demeği, (n 5) 138.

<sup>17</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 5. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 315, Meclis Araştırması Komisyonu Raporu’ (Mart 2022) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss315.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023, 634-644.

<sup>18</sup> TBMM, ‘27. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu’ [https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/dijital\\_kitaplarv2/index.html?pdf=27D\\_4YY\\_Faaliyet\\_Raporu](https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/dijital_kitaplarv2/index.html?pdf=27D_4YY_Faaliyet_Raporu) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023, 82; TBMM, 27. Dönem 2. ve 3. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (1. Bası, TBMM Basımevi 2020) 147.

<sup>19</sup> Ali Fuat Gökçe, ‘TBMM’nin Yürütmeyi Denetlemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği’ (2009) Sayı: 1 Yasama Dergisi 76, 89.

<sup>20</sup> 27 Döneme ilişkin sayılar için bkz. TBMM, 27. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (n 18) 83; TBMM, 27. Dönem 2. ve 3. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (n 18) 147.

Bunun yanında Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara yöneltilen ve en geç onbeş gün içinde cevaplanması gereken yazılı soruların çoğu süresi geçtikten sonra yanıtlanmakta, pek çok soru ise yanıtız bırakılmaktadır.<sup>21</sup> Ayrıca sorulara tatminkar cevaplar verilmesi hususunda da sorun yaşanmaktadır. O kadar ki TBMM Başkanlığı süresi içerisinde ve içerik açısından yeterli cevaplar hazırlanması hususunda Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlıklara çeşitli tarihlerde yazılar gönderme ihtiyacı duymuştur.<sup>22</sup> Tüm bunlar çerçevesinde kanun yapımında bilgi kaynağı olmak bakımından yazılı soru usulünün etkin olmadığı söylenebilir.<sup>23</sup>

## 2. TBMM İdari Teşkilatının Yetkileri

İdari Teşkilat Kanunu'na göre idari teşkilatın Genel Kurula, Başkanlık Divanına, komisyonlara, siyasi parti gruplarına ve milletvekillerine bilgi desteği sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>24</sup> Komisyonlar bakımından özellikle Kanunlar ve Kararlar Başkanlığının komisyonun görev alanına ilişkin konularda araştırma ve inceleme yapma görevi önem arz etmektedir.<sup>25</sup>

TBMM'nin bilgi ihtiyacı çerçevesinde yasama uzmanları eliyle yasama faaliyetlerine ilişkin konu odaklı nesnel araştırmalar yapıp milletvekillerinin bilgisine sunma, milletvekillerinin talebi üzerine bilgi ihtiyaçlarını karşılama, TBMM'nin gündemindeki konulara ilişkin bilgi ve belgeleri derleme, görev alanındaki konularla ilgili ulusal ve uluslararası gelişmeleri takip etme ve harici kaynaklardan bilgi desteği sağlamak için işbirliği kurma görevleri temel olarak Araştırma Hizmetleri Başkanlığına verilmiştir.<sup>26</sup>

Talep üzerine verilecek hizmetlerin yanı sıra yasama uzmanlarının re'sen araştırma yapıp ihtiyaç halinde sunmak üzere bilgi edinme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu çerçevede Yasama Uzmanlığı Yönetmeliğinde yasama uzmanlarına “yasama ve denetim süreçlerine ilişkin ulusal ve uluslararası gelişmeleri takip etmek”, “TBMM gündemindeki konulara ilişkin bilgi ve belge derlemek” ve “görev alanıyla ilgili ulusal ve uluslararası çalışmaları takip etmek, özellikle Türkiye'ye ilişkin bilgileri toplamak, rapor hazırlamak ve istendiğinde sunmak” ve bu inceleme ve araştırmalar sonucunda tespit ettikleri sorun ve eksikliklerin giderilmesi için kendi inisiyatifleriyle

<sup>21</sup> TBMM, 27. Dönem 2. ve 3. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (n 18) 7-8; TBMM, 27. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (n 18) 80. Ayrıca bkz. Serkan Köybaşı, Volkan Aslan ve Naciye Betül Haliloğlu, ‘Turkey: Legal Response to Covid-19’, iç Jeff King ve Octávio LM Ferraz et al (edr), The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19 (OUP 2021) para 29.

<sup>22</sup> TBMM, 27. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (n 18) 80.

<sup>23</sup> Benzer yönde bkz. Ayşe Yaman Kaplan, ‘Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması’ (2022) SDÜHFD 12(1) 117, 138.

<sup>24</sup> TBMM Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu, Kanun Numarası: 6253, Kabul Tarihi: 1.12.2011, RG 18.12.2011/28146, madde 3/1 (a), (b), (d).

<sup>25</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 6/ç.

<sup>26</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 13. Ayrıca bkz. TBMM Başkanlığı Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği, RG 1.7.2015/29403, madde 32/3 (h), (i).



“bağlı olduğu birime önerilerde bulunmak, belirlenen görüş doğrultusunda gerekli düzenlemelerin yapılmasını sağlamak”<sup>27</sup> yönünde görevler verilmiştir.<sup>28</sup>

### 3. Komisyonların Yetkileri

Komisyonların milletvekillerinden oluşmaları itibarıyla kanun teklif edebileceğini iddia edenler olsa da<sup>29</sup> nihayetinde Anayasa’nın 88. maddesinde yetki milletvekillerindedir. Ayrıca TBMM İçtüzüğünde komisyonların kanun teklifi vermesi açıkça yasaklanmıştır.<sup>30</sup> Komisyonlar verilen tekliflerin görüşülmesinin yanı sıra kanun ihtiyacına yönelik bilgi edinme bakımından da önemli faaliyetler yürütmektedir.

Bazı komisyonlar yalnızca kendilerine havale edilen kanun tekliflerini görüşmekteyken bazılarının bunun dışında yetkiler de verilmiştir. Bunlar arasında görev alanlarındaki konularda ulusal ve uluslararası gelişmeleri izlemek,<sup>31</sup> gerekli bilgi ve belge temin etmek, bakanlıklardan, genel ve katma bütçeli dairelerden, mahalli idarelerden, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi istemek, uzman bilgilerine başvurmak,<sup>32</sup> faaliyetleri ve bulgularına ilişkin raporlar hazırlayıp TBMM’ye sunmak<sup>33</sup> bulunmaktadır. Bu görevlerin komisyonlarda belirli bir bilgi birikiminin oluşmasını sağlayacağı ve milletvekilleri için kanun yapımında bilgi kaynağı olacağı söylenebilir.

Ayrıca bazı komisyonlara verilen başvuruları inceleme yetkisi<sup>34</sup> de somut başvurulardan yola çıkarak kanun ihtiyacını tespit etmek için elverişli bir kaynak olabilir. Bu açıdan Dilekçe Komisyonu’na sunulan dilekçeler de önemli bir kaynak

<sup>27</sup> Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği, madde 32/3 (ş).

<sup>28</sup> Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği, madde 32/3 (ğ), (j), (t).

<sup>29</sup> İzzet Eroğlu, ‘TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’ (2006) Sayı 2 Yasama Dergisi 32, 44 ve 55. Komisyonların kanun teklif etme yetkisine ilişkin daha fazla tartışma ve karşı görüş için bkz. Gündüz Alp Aslan, *Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci*, (Seçkin 2020) 46, 47.

<sup>30</sup> Bkz. İçtüzük madde 35. 9/10/2018 tarihli ve 1200 Numaralı TBMM Kararı yapılan İçtüzük değişikliğine dayanak oluşturan İçtüzük teklifinde milletlerarası anlaşma tekliflerinin dışıleri komisyonunca verilmesi yönünde hüküm varken bu sonradan değiştirilmiş ve milletlerarası anlaşmayı uygun bulma kanun teklifinin de yalnızca milletvekillerce verileceği yönündeki hüküm kabul edilmiştir. Buna ilişkin bilgi ve İçtüzük’te değişiklik yapılarak komisyonlara kanun teklif etme yetkisi verilmesinin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğine ilişkin görüş için bkz. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 5/2020*, (TBMM Basımevi 2021) 103-105. Ayrıca bkz. TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar, Karar Numarası: 1200, Kabul Tarihi: 9.10.2018 RG 16.10.2018/30567(mükerrer). ABD’de ise komiteler kanun teklifi verebilmektedir. Bkz. Patrick Fisher, ‘Bills’ iç Robert E. Dewhirst ve John David Rausch (edr), *Encyclopedia of Congress* (Infobase 2007) 46; Congressional Quarterly Inc., *Guide to Congress*, (6. Bası, CQ Press 2008) 560. Avrupa’daki bazı ülkelere ilişkin örnekler için bkz. Havvana Yapıcı, ‘Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar’ (2007) Sayı: 5 Yasama Dergisi 57, 62.

<sup>31</sup> Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 5840, Kabul Tarihi: 25.2.2009, RG 24.3.2009/27179, madde 1, 3/1/c; İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 3686, Kabul Tarihi: 5.12.1990, RG 8.12.1990/20719, madde 1, 4/a; Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 4847, Kabul Tarihi: 15.4.2003, RG 19.4.2003/205084, madde 1, 3/b, d; Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kanun Numarası: 2937, Kabul Tarihi: 1.11.1983, RG 3.11.1983/18210, ek madde 2/4/b.

<sup>32</sup> 4847 Numaralı Kanun, madde 3/f, 4; 3686 Numaralı Kanun, madde 5; 5840 Numaralı Kanun, madde 3/1/ç, 4.

<sup>33</sup> 3686 Numaralı Kanun, madde 4/g, 6/3; 5840 Numaralı Kanun, madde 3/1/b; 4847 Numaralı Kanun, madde 3/c; 2937 Numaralı Kanun, ek madde 2/2.

<sup>34</sup> 3686 Numaralı Kanun, madde 4/e, 5840 Numaralı Kanun, madde 3/1/e.

olarak görülebilir.<sup>35</sup> Uygulamada komisyonların kanunlara ilişkin sürecin dışında bilgi edinme toplantıları düzenleyip sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri ile görüş ve bilgi alışverişinde buldukları görülmektedir.<sup>36</sup>

Bunun yanında ihtisas komisyonlarının kanun teklifi görüşülürken edindiği metnin kanunlaşmadan önce şekillenmesine yarayan bilgilerin de milletvekillerinin kanun teklifi ihtiyacını tespit etmesine yarayabileceği göz ardı edilmemelidir. Komisyonların bu açıdan önemli yetkileri bulunmaktadır. Komisyonlar fikirlerini almak için toplantılara uzman çağırabilmektedir.<sup>37</sup> Ayrıca ihtisas komisyonları kanunların komisyonunda görüşülmesi aşamasında bütün bakanlıklarla doğrudan doğruya yazışabilmekte ve kendilerine havale edilen işlerin sonuçlandırılması için gerekli bilgileri bakanlıklardan isteyebilmektedirler.<sup>38</sup>

Meclis soruşturması komisyonun bilgi edinme yetkileri ile karşılaştırıldığında ihtisas komisyonlarının kanun yapımına yönelik bilgi edinme araçlarının daha kısıtlı olduğu söylenebilir.<sup>39</sup> Ancak yine de kanun tekliflerinin görüşülmesi esnasında komisyonların önemli bilgi edinme araçları bulunmaktadır. Örneğin komisyonlarda alt komisyonlar kurularak uzmanlar çağırabilmektedir.<sup>40</sup> Bunun yanında 2022 tarihli Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 26. maddesi komisyon başkanlarına komisyonunda görüşülecek olan kanun teklifleriyle ilgili Strateji ve Bütçe Başkanlığından düzenleyici etki analizi hazırlanmasını isteme yetkisi de verilmiştir.<sup>41</sup>

## B. TBMM İdari Teşkilatının Kanun Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Görevleri

### 1. Teklif Destek Bürosu

TBMM İdari Teşkilat Kanunu'nda kanun teklifi taslağı hazırlama görevi TBMM bünyesindeki Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı'na verilmiştir.<sup>42</sup> Kanun teklifi taslağı hazırlama ve milletvekilleri tarafından hazırlanan taslakları TBMM Başkanlığına sunulmadan önce kanun yapımı tekniği yönünden inceleme görevlerinin yerine getirilmesi için 2019'da Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı bünyesinde Teklif Destek Bürosu kurulmuştur.<sup>43</sup> Teklif Destek Bürosu, taslak hazırlama açısından da

<sup>35</sup> İçtüzüğün 116/4 maddesi bunun dayanağı olabilir. Ancak bu maddenin kullanıldığı bir örneğe rastlanmamıştır.

<sup>36</sup> Bkz. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 4/2019*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2020) 65; Yasama Derneği, (n 5) 85.

<sup>37</sup> İçtüzük, madde 30/2.

<sup>38</sup> İçtüzük, madde 41.

<sup>39</sup> Bkz. İçtüzük, madde 111.

<sup>40</sup> Yasama Derneği, (n 5) 76. İnsan Hakları İnceleme Komisyonu örneği için bkz. TBMM, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, *26. Yasama Dönemi II. Devre Faaliyet Raporu*, (TBMM Basımevi 2017) 15 vd.

<sup>41</sup> Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Karar Sayısı 5210, Karar Tarihi: 23.2.2022, RG 24.2.2022/31760.

<sup>42</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 3/1(c), 6/1(b). Ayrıca bkz. madde 6/1(c).

<sup>43</sup> TBMM Başkanlık Divanı, Kanun Teklifi Taslağı Hazırlama Yönergesi, Numara: 570290, Onay Tarihi: 25.11.2019.

milletvekilleri tarafından hazırlanan taslakları inceleme açısından da re’sen hareket etmemekte, talep üzerine hizmet sunmaktadır.<sup>44</sup>

2019 tarihli Yasama Bülteninde Teklif Destek Bürosunun kurulması ile bu hizmetin “daha yüksek bir kapasite ve kurumsal anlayışla” yürütüleceği ifade edilmiştir.<sup>45</sup> İdari teşkilat içerisinde planlı teşkilatlanmaya gidilmesi, kanun yapım sürecinin ve kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasının kalitesinin artırılması açısından önem arz etmektedir. 2019 tarihli Yönerge ile Teklif Destek Bürosuna verilen işin 2014 tarihli eski Yönerge gereği Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı bünyesindeki Araştırma ve İnceleme Bürosu’nca yapıldığı görülmektedir.<sup>46</sup> Verilen hizmette değişikliğe gidilmemiştir. Dolayısıyla Teklif Destek Bürosu’nun kurulması, kurumsal kapasite açısından mevcut haliyle ifade edildiği kadar büyük bir katkı sunmamaktadır. Buna karşın Araştırma ve İnceleme Bürosu başka hizmetler de sunmaktayken Teklif Destek Bürosu yalnızca bu faaliyette bulunulması, bu hizmetin sunulması için kurulmuştur. Ancak bu noktada da Teklif Destek Bürosunda görev yapan yasama uzmanlarının başka faaliyetlerde bulunamayacağına, başka hizmetler sunmayacağına ilişkin bir düzenleme olmadığı için kuvvetle muhtemel bu uzmanlara başka görevler de verildiği ifade edilmelidir. Bu açıdan da yapılan değişikliğin büyük bir farklılık yaratmadığı belirtilmelidir.

En belirgin farklılık, yeni Yönerge ile ihtisas komisyonlarındaki yasama uzmanlarının Teklif Destek Bürosu’na destek olacağıın düzenlenmesidir.<sup>47</sup> Eski Yönerge’de bu tür bir destek öngörülmemektedir. Bunun komisyonların uzmanlıklarından faydalanılması açısından önemli bir kazanım olduğu söylenebilir.<sup>48</sup>

ABD’de de Kongre’nin her iki kanadında da milletvekilleri ve komitelere taslak hazırlama hizmeti sunan ofisler bulunmaktadır.<sup>49</sup> Bu ofisler yaklaşık 100 yıldır birbiriyle tutarlılık içinde kanunlar çıkarılması adına milletvekilinin partisinden bağımsız olarak tarafsız ve teknik bir hizmet sunmaktadır.<sup>50</sup> Ofisler siyasi tercihlerde bulunmamakta, talep edilen hususları kanun yapım tekniğine uygun bir şekilde taslak metne dönüştürmektedir. Bu ofisler, taslak hazırlama hizmetinin profesyonelleştiği, öngörülemeyen hukuki sonuçlara yol açmayan metinlerin hazırlandığı, bilinçli bir

<sup>44</sup> ibid madde 4, 5 ve 7, 8.

<sup>45</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 67.

<sup>46</sup> TBMM Başkanlık Divanı Kanun Teklifi Taslağı Hazırlama Yönergesi, Sayı: 163938, Onay Tarihi: 23.01.2014, madde 3.

<sup>47</sup> 2019 tarihli Yönerge, madde 3/2.

<sup>48</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 67.

<sup>49</sup> U.S. House of Representatives, ‘Office of the Legislative Counsel’ <https://legcounsel.house.gov> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; U.S. Senate, ‘Office of the Legislative Counsel’ <http://slc.senate.gov> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>50</sup> Frederic P. Lee, ‘The Office of the Legislative Counsel’ (1929) 29(4) Columbia Law Review 381, 381-403; Budget Counsel Reference Directory, Senate Office of Legislative Counsel <https://budgetcounsel.com/§052-office-of-legislative-counsel-senate/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; M. Douglass Bellis, ‘Drafting in The U.S. Congress’ (2001) 22(1) Statute Law Review 38, 42; U.S. Senate, ‘Office of the Legislative Counsel-Office Policies’ <https://www.slc.senate.gov/Policies/policies.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

kanun yapım süreci için önemli katkılar sunmaktadır.<sup>51</sup> Kongre üyeleri sıklıkla ofislerin taslak hazırlama hizmetinden yararlanmaktadır.<sup>52</sup>

Teklif Destek Bürosu'nun faaliyetleri eski uygulamadan önemli ölçüde farklılaşmasa da yalnızca bu işe özgülenmiş bir büro, edindiği deneyimler ve uzmanlıkla giderek profesyonelleşen ve ABD'deki gibi kanun yapım sürecine ve kanun tekliflerinin hazırlanmasına önemli katkılar sunan bir büroya dönüşme potansiyeli açısından önemli bir adım olarak görülmelidir.

## 2. Taleplere Yönelik Veriler

**Tablo 1**

Zaman Dilimi	Milletvekillerinin Talebiyle Hazırlanan Kanun Teklifi Taslağı Sayısı	TBMM Başkanlığına Sunulan Kanun Teklifi Sayısı
01.01.2018-31.12.2018	241 <sup>53</sup>	360 (+65 kanun tasarısı) <sup>54</sup>
		1507 <sup>55</sup>
01.01.2019-31.12.2019	357 <sup>56</sup>	981 <sup>57</sup>
01.01.2020-31.12.2020	339 <sup>58</sup>	845 <sup>59</sup>
01.01.2021-31.12.2021	342 <sup>60</sup>	732 <sup>61</sup>

TBMM idari teşkilatı içerisindeki kanun teklifi taslağı hazırlanmasına yönelik hizmetlerin 2017 Anayasa değişikliği sürecinden nasıl etkilendiği sorusu sorulabilir. Tablo 1'de gösterilen 2018-2021 yılları arasındaki veriler çerçevesinde, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında milletvekillerinin talepleri ile doğrudan Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı tarafından hazırlanan taslak sayısında doğrusal olmasa da nihai olarak açık bir artış bulunmaktadır.<sup>62</sup>

<sup>51</sup> Bellis (n 50) 39, 42; U.S. Senate, 'Office of the Legislative Counsel-Responsibilities of the Legislative Drafter' <https://www.slc.senate.gov/Drafting/drafting.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>52</sup> Patrick Fisher, 'Drafting' iç Robert E. Dewhirst ve John David Rausch (edr), *Encyclopedia of Congress* (Infobase 2007) 183.

<sup>53</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 3/2018*, (1. Bast, TBMM Basımevi 2019) 157.

<sup>54</sup> 01.01.2018-24.06.2018 arası. bkz. ibid 155.

<sup>55</sup> 24.06.2018-31.12.2018 arası. bkz. ibid 155.

<sup>56</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 164.

<sup>57</sup> ibid 163.

<sup>58</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 400.

<sup>59</sup> ibid 399.

<sup>60</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 3) 130.

<sup>61</sup> ibid 129.

<sup>62</sup> 16 Nisan 2017 tarihinde halk oylamasında kabul edilen Anayasa değişikliğinin pek çok hükmü 24 Haziran 2018'de yapılan seçimlerden sonra başlayan 27. yasama döneminde uygulama bulduğu için 2017 Anayasa değişikliği sonrasındaki durum 2018-2021 yılları arasındaki veriler çerçevesinde değerlendirilmiştir.

**Tablo 2**

Zaman Dilimi	Kanun Teklifi Taslağı Hazırlanmasına Yönelik Toplam Talep Sayısı	TBMM Başkanlığına Sunulan Kanun Teklifi Sayısı
26. Yasama Döneminin 1. ve 2. Yasama Yılı	324 <sup>63</sup>	1813 <sup>64</sup>
27. Yasama Döneminin 1. ve 2. Yasama Yılı	422 <sup>65</sup>	2081 <sup>66</sup>

Tablo 2’de yer verilen 26. yasama dönemi ve 27. yasama döneminin ilk iki yasama yılları tutulan veriler ise 2017 Anayasa değişikliği öncesi ile sonrasında karşılaştırma imkanı sunmaktadır. Kanun teklifi taslağı hazırlanmasına yönelik toplam talep sayısı, 2017 Anayasa değişikliği sonrasında, öncesine göre artmıştır. 27. yasama yılında TBMM’de 550 yerine 600 milletvekilinin yer aldığı göz önüne alındığında da milletvekili başına düşen taslak hazırlama talebinde artış olduğu görülmektedir.<sup>67</sup>

Bunun yanında toplam teklif sayısındaki değişim değerlendirilmelidir. Tablo 1’deki verilere göre 2017 Anayasa değişikliği sonrasındaki dönemde toplam kanun teklifi sayısında artış olduğu söylenemez. Ancak Tablo 2’deki verilere göre 2017 Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası karşılaştırıldığında toplam teklif sayısında açık bir artış bulunmaktadır. 550 yerine 600 milletvekili esas alındığında da milletvekili başına düşen teklif sayısında artış görülmektedir.<sup>68</sup> Tüm yasama dönemi dikkate alındığında artış daha da belirgin hale gelmektedir. Kanun teklifleri sorgu ekranında 26. dönemdeki toplam kanun teklifi sayısı 3301’ken, 27. dönemde TBMM Başkanlığına sunulan kanun teklifi sayısı 5339’dur.<sup>69</sup>

Tablo 1’de yer verilen taslak hazırlanmasına yönelik talepler ile toplam teklif sayısı karşılaştırıldığında tekliflerin 2018 ila 2021 yılları arasında bazı yıllarda çoğunluğunun her halükârda ise önemli bir kısmının TBMM idari teşkilatının kanun teklifi taslağı hazırlanması hizmetinden faydalanılmadan TBMM Başkanlığına sunulduğu görülmektedir. 27. dönemin başlangıcından 31/12/2021’e kadar tutulan verilere göre kanun teklifi taslağı talebinde bulunan milletvekillerinin parti üyeliğine göre oransal dağılımı şu şekildedir: CHP (571) %59,23; HDP (160) %16,60; MHP (112) %11,62; İYİ Parti (58) %6,02; AKP %2,18 (21).<sup>70</sup> 27. dönem 3., 4. ve 5. yasama yılları için ayrı ayrı tutulan verilerin tümünde de en yüksek oran %50’ye yakın veya

<sup>63</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 67.

<sup>64</sup> ibid 67.

<sup>65</sup> ibid 67.

<sup>66</sup> ibid 67.

<sup>67</sup> Taslak hazırlama talebi açısından bu sayı 26. yasama döneminin ilk iki yılında 0,59, 27. yasama döneminin ilk iki yılında ise 0,70’tir.

<sup>68</sup> Milletvekili başına düşen teklif sayısı 26. yasama döneminin ilk iki yılında 3,29, 27. yasama döneminin ilk iki yılında ise 3,47’dir.

<sup>69</sup> 26. dönemde 550 milletvekili başına düşen kanun teklifi sayısı yaklaşık 6’ya yakın 27. dönemde 600 milletvekili başına düşen milletvekili sayısı yaklaşık 9’dur.

<sup>70</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 3) 151.

fazla olmak üzere CHP milletvekillerine aitken, AKP milletvekillerinin oranı %4'ün üzerine çıkmamıştır.<sup>71</sup>

Bu veriler açık bir şekilde TBMM idari teşkilatının sunduğu kanun teklifi taslağı hazırlama hizmetinden yararlanma taleplerinin neredeyse tamamının muhalefet milletvekillerinden geldiğini göstermektedir. TBMM'de parlamenter sistem döneminde kanunlaşan tekliflerin önemli bir bölümü iktidar partisi milletvekilleri tarafından sunulmaktaydı.<sup>72</sup> Cumhurbaşkanlığı sistemi sonrasında da iktidar partisi milletvekillerinin TBMM Başkanlığına önemli sayıda kanun teklifi sunduğu varsayılabilir.<sup>73</sup>

İktidar partisi milletvekillerinin az da olsa bu hizmetten yararlanıyor olması kayda değer bir veridir. Ancak nihayetinde TBMM'de en çok koltuğa sahip olan ve Cumhurbaşkanı'nın da üyesi olduğu AKP milletvekillerinin TBMM Başkanlığına sundukları kanun tekliflerinin büyük çoğunluğu için TBMM idari teşkilatından uzmanlık hizmeti almadığı görülmektedir. Dolayısıyla TBMM'ye sunulan ve kanunlaşan tekliflerin büyük çoğunluğunun hazırlanmasında TBMM'deki taslak hazırlama hizmetinden yararlanılmadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu noktada idari teşkilatın sunduğu hizmetten yararlanmayan milletvekillerinin uzmanlık hizmetini nereden aldıkları sorusu gündeme gelmekte ve yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanmasındaki rolünü inceleme gereği ortaya çıkmaktadır.

## II. Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında Yürütmenin Rolü

### A. Kanun Tekliflerinin Kaynağı ve Yürütme

Kanun yapım sürecinin teklifin TBMM Başkanlığına sunulmasından önce başladığını ifade edenler bulunmaktadır.<sup>74</sup> Anayasa'nın 76. maddesinde kanun koyma yetkisi yasamaya verildiğine göre kanun tekliflerinin hazırlanmasında yürütme rol oynayamayacak mıdır? Öncelikle yasama organının kanun tekliflerini hazırlarken başka kaynaklardan yararlanma imkanı sorgulanmalı, bunun ardından yürütmeye ilişkin soru değerlendirilmelidir.

<sup>71</sup> Diğer partilerin milletvekillerine ilişkin oranlar ise değişiklik göstermektedir. Bkz. ibid 151; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 427; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 191.

<sup>72</sup> İsmail Yüksel, *TBMM'nin Kanun Yapma Yöntemi* (Adalet 2018) 21; Parlamenter sistem dönemindeki uygulama için de bu yönde ifadeler bulunmaktadır. Nahit Yüksel, 'Türk Parlamento Hukukunda "Çerçeve" Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları' (2014) 26 *Yasama Dergisi* 31, 42, dipnot 25; Cengiz Demirbağ, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi' (2019) Sayı: 39 *Yasama Dergisi* 13, 40.

<sup>73</sup> TBMM Başkanlığına sunulan toplam kanun teklifi sayısının partilere göre oransal dağılımına ilişkin bir veriyi rastlanılmamıştır.

<sup>74</sup> Bkz. İba (n 5) 109; İbrahim Araç ve Şeref İba, 'Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine', (2003) 58 (3) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 35, 37; Yüksel, *Türk Parlamento Hukukunda Çerçeve Kanunları Adlandırma Sorunu* (n 72) 35-36, 39. Buna karşılık teklif verilmeden önceki hazırlık ve araştırma aşamalarını kanun yapım sürecinin dışında ve yardımcı olarak görenler de bulunmaktadır. Bkz. Onar (n 11) 7 dipnot 17.

TBMM’nin bilgi edinme ve kanun teklifi taslağı hazırlamaya yönelik bir altyapısı bulunsa da ne kanunlar ne Anayasa ne de TBMM İçtüzüğünde milletvekillerinin yararlanacakları bilgi kaynakları ve edindikleri taslak metinlerin kaynağı konusunda sınırlamaya gidilmiştir. Her iki hususta da milletvekillerinin ve TBMM idari teşkilatının tekeli bulunmamaktadır.

Kanun tekliflerinin hazırlık aşamasında yasama organının başka hiçbir kaynaktan faydalanmaması düşünülemez. Kanun tekliflerinin hazırlanması, milletvekillerinin zihin dünyasında şekillenecek bir süreç değildir. Zira milletvekillerinin bilgi birikimleri ve uzmanlıklarının her durumda kanun ihtiyacını tespit edecek ve kanun yapım tekniğine uygun taslak metinler hazırlayacak genişlikte olması imkansızdır.<sup>75</sup> Kanunlara duyulan ihtiyacın belirlenmesinin yanı sıra bu ihtiyaçları karşılayacak taslak metinlerin hazırlanması da sanıldığından daha karmaşıktır.<sup>76</sup> Dolayısıyla milletvekilleri kanun tekliflerinin hazırlanmasında harici desteğe ihtiyaç duymaktadır.

Aksinin kabul edilmesi mümkün değildir. ABD’de de Kongre üyeleri ve personel kanun tekliflerinin hazırlanmasında Kongre dışı kaynaklara başvurmaktadır. Sendikalar, sivil toplum kuruluşları, tacirler gibi menfaat grupları da sürece fikir üretmek suretiyle veya teknik konularda ve kanun taslağı oluşturma hususunda destek sunmaktadırlar.<sup>77</sup> Ayrıca başkan ile başkana bağlı olarak faaliyet gösteren idari teşkilat da kanunların taslak metinlerinin kaynağını oluşturabilmektedir.<sup>78</sup>

2017 Anayasa değişiklikleri yapılırken Cumhurbaşkanı Erdoğan yeni sistem ile yasama ve yürütme organının yetkilerinin birbirine karışmayacağını; yasamanın, yürütmenin ve çoğunluk partisinin tahakkümünde olmayacağını; kanun teklif etme tekeli ile yasama yetkisinin tümüyle milletvekillerinin uhdesine bırakıldığını ifade etmiştir.<sup>79</sup> Hakikaten 2017 sonrasında yasama ve yürütme ilişkilerinde önemli değişiklikler olmuştur. Örneğin yürütmenin Genel Kurul ve komisyon toplantılarına katılımı ve bu toplantılardaki rolü büyük ölçüde sınırlanmıştır. Nitekim TBMM İçtüzüğünde yer alan Bakanlar Kurulu’nun Genel Kurul’daki görüşmelere katılabileceği, söz alabileceği, değişiklik önergesi verebileceğine dair ifadeler kaldırılmıştır.<sup>80</sup> Yürütme organının temsilcileri Genel Kurul toplantılarında olduğu gibi komisyon aşamasında da ne değişiklik önergesi verebilmekte ne de oy kullanabilmektedir.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> Özbudun (n 12) 219; Aslan, (n 29) 25.

<sup>76</sup> İba (n 5) 110.

<sup>77</sup> Congressional Quarterly Inc. (n 30) 559; Fisher (n 52) 183.

<sup>78</sup> Congress, ‘Enactment of a Law’ <https://www.congress.gov/help/learn-about-the-legislative-process/enactment-of-a-law> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; Fisher (n 52) 183.

<sup>79</sup> TCBB, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Dönem 3. Yasama Yılı Açılış Konuşması’ (1 Ekim 2017) <https://www.tcbb.gov.tr/haberler/410/84723/yeni-sistemle-yasama-yetkisi-tamamen-milletvekillerimizin-uhdesine-birakiliyor> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>80</sup> Örneğin bkz. 1200 numaralı TBMM Kararı, madde 25/1, 25/k. Yürütmenin katılabileceği Genel Kurul görüşmeleri bütçe ve kesin hesap tekliflerinin görüşüldüğü oturumlar ile sınırlı tutulmuştur Bkz. İçtüzük madde 62.

<sup>81</sup> 1200 numaralı TBMM kararının 4. maddesi ile değiştirilen İçtüzük, madde 31/2.

Tüm bunlara rağmen kanun yapım sürecine yürütme organının hiçbir dahil olmayacağı sonucuna ulaşılması mümkün değildir. Başkanlık sisteminde kuvvetler arasında belirli bir etkileşim olabileceği kabul edilmektedir.<sup>82</sup> Başkanlık sisteminde de kuvvetler arasındaki koordinasyon ve karşılıklı bilgi akışı yoluyla iyi yönetimin sağlanmasının önemine vurgu yapılmaktadır.<sup>83</sup>

Yürütmenin kanun ihtiyacına yönelik bilgi sağlama bakımından TBMM'ye desteği mevzuatta da dayanak bulmaktadır. Öncelikle Bölüm I.A.'da görüldüğü üzere yürütme anayasal bilgi edinme yolları ile kanun tekliflerinin hazırlık sürecine dahil olmaktadır. Ayrıca hazırlanan kanun ve/veya mevzuat taslakları hakkında çeşitli kurum/kuruluş/görevlilere görüş bildirme görevi veren kanuni düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>84</sup> Bu şekilde görev verilenler arasında idari teşkilat içerisinde yer alan kuruluş/görevliler de bulunmaktadır. Bunun yanında İçtüzüğe göre yürütme komisyon toplantılarından tümüyle dışlanmadığı gibi bu aşamada yürütmenin uzmanlığına öncelik tanındığı söylenebilir. Zira yürütme temsilcileri komisyon toplantılarına istediğinde katılabiliyor ve katılmaları halinde söz sırasına bağlı olmuyorken diğer uzmanlar çağrı üzerine toplantılara katılabilmekte ve bu kişilere komisyon başkanı tarafından gerekli görüldüğünde söz verilmektedir.<sup>85</sup> Ayrıca yürütmenin temsilcileri kapalı oturumlara da katılabiliyorken uzmanlar için bu imkân düzenlenmemiştir.<sup>86</sup>

Bunun yanında yürütmenin Genel Kurul toplantılarına katılımı da 2017 değişikliklerinden sonra dahi tümüyle ortadan kaldırılmamıştır. Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar “Meclis Genel Kuruluna duyurulmasında zaruret görülen olağanüstü acele hallerde” Genel Kurul'da gündem dışı söz alabilmektedir.<sup>87</sup> Ayrıca Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın TBMM'de açılış konuşması yapabileceği düzenlenmiştir.<sup>88</sup> Yürütmenin Genel Kurul'da söz alabileceği bu iki istisnai hal, TBMM'ye yürütme tarafından kanun ihtiyacına yönelik bilgi aktarımında bulunulması için kullanılabilir.

Milletvekillerinin tekliflerin hazırlanması hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır.<sup>89</sup> Kanun ihtiyacına yönelik bilgi kaynağının yanı sıra kanun tekliflerine kaynaklık

<sup>82</sup> Bkz. James Madison, 'Federalist Papers No 47', iç Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay, (edr) *The Federalist Papers* (OUP 2008) 239, 240.

<sup>83</sup> Mark R. Killenbeck, 'A Matter of Mere Approval - The Role of the President in the Creation of Legislative History' (1995) 48(1) *Arkansas Law Review* 239, 292.

<sup>84</sup> Örneğin bkz. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, Kanun Numarası: 6087, Kabul Tarihi: 11.12.2010, RG 18.12.2010/27789, madde 7/2(j); Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 7.4.2016/29677, madde 22/1(h); Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG 6.11.1981/17506, madde 14/b(2). Ayrıca bkz. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Kanun Numarası: 4875, Kabul Tarihi: 5.6.2003, RG 17.6.2003/25141, madde 4.

<sup>85</sup> İçtüzük, madde 29, 30 ve 31.

<sup>86</sup> İçtüzük, madde 70/4.

<sup>87</sup> İçtüzük madde 59.

<sup>88</sup> Anayasa madde 104/3. Bu iki yetkiye mesaj yetkisinin açıklandığı Bölüm II.B.'de daha ayrıntılı değinilecektir.

<sup>89</sup> Örneğin bkz. Aslan (n 29) 24.



eden taslak metinlerin kimden/nereden edinileceği hususunda da bir sınırlama bulunmamaktadır. Örneğin milletvekilleri ve partiler; kanun teklifi taslağı hazırlamak, bunun için bilgi edinmek gibi konularda sivil toplum kuruluşlarından da destek alabilmektedir.<sup>90</sup> Milletvekillerinin sonradan kanun teklifi olarak sundukları kanun metinlerinin kaynağının tespit edilmesi ve sınırlanması neredeyse imkansızdır.

Milletvekilleri dışındaki kişi veya kurumlar tarafından TBMM Başkanlığına sunulan taslak metinler de milletvekilleri tarafından hazırlansa dahi TBMM Başkanlığına hiç sunulmayan taslak metinler de “kanun teklifi” niteliğinde değildir. Dolayısıyla örneğin bakanlıklar tarafından hazırlanan taslak metinler bir diğer deyişle kanun taslakları veya kanun teklifi taslakları teklif niteliğinde görülemez. Bir bakanlık bünyesinde ihtiyaca binaen yapılması gerekli görülen kanun değişiklikleri hakkında kanun taslağı hazırlanmasının milletvekillerinin münhasır kanun teklif etme yetkisine halel getirmediği aşıkardır. Nasıl ki herhangi bir sivil toplum kuruluşunun taslak bir kanun metni hazırlaması ona teklif verme yetkisi kazandırmıyorsa ve bu taslak metnin “kanun teklifi” niteliği kazanabilmesi için bir milletvekili tarafından TBMM Başkanlığına sunulması gerekiyorsa yürütmenin hazırladığı taslak metnin de “teklif” niteliğine bürünebilmesi için mutlaka bir milletvekilinin – bütçe ve kesin hesap kanun teklifi taslakları hariç olmak üzere – bu taslak metni TBMM Başkanlığına sunması gerekmektedir.

Bu noktada hem kanun ihtiyacına yönelik bilgi edinme hem de taslak hazırlama bakımından önem arz edebilecek bir yetkiden bahsedilmelidir: mesaj yetkisi.

## B. Mesaj Yetkisi ve Kanun Tekliflerinin Hazırlanması Süreci

2017 değişiklikleri ile Anayasa’ya Cumhurbaşkanı “ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj” vereceği yönünde bir hüküm eklenmiştir.<sup>91</sup> 25 Kasım 2023’te yapılan aramada TBMM İçtüzüğü, herhangi bir kanun, yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, genelgesi veya kararında mesaj yetkisi hakkında açık bir düzenleme tespit edilememiştir. Mesaj yetkisine ilişkin tek hukuki dayanak Anayasa’dır. Ancak bu yetkinin iç ve dış siyaset hakkında olacağına ilişkin – pek de sınırlayıcı olmayan – ifade dışında yetkinin içeriğini belirleyen, nasıl kullanılacağını somutlaştıran bir anayasal düzenleme bulunmamaktadır.<sup>92</sup> Bunun yanında ne anayasa değişikliğine ilişkin genel gerekçede ne de 104. maddeye ilişkin gerekçede mesaj yetkisine ilişkin bir açıklama yapılmıştır. TBMM görüşmeleri de mesaj yetkisinin nasıl uygulanacağı hakkında yol göstermemektedir.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 65. Ayrıca bkz. Yasama Derneği (n 5) 72, 83.

<sup>91</sup> Anayasa, madde 104/4.

<sup>92</sup> İba (n 5) 127; Şeref İba ve Abbas Kılıç, ‘Yeni Hükümet Sistemi Işığında Cumhurbaşkanının Mesaj Yetkisi’ iç Sabih Arkan ve Sarper Süzek et al (edr), *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan* (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 719.

<sup>93</sup> Bahadır Yeşilirmak B, ‘Cumhurbaşkanının TBMM’ye Mesaj Verme Yetkisi’ (2020) Sayı: 41 Yasama Dergisi 11, 13, 25.

Anayurt ve Yeşilirmak ABD Anayasası'nın 2. maddesinin 3. fıkrasının her iki kısmını tarif ederken “mesaj” kavramını kullanmıştır.<sup>94</sup> Gözler'e göre mesaj yetkisi genel olarak devlet başkanlarının parlamentoya yaptığı bir bildiridir.<sup>95</sup> Gözler 1982 Anayasası bakımından ise 2017'de eklenen maddenin sadece ilk bölümünü mesaj yetkisi olarak tarif etmiştir.<sup>96</sup> İba mesaj yetkisinin “yasama ve yürütme organlarının çalışma düzenindeki ayrılığı gidermek üzere ortak işlem yapma kabiliyetinin işletilmesi” amacıyla düzenlendiğini söylerken Anayurt bu yetkinin hukuken olması da işlevsel olarak yasama girişimi olduğunu ifade etmiştir.<sup>97</sup> Doğan ise mesaj yetkisinin Cumhurbaşkanına kanun teklif etme inisiyatifi verdiğini belirtmiştir.<sup>98</sup> Görüldüğü üzere mesaj kavramının kullanımı ve Anayasa'da düzenlenen mesaj yetkisinin anlamlandırılması hususunda öğretilerde bu konuda farklı yorumlar yapılmıştır.

Anayasa değişikliğine ilişkin genel gerekçede açıkça ABD uygulamasına atıfta bulunulmamışsa da en eski ve başarılı başkanlık sistemi uygulaması olan ABD uygulaması yol gösterici olabilir. ABD, başkana kanun teklif etme yetkisinin verilmemesi ve mesaj yetkisinin Anayasa'da düzenlenmesi bakımından Türkiye'yle benzer bir anayasal düzleme sahiptir. Bu bakımdan da ABD örneği dikkate değerdir.

ABD Anayasası'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında hem başkanın birliğin durumu konuşması yapma yetkisi hem de “gerekli ve uygun gördüğü önlemleri” Kongre'nin görüşüne sunmaya yönelik yetki düzenlenmiştir. ABD Anayasasındaki bu maddenin ilk kısmı açılış konuşması ile benzerlik göstermektedir. Maddenin “recommendations clause” olarak ifade bulan ikinci kısmı ile başkanın kanun tekliflerinin hazırlığına katılma hususunda yetkilendirildiği ifade edilmektedir.<sup>99</sup>

Tüm bunlar neticesinde bu çalışmada mesaj yetkisinin yürütmenin yasama ile resmi bir bildirim ile iletişime girerek önerilerini sunmasına yarayan bir araç olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. TBMM için kanun yapımında bir tür bilgi kaynağıdır. Cumhurbaşkanının kanunlara yönelik pozisyonunu TBMM'ye iletebileceği bir yoldur.<sup>100</sup> Mesaj yetkisinin Anayasa'da ayrıca düzenlenmesi, bunun kurumsal ve resmi bir iletişim aracı olmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca açılış konuşmasının da bir tür mesaj olarak görülebileceği ancak Anayasa'da düzenlenen ve açılış konuşmasından farklılaşan mesaj yetkisini anlamlandırmak için ABD'deki “recommendations clause”un önemli bir kaynak olduğu belirtilmelidir.

<sup>94</sup> Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (4. Bası, Seçkin 2021) 400; Yeşilirmak (n 93) 16.

<sup>95</sup> Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin 2021) 870; İba ve Kılıç (n 92) 715; Yeşilirmak, (n 93) 32.

<sup>96</sup> Kemal Gözler, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, (1. Bası, Ekin 2001) 37.

<sup>97</sup> İba (n 5) 125, 127; Anayurt (n 94) 400.

<sup>98</sup> İlyas Doğan, ‘Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi’, iç İlyas Doğan ve Serdar Ünver (edr) Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Astana 2017) 28.

<sup>99</sup> Vasan Kesavan ve J. Gregory Sidak, ‘The Legislator-In-Chief’ (2002) 44(1) William and Mary Law Review 1, 63; J. Gregory Sidak, ‘The Recommendation Clause’ (1989) 77(6) The Georgetown Law Journal, 2079, 2135; Ross M. English, *The United States Congress* (Manchester University Press 2003) 127.

<sup>100</sup> Gözler, (n 96) 143-144.

Bu bildirin Cumhurbşkanının kanun ihtiyacını TBMM’ye iletmesi için kullanılabileceği pekala söylenebilir. Bu çerçevede mesaj yetkisi yoluyla başkanın TBMM’ye yaptığı bildirim, genel nitelikli tavsiyeler veya beklentileri içerebilecek ve kanun ihtiyacına yönelik genel öneriler niteliğinde olabilecektir. Bu öneriler belirli kanunlarda değişiklik yapılmasına veya yeni bir kanunun kabul edilmesine yönelik olabilir.

İba, mesaj yetkisi henüz açıkça düzenlenme konusu yapılmadığı için bu yetkinin sözlü veya yazılı olarak kullanılabileceğini ifade etmiştir.<sup>101</sup> Ancak Cumhurbşkanının yaptığı herhangi bir konuşmanın mesaj olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Cumhurbşkanının yürütmenin başı olması sebebiyle her türlü sözlü veya yazılı açıklaması “iç veya dış siyasete” ilişkin olması sebebiyle mesaj yetkisi olarak görölmesi, bu anayasal kavrama ilişkin büyük bir belirsizlik oluşturacaktır. Anayasa’da “TBMM’ye” mesaj verme yetkisinden bahsedildiği için bu yetkinin sözlü olarak kullanılması halinde bunun yalnızca TBMM’de ve yasama çalışmalarını esnasında yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Yazılı bildirimlerin de resmi olarak TBMM’ye bildirilmesi halinde bunlar mesaj yetkisi olarak değerlendirilebilecektir. Bu, TBMM Başkanlığına yapılan bir bildirim olabileceği gibi komisyonlara da yapılabilir. Bu konuda mevzuatta bir sınırlama bulunmamaktadır.

Tespit edilebildiği kadarıyla TBMM’ye mesaj yetkisi adı altında bir bildirimde bulunulmamıştır. Ancak Yeşilırmak’ın gündeme getirdiği bir örnekten bahsedilmelidir. Cumhurbşkanı, TBMM Başkanlığına 27.2.2020 tarihinde bir kanunda yer alan sermaye miktarının artırılmasına ilişkin gerekliliğin bulunduğuna dair bir yazı göndermiştir.<sup>102</sup> Bunun üzerine Meclis Başkanı ve bir diğer milletvekili, 10.03.2020 tarihinde TBMM Başkanlığına yazıda bahsedilen değerikliği içeren bir kanun teklifi sunmuşlardır.<sup>103</sup> Yürütme resmi bir yazıyla TBMM ile iletişim kurmuş, kanun değerikliğine duyulan ihtiyacı bildirmiştir. Nihayetinde Meclis Başkanı tarafından TBMM’ye sunulan kanun teklifinin bu resmi yazıdan kaynaklandığı söylenebilir. Dolayısıyla bunun aslında mesaj yetkisinin kullanımı olduğu söylenebilir. Ancak bu bildirim mesaj yetkisi adı altında yapıldığına dair bir veri bulunamamıştır. Ayrıca ne teklif gerekçesinde<sup>104</sup> ne Komisyon raporlarında<sup>105</sup> ne kanun teklifine ilişkin Genel Kurul’da yapılan görüşmelerde<sup>106</sup> Cumhurbşkanının yazısından bahsedilmiştir. Bu yazı gelen kağıtlarda da yayımlanmamıştır. Bu örnekte iki organ arasında şeffaf ve kurumsal bir iletişim gerçekteştiği söylenemez.

<sup>101</sup> İba (n 5) 128.

<sup>102</sup> Yeşilırmak (n 93) 32. Yazar bu yazıya TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı Arşivi’nden ulaştığını ifade etmektedir.

<sup>103</sup> TBMM, ‘Kanun Teklifi 2/2691’ <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/269929> Erişim Tarihi 4 Kasım 2022.

<sup>104</sup> TBMM, ‘Kanun Teklifi ve Gerekeşesi 2/2691’ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2691.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>105</sup> TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 197, Kanun Teklifi (2/2691) ve Dışişleri Komisyonu Raporu’ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss197.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>106</sup> TBMM, ‘Genel Kurul Tutanakđı, 27. Dönem 3. Yasama Yılı, 71. Birlesim’ (19 Mart 2020) <https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BaslangicSayfa=1&BitisSayfa=64&BirlesimSiraNo=23429&Tur=H> Erişim Tarihi 4 Kasım 2022.

Mevzuatta dayanağı olan gündem dışı konuşma, açılış konuşması ve milletlerarası andlaşmaların uygun bulma kanunu çıkarılmak üzere TBMM'ye iletilmesinin mesaj yetkisinin uygulamaları olarak görülüp görülemeyeceği öğretilmiştir. Bu tartışmalar ve uygulamalar mesaj yetkisinin anlamlandırılması bakımından yol gösterici olabilir.<sup>107</sup> Bu uygulamaların hepsi bir tür iletişim aracıdır ve yürütme tarafından TBMM'ye bilgi aktarımı yapılmasına yönelik araçlar olarak da kullanılmaya müsaittir. Bu açıdan mesaj yetkisinin uygulamaları olarak görülmeleri mümkündür.

Gündem dışı konuşmanın mesaj yetkisinin kullanımı niteliğinde olduğuna dair görüşler vardır.<sup>108</sup> Ancak bu yetkinin 2017 Anayasa değişikliklerinden önce Anayasa'da yer alması sebebiyle yeni düzenlenen mesaj yetkisini anlamlandırmak için işlevsel olmadığı ifade edilmektedir.<sup>109</sup> Ayrıca gündem dışı konuşma, olağanüstü durumlarda uygulanması beklenen bir usuldür.<sup>110</sup> Nitekim uygulamada da istisnai ve sınırlı hallerde kullanılmıştır.<sup>111</sup>

Açılış konuşması da 2017 Anayasa değişikliklerinden önce Anayasa'da yer almıştır. Açılış konuşması hukuk düzenimize girdiğinden beri tüm Cumhurbaşkanları tarafından belirli istisnalar hariç olmak üzere her yasama yılının ilk gününde kullanılmıştır.<sup>112</sup> 2017 Anayasa değişikliği ile açılış konuşmasına ilişkin düzenlemede ve uygulamada değişikliğe gidilmemiştir.<sup>113</sup> Anayasa'da yer alan açılış konuşmasının mesaj yetkisinin alt türü olduğunu ifade edenler bulunmaktadır.<sup>114</sup> Mevcut Anayasa'da mesaj yetkisi ile açılış konuşmasının Cumhurbaşkanının yetkilerinin düzenlendiği 104. maddenin farklı fıkralarında düzenlenmesi ve açılış konuşmasının değişikliklerden önce de Anayasa'da bulunması sebebiyle -açılış konuşması bir tür mesaj olarak görülse dahi- Türk hukukunda mesaj yetkisinin açılış konuşmasının ötesinde bir anlam ve işlevinin olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.<sup>115</sup>

Peki mesaj yetkisi yalnızca kanun ihtiyacına yönelik bilgi ve genel öneriler için mi kullanılabilir? Mesaj yetkisine yönelik Anayasal düzenlemede bu yetkinin genel bilgi

<sup>107</sup> Milletlerarası andlaşmalara ilişkin tartışmalara Bölüm III.B.2.'de değinilecektir.

<sup>108</sup> İba ve Kılıç (n 92) 716; Yeşilirmak (n 93) 28.

<sup>109</sup> Yeşilirmak (n 93) 29.

<sup>110</sup> İba ve Kılıç (n 92) 716.

<sup>111</sup> Gündem dışı konuşma için Dışişleri Bakanının Barış Pınarı Harekâtı ve uluslararası gelişmelere dair, Milli Savunma Bakanı ile Dışişleri Bakanının İdlilb'deki saldırılar ve şehitlere dair ve Sağlık Bakanının koronavirüs salgınına dair TBMM'de yaptığı bilgilendirme konuşmaları örnek verilebilir. Bkz. Yeşilirmak (n 93) 28. Ayrıca bkz. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 1/2016*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2016) 87-91.

<sup>112</sup> İba ve Kılıç (n 92) 713; Yeşilirmak (n 93) 26. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 3) 100.

<sup>113</sup> 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından da Cumhurbaşkanının TBMM'de önceki Cumhurbaşkanları gibi açılış konuşması yaptığı görülmektedir. Örneğin bkz. TCBB, 'TBMM 27. Dönem 4. Yasama Yılı Açılış Konuşmaları' (1 Ekim 2020) <https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/353/122222/tbmm-27-donem-4-yasama-yili-acilis-konusmalari> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; TCBB, 'TBMM 27. Dönem 5. Yasama Yılı Açılış Konuşması' (1 Ekim 2021) <https://tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-10-01-tbmm-tr.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>114</sup> İba ve Kılıç (n 92) 716.

<sup>115</sup> Aynı yönde bkz. Yeşilirmak (n 93) 27, 34; İba (n 5) 127. Ayrıca bkz. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 145.

ve öneriler ile sınırlı tutulduğuna dair açık bir belirleme bulunmamaktadır. Kanun ve diğer düzenlemelerde ise mesaj yetkisi açıkça düzenlenmemiştir.

ABD’de bu yetki yoluyla kanun ihtiyacına yönelik genel nitelikli önerilerde bulunmanın yanı sıra Kongre’ye resmi olarak taslak iletme uygulaması da benimsenmiştir.<sup>116</sup> Taslaklar başkanın mesajı yoluyla Kongre’ye resmi olarak iletilmektedir. Yürütmeye bağlı idari ajanslar da Kongre’ye doğrudan taslak iletebilmektedir.<sup>117</sup> Federal Yüksek Mahkeme de başkanların kanun taslağı sunabileceğini kabul etmiştir.<sup>118</sup> Yürütme organı bünyesindeki idari ajanslar tarafından hazırlanan taslak metinler günümüzde kanun tekliflerinin önemli kaynaklarındadır.<sup>119</sup> Türkiye’de de yürütme tarafından kanun taslağı hazırlanmasının ve TBMM’ye iletilmesinin temeli bu yetkide görülebilir. Ancak bundan önce bu yetkilerin mevzuatta dayanağının olup olmadığı incelenmelidir.

### III. Yürütme Tarafından Kanun Taslağı Hazırlanması ve Taslak Metinlerin TBMM’ye İletilmesi

#### A. Yürütme Tarafından Kanun Taslağı Hazırlanması

##### 1. 2017 Anayasası Öncesindeki ve Sonrasındaki Hukuki Durum

1992 yılında yayınlanan bir Yönetmelik Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığına iletilen kanun tasarılarının hazırlanması için tek hukuki dayanaktı.<sup>120</sup> Bu Yönetmelik, 2006’da Resmi Gazete’de yayınlanan bir diğer Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>121</sup> 2006 tarihli bu Yönetmeliğe göre her bakanlık kendi görev alanındaki konularda taslak hazırlayabilmekteydi.<sup>122</sup> Hazırlanan taslaklar; bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarına gönderilmekte ve bunların görüşleri alınmaktaydı.<sup>123</sup> Ayrıca tasarı taslakları Başbakanlığa iletilmeden önce Adalet Bakanlığına gönderilmekteydi. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, taslakları Türk

<sup>116</sup> Charles M. Cameron ve Jee-Kwang Park, ‘A Primer on the President’s Legislative Program’ iç Bert A. Rockman, Richard W. Waterman (edr), *Presidential Leadership The Vortex of Power* (OUP 2008) 46; English (n 99) 12.

<sup>117</sup> Harry W. Reynolds, ‘Public Administrators and Policy Agendas: Some Preliminaries to Statute Law Making’ (2006) 24(1) *International Journal of Public Administration* 31, 45, 49.

<sup>118</sup> *Clinton v. City of New York*, [1998] USSC 524, [1998] 417, 438.

<sup>119</sup> Walter J. Oleszek ve Mark J. Oleszek et al, *Congressional Procedures and the Policy Process* (10. Bası, CQ Press 2016) 105; Reynolds (n 117) 35.

<sup>120</sup> Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik Tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar, RG 8.9.1992/21339. İba (n 5) 157. 1992 tarihli Yönetmeliğin yetersiz olduğunu ve başarıyla uygulanmadığını ifade edenler bulunmaktadır. Bkz. Arslan (n 4) 191.

<sup>121</sup> Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Numara: 2005/9986, RG: 17.02.2006/26083.

<sup>122</sup> ibid, madde 5.

<sup>123</sup> 2006 tarihli Yönetmelik, madde 6 ve 7. Çakın yasa tasarısı taslaklarının TBMM Başkanlığına sunulmadan önce “yüzü aşkın” kurum ve kuruluş görüşünün alındığını ifade etmektedir. Bkz. Akın Çakın, ‘Yasa Yapma Süreci ve Sosyal Kontrol (Şeffaflık ve Katılım)’ (2008) Sayı: 9 Yasama Dergisi 57, 64.

hukuk sistemine ve kanun koyma tekniğine uygunluğu bakımından incelemekte ve görüş bildirmekteydi.<sup>124</sup> Ayrıca bakanlıklarca hazırlanıp Başbakanlığa sunulan kanun tasarıları Bakanlar Kurulu'nda görüşülmeden önce Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğüne “Anayasaya, kanunlara, genel hukuk kurallarına, kalkınma plan ve programları ile Hükümet Programına uygunluğu açısından” incelenmekteydi.<sup>125</sup>

Kanun tasarılarının kaldırıldığı 2017 Anayasa değişikliği sonrasında 2006 tarihli Mevzuat Hazırlama Yönetmeliğinin kanuni dayanağı olan 3056 Numaralı Kanun, 2018’de çıkarılan 703 Numaralı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır.<sup>126</sup> KHK gereğince Yönetmelik açıkça yürürlükten kaldırılmadığı için bir süre yürürlükte kalmıştır.<sup>127</sup> Ancak bu süre boyunca Yönetmeliğin kanun teklifi taslaklarını değil, kanun tasarı taslaklarını düzenlemesi itibarıyla kanunlar açısından uygulama alanını kaybettiği ifade edilmiştir.<sup>128</sup> 2022 tarihinde çıkarılan yeni Yönetmelik ile 2006 tarihli Yönetmelik yürürlükten kaldırılarak belirsizlik giderilmiştir.<sup>129</sup>

1 Numaralı CBK'nın Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğünün yetki ve görevlerini düzenleyen 7. maddesine dayanılarak çıkarılan 2022 tarihli Yönetmelik ile Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından hazırlanan “mevzuat taslaklarının” hazırlanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amaçlanmıştır.<sup>130</sup> Taslakların Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ve diğer ilgili mevzuata veya Cumhurbaşkanlığı programı ile kalkınma plan ve programlarına uygun olması gerektiği<sup>131</sup> ve konuyla ilgili bakanlıklar ile çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarından özel sektör paydaşlarına kadar çok çeşitli kurum ve kişilerden görüş alınması gibi hususlar hüküm altına alınmıştır.<sup>132</sup> Yönetmelik ile CBK’da Cumhurbaşkanlığı teşkilatına verilen mevzuat taslaklarına ilişkin görevlerin somutlaştırıldığı da söylenebilir. Nitekim 1 Numaralı CBK’da bakanlıklara kendi görev alanlarındaki konularda mevzuat hazırlıkları yapmak ve mevzuat taslakları hakkında görüş bildirmek yönünde görevler verilmiştir.<sup>133</sup> Adalet Bakanlığına mevzuat tekniğine uygunluğu incelemek

<sup>124</sup> Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2992, Kabul Tarihi: 29.3.1984, RG 7.4.1984/18365, madde 2/1(i), 13/1(a), (d). Bu Kanun 703 Numaralı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK Numarası: 703 Tarihi: 2.7.18, RG 9.7.2018/30473(3. Mükerrer), madde 1.

<sup>125</sup> Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3056, Kabul Tarihi: 10.10.1984, RG 19.10.1984/18550, madde 8/1(a).

<sup>126</sup> 703 Numaralı KHK, madde 218.

<sup>127</sup> ibid, geçici madde 16/1.

<sup>128</sup> Arslan (n 4) 197, 201; Demirbağ (n 72) 37.

<sup>129</sup> 2022 tarihli Yönetmelik, madde 30.

<sup>130</sup> 2022 tarihli Yönetmelik, madde 1/1, 1/2.

<sup>131</sup> ibid madde 28/3.

<sup>132</sup> ibid madde 6.

<sup>133</sup> Örneğin bkz. Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 1, RG 10.7.2018/30474, madde 38/1(e), 42/1(a), 220/1(b), 220/A/1(f), 232/1.

ve Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne hazırlanan mevzuat taslaklarını; Anayasaya, kanunlara, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine, genel hukuk kurallarına, Cumhurbaşkanı Programına uygunluğu açısından incelemek gibi görevler verilmiştir.<sup>134</sup> Burada cevaplanması gereken kilit soru, Bakanlıkların hazırladığı “mevzuat taslakları” arasında kanun taslaklarının da bulunup bulunmadığıdır.

## 2. Yönetmelik Kapsamında Kanun Teklifi Taslaklarının Hazırlanması Sorunsalı

1 Numaralı CBK’da “kanun taslağı” ifadesine hiç yer verilmemiş, “mevzuat taslağı” ifadesi kullanılmıştır. 2022 tarihli Yönetmelik’te ise mevzuat kavramının kanunu da kapsadığı açıkça düzenlenmiştir.<sup>135</sup> Ayrıca Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde kanun taslaklarına dair çok sayıda düzenleme yer almaktadır.<sup>136</sup> Yönetmeliğin amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesi sorumuzun cevabını karmaşıklaştırmaktadır. Bu maddede milletvekilleri tarafından TBMM Başkanlığına sunulan “kanun tekliflerinin” Yönetmeliğin kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir. Bu ifade Yönetmeliğin kapsamının yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından sunulabilecek olan kanun tekliflerine ilişkin taslaklar yani bütçe ve kesin hesap kanunu taslakları ile sınırlı olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak Yönetmelik bunun aksine işaret eden birden fazla veri sunmaktadır.

Öncelikle Yönetmelik boyunca “kanun” ifadesi kullanılmaktadır.<sup>137</sup> Bütçe ve kesin hesap kanunlarının görüşülmesi ve yürürlüğe girmesine ilişkin olağan kanunlardan ayrılan usuller bulunsa da hiçbir maddede bütçe ve kesin hesap kanunu ifadesi özel olarak zikredilmemiştir. Buna karşın CBK’larda yer alan taslak hazırlamaya yönelik düzenlemelerde bütçe ve kesin hesap kanunu teklifleri ifadesine açıkça yer verilmiştir.<sup>138</sup> Yönetmelik’te de bütçe ve kesin hesap kanunu ile sınırlı düzenleme yapılması amaçlanıyorsa bunun açıkça belirtilmesi beklenirdi. Ancak bütçe ve kesin hesap kanunları da TBMM Başkanlığına artık teklif olarak sunulduğuna göre mezkûr argüman yeterli değildir. Mamafih Yönetmeliğin bütçe ve kesin hesap kanunu dışındaki kanunları da kapsadığına yönelik argümanlar bununla sınırlı değildir.

Yönetmelik’te yer verilen “EK-4, ÖRNEK 1/A” bakanlıklar tarafından hazırlanacak olan kanun taslakları için örnek bir şablon sunmaktadır. Bu şablonda başlangıç hükümleri kısmındaki madde başlıklarının sırasıyla “amaç”, “kapsam” ve “tanımlar” olduğu görülmektedir. Herhangi bir bütçe veya kesin hesap kanunu

<sup>134</sup> ibid madde 38/1(f); 42/1(c); 7/1(e).

<sup>135</sup> 2022 tarihli Yönetmelik, madde 3/ç.

<sup>136</sup> ibid madde 8/1(e), 10/1, 11/2, 18/1, 21/8, 22/1, 26/1.

<sup>137</sup> Bkz. dipnot 136.

<sup>138</sup> 1 Numaralı CBK 1, madde 221/1 (ğ); Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 13, RG 24.7.2018/30488, madde 2/1 (h), 2/1(s).

incelendiğinde başlangıç hükümlerinde bu madde başlıklarının bulunmadığı kolaylıkla tespit edilebilir.<sup>139</sup>

Bunun yanında Yönetmelik'te birden fazla kanunda değişiklik öngörülen çerçeve taslaklar hazırlanabileceği düzenlenmiştir.<sup>140</sup> Örnek 1/A'da yer alan şablonda da "yürürlükten kaldırılan mevzuat" başlığına yer verilmiştir. Ayrıca çerçeve taslağa ilişkin örnek şablonun yer aldığı "EK-4, ÖRNEK 3/A" kısmında "(...) kanununda değişiklik yapılmasına dair kanun taslağı" başlığına yer vermiştir. Anayasa'nın 161/2. maddesi yaygın olarak bütçe kanunu ile mevcut kanunlarda değişiklik yapılamayacağı şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>141</sup> Bütçe ve kesin hesap kanununda yürürlükten kaldırılan mevzuat hakkında maddeler yer almamakta, başka kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun başlığı ile yayınlanmamaktadır. Tüm bu hususlar, Yönetmeliğin Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanan bütçe ve kesin hesap kanunu tekliflerine ilişkin taslaklar ile sınırlı olmadığına işaret etmektedir. "EK-4, ÖRNEK 5" ve "EK-4, ÖRNEK 6" kısımlarında taslak adı ve taslaklarda bölümleri örneklemek için Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun kullanılması da bunu destekler niteliktedir.

Düzenleyici etki analizine (DEA) ilişkin 26. madde ve buna dayanılarak yayınlanan Usul ve Esaslar<sup>142</sup> da bu noktada büyük önem arz etmektedir. Usul ve Esaslara göre yürürlüğe konulması hâlinde muhtemel yıllık bütçe yükü yüz milyon Türk lirasını aşan düzenlemeler için ilgili düzenlemenin amaçlarının ortaya konulması, bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticari hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerinin değerlendirilmesi ve önerilerde bulunulmasını içeren DEA hazırlanacaktır.<sup>143</sup> Bu analiz Cumhurbaşkanlığı yıllık programları ile uyumlu olmalıdır.<sup>144</sup> Yönetmeliğin 26. maddesine göre DEA'ya tabi tutulacak düzenlemeler arasında "kanun taslakları" da bulunmaktadır. Ancak Usul ve Esaslarda bütçe ve kesin hesap kanunlarına yönelik taslaklar ile milletlerarası anlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun taslakları açıkça kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>145</sup> Yani DEA'ya tabi kanun taslakları bütçe ve kesin hesap kanunu dışında kalan milletvekilleri tarafından TBMM'ye iletilecek olan kanun tekliflerine ilişkindir.

<sup>139</sup> Örneğin bkz. 2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu, Kanun Numarası: 7344, Kabul Tarihi: 17.12.2021, RG 31.12.2021/31706 (Mükerrer); 2020 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu, Kanun Numarası: 7345, Kabul Tarihi: 17.12.2021, RG 31.12.2021/31706 (2. Mükerrer).

<sup>140</sup> Bkz. 2022 tarihli Yönetmelik, madde 11/2, 18/1.

<sup>141</sup> Bkz. Fatih Saraçoğlu, 'Bütçe Kanunu İle Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?' (1999) 1(3) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 59, 61; Aslan (n 29) 35-38.

<sup>142</sup> Düzenleyici Etki Analizinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar, Cumhurbaşkanı Kararının Sayısı: 5681, Karar Tarihi: 3.6.2022 RG 4.6.2022/31856.

<sup>143</sup> ibid, madde 5/1.

<sup>144</sup> ibid, madde 10/6

<sup>145</sup> ibid, madde 5/5.



Peki DEA’ya tabi tutulan kanun tasarıları kim tarafından hazırlanmaktadır? Usul ve Esasların 17. maddesinde DEA’yı, düzenlemeyi hazırlayacak olan idarenin yürüteceği ve bunun Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı’nın gözetimi ve değerlendirmesi çerçevesinde hazırlanacağı ifade edilmektedir. Usul ve Esasların 4/h maddesinde “Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar, bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları” olarak tanımlanan ve kanun tasarılarını hazırlayacak olan idarenin yasama organına işaret etmediği aşikardır. Usul ve Esasların hiçbir maddesinde milletvekilleri veya TBMM’den gelecek DEA hazırlanması taleplerine veya hazırlanan raporların TBMM’ye iletilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>146</sup>

Uygulamada yürütmenin gözetiminde idare bünyesinde kanun tasarıları hazırlanmış ve mevzuatın da bu şekilde yorumlandığına işaret eden hususlar bunlarla sınırlı değildir. Strateji ve Bütçe Başkanlığı; 2023 yılında yayınladığı DEA Rehberinde 2022 tarihli Yönetmeliğin 26. maddesi ile DEA’nın kanun tasarıları ve CBK’lar için “zorunlu” kılındığını, bunun idare için bir “görev” niteliğinde olduğunu ifade etmiştir.<sup>147</sup> Kanun koyma yetkisi milletvekillerinde olduğuna ve kanun tasarılarının kaynağı ve hazırlanma usulüne ilişkin Anayasa ve kanunlarda bir sınırlama söz konusu olmadığına göre Cumhurbaşkanı kararı ile çıkarılan Yönetmelik ile Usul ve Esaslar’ın milletvekilleri veya Teklif Destek Bürosu tarafından hazırlanan tasarılar için bu tür bir zorunluluk getirmesi mümkün değildir. Bu durumda burada bahsi geçen zorunluluğun idare bünyesinde hazırlanan tasarılarla işaret ettiği tüm açıklığıyla görülmektedir.

Ayrıca Yönetmeliğin 10. maddesinde hazırlanan kanun tasarılarına DEA raporunun ekleneceği düzenlenmiştir. Usul ve Esaslarda bütçe ve kesin hesap kanunları DEA dışında bırakıldığına göre bu Yönetmelik’te bakanlıklar ve kamu kurumları tarafından hazırlanacağı belirtilen kanun tasarılarının bütçe ve kesin hesap kanunu dışındaki kanunları da kapsadığı görülmektedir.

Tüm bunlar göstermektedir ki bu idare Cumhurbaşkanlığının gözetimi ve programı çerçevesinde, yalnızca milletvekillerinin TBMM’ye teklif olarak sunabildiği kanunlar için tasarı metin hazırlayabilmektedir. Yönetmelik’te bunun açık bir dille düzenlenmeyip madde 1/3 ile karışıklığa sebebiyet verilmesi eleştirilmelidir. Yönetmelik bir bütün olarak ele alındığında bu hükme hangi amaçla yer verildiğini anlamak güçtür. Burada anayasal düzenlemeye ilişkin gereksiz bir tekrarın söz konusu olduğu söylenebilir.

<sup>146</sup> Yönetmeliğin 26/2. maddesinde ifade edilen Komisyon Başkanı’nın talebi tasarılarla yönelik değil, TBMM’ye sunulmuş olan tekliflere ilişkindir.

<sup>147</sup> Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, 2023, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/Duzenleyici-Etki-Analizi-Rehberi.pdf> Erişim Tarihi: 25 Kasım 2023, s. 3.

## **B. Yürütme Tarafından Hazırlanan Taslak Metinlerin TBMM'ye İletilmesi**

### **1. 2017 Anayasa Değişikliği Öncesi ve Sonrasındaki Hukuki Durum**

2017 Anayasa değişikliği öncesinde 2006 tarihli Yönetmelik kapsamında hazırlanan taslaklar bakanlıklardan Başbakanlığa gönderilmekteydi.<sup>148</sup> Bu taslaklardan Bakanlar Kurulu'nca kabul gören metinlerin ise TBMM Başkanlığına tasarı olarak sunulmasından Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü sorumluydu.<sup>149</sup>

2017 Anayasa değişikliğinden sonra ise ne TBMM'ye kanun ihtiyacına yönelik bildirimler yapılmasına yönelik genel bir yetki ne kanun taslaklarının iletilmesi imkanı açıkça düzenlenmiştir. Başbakanlık teşkilatı kaldırıldığı için haliyle Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'ne de son verilmiştir. Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'ne verilen bazı görevleri 2017 sonrasında Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı bünyesindeki Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü devralmıştır. Ancak Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü'nün görevlerini düzenleyen 1 Numaralı CBK hazırlanan kanun taslaklarının TBMM'ye ve milletvekillerine iletilmesine yönelik açık bir yetkiye yer vermemiştir.<sup>150</sup> 2022 tarihli Yönetmelik'te de yürütme bünyesinde hazırlanan kanun taslaklarının TBMM'ye iletilmesine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Bu noktada milletlerarası andlaşmalara yönelik düzenlemeler ve uygulamanın incelenmesi faydalı olabilecektir. Milletlerarası andlaşmaların TBMM'ye iletilmesi süreci 2017 Anayasa değişikliklerinden sonra TBMM İçtüzüğü ve CBK ile düzenlenip uygulamaya konulmuştur. Bunun mesaj yetkisinin kullanımı olarak görüleceğini iddia eden yazarlar bulunmaktadır.<sup>151</sup> Bununla birlikte bu uygulamanın hukuki bir boşluğu doldurmak için bulunan zorunlu bir çare niteliğinde olduğunu ve bunun mesaj yetkisinin uygulaması olarak görülemeyeceğini ifade eden bir görüş de dile getirilmiştir.<sup>152</sup> Her şekilde, bu uygulamanın daha ayrıntılı incelenmesi bu bölümde ortaya konulan soruların yanıtlanması açısından yol gösterici niteliktedir.

### **2. Milletlerarası Andlaşmalara Yönelik Düzenlemeler ve Uygulama**

2017 Anayasa değişikliği öncesinde andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunlar tasarı olarak TBMM Başkanlığına sunulmaktaydı.<sup>153</sup> Milletlerarası andlaşmaların TBMM Başkanlığı bilgisine sunulması için yazıları ve kanun tasarılarını

<sup>148</sup> 2006 tarihli Yönetmelik, madde 9/1.

<sup>149</sup> 3056 Numaralı Kanun, madde 8/1(b).

<sup>150</sup> 1 Numaralı CBK 7/1.

<sup>151</sup> İba ve Kılıç (n 92) 718; İba (n 5) 167.

<sup>152</sup> Yeşilirmak (n 93) 30.

<sup>153</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 113.

Dışişleri Bakanlığı hazırlamaktaydı.<sup>154</sup> Ancak Anayasa değişikliği ile milletlerarası andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanun tekliflerini TBMM Başkanlığına sunma yetkisi yalnızca milletvekillerine bırakılmıştır. Daha önce Bakanlar Kurulu’na ait olan andlaşmaları imzalama yetkisi yürütmenin başı olarak Cumhurbaşkanı’na verilmiştir. Bu durumda onaylanan andlaşmaların uygun bulunması için TBMM’ye nasıl iletileceği hususunda hukuki bir boşluk olduğu söylenmekteydi.<sup>155</sup>

Bu konuda Anayasa değişikliğine ilişkin tüm hükümlerin yürürlüğe girdiği 9 Temmuz 2018 tarihinden bir gün sonra 1 Numaralı CBK ile Cumhurbaşkanlığına bağlı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğüne “Milletlerarası anlaşmaların kanunla uygun bulunması için TBMM Başkanlığına gönderilmesine ilişkin işlemleri yapmak” yetkisi verilmiştir.<sup>156</sup> 15 Temmuz 2018’de yayınlanan 9 Numaralı CBK ile onaylamanın TBMM tarafından uygun bulunması zorunlu olan andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından TBMM’ye gönderileceği açıkça düzenlenmiştir.<sup>157</sup>

Yürütme ile TBMM’nin milletlerarası andlaşmalar konusundaki iletişim sürecine ilişkin en ayrıntılı düzenleme ise bir gün sonra 16 Ekim 2018’deki İçtüzük değişikliği ile TBMM İçtüzüğüne eklenmiştir.<sup>158</sup> Buna göre 9 Numaralı CBK’da düzenleme konusu yapılan andlaşmalar Cumhurbaşkanınca, TBMM Başkanlığına sunulur. TBMM bu andlaşmaları gelen kâğıtlar listesinde yayımlar. Bunun ardından milletvekilleri andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanun teklifi verebilir. Uygulamada andlaşmaların TBMM Başkanı tarafından kanun teklifine dönüştürüldüğü görülmektedir.<sup>159</sup> Ancak bu teklifi her milletvekili verebilecektir.<sup>160</sup>

9 Numaralı CBK’ya yönelik olarak AYM’de açılan iptal davası çalışmanın konusu bakımından dikkat çekicidir. Dava dilekçesinde kanun teklif etme yetkisinin milletvekillerine ait olduğu, bunun Cumhurbaşkanı’nın kanun teklifini harekete geçirmek için TBMM’ye bildirimde bulunmasını da engellediği iddia edilmiştir.<sup>161</sup> AYM, andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından TBMM’ye gönderilmesine yönelik düzenlemenin Cumhurbaşkanına kanun teklif etme yetkisi verildiği şeklinde

<sup>154</sup> Bazı Andlaşmaların Yapılması için Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31.5.1963, RG 11.6.1963/11425, mülga madde 4/1; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 113-114.

<sup>155</sup> Yeşilırmak (n 93) 29; Fahri Bakırcı ve Ömer Faruk Gençkaya et al, *Parlamento Hukukuna Giriş* (Lykeion 2020) 101. İba ve Kılıç uygun bulma kanunlarının teklifleştirilmesinin yürütmenin yetkisi olması gerektiğini ve buna ilişkin anayasal düzenlemenin unutulduğunu ifade etmektedir. Bkz. İba ve Kılıç (n 92) 717.

<sup>156</sup> 1 Numaralı CBK, madde 7/d.

<sup>157</sup> Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 9, RG 15.7.2018/30479, madde 6/1.

<sup>158</sup> 1200 Numaralı TBMM Kararının 13. maddesi ile İçtüzüğün 90. maddesi değiştirilmiştir.

<sup>159</sup> Gözler, (n 95) 632; Bakırcı ve Gençkaya et al (n 155) 102. TBMM Başkanı Mustafa Şentop’un imzasının bulunduğu kanun tekliflerine ilişkin liste için bkz. TBMM, ‘Milletvekilinin İmzasının Bulunduğu Kanun Teklifleri’ <https://www.tbmm.gov.tr/milletvekili/KanunTeklifiUyeniImzasiBulunanTeklifler?donemKod=27&sicil=WCBJCzYzL08>= Erişim Tarihi 4 Kasım 2022. Gözler TBMM başkanının siyasi bir konuda bu şekilde öne çıkmasını eleştirmektedir. Bkz. Gözler (n 95) 632.

<sup>160</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 102.

<sup>161</sup> AYM, E. 2018/126, K. 2020/32, 25.6.2020, para 38.

anlaşılamayacağını vurgulamıştır.<sup>162</sup> Metnin TBMM'ye gönderilmesinin ardından teklif aşamasından itibaren kanun yapımına ilişkin tüm süreçlerin TBMM'de İçtüzük'te belirtilen olağan usullere uygun olarak işletildiği ifade edilmiştir.<sup>163</sup> Anayasa'nın 88. maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

AYM'nin yorumu doğrultusunda, 2022 tarihli Yönetmelik kapsamında hazırlanan kanun taslaklarının TBMM'ye iletilmesinin de Anayasa'ya aykırı olmadığını savunulması mümkündür. Ancak milletlerarası andlaşmaların TBMM'ye iletilmesi ile genel olarak kanun taslaklarının iletilmesi arasındaki fark, milletlerarası andlaşmalar için CBK ve İçtüzük'te düzenleme olmasıdır. Halbuki daha önce de belirttiği üzere yürütme tarafından hazırlanan kanun taslaklarının TBMM'ye iletilmesine yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda TBMM'ye kanun taslağı iletilmesinin hukuken mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının TBMM ile resmi olarak iletişime geçmesinin bir yolu olan tezkere uygulaması açıklanacak ve kanun taslaklarının tezkere olarak TBMM'ye iletilmesi imkanı değerlendirilecektir.

### 3. Cumhurbaşkanlığı Tezkerelerine Yönelik Düzenlemeler ve Uygulama

TBMM'ye iletilen Cumhurbaşkanlığı tezkereleri gelen kağıtlar listesinde yayınlanmaktadır. Gelen kağıtlar listesinde yayınlanmanın bir belgenin hukuken geçerli ve eksiksiz olduğuna işaret ettiği ve milletvekillerine duyurulmasına yönelik olduğu söylenebilir.<sup>164</sup> TBMM İçtüzüğü'nün 51. maddesine göre “Başkanlığa gelen kanun teklifleri, resmî tezkereler ve komisyon raporları ile yazılı soru, genel görüşme, Meclis araştırması ve Meclis soruşturması önergeleri gelen kâğıtlar listesinde yayımlanır.” Cumhurbaşkanının bütçe ve kesin hesap kanunu teklifleri tezkere adı altında değil “Cumhurbaşkanı teklifi” olarak yayınlanmaktadır.<sup>165</sup> Cumhurbaşkanlığı tezkereleri ise “resmi tezkere” olarak görülmektedir.

27. dönemde yayınlanan tüm gelen kağıt listelerinde yapılan aramada aşağıdaki hususların Cumhurbaşkanlığı tezkeresi adıyla yer aldığı tespit edilmiştir:

- Olağanüstü hal ilan edilmesine ilişkin Cumhurbaşkanı kararının TBMM'nin onayına sunulması,<sup>166</sup>

<sup>162</sup> ibid para 51.

<sup>163</sup> ibid para 52.

<sup>164</sup> İba (n 5) 128, 129; Bakırcı ve Gençkaya et al (n 155) 100.

<sup>165</sup> Merkezi yönetim bütçe kanun teklifi ve merkezi yönetim kesin hesap kanunu teklifine dair birer örnek için bkz. TBMM, '27. Dönem, 3. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 14', (18 Ekim 2019) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil03gk/gk.14.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; TBMM, '27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 44', (3 Aralık 2021) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.44.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>166</sup> TBMM, '27. Dönem, 6. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 89' (8 Şubat 2023) <https://www.tbmm.gov.tr/Gundem/GelenKagitDetay/15661dac-cf5e-4700-3d25-08db286ee6e6> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

- Milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik istemler,<sup>167</sup>
- Milletlerarası andlaşmalara yönelik bildirimler,<sup>168</sup>
- Silahlı kuvvet kullanılmasına izin verilmesine/asker göndermeye yönelik istemler,<sup>169</sup>
- Kanunların Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesine yönelik bildirimler,<sup>170</sup>
- Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından yürütülen devlet istihbarat hizmetleri ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından görevleri gereği yürütülen güvenlik faaliyetlerine ve istihbari nitelikteki faaliyetlere ilişkin olarak hazırlanan yıllık raporlar,<sup>171</sup>
- Kalkınma planlarının sunulması,<sup>172</sup>
- Türkiye Varlık Fonu’nun mali tabloları ve faaliyetleri ile ilgili denetim raporlarının sunulması.<sup>173</sup>

Anayasa ve İçtüzük Türk parlamento hukukunun önemli kaynaklarındandır. Kanunlar da bu kaynaklar arasında yer alır.<sup>174</sup> Olağanüstü hal ilanı kararının onayına sunulmak üzere TBMM’ye iletilmesi hem Anayasa’da hem de Olağanüstü Hal Kanununda açıkça düzenlenmiştir.<sup>175</sup> Güvenlik faaliyetlerine ve istihbari nitelikteki faaliyetlere ilişkin olarak hazırlanan yıllık raporların, kalkınma planlarının ve Türkiye Varlık Fonu’nun mali tabloları ve faaliyetleri ile ilgili denetim raporlarının TBMM’ye

<sup>167</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No:1’ (1 Ekim 2021) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.1.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>168</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 165’ (3 Haziran 2022) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.165.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>169</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 2’ (4 Ekim 2021) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.2.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; TBMM, ‘27. Dönem, 6. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 1’ (1 Ekim 2022) <https://www.tbmm.gov.tr/Gundem/GelenKagitDetay/a70154d4-8fa9-4ae2-3ccd-08db286ee6e6> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>170</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 3. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 43’ (3 Aralık 2019) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil03gk/gk.43.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>171</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 119’ (21 Mayıs 2019) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil02gk/gk.119.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>172</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 2. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 143’ (8 Temmuz 2019) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil02gk/gk.143.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>173</sup> Örneğin bkz. TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 30’ (12 Kasım 2021) <https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.30.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>174</sup> Erdoğan Teziç, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları*, (Fakülteler Matbaası 1980). Ayrıca bkz. Arslan, (n 4) 47.

<sup>175</sup> Anayasa’nın 119. maddesi; Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun Numarası: 2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983, RG 27.10.1983/18204, madde 3.

sunulması açık kanuni dayanağa sahiptir.<sup>176</sup> Milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik istemler,<sup>177</sup> milletlerarası andlaşmalara yönelik bildirimler,<sup>178</sup> silahlı kuvvet kullanılmasına izin verilmesine yönelik istemler<sup>179</sup> ile kanunların Cumhurbaşkanınca bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesine yönelik bildirimlerin<sup>180</sup> ise İçtüzük'te dayanağı bulunmaktadır. Yani 27. Dönemde gelen kağıtlarda Cumhurbaşkanlığı tezkeresi adıyla yayınlanan her bir bildirim Anayasa, İçtüzük veya bir kanunda dayanağı vardır. 27. Dönem ile sınırlı olarak yapılan araştırma neticesinde aksi yönde bir veriye erişilmemiştir. 27. Dönemde uygulaması olmadığı için yukarıdaki listede yer almayan savaş ilanına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararının TBMM'ye sunulmasına yönelik de İçtüzük'te düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>181</sup> Bu tür kararlar alındığı takdirde de TBMM'ye yapılan bildirimler resmi tezkere (Cumhurbaşkanlığı tezkeresi) adı altında gelen kağıtlarda yayınlanacaktır.

TBMM Başkanlığına iletileceği İçtüzük'te veya bir kanunda düzenlenen bir yıllık raporda da kanun ihtiyacına yönelik bilgilendirme yapılabilir. Ancak bu, yıllık rapor kapsamındaki bir bilgi akışı olduğu için bunun dışında herhangi bir konuda kanun ihtiyacı olduğuna dair bildirimlerin tezkere yoluyla yapılabileceği anlamına gelmez. Yürütmenin genel olarak kanun ihtiyacına yönelik olarak TBMM'ye bildirimde bulunabileceğine ve hatta kanun taslağı iletebileceğine dair – tespit edilebildiği kadarıyla – ne kanunlarda ne de İçtüzük'te açık bir düzenleme bulunduğu için bu tür bildirimler resmi tezkere olarak gelen kağıtlarda yayınlanamaz. İba kanun değişikliğine yönelik olarak Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak bildirimlerin İçtüzüğün 49. maddesi kapsamında “Başkanlığın Genel Kurula sunuşları” kısmında Genel Kurul gündemine alınması gerektiğini ifade etmiştir.<sup>182</sup> Anayasa'da, İçtüzük'te veya kanunlarda ne mesaj yetkisi ne kanunlara ilişkin öneri bildirimleri ne de taslak iletilmesi açıkça düzenlendiği için biz bu görüşe katılmıyoruz.

<sup>176</sup> 2937 Numaralı Kanun, ek madde 2/2; Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3067, Kabul Tarihi: 30.10.1984, RG 6.11.1984/18567, madde 1; Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6741, Kabul Tarihi: 19.8.2016, RG 26.8.2016/29813, madde 6/3.

<sup>177</sup> İçtüzüğün 131. maddesinde açıkça tezkereden ve gelen kağıtlardan bahsedilmemiştir ancak nihayetinde milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin istemler İçtüzük'te düzenlenmiştir.

<sup>178</sup> İçtüzüğün 90. maddesi.

<sup>179</sup> İçtüzüğün 130. maddesinde de Cumhurbaşkanının talebinden bahsedilmiştir.

<sup>180</sup> İçtüzüğün çeşitli maddelerinde Cumhurbaşkanlığı tarafından geri gönderilen kanunlardan bahsedilmiştir. Bkz. İçtüzük 35/3, 81/6.

<sup>181</sup> İçtüzük, madde 126 ve 129.

<sup>182</sup> İba ve Kılıç (n 92) 720.

## IV. Değerlendirme: Avantajlar, Dezavantajlar, Kurumsal Kapasite ve Tavsiyeler

### A. Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasında Yürütmenin Rolü Bakımından

#### 1. Yürütmenin Avantajları ve Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasına Katkısı

Kanun tekliflerinin hazırlanmasında milletvekillerine sunulacak olan harici destek bakımından yürütme organının önemli avantajları bulunmaktadır. Öncelikle yürütme organı bünyesinde çok geniş bir idari teşkilatı barındırmaktadır ve devasa bir personel altyapısına sahiptir. Teşkilat içerisindeki personelin sayı bakımından olduğu kadar uzmanlık alanları bakımından da bir avantajı bulunmaktadır. İdari teşkilat konu bakımından geniş bir yelpazede uzmanı bünyesinde barındırmaktadır. Bu, özellikle teknik ayrıntılarda bilgi ve uzmanlık gerektiren düzenlemeler söz konusu olduğunda büyük bir avantajdır. Yürütme organının mevcut bilgi birikimi yüksek düzeydedir. Bunun yanında niceliksel ve uzmanlık alanlarındaki çeşitlilik bakımından avantajların yanında idaredeki hiyerarşik yapı yürütme organına pratik ve hızlı şekilde araştırma yapma ve bilgiye erişme imkanı vermektedir. Yürütme organının bütçe imkanları nedeniyle de araştırma yapma bakımından avantajlı olduğu pekala söylenebilir.

Bunun yanında kanun taslağı hazırlanması, yürürlükteki kanunlar hakkında da bilgi sahibi olmayı gerekli kılmaktadır.<sup>183</sup> Kanunları uygulama görev ve yetkisinin sahibi olan yürütme organının yürürlükteki kanunlardaki iyi uygulamalar, eksiklikler ve dolayısıyla ihtiyaçlara hakim olması beklenir.<sup>184</sup> İdare, düzenli olarak uygulamadaki sorun ve eksikliklerle muhatap olmaktadır. Yargı kararlarına konu olan eksiklik ve sorunlar da idareye düzenli olarak bildirilmektedir.<sup>185</sup> Bu şekilde uygulamada yer alan yürütme organının ve idarenin sürekli güncellenen bir bilgi birikimi bulunmaktadır. Tüm bunlar yürütmenin kanun ihtiyacının tespit edilmesine yönelik mevcut bilgi birikimi, araştırma yapma ve bilgiye erişme konusunda olduğu kadar kanun teklifi taslaklarının amaca yönelen ve mevcut mevzuatla uyumlu şekilde hazırlanması hususunda da bir avantaj sağlamaktadır.

Türkiye’de ve dünyada parlamentoların kanun yapım fabrikasına dönüştüğü, bir kanun enflasyonunun bulunduğu ifade edilmektedir.<sup>186</sup> Ancak çok sayıda kanuna değil, etkili ve ihtiyaçlara yönelen, yürürlükteki kanunlar ile uyum içerisinde kanunlara ihtiyaç vardır. Etkili ve ihtiyaca yönelik kanun yapımı ise kanun tekliflerinin hazırlanmasında yürütmenin yukarıda zikredilen avantajlarından faydalanılmasını yani kanun ihtiyacının tespitine yönelik bilgi edinme ve kanun

<sup>183</sup> Araç ve İba (n 74) 37.

<sup>184</sup> Bkz. Anayasa madde 8, 104/8.

<sup>185</sup> Örneğin bkz. İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG 20.1.1982/17580, madde 25 ve 28.

<sup>186</sup> Daver, (n 10) 226 – 227; Araç ve İba (n 74) 38; İba (n 5) 164; Yancı-Özalp (n 9) 270.

taslağı hazırlanması hususunda yürütme ile iş birliğini gerektirmektedir. Kanun tekliflerinin hazırlanmasında yürütmeden teknik konularda hızlı bilgi alınması, kanun yapım sürecine önemli katkılar sunabilecektir.

## 2. Mesaj Yetkisine Yönelik Düzenleme İhtiyacı

Açılış konuşması, gündem dışı konuşma ve özellikle mesaj yetkisinin yürütmeden kanun ihtiyacına yönelik bilgi edinme yollarından olduğu dikkate alınarak bu yetkilerin uygulamasının belirginleştirilmesi yönünde çalışmalar yapılmalıdır. Özellikle kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki iki temel faaliyet bakımından önem arz eden mesaj yetkisinin kapsamı ve uygulamasındaki belirsizlik mesaj yetkisinin kullanımına yönelik somutlaştırıcı düzenlemeler yoluyla bir ölçüde giderilmelidir.<sup>187</sup>

Yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanması sürecindeki rolünü kurumsal ve açık bir iş birliği yoluna dönüştürmek için yürütmenin kanun ihtiyacına yönelik bildirimlerinin ve hazırlanan kanun teklifi taslaklarının TBMM'ye iletilmesi ve TBMM'de geçirdiği süreçler kanunlar veya TBMM İçtüzüğünde düzenlenmelidir. Yasamanın genelliği ilkesi gereği Anayasa'ya aykırı olmadığı sürece bu hususlar kanun ile düzenlenebilir. Bu düzenlemeler AYM'nin 9 Numaralı CBK'ya ilişkin kararında da ifade ettiği gibi Anayasa'nın 88. maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Kanun teklif etme milletvekillerinin görevi değil yetkisidir.<sup>188</sup> Dolayısıyla yürütme tarafından gönderilen taslakların teklifleştirilmesi yönünde bir yükümlülük elbette yoktur. Nihayetinde bu taslak iletildikten sonra taslağın teklifleştirilmesi hususunda takdir milletvekillerinin olacak, kanun yapım süreci olağan şekilde işletilecektir.<sup>189</sup>

Düzenleme yapıldığı takdirde milletlerarası andlaşmalara ilişkin bildirim için olduğu gibi tezkere olarak gelen kağıtlarda yayınlanma usulü izlenebilir. Ayrıca Cumhurbaşkanının kendisi kadar bakanlıklar ve idari teşkilat içerisindeki başkanlıkların da doğrudan, mesaj yetkisi yoluyla TBMM'ye kanun ihtiyacına yönelik bildirimlerde bulunma ve kanun taslağı iletme imkanı düzenleme konusu yapılmalıdır. Bu, özellikle bu kurumların kendi uzmanlık alanlarındaki teknik konular bakımından kaliteli kanun yapımına önemli katkılar sunacaktır.

Yürütmeye bilgilendirme yapma ve belirli konularda kanun taslakları sunma yönünde görevler yükleyen kanuni düzenlemeler de yapılabilir.<sup>190</sup> Taslak metinlerin hazırlanma usulü hakkında Anayasa'da bir belirleme olmaması itibarıyla bu konuda

<sup>187</sup> Ayrıca bkz. İba (n 5) 128.

<sup>188</sup> Gözler (n 95) 1113.

<sup>189</sup> AYM, E. 2018/126, K. 2020/32, 25.6.2020, para 52.

<sup>190</sup> ABD Kongresi, yürütmenin bilgi akışı sağlama konusundaki anayasal yükümlülüğünü yerine getirmesini temin etmek için başkana belirli bir konuda program veya kanun taslağı sunma mecburiyeti yükleyen kanunlar çıkarmaktadır. Bkz. Benjamin J. Schwartz, 'The Recommendations Clause and the President's Role in Legislation' (2020) 168 University of Pennsylvania Law Review 767, 791-792; Richard E. Neustadt, 'Presidency and Legislation: Planning the President's Program' (1955) 49(4) The American Political Science Review 980, 997.



sınırlamaya gidilen düzenlemeler yapılamayacağı iddia edilebilir. Bizce bu iddia yerinde olmayacaktır. TBMM, mesaj yetkisini sınırlayacak düzenlemeler yapabilir. Bu çerçevede örneğin belirli konularda mesaj yetkisi yoluyla taslak iletilemeyeceği hüküm altına alınabilir. Bu konuda TBMM’deki uzmanların uzmanlığına dayanılacağı yönünde kanuni düzenlemeler yapılabilir.<sup>191</sup>

Cumhurbaşkanının yetkilerinin düzenlendiği 104. maddenin 3. fıkrasına göre Cumhurbaşkanı “Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapar.” Açılış konuşmasında “gerekli gördüğü takdirde” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bu isteğe bağlı olarak kullanılacak bir yetkidir.<sup>192</sup> Ancak mesaj yetkisi için bu tür bir belirleme bulunmamaktadır. Bu açıdan TBMM’ye mesajlar vermenin bir görev olduğu söylenebilir.<sup>193</sup> Peki anayasal bir görevin TBMM tarafından sınırlanması Anayasa’ya aykırı olmaz mı?

Anayasa’nın 104. maddesinde mesaj yetkisinin içeriği ve kapsamı belirlenmemiştir. Bu çalışmada mesaj yetkisi yürütmenin TBMM’ye kanun ihtiyacına yönelik bilgi vermesinin ve taslak iletmesinin dayanağı olarak görülmektedir. Kanun taslağı iletme uygulaması ise açık bir anayasal görev değildir. Anayasa’daki sınırların belirsizliği kanuni düzenleme yapılmasına alan açmaktadır. Dolayısıyla TBMM’ye mesajlar verme görevinin kapsamı kanuni düzenlemeler ile belirlenebilecek ve yukarıdaki paragraflarda örneklendirilen şekilde sınırlamalar da yapılabilecektir. Ancak TBMM elbette mesaj yetkisini tümüyle ortadan kaldıracak nitelikte düzenlemeler yapamayacaktır.

Öğretide mesaj yetkisinin kullanımının CBK ile de düzenlenebileceğini ifade edenler olmuştur.<sup>194</sup> Mesaj yetkisi Anayasa’da CBK ile düzenleneceği belirtilen alanlardan olmadığı için CBK’ların münhasır alanı tartışmasının yapılmasına gerek yoktur. Anayasa madde 104/17’de yer alan, AYM’nin deyimıyla “konu bakımından yetki kuralları” değerlendirilmelidir.

Bu çerçevede mesaj yetkisinin yürütme başlıklı ikinci bölümde, Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri başlıklı 104. maddede düzenlendiği dikkate alınmalıdır. Sistematik yorumun bir sonucu olarak mesaj yetkisinin yürütme yetkisine ilişkin bir kural olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Kanunlara ilişkin öneriler ve kanun taslaklarının TBMM’ye iletilmesinin yürütmeye ilişkin yetki olamayacağını iddia edenler olabilecektir. Ancak nasıl ki veto kanun yapım sürecine ilişkin olmasına rağmen

<sup>191</sup> ABD’de belirli bir konunun araştırılması için yürütmenin kaynak ayırmasına engel olan kanunlar çıkarılmıştır. Schwartz (n 190) 785; Sidak (n 99) 2079. Ancak bunun Anayasa’ya aykırı olduğunu ifade edenler de bulunmaktadır. Kesavan ve Sidak (n 99) 57-58; Sidak (n 99) 2118; Jay S. Bybee, ‘Advising the President: Separation of Powers and the Federal Advisory Committee Act’ (1994) 104 The Yale Law Journal 51, 115.

<sup>192</sup> Gözler (n 95) 870.

<sup>193</sup> ABD’de öğretide mesaj yetkisi görev olarak değerlendirilenler bulunmaktadır. Schwartz (n 190) 770; Sidak (n 99) 2086; Kesavan ve Sidak (n 99) 9, 35.

<sup>194</sup> Bkz. İba (n 5) 128; İba ve Kılıç (n 92) 719.

yürütme yetkisi kapsamında görülüyorsa mesaj yetkisi de yürütmenin – yasamaya ilişkin – yetkilerinden biri olarak değerlendirilmelidir.

Bunun yanında Anayasa’da mesaj yetkisinin kanunla düzenleneceğine ilişkin bir ifade bulunmadığı için bu yetki “münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen” konulardan da değildir.<sup>195</sup> Yani Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile mesaj yetkisi kural olarak düzenlenebilir. Milletlerarası andlaşmalara ilişkin 9 Numaralı CBK’nın 6. maddesinde olduğu gibi mesajların TBMM’ye gönderileceği ve bilgisine sunulacağı yönünde bir düzenleme yapılabilir.<sup>196</sup> Ayrıca Cumhurbaşkanı kararı ile çıkarılan 2022 tarihli Yönetmelik’teki gibi taslak metinlerin yürütme organı içerisinde geçireceği süreçler de CBK’larla düzenlenebilir.

CBK ile yapılabilecek düzenlemelerin elbette sınırları vardır. TBMM çıkaracağı bir kanunla CBK’yı hükümsüz kılabilir.<sup>197</sup> Ayrıca mesaj yetkisi hakkında açık kanuni düzenlemeler bulunması halinde de bunun CBK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık teşkil edip iptal davasına konu olacaktır.<sup>198</sup> Tüm bunların yanında CBK’lar parlamento hukukunun kaynaklarından değildir. Dolayısıyla kanun ve İçtüzüğüne aksine mesajların TBMM’de geçirdiği süreçler hakkında CBK ile düzenleme yapılamaz.

### 3. Şeffaflık Sorunu

Yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanmasına taslak metinler ile dahline engel olmak pek de mümkün değildir. 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında da yürütmenin gayri resmi olarak istediği kanun taslaklarını milletvekilleri aracılığı ile teklifleştirme hususunda zorluk yaşamayacağı ifade edilmiştir.<sup>199</sup> Problem bu uygulamanın şeffaflığındadır.

Şeffaflık modern toplumun önemli değerlerindedir.<sup>200</sup> Aleniyet, kanunun temel niteliklerinden biridir ve bu, kanun yapımında şeffaflığı gerektirir.<sup>201</sup> Bu noktada teklif verilmeden önceki aşamalarda da şeffaflığın sağlanmasına dikkat edilmelidir. Kanun teklifi taslağı hazırlanmasına yönelik işlemler idari işlem niteliğinde olduğuna göre idare hukukundaki şeffaflık ilkesi de bu tespitimizi desteklemektedir.<sup>202</sup>

<sup>195</sup> AYM’nin münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ifadesine yönelik yaklaşımı için bkz. AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, 23/1/2020, para 11.

<sup>196</sup> AYM bu maddenin Anayasa’ya uygun olduğuna oybirliği ile karar vermiştir. AYM, E. 2018/126, K. 2020/32, 25/6/2020.

<sup>197</sup> Anayasa madde 104/17.

<sup>198</sup> Anayasa madde 104/17.

<sup>199</sup> Yaman-Kaplan (n 23) 156; Yüksel, TBMM’nin Kanun Yapma Yöntemi (n 72) 31.

<sup>200</sup> Rachel Adams, *Transparency New Trajectories in Law* (Routledge 2020) 2. Özellikle müzakereci demokrasi teorisi bakımından şeffaflık önem arz etmektedir. Örneğin bkz. Ian O’Flynn, *Deliberative Democracy and Divided Societies* (Edinburgh University Press 2006) 99-101.

<sup>201</sup> Erdoğan Teziç, ‘Torba Kanun’ iç Yener Üner (edr), *Türkiye Barolar Birliği Kanun Yapım Tekniği 27-28 Mart 2015* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2016) 337; Yücel (n 2) 77; Çakın (n 123) 71-72.

<sup>202</sup> Örneğin bkz. Cihan Kanlıgöz, ‘Katılımcı Demokrasi ya da “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu Üzerine’ (1996) 45(1-4) AÜHFD 167, 180.

2017 değişiklikleri öncesinde tasarı taslaklarının geçirdiği süreçler düzenlenmekteydi. Hangi bakanlığın kanun tasarılarını hazırladığı dahi bilinmemekteydi.<sup>203</sup> Günümüzde ise yürütmenin ve kamu kurumlarının kanun tekliflerinin geçirdiği süreçlerde dahlî olsa da bu şeffaf şekilde olmamaktadır. Bölüm I.B.2.’deki oranlar Cumhurbaşkanlığı’nın genel başkanı olduğu partiye mensup olan milletvekillerinin halihazırda uygulamada kuvvetle muhtemelen çoğunlukla idarenin hazırladığı taslakları TBMM’ye sunduğunu göstermektedir. Ancak kamu kaynaklarını kullanan idari teşkilatın hazırladığı kanun taslaklarının yalnızca bir partiye hizmet eder şekilde kullanılması oldukça problemlidir. Bu, Cumhurbaşkanının partisine yönelik bir hizmet olmaktan çıkarılmalıdır. Yasama ile yürütme organlarının iş birliği halindeki iki ayrı kurumsal yapı olarak kurgulanması gerektiği unutulmamalıdır.

Yürütmenin hazırladığı taslakların TBMM’ye iletilmesi usulünün ve bunların TBMM’de geçireceği süreçlerin düzenlenmesi, bu sürecin şeffaflaşmasına katkı sağlayacaktır. Ayrıca bir kanun teklifinin asıl kaynağının Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıkların TBMM’ye ilettiği taslak metin olduğu seçmen tarafından açıkça görülecektir. Milletvekillerinin bu metinde yaptığı değişiklikler veya eylemsizliği de tespit edilebilecektir. Bu metinler üzerindeki kamusal tartışmalar daha açık bir şekilde yürütülebilecek, sivil toplum kuruluşları gibi farklı aktörler de bu tartışmaya daha fazla veri ile ve bilinçli şekilde katılabilecektir. Tüm bunlar bilinçli seçmen tercihleri ve demokratik açıdan sorumluluğun atfedileceği organ/kişilerin tespiti bakımından kıymetlidir.<sup>204</sup>

Bahsedilen süreç aleni olarak düzenlenmesi durumunda dahi milletvekillerine yürütme tarafından gayri resmi şekilde taslak iletilbilir. Buna engel olmak neredeyse imkansızdır. Ancak bu usulün düzenlenmesi ve resmîyete kavuşturulması her halükarda şeffaflık açısından olumlu bir adım olacaktır.

#### 4. Denge ve Denetim Sorunları

Yürütme organının kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında yer almasının dezavantajlarından biri olarak yürütme organının kendi siyasi gündemini TBMM’ye ve tüm yasama sürecine dayatma ihtimalinden bahsedilebilir. Buna karşın yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanmasında rol oynaması bir tahakküm yolu değil, daha ziyade bir hizmet olarak da görülebilir. Kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında özellikle teknik hususlarda yürütme organından düzenli destek alınmasının zarardan çok yarar getireceği söylenebilir. Ayrıca yürütme organının kanun yapım süreci ve

<sup>203</sup> Örneğin bkz. MGM, ‘Haberler’ <https://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bakanligimizca-hazirlanan-is-mahkemeleri-kanunu-tasarisi-turkiye-buyuk-millet-meclisi-genel-kurulunca-12102017-tarihinde-kabul-edilmistir12112019030700> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

<sup>204</sup> Hesap verebilirlik ile şeffaflık arasında sıkı bir bağ vardır. Bkz. Piotr Mikuli and Grzegorz Kuca, ‘Introduction’ iç Piotr Mikuli ve Grzegorz Kuca (ed) *Accountability and the Law Rights, Authority and Transparency of Public Power* (Routledge 2022) 1.

yasama organı gündemi üzerinde tahakküm kurma yönündeki muhtemel amaçları sistem içerisinde yasama organının yürütme organı karşısında sahip olduğu yetkiler ile dengelenebilir.

Ancak bu açıdan Türkiye’de 2017 Anayasa değişiklikleri ile benimsenen hükümet sisteminin ne yazık ki büyük eksiklikleri bulunmaktadır. TBMM’ye nitelikli çoğunluk şartı getirilmesine rağmen Cumhurbaşkanına koşulsuz şartsız seçimleri yenileme yetkisi verilmesi; bütçe konusunda TBMM’nin yetkilerinin kısıtlanması; üst düzey kamu yöneticileri, bakanlar, yüksek yargıçların TBMM onayı olmadan Cumhurbaşkanının tek taraflı iradesi ile atanabilmesi; TBMM ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı gün yapılması bunlardan bazılarıdır. Ayrıca Cumhurbaşkanı’nın parti üyesi ve hatta parti başkanı olabilmesi ile katı parti disiplini yönündeki uygulama dikkate alındığında TBMM ile Cumhurbaşkanı ilişkilerinde dengenin bariz şekilde Cumhurbaşkanı’nın lehine olduğu ve ABD’deki sistemden önemli ölçüde sapıldığı görülecektir.<sup>205</sup>

Yasama ve yürütme organı ilişkilerinin dengeli bir şekilde kurgulanması sistemin bütünü için olduğu gibi kanun yapım sürecinin iyi işlemesi için de hayatidir. Bu noktada elbette en doğru seçenek denge bozukluklarını giderecek Anayasa değişiklikleri yapılmasıdır.

## B. TBMM’nin Kurumsal Kapasitesi

### 1. Kanun Tekliflerinin Hazırlanmasına İlişkin Faaliyetler Açısından TBMM’nin Personel Altyapısı

TBMM İdari Teşkilat Kanunu’nda TBMM Başkanı, siyasi parti grupları ve milletvekilleri için sözleşmeli personel çalıştırma imkânı düzenlenmiştir. Her siyasi parti grubu, “yasama faaliyetleri ile ilgili özel bilgi ve ihtisas gerektiren konularda” on danışman, yirmi beş büro görevlisi ve milletvekili sayısının yüzde onu oranında ilave büro görevlisi çalıştırabilir.<sup>206</sup>

<sup>205</sup> Denge denetim konusundaki eksikliklere ilişkin eleştiriler için bkz. European Commission For Democracy Through Law, ‘Draft Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be Submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL(2017)007’ (27 Şubat 2017) [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2017\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2017)007-e) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023, para 130-131; Özbudun (n 1) 322; Nihan Yancı-Özalp, ‘2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri’ (2017) 6(11) Anayasa Hukuku Dergisi 117, 126, 133, 135; Zafer Gören, ‘Erkler Ayrılmış İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi’ (Eylül 2019) İzmir Barosu Dergisi 469, 485, 487, 488; Ece Göztepe, ‘Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği’ (Güncel Hukuk, 31 Mart 2017) <https://www.sosyalbilimler.org/anayasa2017-cumhurbaşkanlığı-sistemine-gecis-ve-anayasa-degisikligi/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; Korkut Kanadoğlu, ‘Patronlu Bir Hiper Başkanlık Teklifi’, (Hukuk Defterleri, Sayı 5 Ocak-Şubat 2017) <https://hukukdefterleri.com/patronlu-bir-hiper-baskanlik-teklifi/?amp=1> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023; Sevtap Yokuş, ‘Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri’ (2017) 6 (12) Anayasa Hukuku Dergisi 665, 676-682; Levent Göneç, ‘2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri’ (2019) Sayı 145 TBB Dergisi 53, 62.

<sup>206</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 30/2.

Milletvekilleri ise “yasama faaliyetlerinde milletvekillerine yardımcı olmak üzere” bir danışman, bir ikinci danışman ve ilave bir personel olmak üzere toplam üç sözleşmeli personel çalıştırabilmektedir.<sup>207</sup> TBMM Başkanlık Divanının 2012’deki kararına göre “danışman; milletvekiline yasama faaliyetlerinde danışmanlık hizmeti veren personeli, ikinci danışman; sözleşmeli olarak milletvekilinin sekreteryaya hizmetini yürüten ve TBMM veya diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu tüzel kişiliğini haiz kurumlardan görevlendirilen personeli, ilave (yardımcı) personel; milletvekiline yasama faaliyetlerinde yardımcı olan personeli” ifade etmektedir.<sup>208</sup> Milletvekillerinin sekreteryaya hizmetini yürüten personel haricinde kanun yapımı bakımından hizmet sunacak en fazla 2, en az 1 personeli bulunmaktadır. Uygulamada genellikle sekreter dışındaki iki personelden birinin danışman ve diğerinin şoför olarak çalıştırıldığı görülmektedir.<sup>209</sup> Dolayısıyla çoğu milletvekilinin kanun yapımında teknik destek ve bilgi desteği sunabilecek olan sadece bir danışmanı bulunmaktadır. Kanun ihtiyacının tespiti ve kanun metninin şekillendirilmesinde bu personellerin yeterli olmadığı ve harici bilgi desteği ve teknik desteğe ihtiyaç duyulduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla TBMM idari teşkilatının sunduğu hizmetler önem arz etmektedir.

Kadrolu personelin seçimlerden bağımsız olarak kurumsal süreklilik ve uzmanlığın teminatı olduğu belirtilmelidir. Kadrolu personel TBMM’nin bağımsızlığı açısından da önemlidir.<sup>210</sup> Personel sayısı, TBMM içindeki uzmanlık hizmeti değerlendirilirken dikkate alınması gereken önemli bir unsurdur. TBMM’de bir yasama dönemi için seçilen milletvekillerinin danışmanları dışında yasama yetkisinin yerine getirilmesine destek olmak üzere kadrolu personel olarak çalışan yasama uzmanları bulunmaktadır.<sup>211</sup> Yasama uzmanları, Genel Kurula, Başkanlık Divanına, TBMM Başkanlığına, Danışma Kuruluna, komisyonlara ve milletvekillerine uzmanlık hizmeti sunmaktadır.<sup>212</sup> İdari teşkilatın kanun tekliflerinin verilmesinden önce ve sonraki aşamalara ilişkin görevlerinde yasama uzmanları önemli bir rol oynamaktadır.

Öncelikle TBMM idari teşkilatının kanun teklifi taslağı hazırlanması bakımından yeterliliği değerlendirilmelidir. Kanun teklifi taslağı hazırlanmasının çok zorlu ve karmaşık bir süreç olması sebebiyle bu aşamada çalışan personelin uzmanlığı ve sayısı büyük önem arz etmektedir.<sup>213</sup> TBMM Başkanlığı tarafından yayınlanan

<sup>207</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 30/3.

<sup>208</sup> TBMM Başkanlık Divanı, Milletvekillerinin Yasama Faaliyetlerinde Sözleşmeli Olarak Çalıştırılacak Danışman, İkinci Danışman ve İlave (Yardımcı) Personel Hakkında Hizmet Sözleşmesi Esasları Karar Numarası: 12 Karar Tarihi: 6.1.2012, madde 3.

<sup>209</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 30/3’e göre “danışmanın en az iki yıllık yükseköğrenim görmüş olması, ikinci danışmanın en az lise mezunu olması, ilave (yardımcı) personelin en az ilkokul mezunu olması” şartı aranmaktadır.

<sup>210</sup> 2 Numaralı CBK’ya göre TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları hakkında uygulanmamaktadır. Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 2, RG 10.7.2018/30474, madde 3.

<sup>211</sup> 6253 Numaralı Kanun, madde 31.

<sup>212</sup> Ayrıca bkz. Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği, madde 32/3 (a).

<sup>213</sup> Söylar (n 7) 147.

2019 tarihli Yasama Bülteni'nde de 2017 Anayasa değişikliği ile kanun teklif etme yetkisinin yalnızca milletvekillerine tanınmasının kanun teklifi taslağı hazırlanması açısından kurumsal kapasitenin güçlendirilmesini “zorunlu” kıldığı ifade edilmiştir.<sup>214</sup> 2017 Anayasa değişikliğinin ardından kanun teklifi taslağı hazırlanmasına yönelik taleplerin ve talepler doğrultusunda hazırlanan taslak metinlerin ve TBMM Başkanlığına sunulan kanun tekliflerinin sayısı arttığına göre tabii olarak buna ilişkin hizmet sunan idari personel sayısında da önemli bir artış olması beklenir.<sup>215</sup>

2017'de TBMM'de 1913'ü kadrolu olmak üzere toplam 6109 personel görev yapmaktadır.<sup>216</sup> Toplam personel sayısı, 2017 yılına kadar genel olarak artış göstermiştir.<sup>217</sup> Burada vurgulanması gereken husus ise milletvekili başına düşen personel sayısıdır. 2017 yılına kadar bu sayı da artış grafiği göstermiştir.<sup>218</sup> 2017 yılı itibarıyla milletvekili başına düşen personel sayısı yaklaşık 11'dir.<sup>219</sup> Ancak bu sayı tüm personeli kapsayan sayının (6109) milletvekili sayısına (550) bölünmesi ile elde edilmiştir. Bu personelin her biri milletvekillerine kanun teklifi taslağı hazırlanması hususunda hizmet vermemektedir. Bu sebeple yanıltıcıdır. Doğru olan, Teklif Destek Bürosunda çalışan yasama uzmanı sayısının dikkate alınması olacaktır. Ancak buna ilişkin bir veriye erişilemediği için Kanunlar ve Kararlar Başkanlığındaki yasama uzmanı sayısındaki değişimler üzerinden değerlendirme yapılmaya çalışılacak, 2017 Anayasa değişikliğinden sonraki seçimlerden önceki dönem (2017) ile seçimlerden sonraki dönem (2021) karşılaştırılacaktır.

2017 yılında Kanunlar ve Kararlar Başkanlığında 52 yasama uzmanının görev yaptığı kaydedilmiştir.<sup>220</sup> Basit bir oranlama yapıldığında Kanunlar ve Kararlar Başkanlığında görev yapan her yasama uzmanının yaklaşık 11 (10,5) milletvekiline hizmet vermekle sorumlu olduğu görülmektedir.<sup>221</sup> 2021 yılı verilerine göre ise Kanunlar ve Kararlar Başkanlığında 79 yasama uzmanı görev yapmaktadır.<sup>222</sup> Yasama uzmanı başına düşen milletvekili sayısı ise yaklaşık 8'e (7,6) düşmüştür.<sup>223</sup> Kanunlar ve Kararlar Başkanlığında 2017 yılından beri yasama uzmanı sayısının arttığı ve bunun bir sonucu olarak da kanun yapımında milletvekillerine uzmanlık desteği sunacak olan personelde bir artış olduğu görülmektedir.

<sup>214</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 66.

<sup>215</sup> Bu sayılar için bkz. Bölüm I.B.2.'deki tablolar ve devamındaki veriler.

<sup>216</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Meclis-i Mebusan'dan Günümüze Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2017) 54.

<sup>217</sup> Örneğin 2010 yılı ile karşılaştırıldığında 2017'de toplam personel sayısı artmıştır. 1920 ila 2017 yılları arasında personel sayısında yaşanan değişimlere ilişkin ayrıntılı tablo için bkz. ibid 59.

<sup>218</sup> ibid 61.

<sup>219</sup> ibid 61.

<sup>220</sup> ibid 54.

<sup>221</sup> Toplam milletvekili sayısı olarak 550 esas alınmıştır.

<sup>222</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 3) 148. Kanunlar ve Kararlar Başkanlığında 2018 verilerine göre 86 yasama uzmanı; 2019 verilerine göre 83 yasama uzmanı ve 2020 verilerine göre 82 yasama uzmanı hizmet vermektedir. Bkz. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 176; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 36) 184; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 30) 424.

<sup>223</sup> Toplam milletvekili sayısı olarak 600 esas alınmıştır.

Kanun teklifi taslağı hazırlama hizmetine ihtisas komisyonlarındaki uzmanların da yardımcı olduğu dikkate alındığında taslak hazırlama taleplerinin gerektiği gibi karşılandığı, oransal olarak artış olması sebebiyle personel sayısının yeterli olduğu sonucuna ulaşanlar olabilecektir. Ancak bu sorgulanabilir bir sonuçtur.

TBMM idari teşkilatında kanun teklifi taslağı hazırlanması hizmetinden çoğunlukla muhalefet partilerine üye milletvekilleri yararlandığı için parlamentodaki muhalefetin kuvvetlendirilmesi adına da bu hizmeti sunan büronun personel altyapısının nicelik ve nitelik bakımından belirgin bir şekilde kuvvetlendirilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca 2017 Anayasa değişikliği sonrasında bütçe ve kesin hesap kanunları dışında kanun teklif etme yetkisinin milletvekillerine verilmesi ile milletvekili başına düşen yasama uzmanı sayısının daha belirgin bir artış göstermesine ihtiyaç duyulduğu, söz konusu artışın cüzi olduğu da iddia edilebilir.

Personel altyapısının yeterliliği, idari teşkilatın kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında araştırma yapma ve kanun ihtiyacına yönelik bilgi edinme görevleri ve genel olarak iş yükü açısından da değerlendirilmelidir. Yasama uzmanlarının komisyonlara destek olmak gibi görevlerin yanı sıra kendi inisiyatifleriyle bilgi derlemek, araştırma yapmak, gelişmeleri takip etmek gibi aktif görevleri olduğundan bahsedilmiştir.<sup>224</sup> Bu görevler yoluyla TBMM idari teşkilatının da kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki temel iki faaliyetten birinde rol oynadığı görülmektedir. Genel itibarıyla yasama uzmanlarına mevzuatta verilen görevler çok geniş kapsamlıdır. TBMM idari teşkilatının İdari Teşkilat Kanununda sayılan tüm bu araştırma ve bilgi edinme görevlerini gerektiği gibi yerine getirmesi için oldukça büyük bir teşkilata ihtiyaç duyulmaktadır.<sup>225</sup> Bu aktif görevlerin çok geniş bir alana ilişkin olduğu değerlendirildiğinde de personel sayılarının yetersiz olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

Bunun yanında ABD Kongre’sindeki personel sayısı ile karşılaştırma yapıldığında da TBMM’deki personelin yetersizliği gözler önüne serilmektedir. 2003 yılında 24,000 Kongre personelinin üyeler, komiteler ve partilere hizmet verdiği ve ayrıca her bir Temsilciler Meclisi üyesinin ortalama 14, her bir Senato üyesinin ise 34 personel çalıştırdığı tespit edilmiştir.<sup>226</sup> Bunun yanında Kongre’ye bilgi sunmakla görevlendirilmiş, bağımsız bir araştırma merkezi bulunmaktadır.<sup>227</sup> Toplam 600 personelinden 400’ü araştırmacı olan Kongre Araştırma Merkezinin 2020 yılı bütçesi

<sup>224</sup> Bkz. Bölüm I.A.2.

<sup>225</sup> Araştırma yapma görevi temel olarak Araştırma Hizmetleri Başkanlığına verilmiştir. Ancak bu başkanlığın personel sayısı, 2017 sonrasında bir artış olup olmadığına ilişkin herhangi bir veriye ulaşılamamıştır. Bu sebeple Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı’nın aksine bu açıdan ayrı değerlendirme yapılamayacaktır.

<sup>226</sup> English (n 99) 53.

<sup>227</sup> Library of Congress, ‘About Congressional Research Service’ (2 Temmuz 2022) <https://www.loc.gov/crsinfo/about/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023. Ayrıca bkz. Yancı-Özalp (n 9) 277.

120 milyon dolar civarındadır.<sup>228</sup> Merkez, çok sayıda çalışma ve rapor hazırlamakta ve düzenli olarak Kongre'ye bilgi desteği sunmaktadır. Bunun yanında yasama ajansları da araştırma yapma ve kanun teklifi hazırlama açısından üyelere hukuki ve teknik destek hizmeti vermektedir.<sup>229</sup>

İki ülke arasındaki nüfus farkı düşünüldüğünde personel sayısı bakımından farklılık olması normal karşılanabilir. Ancak bu sayıların yalnızca federal düzeyde hizmet veren Kongre'ye ilişkin olduğu, federe devlet yasama organlarındaki personelin dahil edilmediği dikkate alınmalıdır. ABD'de Anglosakson hukuk geleneği sebebiyle kanunlara, kodifikasyona daha az başvurulduğu da düşünüldüğünde Kıta Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ve çok sayıda uzun kanuni düzenlemenin yapıldığı TBMM'nin personelinin daha fazla olması dahi beklenebilecektir.<sup>230</sup>

## 2. TBMM'nin Bilgi Edinme ve Araştırma Yapma Kapasitesinin Güçlendirilmesi

Kanun teklif etme yetkisinin münhasıran milletvekillerine verilmesinin milletvekillerini ve yasamayı güçlendireceği, TBMM'nin performansını artıracığı iddia edilmiştir.<sup>231</sup> Ancak TBMM'nin var olan kurumsal yapısı, personel sayısı, sahip olduğu bilgi edinme yolları ve mekanizmalarında herhangi bir değişiklik yapılmadan yalnızca münhasır kanun teklif etme yetkisi verilmesi yasama organını belirgin bir şekilde güçlendirmeyecektir. Bunun için öncelikle var olan mekanizmalar güçlendirilmeli veya yeni mekanizmalar düzenlenmelidir.

Bölüm I.A.1.'de anayasal bilgi edinme yollarına ilişkin bazı problemlerden bahsedilmişti. TBMM'nin kanun yapımında iddia edildiği gibi performansını artırabilmesi için öncelikle anayasal bilgi edinme yolları güçlendirilmelidir. Yazılı sorulara süresi içinde düzenli ve tatminkar cevaplar verilerek bunun düzenli bilgi edinme yolu olarak aktif ve etkin hale getirilmesi gerekmektedir. Daha etraflı araştırma gerektiren hususlarda başvurulacak meclis araştırması yolunu etkin kılacak ve meclis araştırması komisyonlarını yürütmeden bilgi edinme noktasında güçlendirecek mekanizmaların düzenlenmesi gerekmektedir. Bu mekanizmaları etkin kılmak için yürütme organındaki isteksizliklere yönelik yaptırımlar konulması da düşünülebilecektir.<sup>232</sup> Ayrıca özellikle meclis araştırması yolunda başvurulacak

<sup>228</sup> Library of Congress, 'CRS Annual Report' (2020) [https://www.loc.gov/ersinfo/about/crs20\\_annrpt.pdf](https://www.loc.gov/ersinfo/about/crs20_annrpt.pdf) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023, 106.

<sup>229</sup> English (n 99) 53.

<sup>230</sup> Personel sayılarının daha kapsamlı araştırmalarla karşılaştırılması ile elbette daha sağlıklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Burada kısıtlı bir araştırmanın sonucu ortaya konulmuştur.

<sup>231</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı*, (TBMM Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı Basımevi 2018) 16; Yaman-Kaplan, (n 23) 167.

<sup>232</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 147.



harici kaynakların çeşitlendirilmesi, yürütme dışındaki uzmanlardan daha sık yararlanılması da mümkün kılınmalıdır.<sup>233</sup>

İdari teşkilatın talep üzerine ve re’sen araştırmalar yapıp TBMM’ye bilgi desteği sunma yönündeki yükümlülüklerinin gerektiği gibi yerine getirilmesi için Bölüm IV.B.1.’de yetersiz olduğu sonucuna ulaşılan personel altyapısının hem niceliksel hem niteliksel olarak güçlendirilmesi gerekmektedir. Bu, TBMM’nin kurumsal bağımsızlığına katkıda bulunacaktır. Bunun yanında TBMM’nin kanun tekliflerinin hazırlanmasında kurumsal olarak güçlendirilmesi adına komisyonların da bu aşamada etkin kılınması gerekmektedir.<sup>234</sup> Öncelikle bazı komisyonların görev alanlarındaki konularda bilgi ve belge temin etme, gelişmeleri izleme gibi yetkileri kullanırken edindiği bilgi ve bulgulardan komisyonlara kanun teklif etme yetkisi verilerek suretiyle de faydalanılmalıdır.

Aslında bazı komisyonlara görev alanına ilişkin konularda yapılması gereken kanuni değişiklikleri tespit edip önerilerde bulunmak, iyileştirme ve çözümler önermek yönünde yetkiler verilmiştir.<sup>235</sup> Öneride bulunma yetkisinin teklif yetkisi olduğu kesinlikle söylenemez. Anayasa’nın 88. maddesi bu yoruma engel teşkil etmektedir. Bu tür yetkiler, yalnızca edinilen bulgular neticesinde milletvekillerine tavsiye verilmesine yöneliktir. Öneriler doğrultusunda TBMM’ye kanun teklifi sunmak veya sunmamak milletvekillerinin takdirindedir.

Gelişmeleri izleme ve bilgi edinme yetkileri yalnızca bazı komisyonlara verilmiş ve bu yetkiler ilgili komisyonların görev alanlarına giren konular ile sınırlanmıştır. İhtisas komisyonları tekliften sonraki aşamalarda faaliyet göstermektedir. Ancak Bölüm I.A.3.’de belirtildiği üzere kanun tekliflerinin görüşülmesi esnasında yürütme ve uzmanlardan edinilen bilgiler de milletvekillerinin kanun teklifi ihtiyacını tespit etmesi bakımından katkı sağlayabilir. Bu noktada ihtisas komisyonlarının kanun tekliflerinin görüşüldüğü aşamada araştırma imkanlarının geliştirilmesi de kanun ihtiyacının tespiti bakımından kıymetli olacaktır.<sup>236</sup>

Bunun yanında belirli konuların sürekli olarak belirli ihtisas komisyonlarında görüşülmesinin bir tür uzmanlığa yol açtığı ifade edilmektedir.<sup>237</sup> İhtisas komisyonlarının kanun tekliflerini görüşürken yürütmeden ve uzmanlardan bilgi talep etme imkanlarının yanında komisyonlara yürütmeden düzenli bilgi akışı olmasına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Belirli kurum ve kuruluşların TBMM

<sup>233</sup> ibid 143.

<sup>234</sup> Bu husus mevcut Meclis Başkanı Mustafa Şentop tarafından da vurgulanmıştır. Bkz. TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Tutanak Dergisi, ‘27. Dönem, 4. Yasama Yılı, 7’nci Toplantı’ (28 Ekim 2020)

<sup>235</sup> [https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2588](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2588) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023, 123.

<sup>236</sup> Bkz. 3686 Numaralı Kanun, madde 4/b, 4/d; 5840 Numaralı Kanun, madde 3/1/d; 2937 Numaralı Kanun, ek madde 2/4.

<sup>237</sup> Bunun için örneğin TBMM’nin çıkardığı Yasama Bülteni’nde Araştırma Hizmetleri Başkanlığı ile ihtisas komisyonlarının entegre bir şekilde çalışmasının sağlanması önerilmiştir. TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 144.

<sup>238</sup> Aslan (n 29) 71.

Başkanlığına ve TBMM bünyesindeki çeşitli komisyonlara düzenli bilgi vereceğini, yıllık raporlar göndereceğini düzenleyen pek çok kanuni hüküm bulunmaktadır.<sup>238</sup> Buna yönelik düzenlemelerin yer aldığı CBK'lar da vardır.<sup>239</sup> İhtisas komisyonlarının bu uzmanlıklarından faydalanılmalı ve teklif verilmeden önce de bilgi edinme ve araştırma yapma yetkileri düzenlenmelidir. Örneğin ihtisas komisyonları sürekli alt komisyonlar kurmak yoluyla incelemeler yaparak kendi bağımsız bilgi ihtiyacını karşılayabilmelidir.<sup>240</sup> Ayrıca komisyonlara bu araştırmalar sonucunda uygun gördükleri teklifleri TBMM Başkanlığına sunma yetkisi verilmelidir.

Son olarak TBMM'nin yürütmeden veya başka harici kaynaklardan edindiği bilgiyle yetinmesi kabul edilemez.<sup>241</sup> Yasama organı bunu tercih etse dahi en azından buna mahkum edilmemelidir. Yürütmeden, sivil toplumdan ve çeşitli uzmanlardan edinilen bilgilerin değerlendirilmesi ve süzgeçten geçirilebilmesi için TBMM'nin bağımsız bilgi kaynağına erişimi elzemdir.<sup>242</sup> TBMM'nin kanun yapma yetkisini kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında hakkıyla yerine getirmesi ancak bu erişimin temin edilmesiyle mümkün olacaktır.

Araştırma yetkisi, yasama yetkisinin temellerinden olsa da<sup>243</sup> TBMM bünyesindeki Araştırma Hizmetleri Başkanlığının TBMM'nin bilgi ve araştırma altyapısı olarak bağımsızlığını temin etmek açısından yeterli olduğu kanaatinde değiliz. ABD'deki yüksek bütçeli bağımsız araştırma merkezi bu konuda yol gösterici olabilecektir. Bu çerçevede Türkiye'de de ayrı bütçeli bir araştırma merkezi kurulmalı ve burada uzman personel istihdam edilmelidir. Bu merkez yoluyla akademi, sivil toplum, meslek odaları vs. ile iş birliği içinde TBMM'ye destek sunulmalıdır.

<sup>238</sup> TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, Kanun Numarası: 1211, Kabul Tarihi: 14.1.1970, RG 26.1.1970/13409, madde 42/3; Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4749, Kabul Tarihi: 28.3.2002, RG 9.4.2002/24721, madde 14/17; Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513, madde 129/1; Afet Sigortaları Kanunu, Kanun Numarası: 6305, Kabul Tarihi: 9.5.2012, RG 18.5.2012/28296, madde 3/5; Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6015, Kabul Tarihi: 13.10.2010, RG 23.10.2010/27738, madde 13; Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimali ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5738, Kabul Tarihi: 21.2.2008, RG 27.2.2008/26800, madde 31; Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 1.11.2005/25983, madde 97/1, 124/6; Sayıştay Kanunu, Kanun Numarası: 6085, Kabul Tarihi: 3.12.2010, RG 19.12.2010/27790, madde 21/3; Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 5502, Kabul Tarihi: 16.5.2006, RG 20.5.2006/26173, madde 33/3. Diğer komisyonlara bilgi verilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. 5502 Numaralı Kanun, madde 33/3; 6085 Numaralı Kanun, madde 21/3; Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 4.7.1934, RG 14.7.1934/2751, ek madde 7/9; Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6713, Kabul Tarihi: 3.5.2016, RG 20.5.2016/29717, madde 11/1 (e); Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/29690, madde 9/3; 6698 Numaralı Kanun, madde 20 (ç); Ceza İnfaz Kurumları ve Tutuklevleri İzleme Kurulları Kanunu, Kanun Numarası: 4681, Kabul Tarihi: 14.6.2001, RG 21.6.2001/24439, madde 6/4. TBMM'ye bilgi verilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kanun Numarası: 4982, Kabul Tarihi: 9.10.2003, RG 24.10.2003/25269, madde 30/1(e); 5411 Numaralı Kanun, madde 124/4; 6701 Numaralı Kanunu, madde 9/1(k); 2937 Numaralı Kanun, ek madde 2/2.

<sup>239</sup> 1 Numaralı CBK, madde 138/ç; Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 47, RG 18.10.2019/30922, madde 17/1; Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 4, RG 15.7.2018/30479, madde 430/3.

<sup>240</sup> TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 143.

<sup>241</sup> Onar (n 11) 4.

<sup>242</sup> Benzer yönde bkz. Eroğlu (n 29) 43; TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı (n 53) 143.

<sup>243</sup> Onar (n 11) 77.

## Sonuç

2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında kanun tekliflerinin hazırlanması ve yasama ile yürütmenin bu süreçteki rolü hususunda pek çok hukuki sorun ve belirsizlik ortaya çıkmıştır. Kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki iki temel faaliyet bakımından TBMM’nin belirli bir altyapısı ve imkanları olduğu görülmektedir. Kanun ihtiyacına yönelik bilgi edinme bakımından TBMM’nin anayasal bilgi edinme yolları, idari teşkilatın araştırma yapma ve bilgi edinmeye yönelik görevleri ile komisyonların kanunların görüşülmesi sırasında veya bazı komisyonların bunun dışındaki bilgi edinme araçları bunu göstermektedir. Ayrıca Teklif Destek Bürosu tarafından kanun teklifi taslağı hazırlanmasına yönelik hizmet de 2017 sonrasında artan taleplerle karşılaşmaktadır.

Her halükarda kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki iki temel faaliyet bakımından TBMM’nin tekeli bulunmamaktadır. Milletvekillerinin TBMM Başkanlığına sunduğu tekliflerin kaynağı konusunda takdir yetkileri bulunmaktadır. Milletvekilleri çeşitli kaynaklara başvurma konusunda serbesttirler.

Kanun tekliflerinin hazırlanmasında harici desteğe başvurmanın bir serbesti olmanın yanında bir ihtiyaç olduğu da vurgulanmalıdır. Geniş teşkilatı, devasa personel altyapısı, bilgiye erişme ve teknik ayrıntılar hususundaki avantajı ile kanunları uygularken edindiği büyük bilgi birikimi dikkate alındığında kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında özellikle yürütme organının desteğine duyulan ihtiyaç reddedilemez. Kanun yapım sürecini ve özellikle bu sürecin teklif verilmeden önceki hazırlık aşamalarını yürütmenin hiç dahil olmadan kurgulamak verimli, kaliteli ve ihtiyaca yönelik kanun yapımı bakımından ne mantıklı ne de işlevseldir.

Peki bu 2017 Anayasa değişikliklerinin ardından hukuken mümkün müdür? Bu çalışmada yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki iki temel faaliyet (bilgi sunma ve taslak hazırlama) bakımından 2017 Anayasa değişiklikleri ile eklenen mesaj yetkisinin anayasal dayanak olarak görülebileceği sonucuna ulaşılmıştır. Yani kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında yürütmenin rol oynaması bir ihtiyaç olduğu kadar hukuken de mümkündür. Çalışmada mesaj yetkisi, yürütmenin TBMM ile resmi bir bildirim ile iletişime girerek önerilerini sunmasına yarayan bir araç olarak görülmektedir. Ancak kanun tekliflerinin hazırlanması aşaması bakımından bu denli önem arz eden mesaj yetkisinin kapsamı ve uygulaması önemli ölçüde belirsizdir.

2022 tarihli Yönetmeliğe yönelik olarak yapılan ayrıntılı inceleme neticesinde Yönetmeliğin bütçe ve kesin hesap kanunu ile bunlar dışındaki kanunlara yönelik taslak hazırlama usulünü kapsadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak Yönetmelik’te taslak metinlerin iletilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Ayrıca yürütmenin genel olarak kanun ihtiyacına yönelik olarak TBMM’ye bildirimde bulunabileceğine ve hatta kanun taslağı iletebileceğine dair – tespit edilebildiği kadarıyla – ne kanunlarda

ne de İçtüzük'te açık bir düzenleme bulunduğu için bu tür bildirimlerin resmi tezkere olarak gelen kağıtlarda yayınlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Mesaj yetkisi ve yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki faaliyetleri bakımından var olan belirsizlik mesaj yetkisinin kullanımına yönelik açık düzenlemeler yapılarak bir ölçüde giderilmelidir. Öncelikle yürütmenin kanun ihtiyacına yönelik bildirimlerinin ve hazırlanan kanun teklifi taslaklarının TBMM'ye iletilmesi ve tezkere olarak gelen kağıtlarda yayınlanması usulü kanunlar veya TBMM İçtüzüğünde hüküm altına alınmalıdır. Cumhurbaşkanının kendisi kadar bakanlıklar ve idari teşkilatın da TBMM'ye kanun ihtiyacına yönelik bildirimlerde bulunma ve kanun teklifi taslağı ileme imkanı düzenlenmelidir. Kanuni düzenlemeler yoluyla yürütmeye belirli konularda bilgilendirme yapma ve kanun taslakları sunma yönünde görevler yüklenebileceği gibi mesaj yetkisinin kapsamı belirlenip buna ilişkin sınırlamalar da yapılabilecektir. Ancak bu düzenlemelerin anayasal bir yetki olan mesaj yetkisini tümüyle ortadan kaldıracak nitelikte olması mümkün değildir.

Mesaj yetkisi, yürütmenin – yasamaya ilişkin – yetkilerinden biri olduğu için birtakım sınırlara tabi olmak koşuluyla TBMM'ye kanun ihtiyacına yönelik bildirim yapılacağı, taslak iletileceği ve bu tür bildirimlerin yürütme içerisinde geçirdiği süreçler CBK ile düzenlenebilir. Ancak bu tür bildirimlerin TBMM'de geçireceği süreçler CBK ile düzenlenemez.

Yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasındaki rolünün, spesifik olarak mesaj yetkisi yoluyla iki temel faaliyeti sunmasının açık düzenleme konusu yapılması; kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında şeffaflığı sağlayacaktır. Ayrıca uygulamada Cumhurbaşkanının partisine yönelik bir hizmet olarak işleyen sürecin kurumsal ve açık bir iş birliği ve iletişim aracına dönüşmesi için bir adım olacaktır. Bu hesap verebilirlik bakımından da kıymetlidir.

Bu tür düzenlemeler Anayasa'nın 88. maddesine aykırı değildir. Örneğin hazırlanan taslak metnin TBMM'ye iletilmesi yalnızca bir bildirim niteliğindedir. Taslak metnin kanunlaşma süreci ancak milletvekil(ler)i tarafından TBMM Başkanlığına teklif verilmesi ile başlatılabilir. Bunlar birbirinden farklı işlemlerdir. Ayrıca nihayetinde kanun tekliflerini şekillendirme hususundaki temel yetki Komisyonlar ve Genel Kurul'daki görüşmeler ve yapılan oylamalar neticesinde TBMM'de ve milletvekillerindedir.

Kanun ihtiyacına yönelik bildirimlerin ve taslak metinlerin kurumsal ve açık bir şekilde TBMM'ye iletilmesi yönündeki uygulamanın yürütmenin meclis gündemi üzerinde tahakküm kurması ihtimalini beraberinde getirdiği iddia edilebilir. Bu dezavantaja karşı etkili olabilecek denge unsurları, 2017 Anayasa değişiklikleri ile benimsenen hükümet sisteminin hayati eksikliklerindedir. Ancak tüm bunlar

yürütmenin uzmanlığına duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Elde edilen veriler kapsamında yapılan değerlendirme ve ABD ile yapılan kısa karşılaştırma neticesinde kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasına ilişkin hizmetler açısından TBMM’nin personel altyapısının yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu yetersizlik de TBMM’nin yürütmeye ihtiyaç duyduğunu gösteren unsurlardan biri olarak değerlendirilebilir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin yürürlükte kalmasına yönelik siyasi irade sürdürülse dahi Anayasa değişikliği ile bu sistemsel denge sorunları çözümlenmelidir. Ancak Anayasa değişikliği yapılsa da yapılmassa da yürütmenin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında milletvekillerine bilgi vermesi ve taslak iletilmesinin tümüyle engellenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla fiiliyatta var olan bu uygulamanın şeffaf ve kurumsal bir iş birliğine dönüştürülmesi yönünde çalışmalar yapılmasından başka çare bulunmamaktadır. Bu sayede yürütme organının tahakkümüne yönelik karşı mekanizmaların tartışılması ve kurumsallaşması için de bir adım atılmış olacaktır.

Bu çalışmada TBMM’nin kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında yürütme organından destek almasına Anayasal bir engel olmadığı ve uygulamada bir ihtiyaç olduğu savunulmuştur. Ancak bu, TBMM’nin kurumsal bağımsızlığını temin etmek için yeterli kapasiteye sahip olması yönündeki gerekliliği ortadan kaldırmamaktadır. Yürütmeden veya başka bir kaynaktan edindikleri kanun taslaklarını teklif olarak sunma hususunda takdir milletvekillerininindir ve kanun yapım süreci teklif verildikten sonra olağan şekilde işleyecektir. Ancak milletvekillerinin bu takdire gerçek anlamda sahip olabilmeleri ve yürütmenin faaliyetleri ve hizmetlerinin karşılıklı iş birliği ve iletişime katkı sunabilmesi için TBMM’nin güçlendirilmesi gerekmektedir.

TBMM, milletvekillerinin yürütmeden edindikleri bilgiyi ve taslak metinleri kendi tercihleri doğrultusunda değerlendirmelerine ve bir tahakküm aracından çok bir bilgi kaynağına dönüştürmelerine yarayacak personel altyapısına ve araştırma/bilgi edinme kapasitesine sahip olmalıdır. Bunun için bağımsız bilgi kaynağı üretebilecek yeterlilikte bir personel altyapısına yönelik olarak hem niceliksel hem niteliksel iyileştirmeler yapılması, bilgi edinme yollarında karşılaşılan sorunların üzerinde durulması, komisyonların kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında kanun teklif etme ve araştırma yapma bakımından yetkili ve etkin kılınması ile TBMM’nin bağımsız bilgi kaynağına erişimi için bir araştırma merkezi kurulması gerekmektedir.

Burada önerilen güçlendirme neticesinde TBMM’nin personel altyapısının yürütmenin teşkilatı ile boy ölçüşebileceği iddia edilmemektedir. TBMM idari teşkilatı güçlendirilse dahi her halükârda yürütmenin daha geniş bir teşkilatı bulunacaktır. Hem niceliksel hem de niteliksel olarak yürütme organı belirli avantajlara sahip olmayı sürdürecektir. Bu gerçek kabul edilmeli ama hem etkin şekilde yürütmeden faydalanmanın hem de TBMM’nin kapasitesinin bağımsızlığını temin edebilecek

belirli bir seviyede tutulmasının yolları aranmalıdır. Bu çalışmada sunulan önerilerde bu denge gözetilmeye çalışılmıştır.

Tüm bu değerlendirme ve tavsiyelerin Anayasa değişiklikleri sonrasında Türkiye’de kanun tekliflerinin hazırlanması aşamasında yasama ve yürütmenin rollerine ilişkin belirsizliğin bir ölçüde giderilmesine, asgari şeffaflığın sağlanmasına ve kuvvetler arası ilişkiler ile dengenin tespiti ve değerlendirilmesine ilişkin tartışmaya katkı sunacağı umulmaktadır.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dışbağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Teşekkür:** Çalışma konusuna ilişkin sorularımı sabırla dinleyip yardımını esirgemeyen TBMM Yasama ve Denetim Hizmetlerinden Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı Dr. Selçuk Gişi’ye, çalışmaya yorumlarıyla katkıda bulunan Hayri Pakdil’e ve kürsü arkadaşım Arş. Gör. Doğukan Sever’e teşekkür ederim.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

**Acknowledgement:** I would like to express my gratitude to Dr. Selçuk Gişi, the Deputy General Secretary in charge of Legislative and Oversight Services at the Turkish Grand National Assembly, for his invaluable contributions and insights on the topic. I also extend my thanks to Hayri Pakdil and to my colleague Research Assistant Doğukan Sever for their thoughtful comments on the paper.

## Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar, Kitap Bölümleri ve Makaleler

Adams R, *Transparency New Trajectories in Law* (Routledge 2020).

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, (4. Bası, Seçkin 2021).

Araç İ ve İba Ş, ‘Türkiye’de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği ve Yasamacı Mesleğinin Nitelikleri Üzerine’, (2003) 58 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 35-59.

Arslan KO, *Türk Parlamento Hukuku* (2. Bası, Adalet 2018).

Aslan GA, *Türk Anayasa Hukukunda Kanunlaştırma Süreci*, (Seçkin 2020).

Bakırcı F, Gençkaya ÖF, Ergül O, Kılıç A, Aslan GA ve Yüksel İ, *Parlamento Hukukuna Giriş* (Lykeion 2020).

Bellis MD, ‘Drafting in The U.S. Congress’ (2001) 22(1) Statute Law Review 38-44.

Bybee JS, ‘Advising the President: Separation of Powers and the Federal Advisory Committee Act’ (1994) 104 The Yale Law Journal 51-128.

Cameron CM ve Park JK, ‘A Primer on the President’s Legislative Program’ iç Bert A. Rockman, Richard W. Waterman (edr), *Presidential Leadership The Vortex of Power* (OUP 2008) 45-79.

Congressional Quarterly Inc., *Guide to Congress*, (6. Bası, CQ Press 2008).

Çakın A, ‘Yasa Yapma Süreci ve Sosyal Kontrol (Şeffaflık ve Katılım)’ (2008) Sayı: 9 Yasama Dergisi 57-73.

- Daver B, ‘Kanunla İlgili Meseleler’ (1961) 16(4) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 217-246.
- Demirbağ C, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi’ (2019) Sayı: 39 Yasama Dergisi 13-50.
- Doğan İ, ‘Türk Tipi Başkanlık Modeli Bağlamında 2017 Anayasa Değişikliğinin İrdelenmesi’, iç İlyas Doğan ve Serdar Ünver (edr) Dört Kıtada Başkanlık Sistemi (Astana 2017) 16-45.
- English RM, *The United States Congress* (Manchester University Press 2003).
- Eroğlu İ, ‘TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’ (2006) Sayı 2 Yasama Dergisi 32-74.
- Fisher P, ‘Bills’ iç Robert E. Dewhirst ve John David Rausch (edr), *Encyclopedia of Congress* (Infobase 2007) 45-46.
- Fisher P, ‘Drafting’ iç Robert E. Dewhirst ve John David Rausch (edr), *Encyclopedia of Congress* (Infobase 2007) 183-184.
- Gökçe AF, ‘TBMM’nin Yürütmeyi Denetlemesinde Meclis Araştırması Komisyonlarının İşlevselliği’ (2009) Sayı: 1 Yasama Dergisi 76-92.
- Gönenç L, ‘2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri’ (2019) Sayı 145 TBB Dergisi 53-79.
- Gören Z, ‘Erkler Ayrılığı İlkesi ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Benimsenen Hükümet Sistemi’ (Eylül 2019) İzmir Barosu Dergisi 469-490.
- Gözler K, *Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi*, (1. Bası, Ekin 2001).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin 2021).
- Has V, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Çalışma Düzeni* (Adalet 2009).
- İba Ş ve Kılıç A, ‘Yeni Hükümet Sistemi Işığında Cumhurbaşkanının Mesaj Yetkisi’ iç Sabih Arkan ve Sarper Süzek et al (edr), *Prof. Dr. Nami Çağan Anısına Armağan* (Atılım Üniversitesi Yayınları 2020) 703-722.
- İba Ş, *Parlamento Hukuku* (Güncellenmiş 7. Bası, Seçkin 2020).
- Kanlıgöz C, ‘Katılımcı Demokrasi ya da “İdari Usul Kanunu Hazırlığı” Uluslararası Sempozyumu Üzerine’ (1996) 45(1-4) AÜHFD 167-183.
- Kesavan V ve Sidak JG, ‘The Legislator-In-Chief’ (2002) 44(1) William and Mary Law Review 1-64.
- Killenbeck MR ‘A Matter of Mere Approval - The Role of the President in the Creation of Legislative History’ (1995) 48(1) Arkansas Law Review 239-310.
- Köybaşı S, Aslan V ve Haliloğlu NB, ‘Turkey: Legal Response to Covid-19’, iç Jeff King ve Octávio LM Ferraz et al (edr), *The Oxford Compendium of National Legal Responses to Covid-19* (OUP 2021).
- Lee FP, ‘The Office of the Legislative Counsel’ (1929) 29(4) Columbia Law Review 381-403.
- Madison J, ‘Federalist Papers No 47’, iç Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay, (edr) *The Federalist Papers* (OUP 2008) 239-245.
- Mikuli P ve Kuca G, ‘Introduction’ iç Piotr Mikuli ve Grzegorz Kuca (edr) *Accountability and the Law Rights, Authority and Transparency of Public Power* (Routledge 2022) 1-5.
- Neustadt RE, ‘Presidency and Legislation: Planning the President’s Program’ (1955) 49(4) The American Political Science Review 980-1021.
- O’Flynn I, *Deliberative Democracy and Divided Societies* (Edinburgh University Press 2006).

- Oleszek WJ ve Oleszek MJ et al, *Congressional Procedures and the Policy Process* (10. Bası, CQ Press 2016).
- Onar E, *Meclis Araştırması* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1977).
- Özbudun E, 'İngiltere ve Amerika'da Meclis Tahkikatı' (1960) 17 (1) AÜHFHD 219-248.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, (18. Bası, Yetkin 2018).
- Reynolds HW, 'Public Administrators and Policy Agendas: Some Preliminaries to Statute Law Making' (2006) 24(1) International Journal of Public Administration 31-50.
- Saraçoğlu F, 'Bütçe Kanunu İle Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılabilir mi?' (1999) 1(3) Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 59-64.
- Schwartz BJ, 'The Recommendations Clause and the President's Role in Legislation' (2020) 168 University of Pennsylvania Law Review 767-815.
- Sidak JG, 'The Recommendation Clause' (1989) 77(6) The Georgetown Law Journal, 2079-2135.
- Söyler Y, *Mevzuat Yapım Hukuku ve Başbakanlığın Hukuksal Rolü* (Savaş 2016).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Meclis-i Mebusan'dan Günümüze Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2017).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 1/2016*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2016).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 3/2018*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2019).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 4/2019*, (1. Bası, TBMM Basımevi 2020).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 5/2020*, (TBMM Basımevi 2021).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yasama Bülteni Sayı 6/2021*, (TBMM Basımevi 2022).
- TBMM Kanunlar ve Kararlar Başkanlığı, *Yeni Sisteme Göre Yasama El Kitabı*, (TBMM Basın, Yayın ve Halkla İlişkiler Başkanlığı Basımevi 2018).
- TBMM, 27. Dönem 2. ve 3. Yasama Yılı Faaliyet Raporu (1. Bası, TBMM Basımevi 2020).
- TBMM, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, *26. Yasama Dönemi II. Devre Faaliyet Raporu*, (TBMM Basımevi 2017).
- Teziç E, *Anayasa Hukuku*, (21. Bası, Beta 2017).
- Teziç E, 'Torba Kanun' iç Yener Üner (edr), *Türkiye Barolar Birliği Kanun Yapım Tekniği 27-28 Mart 2015* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2016) 335-342.
- Teziç E, *Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları*, (Fakülteler Matbaası 1980).
- Yaman-Kaplan A, 'Yürütme Organının Kanun Yapım Sürecine Etkisi Bakımından Türk Anayasalarının Karşılaştırılması' (2022) SDÜHFHD 12(1) 117-170.
- Yancı-Özalp N, '2017 Anayasa Değişikliklerinin Yasama Yürütme İlişkilerine ve Yargı Bağımsızlığına Etkileri' (2017) 6(11) Anayasa Hukuku Dergisi 117-136.
- Yancı-Özalp N, 'Türkiye'de Yasa Yapımı: Nicelik Sorunu mu Nitelik Sorunu mu?' (2006) 61(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 267-295.
- Yapıcı H, 'Komisyonların Yasama Sürecindeki Rollerini Bağlamında Komisyon Aşamasındaki Özel Yöntem ve Uygulamalar' (2007) Sayı: 5 Yasama Dergisi 57-81.
- Yasama Derneği, *Sivil Toplum için Yasama Sürecine Katılım El Kitabı* (4. Bası, TBMM Basımevi 2020).
- Yeşilürmek B, 'Cumhurbaşkanının TBMM'ye Mesaj Verme Yetkisi' (2020) Sayı: 41 Yasama Dergisi 11-38.



- Yokuş S, ‘Türkiye’de Yeni Anayasa Arayışları ve 2017 Anayasa Değişiklikleri’ (2017) 6(12) Anayasa Hukuku Dergisi 665-682.
- Yücel B, *Temsili Demokratik Sistemde Yasama Erki ve Kural Koyma Faaliyetinin Belirleyicileri (Türkiye Uygulaması Üzerine Bir İnceleme)* (Adalet 2018).
- Yüksel İ, *TBMM’nin Kanun Yapma Yöntemi* (Adalet 2018).
- Yüksel N, ‘Türk Parlamento Hukukunda “Çerçeve” Kanunları Adlandırma Yöntem ve Sorunları’ (2014) 26 Yasama Dergisi 31-63.

### Elektronik Kaynaklar:

- Budget Counsel Reference Directory, Senate Office of Legislative Counsel <https://budgetcounsel.com/§052-office-of-legislative-counsel-senate/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Congress, ‘Enactment of a Law’ <https://www.congress.gov/help/learn-about-the-legislative-process/enactment-of-a-law> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- European Commission For Democracy Through Law, ‘Draft Opinion on the Amendments to the Constitution Adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be Submitted to a National Referendum on 16 April 2017, CDL(2017)007’ (27 Şubat 20217)[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2017\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2017)007-e) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Göztepe E, ‘Cumhurbaşkanlığı Sistemine Geçiş ve Anayasa Değişikliği’ (*Güncel Hukuk*, 31 Mart 2017) <https://www.sosyalbilimler.org/anayasa2017-cumhurbaşkanligi-sistemine-gecis-ve-anayasa-degisikligi/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Kanadoğlu K, ‘Patronlu Bir Hiper Başkanlık Teklifi’, (*Hukuk Defterleri*, Sayı 5 Ocak-Şubat 2017) <https://hukukdefterleri.com/patronlu-bir-hiper-baskanlik-teklifi/?amp=1> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Library of Congress, ‘About Congressional Research Service’ (2 Temmuz 2022)<https://www.loc.gov/crsinfo/about/> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Library of Congress, ‘CRS Annual Report’ (2020) [https://www.loc.gov/crsinfo/about/crs20\\_annrpt.pdf](https://www.loc.gov/crsinfo/about/crs20_annrpt.pdf) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- MGM, ‘Haberler’ <https://mgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bakanligimizca-hazirlanan-ismahkemeleri-kanunu-tasarisi-turkiye-buyuk-millet-meclisi-genel-kurulunca-12102017-tarihinde-kabul-edilmistir12112019030700> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Tutanak Dergisi, ‘27. Dönem, 4. Yasama Yılı, 7’nci Toplantı’ (28 Ekim 2020)[https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2588](https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2588) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem 4. Yasama Yılı Faaliyet Raporu’ [https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/dijital\\_kitaplarv2/index.html?pdf=27D\\_4YY\\_Faaliyet\\_Raporu](https://www5.tbmm.gov.tr/yayinlar/2022/dijital_kitaplarv2/index.html?pdf=27D_4YY_Faaliyet_Raporu) Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 2. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 143’ (8 Temmuz 2019)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil02gk/gk.143.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 3. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 14’ (18 Ekim 2019)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil03gk/gk.14.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 3. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 43’ (3 Aralık 2019)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil03gk/gk.43.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasam Yılı, Gelen Kağıtlar No: 165’ (3 Haziran 2022)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.165.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

- TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 2’ (4 Ekim 2021)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.2.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 30’ (12 Kasım 2021)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.30.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 44’, (3 Aralık 2021)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.44.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Dönem, 5. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No:1’ (1 Ekim 2021)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil05gk/gk.1.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 197, Kanun Teklifi (2/2691) ve Dışişleri Komisyonu Raporu’ <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss197.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 2. Yasama Yılı, Gelen Kağıtlar No: 119’ (21 Mayıs 2019)<https://www5.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d027/yil02gk/gk.119.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘27. Yasama Dönemi, 5. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 315, Meclis Araştırması Komisyonu Raporu’ (Mart 2022) <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss315.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘Genel Kurul Tutanağı, 27. Dönem 3. Yasama Yılı, 71. Birlesim’ (19 Mart 2020)<https://www.tbmm.gov.tr/Tutanaklar/Tutanak?BaslangicSayfa=1&BitisSayfa=64&BirlesimSiraNo=23429&Tur=H> Erişim Tarihi 4 Kasım 2022.
- TBMM, ‘Kanun Teklifi 2/2691’ <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/KanunTeklifi/269929> Erişim Tarihi 4 Kasım 2022.
- TBMM, ‘Kanun Teklifi ve Gerekçesi 2/2691’ <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2691.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TBMM, ‘Milletvekilinin İmzasının Bulunduğu Kanun Teklifleri’<https://www.tbmm.gov.tr/milletvekili/KanunTeklifiUyeninImzasiBulunanTeklifler?donemKod=27&sicil=WCBJCzYzL08> Erişim Tarihi 4 Kasım 2022.
- TCBB, ‘TBMM 27. Dönem 4. Yasama Yılı Açılış Konuşmaları’ (1 Ekim 2020) <https://www.tccb.gov.tr/konusmalar/353/122222/tbmm-27-donem-4-yasama-yili-acilis-konusmalari> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TCBB, ‘TBMM 27. Dönem 5. Yasama Yılı Açılış Konuşması’ (1 Ekim 2021) <https://tccb.gov.tr/assets/dosya/2021-10-01-tbmm-tr.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- TCBB, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Dönem 3. Yasama Yılı Açılış Konuşması’ (1 Ekim 2017) <https://www.tccb.gov.tr/haberler/410/84723/yeni-sistemle-yasama-yetkisi-tamamen-milletvekillerimizin-uhdesine-birakiliyor> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Düzenleyici Etki Analizi Rehberi, 2023, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/Duzenleyici-Etki-Analizi-Rehberi.pdf> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- U.S. House of Representatives, ‘Office of the Legislative Counsel’ <https://legcounsel.house.gov> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- U.S. Senate, ‘Office of the Legislative Counsel-Office Policies’ <https://www.slc.senate.gov/Policies/policies.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- U.S. Senate, ‘Office of the Legislative Counsel-Responsibilities of the Legislative Drafter’ <https://www.slc.senate.gov/Drafting/drafting.htm> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.
- U.S. Senate, ‘Office of the Legislative Counsel’ <http://slc.senate.gov> Erişim Tarihi 25 Kasım 2023.

## Mevzuat ve Yargı Kararları

- 2020 Yılı Merkezi Yönetim Kesin Hesap Kanunu, Kanun Numarası: 7345, Kabul Tarihi: 17.12.2021, RG 31.12.2021/31706 (2. Mükerrer).
- 2022 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu, Kanun Numarası: 7344, Kabul Tarihi: 17.12.2021, RG 31.12.2021/31706 (Mükerrer).
- Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2992, Kabul Tarihi: 29.3.1984, RG 7.4.1984/18365.
- Afet Sigortaları Kanunu, Kanun Numarası: 6305, Kabul Tarihi: 9.5.2012, RG 18.5.2012/28296.
- Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK Numarası: 703 Tarihi: 2.7.18, RG 9.7.2018/30473(3. Mükerrer).
- Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 4847, Kabul Tarihi: 15.4.2003, RG 19.4.2003/205084.
- AYM, E. 2018/126, K. 2020/32, 25.6.2020.
- AYM, E. 2019/78, K. 2020/6, 23/1/2020.
- Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 4, RG 15.7.2018/30479.
- Bankacılık Kanunu, Kanun Numarası: 5411, Kabul Tarihi: 19.10.2005, RG 1.11.2005/25983.
- Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3056, Kabul Tarihi: 10.10.1984, RG 19.10.1984/18550.
- Bazı Andlaşmaların Yapılması için Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31.5.1963, RG 11.6.1963/11425.
- Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Kanun Numarası: 4982, Kabul Tarihi: 9.10.2003, RG 24.10.2003/25269.
- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu, Kanun Numarası: 4681, Kabul Tarihi: 14.6.2001, RG 21.6.2001/24439.
- Clinton v. City of New York, [1998] USSC 524, [1998] 417, 438.
- Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 1, RG 10.7.2018/30474.
- Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6015, Kabul Tarihi: 13.10.2010, RG 23.10.2010/27738.
- Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu, Kanun Numarası: 2937, Kabul Tarihi: 1.11.1983, RG 3.11.1983/18210.
- Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, Kanun Numarası: 4875, Kabul Tarihi: 5.6.2003, RG 17.6.2003/25141.
- Düzenleyici Etki Analizinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar, Cumhurbaşkanlığı Kararının Sayısı : 5681, Karar Tarihi: 3.6.2022 RG 4.6.2022/31856.
- Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 2, RG 10.7.2018/30474.
- Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, Kanun Numarası: 6087, Kabul Tarihi: 11.12.2010, RG 18.12.2010/27789.

- İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6.1.1982, RG 20.1.1982/17580.
- İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 3686, Kabul Tarihi: 5.12.1990, RG 8.12.1990/20719.
- Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunu, Kanun Numarası: 5840, Kabul Tarihi: 25.2.2009, RG 24.3.2009/27179.
- Kalkınma Planlarının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3067, Kabul Tarihi: 30.10.1984, RG 6.11.1984/18567.
- Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4749, Kabul Tarihi: 28.3.2002, RG 9.4.2002/24721.
- Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Tüzük ve Yönetmelik Tasarılarının Hazırlanmasına İlişkin Esaslar, RG 8.9.1992/21339.
- Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24.3.2016, RG 7.4.2016/29677.
- Kolluk Gözetim Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6713, Kabul Tarihi: 3.5.2016, RG 20.5.2016/29717.
- Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Karar Sayısı 5210, Karar Tarihi: 23.2.2022, RG 24.2.2022/31760.
- Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, Numara: 2005/9986, RG: 17.02.2006/26083.
- Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 9, RG 15.7.2018/30479.
- Olağanüstü Hal Kanunu, Kanun Numarası: 2935, Kabul Tarihi: 25.10.1983, RG 27.10.1983/18204.
- Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Kanun Numarası: 2559, Kabul Tarihi: 4.7.1934, RG 14.7.1934/2751.
- Sayıştay Kanunu, Kanun Numarası: 6085, Kabul Tarihi: 3.12.2010, RG 19.12.2010/27790.
- Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 6.12.2012, RG 30.12.2012/28513.
- Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 47, RG 18.10.2019/30922.
- Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 5502, Kabul Tarihi: 16.5.2006, RG 20.5.2006/26173.
- Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5738, Kabul Tarihi: 21.2.2008, RG 27.2.2008/26800.
- Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, CBK Numarası: 13, RG 24.7.2018/30488.
- TBMM Başkanlığı İdari Teşkilat Kanunu, Kanun Numarası: 6253, Kabul Tarihi: 1.12.2011, RG 18.12.2011/28146.
- TBMM Başkanlığı Yasama Uzmanlığı Yönetmeliği, RG 1.7.2015/29403.
- TBMM Başkanlık Divanı Kanun Teklifi Taslağı Hazırlama Yönergesi, Sayı: 163938, Onay Tarihi: 23.01.2014.
- TBMM Başkanlık Divanı, Kanun Teklifi Taslağı Hazırlama Yönergesi, Numara: 570290, Onay Tarihi: 25.11.2019.

TBMM Başkanlık Divanı, Milletvekillerinin Yasama Faaliyetlerinde Sözleşmeli Olarak Çalıştırılacak Danışman, İkinci Danışman ve İlave (Yardımcı) Personel Hakkında Hizmet Sözleşmesi Esasları Karar Numarası: 12, Karar Tarihi: 6.1.2012.

TBMM İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair Karar, Karar Numarası: 1200, Kabul Tarihi: 9.10.2018 RG 16.10.2018/30567(mükerrer).

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu, Kanun Numarası: 1211, Kabul Tarihi: 14.1.1970, RG 26.1.1970/13409.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, Kanun Numarası: 6701, Kabul Tarihi: 6.4.2016, RG 20.4.2016/29690.

Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6741, Kabul Tarihi: 19.8.2016, RG 26.8.2016/29813.

Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, RG 6.11.1981/17506.





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.07.2023  
Revizyon Talebi: 01.08.2024  
Son Revizyon Tarihi: 18.01.2024  
Kabul: 02.02.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## Ceza Muhakemesinde Hükmün Yokluğu Sorunu

Gökhan Ölmez\*

### Öz

Bu çalışmada ceza muhakemesinde fonksiyonel olarak yargılama yapma yetkisine sahip mahkemeler tarafından tesis edilen hükmün hukuken yokluğunun kabul edilebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu yapılmaktadır. Ceza muhakemesinde yargılama makamı tarafından gerçekleştirilen bir ceza muhakemesi işlemi olarak hüküm; maddi, iradi ve şekli unsurların oluşmasıyla hukuk dünyasında tezahür eder. Ceza mahkemesinin tesis ettiği ve bünyesinde bu unsurları barındıran hükmün, taşıdığı hukuka aykırılığın niteliği dolayısıyla yok şeklinde nitelendirilmesinin ve hukuken hiçbir sonuç doğurma yeteneğinin bulunmadığının kabul edilebilir olup olmadığı ise muhakeme işlemleri teorisi açısından açıklanması önem arz eden bir konudur. Mahkemenin tesis ettiği hükmün bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığa dair bir vasıflandırma yapmak suretiyle, salt hukuka aykırı olmasının dışında ayrıca yokluğunun da kabul edilebilir olup olmadığı; yokluktan bahsedilebilmesinin mümkün olduğunun kabulü durumunda ise bu nitelendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağı ve bu belirlemeyi yapmaya yetkili kişi veya mercilerin kimler olduğu sorularının kanun yolu denetiminin benimsendiği ceza muhakemesi sistemine uygun bir biçimde cevaplandırılması gerekir. Bu çalışmada, ceza muhakemesi hukuku esasları çerçevesinde hükmün hukuken yokluğu müessesesine dair ileri sürülen lehe ve aleyhe görüşler, konunun taşıdığı pratik önem vurgulanarak ortaya koyulacak ve bu konu ceza muhakemesi hukukuna hakim olan muhakeme işlemleri teorisi çerçevesinde ele alınacaktır. Bu kapsamda çalışmada, Alman Federal Mahkemesi'nin ve eyalet mahkemelerinin hükmün yokluğuna dair verdikleri kararlar ekseninde geliştirdikleri uygulama hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Nihayet çalışmada, Türk ceza muhakemesi hukukunda hükmün hukuken yokluğu tespitinde bulunulan yargı kararlarına dair değerlendirmeler yapılacak, söz konusu uyumsuzluklar bağlamında tesis edilen hükümlerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kanun yolu sistemi işletilmeksizin yokluk müeyyidesine tabi tutulmasına yönelik olarak benimsenen uygulamanın isabetli olup olmadığı tartışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Hüküm, Muhakeme İşlemi, Yokluk, Kanun Yolu, Yargıtay Uygulaması

### The Issue of Nullifying a Judgment in Criminal Procedural Law

### Abstract

This study examines whether a judgment given by courts functionally empowered to conduct criminal proceedings can be legally nullified. As a judicial proceeding, judgment appears in legal world through occurrence of material, voluntary and formal conditions. Whether a judgment given by criminal court may be acceptably deemed null due to the nature of defect it contains and therefore be incapable of having any legal consequences is an important issue to explain in terms of judicial proceedings theory. In case of nullification of a judgment given by an empowered court, apart from that judgment's unlawfulness by qualification of illegality, other questions are also to be answered, such as the criteria by which this qualification is made and which persons or authorities are authorized to make this classification by criminal procedural system adopting the audit of legal remedy. This study will exhibit opinions for and against the nullification of a judgment by emphasizing practical importance of the subject and identify whether the nullification of a criminal court judgment is acceptable within the framework theory of judicial proceedings prevalent in criminal procedural law.

\* **Sorumlu Yazar:** Gökhan Ölmez (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: gokhan.olmez@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0555-7866

**Atf:** Ölmez G, "Ceza Muhakemesinde Hükmün Yokluğu Sorunu" (2023) 81(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 996. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0005>



In this context, this study will provide explanations about practices developed by German Federal and State Courts based on their decisions about nullifying a judgment. Lastly, study will examine judgments indicative of a nullification in Turkish criminal procedural law and discuss whether the practice of distinctly subjecting a judgment to nullification is accurate or not without regard to the general legal remedial system ensured in Turkish Criminal Procedural Code.

**Keywords**

Judgment, Judicial Proceedings, Nullification, Legal Remedy, Court of Cassation Practices

***Extended Summary***

The issue of nullifying a judgment is one of the most arguable subjects in criminal procedural law. According to the prevailing opinion in the literature on criminal procedural law, judgments that are afflicted with particularly obvious defects are incapable of producing the intended effects due to consequences contrary to the general structure of criminal procedural law. Recognizing the validity of such judgments is to be refused due to being clearly intolerable for the legal community as a result of the extent and weight of their defects. Nullifying a judgment allows the recognition of a court judgment to be refused, thus allowing everyone (e.g., courts and enforcement authorities) to ignore said judgment without further judicial elimination proceedings. The supporters of this opinion use the term nullification to refer to the absence of the legal effects of a judgment. However, providing an exhaustive list of defects that constitute nullification is impossible.

Whether a judgment given by a criminal court may be acceptably deemed to nullified due to the nature of the defects it contains and therefore also be incapable of having any legal consequences is an important issue to explain in terms of the theory of judicial proceedings. In the case of the acceptance of the nullification of a judgment given by an empowered court, apart from the judgment being considered unlawful by classification of the qualification of illegality, questions such as the criteria by which the qualification is made and the persons or authorities who are authorized to make this classification are to be answered in accordance with the criminal procedural system adopting the audit of legal remedy.

As a judicial proceeding, judgments appear in the legal world through the occurrence of material, voluntary, and formal conditions. A judgment that contains these conditions legally subsists without having importance to whether its context is legally correct or not or whether it has complied with criminal procedural principles or not. In a criminal procedural system that foreseen an audit of legal remedy, the legal nullification of a judgment may be unaccepted regardless of the qualification of its illegality. An opinion that differs from the foreseen system of criminal procedure regarding the illegality of a judgment and basing this on the inconvenience of a judgment resulting in any legal consequences upon being rendered are undesirable for legal security. In this respect, regardless of the qualification of the illegality of a



judgment a judicial authority has handed down, this illegality is to be resolved in an audit of legal remedy.

As a result, the Turkish criminal procedural system is not designed to be able to reveal the legal consequences from a judgment being nullified. Due to the principle of legal security, the judgments courts hand down have an essential authority. The illegalities of these are eliminated through the audit of legal remedy, which is the accepted control mechanism in the structural scope of the criminal procedural system. One category is found that indicates how the nullification of a judgment is not predicated in the Criminal Procedural Code. The Criminal Procedural Code does not include nullification with regard to any illegality of judgment; regardless of the qualification of the illegality, the code has decided that all illegalities shall be discussed in an appeal and audit of legal remedy. In this respect and distinct from the illegalities subject to legal remedy, no reasons for nullification can be mentioned that refer to self-invalidity or that have foreseen a criterion of distinction. The category of nullifying a judgment is unnecessary in the Turkish legal system, as it particularly includes the Chief Public Prosecutor Objection and the Reversal in Favor of the Law as extraordinary legal remedies, thus revealing the Turkish legal system to have a more comprehensive system of audit of legal remedy compared to German criminal procedural law.

## Giriş

Ceza muhakemesinde hüküm, diğer muhakeme hukuku dallarında olduğu gibi, yargılama makamının uyuşmazlığı sona erdiren nihai karardır. Tüm muhakeme işlemlerinin yöneldiği nihai hedef (*Prozeßziel*), uyuşmazlığı sona erdiren hükmün tesis edilmesidir<sup>1</sup>. Diğer bir ifadeyle, ceza muhakemesi sürecindeki tüm muhakeme işlemleri, maddi gerçeği yansıtan *hükme ulaşmak amacına* yönelik olarak gerçekleştirilir. Tesis edilmesiyle birlikte hukuki sonuç doğurmaya muktedir bir muhakeme işlemi olarak hukuk dünyasında tezahür eden hüküm, kesinleşmesi halinde geçerlilik kazanarak hukuki sonuçlarını doğurur. Bu bağlamda hüküm, maddi gerçek tespit edilerek adaletin sağlanması ile toplumsal düzen ve barış ortamının sürdürülmesi amacına ulaşılmasındaki en önemli hukuki enstrümanların başında gelir.

Bir ceza mahkemesi hükmü; uyuşmazlığa konu olan maddi vakıa tespitinin hatalı yapılması, maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanması ya da her iki tür sorunun bir arada bulunması dolayısıyla hukuka aykırı olabilir. Örneğin, mahkeme tarafından suçun işlendiğinden haberdar olmayan ve suç işlendiği sırada başka bir yerde bulunan sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi halinde mahkûmiyet hükmünün temelinde bulunan hata maddi vakıanın yanlış tespit edilmesinden kaynaklanır. Mahkemenin, gerçekleştirilen salt sözleşmeye aykırı nitelikte bir davranışı güveni kötüye kullanma suçu kapsamında nitelendirmesi halinde ise hükümdeki hukuka aykırılık maddi ceza hukuku kuralının yanlış uygulanmasından ileri gelir.

Hüküm içerik olarak hukuka aykırı olabileceği gibi muhakeme hukuku kurallarına aykırılık dolayısıyla da hukuka aykırı olabilir. Örneğin aleniyet ilkesinin ihlal edilmesi, ceza muhakemesi şartının gerçekleşmemesi, hazır bulunan sanığa son sözün verilmemesi, hükmün davaya bakmaktan mutlak yasaklı olan bir hâkim tarafından veya onun katılımıyla tesis edilmiş olması gibi hallerde ceza muhakemesi kurallarına aykırılık bulunmaktadır. Bu tarz bir hukuka aykırılığı bünyesinde barındıran hüküm, içerik olarak isabetli olsa bile hukuka aykırıdır. Ancak maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanmasından farklı olarak, bir muhakeme hukuku kuralının hatalı uygulanması halinde - söz konusu hukuki hatanın kanun tarafından “kesin hukuka aykırılık” olarak nitelendirilmediği durumlarda- hükme etki etmiş olması gerekir<sup>2</sup>.

Gerek içerik bakımından gerekse de muhakeme kurallarına riayetsizlikten kaynaklanan sebeplerle hukuka aykırı nitelikteki bir hüküm, tesis edildiği an itibarıyla *kendiliğinden* geçersiz değildir. Hüküm ancak kanunda öngörülen kanun

<sup>1</sup> Eberhard Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I: Die rechts-theoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts* (Vandenhoeck & Ruprecht, 1952), 106; Hermann Roeder, ‘Die Begriffsmerkmale des Urteils im Strafverfahren - Ein Beitrag zur Lehre von der sog. absoluten Urteilsnichtigkeit’ (1967) 79 (2), ZStW 250, 258-259, 267.

<sup>2</sup> Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta, 1989) 1061-1063; Tonio Walter, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck, 2020) 205-206; YCGK, 358/197, 14.05.2020.

yolu denetimi sürecinde ortadan kaldırılması veya bozulması halinde hukuken sonuç doğurma yeteneğinden mahrum kalır. Bu itibarla hatalı da olsa bir hükmün otoritesi, bünyesinde hukuka aykırılıklar barındıran bu hükmü ortadan kaldırmaya yetkili kanun yolu mercii tarafından söz konusu işlem gerçekleştirilmediği müddetçe mevcut bulunmaya devam eder. Böylece ceza muhakemesi sisteminde, bünyesinde hukuka aykırılık(lar) barındıran bir hükmün mevcudiyetinin herkes tarafından tartışılmasının önüne geçilmiş; hükmün yalnızca kanunda öngörülen usule uygun şekilde kanun yolu denetiminde ortadan kaldırılabilmesi mümkün kılınmıştır. Benimsenen bu usul hukuki güvenlik ilkesine hizmet etmektedir<sup>3</sup>.

Bununla birlikte, bir hükmün barındırdığı hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılması kural olarak her ne kadar kanun yolu denetimi sonucunda mümkün olabilirse de; ceza muhakemesi hukuku doktrininde, bir takım *ağır ve bariz* hukuka aykırılıkları bünyesinde barındıran hükümlerin en başından itibaren hukuken geçerlilik kazanma yeteneğinin bulunmadığı ve bu itibarla hukuken *yok* niteliğinde olduğu görüşünün birçok taraftarı bulunmaktadır. Ceza muhakemesinde hükmün, bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığın *niteliği* dolayısıyla tesis edildiği an itibarıyla hukuken geçerlilik kazanma ve bu suretle hukuki sonuç doğurma yeteneğinden mahrum olmasının -hukuken *yok* sayılabilmesinin- mümkün olup olmadığı tartışılmaya değer bir hukuki sorun teşkil etmektedir. Hükmün hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin ilerisine geçilerek onun hukuken *yokluğunu* kabul etmeyi gerektiren hukuki sebeplerin gerçekten bulunup bulunmadığı ve şayet varsa hukuki sonuçlarının neler olabileceği meselesi çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

## I. Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Hüküm ve Mevcudiyet Şartları

Muhakeme süreci, başından sonuna kadar bu süreci şekillendiren birçok faaliyetten oluşur. Ceza muhakemesi hukukunda muhakeme işlemleri (*Prozeßhandlungen*); *ceza muhakemesi süjelerinin iradi olarak bir hukuki sonuca ulaşılmasına ve böylece muhakemenin ilerlemesini sağlamaya yönelik olarak gerçekleştirdikleri irade açıklamaları ve gerçekleştirdikleri eylemler* olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>. Ceza muhakemesi işlemini gerçekleştiren süjenin işlemi gerçekleştirmeye fonksiyonel olarak yetkili olması, işlemin yetkili süjenin iradesini yansıtması ve ilgili kanunda öngörülen şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla ceza muhakemesi işleminin *varlığından* bahsedilebilmesi için bu işlemi yapan süjenin işlemi yapma yetkisi (maddi şart), işlemin iradi bir şekilde gerçekleştirilmesi (iradi şart) ve şekle uygunluk

<sup>3</sup> Kunter (n 2) 114-116, 296-297, 1007; Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2022) 605-606.

<sup>4</sup> Theodor Kleinknecht, *Strafprozeßordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (30. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1971) 23; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta, 2020) 742. Bu itibarla muhakeme süjesi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen işlemler ceza muhakemesi işlemi değildir. Güneş Okuyucu Ergün, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Yetkin 2015) 17. Kunter'e göre ise, ceza muhakemesi faaliyetine bir şekilde katılan her şahıs ceza muhakemesi ilişkisinde süje niteliğine sahip olup bilirkişi ve tanık da muhakemesi süjesidir ve işlemleri ceza muhakemesi işlemidir, Kunter (n 2) 317, 478.

(şekli şart) mevcut bulunmalıdır<sup>5</sup>. Söz konusu unsurları bünyesinde barındırmayan bir faaliyetin “muhakeme işlemi” olduğundan bahsedilemez ve bu durumda işlemin *fiilen* yokluğu gündeme gelir.

Hüküm, yargılama makamı sıfatıyla mahkemenin dar manada kovuşturma evresini sonlandıran ve onun uyuşmazlıktan el çekmesini sonuçlayan ceza muhakemesi işlemidir. Hüküm, *duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasının ardından verilen ve cezai uyuşmazlığı çözerek yargılamayı sonlandıran nihai karardır*<sup>6</sup>. CMK m. 223 uyarınca beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları hüküm mahiyetindedir<sup>7</sup>.

Ceza muhakemesinde hüküm muhakeme işleminin maddi şartı onun ceza mahkemesi tarafından tesis edilmesini gerektirir. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesi uyarınca: *Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*. Dolayısıyla ceza muhakemesinde, mahkeme dışında bir başka kişi veya merciin tesis ettiği *görünüşte* hüküm maddi şartı bulunmadığı için ceza muhakemesi işlemi oluşturmazken; bir ceza mahkemesinin yetki alanını aşarak tesis ettiği bir ceza hükmü salt muhakeme hukukuna aykırı nitelikte olup bu durumda ortada muhakeme işlemi olan hüküm mevcut bulunmaktadır.

İşlemin iradi unsuru kapsamında, hüküm muhakeme işlemini gerçekleştirmeye yetkili makam olan mahkemenin iradesini yansıtması gerekirken hükmün duruşma sona erdikten sonra sözlü olarak açıklanmasıyla hükmün şekil unsuru da gerçekleşmiş

<sup>5</sup> Bu konuda bkz Kunter (n 2) 379-380.

<sup>6</sup> Özlem Yenerer Çakmut, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm' (2007) 11 (3-4) EBYÜ-HFD 29, 30; Fatih Birtek, 'Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme' (2020) 26 (2) MÜHF-HAD 571, 577; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Nisan Kitabevi 2022) 575.

<sup>7</sup> Türk ceza muhakemesi hukukunda hüküm türlerine dair bilgi için bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2022) 819 ila 831; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet 2020) 620 ila 629.

Türk ceza muhakemesinde kovuşturmada *iki durumda* hangi hükmün verileceğine dair CMK m 223'te açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunlardan ilki, cezalandırılabilirliğin diğer bir şartı olarak objektif cezalandırılabilme şartı aranan suçlarda bu şartın gerçekleşmemesi halinde fail hakkında verilecek hükmüdür. İkincisi ise TCK m 36 kapsamında gönüllü vazgeçme halinde, kişinin o ana gerçekleştirdiği davranışın müstakil bir suç oluşturmaması durumunda hangi hükmün verileceğidir. Bu son durumda esasen suça teşebbüs edilmiş olmasına rağmen fail suçun icra hareketlerini tamamlamaktan gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önlemesi dolayısıyla cezalandırılmamaktadır. Bu kapsamda, gönüllü vazgeçmenin hukuki mahiyeti itibarıyla “cezaı ortadan kaldıran şahsi sebep” niteliğinde olması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği ileri sürülebilir. Ancak CMK m 223/4'te bu durumda “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verilmesine yönelik açık hüküm bulunmamaktadır.

olur<sup>8</sup>. Hükümün mevcudiyet şartlarını oluşturan maddi, iradi ve şekli şartı bünyesinde taşımayan kararlar hüküm niteliğini haiz olmak bakımından *fili* olarak yoklukla maluldür<sup>9</sup>. Bu kapsamda her bir muhakeme işlemi şartı özelinde hükümün fiilen yokluğu üzerinde daha ayrıntılı bir şekilde durulmalıdır.

## II. Hükümün Mevcudiyet Şartlarının Bulunmaması: Hükümün Fiili Yokluğu

### A. Maddi Şart Bakımından Hükümün Fiili Yokluğu

Hüküm yargılama makamı tarafından gerçekleştirilen bir ceza muhakemesi işlemi olup *ceza muhakemesinde* fonksiyonel olarak yargılama makamında bulunmadığı için hüküm verme yetkisine sahip olmayan kişilerin kararları hüküm olarak nitelendirilemez. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. maddesi kapsamında “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*”. Bu itibarla, ceza muhakemesinde yargılama yetkisine sahip olmayan kişi veya mercilerin verdikleri kararlar hüküm vasfına sahip değildir. Yetkili mahkeme ise hüküm vermektan imtina edemez. Anayasa m 36/2'ye göre; “*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz*”. Bu itibarla, hüküm muhakeme işleminin tesis edilmesi, mahkeme bakımından aynı zamanda bir yükümlülüktür<sup>10</sup>.

İçeriği bir ceza mahkemesi hükmü şeklinde kurgulanmış olsa da ceza hukuku uyumsuzluğunun çözümüne dair hüküm verme yetkisi bulunmayan vali, kaymakam,

<sup>8</sup> Ceza muhakemesinde yargılama yaparak hüküm tesis etme yetkisine sahip bir mahkeme kamu davasına konu olan fiille ilgili olarak hüküm kurmayı unutmış olabilir. Bu durumda uyumsuzlukla ilgili zaman aşımı süresi içerisinde bir hüküm kurulması mümkündür.

“*Sanık hakkında iddianameyle dava açıldıktan sonra hüküm verilmesinin unutulması durumunda, ortada temyize konu olabilecek bir hüküm bulunmadığından bu eksikliğin bozmaya konu edilmesi mümkün olmayıp, karara bağlanmayan iddiayla ilgili dava zaman aşımı dolmuş olsun veya olmasın mahallinde her zaman hüküm kurulabileceğine işaret edilmesi ile yetinilmesi gerekmektedir. Bu hususa ilişkin bir temyiz talebinin bulunması da varılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Dairelerinin büyük çoğunluğunun uygulaması da bu şekilde olup, sanığın bir eylemi ile ilgili mahkemesince hüküm kurulmasının unutulduğu durumda da bu konuda mahallinde her zaman hüküm verileceğine ilişkin eleştiri yapılmaktadır.*” YCGK, 640/496, 8.12.2015.

İlk derece mahkemesi yargılama sonucunda kamu davasına konu olan bazı isnatlarla ilgili herhangi bir hüküm kurmamışsa bu isnatlarla bağlantılı olarak kanun yolu denetimi yapılabilmesi ortada denetime tabi tutulacak bir hüküm bulunmadığı için mümkün değildir. Bu durumda hakkında hüküm kurulması *unutulan* isnatların konu olduğu ilk derece yargılaması halen devam etmektedir ve mahkeme tarafından dava zaman aşımı süresi içerisinde bu isnatlarla ilişkili olarak karar verilmesi gerekir. Örneğin, konut dokunulmazlığının ihlali ve cinsel saldırı suçundan dolayı yapılan yargılamada mahkeme sanık hakkında cinsel saldırı suçundan hüküm kurmasına rağmen konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı hüküm kurmazsa, cinsel saldırı suçundan dolayı kanun yolu aşamasında karar veren istinaf veya temyiz mahkemesi kurulan bu hükmü inceler ve konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı hüküm kurulmasını sağlamak üzere dosyayı yerel mahkemeye gönderir.

<sup>9</sup> Hükümün *fiilen* yokluğunu ifade etmek üzere Alman ceza muhakemesinde “*Nichturteil*” kavramı, hükümün hukuken yokluğu ise “*nichtige Urteil*” kavramı kullanılmaktadır, Karl Peters, *Strafprozess: Ein Lehrbuch* (4. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag 1985) 519; Hans Heiner Kühne, *Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Erster Band Einleitung; §§ 1–47* (26. Auflage, De Gruyter Recht 2006), 423; Hans Kudlich, ‘Nichtige Urteile im Zivil – und Strafprozessrecht’ (2015) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcancitez’e Armağan) DEÜHFD 201, 202 ila 205.

<sup>10</sup> Kunter (n 2) 368-369; Kleinknecht (n 4) 28.

üniversite rektörlüğü gibi mercilerin kararları *fiilen* hüküm mahiyetinde değildir<sup>11</sup>. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesi uyarınca *yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*. Bir devletin egemenlik alameti olan yargı yetkisi, bu yönde kamusal yetkisi bulunmayan kişiler aracılığıyla kullanılamaz. Bu tarz kararların ceza muhakemesi bakımından hiçbir geçerliliğinin ve bağlayıcılığının bulunmadığı da izahtan varestedir. Nitekim bu tarz bir karar ceza muhakemesi işleminin hiçbir niteliğini bünyesinde barındırmamakta; kararı veren kişi maddi anlamda hüküm kurma yetkisine sahip olmayıp söz konusu içeriğin yansıttığı irade bir yargılama makamının iradesi değildir<sup>12</sup>. Bu itibarla söz konusu kararlar “hükümün *hukuken* yokluğu” çerçevesinde değerlendirilmez. Bir diğer anlatımla, en başından beri bir ceza muhakemesi işlemi olan hüküm kurma faaliyetini yerine getirme ehliyetine sahip olmayan kişi veya mercilerin verdikleri kararlar, maddi şart eksikliği dolayısıyla hüküm olarak nitelendirilemedikleri için hükümün *hukuken* yokluğu tartışmasına da konu olamazlar.

Hâkim olarak görev yapma niteliğine en başından itibaren sahip olmamasına rağmen hâkim olarak atanan bir kimsenin tesis etmiş olduğu hükümler *hukuken* yok niteliğinde değildir. Bu bağlamda Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun<sup>13</sup> 8. maddesinde sayılan koşullardan birine sahip olmamasına rağmen aynı Kanun'un 13. maddesi uyarınca ataması yapılan bir hakimin, meslekten çıkarılmasına karar verilmedikçe yaptığı işlemler hüküm ve sonuç doğurmaya ehildir. Nitekim ilgili Kanun'un “*Hakim ve Savcılık Görevinin Sona Ermesi*” başlıklı 53/1-b hükmüne göre; kişinin mesleğe alınma koşullarından herhangi birini taşımadığının *sonradan anlaşılması* halinde görevinin sona erdirilmesine karar verilir. Bu durumda, söz konusu kişi tarafından o ana kadar tesis edilmiş olan hükümlerin mevcut kanun yolu denetim sistemine tabi tutulması gerekir. Aynı şekilde, göreve başladıktan sonra mesleğe devam edebilmek için gereken niteliklerden bazılarını kaybeden hâkimin de bu durum dolayısıyla görevine son verilene kadar tesis ettiği hükümler *hukuken* mevcut bulunmaktadır. Dolayısıyla hâkimin, hükümünü tesis ettiği sırada *hukuken* hâkim sıfatına sahip olması ve bu sıfatı kaybetmemiş olması gerekir. Toplu mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler bir bütün olarak mahkemeyi oluşturdukları için aralarından yalnızca birinin hâkimlik mesleğinin gerekliliklerini taşınamaması halinde bu durum *hukuken* tespit edilene kadar geçen süreçte tesis edilen hükümler mevcuttur ve hükümün *fiilen* yokluğu söz konusu olmaz.

Bir hukuk mahkemesinin ya da idare mahkemesinin, ceza yargılaması sonucunda ceza mahkemesi tarafından tesis edilmesi mümkün olan bir hüküm kurması halinde

<sup>11</sup> Türk hukukunda genellikle hükümün *fiili* yokluğu kapsamındaki bu kurgular ceza muhakemesi işleminin yokluğuna örnek olarak gösterilmektedir; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I Genel Kısım*, 4. Baskı, Acar Matbaacılık 1964) 681; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11. Baskı, Seçkin 2008) 379-380; Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır (n 7) 265.

<sup>12</sup> Kudlich (n 9) 204-205.

<sup>13</sup> Hakimler ve Savcılar Kanunu, Kanun Numarası: 2802, Kabul Tarihi: 24.2.1983, RG 26.2.1983/17971.

bu hüküm “cezaî hüküm” kurma yetkisinin eksikliğinden ötürü yok niteliğindedir. Örneğin, bir hukuk mahkemesinin yaptığı yargılama sonucunda borçlunun *üç yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına* dair verdiği karar yoklukla maluldür.

## B. İradi Şart Bakımından Hükümün Fiili Yokluğu

Ceza muhakemesinde hüküm tesis etme yetkisi bulunan hâkimin tesis ettiği hükmü iradesini yansıtmamasını engelleyen bir sebebin varlığı halinde bu hükümün akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Bu kapsamda öncelikle hâkimin akıl hastalığından muzdarip olması halinde tesis ettiği hükmün, muhakeme işleminin iradi şartı çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiği ele alınmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, hâkimin akıl hastası olması otomatikman hükümün yokluğu sonucunu doğurmaz. Buna göre, şayet hükümün içeriğinde birtakım hukuka aykırılıklar varsa bunlar kanun yolu denetiminde ele alınmalı ve giderilmelidir<sup>14</sup>. Bir diğer görüşe göre ise bu durumda hüküm tesis eden mahkemenin tek hâkimli bir mahkeme ya da toplu bir mahkeme olması durumları arasında bir ayrıma gidilmelidir. Şayet tek hâkimli mahkeme tarafından verilen hüküm akıl hastası bir hâkim tarafından tesis edilmiş ise bu hüküm yoklukla maluldür<sup>15</sup>. Toplu mahkemelerde üyelerden birinin akıl hastası olması halinde ise, bu üyenin katıldığı hüküm yoklukla malul olmayıp kanun yoluna başvurulmak suretiyle bünyesindeki hukuka aykırılığın giderilmesi gerekir<sup>16</sup>.

Hükümün, hâkimin akıl hastası olması veya sarhoşluk, uyuşturucu madde tesiri altında bulunma gibi geçici bir sebeple tesis edildiği an itibarıyla irade yeteneğini etkileyen bir sebebin varlığı dolayısıyla tamamen çelişkilerden ibaret olması veya anlamsız nitelikte ifadeler içermesi durumunda, kanaatimizce muhakeme işleminin iradi şartı bulunmadığı için yokluğu kabul edilmelidir<sup>17</sup>. Bu itibarla hâkimin irade yeteneğini kısıtlayan durumun mahiyeti önem arz eder. Hükümdeki hataların, tesis edildiği sırada hâkimin iradesini oluşturmadığını gösterecek derecede bariz olması halinde ortada hükümün bulunduğu bahsedilemez. Ancak, iradeyi etkileyen sebebin onu tamamen ortadan kaldırmadığı durumlarda işlemin iradi şartının olduğu kabul edilmeli, hükümdeki hukuka aykırılıklar kanun yolu muhakemesinde giderilmelidir. Bu bağlamda, yalnızca iradenin kısıtlanması sonucunu doğuran zorlayıcı cebir veya tehdit etkisi altında kurulan hükümler yoklukla malul olmayıp

<sup>14</sup> Peters (n 9) 523; Lutz Meyer-Gofner ve Bertram Schmitt, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (58. Auflage, C.H. Beck 2015) 26.

<sup>15</sup> Heinrich Henkel, *Strafverfahrensrecht: Ein Lehrbuch* (2. Auflage, W. Kohlhammer 1968) 527 dn 20.

<sup>16</sup> Henkel (n 15) 527-528.

<sup>17</sup> Roeder (n 1) 275.

hukuka aykırı olmaları dolayısıyla kanun yolu denetimine tabi bulunmaktadır<sup>18</sup>. Hâkimin iradesinin kısıtlanmasına sebebiyet veren akıl hastalığı veya zorlayıcı cebir, tehdit etkisi altında kurulan hükümdeki hukuka aykırılık ise görünüşte hükmün tesis edildiği anda “mahkemenin *kanuna uygun* teşekkül etmemiş olmasıdır”<sup>19</sup> (CMK m 289/1-a). Nitekim mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmesi yalnızca hâkimin bedenen duruşma salonunda bulunmasını ifade etmez; hazır bulunan hâkimin muhakeme işlemlerini anlamlandırma yeteneğinden geçici bir sebeple mahrum olması halinde de hazır bulunduğu bahsedilemez<sup>20</sup>.

### C. Şekli Şart Bakımından Hükmün Fiili Yokluğu

Ceza muhakemesi işlemleri şekil unsuru bakımından sözlü (hüküm tesis edilmesi), yazılı (iddianame düzenlenmesi) veya eylemli (keşif yapılması, müdafinin dosyayı incelemesi) olarak gerçekleştirilebilir<sup>21</sup>.

Sözlü bir ceza muhakemesi işlemi olan hükmün şekli şartının yerine getirilebilmesi için, CMK'nın öngördüğü usule uygun biçimde açıklanması gerekir. CMK m 231/1 hükmüne göre; hüküm, duruşma sona erdikten sonra hüküm fıkrası okunarak açıklanır. Bu itibarla, duruşmada açıklanmamış bir hükmün fiilen varlığından bahsedilemez<sup>22</sup>. Nitekim Yargıtay tarafından da “*sanık hakkında açılan kamu davasında yargılamanın zorunlu unsuru olan duruşma açılmadan verilen hükümlerin Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinde yer alan adil yargılamanın temel ilkelerinden olan çelişmeli yargılama yüzyüzelik ve aleni yargılamanın ihlali sonucunu doğuran duruşmasız yargılama sürecinde verilmesi nedeniyle hukuken geçersiz ve yok hükmünde bulunduğu...*” gerekçesiyle duruşma açılmaksızın dosya üzerinden tesis edilen hükümlerin *fiilen* yok niteliğinde olduğuna karar verilmektedir<sup>23</sup>. Ancak bu durumda hükmün *fiilen* yokluğunun gerekçesi; kararın evrak üzerinden verilmesi, duruşmada açıklanmamış olmasıdır. Bunun dışında, sanığın savunması alınmadan ya da aleniyet ilkesine riayet

<sup>18</sup> *Beling*'den aktaran Paul Krug, 'Zur Frage der absoluten Nichtigkeit Strafrichterlicher Entscheidungen (Ein Beitrag aus der Praxis)' (1905) 25 (1) ZStW, 408, 417. *Krug*'a göre ise, zorlayıcı cebir etkisi altında olan hakimin iradesinin varlığından bahsedilemez, Krug (n 18) 417. Özellikle halktan hakimlerin (*Schöffen*) katıldığı veya jüri (*Geschworenen*) tarafından gerçekleştirilen yargılamalarda bu tarz durumlara daha sık karşılaşılabilmektedir. Türk ceza muhakemesinde meslekten olmayan hâkimlerin yargılama faaliyetine katılmaları mümkün olmadığı için bu tarz durumlara karşılaşıma ihtimali ise düşüktür.

<sup>19</sup> Roeder (n 1) 274, 286.

<sup>20</sup> Roeder (n 1) 274; Şahin/Göktürk (n 3) 493.

<sup>21</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (n 12) 24; Centel/Zafer (n 4) 746. Bunların yanında ayrıca “elektronik işlemler” kategorisi hakkında bkz Şahin/Göktürk (n 3) 85 ila 90; Okuyucu Ergün (n 4) 50 ila 55. Elektronik işlemlerin yazılı işlemlerin bir türünü teşkil ettiğine dair bkz Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erdem Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2020) 290.

<sup>22</sup> Bir eylemin tartışmasız olarak suç olmaktan çıkarılması, ceza sorumluluğunun ortadan kaldırılması veya belirlenen cezanın herhangi bir değerlendirme ya da takdir gerektirmemesi gibi istisnai durumlarda duruşma açılmaksızın evrak üzerinden hüküm tesis edilmesinin mümkün olduğuna dair bkz Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Ankara 2020) 141.

<sup>23</sup> Y4CD, 6346/27041, 16.4.2015; Y4CD, 36370/3133, 22.2.2016.



edilmeksizin yapılan yargılama sonucunda kurulan hükümün duruşmada açıklanmış olması halinde ise yokluğundan bahsedilemez.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 221. maddesine göre, hüküm duruşma tutanağının içeriğinde yer alır. Bununla birlikte, hüküm fıkrasını da içeren duruşma tutanağının hâkim ve/veya zabıt kâtibi tarafından imzalanmamış olması, hükümün fiilen yokluğu sonucunu doğurmaz<sup>24</sup>. Sözlü bir ceza muhakemesi işlemi olan hüküm, esasını oluşturan *hüküm fıkrasının duruşmada açıklanması* suretiyle hukuken varlık kazanır ve açıklanan hüküm içeren tutanağın imzalanmamış olması, hüküm fıkrası açıklanmış olan hükümün mevcudiyetini etkilemez<sup>25</sup>. CMK m 232/5 uyarınca; hüküm duruşmada açıklanmakla ve hazır bulunan sanığa tefhim edilmekle<sup>26</sup> hukuken varlık kazanır; bunun dışında gerekçeli kararın yazılması ve imzalanması hükümün hukuken varlık kazanması açısından zorunlu değildir<sup>27</sup>. Hükümün esasını oluşturan karar, duruşmada tefhim edilerek hukuken geçerlilik kazanan kısa karardır<sup>28</sup>. Nitekim açıklanan hüküm ile daha sonra yazılan gerekçeli kararın çelişmesi de bir hukuka aykırılık teşkil etmektedir<sup>29</sup>.

Bu bağlamda son olarak CMK m 232/6 uyarınca; *Hüküm fıkrasında 223'üncü maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme olanağının bulunup bulunmadığının, başvuru olanağı varsa süresi ve merciinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıkça gösterilmesi gerekir*. Ancak düzenlemede sayılan tüm hususlar

<sup>24</sup> Aksî görüş için bkz Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020) 443; Şahin/Göktürk (n 5) 105; Okuyucu Ergün (n 4) 128-129.

<sup>25</sup> Yargıtay sadece hükümün esasını oluşturan kısa kararı da içeren duruşma tutanağının hâkim veya zabıt kâtibi tarafından elektronik imza ile imzalanmamış olmasının *tek başına* bozma sebebi olarak kabul etmemekte; mahallinde giderilebilir eksiklik olarak nitelendirmektedir, Y3CD, 2766/10128, 22.11.2021; Y16CD, 1470/3491, 31.5.2021. Bununla birlikte, yapılan yargılama sonucunda verilen hükümün bozulmasına dair sair sebeplerin bulunması halinde CMK m 219'a aykırı davranılarak hükümün zabıt kâtibi ve/veya hâkim tarafından imzalanmamış olması bozma gerekçesi yapılmaktadır, Y2CD, 490/12299, 16.6.2021; Y1CD, 1627/2859, 02.03.2021.

<sup>26</sup> CMK m 35/1: "*İlgili tarafın yüzüne karşı verilen karar kendisine açıklanır ve isterse kararın bir örneği de verilir.*" Hükümün bildirilmesiyle ilgili bilgi için bkz Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (12. Bası, Beta 2007) 459.

<sup>27</sup> CMK m 231/5'e göre; "*Hüküm sonucu tefhim edildikten sonra gerekçeli karar imzalanmadan hâkim ölürlü veya herhangi bir sebeple kararı imzalayamayacak hâle düşerse, yeni hâkim, tefhim edilen hükme uygun olarak gerekçeli kararı bizzat yazarak imzalar. Toplu mahkemelerde böyle bir durumun gerçekleşmesi hâlinde, hüküm diğer hâkimler tarafından imzalanır ve başkan veya en kıdemli hâkim tarafından, hükümün altına diğer hâkimin inza edememesinin sebebi yazılarak imza olunur.*" Kanun koyucu bu düzenlemeyle; kanaatimizce ceza muhakemesi işlemleri teorisine uygun olarak, duruşmada tefhim edilmekle hukuken varlık kazanan hükümün gerekçesi yazılmadan hâkimin kararı imzalayamayacak duruma düşmesi halinde hukuk dünyasına varlık kazanan hükümün mevcudiyetinin ortadan kalkmayacağını kabul etmiştir.

<sup>28</sup> "*Duruşmada tefhim olunan kısa karar ile gerekçeli karar arasındaki çelişki, hükümün infazında karşılıklıya neden olabilecek bir hukuka aykırılıktır. Gerekçeli kararın, tefhim olunan kısa karar ile çelişki doğuracak şekilde yazılması, tefhimle geçerli hale gelerek hükümün esasını oluşturan kısa kararın sıhhatinin zedelenmesine yol açabilecek ise de çelişkili durumlarda itibar edilmesi ve infaza esas alınması gereken, tefhimle geçerli hale geldiğinde hiçbir kuşku bulunmayan kısa karar olduğundan...*" YCGK, 2-339/103, 20.3.2012.

"*Mala zarar verme suçundan yapılan incelemede; hükümün esasını oluşturan kısa kararda sanık hakkında mala zarar verme suçundan hüküm kurulmadığı halde, gerekçeli kararın hüküm kısmında unutulduğundan bahisle anılan suçtan sanığın cezalandırılmasına ilişkin olarak verilen karar hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu belirlenerek mahkemece sanık hakkında bu suç yönünden her zaman hüküm kurulması mümkün görülmüştür.*" Y9CD, 4431/10764, 30.10.2014.

<sup>29</sup> Soyaslan (n 24) 449; Çakmut (n 6) 41-42. Kanaatimizce, gerekçeli kararı içeren ilamda duruşmada açıklanmış olan kısa kararda bulunmayan hususların yer alması halinde bu eklemeler hükümün mahiyetine sahip değildir. Bu itibarla, gerekçeli kararı içeren ilamdaki bu tarz hukuka aykırılıklar bakımından hükümün fiili yokluğundan bahsedilmesi gerekir.

hükümün mevcudiyeti bakımından aynı etkiye sahip değildir. Şayet mahkûmiyet hükmü kurulmasına rağmen sanığın hangi suçtan dolayı mahkûm edildiği ya da uygulanan ceza türü ve/veya miktarı hükümde belirtilmemişse hükümün şekli şartı mevcut bulunmamaktadır ve fiili yokluğu söz konusudur. Örneğin, yapılan yargılama sonucunda hükümde yalnızca sanığın “*hırsızlık suçundan cezalandırılmasına*” ya da sadece “*3 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına*” karar verilmesi halinde ortada bir hüküm bulunmaz. Bununla birlikte, hükümde *başvurulacak kanun yolunun ve mercii*nin belirtilmemesi bir eksiklik teşkil etmekle birlikte hükümün *mevcudiyetini* etkilemez<sup>30</sup>. Hükümde kanun yolu bilgilendirmesi doğru yapılmamış olsa bile hüküm mevcuttur; hatta bu hüküm zamanında kanun yoluna başvurulmaması dolayısıyla kesinleşebilir. Bu durumda CMK m 40 uyarınca eski hale getirme isteminde bulunulmak suretiyle kesinleşme ortadan kaldırılarak kanun yolu başvurusu yapılabilir (CMK m 40/2). Bu itibarla, hazır bulunan sanığa CMK m 231/2 uyarınca başvuracağı kanun yolları, mercii ve süresinin bildirilmemiş olması hükümün kesinleşmesini ve hukuken sonuç doğurmasını engelleyebilirse de hükümün *mevcudiyetini* etkilemez. Aynı açıklamalar hükümün tebliği aşamasında söz konusu olan hukuka aykırılıklar bakımından da geçerlidir. Tebligatın usulsüz olması hükümün mevcudiyeti üzerinde etki doğurmaz.

### III. Hükümün Kesinleşmesi ve Kesin Hükümün Etkileri

Bir muhakeme işlemi olan hükümün varlığı yukarıda sayılan maddi, iradi ve şekli unsurların mevcudiyetine bağlıdır. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde hükümün varlığından bahsedilemez. Bunun dışında *içerik olarak doğruluğu*, hükümün geçerlilik kazanmasının ve kesinleşerek hukuki sonuçlarını doğurabilmesinin bir şartı değildir. Yukarıda sayılan *fiili* mevcudiyet şartlarını bünyesinde barındırarak kesinleşen hükümün etkilerini doğurmasını engellemek üzere *hukuken yok* sayılmasının mümkün olup olmadığı ise çalışmada ele alınan hukuki sorunu oluşturmaktadır. Bu itibarla öncelikle kesin hükümün hukuki etkilerinden bahsedilmesi gerekmektedir.

#### A. Kesin Hükümün Şekli Etkisi

Kesinleşen hükme karşı başvurulabilecek bir olağan kanun yolunun bulunmamasını ifade eder<sup>31</sup>. Böylece kesin hüküm artık olağan kanun yolu denetimi vasıtasıyla değiştirilemez<sup>32</sup>. İlk derece mahkemesi tarafından verilen hükümün, süresinde kanun yoluna başvurulmaksızın ya da kanun yolu denetiminden geçerek kesinleşmesi

<sup>30</sup> BGH 24.01.1984 - 1 StR 874/83 (LG Hof), NStZ 1984, 279. Aynı yönde bkz Okuyucu Ergün (n 4) 148. Yazar haklı olarak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilen hükümde başvurulacak kanun yolunun gösterilmemesi halinde hükümün yokluğuna karar vermesinin isabetli olmadığını belirtmektedir.

<sup>31</sup> Schmidt (n 1) 121; Yurtcan (n 26) 541; Werner Beulke ve Sazine Swoboda, *Strafprozessrecht* (15. Auflage, C.F. Müller 2020) 397.

<sup>32</sup> Faruk Erem, 'Ceza Usulünde Kesin Hüküm' (1963) 20 (1) AÜHFD 38-39.

halinde şekli anlamda kesin hüküm etkisi doğar<sup>33</sup>. Hükümün kesinleşmesinin şekli etkisi, onun hukuk dünyasındaki etkilerini değil ortadan kaldırılması koşullarını niteler. Bu etki uyarınca, kanun koyucu tarafından kanunda öngörülen usule göre kesinleşmiş hüküm olağan kanun yolları kapsamında yeniden ele alınması veya gözden geçirilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır. İçeriği veya tesis edilme usulü bakımından bünyesinde hukuka aykırılıklar barındıran hükümler de olağan kanun yolu denetiminden geçerek veya öngörülen sürede olağan kanun yoluna başvurulmamış olması dolayısıyla kesinleşerek hukuki geçerlilik kazanır. Bu şekilde kesinleşen hüküm maddi etkilerini doğurmaya muktedir hale gelir<sup>34</sup>.

### B. Kesin Hükümün Maddi Etkisi

Şekli olarak kesinleşen hüküm maddi etkisini iki şekilde gösterir. Maddi anlamda kesin hüküm etkisinin pozitif fonksiyonu; kesinleşen hükümün içerik olarak hukuki sonuç doğurma yeteneğini, hukuken bağlayıcılığını ve infaz edilebilir olmasını ifade eder (*Vollzugswirkung*)<sup>35</sup>. Maddi anlamda kesin hükümün negatif fonksiyonu ise engelleme etkisidir (*Sperrwirkung*)<sup>36</sup>. Buna göre hüküm, ortadan kaldırılmadığı müddetçe uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak yeniden ceza yargılaması yapılmasını ve hüküm kurulmasını engeller<sup>37</sup>. Bu çerçevede kesin hükümün maddi etkisi, hükümün bağlayıcılığını ve aynı olayın tekrar yargılama konusu yapılmasını engellemesini ifade eder<sup>38</sup>.

Hükümün içerik olarak bağlayıcılık vasfını ve tüm mercilerin onun gereklerini yerine getirme yükümlülüklerini doğuran bu etki dolayısıyla hüküm, *hukuki barışın tesisi ve hukuk güvenliğinin korunması* adına uyuşmazlığı nihai olarak sonlandırır ve içerik olarak hatalı olsa bile hukuken geçerlilik kazanır<sup>39</sup>. Bir başka ifadeyle, kesin hükümün bağlayıcılık etkisini doğurabilmesi için maddi vakıa gerçekliğinin doğru tespit edilmiş olması ve/veya hukuk kurallarının isabetli şekilde uygulanmış olması gerekmez. İçerik olarak hatalı olan hükümlerin kanun yoluna başvurulmaması veya başvurulmakla birlikte yapılan denetimde hükümün içeriğinin hatalı olmasına sebebiyet veren hususun fark edilememesi dolayısıyla kesinleşmesi mümkündür. Kesinleşen hüküm ise içeriğinden bağımsız olarak hukuken geçerlidir ve gereğinin yerine getirilmesi zorunludur. Bünyesinde maddi vakıaların yanlış tespit edilmesi ve/veya hukuk kurallarının hatalı uygulanmış olması dolayısıyla hukuka aykırılıklar barındıran

<sup>33</sup> Yurtcan (n 26) 542-544; Birtek (n 6) 581.

<sup>34</sup> Yurtcan (n 26) 544.

<sup>35</sup> Erem (n 32) 29. Hükümün infaz edilebilirliğini kesin hükümün şekli etkisi kapsamında ele alan yazarlar için bkz Yurtcan (n 24) 545; Schmidt (n 1) 121-122; Beulke/Swoboda (n 31) 397.

<sup>36</sup> Schmidt (n 1) 121.

<sup>37</sup> Bu etkiye cezalandırma iddiasının tüketilmiş olması (= *Strafklageverbrauch*) da denmektedir. Friedrich-Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Strafprozessrecht* (8. Auflage, C.H. Beck, 2022) 39-40, 221-222.

<sup>38</sup> Roeder (n 1) 255; Ünver/Hakeri (n 22) 658, 692.

<sup>39</sup> Kühne (n 9) 425.

kesin hükmün ortadan kaldırılmasına yönelik olarak başta yargılamanın yenilenmesi olmak üzere olağanüstü kanun yolu denetimi mekanizmaları öngörülmüştür. Yine, kesinleşmiş bir ceza mahkemesi hükmünün Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru sonucunda içerdiği temel hak ve özgürlüklere müdahalelerin anayasaya aykırılığı dolayısıyla ortadan kaldırılmasına karar verilebilir (6216 sayılı Kanun m 50/2).

Şekli olarak kesinleşmiş bir hükmün maddi etkilerini doğurmasını engellemek üzere hukuken “yok” sayılmasının mümkün olup olmadığı ise bu çalışmada ele alınan hukuki sorundur. Hükmün yoklukla batıl olduğuna yönelik anlayış; şekli olarak kesinleşen hükmün hukuk dünyasında maddi sonuçlarını doğurma gücünden yoksun olduğu kabulüne dayanmaktadır. Ancak içerik olarak barındırdıkları *bariz* hukuka aykırılıklar dolayısıyla maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanınmayan bu hükümlerin *hangileri* olduklarının belirlenmesi sorunu ve herhangi bir hukuki denetime ihtiyaç olmaksızın *herkes* tarafından bu tarz hükümlerin yok sayılabileceğinin kabulü, hukuki güvenlik ilkesi bakımından bünyesinde ciddi mahzurlar barındırmaktadır.

#### IV. Alman Ceza Muhakemesinde Hükmün Hukuken Yokluğuna Dair Görüşler

##### A. Hükmün Hukuken Yokluğunu Kabul Eden Görüş ve Gerekçeleri

Alman ceza muhakemesi doktrinde, hükmün hukuken yoklukla malul olabileceği görüşü<sup>40</sup> çok sayıda yazar tarafından savunulmaktadır<sup>41</sup>. Bu görüşe göre; ceza muhakemesi alanında hüküm tesis etmekle yetkili merci tarafından, iradi bir biçimde ve duruşmada açıklanmak suretiyle kurulmuş olması dolayısıyla bünyesinde tüm *mevcudiyet koşullarını* taşıyan bir hüküm, barındırdığı *hukuka aykırılığın niteliği uyarınca* hukuken yoklukla malul olabilir. Hukuka aykırılığı hususunda hiçbir tereddüt bulunmayan, bariz bir biçimde ceza muhakemesi düzeninin temel ilkeleriyle bağdaşmayan hükümler yoklukla maluldür. Hükmün yokluğunun kabul edilmesini gerektiren hukuka aykırılıklar; mevcut hukuk sistemi bakımından katlanılamaz etkiler doğurma riski taşıyan veya hukuk devletinin temel prensipleriyle

<sup>40</sup> Alman ceza muhakemesi doktrinde hükmün hukuken yokluğunu ifade etmeye yönelik olarak; yokluk (*Nichtigkeit*) Peters (n 9) 519, mutlak yokluk (*absolute Nichtigkeit*) Krug (n 18) 410, geçersizlik (*unwirksamkeit*) Kleinnecht (n 4) 25-26 ve dikkate alınmama (*unbeachtlichkeit*) Schmidt (n 1) 114 kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

<sup>41</sup> Schmidt (n 1) 114; Peters (n 9) 519; Henkel (n 15) 257-258; Kleinnecht (n 4) 25-26; Krug (n 18) 410; Beulke/Swoboda (n 31) 398-399; Gerhard Luther, ‘Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht’ (1958) 70 (1) ZStW 87, 88-89; Schroeder/Verrel (n 37) 223-224.

Alman ceza muhakemesi doktrinde hükmün yokluğunu kabul eden yazarlara dair kapsamlı literatür bilgisi için bkz Gerald Grünwald, ‘Die Frage der Nichtigkeit von Strafurteilen’ (1964) 76 (2), ZStW, 251 dn 5, 6. Henkel (n 15) 258, dn 22, 23. Peters tarafından, Alman ceza muhakemesinde hükmün yokluğunu kabul eden görüşün baskın konumda olduğu ifade edilmektedir, Peters (n 9) 519. Bununla birlikte Peters’in son baskısı 1985 yılında yapılan ceza muhakemesi hukuku kitabının üzerinden geçen otuz yedi yıllık zaman sonunda hükmün yokluğunu kabul eden görüşün Alman ceza muhakemesinde halen baskın konumda olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir, Kudlich (n 9) 207.

açıkça çelişki barındıran mahiyettedir<sup>42</sup>. Öyle ki bu tarz bir hükümün, bağlayıcı bir karar olarak hukuken sonuç doğurma yeteneğine sahip olabileceğinin kabulü, onun yokluğunun kabul edilmesine nazaran hukuk toplumu açısından çok daha büyük sorunlara yol açar<sup>43</sup>. Buna göre, hükümün hukuken yokluğunun kabul edilmesindeki temel düşünce; içerik olarak *açıkça* adalet düşüncesini zedeleyen hükümlere, geçici nitelikte de olsa, hiçbir hukuki geçerlilik imkânı tanınmaması olup<sup>44</sup> hükümün içerik ve usuli olarak doğruluğu, hukuki güvenliğe nazaran daha ağır basan bir menfaat olarak addedilmektedir. Bir diğer ifadeyle hükümün yokluğu kategorisi; bu tarz hükümlerin sebebiyet verebilecekleri adaletsizliklerin hiç doğmaması adına mahkeme kararlarının tanınmamasına ve hukuki güvenlik ilkesinin ikinci planda kalmasına cevaz vermektedir. Bu itibarla, yok niteliğindeki hüküm hiçbir hukuki etki doğurmaz. Pozitif hukukta “hükümün yokluğu” şeklinde bir müeyyide açıkça öngörülmemiş olsa bile hukuk teorisi bakımından, hukuk sisteminin temel prensiplerini bariz bir biçimde ihlal eden hükümlerin hukuken “yok” şeklinde nitelendirilebilmesi mümkündür<sup>45</sup>. Söz konusu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, kategorik olarak kabul edilen hükümün yokluğu müessesesi hukuki güvenlik ilkesi dolayısıyla istisnai durumlarla sınırlı olarak kabul edilmektedir<sup>46</sup>.

Ceza muhakemesinde hükümün yokluğunu Apaçıklık Teorisi (*Evidenztheorie*) çerçevesinde ele alan bir görüşe göre ise; hükümün bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığın *makul bir gözlemci nazarında* bariz olması dolayısıyla ortada hâkimin yargısal yetkisi çerçevesinde verilmiş bir hükümün bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Söz konusu görüşün temelinde konuyu idare hukukunda “*idari işlemin yokluğu*” müessesesiyle paralel bir biçimde açıklama çabası bulunmaktadır<sup>48</sup>. İdare hukukunda bir idari işlemin yokluğu; söz konusu idari işlemin geçersizliğinin bariz biçimde herkes tarafından anlaşılabilir olduğu, *yokluk damgasının adeta işlemin yüzünde taşındığı*<sup>49</sup> hallerde gündeme gelmektedir. Söz konusu görüşe göre, bu prensibin

<sup>42</sup> Schmidt (n 1)114-115; Peters (n 7) 520; Henkel (n 15) 258; Kleinknecht (n 4) 25; Krug (n 18) 410-411.

<sup>43</sup> Peters (n 9) 519-520; Beulke/Swoboda (n 31) 397.

<sup>44</sup> Hükümün yokluğu kategorisini kabul eden *Kleinknecht*, kural olarak hükümün geçerlilik karinesinin (*Vermutung der Wirksamkeit*) bulunduğunu ancak bu karinenin aksine hükümün yokluğunun kabul edilmesini gerektiren hukuki gerekçelerin de bulunabileceğini belirtmektedir, *Kleinknecht* (n 4) 25.

<sup>45</sup> Krug (n 18) 411. *Krug* 1905 yılında kaleme aldığı eserinde muhakeme işlemleri teorisinin henüz yeknesaklaştırılmadığı ve kendisine hukuki sonuç bağlanmasının mümkün olmadığını savunmaktadır, *Krug*, (n 18) 414 dn 8, 415. Belirtmek gerekir ki, günümüzde çalışmada ele alınan sorun muhakeme işlemleri teorisi çerçevesinde tartışılmaktadır.

<sup>46</sup> Walter Gollwitzer, ‘Die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses nach § 270 StPO’ (2002) *Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag* 135, 141. Şayet hükümün geçerliliği bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığın ölçüsü ve yoğunluğu dolayısıyla *geçici olarak* bile kabul edilememekte, hukuk toplumu açısından katlanılamaz nitelik arz etmekteyse hükümün yokluğundan bahsedilebilir, *Gollwitzer* (n 46) 141.

<sup>47</sup> *Kleinknecht* (n 4) 25; *Peters* (n 9) 520.

<sup>48</sup> *Luther* (n 41) 89-90, 92. Bu konuda bilgi ve eleştiri için ayrıca bkz *Roeder* (n 1) 283, dn 106; *Kühne* (n 9) 426-427.

<sup>49</sup> *Kleinknecht* (n 4) 25; *Roeder* (n 1) 283.

ceza muhakemesinde mahkemeler tarafından verilen hükümler bakımından da uygulanabilmesi mümkündür<sup>50</sup>.

Yokluk halinde hüküm, kurulduğu an itibarıyla geçersizdir ve baştan itibaren hukuken sonuç doğurmaya muktedir değildir. Bu tarz ağır hukuka aykırılıkları bünyesinde barındıran hükümler, şekli anlamda kesinleşme şartları mevcut bulunsa bile, infaza konu edilemezler<sup>51</sup>. Yoklukla malul hükümler, aynı davranıştan dolayı yeniden yargılama yapılmasını ve hüküm kurulmasını engelleyici fonksiyona da sahip değildir<sup>52</sup>. Bir başka ifadeyle, yokluk müeyyidesine tabi olan hükmün ortadan kaldırılmaya ihtiyacı yoktur çünkü bu hüküm hiçbir zaman kesin hükmün maddi etkisine sahip olamaz<sup>53</sup>. Hükmün yokluğu kabul edildiği takdirde, herhangi bir denetim muhakemesi yapılma ihtiyacı olmaksızın, *herkes* tarafından yoklukla malul hükmün gereklerinin yerine getirilmesinden imtina edilebilir<sup>54</sup>.

Bununla birlikte, yoklukla sakat olan hükmün *fiili* mevcudiyetinin ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere kanun yolu denetimini yapmakla yetkili merci tarafından bu hükmün yokluğunun tespit edilebilmesinin önünde engel yoktur<sup>55</sup>. Bu görüşteki yazarlardan *Peters*'e göre, söz konusu tespit kararı, kanun yoluna başvurma yetkisi bulunanlar tarafından istinaf ya da temyiz başvurusunda bulunulması üzerine<sup>56</sup> veya kanun yolu mercii tarafından re'sen verilebilir. Yokluğun tespitine dair karar

<sup>50</sup> Ancak kanaatimizce idari işlem teorisinin özellikleri çerçevesinde geliştirilen "işlemin yokluğu" görüşünün doğrudan ceza mahkemesi hükümlerine uygulanabilmesi mümkün değildir. Bir yargısal işlem olarak hükmün hukuki geçerlilik kazanması için kesinleşmesi şarttır. Oysa idari işlem kural olarak gerçekleştirildiği anda geçerlidir ve hukuki sonuçlarını doğurur. Bu itibarla yargısal bir işlem olan hüküm ile idari işlem hukuki niteliği ve sonuçları birbirinden farklıdır. İdari işlemin yokluğu ile ceza mahkemesinin hükmünün *fiilen* yokluğu durumları bazı hallerde örtüşmektedir. Ağır yetki tecavüzü, yetki gaspı gibi haller idari işlemin yokluğu sonucunu doğurur. Aynı şekilde, yargı makamı sıfatı bulunmayan bir merci veya kişinin verdiği karar ceza muhakemesi bağlamında maddi şart eksikliği dolayısıyla *fiilen* yoktur. Ancak yetki şartının mevcudiyeti dışında, hükmün içerdiğinden hareketle, barındırdığı hukuka aykırılığın niteliği itibarıyla onun yokluğuna sebebiyet vermesi mümkün değildir.

Apaçıklık teorisinin eleştirisi için bkz Grünwald (n 41) 261. Yazar haklı olarak, bu durumda da hangi hukuka aykırılıkların "apaçık-bariz" hangilerinin kanun yoluna tabi olma bağlamında "katlanılabilir" olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığını ve bunun hukuki güvenlik bakımından son derece tehlikeli olduğunu belirtmektedir.

<sup>51</sup> Krug (n 18) 411.

<sup>52</sup> Peters (n 9) 524. Hukuka aykırılığı yerine *yokluğu* kabul edilen bir hükmün "aleyhe değiştirme yasağı" kapsamında (CMK m 283; 307/5) sanık hakkında bir güvence oluşturabilmesi de mümkün değildir. Zira yokluğun tespitine dair karar, kim tarafından başvurulduğu önem arz etmeksizin, bir kanun yolu muhakemesi sonunda verilen istinaf ya da temyiz denetimini içeren bir karar olarak nitelendirilmektedir. Bu sebeple, bizzat sanık veya hükümlü tarafından başvuruda bulunulmuş olsa bile, hükmün yokluğu şeklinde bir belirleme yapıldığı takdirde artık "aleyhe değiştirme yasağı" gündeme gelmez. Aynı durum olağanüstü kanun yollarına başvurulması üzerine yapılan denetim sonucunda "hükümde daha ağır bir cezanın belirlenememesinin (CMK m 309/4-b; 323/2)" öngörülmediği düzenlemeler bakımından da geçerlidir.

<sup>53</sup> Kleinknecht (n 4) 26.

<sup>54</sup> Maddi ceza hukuku bakımından bu kabul; mahkûmiyet hükmünün infazının yerine getirilmesi için hakkında yakalama emri (İnfaz Kanunu m 19) verilen hükümlünün, söz konusu yakalama işlemine karşı, mahkûmiyet hükmünün yokluğunu ileri sürerek direnmesi halinde meşru savunma halinde bulunup bulunmadığı tartışmasını da beraberinde getirir. Zira hukuken yoklukla malul olduğu kabul edilen bir hükmün infazı kapsamında gerçekleştirilen tüm işlemler de hukuka aykırı nitelikte olduklarından bu işlemlere direnen kişinin de meşru savunmadan yararlanması gerekir. Bu tarz bir durumun ise hukuken kabul edilebilmesi mümkün değildir.

<sup>55</sup> Kleinknecht (n 4) 26.

<sup>56</sup> *Peters*, yapmış olduğu açıklamalarda, yoklukla malul bir hükmün kanun yolu muhakemesine tabi tutulmasının teorik olarak mümkün olmasına rağmen pratik gerekçelerle kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir, Peters (n 9) 524. Esasen hukuken yok addedilen bir kararın kanun yolu denetimine tabi tutulabilmesi de mümkün değildir. Bu halde kanun yolu merciiin yok niteliğindeki hükme dair yaptığı inceleme teknik anlamda kanun yolu incelemesi olmayıp bu kararın yokluğunun tespiti ve açıklanmasından ibarettir.

sadece izhari nitelikte olup teknik anlamda kanun yolu denetimi sonucunda verilen bir karar değildir. Bu tespitin yapılmasına yönelik talepte, kanun yoluna başvurma süresi geçtikten sonra da herhangi bir süreye tabi olmadan her zaman bulunulabilir<sup>57</sup>.

*Henkel*'e göre ise; bu durumda ortada kanun yolunda ele alınması mümkün bir hüküm bulunmadığı için Alman ceza muhakemesi sisteminde “hükümün yokluğunun tespiti kararı” verilmesini sağlayan bir kanuni düzenleme yapılması ihtiyacı vardır<sup>58</sup>. Bu tespit kararının verilebilmesi içinse herhangi bir süre sınırı öngörülmemelidir. Aksi halde, kanun yoluna başvurma süresi geçtikten sonra yokluğun tespit edilmesini sağlayacak bir karar alınması da mümkün olamaz<sup>59</sup>.

Hükümün yokluğu müessesesi kabul edildiği takdirde, yokluğa tabi hukuka aykırılıkların kanun yolu muhakemesine tabi hukuka aykırılıklardan kesin bir biçimde ve sınıflandırma hususunda herhangi bir çelişkiye düşülmeksizin ayırt edilebilmesi gerekmektedir. Zira yokluk müeyyidesinin uygulanması halinde hüküm en baştan beri hukuken sonuç doğurmaya elverişli değilken bünyesinde diğer hukuka aykırılıkları barındıran hükümler ortadan kaldırılana kadar hukuki sonuç doğurmaya devam ederler.

Alman ceza muhakemesi hukuku uygulamasında Alman Federal Mahkemesi (BGH); hükümün yokluğunun *teorik olarak* çok sınırlı sayıda istisnai durumlar bakımından kabul edilebilir olduğuna hükmetmektedir<sup>60</sup>. BGH kararlarında; ceza muhakemesi düzeninin esasıyla ve hukuk devletinin temel prensipleriyle açıkça bağdaşmaz derecede ağır ve bariz hukuka aykırılıkları bünyesinde barındıran hükümlerin “*geçici nitelikte bile olsa*” geçerliliğinin kabul edilmesinin - kesin

<sup>57</sup> Peters (n 9) 524; Henkel (n 15) 259.

<sup>58</sup> Henkel (n 15) 257 dn 21, 259. Bununla birlikte, bu öneri Alman kanun koyucusu nezdinde karşılık bulmamıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda böyle bir hüküm mevcut bulunmamaktadır.

<sup>59</sup> Henkel (n 15) 259. Alman ceza muhakemesi sisteminde kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabilmesi mümkün olan kanun yolları Türk ceza muhakemesine kıyasla daha az sayıdadır. Almanya'da “Kanun Yararına Bozma” ve “Cumhuriyet Başsavcısının İtirazı” olağanüstü kanun yolları bulunmamaktadır. *StPO* § 359 ile § 373a hükümlerinde kesinleşmiş ceza mahkemesi hükümlerine karşı başvurulabilecek kanun yolu olarak yalnızca yargılamanın yenilenmesi (*Wiederaufnahmeverfahren*) kanun yolu öngörülmüş olup bundan başka kesinleşen ceza mahkemesi hükmüne karşı başvurulabilecek tek hukuki çare “Anayasa Şikayeti (*Verfassungsbeschwerde*)” yoludur. Kühne (n 9) 425-426. *StPO*'da yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolu; maddi vakianın hatalı tespit edilmiş olmasıyla bağlantılı şekilde kabul edilmekte olup bir hukuk kuralının yanlış uygulanması yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmez. Almanya'da hükümün yoklukla malul olabileceğini kabulünün; ceza muhakemesi sisteminde öngörülen olağanüstü kanun yolu sayısının sınırlılığı ve kapsamının darlığı dolayısıyla hukukun ortadan kaldırılması mümkün olmayan hatalı hükümlere karşı benimsendiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz Luther (n 41) 90.

<sup>60</sup> BGH, 16-10-1980 - 1 BJs 80/78 - 3StB 29, 30 u. 31/80v (KG), NJW 1981, 133-134. Kararda *StPO* hükümlerine göre sanıklar hakkında kamu davasının açılması (*Eröffnungsbeschluss*) kararını veren hâkimin aynı zamanda sanıkların işledikleri iddia edilen suçun mağduru olması dolayısıyla bu kararın *yoklukla* malul olup olmadığı ve kendiliğinden hukuki geçerlilikten yoksun bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılmıştır. BGH, mahkemelerin bazı kararlarının *kendiliğinden geçersizliğinin* çok istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini kabul etmekle birlikte davaya bakmaktan yasaklı hâkimin verdiği kamu davasının açılması kararının *yokluğundan* bahsedilemeyeceğine hükmetmiştir.

<sup>B</sup>una göre asıl olan; hukuki güvenliğinin tesisinin sağlanması amacıyla mahkeme kararlarının otoritesinin kabul edilmesi ve ceza muhakemesi sisteminin genel yapısına uygun olarak hukuka aykırı nitelikte olduğu düşünülen kararın sistemde öngörülen hukuki çareler işletilerek ortadan kaldırılmasının sağlanmasıdır.

<sup>A</sup>ynı yönde belirlemeler için bkz BGH, 22. 3. 2002 - 4 StR 485/01 (LG Essen), NJW 2002, 2403; BGH 19. 2. 2009 - 3 StR 439/08 (LG Hildesheim), NSZ 2009, 580.

hükmün maddi etkisine sahip olabilme potansiyelinin - hukuk toplumu açısından katlanılamaz olduğu durumlarda, hükmün yokluğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>61</sup>. *BGH* tarafından hükmün yokluğu kategorisinin *teorik* olarak kabul edildiği kararlarda, hükmün “yoklukla” malul olması için üç niteliğe sahip olması gerektiği belirtilmektedir: Hukuka aykırılığın *ağır* olması (*schwerwiegend*), hukuka aykırılığın makul bir değerlendirici nazarında anlaşılabilirlik bakımından bariz olması (*offenkundig*) ve hukuk devletinde katlanılamaz (*unerträglich*) nitelik arz etmesi gerekir<sup>62</sup>. Bununla birlikte, bahsedilen soyut kabule rağmen, *BGH* uygulamasında, ceza muhakemesi sisteminde hükmün yokluğu kategorisine oldukça ihtiyatlı yaklaşılmasının hukuki güvenlik ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğuna da değinilmekte olup *BGH* önüne gelen somut bir uyuşmazlığın çözümü çerçevesinde vermiş olduğu kararlarda ceza mahkemesi hükmünün yokluğu savını reddetmektedir<sup>63</sup>. *BGH* tarafından bu gerekçelendirme, hükmün bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığa rağmen bu hukuka aykırılığın ceza muhakemesi sürecine özgü hatalardan kaynaklanması dolayısıyla hukuken katlanılabilir olduğuna ve bu durumda yokluktan bahsedilemeyeceği çerçevesinde yapılmaktadır<sup>64</sup>. Bu bağlamda *BGH*'nin katlanılamazlık kriterlerinin son derece yüksek olduğu söylenebilir. Nitekim Alman ceza muhakemesi literatüründe, *BGH*'nin *somut bir uyuşmazlığın* çözümüne dair verdiği herhangi bir kararda yokluğunu tespit ettiği bir ceza mahkemesi hükmünün bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>65</sup>.

Almanya'da Yüksek Eyalet Mahkemesi (*Oberlandesgericht*) kararlarında ise, hükmün yokluğunun kabul edildiği güncel örneklere rastlanmaktadır. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi; yer bakımından yetkisiz olan ilk derece mahkemesi tarafından ceza muhakemesi kurallarına aykırı olarak istinabeye başvurulmak suretiyle sorgusu yapılan ve duruşmada hiç dinlenmeyen sanık hakkında verilen adli para

<sup>61</sup> BGH, NJW 1981, 133-134. Alman Anayasa Mahkemesi de bir ceza hükmünün yokluğunun teorik olarak mümkün olabileceğini kabul etmektedir: BVerfG, 12-11-1984 - 2 BvR 1350/84, NJW 1985, 125-126. Ayrıca bkz Henning Radtke, ‘Anmerkung von Urt. des BGH v. 22. 3. 2002 – 4 StR 485/01’, (2003) (3) JR 125, 130-131; Gollwitzer (n 46) 141.

<sup>62</sup> BGH, NStZ 2009, 580.

<sup>63</sup> Gollwitzer (n 46) 141; Kühne (n 9) 422-423, 426-427. Bu durumun Almanya'da uzun zamandır süregelmekte olan bir hukuk geleneğinin tezahürü olarak nitelendirilmesine dair bkz Radtke (n 61) 130. *Radtke*'ye göre, Yüksek Mahkeme'nin gelecekte karşısına gelebilecek bariz hukuk aykırılıklar içeren, bundan dolayı hukuki güvenlik, hukuki barış ve adaleti tehdit eden hükümlerin ortadan kaldırılmasını sağlayabilmek adına başvurabileceği *son usuli çare* olarak hükmün yokluğu müessesesini soyut nitelikte de olsa kabul etmesi anlayışla karşılanabilir. Ancak yazar, mevcut hukuki çarelerle ortadan kaldırılması mümkün bulunmayan bir hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceği ve kategorik olarak *hükmün yokluğu* müessesesine ihtiyaç bulunmadığı kanaatinde, Radtke (n 61) 130-131.

Hukuk muhakemesinde bir hükmün yokluğunun *teorik olarak kabul edilebilir olduğu* ancak somut uyuşmazlık kapsamında ortada yokluğundan bahsedilebilmesi mümkün olmayan bir karara dair belirlemeler için bkz BGH 16. 5. 1962 - V ZR 155/60 (Celle), NJW 1962, 1396-1398.

<sup>64</sup> BGH, NJW 1981, 133-134. Aynı yönde kararlara dair bilgi için bkz Kühne (n 9) 422-423 dn 329. *BGH* kararlarında, hükmün yokluğu ifadesi yerine hükmün baştan itibaren hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmamasını ifade eder biçimde *tamamen geçersizliği* (*gänzliche unwirksamkeit*) – kendiliğinden geçersizliği (*ohne weiteres unwirksam*) kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır, BGH, NJW 1981, 133-134; BGH, NJW 1962, 1396-1398.

<sup>65</sup> Hans Kudlich, ‘Nichtigkeit eines Strafurteils nach informeller Verständigung und fehlender Sachaufklärung’ (2013) NJW 3216. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) de aynı şekilde, prensip olarak hukuken yok şeklinde nitelendirilebilecek hükümlerin bulunabileceğini kabul etmesine rağmen herhangi bir somut uyuşmazlığa dair vermiş olduğu kararda bir hükmü “yok” olarak nitelendirmediğine dair bilgi için bkz Luther (n 41) 89.



cezasına mahkûmiyet hükmünün yokluğuna karar vermiştir. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne göre; ilk derece mahkemesi Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) hükümleri uyarınca bu tarz bir hüküm tesis etmeye hiçbir koşulda yetkili olmayıp ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan aleniyet ve doğrudan doğruluk ilkeleri ihlal edilerek kurulan bu hüküm *ceza muhakemesi düzeninin ruhuna* açıkça aykırıdır<sup>66</sup>.

Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi 2. Dairesi<sup>67</sup> tarafından, *StPO* § 257c hükmünde düzenlenen anlaşma usulü<sup>68</sup> kapsamında; hükmü veren mahkemenin herhangi bir maddi vakia araştırması yapmaksızın ve sanığın suçu işlediğine dair samimi ikrarını elde etmeksizin kurmuş olduğu hükmün “yok” niteliğinde olduğuna karar verilmiştir. Karara konu olayda hâkim, savcı ve müdafî; sanığın yargılanmakta olduğu fatura dolandırıcılığı suçuna ilişkin olarak hâkimin makam odasında görüşmüş; bu görüşmede, sanığın duruşmada samimi biçimde suçu işlediğini ikrar etmesi halinde sanık hakkında 1 yıl 9 ay ile 2 yıl arasında ertelemeye tabi hapis cezasına hükmedileceğine dair anlaşmaya varılmıştır. Duruşmada, söz konusu *anlaşmaya* dair duruşma tutanağına herhangi bir kayıt geçirilmeksizin ve *StPO* § 257c'de öngörülen kurallara riayet edilmeksizin, sanık müdafisi sanığın faturaları düzenlediği sırada bu faturaların içerik olarak gerçeğe aykırı olduğunu bilmediğini ancak faturaların üzerlerindeki miktarın fazlaştırılmış olabileceğini öngördüğünü beyan etmiş, sanık ise müdafisinin bu açıklamalarını onaylamıştır. Duruşmada son sözü alan sanık, bilinçli bir biçimde sahtecilik yapmadığını ifade etmiştir. Mahkeme, sanık hakkında, daha önce üzerinde anlaşıldığı gibi 1 yıl 9 ay hapis cezasına hükmetmiş ve bu cezayı ertelemiştir<sup>69</sup>.

Karara karşı kanun yolu mercii sıfatıyla denetim yapan Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi, benimsenen uzlaşma usulünün *StPO*'nun öngördüğü şartlara uygun olarak gerçekleştirilmediğine, izlenen usulün gerektirdiği açıklama, belgelendirme ve bilgilendirme yükümlülüklerine aykırı davranıldığına karar vermiştir<sup>70</sup>. Mahkeme'ye göre bu hükmü hukuken “yok” şeklinde vasıflandırmaya sebebiyet veren temel hukuka aykırılıklar ise; *StPO*'nun § 257c hükmünde benimsenen usul bakımından da gerçekleştirilmesinde zorunluluk bulunan maddi gerçek araştırmasının (*Wahrheitsermittlung*) yapılmaması ve sanığın isnada konu suçu işlediğine dair

<sup>66</sup> OLG Köln, 2. 8. 2002 - Ss 290/02 (B), NSiZ-RR 2002, 341-342. Bununla birlikte; yer bakımından yetkisizlik ve aleniyet ilkesinin ihlali gibi hukuka aykırılıklar kanun yolu muhakemesinde ele alınabilmesi mümkün hukuka aykırılıklar olup hükmün yokluğunun kabul edilmesini gerektirmezler. Bu hususta belirlemeler için bkz Lorenz Leitmeier, ‘Sind rechtswidrig „gedealte“ Urteile nichtig?’ (2014) NSiZ 690, 692- 693.

<sup>67</sup> OLG München, 17. 5. 2013 – 2 Ws 1149, 1150/12, NJW 2013, 2371 ila 2377.

<sup>68</sup> Bu usulde mahkeme, savcı ve sanık ile sanık müdafisinin katılımıyla anlaşma (= *Verständigung*) gerçekleştirilmekte olup müzakereye mağdur katılmamaktadır.

<sup>69</sup> Kudlich (n 65) 3216; Leitmeier (n 66) 691.

<sup>70</sup> OLG München, NJW 2013, 2376.

belirlemede bulunmaya imkân verecek delillerin toplanmamış olmasıdır<sup>71</sup>. Buna göre, ilk derece mahkemesinin verdiği karar *StPO* § 261 uyarınca “hüküm” olarak nitelendirilemez; *StPO* § 257c hükmünde belirlenen kurallara riayet edilmeksizin sanık hakkında kurulan hüküm sadece *bir hükmün dışsal niteliklerine sahip olup şekli açıdan hüküm görüntüsünden ibarettir*. Yüksek Eyalet Mahkemesi’ne göre söz konusu uzlaşma usulünün uygulanması sonucunda kurulan bu hüküm *ceza muhakemesinin ruhuna ve hukuk devletinin temel prensiplerine açıkça aykırı olmasından ötürü hukuk toplumu bakımından katlanılamaz bir niteliğe sahiptir*<sup>72</sup>. Bu itibarla, Münih Eyalet Mahkemesi tarafından uzlaşma usulüne riayet edilmeyerek kurulan bu hüküm, yalnızca hukuka aykırı nitelikte bir hüküm olarak vasıflandırılmamış; bunun ötesinde, hukuki bir sonuç doğurma yeteneğinden en başından beri tamamen yoksun olarak nitelendirilmiştir<sup>73</sup>.

Alman ceza muhakemesi doktrininde ise bu karar eleştirilerek; kararın, ceza muhakemesi sisteminin öngördüğü sisteme uygun olarak hukuka aykırı ve fakat hüküm niteliğini haiz addedilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>74</sup>.

## B. Hükmün Yokluğunu Reddeden Görüş ve Gerekçeleri

Hükmün yokluğunu reddeden görüşe göre; ceza muhakemesi alanında fonksiyonel olarak kamu davasını görme ve hüküm verme yetkisine sahip olan ceza mahkemesi tarafından kurulan hükmün hukuken yokluğu söz konusu olamaz<sup>75</sup>. Hukuk devletinde, hukuken yoklukla malul hükmün mevcudiyeti düşünülemez. Bu görüşün esasını, hükmün hukuken yokluğunun hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmazlığı oluşturmaktadır<sup>76</sup>. Ceza mahkemesinin hükmü bariz biçimde hukuka aykırı olsa bile geçerlidir ve bu hüküm, mevcut hukuk kurallarıyla ne ölçüde bağdaşmaz olursa olsun, kanun yolu muhakemesinde bozulmadığı müddetçe hukuki sonuç doğurur. Yokluk müessesesini kabul etmeyen bu görüşün pratik sonucu; söz konusu hükmün kanun yolu denetiminden geçmeyerek veya kanun yolu muhakemesi sonucunda da bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılık gözden kaçırılarak onanmak suretiyle kesinleşmesi halinde hukuki geçerliliğe sahip olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Alman ceza muhakemesi hukuku doktrininde bugün itibarıyla benimsenen baskın görüş; kanun yolu muhakemesini esas alan bir ceza muhakemesi sisteminde “hükmün hukuken yokluğu” kategorisinden bahsedilemeyeceği yönündedir<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> *StPO* § 257c hükmünde benimsenen usul kapsamında kamu otoritesinin uyumsuzluğu aydınlatma ve maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün devam etmesine dair eleştirisi için bkz Kudlich (n 9) 209 dn 26.

<sup>72</sup> OLG München, NJW 2013, 2377.

<sup>73</sup> OLG München, NJW 2013, 2377.

<sup>74</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (n 14) 26; Kudlich (n 65) 3218; Leitmeier (n 66) 692, 693.

<sup>75</sup> Grünwald (n 41) 261; Kühne (n 9) 427; Meyer-Goßner/Schmitt (n 14) 26; Radtke (n 61) 130-131; Roeder (n 1) 303; Jan Gericke, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK* (8. Auflage 2019), § 338 kn 7. Ayrıca Alman hukukunda bu görüşü savunan yazarlara dair literatür bilgisi için bkz Grünwald (n 41) 254-255.

<sup>76</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (n 14) 26.

<sup>77</sup> Kudlich (n 65) 3216; Kühne (n 9) 427-428.

Bu çerçevede, ceza muhakemesinde hükümün geçerliliğinin korunması esastır ve hükümün içeriğinin gerek maddi vakıa denetimi gerekse de hukuki denetim öngören kanun yollarıyla yeniden ele alınmasına cevaz veren bir sistemde ayrıca hükümün yokluğunun kabulü kanun yolu muhakemesinin tamamen göreceli hale gelmesi sonucunu doğurur<sup>78</sup>. Zira yoklukla sakat olan hükümün bu niteliğinin tespiti bakımından kanun yolu denetimine ihtiyaç bulunmadığı savı hukuk güvenliği bakımından ciddi sorunlar meydana getirir. İçerik olarak hangi hükümün yokluğa tabi olduğunu belirleme yetkisinin *herkese* tanınması, hükümün hukuki geçerlilik niteliğinin içinin boşaltılmasına ve tamamen hukuk dışı değerlendirmelerde bulunulması suretiyle hükümün otoritesinin yadsınmasına zemin hazırlar. Ceza muhakemesi sisteminin benimsediği kontrol mekanizmasının dışında, hükümün mevcudiyetini ve hukuken geçerliliğini denetleme yetkisi bulunmayan kişiler tarafından hükümün içeriğine dair değerlendirme yapma ve geçersizliğini ileri sürerek onun aksine hareket etme imkânı tanıyan; bu suretle adeta herkese ceza mahkemesi hükümünü değerlendirme yetkisi bahşederek herkesi kendine özgü nitelikte bir denetim mercii haline getiren yokluk müessesesi hukuki güvenlik ilkesini tehdit eden en büyük tehlikelerdendir<sup>79</sup>. Nitekim gerek Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda ceza muhakemesi kanunlarında hükümün yokluğu müessesesi düzenlenmemiş; kanun koyucular tarafından hükümün hukuken sonuç doğurmasının engellenmesi ancak kanun yollarına başvurulması suretiyle öngörülmüştür.

Hükümün yokluğu müessesesi “tahkik sisteminin” benimsendiği bir ceza muhakemesi sisteminde önemli bir işleve sahiptir. Modern ceza muhakemesi sistemleri tarafından tek başına uygulanması terk edilmiş olan tahkik sisteminde, maddi gerçeğe ulaşma amacını sınırlayan herhangi bir enstrüman bulunmamaktaydı ve hüküm tesis edilerek sona erdirilen muhakemenin her zaman yeniden başlatılması mümkündü. Tahkik sisteminde “hükümün yokluğu” müessesesi; tesis edilen hükümün hukuk dünyasında herhangi bir etkisinin bulunmadığının usuli olarak (*absolutio ab instantia*) kolaylıkla kabulünü sağlama işlevine sahiptir<sup>80</sup>. Zira maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun bulunmasının temel hedef olduğu tahkik sisteminde; bir hükümün otoritesinin, uyuşmazlığı yeniden ele almaya imkân tanıyan herhangi bir sebep olmadan ve böylece hukuki güvenlik hiçe sayılarak kaldırılması, hükümün yokluğu kabul edilerek kolaylıkla

<sup>78</sup> Grünwald (n 41) 256.

<sup>79</sup> Kühne (n 9) 427.

<sup>80</sup> Ceza muhakemesi sistemleri hakkında bilgi için bkz Soyaslan (n 24) 61 ila 66.

sağlanabilmekteydi<sup>81</sup>. Bu itibarla, yokluk müessesesi, tahkik siteminde hukuken önemli bir işleve sahip bulunmaktaydı<sup>82</sup>.

## V. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Hükümün Yokluğu

### A. Doktrinde Hükümün Yokluğuna Yönelik Görüşler

Türk ceza muhakemesi doktrininde bir muhakeme işleminin temel unsurlarında eksiklik varsa bu işlemin “yok” sayılacağı belirtilmekte ve yokluk, ceza muhakemesi işlemlerinin bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılığın niteliğine göre genel bir yaptırım çeşidi olarak ele alınmakta<sup>83</sup> olup ceza muhakemesinde *hükümün yokluğuna* özellikle değinilmemektedir.

Türk hukukunda yokluk, işlemin bünyesinde bulunan hukuka aykırılığın *en ağır* olduğu durumlarda uygulanması gereken yaptırım olarak kabul edilmektedir<sup>84</sup>. Yokluk halinde işlem hiç yapılmamış sayılır ve baştan itibaren hukuki geçerlilikten yoksundur; dolayısıyla bu işlem hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Yokluğun ileri sürülmesi herhangi bir süreye tabi değildir ve yokluk herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir<sup>85</sup>. Yine sebep ileri sürme zorunluluğu olan temyiz başvurusunda dahi temyiz mercii herhangi bir talep olmaksızın re’sen yokluğu tespit etmekle yetkilidir. Yokluğa tabi kararın geçersizliğinin hâkim tarafından tespit edilmesi de gerekmez, yokluk infaz aşamasında da infazı yerine getirmekle görevli merci tarafından gözetilir<sup>86</sup>.

Türk ceza muhakemesi hukukunda genel olarak hükümün yokluğu müessesesi kabul edilmekle birlikte hangi hukuka aykırılıklar hakkında bu müeyyidenin uygulama alanı bulacağına dair bir özelleştirme yapılmamıştır. Doktrinde *hükümün yokluğuna* ilişkin olarak genellikle *hâkim yerine kaymakamın hüküm vermesi* örneği gösterilmektedir<sup>87</sup>. Ancak söz konusu durum, ceza muhakemesinde fonksiyonel olarak hüküm tesis etmeye ve irade ortaya koymaya yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılan işlemin yokluğuna ilişkin olup hükümün fiilen yokluğuna örnek gösterilebilirse de ceza

<sup>81</sup> Roeder (n 1) 255 ila 257. Modern ceza muhakemesinde tahkik sistemi tek başına uygulanmaz. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun bulunması zorunluluğu yoktur ve bir hükümün otoritesi onun ortadan kaldırılmasını sağlayan hukuki gerekçeler mevcut bulunmadığı müddetçe “salt maddi gerçeği yansıtmadığından bahisle” reddedilemez. Bu husus, tahkik sisteminin amaçlarına aykırı mahiyet taşıyan ancak günümüz demokratik hukuk devletinin temel yapı taşlarından olan hukuki güvenlik ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Bu hususta ayrıca bkz Kühne (n 9) 423. Bu itibarla ceza muhakemesi sisteminin hükme tanıdığı geçerlilik etkisinin niteliği ile bu etkinin ortadan kaldırılmasına imkân tanıyan hukuki gerekçeler, esasen benimsenen muhakeme hukuku sisteminin genel özellikleriyle doğrudan ilintilidir.

<sup>82</sup> Roeder (n 1) 255-256, dn 20.

<sup>83</sup> Öztürk/Erdem (n 11) 379; Yenisey/Nuhoğlu (n 7) 119, 143-145; Tosun (n 11) 681-682; Şahin/Göktürk (n 3) 105.

<sup>84</sup> Tosun (n 11) 681: “Yokluk o kadar ağır aykırılıktır ki, işlem doğmadığından onun yargı halini alması da söz konusu olamaz, yani “yargı aykırılıkları örter” kuralı yokluk halinde geçerli değildir.”

<sup>85</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2020) 140.

<sup>86</sup> Tosun (n 11) 681.

<sup>87</sup> Tosun (n 11) 681; Öztürk/Erdem, (n 11) 379-380.

muhakemesinde hüküm vermeye yetkili mahkemenin hükmünün *hukuken* yok kabul edilebilir edilemeyeceği sorunu bakımından bir önem taşımaz.

## B. Yargıtay Uygulamasında Hükümün Yokluğu

Yargıtay kararlarında hüküm *yoklukla batıl* olabileceği kabul edilmekte olup Alman İmparatorluk Mahkemesi ve *BGH*'nin aksine, somut olarak bazı ceza mahkemesi hükümlerinin de yoklukla malul olduğuna karar verilmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu istikrar kazanmış kararlarında kararında; hükümde bulunan *mevzuata aykırılığın yapılan işlemi yoklukla batıl hâle getirecek nitelikte olabileceğini* dogmatik olarak kabul etmekte ancak somut uyuşmazlıklar kapsamında verdiği kararda hükümde bulunan mevzuata aykırılığın hükmü yoklukla batıl hale getirmediğine karar vermektedir<sup>88</sup>. Bu kapsamda verilen bir karara konu olan uyuşmazlıkta, Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılan yargılama sırasında bazı oturumlarda heyetteki en kıdemli üye yerine daire başkanı tarafından görevlendirilen kıdemsiz üyenin heyet başkanlığı yapmasının hukuka uygun olup olmadığına ilişkindir<sup>89</sup>. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında; her ne kadar Yargıtay Kanunu'nun<sup>90</sup> 40. maddesi uyarınca<sup>91</sup> kıdemli üyenin heyete başkanlık yapması gerekmeğe de kıdemsiz üyenin başkanlığında verilen kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Bu kararlara örnek olarak bkz. YCGK, 18/371, 07.09.2021; 360/495, 26.10.2021; 495/116, 17.03.2021.

<sup>89</sup> YCGK, 495/116, 17.03.2021.

<sup>90</sup> Yargıtay Kanunu, Kanun Numarası: 2797, Kabul Tarihi: 4.2.1983, RG 8.2.1983/17953.

<sup>91</sup> Yargıtay Kanunu'nun "Dairelerin Çalışması" başlıklı 40 maddesinin 1. fıkrası uyarınca; *"Daireler heyet hâlinde çalışır, heyet bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Heyetler işi müzakere eder ve salt çoğunlukla karar verirler. Müzakereler gizli cereyan eder."*

<sup>92</sup> *"Suç tarihindeki görev ve statüleri gereğince ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay'ın 9. Ceza Dairesinde yargılanmaları gereken sanıkların, Dairenin yoğunluğu gözetilerek davaların makul sürede sonuçlandırılabilmesi için birden çok heyet oluşabilecek sayıda Yargıtay üyesinin görevlendirildiği, daire başkanının oluşan heyetlerin hepsine başkan olarak katılmasına fiili olarak imkân bulunmadığından Yargıtay Kanunu'nun 40. maddesindeki düzenleyici hüküm doğrultusunda kıdemli üyenin heyete başkanlık yapması uygulaması yerine daire başkanı tarafından görevlendirilen üye oluşturulan heyete başkanlık görevini ifa etmiştir. Bu durumda yapılan ve yukarıda açıklanan düzenleyici işlemlere ilişkin mevzuata aykırılığın, yapılan işlemleri yoklukla batıl hâle getirecek durumlardan olmaması, heyet başkanının duruşmaları idaresinde usule aykırılıklar nedeniyle hakkaniyete uygun olmayan yargılama yapıldığının taraflarca ileri sürülmemesi, esası etkileyen kararların duruşma heyeti tarafından oy birliğiyle alınmış olması, ara kararlar veya hüküm kurulurken yapılan oylama sırasının belli bir Yargıtay üyesi deneyimine sahip üyeleri etki altında bıraktığına dair görüşün dayanaktan yoksun olup buna ilişkin somut olguların ortaya konulmaması karşısında CMK'nın 289. maddesi kapsamında mahkeme heyetinin oluşumunda hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir. Bazı oturumlarda heyet başkanlığını kıdemsiz üyenin yapmış olması kararın esasını etkileyecek biçimde hukuka aykırılık olarak görülmediğinden ve sanığın adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğinin kabulüne olanak bulunmadığından, hükümün bu nedenle bozulmasının makul sürede yargılanma hakkı bakımından engel oluşturacağı gözetildiğinde yasanın düzenleyici nitelikteki kuralına aykırı uygulamanın hükmün esasını etkileyecek nitelikte olmadığından bozma kararı verilmemiştir."* YCGK, 495/116, 17.03.2021.

Çalışmamızın konusu itibarıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun istikrar kazanmış bu uygulamasının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirme imkânımız bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun uyuşmazlık konusu olaya dair vermiş olduğu kararında bazı genel kurul üyeleri *"Özel Dairece yapılan yargılama sırasında heyetteki en kıdemli üye yerine kıdemsiz üyenin heyet başkanlığı yapmasının usul ve yasaya aykırı olduğu"* gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay hükmün yokluğunu tespit ettiği kararlarında, bu kararlara yönelik olarak ileri sürülen temyiz veya kanun yararına bozma istemlerinin konusuz olduğunu zira ortada kanun yolu denetimine tabi bir hüküm bulunmadığını belirtmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu; *bir karar ya da hükmün kanun yolu incelemesine konu olabilmesi için hukuken geçerli bir karar olması gerekir. Geçerliliği bulunmayan, yok hükmündeki kararlara karşı olağan yasa yollarına başvurulamayacağı gibi olağanüstü yasa yolu olan kanun yararına bozma yasa yoluna da başvurma olanağı bulunmamaktadır* şeklinde karar vermektedir<sup>93</sup>. Bu itibarla, Yargıtay'ın hükmün yokluğunu tespit ettiği kararları, teknik anlamda bir temyiz denetimi ya da kanun yararına bozma kararı olarak nitelendirilemez. Zira hukuken yokluğu söz konusu olan bir hükmün temyiz veya olağanüstü kanun yolu denetimine tabi tutulabilmesi, bu denetimin hukuki konusu mevcut bulunmadığı için mümkün değildir<sup>94</sup>.

Bununla birlikte, yukarıda bahsedilen Yargıtay uygulamasıyla farklılık barındıran bazı Yargıtay ceza dairesi kararları da mevcut bulunmaktadır. Söz konusu kararlarda Yargıtay ceza daireleri; yalnızca hükmün yokluğunun tespitiyle yetinmeyerek Türk ceza muhakemesi sisteminde bir hükmün *kendiliğinden* yok sayılmasını düzenleyen bir kanuni düzenleme bulunmadığı, *hukuken geçersiz ve yok hükmündeki kararların, olağan veya olağanüstü kanun yolları vasıtasıyla hukuken geçersiz olduklarına*

<sup>93</sup> YCGK, 206/250, 27.10.2009; YCGK, 113/67, 5.2.2019. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bahsedilen son kararın gerekçesinde; *“... şeklen hukuki varlığı bulunan bu kararın, açıklanması durumunda sanık hakkındaki kesinleşen diğer hükmün infazı, sanığın adli sicil kaydının düzenlenmesi veya başka bir suç işlenmesi durumunda sanığın kişisel durumunun değerlendirilmesi gibi konularda bir karışıklığa neden olma ihtimali de bulunmaktadır...”* belirlemelerine yer vererek hükmün yokluğu müessesesinin hukuk güvenliği bakımından taşıdığı riskleri de kabul etmektedir. Bununla birlikte Ceza Genel Kurulu, *“Ancak yok hükmünde bulunan bu kararın, kesinleşerek hukuk dünyasında sonuç doğurması söz konusu olmayıp, koşulları gerçekleşmediğinden kanun yararına bozma incelemesi sonucu Yargıtayca bozulmasının da mümkün olmadığı ve Özel Dairece bu husustaki bir talep üzerine, hükmün hukuki değerden yoksun olduğunun tespitiyle yetinilerek kanun yararına bozma isteminin reddine karar verilmesi gerektiği kabul edilmelidir.”* sonucuna ulaşmaktadır.

<sup>94</sup> *“Sanık hakkında kasten yaralama suçundan kurulan mahkumiyet hükmününün temyiz incelemesinde: 19.09.2007 tarihli karar kasten yaralama suçu yönünden temyiz edilmeksizin kesinleştiği, kararın hakaret suçu yönünden temyiz edilmesi sonucu Dairemizce, hakaret suçu yönünden bozulması üzerine, mahkemece yapılan yargılama sonucunda kasten yaralama suçundan da yeniden mahkumiyet hükmü kurulması geçersiz olup, kasten yaralama suçundan sonraki karar hukuken yok hükmünde olduğu kabul edilmekle, sanığın kasten yaralama suçundan kurulan hükme yönelik hukuki konusu olmayan temyiz talebinin 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca reddine...”* Y2CD, 11/1853, 5.2.2015. *^ncak bu durumda benimsenen anlayış uyarınca; temyiz talebinin reddi yerine bu talep hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi daha tutarlı olurdu. Bu yönde: “sanığın ...'ye yönelik hakaret suçundan kurulan hükmün onanarak kesinleşmiş olduğu gözetilmeden, bozmadan sonra yapılan yargılama sonucunda yeniden hüküm kurulmuş ise de bu hükmün hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu, anlaşıldığından, sanık ...'in tebliğnameye uygun olarak, temyiz davası isteği hakkında bir karar vermeye yer olmadığına 11.03.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”* Y18CD, 2352/4724, 11.3.2019.

*ilişkin bir tespit yapılmadıkça şeklen varlığını koruyacaklarını belirtmektedir*<sup>95</sup>. Bu kararlarda; hükümün yokluğunun kabulü halinde mevzuatta nasıl hareket edilmesi gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmadığı ve bu sebeple hükümün yokluğunu tespit eden bir kararın mevcudiyetinin bulunması gerektiği, aksi kabulün *mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğuna dair Anayasa'nın 138. maddesine uygun düşmeyeceği gibi, subjektif ve keyfi yaklaşımlarla kararların uygulanmaması gibi hukuka uygun olmayan sonuçların doğmasına da yol açabileceği, bu tespit kararının teknik olarak kanun yolu denetimi sonucunda verilen bir karar olmadığı* belirtilmektedir<sup>96</sup>. Bu durumda, kanun yolu denetimine konu edilmek istenen hüküm yok niteliğinde olduğundan kanun yararına bozma (veya temyiz) talebinin reddedilmesi, yalnızca hükümün yokluğunun tespitiyle yetinilmesi gerektiğine hükmetmektedir.

Kanaatimizce bu son bahsedilen uygulama, esasen hükümün yokluğu müessesesinin sakıncalarına işaret etmesi dolayısıyla hukuken isabetli olmakla birlikte, kanun yolu denetiminin yapılmadığı hallerde yoklukla malul olarak nitelendirilen kararlar bakımından ne şekilde hareket edilmesi gerekeceğini açıklayamamaktadır. Buna göre, bir hükümün “yokluğu” tespit edilmediği müddetçe o hükümün hukuken geçerliliğini koruyacağı sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır ki bu durumda aslında hükümün yokluğu esasen reddedilmiş olmaktadır.

Kanaatimizce, bu konuda isabetli içtihat Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından tesis edilmiştir. Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararında “hükümün hukuki yokluğu” müessesesinin kabulü halinde meydana gelebilecek sakıncalara değinerek bu konuda doğru sonuca ulaşmaktadır:

*“Türk hukukunda hukuken geçersiz nitelikteki kararların kendiliğinden yok sayılmasını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuken geçersiz ve yok hükmündeki kararlar, olağan veya olağanüstü kanun yolları vasıtasıyla ortadan kaldırılmadıkça şeklen varlığını*

<sup>95</sup> “Sanık hakkında 11.05.2015 tarihli asıl kararda kasten basit yaralama suçundan kesin nitelikte 2.220 TL adli para cezasına hükümlenmesine karşın, sanığın kendisinin akıl hastası olduğunu bildiren dilekçe ve adli raporunun ibraz etmesi üzerine 10.06.2015 tarihli ek karar ile sanık hakkındaki önceki mahkumiyet hükmünün kaldırılması suretiyle sanığın akıl hastası olduğu ve ceza ehliyetinin bulunmadığından bahisle 5237 sayılı TCK'nin 32/1 ve 5271 sayılı CMK'nin 223/3-a maddeleri gereğince ceza verilmesine yer olmadığına, yüksek güvenlikli bir sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınmasına karar verilmiştir. Oysa sanık hakkında kasten basit yaralama suçundan verilen 11.05.2015 tarihli ilk hüküm, olağan veya olağanüstü yasa yollarına başvurularak ortadan kaldırılmadıkça, mahkemenin, bu davanın esasıyla ilgili yeni bir karar ya da hüküm vermesine yasal olanak bulunmamaktadır. Karardan sonra ortaya çıkan sanık lehine sonuç doğurabilecek ceza ehliyet ile ilgili talebin “yargılamanın yenilenmesi” hükümlerine göre değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken duruşma açılmaksızın dosya üzerinden verilen 10.06.2015 tarihli akıl hastalığı nedeniyle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına ve tedavi ve denetimli serbestlik uygulanmasına dair ek karar hukuken geçersiz ve yok hükmünde olan bir karardır.” Y3CD, 23521/17040, 23.11.2020:

Yargıtay 3. Ceza Dairesi bu kararda; mevzuatta hukuken geçersiz nitelikteki kararların kendiliğinden yok sayılmasını düzenleyen bir hükümün bulunmadığını ve bu itibarla hukuken geçersiz ve yok hükmündeki kararların, olağan veya olağanüstü kanun yolları vasıtasıyla hukuken geçersiz olduklarına ilişkin bir tespit yapılmadıkça şeklen varlığını koruyacaklarını belirtmektedir. Yine mahkeme, ilk mahkumiyet hükmüyle davadan el çeken mahkemenin, hükümün esasıyla ilgili dosya üzerinden verdiği ek kararın hukuki değerden yoksun ve yok hükmünde olduğunu ve hukuken varlık kazanmayan ek kararın kanun yararına bozma yasa yoluyla bozulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Daire bu sebeplerle, kanun yararına bozma yasa yoluna ancak hukuken geçerli kararlara karşı başvurulabileceğinden ilk derece mahkemesinin hukuki değerden yoksun ve yok hükmündeki ek kararına yönelik yapılan kanun yararına bozma isteminin CMK'nın 309. maddesi gereğince reddine karar vermiştir.

<sup>96</sup> Y17CD, 10163/10753, 17.9.2019. Aynı yönde Y3CD, 23521/17040, 23.11.2020.

*koruyacaktır. İnceleme konusu somut olayda, sonradan verilen hukuken geçersiz nitelikteki düşme kararının yok hükmünde olduğu belirtilerek, kanun yararına bozma talebinin reddine karar verilmesi durumunda, bu karar şeklen varlığını koruyacak ve infaz, adli sicil kayıtlarının oluşumu gibi hususlarda tereddüt ve karışıklığa neden olabilecektir. Bu nedenle uygulamada doğabilecek tereddütlerin izalesi ve aynı konuda iki farklı kararın hukuk aleminde var olmasının önlenmesi amacıyla, **kanun yararına bozma talebinin kabulü ile hukuken geçersiz nitelikteki düşme kararının bozulmasına karar verildiğinden, Dairemizin 12/06/2014 gün ve 2013/15866 esas, 2014/21484 sayılı kararı usul ve yasaya uygun bulunmakla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazları yerinde görülmediğinden reddine, 6352 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı Kanununun 308. maddesinin 3. fıkrası gereğince itirazı incelemek üzere dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kuruluna gönderilmesine, 01.10.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi<sup>97</sup>.***”

Bu kararda, isabetli olarak, kurulan ikinci hükmün kanun yararına bozma talebine konu olabileceği kabul edilmektedir. Bu da kararın yoklukla malul olarak nitelendirilemeyeceği anlamına gelmektedir.

## VI. Hükmün Hukuken Yokluğunun Kabulüne Dair Uygulamalara Yönelik Değerlendirmeler

Bu başlık altında yargı uygulamasına konu olan ve Yargıtay ceza dairelerinin kararlarında ilk derece mahkemesinin kurmuş olduğu hükmün “yokluğundan” bahsedilen kararlar değerlendirme konusu yapılacaktır. Yine doğrudan uygulamaya yansımamış olmakla birlikte, doktrinde yokluk kategorisini savunan yazarlar tarafından yokluk müeyyidesine tabi tutulması gerektiği ileri sürülen olay kurguları kapsamında, hükmün hukuken yokluğu tezinin isabetli olup olmadığı tartışılacaktır<sup>98</sup>. Ancak belirtmek isteriz ki, söz konusu olay kurguları arasından uygulamada meydana gelmesi imkânsız örnekler esas alınmamış, bu örneklerin gerçekçi bir zeminde ele alınmasına gayret edilmiştir<sup>99</sup>.

### A. Hukuka Kesin Aykırılık Halleri

CMK m 289’da “Hukuka Kesin Aykırılık Halleri” başlığı altında sayılan hukuka aykırılıkları barındıran hükümler bakımından yokluktan bahsedilemez. Örneğin; yargılama sonucunda hükmün, CMK m 22 uyarınca davaya bakmakla yasaklı hâkim tarafından veya toplu mahkemelerde yasaklı hâkimin katılımıyla kurulmuş olması halinde ortada ciddi, bariz ve sanığın adil yargılanma hakkının ihlali mahiyetinde

<sup>97</sup> Y4CD, 35890/28117, 1.10.2014.

<sup>98</sup> Yokluk gerekçeleri kapsamlı bir biçimde sayılarak tek tek ortaya koyulmamakta, genel olarak ağır ve bariz hukuka aykırılıklar şeklindeki çatı nitelendirme altında örnekleme suretiyle gösterilmektedir, Grünwald (n 41) 251.

<sup>99</sup> Gerlands’a atfen Peters’in de zikrettiği gibi şayet örnekler göstererek tartışma zemini açıklanmak isteniyorsa seçilen örneklerin uygulamada karşılaşılabılır olması gerekir. Aksi halde tamamen gerçeklikten uzak örnekler üzerinden yürütülen bir tartışmanın faydalı olması beklenemez, Peters (n 9) 520; ayrıca Luther (n 41) 94; Kühne (n 9) 427; Grünwald (n 41) 263. Bu bağlamda bir yerel mahkemenin sanık hakkında ölüm cezası vermesi ya da dayak cezasına hükmetmesi gibi uç örneklerden bilinçli olarak kaçınılmıştır.



bir muhakeme hatası bulunmaktadır. Ancak bu durum söz konusu hükmün hukuken yok kabul edilmesi sonucunu doğurmaz. CMK m 289/1-b düzenlemesi uyarınca, bu durum bir hukuka kesin aykırılık hali oluşturmasına rağmen bu hükmün kanun yolu denetiminde hukuka aykırılığına karar verilmediği müddetçe ortada hukuken geçerli bir hüküm bulunmaktadır. Bir diğer anlatımla, ceza muhakemesi sisteminde fonksiyonel olarak yargılama yapmaya ve hüküm vermeye yetkili olan ancak münferit yargılama kapsamında yasaklı olan hâkimin tesis ettiği hükme yönelik usulüne uygun bir kanun yolu başvurusunda bulunulmadığı takdirde kesinleşen bu hükmün hukuken geçerli olacağı, hüküm ve sonuç doğuracağı kuşkusuzdur. Öyle ki, yasaklı hâkim tarafından verilen hüküm hukuken “yok” kabul edilemeyeceği için örneğin TCK m 67/2-d kapsamında bu hüküm dava zamanaşımının kesilmesini sağlar ve sonradan kanun yolu muhakemesinde bozulsa bile hukuki sonuç doğurur<sup>100</sup>.

Ağır ceza mahkemesinin madde bakımından yetkisi kapsamında bulunan bir uyuşmazlıkla ilgili olarak asliye ceza mahkemesi yargılama yapıp hüküm kurar ve bu hüküm olağan kanun yolu denetimine konu edilmeyip kesinleşirse; bu hüküm hukuki sonuç doğurur. Bir diğer anlatımla, hüküm mevcuttur ve hukuken yoklukla batıl olarak nitelendirilemez. Ceza mahkemesi sıfatıyla asliye ceza mahkemesinin Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki hükümleri tesis etme yetkisi bulunmaktadır. Asliye ceza mahkemesinin, örneğin kasten öldürme suçundan dolayı yargılama yaparak kurduğu hüküm hukuka aykırıdır ancak *kendiliğinden* hukuki sonuç doğurma yeteneğinden de yoksun değildir. Nitekim CMK m 289/1-d’de, mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi bir hukuka kesin aykırılık olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması hükmün yokluğunun kabulü ile değil hukuka aykırılığın kanun yolunda düzeltilmesi suretiyle mümkündür.

Yine aynı şekilde, duruşmada hazır bulunan sanığa son söz verilmeden tesis edilen hüküm bozulmadığı müddetçe hukuken geçerlidir. CMK m 289/1-i’ye göre; hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması halinde ortada hukuka kesin aykırılık hali vardır. Bu bağlamda, başta işkence olmak üzere ceza muhakemesinde açık insan ihlallerine yol açan yöntemlerle elde edilmiş şüpheli ifadesi ya da sanık sorgusuna dayanılarak kurulan hükümler bile, kanun yolu denetiminde ortadan kaldırılmadıkları müddetçe hukuki sonuç doğurabilirler<sup>101</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu söz konusu muhakeme hukuku kurallarına aykırılıkları “mutlak bozma” sebebi olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte, böyle bir hükmün hukuken yokluğu, kendiliğinden geçersizliği ise söz konusu değildir. Yetkili kanun

<sup>100</sup> Nitekim bu hüküm kapsamında mahkumiyet kararı “verilmesi” dava zamanaşımını kesmekte; mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi gerekmektedir.

<sup>101</sup> Aksi görüş için bkz Okuyucu Ergün (n 4) 145. Yazara göre, sanığın işkenceye tabi tutulmak suretiyle elde edilen ikrarına dayanılarak kurulan mahkumiyet hükmü yoklukla maluldür.

yolu mercii tarafından hüküm bünyesinde barındırdığı hukuka aykırılıktan ötürü bozulmadığı müddetçe ortada tıpkı hukuka uygun olarak verilmiş bir hüküm gibi hukuki geçerlilik taşımaya muktedir bir hüküm bulunmaktadır.

## **B. Mahkemenin Hüküm Tesis Ederek El Çektiği Uyuşmazlık Hakkında Yeni Bir Karar Vermesi**

Prensip olarak ceza muhakemesi işlemlerinde bulunan hukuka aykırılıklar, bizzat işlemi yapan makam tarafından işlemin geri alınması, yenilenmesi veya düzeltilmesi suretiyle giderilebilir<sup>102</sup>. Ceza muhakemesi işlemi yapan makamın halen uyuşmazlıkla ilgili karar verme yetkisini haiz olduğu hallerde bu çarelerin işletilmesi mümkündür. Ancak bir yargılama makamı işlemi olarak “hüküm” açıklanmakla birlikte hukuken tezahür eder ve yargılamayı yapan mahkemenin uyuşmazlıktan el çekmesi sonucunu doğurur. Ceza muhakemesinde yargı makamının ulaştığı nihai yargıyı ifade eden hüküm tesis edildikten sonra hükmü veren mahkeme tarafından bu işlemin “geri alınması, değiştirilmesi, yenilenmesi veya düzeltilmesi” mümkün değildir<sup>103</sup>. Hüküm bir defa tesis edilip usulüne uygun bir biçimde açıklandıktan sonra hukuk dünyasında tezahür eder ve hatalı olsa bile hükmü veren mahkemenin hükmünü düzeltme, değiştirme, geri alma veya ortadan kaldırma olanağı yoktur<sup>104</sup>.

Türk ceza muhakemesi uygulamasında ise sıklıkla, hüküm tesis ederek uyuşmazlıktan el çeken ceza mahkemesinin aynı uyuşmazlığı yeniden ele alarak ikinci bir hüküm kurmasıyla karşılaşılacaktır. Yargıtay istikrarlı bir şekilde bu tarz durumlarda mahkemenin tesis ettiği ikinci hükmün “yok” niteliğinde olduğuna karar

<sup>102</sup> Tosun (n 11) 688, 690.

<sup>103</sup> Meyer-Göbner/Schmitt (n 14) 28; Henkel (n 15) 256. İşlemi yapan makamın uyuşmazlıktan el çekmesi sonucunu doğurmayan diğer muhakeme işlemlerinin ise, temelinde yatan muhakeme haksızlığının giderilmesini sağlamak amacıyla, hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmeden ve muhakeme süjelerinin menfaatleri korunarak geri alınması, değiştirilmesi veya düzeltilmesi mümkündür, Henkel (n 15) 256.

“...hakkında verilen beraat kararından önce sanığın öldüğünün anlaşıldığı durumlarda mahkemenin dosyayı yeniden ele alarak bu sefer düşme kararı vermesi hukuken mümkün değildir. Nitekim sanık hakkında verilen beraat kararıyla ilk derece mahkemesi yargılamayı sona erdirmiştir ve bu nedenle mahkemenin davadan elini çekmesi gerekir. Söz konusu beraat hükmünün ancak temyiz edilmesi nedeniyle hükmün temyiz inceleme mercii tarafından denetlenmesinin ardından bozma kararı verilmesi durumunda değiştirilmesi veya düzeltilmesi mümkündür. Sanık hakkındaki bir hükmün aynı mahkemece sonradan başka bir hüküm verilme suretiyle değiştirilmesi ise mümkün değildir. Bu itibarla yerel Mahkemece yargılamayı sona erdiren hükümden sonra temyiz incelemesini ortadan kaldıracak şekilde bir karar verilemez ve sanık hakkında bilahare verilen 16.06.2016 tarihli ve 147-333 sayılı ölüm nedeniyle düşme kararı hukuki değerden yoksundur.” YCGK, 3/94, 12.02.2019.

<sup>104</sup> Hükmün içeriği bakımından herhangi bir değişiklik mahiyetinde olmayan yazım hatalarının veya diğer şekli hataların giderilmesi ise mümkündür ve bu tarz işlemlerde bulunulması hükmün değiştirilmesi anlamına gelmez.

vermektedir<sup>105</sup>. Bahsedilen bu ikinci hüküm; olağan kanun yolu başvurusuna konu olamayacağı gibi olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma yasa yoluna da konu olamaz<sup>106</sup>.

Kanaatimizce, bu durumda tesis edilen ikinci hükümün yoklukla malul olduğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir. Yukarıda ifade edildiği gibi bu tarz bir hüküm de bünyesinde maddi, iradi ve şekli şartı taşımakta olup esasen hukuk dünyasında normatif olarak tezahür etmiş bulunmaktadır. Bu tarz bir hükümün özellikle mahkûmiyet kararı niteliğinde olması halinde, ceza muhakemesi sisteminin öngördüğü çerçevede ortadan kaldırılmadığı ve şeklen kesinleştiği durumda ilgilileri tarafından gereklerinin yerine getirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

*BGH* 1984 yılında vermiş olduğu bir kararda, ilk derece mahkemesinin sanık hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünü duruşmada tefhim ettikten sonra, ceza miktarının belirlenmesi bakımından önem arz eden bir hususun gözden kaçırıldığını anlayıp ikinci bir hüküm tesis ettiği olaya ilişkin yaptığı incelemede; ilk derece mahkemesinin hükmü tefhim ederek açıkladıktan sonra bu hüküm üzerinde herhangi bir değişiklik yapma yetkisinin bulunmadığını, bu itibarla ilk hükümdeki eksikliklerin giderilmesi amacıyla ikinci bir hüküm tesis edilemeyeceğini tespit etmiş ancak buna rağmen mahkemenin kurduğu ikinci hükümün yoklukla malul olmadığına hükmetmiştir<sup>107</sup>. *BGH* kararında, ağır hukuka aykırılıkları bünyesinde barındıran hükümlerin yokluk müeyyidesine tabi olduklarının yargı kararlarında ve doktrinde kabul edildiğini ancak somut olayda mahkemenin hükmün tefhiminden sonra söz

<sup>105</sup> “Mahkemece 26.06.2014 tarihinde, esas hakkında hüküm kurularak dosyadan el çekildikten sonra, dosyanın yeniden ele alınarak verilen nakil aracının müsaderesine yönelik 03.11.2014 tarihli ek karar hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu ...” Y7CD, 8760/12191, 11.10.2021.

“Mahkemenin 08.06.2016 tarihli ek kararı ile sanık hakkında infaz aşamasında yapılan dosya incelemesinde kararın sehven 200 gün adli para cezasının paraya çevrilmesi gerekirken, hapis cezasının paraya çevrildiği görüldüğü, dosya re’sen ele alınıp “adli para cezasının, 5237 sayılı TCK nun 50-52. maddesi uyarınca günlüğü takdiren 20 TL’den paraya çevrilerek sanığın 4000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına,” ilişkin karar verildiği, ancak hükmün tefhimi ile dosyadan el çeken mahkemenin 08/06/2016 tarihli ek kararının hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu...” Y15CD, 3235/6426, 23.6.2020.

“Mahkemenin 23.12.2009 tarihli kararıyla sanık hakkında, hakaret ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından kurulan ilk hükmün o yer Cumhuriyet savcısının temyizi üzerine, Yargıtay 4. Ceza Dairesininin 18.12.2013 tarih, 2012/18154 esas, 2013/32800 karar sayılı ilamıyla yalnızca hakaret suçuna ilişkin bozma kararı verildiği, görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin herhangi bir temyiz talebi olmaması nedeniyle temyiz incelemesi dışında kaldığından temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olduğu gözetilmeden, bozmadan sonra yapılan yargılama sonucunda görevi yaptırmamak için direnme suçundan yeniden hüküm kurulmuş ise de, bu hükmün hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu anlaşıldığından, sanık ...’nın tebliğnameye uygun olarak, görevi yaptırmamak için direnme suçuna ilişkin temyiz davası isteği hakkında bir karar vermeye yer olmadığına” 18CD, 2304/8598, 4.6.2018.

“Sanık hakkında mala zarar verme, hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarından açılan davada İzmir 29. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 05.05.2009 tarih ve 2009/218 esas 2009/330 karar sayılı kararı ile tüm suçlardan mahkûmiyetine karar verildiği, bu kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 6. Ceza Dairesininin 2009/20704 esas 2010/17515 karar sayılı ilamı ile konut dokunulmazlığını ihlal etme suçundan kurulan hükmün bozulduğu, mala zarar verme ve hırsızlık suçlarından verilen hükümlerin ise, onanarak kesinleştiği, bu nedenle bozma sonrası sanık hakkında yeniden mala zarar verme suçundan kurulan mahkûmiyet kararının hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu anlaşıldığından, sanık vasisininin tebliğnameye uygun olarak, mala zarar verme suçuna ilişkin olan temyiz davası isteği hakkında bir karar vermeye yer olmadığına” Y18CD, 863/12459, 8.10.2018.

Aynı yönde: Y7CD, 1731/12201, 11.10.2021; Y4CD, 3880/5170, 17.3.2016; Y14CD, 42/2437, 14.3.2016; Y17CD, 4/2326, 14.5.2015; Y4CD, 20753/19802, 15.12.2020.

<sup>106</sup> Bu hususta bkz Yukarıda V-B başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>107</sup> *BGH*, 24.01.1984 - 1 StR 874/83 (LG Hof), NSStZ 1984, 279.

konusu hükmü değiştirerek ikinci bir hüküm tesis etmesinin hukuk devletinde benimsenen ceza muhakemesi sisteminin temel esaslarını ihlal edici bir nitelikte olmadığına belirtmiştir<sup>108</sup>. Bu olaydaki hukuka aykırılık, derece mahkemesinin hükmün artık geri alınamaz ve değiştirilemez biçimde hukuk dünyasında tezahür ettiği anı yanlış değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. BGH kararında da belirtildiği gibi derece mahkemesi ilk hükmü tesis ettikten ve henüz taraflara başvurabilecekleri kanun yolları hakkında bilgilendirmede bulunmadan (*Rechtsmittelbelehrung*) hüküm kurma işleminin tamamlanmadığını kabul ederek hukuka aykırı hareket etmiş ve ikinci hükmü tesis etmiştir. BGH tarafından, bu hukuka aykırılığın tesis edilen ikinci hükmün yokluğunu sonuçlayacak nitelikte ağır bir hukuka aykırılık teşkil etmediği kabul edilmiştir. Esasında bu karardan da anlaşılacağı gibi BGH, daha önce de ifade edildiği gibi, hükmün yokluğu müessesesini hiçbir somut uyumsuzluk bağlamında kabul etmemektedir.

### C. Hükümün Kamu Davasında Yargılanmakta Olmayan Kişi Hakkında Tesis Edilmiş Olması

#### 1. Birleştirme veya Tefrik Kararı Verilmesi Dolayısıyla İlgili Kamu Davasında Sanık Sifatının Ortadan Kalkması

Yargılama sonucunda aslında ilgili kamu davasında sanık sıfatına sahip olmayan bir kişi hakkında hüküm tesis edilmiş olabilir. Örneğin, mahkeme tarafından hakkında ayırma kararı verilerek yeni bir esasa kayıtlı olarak yargılamasına başlanan ve tefrik kararı verilen kamu davasında artık sanık sıfatına sahip bulunmayan kişi hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş olabilir. Yargıtay uygulamasına göre, bu gibi hallerde tesis edilen hükümler yoklukla maluldür<sup>109</sup>.

Hiç şüphesiz bu tarz hükümler bünyelerinde ağır ve bariz nitelikte hukuka aykırılık barındırmaktadır. Ancak her ne kadar halihazırda verilen birleştirme veya ayırma kararı dolayısıyla söz konusu kamu davasında artık hakkında sanık sıfatıyla hüküm kurulması hukuka aykırı olsa da bu kişiyle ilgili tesis olunan bu tarz bir hüküm kanaatimizce hukuken “yok” addedilemez. Burada yapılması gereken, bu hukuka aykırı nitelikteki hükmün kanun yolları vasıtasıyla ortadan kaldırılmasıdır.

Şayet bu tarz bir mahkûmiyet hükmü tesis edilmiş ve bu hüküm kanun yolu denetiminden geçmeyerek ya da kanun yolunda fark edilmeden kesinleşmişse,

<sup>108</sup> BGH, NSz 1984, 279.

<sup>109</sup> “...Bilecik Ağır Ceza Mahkemesinin 22/11/2008 tarih E 2008/152 K 2008/170 sayılı birleştirme kararıyla sadece sanık ... hakkındaki davanın birleştirildiği, sanık ... hakkında birleştirme kararı verilmediği, bu sebeple ...'in katılan ...'ye yönelik dolandırıcılık suçuyla ilgili olarak verilen düşme kararı hukuken yok hükmünde olup ortada temyizi kabul bir hüküm bulunmadığı cihetle: katılan vekillerinin bu karara yönelik temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine...” Y11CD, 13495/104, 09.01.2018.  
“... sanık hakkında tefrik kararı verildiği halde, hakkında örgüte üye olmak suçundan verilen beraat kararı yok hükmünde kabul edilmiş...” Y7CD, 3337/35412, 30.9.2019.

hükümün infazının gerçekleştirilmesi için hüküm kendisine gönderilen Cumhuriyet Başsavcılığı bu hükümün infazını gerçekleştirmek zorundadır. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 20. maddesi uyarınca; *Hapis cezasını içeren kesinleşmiş mahkûmiyet kararları, mahkemece, hangi hükümlü ve hangi cezanın infazına ilişkin olduğu açıkça belirtilmek suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet Başsavcılığınca infaz defterine kaydedilen ilâmdaki cezanın süresi gözetilerek hükümlü hakkında çağrı kâğıdı veya yakalama emri çıkarılır.* Bu kapsamda tesis edilen mahkûmiyet hükümünün “yokluğu” kabul edilerek Cumhuriyet Başsavcılığının infaz işlemlerini gerçekleştirmeme yetkisi bulunmaz<sup>110</sup>.

Kanun yolu denetimi aşamasında da buna benzer bir durumla karşılaşılabilir. Örneğin, sanık hakkında istinaf mahkemesi tarafından kurulan dolandırıcılık suçundan beraat ve resmi belgede sahtecilik suçundan mahkûmiyet hükümlerine karşı yapılan temyiz denetimi sonucunda, istinaf mahkemesinin dolandırıcılık suçundan tesis ettiği beraat kararı aleyhe temyiz başvurusunun reddi dolayısıyla kesinleşir. Fakat resmi belgede sahtecilik suçundan verilen mahkûmiyet hükmü bozulur. İstinaf mahkemesi ise resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı tekrar başladığı yargılamada; hakkında daha önce dolandırıcılık suçundan verilen beraat kararı onanarak kesinleşen sanık hakkında dolandırıcılık suçundan mahkûmiyet kararı verir. Kanaatimizce bu hükümün de “kendiliğinden” yokluğu söz konusu olamaz. Bu durumda ortada daha önce kesin hükümle çözüme kavuşturulmuş bir uyuşmazlığın tekrar yargılamaya konu olması ve hakkında hüküm verilmesi sorunu mevcut olup bu durumda CMK m 223/7 kapsamında *non-bis in idem* ilkesinin gereklerinin uygulanması gerekir. Şayet dolandırıcılık suçundan verilen mahkûmiyet hükmü, kanun yolu denetiminden geçmeyerek kesinleşirse, bu hükümün olağan üstü kanun yolu muhakemesine tabi tutularak ortadan kaldırılması gerekir. Aksi halde, her ne kadar içerik olarak açıkça hukuka aykırı olsa da, hukuk dünyasında normatif olarak tezahür etmiş ve maddi anlamda kesin hüküm niteliğine kavuşmuş olan bu hükümün “yokluğundan” bahsedilemez ve hukuki sonuç doğurması söz konusu olur. Bu itibarla derdestlik durumunda veya daha önce aynı fiil ve sanıkla ilgili hüküm verilmiş olması halinde kurulan sonraki hüküm “yok” olarak nitelendirilemez.

## 2. Sanığın Kimliği ile İlgili Uyuşmazlıklar

Kişinin kimlik bilgileriyle bağlantılı bir sebeple, hakkında kamu davası açılmamış olan kimse hakkında hüküm tesis edilmiş olabilir. İlk ihtimalde, hakkında kamu davası açılan sanık yerine bir başkası, sanığın kimlik bilgilerini kullanarak duruşmalara katılır. Yargılama sonucunda hakkında kamu davası açılmış olan sanığın kimlik bilgileri üzerinden mahkûmiyet hükmü verilir. Söz konusu hüküm, sanığın savunma hakkını

<sup>110</sup> Sonuç olarak aynı yönde bkz Ünver/Hakeri (n 22) 152.

kullanmamış olması dolayısıyla muhakeme süjesi olan bireysel savunma makamının katılımı olmaksızın kurulmuş olmakla birlikte yok şeklinde nitelendirilemez<sup>111</sup>. Bu durumda ortada, hakkında kimlik bilgileri esas alınmak suretiyle iddianame düzenlenerek kamu davası açılmış sanık hakkında kurulmuş hukuka aykırı nitelikte bir mahkûmiyet hükmü vardır<sup>112</sup>. Bu durum, duruşmada hazır bulunma yetkisinin kullanılmasından meşru bir gerekçe olmaksızın tamamen mahrum bırakılmış olan sanık hakkında tesis edilen hükümle aynı şekilde değerlendirilmelidir<sup>113</sup>.

İkinci ihtimalde ise kişi, soruşturmanın başından beri başka bir kimsenin kimlik bilgilerini kullanarak duruşmalara katılır ve nihayetinde mahkeme tarafından kimlik bilgileri kullanılan şahıs hakkında hüküm tesis edilir. Bu durumda, başkasının kimlik bilgilerini kullanan kişi hakkında TCK m 268 kapsamında ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir. Ancak sanığın kullandığı kimlik bilgilerinin ait olduğu kişi hakkında tesis edilen hüküm yoklukla malul değildir<sup>114</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararına konu olan olayda; hırsızlık suçu dolayısıyla yakalanan sanık görevli polis memurlarına üzerinde kendi fotoğrafının bulunduğu sahte nüfus cüzdanını vererek yakalama tutanağını bu isme göre Z.D. olarak imzalar. Bilahare bu kez isminin Z.D. değil M.D. olduğunu söyleyerek şüpheli hakları formunu ve soruşturma evrakını bu ismi kullanarak imzalar. M.D. hakkında, daha önce sahte kimlik belgesi kullanılarak yakalama tutanağının imzalanması olayıyla ilgili olarak resmi belgede sahtecilik suçundan iddianame düzenlenir. Kamu davasını gören mahkeme M.D. hakkında mahkûmiyet hükmü verir, bu hüküm kesinleşir ve infaz aşamasına geçilir. İnfaz aşamasında gerçekte M.D. olan kişinin yargılanan şahsın amcası olduğu anlaşılır ve onun avukatı tarafından yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunularak M.D. hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılır. Bu olay kapsamında uyuşmazlık; kişinin M.D. olduğunu beyan ederek yürütülen kovuşturma sonucunda hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmünün “sahte” olup olmadığı ve bununla bağlantılı olarak beyanıyla M.D. hakkında hüküm kurulmasına sebebiyet veren kişinin resmi belgede sahtecilik suçundan dolayı sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmıştır. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, M.D. hakkında tesis edilen hükmün sahte olduğuna ve M.D.’nin kimlik bilgilerini kullanarak yargılanıp

<sup>111</sup> Lutz Meyer-Goßner, ‘Der „falsche“ Angeklagte’ (2009) 4 (10) ZIS, 523. Hükmün yokluğuna dair aksi görüş için bkz Schmidt (n 1) 115; Henkel (n 15) 258; Peters (n 9) 523. Yazarlara göre, hakkında iddianame düzenlenmiş olan sanık duruşmalara katılmadığı ve dinlenmediği için bu kişi hakkında verilen hüküm, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından savunma hakkının kullanımına imkan tanınmadan tesis edildiği için yoklukla maluldür. Kamu davası sonucunda hakkında iddianame düzenlenmemiş kişiye yönelik olarak kurulan hüküm ise fiilen duruşmalara katılan bu kimse bakımından ortada bir iddia bulunmadığı için yoklukla maluldür.

<sup>112</sup> Kühne (n 9) 430; Schroeder/Verrel (n 37) 224.

<sup>113</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (n. 14) 523. Aksi görüş için bkz Yurtcan (n 24) 556-557. Yazara göre, bu durumda iddianamede adı ve kimlik bilgileri bulunan kişi “yargılanmış” sayılmaz ve hakkında yapılan bir yargılama bulunmadığı için hüküm o kişiye ilişkin olarak verilmiş kabul edilemez. *Yurtcan*’a göre bu durumda hüküm, fiilen yargılamalara katılan kişi hakkında tesis edilmiştir, Yurtcan (n 24) 557.

<sup>114</sup> Aksi görüş için bkz Krug (n 18) 418 dn 16. Yargıtay da bu durumda ortada ağır nitelikteki hukuka aykırılığa dayanan bir karar bulunduğu ve kararın “yok hükmünde” olup hukuksal geçerliliği bulunmadığına karar vermiştir, Y10CD, 4146/8923, 23.9.2014.

onun hakkında hüküm verilmesine sebebiyet veren kişinin resmi belgede sahtecilik suçundan sorumlu tutulmasına hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise isabetli bir biçimde; M.D. adına tesis edilen mahkûmiyet hükmünün “sahte” nitelikte olmadığına hükmetmiştir<sup>115</sup>.

Yapılan bu açıklamalar çerçevesinde; başkasının kimlik bilgileri kullanılarak, kimlik bilgileri kullanılan kişi hakkında iddianame düzenlenmesi ve hüküm tesis edilmesine sebebiyet verilmesi halinde bu hüküm yok niteliğinde olmayıp yargılama devam ederken gerçeğin anlaşılması halinde sanığın suçu işlemediğinin anlaşılması dolayısıyla beraat kararı, hüküm kesinleştikten sonra gerçeğin anlaşılması halinde ise yargılamanın yenilenmesi kararı verilmelidir.

Son olarak iddianame gerçekten hakkında soruşturma yürütülen şüpheli hakkında düzenlenmekle birlikte, her nasılsa hükmün iddianamede adı geçen kişi hakkında değil bir başkası hakkında tesis edilmesi söz konusu olabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.06.2010 tarihli ve E 2010/6-121 K 2010/147 sayılı kararına konu olayda; hakkında kamu davası açılan sanığın ilk celsede sorgusu yapılırken beyanı üzerine kimlik bilgileri başka bir kimse olarak tutanağa geçirilmiş ve aynı oturumda bu kimlikle ilgili nüfus kaydı okunmuştur. Yapılan duruşma sonucunda ilk celsede kimlik bilgileri tutanağa geçirilen kişi hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilmiştir. Genel Kurul kararında; ilk derece mahkemesi tarafından iddianamede adı geçmeyen kişi hakkında tesis olunan hükmün “bozulmasına” hükmederek, söz konusu hükmün hukuken yoklukla malul olmadığını kabul etmiş olmaktadır.

#### **D. Davasız Yargılama Olmaz İlkesine Aykırı Olarak Tesis Edilen Hükümler**

İddianame ya da iddianame yerine geçen belge düzenlenmeksizin yargılama yapılması hukuka aykırı olup *iddiasız-davasız yargılama olmaz* ilkesinin ihlaline sebebiyet verir<sup>116</sup>. Bir başka ifadeyle, hukuka uygun olarak gerçekleştirilen bir yargılama faaliyetinden bahsedilebilmesi için öncelikle ortada usulüne uygun olarak gerçekleştirilmiş bir iddia faaliyetinin bulunması gerekmektedir. CMK'nın 225. maddesine göre: *Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil*

<sup>115</sup> “Bir suç ihbarı üzerine yakalanan sanığın kendisini soruşturmadan kurtarmak maksadıyla adını önce “Z. D..”, ardından “M. D..” olarak söyleyip gerçek kimliğini gizlediği, beyanı üzerine “M. D..” hakkında açılan kamu davasının yargılaması sonucunda yalan beyanda bulunmak ve sahte nüfus çizdani kullanmak suçlarından adı geçen hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğu, bu mahkûmiyet hükmünü de “M. D..” kimliği ile sanık M. D. 'nin infaz ettiği anlaşılan olayda, kendisini soruşturmadan kurtarmak amacıyla kimliği konusunda gerçek dışı beyanda bulunan sanığın, sahtecilik suçunu oluşturabilecek şekilde 765 sayılı TCK'nun 339 ve 342. maddeleri ile 5237 sayılı TCK'nun 204. maddesinde sayılan bir hareketinin ya da bu hareketlere yönelik kastının bulunmadığı, dolayısıyla sanığın yalan beyanda bulunduktan sonra “M. D..” isimli kişi hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması nedeniyle eyleminin resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturmayacağı kabul edilmelidir.” YCGK, 221/214, 29.4.2014.

Kanaatimizce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, mahkemenin M.D. hakkında tesis etmiş olduğu hükmün sahte olmamasının nedeni M.D.'nin kimlik bilgilerini kullanarak yargılanan kişinin sahtecilik kastının bulunmaması değildir. Bu konuda bkz aşağıda V-J başlığı altında yapılan açıklamalar.

<sup>116</sup> Seydi Kaymaz, ‘Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları’ (2019) 21 (Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan), DEÜHFD 295, 297.

ve faili hakkında verilir. Mahkeme, fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir. Bu itibarla hükmün konusunu iddianamede şüpheli olarak gösterilen kişi(ler) ve ona yöneltilen isnat(lar) oluşturmaldır. Nitekim muhakeme faaliyeti kolektif nitelikte olup iddia ve savunma diyalektiğinden hareketle ulaşılan yargı hükmünde somutlaşmaktadır<sup>117</sup>.

Bu itibarla ilk bakışta, ortada usulüne uygun olarak açılmış bir kamu davası bulunmamasına rağmen bir şekilde mahkeme tarafından hüküm kurulmuş olması halinde bu hükmün kolektif bir çalışmanın, bir muhakemenin ürünü olmaması dolayısıyla iddianın bulunmadığı böyle bir durumda hükümden bahsedilemeyeceği ileri sürülebilir<sup>118</sup>. Nitekim Yargıtay, böyle bir durumda ortada temyiz incelemesine konu bir hüküm bulunmadığından bahisle ilk derece mahkemesinin hükmünün “yoklukla malul” olduğunu kabul ederek temyiz davası hakkında karar verilmesine/inceleme yapılmasına yer olmadığına karar vermektedir<sup>119</sup>.

Ancak muhakeme süreci, her biri kendi içinde bağımsız nitelik arz eden ve kendi mevcudiyet şartlarına tabi birçok farklı işlemde oluşmaktadır. Bu işlemlerin birinin yokluğu veya hatalı olması otomatik olarak bir diğer işlemin yokluğu sonucunu doğurmaz. Bu itibarla kanaatimizce, bu tarz bir durumda da –bünyesinde muhakeme işleminin maddi, iradi ve şekli şartlarını taşıyan- hüküm mevcut bulunmaktadır. Her ne kadar söz konusu hukuka aykırılık, bir hükmün bünyesinde barındırabileceği en ağır ve bariz nitelikteki hukuka aykırılıklardan biri olsa da, hükmün hukuk dünyasında tezahürünü ve şeklen kesinleşmesini kendiliğinden engellemez. Hukuki güvenlik gereğince, hükmün hukuken mevcudiyetini, kendisine ön gelen hukuka aykırılıklardan izole bir biçimde yalnızca kendi mevcudiyet şartları ekseninde değerlendirmek gerekmektedir<sup>120</sup>. Bir diğer ifadeyle hükmün mevcudiyeti, diğer muhakeme işlemlerinin varlığına/doğruluğuna bağlı değildir. Hükmün barındırdığı hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılma usulü kanun yolu denetimidir. Bu itibarla “davasız yargılama olmaz” ilkesi “davasız yargılama hukuka aykırı bir yargılamadır

<sup>117</sup> Kunter (n 2) 37 ila 40.

<sup>118</sup> Schmidt (n 1) 115; Kaymaz (n 116) 299, 319; Özbek/Doğan/Bacaksız (n 85) 141; Krug (n 18) 420. Krug’a göre, muhakeme ilişkisinin (Prozessverhältnis) hiç başlamadığı bu tarz bir durumda hüküm üzerine inşa edileceği temelden yoksun bulunmaktadır. Aksi görüş için bkz Roeder (n 1) 268-269.

Türk Hukukunda konu hakkında bilgi için bkz Kaymaz (n 116) 299 ila 303. Kaymaz’a göre, “Kovuşturma yapılabilmesi, dava açılmasına bağlıdır. Eğer dava yoksa kovuşturma yapmanın dayanağı yok demektir. Dava konusu yapılmayan bir fiille ilgili yapılan yargılama sonucunda verilen hüküm hukuksal değerden yoksun, yani yok hükmündedir.” Kaymaz (n 116) 319.

<sup>119</sup> “... Sanıklar hakkında katılana hakaret suçundan açılan bir davanın bulunmadığı gözetilerek verilen kararların hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu anlaşıldığından temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından karar verilmesine yer olmadığına ...” Y4CD, 10994/14161, 18.5.2021.

“Sanıklar hakkında zimmet suçundan açılan bir davanın bulunmadığı gözetilerek verilen beraat kararlarının hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu anlaşıldığından temyiz incelemesine konu hüküm bulunmadığından inceleme yapılmasına yer olmadığına...” Y7CD, 3337/35412, 30.9.2019.

“Sanıklar hakkında ise silahlı terör örgütüne üye olmakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan cezalandırılmaları için iddianamede sevk maddesinin gösterilmediği ve haklarında usulüne uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığı, görevsizlik kararında bu suçlardan sevk maddelerinin belirtilmiş olmasının da dava açıldığı anlamına gelmeyeceği gözetilmeyerek, beraatlerine dair verilen hükümlerin hukuken geçersiz ve yok hükmünde olduğu anlaşılmakla...” Y16CD, 1066/1243, 24.4.2015.

<sup>120</sup> Roeder (n 1) 269.



ve bu yargılamada kurulan hüküm hukuka aykırı bir hükümdür” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira kişi hakkında usulüne uygun bir biçimde açılmış kamu davası olmasa da; duruşmada kanunen hüküm vermeye yetkili hâkim tarafından iradi olarak tesis edilen bir hüküm mevcudiyetini, hukuk güvenliğinin zorunlu bir şartı olarak kabul etmek ve hukuka aykırı nitelikteki bu hükümün ceza muhakemesi sisteminin öngördüğü çerçevede ortadan kaldırmak gerekmektedir. Bu durumda, usulüne uygun açılmış bir kamu davasının yokluğuna rağmen tesis edilen hükümün CMK m 225/1 hükmüne aykırılıktan dolayı bozulmasına karar verilmelidir<sup>121</sup>. Bu bağlamda, usulüne uygun olarak düzenlenmiş bir iddianame bulunmaksızın yapılan yargılama sonunda kurulan esasa ilişkin hükümle (mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı) ilgili yapılan kanun yolu denetimi sonucunda bu hüküm bozularak uyuşmazlığın tekrar mahkemenin önüne gelmesi halinde hangi kararın verilmesi gerektiği sorusu yanıtlanmalıdır. Kanaatimizce, ceza muhakemesi sisteminde “muhakeme şartlarının mevcut bulunmaması ve gerçekleşmeyeceklerinin anlaşılması” halinde verilecek düşme (CMK m 223/8) kararı, usulüne uygun olarak açılan bir kamu davası bulunmamasına rağmen mahkemenin esasına kayıtlı olarak görülmeye başlanan uyuşmazlığın sonlandırılması için başvurulması gereken yöntem olmalıdır<sup>122</sup>.

Düzenlenmiş bir iddianame bulunmasına ve mahkeme tarafından bu iddianame kabul edilerek yargılama aşamasına geçilmesine rağmen, iddianamede sanıklara yüklenen suç teşkil eden eylemlerin nelerden ibaret olduğu açıklanmadığı için esasen suç isnadı barındırmayan belgenin *hukuken iddianame sayılamayacağı* kabulünden hareketle CMK’da yeri bulunmayan “*karar verilmesine yer olmadığı*” kararı verilmesi ise hukuka aykırıdır. Nitekim mahkeme tarafından iddianame kabul edildikten sonra, bu kez ortada *hukuki* manada bir iddianame bulunmadığı gerekçesiyle sistemde yer almayan “*karar verilmesine yer olmadığı – hüküm kurulmasına yer olmadığı*” şeklinde karar verilmesi halinde ortada bir hüküm bulunmamaktadır. Bu tarz bir kararın verilmesi halinde bu kararla ilgili teknik anlamda bir kanun yolu denetimi yapılamaz ve yalnızca bu kararın yokluğu tespit edilerek gereğinin yapılması için dosya ilgili mercie tevdi edilmelidir. Dolayısıyla mahkeme tarafından uyuşmazlıktan el çekmesi sonucunu doğuran bu karar CMK’da sayılan hüküm türlerinden biri

<sup>121</sup> Yargıtay’ın hükme konu suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmediğini ve açık dava bulunmadığını belirterek *hükümün bozulmasına* karar verdiği bir örnek için bkz “5271 sayılı CMK’nın 225/1.maddesine göre, hükümün ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fil hakkında verilebileceğinin düzenlenmesi karşısında, hükümün konusunun iddianamede gösterilen eylemden ibaret olduğu, bu itibarla sanık hakkında iddianame içeriğine ve sevk maddelerine göre elektrik enerjisi hırsızlığı suçundan kamu davası açıldığı ancak mühür bozma suçundan açılmış bir dava bulunmadığı gözetilmeden, mühür bozma suçundan suç ihbarında bulunulması ile yetinilmesi gerekirken ek savunma vermek suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması, *bozmayı gerektirmiştir*... “ Y13CD, 13886/14110, 28.9.2015.

Kanaatimizce ceza muhakemesi sistemine uygun yöntem “hüküm bozulmasına” karar verilmesidir. Bu durumda, bozma üzerine hüküm veren mahkemenin “iddianame bulunmaması” dolayısıyla davanın düşmesine karar vermesi gerekir.

<sup>122</sup> Alman ceza muhakemesinde “geçeri bir iddianın” varlığının muhakeme şartı niteliğinde bulunduğu dair bkz Beulke/Swoboda (n 31) 226.

olmadığı için ortada mevcut bir hüküm bulunmamakta; bir diğer ifadeyle “hükümün fiili yokluğu” söz konusu olmaktadır<sup>123</sup>.

### E. Ceza Sorumluluğu Bulunmayan Kişi Hakkında Kamu Davası Açılarak Hüküm Kurulması

Türk Ceza Hukukunda 0-12 yaş aralığı grubunda bulunan çocukların ceza sorumlulukları yoktur, bu çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılamaz (TCK m 31/1). Buna rağmen, bu yaş grubundaki çocuklar hakkında çocuğun yaşını gerçeğe aykırı beyan etmesi, yaşın tespitinde yapılan bir hata veya herhangi bir sebepten kaynaklı olarak iddianame düzenlenmesi ve düzenlenen bu iddianamenin kabul edilmesi sonucu yargılama yapıp hüküm verilmesi halinde ortada “hukuka aykırı” bir hüküm bulunmaktaysa da hukuken yok niteliğinde değildir<sup>124</sup>. Bu durumda hukuka aykırı olarak tesis edilen hüküm CMK’da öngörülen kanun yollarına başvurulmak suretiyle ortadan kaldırılmalıdır. Bu belirlemenin pratik sonucu kendisini yalan tanıklık suçuyla bağlantılı olarak gösterebilir. Şayet bu hüküm, hakkında kovuşturma yapılabilmesi mümkün olmayan bir kişi hakkında yürütülen yargılama sonucunda tesis edildiği için hukuken yok kabul edilirse söz konusu muhakeme sürecinde tanık sıfatıyla dinlenen kişilerin beyanları da ortada etki edebilecekleri bir hüküm bulunmadığı için adaleti yanıltma niteliğini bünyesinde barındırmadıklarından bahisle yalan tanıklık olarak nitelendirilemez. Oysa bu tarz bir muhakeme sonucunda da ortadan kaldırılana kadar mevcut ve hukuken sonuç doğurmaya muktedir bir hüküm bulunduğu için yapılan tanıklıklar yalan tanıklık suçunu oluşturabilir.

### F. Non-bis in İdem İlkesine Aykırılıklar

Alman ceza muhakemesi hukukunda *non-bis in idem* ilkesi ihlal edilerek verilen sonraki tarihli hükümlerin yoklukla batıl oldukları görüşü savunulmaktadır<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 11.03.2021 tarihli ve E 2019/457, K 2021/103 sayılı kararında; ilk derece mahkemesi tarafından verilen bu tarz bir kararın hüküm olarak nitelendirilemeyeceği dolayısıyla temyiz denetimine tabi tutulamayacağına karar vermiştir. Genel Kurul, ilk derece mahkemesi tarafından eylemlerin iddianamede açıklanmadığı gerekçesiyle verilen “karar verilmesine yer olmadığına” dair kararın CMK’da sayılan hüküm türlerinden biri olmaması dolayısıyla temyize (veya olağanüstü kanun yolu denetimine) konu olamayacağını ve hakkında bozma kararı verilemeyeceğini kabul etmektedir. Aksi yönde karar için bkz Y4CD, 16068/14928, 17.05.2017. Daire tarafından, ilk derece mahkemesinin verdiği “karar verilmesine yer olmadığına dair karara” yönelik kanun yararına bozma talebini kabul ederek söz konusu kararın CMK m 309 hükmü uyarınca kanun yararına bozulmasına karar vermiştir.

<sup>124</sup> 11 yaşındaki sanık hakkında verilen ceza mahkûmiyeti hükmünün *yok* niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz Tosun (n 11) 682; Henkel (n 15) 258. Alman ceza hukukunda 14 yaşından küçük çocukların ceza sorumluluğu yoktur. 13 yaşındaki çocuk hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün “yoklukla” malul olduğuna dair bkz Peters (n 9) 520; Luther (n 41) 93-94; Schroeder/Verrel (n 37) 223-224. Yine müebbet hapis cezasıyla cezalandırılabilmesi mümkün olmayan 14-18 yaş aralığında bulunan bir çocuğun müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesi halinde de hükmün yokluğunu kabul etmektedir, Henkel, (n 15) 258. Bizim katıldığımız aksi görüşe göre ise; ceza sorumluluğu bulunmayan çocuk ya da akıl hastası hakkında tesis edilen mahkûmiyet hükmü hukuka aykırı olmakla birlikte bu hukuka aykırılığın kanun yolu muhakemesinde ortadan kaldırılması gerekir. Bu itibarla söz konusu durumda hukuken yoklukla malul bir hüküm bulunmamaktadır, Roeder (n 1) 287-288. Aynı şekilde, akıl hastası olan sanığın, duçar olduğu akıl hastalığının kendisini savunamayacak durumda bırakması dolayısıyla “muhakeme ehliyeti” bulunmaması, onun hakkında kurulan hükmün hukuken yokluğunu sonucunu doğurmaz, Roeder (n 1) 288 dn 119. Bu durumda muhakeme şartı bulunmadan kurulmuş hukuka aykırı bir hükmün varlığı söz konusudur.

<sup>125</sup> Schmidt (n 1) 116; Peters (n 9) 520; Henkel (n 15) 258; Kleinknecht (n 4) 25-26; Roeder (n 1) 293, 295.

Buna göre, aynı kişi ve aynı fiille ilgili kesinleşmiş bir ceza mahkemesi hükmü varken daha sonraki tarihte verilen hüküm yoklukla batıldır. Ancak bu görüş, aynı fiil ve aynı sanıkla ilgili olarak tesis edilen ikinci hükmün “hukuka aykırılığının” hükmün yokluğu görüşünün savunanların esas aldığı temel prensipler olan hukuka aykırılığın bariz nitelikte olması, herkes tarafından anlaşılabilir olması ve hukuk düzeni bakımından katlanılamaz sonuçlar doğurması gibi kriterleri bünyesinde barındırmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Buna göre, *non-bis in idem* ilkesine aykırı olarak tesis edilen ikinci hükmün yokluğa tabi olduğundan bahsedilemez. Bu durumda tesis edilen ikinci hüküm mevcut kanun yolları işletilmek suretiyle ortadan kaldırılmalıdır<sup>126</sup>.

Türk ceza muhakemesi sisteminde *non-bis in idem* ilkesine aykırılık halinde nasıl hareket edileceği CMK m 223/7’de açıkça düzenlenmiş olup tesis edilen ikinci hükmün hukuken yokluğunu kabul edebilmek mümkün değildir. Bu ikinci hüküm, hüküm kanun yolu denetiminde ortadan kaldırılmadıkça hukuken mevcudiyetini sürdürür. Örneğin, kişi hakkında verilen sonraki tarihli hüküm bir mahkûmiyet hükmü ise bu hüküm ortadan kaldırılmadığı müddetçe infaza konu olabilir.

### **G. Mevcut Kanunda Bulunmayan Suçtan Dolayı Mahkûmiyet Hükümü Tesis Edilmesi**

Sanık hakkında yürürlükte bulunmayan bir kanun hükmünden veya hukuk düzeninde mevcut olmayan bir mefruz suçtan dolayı mahkûmiyet hükmü verilmiş olabilir. Sanık hakkında herhangi bir kanunda suç olarak düzenlenmiş olmayan bir fiilden dolayı mahkûmiyet hükmü tesis edilmesiyle bağlantılı olarak Alman hukukunda hükmün yokluğunu savunan yazarlar arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre, kanun koyucunun iradesi dışına çıkan ve kanunlarda suç olarak düzenlenmemiş bir davranışı mahkûmiyet hükmüne konu eden mahkemenin hükmü yoklukla maluldür<sup>127</sup>. Bu durumda mahkeme, kanunilik ilkesine aykırı hareket etmekte olup devletin meşru cezalandırma yetkisinin sınırlarını aşan bu hüküm hukuk dünyasında hiçbir zaman mevcudiyet bulmaz<sup>128</sup>. Diğer görüşe göre ise, bu durumda ortada hatalı bir hüküm bulunmaktadır ancak bu hüküm hukuk düzeni bakımından katlanılamaz nitelikte olmayıp geçerliliğinin kendiliğinden reddedilmesi söz konusu değildir<sup>129</sup>.

<sup>126</sup> Meyer-Goßner/Schmitt (n 14) 26-27; Kühne (n 9) 428-429; Yenisey/Nuhoğlu (n 7) 145.

<sup>127</sup> Henkel (n 15) 258; Kleinknecht (n 4) 25.

<sup>128</sup> Krug (n 18) 418-419.

<sup>129</sup> Kühne (n 9) 431; Peters (n 9) 520. Ancak *Peters* tarafından bu durumda hükmün yokluğunun kabul edilemeyeceği görüşü benimsenmekle kanaatimizce “*hükümün bünyesindeki hukuka aykırılığın katlanılamazlığı*” ölçütünün ikna edici ve tutarlı bir kriter teşkil etmediği açığa çıkmaktadır. Zira daha önce bir çocuk hakkında müebbet hapis cezasına hükmedilmiş olması halinde hükmün yokluğu kabul edilirken mevcut kanunlarda tanımlanmayan bir suç dolayısıyla sanığın mahkum edilmesi halinde hükmün yokluğundan neden bahsedilemeyeceği, bu tarz bir hükmün niçin “hukuk toplumu açısından katlanılamaz olmadığı” açıklanamamaktadır.

Kanaatimizce, mahkemenin yargılama sonucunda kanunlarda suç olarak tanımlanmayan bir fiilden dolayı mahkûmiyet hükmü tesis etmesi halinde bu hüküm hukuka aykırıdır ancak hukuken yokluğu söz konusu değildir. Bu hükmün kanun yolu aşamasında hukuka aykırılığı tespit edilerek ortadan kaldırılması gerekir. Örneğin, sanık hakkında mahkemenin “*taksirle mala zarar verme*” ya da “*zina*” suçundan mahkûmiyet hükmü tesis etmiş olması halinde bu hükümler hukuka açıkça aykırıdır. Zira taksirle mala zarar verme fiili ve zina mevcut ceza hukuku sisteminde suç teşkil etmemektedir. Her iki halde de ortada hukuka aykırı mahkûmiyet hükümleri bulunmaktadır ve kanun yolu muhakemesi çerçevesinde ortadan kaldırılmaları gerekir<sup>130</sup>.

## H. Hükmün Ceza Kanunu’nda Öngörülen Yaptırım Türlerinden Farklı Bir Yaptırım İçermesi

Alman doktrininde hükmün ceza kanununda öngörülmeyen bir yaptırımı içermesi halinde de bu hükmün yokluğu ileri sürülmüştür<sup>131</sup>. Buna göre; ceza mahkemesinin hapis veya adli para cezası dışında kanunda düzenlenmeyen türde bir “cezaya” hükmetmesi halinde ortada bir mahkûmiyet hükmü bulunmaz. Bu durumda hüküm, hukuk düzeninde suç teşkil eden haksızlıklara karşı uygulanması öngörülmemiş olan reaksiyonları barındırdığı için artık hukuken ceza mahkemesinin kesin olarak yetkisizliğinden bahsedilmesi gerekmektedir. Hukuk yaratma yetkisi olmayan ceza hâkiminin mevcut bulunmayan bir hukuk kuralının hatalı uygulandığından da bahsedebilmek mümkün olmadığı için hukuk mantığı gereği bu durumda “hükmün hukuken yokluğu” söz konusu olur<sup>132</sup>.

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu’nda belirtilen yaptırım türlerinden başka bir yaptırım içeren mahkûmiyet hükmü yok olarak nitelendirilemez. Bu durumda ortada infazı mümkün olmayan bir mahkûmiyet hükmü bulunmaktadır. Ancak bu hükmün hukuken ortadan kaldırılması gerekir. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu’nda öngörülmemiş olan bir cezanın mahkûmiyet hükmünde yer almasına uygulamada rastlamak çok mümkün olmasa da bu durumla güvenlik tedbirleri bakımından, örneğin mahkemenin TCK m 50 kapsamında kısa süreli hapis cezasını seçenek tedbire çevirdiği hallerde karşılaşılabileceği mümkündür. Türk yargı uygulamasında mahkemelerin esasen seçenek tedbir olarak öngörülmemiş olan bir tedbire hükmettikleri kararlar bulunmaktadır. Bu durumda Yargıtay söz konusu hükümlerin yoklukla malul olduklarına karar vermemekte, bu hükümlerin bozulmasına karar vermektedir<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Grünwald (n 41) 262.

<sup>131</sup> Schmidt (n 1) 115; Krug (n 18) 419; Roeder (n 1) 288; Schroeder/Verrel (n 37) 223-224. *BGH*’nin bu yönde 23.10.1953 tarihli bir kararına dair bilgi için bkz Luther (n 41) 96.

<sup>132</sup> Roeder (n 1) 289.

<sup>133</sup> Bu yönde: Y2CD, 28.02.2011, 36131/3714. Bu kararda sanık hakkında kanuna öngörülmeyen bir tedbire hükmedilmiş olmasının bozmayı gerektirdiğine karar verilmiştir. TCK m 50 kapsamında sanık hakkında “her gün bir saat süreyle bir kütüphanede kitap okuma tedbirine” hükmedilmesinin böyle bir tedbir Kanunda öngörülmediği için hukuka aykırı olduğu ve bozmayı gerektirdiğine dair karar için: YCGK, 29.4.2008, 7-80/93.

Cezanın türü kanunda öngörülmüş olmakla birlikte mahkûmiyet hükmünde cezanın miktarı bakımından kanunda belirlenen sınırlamalara riayet edilmemesi halinde hüküm mevcut olup yokluğu söz konusu değildir<sup>134</sup>. Örneğin, süreli hapis cezasının belirlenmesi kapsamında somut ceza kanunen otuz yıldan fazla olamamasına rağmen hükümde sanık hakkında daha fazla süreli bir somut cezaya hükmedilmesi halinde bu hüküm hukuka aykırı olmakla beraber yoklukla malul değildir. Aynı şekilde Kanunda karşılığında yalnızca hapis cezası öngörülmüş bulunan bir suç için yargılama sonucunda mahkeme tarafından adli para cezasına hükmedilmesi halinde söz konusu hukuka aykırılığı bünyesinde barındıran hükümün “yokluğundan” bahsedilemez.

### I. Esaslı Muhakeme İlkelerine Riayetsizlikler

Alman doktrininde *Peters* tarafından esaslı muhakeme ilkelerine riayet edilmeksizin kurulan hükümler yok niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür. Yazar bu duruma örnek olarak; hakkında kamu davası açılmış olan sanığın hukuki bir gerekçe bulunmaksızın duruşmada hazır bulundurulmaması ve savunma yapma imkânı tanınmadan hakkında hüküm tesis edilmesini göstermektedir<sup>135</sup>.

Şayet sanık hakkında duruşma açılmaksızın dosya üzerinden hüküm verilmesi söz konusuysa, şekil şartını bünyesinde barındırmayan bu hükümün fiili yokluğu söz konusu olur. Ancak sanık hakkında, duruşmada hazır bulunmamasını haklı kılan sebepler olmadan ya da savunma yapma imkânı ortadan kaldırılarak *duruşmada* kurulan hükümler ise hukuka aykırı olmakla birlikte bu hükümlerin yokluklarında bahsedilemez. Sanığın yokluğu halinde – sanığın yokluğunu haklı kılan gerekçeler bulunmasa bile- tesis edilen bu hüküm kanun yolu muhakemesinde ortadan kaldırılmadığı müddetçe hukuken geçerlidir.

Ceza muhakemesinde kovuşturma evresinde sözlülük ilkesi ve açıklık ilkesi geçerlidir. Söz konusu ilkeler kovuşturma evresinin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından temel nitelik arz eden, kovuşturma evresinin üzerine inşa edilmiş olduğu prensiplerdir. Bununla birlikte, kanuni şartları bulunmamasına rağmen kendisine öngelen aşamada hiç duruşma yapılmadan kurulması, usulüne uygun olarak celseler açılarak delillerin ikamesine ve tartışılmasına izin verilmeksizin tesis edilmesi veya kapalı duruşmada açıklanması hükümün yokluğu sonucunu doğurmaz. CMK m 289/1-f hükmünden de anlaşılacağı gibi bu durumda hüküm hukuka aykırıdır ve bu hukuka aykırılık bir mutlak bozma sebebidir.

Hükümün *duruşmada* açıklanması zorunludur. Bu hükümün şekli şartı kapsamında bir mevcudiyet şartıdır. Duruşmada açıklanmamış olan hüküm şekli şart eksikliği dolayısıyla *fiilen* yoklukla maluldür. Ancak hükümün açıklanmasına öngelen

<sup>134</sup> Krug (n 18) 419, dn 19; Roeder (n 1) 286-287.

<sup>135</sup> Peters (n 9) 522-523.

aşamadaki hukuka aykırılıklar, açıklanan hükmü yoklukla malul hale getirmez. Bu bağlamda duruşmanın kanuni gerekliliklerinin yerine getirilmemiş olması hükmü hukuka aykırı hale getirir de onun hukuken *yokluğu* sonucunu doğurmaz.

### İ. Hükümün Gereksizliği

Ceza muhakemesinin bir diğer temel esası mahkeme kararlarının gerekçeli olmasıdır. Gerekçe yükümlülüğü Anayasa'nın 141'nci ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34, 230 ve 232'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 141. maddesinin 3. fıkrasında mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması anayasal teminat altına alınmıştır.

Demokratik ve insan haklarına saygılı bir ceza muhakemesi sisteminde yargılama faaliyeti diyalektik bir karaktere sahiptir. Bu bağlamda yargılamada ileri sürülen iddiaların ve delillerin mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirildiğinin akla, hukuka ve uyumsuzluğun muhtevasına uygun şekilde açıklanması gerekir. Mahkeme tarafından verilen kararın rasyonel ve normatif dayanaklarının anlaşılabilmesi bir hukuk devletinde yeri olmayan keyfiliğe yol açar ve ilgililerin söz konusu kararın neden verildiğini anlayamamaları dolayısıyla toplumda hukuk bilincinin gelişmesini engeller. Ayrıca gerekçesizlik, hükmün kanun yolu muhakemesinde sağlıklı bir biçimde değerlendirilmesini de engeller. Bu itibarla keyfiliği önlemek, ilgilileri tatmin etmek, sağlıklı bir denetime imkân sağlamak bakımından, hükmün gerekçeli olması zorunludur<sup>136</sup>.

Hükmün hiç veya yeterli gerekçe ihtiva etmemesi CMK'da bir hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlenmiştir (CMK m 289/1-g). Bu itibarla hükmün tamamen gerekçeden yoksun olması veya CMK'nın öngördüğü tarzda gerekçeye sahip olmaması halinde ortada hukuka aykırı bir hüküm bulunmakta olup, bu durumda hükmün hukuken yokluğundan bahsedilebilmesi mümkün değildir.

### J. Sanığın Hüküm Tesis Edilmeden Önce Ölmüş Olması

Alman doktrininde, sanık hükümden önce ölmüş olmasına rağmen bu durumun mahkeme tarafından bilinmemesi dolayısıyla sanık hakkında mahkûmiyet ya da beraat hükmü<sup>137</sup> kurulması halinde, bu hükmün yoklukla malul olduğu; böyle bir durumda hüküm tesis edildiği sırada hükmün muhatabı bulunmadığı için hükmün hukuken mevcudiyet kazanmasının mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmektedir<sup>138</sup>. Türk Hukukunda ise Yargıtay sanığın kovuşturma devam ederken hüküm verilmeden

<sup>136</sup> YCGK, 1174/378, 7.5.2019.

<sup>137</sup> Alman ceza muhakemesi sisteminde Türk ceza muhakemesi sisteminin aksine; ceza verilmesine yer olmadığı hükmü bulunmamaktadır. Ayrıca bu sistemde davanın reddi ve davanın düşmesine tekabül eden "muhakemenin sona erdirilmesi (= *Einstellung des Verfahrens*)" hükmü verilmektedir, Beulke/Swoboda, (n 31) 233, 390.

<sup>138</sup> Peters (n 9) 523; Henkel (n 15) 258; Schroeder/Verrel (n 37) 223-224.

önce öldüğü durumlarda, kanaatimizce haklı olarak, hâlihazırda ölmüş olan sanık hakkında kurulan hükümün yokluğunu kabul etmemekte ve bu hükümün kanun yolu denetiminde ortadan kaldırılarak sanık hakkında TCK m 64/1 ve CMK m 223/8 hükümleri uyarınca kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir<sup>139</sup>.

## K. Mahkemenin Yargılama Yetkisi Bulunmamasına Rağmen Yargılama Yapılarak Hüküm Tesis Edilmesi

Kişinin bulunduğu ülkenin yargılama yetkisine tabi olmamasına rağmen hakkında yargılama yapılarak hüküm tesis edilmesi halinde bu hükümün yokluğu, Alman ceza muhakemesi doktrininde<sup>140</sup> ve Alman yargı uygulamasında<sup>141</sup>; bu durumda mahkemenin kişiyi yargılama yetkisinin (*Gerichtbarkeit*) bulunmadığı gerekçesiyle kabul edilmektedir.<sup>142</sup> Bu noktada “mahkemenin yargı yetkisine tabi bulunmanın” hukuki niteliği tespit edildikten sonra daha sağlıklı bir değerlendirmede bulunulması mümkün olabilir. Mahkemenin yargı yetkisine tabi bulunulması bir muhakeme şartı niteliğindedir<sup>143</sup>. Bir muhakeme şartı bulunmamasına rağmen hüküm verilmiş olması halinde ise bu hüküm hukuka aykırıdır. Ancak bu hukuka aykırılık, kanun yollarında giderilmesi gereken niteliğe sahip olup hükümün yokluğunun kabul edilmesini gerektirmez<sup>144</sup>.

<sup>139</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.02.2019 tarih ve E 2019/3 K 2019/94 sayılı kararına konu olan olayda; İstanbul 48. Asliye Ceza Mahkemesi yargılama sonucunda, 26.04.2016 tarihinde içerisinde A'nın da bulunduğu sanıkların beraatlarına hükmeder. Mahkeme bilahare, A'nın hüküm tarihinden önce vefat ettiğini öğrenir ve bu sefer 16.06.2016 tarihinde A hakkında 2016/333 K sayılı düşme kararı verir. Esasen bu olayda iki hukuki sorun bulunmaktadır: Bunlar hüküm kurulduğu an itibarıyla ölmüş olan sanık hakkında verilen beraat kararının akıbeti ve ilk derece mahkemesi tarafından aynı sanık hakkında beraat hükmü kurulduktan sonra verilen düşme kararının hukuk dünyasında ne şekilde sonuç doğuracağıdır. Genel Kurul, yerel mahkemenin gerekli araştırma yapılmadan ölmüş olan sanık hakkında verdiği beraat kararının *hukuka aykırı* olduğuna ve ilk derece mahkemesinin tesis ettiği beraat hükmü bozulurak düşme kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, İstanbul 48. Asliye Ceza Mahkemesi'nin A hakkında kurduğu beraat kararının hukuka aykırılığına ve bu hukuka aykırılığın giderilmesi yöntemine ilişkin olarak, kanaatimizce doğru bir biçimde, hükümün yokluğu tartışmasına girmeden uyumsuzluğu çözüme kavuşturmuştur. Ancak İstanbul 48. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/33 K sayılı düşme kararının akıbeti hakkında herhangi bir belirlemede bulunulmaması eksiklik teşkil etmektedir.

<sup>140</sup> Schmidt (n 1) 115; Henkel (n 15) 258; Kleinknecht (n 4) 25; Roeder (n 1) 288 dn 119, 289-290. Roeder'e göre, yargı bağımsızlığı bulunan bir kimse hakkında tesis edilen hükümün “hukuki yokluğundan (*nichtige Urteil*)” değil “fili yokluğundan (*Nichturteil*)” bahsedilmesi gerekir. Mahkemenin, kesin olarak yargılama yetkisi bulunmayan kişi hakkında kurduğu hüküm tamamıyla hukuka yabancı olup ceza mahkemesinin yetkisi kapsamında bulunmayan bir hüküm “fili yoklukla” maluldür, Roeder (n 1) 289.

<sup>141</sup> BayObLG, 31.10.1959 - RReG. 4 St 274/59, NJW 1960, 162. Baviera Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararına konu olan olayda, ilk derece mahkemesi tarafından adli para cezasına mahkûm edilen Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı sanık hükmü istinaf eder. Hükümün tesis edildiği an itibarıyla sanık, vatandaşı olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nin hava kuvvetleri mensubu olarak Almanya'da görev yapmaktadır. Sanığın görevi süresince işlediği iddia edilen suçlar dolayısıyla, o tarihte yürürlükte bulunan Alman Mahkeme Teşkilatı Kanunu'nun § 18 hükmünün 2. paragrafı uyarınca Alman mahkemelerinin yargı yetkisi bulunmamaktadır. Baviera Yüksek Eyalet Mahkemesi kararında, ilk derece mahkemesinin hükümünün yoklukla malul olduğunu ve hukuken yok niteliğinde bir karara karşı bulunulan istinaf talebinin konusunun olmadığını tespit etmiştir.

<sup>142</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız (n 85) 93.

<sup>143</sup> Kleinknecht (n 4) 35; Beulke/Swoboda (n 31) 223.

<sup>144</sup> Grünwald (n 41) 259-260.

Bu kapsamda, Türkiye'nin taraf olduğu 18 Nisan 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin<sup>145</sup> öngördüğü diplomatik dokunulmazlık hukuki niteliği itibarıyla bir muhakeme engeli teşkil etmektedir<sup>146</sup>. Söz konusu muhakeme engeli dolayısıyla diplomatik dokunulmazlığa sahip kişi hakkında kamu davası açılması, yargılama yapılması ve hüküm verilmesi hukuka aykırıdır. Ancak söz konusu muhakeme engelini varlığına rağmen kurulan bu hüküm hukuken yok addedilemez. Bu durumda ortada muhakeme engeli bulunmasına rağmen tesis edilmiş olması dolayısıyla hukuka aykırı nitelikte bir hüküm bulunmaktadır.

### L. Hükümün İçerik Olarak Gerçeğe Aykırılığı Dolayısıyla İlamın Sahteliği Söz Konusu Olabilir mi?

Son olarak bir hükümün tesisi sürecine sahte içeriklerin veya gerçeğe aykırılıkların tesir etmesi halinde; bu sahtelik veya gerçeğe aykırılıklar dolayısıyla hükümü içeren ilamın da sahte olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Hüküm ile hükümün yazılı hale getirilmesiyle oluşturulan ilam arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Hüküm, yetkili hâkim tarafından duruşmanın sona ermesiyle açıklanarak hukuken varlık kazanan sözlü bir muhakeme işlemidir. İlam ise ceza mahkemesinin yargılama sonucunda tesis ettiği hükümü cismanileştiren, bu hükümün yazılı hale getirilmesiyle oluşturulan resmi belgedir. Bu itibarla hükümün değil ancak "ilamın" sahteliğinden bahsedilebilir.

Bu bağlamda ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir: Öncelikle hükme etki eden sahtelik veya gerçeğe aykırılık, bir başkası tarafından hükümü tesis eden hakimın yanıtılması suretiyle gerçekleşmiş olabilir. İkinci ihtimalde ise, bizzat hakim tarafından hukuk kuralları kasten ilgisine zarar vermek amacıyla gerçeklikle bağdaşmayan şekilde uygulanmış, hükümün içeriği hakim tarafından bilinçli bir şekilde gerçeğe aykırı olarak oluşturulmuştur<sup>147</sup>.

Kanaatimizce ilk durumda; hakimın tanık, bilirkişi, sanık, müdafî, suçtan zarar gören veya vekil tarafından bilerek yanıtılmaya çalışıldığı ve hakimın maruz kaldığı gerçeğe aykırılıkların tesiriyle hüküm tesis ettiği hallerde hükümün sahteliğinden bahsedilmesi mümkün değildir<sup>148</sup>. Hüküm kurulurken esas alınan deliller gerçeğe aykırı veya sahte

<sup>145</sup> Bu sözleşme 24 Nisan 1964 tarihinde yürürlüğe girmiş olup Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 4.9.1984 tarihli "18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" hükümlerinin 12.9.1984 tarih ve 18513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin 31. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre: "Diplomatik ajan, kabul eden Devletin cezaî yargısından bağıstıktır."

<sup>146</sup> Kühne (n 9) 429; Özbek/Doğan/Bacaksız (n 85) 94-95.

<sup>147</sup> İlamı imzalaması gereken hâkimin veya heyetin imzalarının başka kişiler tarafından atılması halinde, hükümü içeren ilamın altında bulunan imzanın hükümü tesis eden olarak görülen hâkime ait olmaması dolayısıyla ilamın sahte olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu başlık altında ele alınan sorun ilamın "fikri sahtecilik" konusu olup olmayacağı sorunudur.

<sup>148</sup> Alman ceza hukuku doktrininde ise *Binding* tarafından, muhakemede bir kişi hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunulması ve bu beyanların da hükümün gerekçesinde yer alması halinde hükümü içeren ilamın "dolaylı faillik suretiyle resmi belgede sahtecilik" suçunun konusunu oluşturacağı ileri sürülmüştür. Aktaran: Heine Günter ve Frank Schuster, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Auflage, C.H. Beck, 2019) § 271 kn 23.



olabilir. Örneğin, sanık hakkında cinsel saldırı suçunu işlediğinden bahisle yapılan yargılama sonucunda kurulan mahkûmiyet hükmü, gerçeğe aykırı tanık açıklamalarına veya bilerek gerçeğe aykırı düzenlenmiş bilirkişi raporuna dayanmış olabilir. Yine sanık hakkında tesis edilen beraat hükmünün gerekçesinde esasen sahte bir belge delil olarak kabul edilmiş olabilir. Ancak gerekçesinde söz konusu gerçeğe aykırılık veya sahtelikleri barındıran hüküm “sahte” değildir. Maddi gerçeğin araştırılması ve delil serbestisi ilkelerinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde mahkeme her zaman delillerin sıhhatini ve güvenilirliğini denetleme imkânına sahip olup ikame edilen bir delilin güvenilirliği yargılama makamı tarafından her zaman araştırılabilir. Ancak buna rağmen, mahkemenin hükmün gerekçesinde gerçeğe aykırı veya sahte içeriğe sahip delilleri benimsemesiyle ceza muhakemesi uygulamasında sıklıkla karşılaşmaktadır. Hükümün gerekçesinde gerçeğe aykırı bir tanık beyanının ya da sahte bir belgenin delil olarak kendisine yer bulması, hükmü içeren belge olan ilamı sahte hale getirmez. Nitekim duruşmada tartışılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliğinin anlaşılması bir yargılamanın yenilenmesi sebebi (CMK m 311/1-a; 314/1-a) olup bu durumda hükmü tesis eden hakimin araç olarak kullanılması suretiyle “dolaylı faillik” kapsamında mütalaa edilebilecek bir sahtecilik bulunmaz. Kısacası, mahkeme tarafından delilin sahteliğinin anlaşılması dolayısıyla bu delile hükmün gerekçesinde dayanılması otomatikman hükmü içeren ilamı sahte hale getirmez. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kimliği hakkında yalan beyanda bulunularak adı verilen kişi hakkında yargılama yapılması sonucunda tesis edilen mahkûmiyet hükmünün TCK m 204/2 bağlamında sahteliğe konu olamayacağını kabul etmiştir<sup>149</sup>.

Hakim tarafından kasten zarar verme bilinç ve iradesiyle ilama konu olan hükmün gerekçesinde gerçeğe aykırı hususlara yer verilmesi halinde ise ilamın -içerik olarak- sahteliğinden bahsedilebilir. Hakimin bilerek, aslında var olmayan bir delile dayanarak sanki böyle bir delil mevcutmuş gibi veya muhakeme sürecinde tanık olarak hiç dinlenmeyen bir kimse tanık sıfatıyla beyanda bulunmuş gibi açıklamalarına hükmün gerekçesinde yer vererek hüküm tesis etmesi halinde; bu hükmü içeren ilamın sahteliği söz konusu olur. Zira bu durumda hakim, iradi olarak aslında mevcut olmayan ve sahte hususları gerçeğe aykırı olduğunu bilerek hükme yansıtılmaktadır. Bu bağlamda TCK m 204/2 çerçevesinde; bir kamu görevlisi olan hakimin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu belgeyi sahte olarak düzenlemesi kapsamındadır ve bu halde ilam belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturur.

<sup>149</sup> Bu hususta daha önce bkz VI.C.2. başlığı altında yapılan açıklamalarla bağlantılı olarak YCGK, 221/214, 29.04.2014. Aksi halde bir iftira üzerine başlatılan ve mahkûmiyetle sonuçlanan her durumda ortada sahte bir hükmün olduğunu kabul etmek gerekir ki bizce bu tarz bir kabulün benimsenmesi mümkün değildir.

<sup>150</sup>unla birlikte, hukuk muhakemesinde davacının gerçeğe aykırı iddialarının ve delillerinin doğru olduğuna kanaat getirilerek verilen bir mahkeme kararının TCK m 204/2 anlamında gerçeğe aykırı belge kabul edildiğine dair karar için bkz YCGK, 584/183, 12.03.2019: “... Yargıtay 12. Hukuk Dairesince verilen 02.10.2000 tarihli ve 12956-14136 sayılı ilamın sanığın Yeşilova İcra Hukuk Mahkemesinin anılan dosyalarına sunduğu sahte dilekçeler neticesinde meydana getirildikleri, bu nedenle belirtilen mahkeme ve Yargıtay ilamlarının da içerik itibarıyla sahte olduklarının kabulü gerektiği...”

<sup>151</sup>u konuda bilgi ve değerlendirme için bkz Başar Pancaroğlu, ‘Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları’, (2022) 28 (2) MÜHF-HAD 832-833.

## Sonuç

Bir muhakeme işlemi olarak hüküm; maddi, iradi ve şekli koşulların gerçekleşmesiyle hukuk dünyasında tezahür eder. Hükümün içeriğinin hukuken isabetli olmamasının ya da tesis edilme sürecinde ceza muhakemesi ilkelerine riayet edilmemesinin onun *mevcudiyeti* bakımından bir önemi yoktur. Bir diğer ifadeyle, modern ceza muhakemesi sistemleri bünyesinde hukuka aykırılıklar bulunan bir hükme, bu hükümün kesinleşmesi halinde maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanıyarak, hukuki güvenliğin sağlanması uğruna içerik olarak hatalı hükümün otoriteye sahip olmasına imkân tanımıştır. Yargılama makamı tarafından tesis edilen hükümün barındırdığı hukuka aykırılığın niteliği ne olursa olsun bu hukuka aykırılığın kanun yolu denetiminde ortadan kaldırılması gerekir. Bu itibarla hükümde bulunan hukuka aykırılık hükümün *kendiliğinden* geçersizliği sonucunu doğurmaz.

Mevcudiyet koşulları bulunan bir hükümün bünyesinde barındırdığı tüm hukuka aykırılıklar, hukuki çarelerle donatılmış bir kanun yolu muhakemesi denetimi öngören ceza muhakemesi sistemine uygun biçimde ortadan kaldırılmalıdır. Hükümün hukuken yokluğu ise bu sistemle bağdaşmaz. Hükümün hukuken yokluğunun kabulü halinde, sistemde yeri olmayan bu nitelendirmenin sonucu olarak büyük bir keyfilik ve hukuki güvensizlik ortamının oluşması kaçınılmazdır. Zira ceza mahkemesi hükümünün, hangi merciler tarafından hangi kriterler esas alınarak yokluk değerlendirmesine tabi tutulacağı hukuken büyük bir muammadır. Bu bağlamda *ağır, bariz ve hukuk devletinde katlanılabilmesi mümkün olmayan hukuka aykırılıkların* hangileri olduğu ve bu tespitte bulunma yetkisinin kanun yolu denetimi yapmakla görevli merciler dışında başka kişi ve mercilere tanınması hukuki karmaşaya sebebiyet verir. Hükümün *hukuken yokluğunu* gerekçelendiren ikna edici bir kriter bulunmadığı için, yapılacak değerlendirmenin gerekçesinin daima keyfilik ve belirsizlik barındırması kaçınılmazdır. Bu itibarla hukuken katlanılabilmesi mümkün olmayan böyle bir keyfiyete sebep olma riskini bünyesinde barındıran *hükümün yokluğu* müessesesi hukuki güvenlik ilkesi dolayısıyla kabul edilemez. Nitekim bu müessesenin kabulü halinde ortaya çıkabilecek sorunların mevcut ceza muhakemesi sisteminin esasları çerçevesinde üstesinden gelinemesi mümkün değildir.

Ceza mahkemesi hükümünün hukuki geçerliliğinin, kanunda düzenlenmiş olan denetim mekanizmaları işletilmeksizin ilgilisi veya üçüncü kişiler tarafından herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın otomatikman reddedilebilmesi ihtimali hukuki güvenlik bakımından son derece sakıncalıdır. Hükümün yokluğunun kabul edilmesi halinde başta muhatapları olmak üzere herkesin hükümün yokluğu gerekçesiyle onun geçerlilik kazanmadığını ileri sürebilmeleri ve yoklukla malul hükümün gereklerini yerine getirmekten imtina edebilmeleri, mahkeme kararlarının bağlayıcı olduğuna dair Anayasanın 138. maddesine rağmen subjektif ve keyfi yaklaşımlarla kararların uygulanmaması gibi ciddi risklerin doğmasına yol açar.

Türk Ceza Muhakemesi sistemi hükmün hukuki yokluğuna bağlanan hukuki sonuçları ortaya çıkarabilecek şekilde kurgulanmamıştır. Hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak mahkemelerin tesis ettikleri hükümlerin geçerlilikleri esastır ve bu hükümlerde bulunan hukuka aykırılıklar ceza muhakemesinin sistemsel yapısında bulunan kontrol mekanizmaları çerçevesinde, kanun yolu denetimiyle, giderilir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu'nda *hükmün hukuken yokluğuna* işaret eden bir kategori de öngörülmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu hükmünde bulunan herhangi bir *hukuka aykırılık* bakımından “yokluk” müeyyidesine yer vermemiş ve niteliği ne olursa olsun tüm hukuka aykırılıkların kanun yolu denetiminde ele alınmasını düzenlemiştir. Bu itibarla hukuka aykırılık gerekçelerinden farklı bir biçimde hükmün *kendiliğinden* geçersizliğini sonuçlayan yokluk sebeplerinden bahsedebilmek, bu yönde herhangi bir ayırım kriteri öngörebilmek mümkün değildir.

Ceza muhakemesi sisteminde hükmün yokluğu kategorisine ihtiyaç bulunduğundan da bahsedilemez<sup>150</sup>. Yoklukla malul olması gerektiği iddia edilen bir hükmün geçerlilik kazanmasının engellenmesi veya hukuki sonuçlarının ortadan kaldırılması kanun yolu sisteminde öngörülen mevcut hukuki çareler vasıtasıyla her zaman mümkündür.

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

## Bibliyografya/Bibliography

- Beulke W ve Swoboda S, *Strafprozessrecht* (15. Auflage, C.F. Müller 2020).
- Birtek F, ‘Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme’, (2020) 26 (2) MÜHF-HAD 571-607.
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (19. Bası, Beta 2020).
- Cumhur Ş ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Bası, Seçkin 2022).
- Erem F, ‘Ceza Usulünde Kesin Hüküm’, (1963) 20 (1) AÜHFD 37-52.
- Gericke J, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK* (§ 338) (8. Auflage, C.H. Beck 2019).
- Gollwitzer W, ‘Die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses nach § 270 StPO’ (2002) Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag 135-152.
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet 2020).
- Grünwald G, ‘Die Frage der Wichtigkeit von Strafurteilen’ (1964) 76 (2) ZStW 250-263.
- Günter H ve Frank S, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* § 271 (30. Auflage, C.H. Beck 2019).

<sup>150</sup> Tam aksi yönde bkz. “... hukuken geçersiz kararların olağan ya da olağan üstü kanun yolu ile düzeltilmesini beklemenin, bazı durumlarda “Hukuk Devleti”nin katlanamayacağı telafisi imkânsız zararlara yol açacağı da kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkacaktır”. YCGK, 70/66, 5.2.2019.

- Henkel H, *Strafverfahrensrecht* (2. Auflage, W. Kohlhammer Verlag 1968).
- Karakehya H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Nisan Kitabevi 2022).
- Kaymaz S, ‘Davasız Yargılama olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları’ (2019) 21 (Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan) DEÜHFD 295-326.
- Kleinknecht T, *Strafprozeßordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (30. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1971).
- Kudlich H, ‘Nichtige Urteile im Zivil – und Strafprozessrecht’ (2014) 16 (Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan) DEÜHFD 201-216.
- Kudlich H, “Nichtigkeit eines Strafurteils nach informeller Verständigung und fehlender Sachaufklärung” (2013) NJW 3216-3218.
- Kunter N, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta 1989).
- Kühne H H, *Löwe-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Erster Band Einleitung; §§ 1–47* (26. Auflage, De Gruyter Recht 2006)
- Krug P, ‘Zur Frage der absoluten Nichtigkeit Strafrichterlicher Entscheidungen (Ein Beitrag aus der Praxis’ (1905) 25 (1) ZStW 408-425.
- Leitmeier L, ‘Sind rechtswidrig „gedeilte“ Urteile nichtig?’, (2014) 12 NStZ 690-695.
- Luther G, ‘Zur Nichtigkeit von Strafurteilen, insbesondere im Jugendrecht’, (1958) 70 (1) ZStW 87-104.
- Meyer-Goßner L, ‘Der „falsche“ Angeklagte’ (2009) 4 (10) ZIS 519-525.
- Meyer-Goßner L ve Schmitt B, *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (58. Auflage, Verlag C.H. Beck 2015).
- Okuyucu Ergün G, *Ceza Muhakemesi İşlemleri* (Yetkin 2015).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2020).
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Kırıt Y F, Alan Akcan E, Özaydın Ö, Erden Tütüncü E, Altınok Vilemin D ve Tok M C; *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (14. Baskı, Seçkin 2020).
- Öztürk B ve Erdem M R, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11. Baskı, Seçkin 2008).
- Pancaroglu B, ‘Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları’, (2022) 28 (2) MÜHF-HAD 806-847.
- Peters K, *Strafprozeß: Ein Lehrbuch* (4. Auflage, C.F. Müller Juristischer Verlag 1985).
- Radtke H, ‘Anmerkung von Ur. des BGH v. 22. 3. 2002 – 4 StR 485/01’, (2003) 3 JR 125-131.
- Roeder H, ‘Die Begriffsmerkmale des Urteils im Strafverfahren - Ein Beitrag zur Lehre von der sog. absoluten Urteilsnichtigkeit’ (1967) 79 (2) ZStW 250-303.
- Schmidt E, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts* (Vandenhoeck & Ruprecht 1952).
- Schroeder F-C ve Verrel T, *Strafprozessrecht* (8. Auflage, C.H. Beck, 2022).
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2020).
- Tosun Ö, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Cilt I Genel Kısım* (4. Bası, Acar Matbaacılık Tesisleri 1984).
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (17. Baskı, Adalet 2020).
- Yenerer Çakmut Ö, ‘Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm’, (2007) 11 (3-4) EBYÜ-HFD 29-61.

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı, Seçkin 2022).

Yurtcan E, *Ceza Yargılaması Hukuku* (12. Bası, Beta 2007).

Walter T, *Strafprozessrecht* (Mohr Siebeck 2020).





# İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 18.04.2022  
Revizyon Talebi: 19.04.2022  
Son Revizyon Tarihi: 23.01.2024  
Kabul: 09.01.2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

## İmar Planlarının Yargısal Denetim Sürecine Katkı: Planlama Esasları-Şehircilik İlkeleri İçin Rehber Önerisi

Koray Özcan\*

### Öz

İmar Planları, kentsel yerleşmelerin gelecekteki mekânsal karakteristik ve işlevsel kimliğini belirlemek üzere yazılı çizili ve görsel materyaller eşliğinde tasarlanmış teknik ve hukuki belgeler olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir ifadeyle, kentlerin mekânsal, çevresel, sosyal kültürel ve ekonomik gereksinimlerinin karşılanarak, sağlıklı ve yaşanabilir kılınmasına yönelik düzenleyici yasal onaylı belgedir. Bu kapsamda “Mevzuat gereklilikleri” ile “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” olarak tanımlanan biçimsel gereklilikler ve işlevsel içerikler ile öznel ve nesnel niteliklerin birlikteliğine dayandığı söylenebilir. Dolayısıyla, planlama esasları-şehircilik ilkeleri “mülkiyet düzenine müdahale edici yasal düzenleme” olarak imar planlarının öznel ve nesnel denetimine yönelik temel araçlardan biri olarak görülmelidir. Bu yönüyle, idari yargı sürecinde “düzenleyici işlem” olarak imar planlarının amaç ve konu yönünden denetiminde temel sorgu konusu olarak değerlendirilmektedir. İmar planlarının yargısal denetimine ilişkin araştırmalar irdelenirse; imar planlarının konu kapsam açısından öznel nitelikleri, plan türleri, özel amaçlı planlar ve plan hiyerarşisi/kademeleri ile yapma yaptırma ve yetki onay süreçleri/usulleri açısından ele alındığı, idari işlem niteliği açısından ise Mevzuat içerikleri, Danıştay kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında ele alınarak, esas itibarıyla hukuki yönden değerlendirildiği görülmektedir. Bu çerçevede, araştırmada yargı denetim sürecinde imar planlarının planlama esasları-şehircilik ilkeleri açısından değerlendirilmesine esas olmak üzere mevzuat bilgisi ile şehircilik ve hukuk bilimi literatürlerinin birlikteliğinden oluşan sistematik bir “ölçütler seti” oluşturulması hedeflenmiştir. Araştırmada önerilen “ölçütler seti” niteliğindeki rehber ile imar planlarına ilişkin uyumsuzlukların çözümüne öznel, nesnel ve teknik yönden katkı sunulacağı düşünülmektedir.

### Anahtar Kelimeler

İmar Planı, Yargı Denetimi, Şehircilik İlkeleri, Planlama Esasları

### A contribution to the judicial review process of the development plans: A guide proposal for planning criteria and the principles of urbanism

### Abstract

Zoning plans can be said to be technical legal documents composed of written and visual materials for determining the spatial characteristics and functional identity of urban settlements. In the other words, the objective of zoning plans is to describe the spatial, ecological, sociocultural, and economic necessities of an urban settlements and to also be the regulatory documents that will help make a healthy livable settlement. In this context, zoning plans depend on the relationships between legislative knowledge, which is necessarily composed of formal obligations, and the planning criteria and principles of urbanism, which consist of subjective and objective qualifications. Therefore, planning criteria and the principles of urbanism principles can be viewed as the criteria for a subjective and objective review of zoning plans as one of the main tools of regulatory documents regarding property rights. According to the literature on the judicial review of zoning plans, zoning plans are seen to have been examined in terms of plans types, special purpose plans, the hierarchical order between plans and authority, responsible procedures, and the principles of urban planning. The source of these judicial reviews is based on the knowledge of national legislation alongside the status of council decisions regarding the national dimension, as well as internationally on the decisions of the European Court of Human

\* **Sorumlu Yazar:** Koray Özcan (Prof. Dr.) Pamukkale Üniversitesi Mimarlık ve Tasarım Fakültesi Şehir ve Bölge Planlama Bölümü, Denizli, Türkiye. E-posta: korayozcan@pau.edu.tr 0000-0002-1221-9224

**Atf:** Özcan K, “İmar Planlarının Yargısal Denetim Sürecine Katkı: Planlama Esasları Şehircilik İlkeleri İçin Rehber Önerisi” (2023) 81(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1045. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0006>



Rights. This paper attempts to determine and detail the contexts and content of planning criteria and the principles of urbanism by benefitting from the literature on legislative knowledge, urban planning, and law. In this framework, the study is designed to be a systematic guide regarding planning criteria and the principles of urbanism for resolving disputes related to zoning plans. It is considered that this guide as a criteria set can be contributed subjectively, objectively, and technically to resolving disputes related to zoning plans.

**Keywords**

Zoning Plan, Judicial Review, Principles of Urbanism, Planning Criteria

***Extended Summary***

Zoning plans can be said to be technical legal documents composed of written and visual materials for defining the spatial characteristic and functional identity of urban settlements. In the other words, the priority aim of zoning plans is to afford an urban settlement's spatial, ecological, sociocultural, and economic necessities. Zoning plans are also regulatory documents that assist in making healthy livable settlements.

In this context, zoning plans depend on the relationships between legislative knowledge, which is necessarily composed of formal obligations, and the planning criteria and principles of urbanism, which consist of subjective and objective qualifications. Therefore, planning criteria and the principles of urbanism principles can be viewed as the criteria for a subjective and objective review of zoning plans as one of the main tools of regulatory documents regarding property rights.

According to the literature on the judicial review of zoning plans, zoning plans are seen to have been examined in terms of plans types, special purpose plans, the hierarchical order between plans and authority, responsible procedures, and the principles of urban planning. The source of these judicial reviews is based on the knowledge of national legislation alongside the status of council decisions regarding the national dimension, as well as internationally on the decisions of the European Court of Human Rights.

This paper attempts to determine and detail the context and contents of the planning criteria and principles of urbanism by benefitting from the literature on legislative knowledge, urban planning, and law. In this framework, the study is designed to be a systematic guide regarding planning criteria and the principles of urbanism for resolving disputes related to zoning plans.

As a result of this paper, a guide has been created regarding planning criteria and the principles of urbanism composed of seven criteria based on the planning literature and on the legal knowledge of planning criteria and the principles of urbanism. The first criterion entails that zoning plans should be prepared in terms of the eligibility of the planning methods and techniques in the context of legislative obligations and the planning literature. These methods and techniques should be composed



of successive stages that involve the design of the scenario, including vision and strategies, survey and analysis, synthesis, planning implementation and monitoring, controls, and revision. These stages are referred to as the spatial planning process in the urbanism literature. The second criterion is that integrity and continuity should exist among a zoning plan's plan, legend, plan report, and plan notes. This also pertains to the integrity and continuity of plan decisions in the context of land use and the transportation system regarding the density in zoning plans.

The third criterion is that zoning plans should provide knowledge on the required details with respect to the function and scale differentiation of the plan. In this framework, the decision contents of zoning plans regarding the different scales and types should show the differences in terms of their scales and types of plans. The fourth criterion states that zoning plans should have a hierarchical order from the upper scale to the lower scale between zoning plans. In the other words, lower scale plans should be prepared in accordance with the upper scale plan's decisions. The fifth criterion states that the distribution of sociocultural services and technical infrastructure in zoning plans should be balanced and also should meet the sociocultural requirements in the context of legal obligations. The sixth criteria states that zoning plans' spatial, functional, and demographic decisions should be in accordance with the site-specific conditions of the planning zone. Lastly, the seventh criterion states that all decisions in zoning plans should be objective in terms of how they distribute public services on private property. It is considered that this guide as a criteria set can be contributed subjectively, objectively, and technically to resolving disputes related to zoning plans.

## I. Bakış Açısı ve Ele Alış Biçimi

İmar hukuku literatürü incelenirse<sup>1</sup>, imar planı kavramının “*halihazır haritalar üzerinde çizilen ve arazi parçalarının kullanım biçimleri ile başlıca bölge tiplerini gösteren, şehirlerin veya kasabaların gelecekte alacağı biçimi gösteren plan*” olarak tanımlandığı görülür. Şehircilik bilimi literatüründe ise<sup>2</sup>; “*belde halkının sağlığını korumak, sosyal ve kültürel gereksinimlerini, iyi yaşama düzenini ve çalışma koşullarını ve güvenliğini sağlamak hedefine yönelik en iyi çözüm yollarını bulmak için hazırlanan plan*” olarak ifade edilmiştir.

Diğer taraftan, mevzuat açısından bakıldığında, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, imar planı ilkeleri başlıklı 21. maddesinde** “imar planı” kavramı, “*kadastral durum işlenmiş en son onaylı halihazır haritalar üzere çizilen, nazım ve uygulama planlarından oluşan, araştırma, etüt ve eşik analizinden elde edilen senteze dayalı olarak hazırlanan, plan yapma yeterliliğine haiz müellifler tarafından hazırlanan planlar*” biçiminde somutlaştırılmıştır.

Mevzuat ile literatür bilgisi birlikte değerlendirildiğinde; imar planları mekânsal, sektörel ve demografik kestirimler yoluyla kentsel yerleşmelerin “gelecekteki” mekânsal karakteristik ve işlevsel kimliğini belirlemek üzere yazılı çizili ve görsel materyaller eşliğinde tasarlanmış, teknik ve hukuki belgeler olarak tanımlanabilir. Daha geniş bir ifadeyle, kentlerin mekânsal, çevresel, sosyo-kültürel ve ekonomik gereksinimlerinin karşılanarak, sağlıklı ve yaşanabilir kılınmasına yönelik düzenleyici yasal onaylı belgedir.

Yukarıdaki açıklamalar esas alınır, yargı denetimi sürecinde imar planlarının temel sorgulama araçlarından biri olarak “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” konusunda değerlendirme yapılabilir. Bu çerçevede, “planlama esasları-şehircilik ilkelerinin” kapsam ve içeriğinin “mevzuat gereklilikleri” temelli biçimsel ve işlevsel içerikler ile öznel, nesnel ve teknik niteliklerin birlikteliğine dayandığını söylemek mümkündür<sup>3</sup>. Dolayısıyla “planlama esasları-şehircilik ilkeleri”, “mülkiyet düzenine müdahale edici yasal düzenleme” olarak imar planlarının öznel, nesnel ve teknik yönden denetimine yönelik temel araçlardan biri niteliğindedir<sup>4</sup>. Bu niteliği ile “düzenleyici işlem”

<sup>1</sup> Fehmi Yavuz, *Şehircilik Ders Kitabı* (AÜ SBF 1953), 1 2; Fehmi Yavuz, *Şehircilik* (AÜ SBF 1962), 9 10; Sadık Artukmaç, *Türk İmar Hukuku* (Turhan, 1979), 208 209.

<sup>2</sup> Cevat Geray, *Şehir Planlamasının Başlıca Tatbik Vasıtaları* (AÜ SBF 1960), 71 72; Orhan Göçer, *Şehirciliğe Giriş* (Konya DMMA 1979), 116 117; Hande Suher, *Şehircilik* (İTÜ 1996), 67 68; Feral Eke, *Şehircilik ve Planlama*, (MEB 2000), 20 21. Ruşen Keleş, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, (2. Bası, İmge 1998), 47; Feridun Duygulu, “İmar Mevzuatında Tanımlar”, *Kent Planlama Ansiklopedik Sözlük*, (Ninova 2012), 163; Erol Ünal, Feridun Duygulu ve Z. Ersin Polat, *İmar Terimleri Sözlüğü* (TODİAE 1998), 53; Güven Bilsel ve Ayça Bilsel, “Günümüzde İmar Planı Olgusu, Niteliği ve Türel Ayrımı”, *Türkiye’de İmar Planlaması* (ODTÜ 1980), 117.

<sup>3</sup> İlhan Arguvanlilil, “Türkiye’de İmar Planlama Durumu, İnsan Yaşamına ve Ekonomik Politikaya Etkileri”, (1980) 1 (377), *Arkitekt Dergisi*, 30 33.

<sup>4</sup> İlhan Tekeli, “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, 88(2), *Planlama Dergisi*, 6 13.

olarak imar planlarının yargı denetimi sürecinde amaç, gerekçe ve konu yönünden incelenmesinde temel sorgulama ölçütü olarak görülmektedir.<sup>5</sup>

Ancak, “planlama esasları-şehircilik ilkeleri”, imar planlarının yargısal denetimi sürecinde temel sorgulama ölçütü olmakla birlikte, kapsam ve içeriği yönünden belirsizlik olduğunu söylemek mümkündür. Bu belirsizlik, yargı denetimi sürecinde “teknik bilgi” gerektiren imar planı uyumsuzluklarının keşif ve bilirkişi incelemesi esas bilirkişi raporları ile değerlendirildiği gözönüne alınırsa, sistematik bir sorgulama ölçütü oluşturulmasının önem ve gerekliliğine işaret olarak görülmelidir. Bir başka yönüyle bakıldığında, “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” konusunda eşgüdüm/yerleşmiş sorgulama ölçütlerinin/rehberinin oluşturulmamış olmasının, yargı denetimi süreçlerinde imar uyumsuzluklarının tamamen bilirkişi heyetlerinin kimi zaman bireysel/kişisel mesleki deneyim ve akademik bakış açısı görüş ve yaklaşımlarını, kimi zaman ise sadece mevzuat gerekliliklerini temel alan farklı değerlendirmeler eşliğinde sorgulanmasına neden olduğu değerlendirilmektedir.<sup>6</sup>

Gelinen noktada, “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” sorgulamasında farklı ölçütleri esas alan değerlendirme yaklaşımlarının, imar planlarının yargısal denetimi sürecinde karar verme süreçlerini “teknik yönden” kolaylaştırıcı olmak yerine “nesnel yönden” zorlaştırıcı kıldığını söylemek mümkündür. Bu zorluk, imar planlarının yargısal denetim sürecinde “planlama esasları-şehircilik ilkesi” sorgulamasına esas alınabilecek ölçütler açısından “kavramsal bütünlük” ve “nesnel tutarlık” sorunu olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla, “planlama esasları-şehircilik ilkelerinin” konu ve kapsamına ilişkin belirsizlik durumunun, gerek imar hukuku gerekse şehircilik planlama bilimi açısından önemli bir eksiklik olduğu belirtilmelidir. Nitekim imar planlarının yargısal denetimine ilişkin araştırmalarda; “planlama esasları-şehircilik ilkelerinin” imar planlarının öznel nitelikleri<sup>7</sup>, türel farklılıkları (*revizyon, ilave, değişiklik*)<sup>8</sup>, öncelikli amaçları (özel amaçlı planlar)<sup>9</sup>, hiyerarşik sıralaması/kademeleri<sup>10</sup> ve yapma yaptırma yetki onay süreçleri/usulleri<sup>11</sup> olmak üzere farklı

<sup>5</sup> Hatice (Daryal) Kansu, *Türk Hukukunda İmar Planlarının Düzenleyici İşlem Niteliği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (İstanbul 1994), 190 201; Burçak Bal, *İdari Bir İşlem Türü Olarak İmar Planı*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2010), 175; Bayram Öz, *İdari İşlemin Bir Parçası Olarak İmar Planlarının Yargısal Denetimi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2011).

<sup>6</sup> Ruşen Keleş ve Ayşegül Mengi, *İmar Hukuku; Hukuksal, Yönetmelik ve Siyasal Boyutlarıyla*, (3. Bası, İmge 2019), 35 36.

<sup>7</sup> Serdar Yılmaz, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Ankara 2021),

<sup>8</sup> Hüseyin Ergün, *İmar Planlarının Değiştirilmesi ve Revizyonu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2013); Mustafa Uzun, *İmar Planlarının Değiştirilmesi ve Yargısal Denetim*, (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2016); Melih Ersoy, “İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi”, (1997) 17(1 2), *ODTÜ MF Dergisi*, 53 73.

<sup>9</sup> Bahattin Çelik, *Koruma Amaçlı Planlama ve Koruma Amaçlı İmar Planlarıyla İlgili İdari Yargı Kararları*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2010).

<sup>10</sup> Abdulkadir Özdemir, *İmar Planlarında Hiyerarşi*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Sakarya 2011); Elif Orta, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2005).

<sup>11</sup> Cenk Yaşar Şahin, *İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2002).

ölçütlerle ele alındığı görülmektedir. Mevzuat bilgisi, Danıştay içtihatları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını esas alan araştırmalarda ise “planlama esasları-şehircilik ilkelerinin”, düzenleyici idari işlem niteliği esas olmak üzere hukuki<sup>12</sup> yönden sorgulandığı, bir kısım araştırmalarda da örnek olgular veya olaylar<sup>13</sup> üzerinden çıkarımsal olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan; “kamu yararı” ile “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” arasındaki bağıntı üzerine odaklanan araştırmalarda<sup>14</sup> ise imar planlarının idari düzenleyici işlem niteliği ile kimi zaman kamu yararı kavramı ile birlikte; kimi zaman ise doğrudan kamu yararı kavramı ile ilişkilendirilerek sorgulandığını söylemek mümkündür.

Buraya dek yapılan tespit ve değerlendirmeler, imar planlarının “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” yönünden sorgulanmasında, mevzuat bilgisi esas olmak üzere “şehircilik planlama disiplini” ile “hukuk disiplini” ortak paydada buluşturan sistematik biçimde içeriklendirilmiş “ölçütler seti eksikliği” ortaya koymaktadır.

Bu araştırmanın amacı; yargı denetimi sürecinde imar planlarının “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” açısından değerlendirilmesine esas olmak üzere mevzuat bilgisi ile şehircilik ve hukuk bilimi literatürlerinin birlikteliğine dayanan sistematik “ölçütler setinden” oluşan bir “sorgulama rehberi” oluşturulmasıdır.

Araştırmada, “şehircilik ve hukuk bilimi” ile şehircilik ve hukuk bilimlerinin arayüzü olarak “imar hukuku” literatürünün, mevzuat bilgisi ile birlikte ele alınarak, değerlendirilmesine dayanan bir yöntem izlenmiştir. Bu yöntem ile “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” için öznel, nesnel ve teknik niteliklerinin birlikteliğinden oluşan sistematik bir “ölçütler seti” oluşturulması hedeflenmiştir.

<sup>12</sup> Vahdettin Özcan, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 1998); Ahmet Yanık, *3194 sayılı İmar Kanunu'na Göre Yapılan İmar Planlarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2015); Yusuf Altıntaş, *İmar Planlarında Yetki Kuralları ve Danıştay Kararları Örneğinde; Planlamada Karşılaşılan Yetki Sorunları ile Çözüm Yolları*, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Ankara 2007); Seyfettin Kara, *Danıştay Kararları Işığında İmar Plan Değişikliği*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (İstanbul 2015).

<sup>13</sup> Eylem Bal, *İdari Yargı Kararlarının İmar Planlama Süreci İçindeki Rolü; İzmir Örneği*, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İzmir 2004); Esra Çebi, *Trabzon Kenti 2002 Yılı Revizyon İmar Planı Sonrası İdari Yargıya Konu Olan İmar Uyuşmazlıkları*, Karadeniz Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Trabzon 2013); Yunus Emre Küçük, *Uygulama İmar Planlarının İptali/Değişikliği Sonucu Yapıya İlişkin Kazanılmış Hakların İrdelenmesi; İstanbul Esenyurt Örneği*, Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2013); Elif Yılmazabdurrahmanoğlu, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planlama Sistemindeki Yetki Karmaşaları; Başakşehir İlçesi Örneği*, Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2012).

<sup>14</sup> Eylem Bal, “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”, (2006) 3, *Planlama Dergisi*, 27 33; Kerem Canbazoğlu ve Dilhun Ayaydın, “İmar Planlarının Yargısal Denetimi I”, (2011) 93, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 246; Kerem Canbazoğlu ve Dilhun Ayaydın, “İmar Planlarının Yargısal Denetimi II”, (2011) 94, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 315,324; Tevfik Barbaros Ulutaş, *İmar Planlarının Yargısal Denetiminde Kamu Yararı Kriteri*, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Denizli 2021); Mehmet Yavuz Bağcı, *Mevzuatta ve Yargısal İctihatta Şehircilik İlkeleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2019), 26 57; Erol Köktürk ve Erdal Köktürk, *İmar Planları, İmar Hukuku, Şehircilik İdari Yargı Denetimi, Mekân* (Seçkin 2021), 283 384. Ayser Çelebi, *Türk İmar Hukukunda Şehircilik İlkeleri ve Planlama Esasları*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2021), 114 121.

## II. Kavramsal Analiz: Dayanaklar

İmar planlarının yargı denetimi sürecinde “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” açısından sorgulamasına yönelik “ölçütler setinin” oluşturulabilmesi için öncelikle yasal hukuksal dayanak olarak “mevzuat gereklilikleri” ile “şehircilik bilimi/imar hukuku” dayanak olmak üzere akademik bilimsel birikim ve yerleşmiş kurullarla birlikte ele alınarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Mevzuat gereklilikleri açısından bakılırsa; temel kaynaklar **3194 sayılı İmar Kanunu** ile dayanak **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği** ve **Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğidir**. Nitekim mevzuat içeriğinde; “*imar planlarının kavramsal içeriğinden, planlama süreçlerine, yapım amaç ve gerekliliğinden, tür ve ölçeğine yetki sorumluluk alanından, onay iptal ve değişiklik ilave revizyon süreçlerine*” dek uzanan konular, “her bir plan kademesi” için “planlama esas ve ilkeleri” için referans olabilecek biçimde ayrıntıda açıklanmıştır.

Özellikle, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinde**, “mekânsal plan kademelenmesi” başlığı altında *plan tür ve kademelerinden ayrı olarak* genel planlama esasları, “imar planlarına dair esaslar” başlığı altında ise imar planı ilkeleri için birtakım açıklamalar yapılmıştır. Şüphesiz bu açıklamalar, “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” için mevzuat gerekliliklerine ilişkin içeriksel bilgi olarak görülmekle birlikte, mevzuat içindeki “yer alış biçimleri” bakımından ayrıntıda incelenmesinin, “ölçütler setinin” kurgulanmasına katkı sunacağı değerlendirilmektedir.

**Yönetmelik, 7. maddesinde** ifade edilen genel planlama esasları incelenirse, “*planların, pafta, gösterim, plan notları ve plan raporundan oluşması*”, “*planların büyültme veya küçültme yoluyla elde edilemeyeceği*”, “*alt ve üst kademe planların ilişkisi*”, “*planlama sürecinin aşamaları*” olmak üzere “mekânsal planların” biçimsel gereklilik ve teknik içeriğinin tanımlandığı söylenebilir. Burada, “planlar, kamu yararı amacıyla yapılır” ifadesi ile “mekânsal planların” “öncelikli amacı” somutlaştırılırken, devamında, “*doğal ve kültürel mirasın korunması*”, “*afet önlemleri*”, “*yapı ve çevre kalitesinin artırılması*” ifadeleri ile imar planlarından ele alması beklenen işlevsel içeriğe ilişkin “öncelikli konular” vurgulanmıştır.

Diğer taraftan, **Yönetmelik, 7. Maddesi, 1. Fıkrası, (I) bendindeki** “*Planlar, çevresinde veya bitişiğinde yer alan mevcut planlar ile uyumlu hazırlanır*” ifadesi, planların hazırlanmasında yakın çevresindeki “imar haklarının dağılımı” ile uyum ve tutarlığın gözetilmesi bakımından “nesnel ve bütüncül ele alış gerekliliği” olarak kabul edilmelidir.

**Yönetmelik, 21. maddesinde** ifade edilen imar planı ilkeleri ise, “*imar planı yapımına ilişkin teknik gereklilikler*”, “*muellif yeterliliği*”, “*sentez ve bilimsel etütlerin gerekliliği*”, “*sosyal altyapı ve teknik altyapı/ulaşım gereklilikleri*”,

“kentsel standartlara uygunluk” ile “merkez kurgusu ve içerikleri ile erişebilirlik” olmak üzere doğrudan imar planlarının “yapım süreçleri” ve “işlevsel içeriklerine” ilişkin teknik gereklilikleri tanımlamaktadır.

Bu açıklamalara göre mevzuatta “genel planlama esasları” ve “imar planı ilkeleri” başlıkları altında “mekânsal planlar” ile “imar planlarının” biçimsel gereklilikleri, kavramsal içerikleri ve teknik yeterliklerinin sıralandığını söylemek mümkündür.

Şehircilik ve planlama literatürü açısından bakıldığında ise “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” ile “*planlama sürecinin aşamaları*” ile “*plan nitelikleri*” olmak üzere esas itibarıyla işlevsel içerik, öznel nitelik ve teknik gereklilik konuları değerlendirilmektedir.

Bu çerçevede, planlama esasları<sup>15</sup>; *vizyon strateji amaç belirleme, araştırma analiz (araştırma raporu), sentez yorumlama (sentez haritaları), planlama uygulama (plan, gösterim, plan notları, plan açıklama raporu), denetim izleme revizyon (yetki onay süreçleri)* aşamaları olmak üzere imar planlarının hazırlanmasından onaylanmasına ve uygulanmasına dek uzanan planlama izlencesinin “işlevsel içeriği” olarak görülebilir. Burada “araştırma, analiz ve sentez aşamalarında” sayısal yöntem ve tekniklerin kullanımı, planlama esaslarının “teknik gereklilikleri” olarak not edilmelidir.

Şehircilik ilkeleri<sup>16</sup> açısından bakıldığında ise *genellik, geniş kapsamlılık, uzun sürelilik, zorunluluk bağlayıcılık, açık şeffaflık, esneklik, nesnellik* olmak üzere imar planlarının “öznel nitelikleri” olarak tanımlandığı söylenebilir. Şüphesiz, bu öznel niteliklere güncel kentsel planlama gündeminin “doğal ve çevresel mirasın korunması” önceliği bakımından *sürdürülebilirlik ilkesi* ile “sağlıklı ve güvenli kentler oluşturulması” gerekliliği bakımından *dirençlilik duyarlık ilkesi* de eklenmelidir.

Bu açıklamalar karşılaştırmalı değerlendirildiğinde, planlama esasları-şehircilik ilkelerinin mevzuat bilgisi ve şehircilik literatüründe biçimsel/teknik gereklilikler ile işlevsel/nesnel öznel nitelikler yönünden benzer içerikleri ifade etmekle birlikte, bütüncül bir bakış açısı ile ele alınarak, sistematik bir “ölçütler seti” oluşturulmadığını söylemek olanaklıdır. Dolayısıyla, bütüncül bir ölçütler setinin eksikliği, imar planlarının yargı denetimi sürecinde “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” açısından sorgulanmasında, bütüncül ve nesnel tutarlı değerlendirmeler yapılabilmesini zorlaştırıcı bir durum olarak görülmektedir. Bu durumun, imar planlarının yargısal denetim sürecinde “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” açısından sorgulanmasında, mevzuat bilgisi esas “*biçimsel teknik ve işlevsel gereklilikler*” ile şehircilik literatürü

<sup>15</sup> İrfan Bayhan, *Şehir Planlaması* (İskender 1969), 244 250; Ruşen Keleş, *Kentleşme ve Konut Politikası (Kentbilim İlkeleri)* (AÜ SBF 1984), 93 98; Baykan Günay, “Şehircilik İlkeleri, Planlama Esasları, Kamu Yararı”, *Kentleri Korumak, Savunmak Kolokyumu Bildiriler Kitabı* (Şehir Plancıları Odası 2010), 21 50.

<sup>16</sup> Ruşen Keleş, *Kentbilim İlkeleri*, (Sosyal Bilimler Derneği 1976), 66 68. İsmail Ceritli, “Kent Planlamasının İlkeleri ve Türkiye’de Geçekondu Sorunu”, (1998) 2(10), *Öneri Dergisi*, 49 57; Sakine Nilüfer Bilgin, “Türk İmar Hukukunda Şehircilik İlkesi”, 10(100), *Fasikül Hukuk Dergisi*, 425 428.

kaynaklı “öznel, nesnel ve teknik değerlendirmeleri” bütüncül bir bakış açısı eşliğinde birlikte ele alan “ölçütler seti” oluşturulmasını zorunlu ve gerekli kıldığı düşünülmektedir.

### III. Planlama Esasları Şehircilik İlkeleri İçin Rehber Önerisi

Mevzuat bilgisi ile şehircilik/planlama ve imar hukuk literatürü birlikteliğinde yapılan değerlendirmeler sonucunda, imar planlarının “planlama esasları-şehircilik ilkeleri” yönünden değerlendirilebilmesi için 7 (yedi) ölçüttten oluşan sistematik bir “sorgulama rehberi” belirlenerek ayrıntıda açıklanmıştır.

#### A. Planlama Yöntem ve Tekniklerine Uygunluk İlkesi

Planlama yöntem ve teknikleri, gerek şehircilik bilimi ve imar hukuku literatürü, gerekse mevzuat gereklilikleri kapsamında imar planlarının hazırlanması onaylanması ve yürürlüğe girmesine dek uzanan “planlama süreci aşamalarında” kullanılan bilimsel temele dayanan “niteliksel ya da niceliksel yöntem ve teknikler” olarak ifade edilebilir.

Bu noktada, öncelikle planlama yöntem ve tekniklerinin gerekliliği ile seçimi kullanımı yönünden şehircilik bilimi ve imar hukuku literatürü ile mevzuatta ifade edilen “planlama süreci aşamalarına” ilişkin izlencenin değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Şehircilik bilimi ve imar hukuku açısından bakılırsa, imar planları yapımına yönelik izlencenin; (a) *bilgilerin derlenmesine yönelik “araştırma/analiz aşaması”*, (b) *elde edilen bilgilerin yorumlanarak çözümlenmesine ilişkin “sentez aşaması”*, (c) *planlama yaklaşımı esas olmak üzere alternatifler üretilmesi ve alternatifler arasından seçim yapılarak karar verilmesine ilişkin “planlama aşaması”*, (d) *planların hayata geçirilmesine ilişkin “uygulama aşaması”*, (d) *olası veya beklenmeyen olumlu/olumsuz koşul ve durumlarda oluşabilecek eksikliklerin giderilmesine yönelik “revizyon aşaması”* olmak üzere 5 (beş) aşama olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır<sup>17</sup>.

Mevzuat açısından bakıldığında ise imar planlarının hazırlanmasına sunulmasına ve onaylanmasına ve yeniden değerlendirilmesi/yenilenmesine ilişkin izlencenin, özellikle “araştırma yöntem teknikleri” vurgulanarak, şehircilik bilimi ve imar hukuku literatürü ile tutarlık gösterecek biçimde açıklandığı söylenebilir.

Nitekim **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, genel planlama esasları başlıklı 7. maddesi, (i) bendinde;** “*planlama süreci; araştırmaların yapılması, sorunların*

<sup>17</sup> Gündüz Atalık, *Kent Planlaması Teknikleri* (İTÜ 1984). Şinasi Aydemir, *Şehir Planlama Teknikleri* (KTÜ 1989); Şinasi Aydemir, *Kent ve Bölge Planlama Teknikleri; Sayısal ve Sayısal Olmayan Teknikler* (Beykoz Üniversitesi 2022). Elif Akay, *Şehir Planlamada Analiz ve Değerlendirme Teknikleri* (Literatür 2014). Vedia Dökmeci, *Planlamada Sayısal Yöntemler* (2. Baskı, İTÜ Vakfı 2015).

*ortaya konulması, veri ve bilgi toplama ile ilgili analiz aşaması; bilgilerin biraraya getirilmesi, birleştirilmesi ve sonuçların değerlendirilmesi ile ilgili sentez aşaması ve plan kararlarının oluşturulması aşamalarından oluşur.”* ifadesi ile planlama izlencesi sistematik biçimde somutlaştırılmıştır.

**Aynı Yönetmelik, mekânsal planların yapımına dair esaslar, araştırma ve analiz başlıklı 8. maddesinde** ise ayrıntılı biçimde “*yerinde tespit/arazi çalışmaları, çok yönlü analitik araştırmalar, sorun potansiyel analizleri, nüfus analizi, yapı doku analizi, risk analizi, güçlü zayıf yönler ile fırsat ve tehditler analizi (SWOT analizi)*” ile “*coğrafi bilgi sistemleri, uydu haritaları kullanımı*” olmak üzere planlama izlencesinde kullanılabilir yöntem ve teknikler ile veri nitelikleri belirtilmiştir.

Diğer taraftan, **Aynı Yönetmelik, İmar planı ilkeleri başlıklı 21. maddesi, 3. fıkrasında** imar planlarının “*sentez çalışmalarına*” dayalı olarak hazırlanması gerekliliği ifade edilirken, “*eşik analizi*” konusunda müstakil bir madde oluşturularak eşik analizinin imar planlarının hazırlanması sürecinde temel veri kaynağı olduğu belirtilmiştir. Devamında ise eşik analizi yönteminin kapsam ve içeriği açıklanarak, imar planları için eşik analizi yapılmasının zorunluluk olduğu kaydedilmiştir.

Bu çerçevede, **planlama yöntem ve tekniğine uygunluk ilkesi**, imar planlarının *analiz, sentez, planlama, uygulama, revizyon* olmak üzere hiyerarşik düzende kurgulanmış aşamaları esas olmak üzere planlama aşamalarında kullanılması “*gerekli zorunlu*” kılınan *eşik analizi, sorun potansiyel analizi, SWOT Analizi, doku analizi, nüfus analizi, sektör analizi, risk analizi gibi* niceliksel niteliksel yöntem ve tekniklerin yerinde gereğince kullanılıp-kullanılmadığının sorgulanmasıdır.

### ***B. Plan Bütünlüğü Sürekliliği İlkesi***

Plan bütünlüğü sürekliliği, imar planlarının mekânsal, sektörel işlevsel ve demografik karar içeriklerine ilişkin yazılı, çizili ve görsel sunum materyalleri arasında “*biçimsel*” ve “*işlevsel*” yönden ifade dili ve anlam bütünlüğü tutarlığı olarak ifade edilebilir. Bu ifade esas alınır, “*plan bütünlüğü sürekliliği*” biçimsel/şekli içerik ve işlevsel içerik olmak üzere 2 (iki) bileşenden oluştuğu söylenebilir.

“*Biçimsel/şekli içerik*”, plan paftası, plan gösterimi, plan notları ve plan raporu olmak üzere imar planlarının kademe ve türü ve ölçeğinin gerektirdiği ayrıntıda yazılı çizili ve simgesel ifade tekniklerine ilişkin gerekliliklerdir. Bu gereklilikler, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Planlama esasları başlıklı 7. maddesi, 1. fıkrası, (b) bendinde** “*Planlar; pafta, gösterim, plan notları ve plan raporu ile bir bütündür*” ifadesi ile somutlaştırılmıştır. Şüphesiz burada ifade edilmek istenen, imar planlarının temel bileşenleri olarak plan paftası, plan gösterimi, plan notları ve plan raporu arasında biçimsel yönden olması beklenen ifade dili ve bilgi aktarımı bütünlüğü tutarlığıdır.



“İşlevsel içerik” ise imar planlarının vizyon, amaç, hedef ve stratejileri gereğince “genel arazi kullanım”, “sosyal ve teknik altyapı”, “ulaşım sistemi” ve “yapı nüfus yoğunluğu” olmak üzere ana plan kararlarının, plan paftası, plan gösterimi, plan notları ve plan raporu içeriklerinde birbiri ile tutarlık bütünlük ve uyum eşgüdüm göstermesi gerekliliğidir. Bu gereklilik, mevzuat kapsamında özellikle “çevre düzeni planı” ile “nazım ve uygulama imar planlarında” değişiklik veya revizyon yapılması ya da ilave planlar hazırlanmasında<sup>18</sup>, “plan ana kararlarının sürekliliğinin bütünlüğünün bozulmaması” ifadesi ile vurgulanmaktadır.

Bu çerçevede, **plan bütünlüğü sürekliliği ilkesi**, imar planlarının kademe ve ölçeğinin gerektirdiği ifade teknikleri bağlamında karar içeriklerine ilişkin rumuz ve sembollerden oluşan görsel sunu/pafta ve gösterim ile yazılı metin niteliğindeki rapor ve notlar arasında biçimsel içerik ve işlevsel içerik yönünden uyum-tutarlık olup-olmadığının sorgulanmasıdır.

### C. Ölçeğin İşlevin Gerektirdiği Ayrıntı İlkesi

Ölçeğin gerektirdiği ayrıntı, imar planlarında öngörülen mekânsal, işlevsel ve demografik karar içeriklerinin, plan yapılış amaçları ile kademesi ve türel niteliğinin gerektirdiği ayrıntı düzeyine özgü yazılı çizili ve görsel açıklama ve hükümleri içermesidir. Daha öz bir ifadeyle, imar planlarının “kendi ölçeğine uygun ifade ve sunum biçimleri” ile gösterilmesidir. Dolayısıyla, imar planlarının ölçeğin gerektirdiği ayrıntı ilkesi açısından sorgulanmasında temel dayanak mevzuat bilgisi olarak görülmelidir.

Mevzuat incelendiğinde; **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Plan gösterimleri** başlıklı **10. maddesinde**, “*Her türlü mekânsal plan, kendi kademesinin ve yapılış amacının gerektirdiği çizim ve gösterim tekniğine göre hazırlanır*” ve “*Bakanlıkça belirlenen gösterim teknikleri kullanılır*” ifadeleri, imar planlarında ortak ifade dili ve anlam bütünlüğü sağlanması bakımından “ölçeğin gerektirdiği ayrıntı ilkesine” vurgu olarak kabul edilmelidir. Nitekim **Yönetmelik** ekinde plan kademeleri için ayrıntıda sistematik “çizelge ve kataloglar” sunulması, mekânsal planların “hiyerarşik sıralama/kademesi” ve “yapılış amacı/türel” farklılıkları esas olmak üzere gereken ayrıntı düzeyinde ifade edilmesinin önem ve gerekliliğini ortaya koymaktadır (Tablo 1).

<sup>18</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 14.6.2014/29030), *Çevre düzeni planı, revizyon ve değişiklikler* başlıklı 20. maddesi, 1. fıkrası ile *İmar plan değişiklikleri* başlıklı 26. maddesi, 1. fıkrası.

Tablo 1. Ölçeğin Gerekthirdiği Ayrıntı İlkesi İçerik Analizi

Karar İçerikleri	Mekânsal Strateji Planı	Çevre Düzeni Planı	İmar Planları	
			Nazım İmar Planı	Uygulama İmar Planı
Demografik	Nüfus yoğunluğu	Nüfus yoğunluğu	Nüfus yoğunluğu (kişi/hektar)	Yapı yoğunluğu (TAKS KAKS/Emsal)
Sektörel/işlevsel	Sektörel temalar; yeni kentler gelişme koridorları üretim dağıtım ve tüketim akımları	Tarım, sanayi, turizm, ulaşım ve enerji gibi genel arazi kullanım kararları, ulaşım sistemi kullanımlar turizm	Genel arazi kullanım ve ulaşım sistemi sosyal ve teknik altyapı kullanımları	İşlevsel kullanım alanları ile sosyal ve teknik altyapı alanları
Mekânsal	Kırsal ve kentsel yerleşme sistemi ve ulaşım ağı	Kırsal ve kentsel yerleşme alanları, gelişme alanları	Yerleşik alan ve gelişme alan	Yerleşik alan ve gelişme alanı
Ölçek	1/250.000 1/500.000	1/100.000 1/50.000	1/25.000 1/5.000	1/1.000
Kapsam	Ülke ve bölge/havza düzeyinde	Bölge/havza veya il ya da iller düzeyinde	İl, ilçelbe düzeyinde	İl/ilçe/belde düzeyinde
İfade sunum	Tematik plan paftası, plan gösterimi, plan raporu	Plan paftası, plan gösterimi, plan notları, plan raporu	Plan paftası, plan gösterimi, plan notları, plan raporu	Plan paftası, plan gösterimi, plan notları, plan raporu
Hukuksal dayanak	644 sayılı KHK, 3194 s. İmar Kanunu Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği	644 sayılı KHK, 3194 s. İmar Kanunu Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği	3194 s. İmar Kanunu Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği	3194 s. İmar Kanunu Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği

*Bu tablo, imar mevzuatı esas alınarak kurgulanmıştır.*

Bu açıklamalara göre, **ölçeğin gerekthirdiği ayrıntı ilkesi**, imar planlarının “hıyerarşik sıralama esas kademesi” ile “yapılış amacı esas türel farklılığının” gerekthirdiği ayrıntı düzeyi bakımından mevzuatta belirlenen çizelge ve kataloglardaki çizim ve ifade tekniklerine uygun-tutarlı olup-olmadığının sorgulanmasıdır.

İşlevin gerekthirdiği ayrıntı ise imar planlarında belirlenmiş işlevsel kullanım/fonksiyon kararlarının, “hızmetin gerekthirdiği içerik ve gereklilikler” esas olmak üzere mekansal/alansal büyüklük, konumsal nitelik/yer seçimi, yapılış kullanım amacı, kullanım içeriği ve inşaat tekniği ile mimari çözüm farklılıkları açısından kendine özgü tipolojik farklılık göstermesidir. Daha somut bir ifadeyle, imar planlarında “konut alanları, ticaret alanları, turizm alanları, sanayi alanları, konut dışı kentsel çalışma alanları, akaryakıt istasyonları” gibi farklı işlevsel kullanım kararlarının, “hızmet işlev mekân” ilişkisi bakımından “kendine özgü” mekansal nitelikler gerektirmesidir.

İmar mevzuatı incelendiğinde, **Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinde** parsel büyüklükleri, derinlikleri ve genişliği/cephesi ile yapılaşma koşulları (*yapı düzeni, yapı yoğunluğu, bahçe mesafeleri ve yükseklik*) bakımından işlevsel kullanım farklılıklarının gözetilerek, işlevin kullanımı veya hizmetin gereğine özgü hükümler koşullar belirlenmiştir. Benzer biçimde, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliğinde** ise özellikle sosyal altyapı alanları için işlevsel kullanım esas sunulacak hizmetin gereğine göre farklılık gösterecek biçimde yürüme mesafeleri, alansal büyüklükler ve konumsal nitelikler tanımlanmıştır (Tablo 2).

**Tablo 2. İşlevin Gerekthirdiği Ayrıntı İlkesi İçerik Analizi**

Karar İçerikleri	Mekansal alansal ölçütler <sup>19</sup>			Konumsal ölçütler <sup>20</sup>	Erişebilirlik ölçütleri <sup>21</sup>
	Parsel büyüklüğü Yapı düzeni	Parsel derinliği Parsel genişliği Bahçe mesafeleri	Yapı düzeni Yükseklik Yoğunluk değeri		
Konut	Parsel büyüklüğü Yapı düzeni	Parsel derinliği Parsel genişliği Bahçe mesafeleri	Yapı düzeni Yükseklik Yoğunluk değeri		Hizmet alanı Yürüme mesafesi
Ticaret	Parsel büyüklüğü Kullanım oranı	Parsel derinliği Parsel genişliği Kullanım oranı	Yükseklik Yoğunluk değeri	Mahale veya semt merkezi	
Sanayi alanları, Akarkayıt servis istasyonu, Konut dışı kentsel çalışma alanı vb.	Parsel büyüklüğü Yapı düzeni	Parsel derinliği Parsel genişliği Yapı düzeni Yapı yaklaşma mesafesi	Yükseklik Yoğunluk değeri	Akarkayıt servis istasyonları <sup>22</sup> için kavşak mesafesi ve istasyonlar arası mesafe	
Sosyo kültürel donanımlar ( <i>Eğitim, sağlık, sosyal ve kültürel, idari, ibadet alanları</i> )	Parsel büyüklüğü <sup>23</sup> İşlev türü	Parsel derinliği Parsel genişliği İşlev türü	Yükseklik Yoğunluk değeri	Mahale veya semt merkezi	Hizmet alanı Yürüme mesafesi
Yeşil alanlar ( <i>Çocuk bahçesi, oyun alanı, spor ve rekreasyon alanı</i> )	Parsel büyüklüğü İşlev türü	Parsel derinliği Parsel genişliği İşlev türü	Yükseklik Yoğunluk değeri	Mahale veya semt merkezi	Hizmet alanı Yürüme mesafesi

*Bu tablo, İmar Mevzuatı, Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak Tesisler Hakkında Yönetmelik Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği esas alınarak hazırlanmıştır.*

Şüphesiz, imar planlarında özellikle “can ve mal güvenliği riskleri”, “hizmet sunum kitlesinin öz nitelikleri” ile “özel farklı statü alanları” açısından özel ve ayrıntıda mekânsal ve konumsal ölçütler gerektiren işlevsel kullanımlar için imar mevzuatına

<sup>19</sup> Bkz. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği (RG 3.7.2017/30113), *Arsalara ilişkin hükümler* bölümü, *Parsel büyüklükleri ve parsel derinlikleri* başlıklı 6. maddesi ile parsel kullanım fonksiyonlarına göre yapılaşma başlıklı 19. maddesi. Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak Tesisler Hakkında Yönetmelik (RG 15.5.1997/22290), *Cephe genişlikleri* başlıklı 40. maddesi ve 41. maddesi.

<sup>20</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 13.3.2022/31777 Değişik), *İmar planı ilkeleri* başlıklı 21. maddesi, 15. fıkrası.

<sup>21</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 14.6.2014/29030), *Yürüme mesafeleri* başlıklı 12. maddesi.

<sup>22</sup> Bkz. Petrol Piyasası Lisans Yönetmeliği (RG 17.6.2004/25495), *Mesafe kısıtlamaları* başlıklı 45. maddesi ile Karayolları Kenarında Yapılacak ve Açılacak Tesisler Hakkında Yönetmelik (RG 15.5.1997/22290), *kavşak mesafesi* başlıklı 17. maddesi ile 37. maddesi.

<sup>23</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 14.6.2014/29030), *Standartlar* başlıklı 11. maddesi ve Ek 2 Tablosu.

ek olarak ilişkili diğer mevzuatın sorgulanması ve (varsa) TSE standartlarının değerlendirilmesi gerekliliği not edilmelidir. Bu konuda, yaşlı ve/veya engelli nüfusa yönelik sosyal hizmet bakım içerikli işlevsel kullanımlar ile karayolları kenarındaki tesisler örnek verilebilir.

Bu açıdan bakılırsa, **Özel Huzurevleri ile Huzurevi Yaşlı Bakım Merkezleri Yönetmeliğinde** Yaşlı Bakım Merkezlerinin “konum/yer seçimi” ve “mekânsal/alansal niteliğine” ilişkin açıklamalar yapıldığı, **Karayoları Kenarında Yapılacak Açılacak Tesisler Hakkında Yönetmelikte** ise karayolu kenarında gerçekleştirilecek işlevsel kullanımlar için faaliyetin gereğine göre “yapı yaklaşma mesafesi ve yüksekliği”, “parsel genişliği/cephesi” ve “mesafeler” konusunda ayrıntıda açıklamalar olduğu ifade edilmelidir.

Bu açıklamalar esas alınır, **işlevin gerektirdiği ayrıntı ilkesi**, imar planlarında belirli ve tanımlı bir işlevsel kullanıma veya kamusal hizmete ayrılmış kullanımların/fonksiyonların, alansal/mekânsal yeterlilik, konumsal nitelik, erişilebilirlik uzaklık gibi sunulacak hizmetin veya gerçekleştirilecek faaliyetin gerektirdiği ayrıntıda bilgi bakımından ilişkili Mevzuat gerekliliklerine uygun-tutarlı olup-olmadığının sorgulanmasıdır.

#### ***D. Kademeli Birliktelik İlkesi***

Kademeli birliktelik, üst kademe planlarda öngörülen mekânsal, sektörel ve demografik karar içeriklerinin, plan yapılış amaç hedef ve ayrıntı düzeyi bakımından alt kademe plan kararlarına aktarılmasıdır. Daha açık bir ifadeyle, üst kademe plan karar içeriklerinin, “plan ifade ve gösterim tekniklerinin gerektirdiği ayrıntı düzeyi” esas olmak üzere alt kademe plan kararlarını yönlendirmesi gerekliliğidir.

Burada karar içerikleri ile anlatılmak istenen konular; imar planlarında *doğal ve kültürel miras kaynakları, nüfus ve dağılımı, sosyal kültürel hizmetler, teknik altyapı, arazi kullanım/makroform ve ulaşım sistemine* ilişkin mekânsal, sektörel ve demografik kararların, “her bir plan kademesinin gerektirdiği ayrıntı düzeyindeki bilgi” olarak ifade edilmelidir.

Mevzuat incelenirse, **3194 Sayılı İmar Kanunu, Planlama kademeleri** başlıklı **6. maddesi** ile **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Mekânsal planlama kademeleri ve ilişkileri** başlıklı **6. maddesi** içeriklerinde üst kademe planlar ile alt kademe planlar arasındaki hiyerarşik ilişkiler açıklanarak, planlama kademelerinin “üst kademededen alt kademeye” doğru mekânsal strateji planları, çevre düzeni planları ve imar planları olmak üzere 3 (üç) kademe olarak tanımlanması kademeli birliktelik ilişkisinin “biçimsel içeriği” olarak değerlendirilmelidir.

Devamla, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Genel planlama esasları** başlıklı **7. maddesi, 1. fıkrası, (c) bendinde** “*Planlar, kademesine ve ölçeğine göre*

ve yapılış amacının gerektirdiği ayrıntı düzeyinde kalmak koşuluyla alt kademede ki planları yönlendirir.” ve **(ç) bendinde** “Üst kademe planlar, alt kademesindeki planlara mekânsal nitelikte hedef koyan, yol gösteren ve ilke belirleyen plandır.” hükümlerindeki “yönlendirici olma yol gösterme” vurgusu ise “kademeli birliktelik ilişkisinin” işlevsel içeriği olarak görülmelidir.

Son olarak, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, 6. maddesi, 5. fıkrasında** “Mekânsal strateji planları ve çevre düzeni planları hazırlanırken kalkınma planı, bölge planları, bölgesel gelişme stratejileri ve diğer strateji belgeleri ile ortaya konulan hedefler dikkate alınır.” ifadesi, kademeli birliktelik ilişkisini sorgulanmasında imar planlarının karar içeriklerinin konu-kapsamı ve etki düzeyi esas olmak üzere mekânsal planlama kademeleri dışında ulusal bölgesel düzeyde sektörel gelişme içerikli tematik planlar, raporlar ve strateji belgelerinin de ele alınması gerekliliğine işaret sayılmalıdır. Bu konuda, ulusal düzeyde stratejiler içeren “ulusal kalkınma planı” ve bölgesel düzeyde stratejilere yönelik “ulusal bölgesel gelişme stratejisi” ve “bölge planları” ile tematik düzeyde “strateji belgeleri ve eylem planları” örnek verilebilir (Tablo 3).

**Tablo 3. Kademeli Birliktelik İlkesi Hiyerarşik İçerik Analizi**

Düzye	Kademe ve Yetki Paylaşımı	Ölçek	Kapsam/Yetki	Ursular	
<b>Sosyo Ekonomik Kalkınma Amaçlı Planlar Hiyerarşisi</b>					
	1	<b>Ulusal Kalkınma Planı</b>		<u>Ulusal</u> düzeyde	Sektörel Rapor
	2	<b>Ulusal Bölgesel Gelişme Stratejisi</b>		<u>Bölgesel</u> düzeyde	Sektörel Rapor
	3	<b>Bölgesel Gelişme Planı</b>		<u>Bölgesel</u> düzeyde	Sektörel Rapor Tematik Pafta
	4	<b>Strateji Belgeleri ve Eylem Planları</b>		<u>Tematik</u> düzeyde	Tematik Rapor
<b>Mekânsal Planlar Hiyerarşisi</b>					
Üst Kademe Planlar	1	<b>Mekânsal Strateji Planı</b> Yetki: Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı		<u>Ülke</u> düzeyinde	Sektörel Tematik Karar Paftası, Plan Gösterimi, Plan Raporu
		Mekânsal Strateji Planı	1/500.000 1/250.000	<u>Havza</u> veya <u>bölge</u> düzeyinde	
	2	<b>Çevre Düzeni Planı</b> Yetki: Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı/Büyükşehir Belediyeleri			
		Bölge/Havza Çevre Düzeni Planı	1/100.000 1/50.000	<u>Bölge</u> veya <u>havza</u> düzeyinde	Plan Paftası, Plan Gösterimi, Plan Notları, Plan Raporu
		Büyükşehir İller Çevre Düzeni Planı	1/50.000 1/25.000	Büyükşehir İller düzeyinde	
Alt Kademe Planlar	3	<b>İmar Planları/Özel Amaçlı İmar Planları</b> Yetki: Belediye/Büyükşehir Belediyesi ve “yapılış amacının” gerektirdiği kurumlar			
		<b>Nazım İmar Planı</b>	1/25.000 1/5.000	<u>Büyükşehir, kent</u> ve <u>ünite</u> düzeyinde	Plan Paftası Plan Gösterimi, Plan Notları, Plan Raporu
		<b>Uygulama İmar Planı</b>	1/1.000	veya <u>farklı statü alanları</u>	
3194 Sayılı İmar Kanunu ve Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği ile Şehircilik Literatürü esas alınarak kurgulanmıştır.					

Şüphesiz, farklı statü vurgulu koruma amaçlı imar planı, turizm amaçlı imar planı, ulaşım ana planı gibi özel amaçlı planlar için “kademeli birliktelik ilişkisi”, özel amaçlı planın türü ve amacı esas olmak üzere planlama hiyerarşisi içindeki “kademeli” ile “yetki sorumluluk” yönünden gerektirdiği ilişkili diğer mevzuat bilgileri esas alınarak değerlendirilmelidir.

Son olarak, **Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği**<sup>24</sup>, “*alt kademe planların en geç bir yıl içinde üst kademe planlara uygun hale getirilmesi*”, aksi durumda, “*üst kademe planları onaylayan İdareler tarafından alt kademe planların yapılabileceğine*” yönelik hükümler, **Kademeli birliktelik ilkesinin** “planlama yetkisi devrini” gerektirecek düzeyde ivedilik gerektiren ve zorunlu “*planlama esası*” olduğuna işaret etmektedir.

Bu çerçevede, **kademeli birliktelik ilkesi** mevzuat gereğince tanımlanan “hiyerarşik ilişki” esas olmak üzere *konu kapsam ve etki düzeyi yönünden gerekli ise “ulusal ve bölgesel düzeyde” tematik sektörel plan ve raporlar da dahil* her bir kademenin gerektirdiği ayrıntı düzeyinde bilgi aktarımı yönünden üst kademe planlar ile alt kademe planlar arasında mekânsal, işlevsel sektörel ve demografik karar içerikleri bakımından eşgüdüm tutarlık olup-olmadığının sorgulanmasıdır.

### ***E. Sosyal Donatı Dengesi İlkesi/Standartlara Uygunluk İlkesi***

Sosyal donatı dengesi, “planların yapılış amaç ve gerekçeleri” esas olmak üzere yaşam kalitesi yüksek sağlıklı, yaşanabilir ve güvenli dirençli kentsel alanlar oluşturulabilmesi bakımından nüfusun gereksinim duyacağı “sosyal ve teknik altyapı içerikli kamusal hizmetlerinin yeterince gereğince karşılanarak”, “nesnel ve dengeli dağılım” göstermesidir. Bu “yeterlik ve dengenin sağlanmasında” temel ölçüt ise mevzuat ve şehircilik literatüründe öngörülen “kentsel sosyal ve teknik altyapı standartlarına” uygunluk sağlanmasıdır.

Sosyal donatı dengesi, Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği ekinde sunulan “Kentsel Sosyal ve Teknik Altyapı Alanlarına İlişkin Standartlar ve Asgari Alan Büyüklükleri Tablosu” içeriğinde ayrıntıda somutlaştırılmış olup her kademe ve türdeki mekânsal planlar ile plan değişiklik<sup>25</sup>, revizyon ve ilavelerinde<sup>26</sup> bu ölçütlerle uyulması zorunlu kılınmıştır. Dolayısıyla, “kentsel asgari standartlar” esas olmak üzere nüfusun gerektirdiği sosyal ve teknik altyapı alanlarının yeterince gereğince karşılanması gerekliliği, imar planlarının yapılış amaç ve gerekçesinin temel parçası olarak görülmelidir.

<sup>24</sup> Bkz. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği (RG 3.7.2017/30113), *Genel ilkeler* başlıklı 5. maddesi, 1. fıkrası: *Alt kademe planların, üst kademe planların kesinleştiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde ilgili idarece üst kademe planlara uygun hale getirilmesi zorunludur. Aksi halde, üst kademe planları onaylayan kurum ve kuruluşlar, alt kademe planları en geç altı ay içinde üst kademe planlara uygun hale getirir ve resen onaylar.*

<sup>25</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 14.6.2014/29030), *İmar planı değişiklikleri* başlıklı 26. maddesi, 2. fıkrası.

<sup>26</sup> Bkz. Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği (RG 14.6.2014/29030), *İmar planı revizyon ve ilaveleri* başlıklı 25. maddesi.

Özellikle, imar plan değişiklikleri konusunda “sosyal donatı alanlarının” iyileştirilmesi temel ilke olarak benimsenmiştir. Ancak, “bilimsel, nesnel ve teknik bir gerekçeye” dayanan fiili ve teknik zorunluluk durumunda sosyal donatı alanlarının azaltılması ve yer değişikliğinin sözkonusu edilebileceği belirtilmekle, bu durumda “aynı etki hizmet alanı” içinde “eşdeğer büyüklükte alan ayrılması” koşulu getirilmiştir.

Burada “hizmet etki alanı” ve “eşdeğer alan” kavramları, sosyal ve teknik altyapı içerikli kamusal hizmetlerin planlama alanı bütününde nesnel sunumu ve dengeli dağılımı konusunda temel gereklilik olarak görülmelidir. Daha açık bir ifadeyle, kentsel standartlar esas olmak üzere sosyal ve teknik altyapı hizmetlerinin “belirli ve tanımlı hizmet bölgeleri” içinde yeterince gereğince karşılanması gerekliliğidir. Bu gereklilik, sosyal ve teknik altyapı içerikli kamusal hizmet maliyetlerinin optimize edilerek, kamusal hizmetlerin yerinde ve verimli etkin sunulması ile ilişkilendirilebilir. Nitekim **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, İmar planı ilkeleri** başlıklı **21. maddesi, 15. fıkrasında**, imar planlarında sosyal ve teknik altyapı içerikli kamusal hizmetlerin konumsal niteliği/yer seçimi konusunda mahalle merkezi ve semt merkezine vurgu yapılması, sosyal donatı kümeleri oluşturulması yoluyla merkezileşmenin desteklenerek, kamusal hizmetlerin sunumunda denge ve optimizasyon sağlanmasına yönelik çaba olarak görülebilir.

“Hizmet etki alanı” tespitinin gerektiği durumda ise **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Yürüme mesafeleri** başlıklı **12. maddesinde** ifade edilen nüfusun kamusal hizmet alanlarına erişimi için tanımlanan yürüme mesafesi ölçütleri esas alınmakla birlikte, doğal ve yapay eşikler ile nüfus yoğunluğu gereğince artırılabilirliği belirtilmiştir. Bu açıklama, sosyal altyapı alanlarına ilişkin yürüme mesafelerinin standartlaştırılmakla birlikte, yürüme mesafelerinin belirlenmesinde “yere özgü koşulların” önemine işaret sayılmalıdır (Tablo 4).

**Tablo 4. Hizmet Etki Alanı esas Erişme Mesafesi Ölçütleri**

Sağlık alanları	Aile sağlık merkezi	500 metre
Eğitim alanları	Anaokulu/kreş, ilkokul	500 metre
	Ortaokul	1.000 metre
	Lise	2.500 metre
Yeşil alanlar	Çocuk bahçesi, oyun alanı	500 metre
	Spor tesisleri	500 metre
İbadet alanları	Orta cami	400 metre
	Küçük cami	250 metre
	Mescit	150 metre
<i>Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, 12. maddesi esas alınarak hazırlanmıştır.</i>		

Diğer taraftan, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, Genel planlama esasları** başlıklı **7. maddesinde** her tür ve ölçekteki imar planları ve plan değişikliklerinde, kentsel nüfusun gereksinim duyacağı sosyal ve teknik altyapı alanlarının standartlar

gereğince karşılanmasının genel planlama esası olduğu belirtilerek, **Yönetmelik, Standartlar** başlıklı **11. maddesi, 1. fıkrasında** ise sosyal ve teknik altyapı alanlarının karşılanmasında, standartlar ile birlikte planlama alanının niteliği ve bölge şartlarının önemi vurgulanmıştır.

Şüphesiz burada vurgulanan konu; sosyal ve teknik altyapı hizmetlerinin karşılanmasında; hizmetin sunulacağı bölgenin “genel nüfus karakteri”, “mekânsal durumu niteliği” ve “kısıtlayıcılar/doğal, yapay veya statü eşikleri” ile “hizmetin kapsam ve içeriği” arasındaki ilişkisel gerekliliğin sorgulanmasıdır. Dolayısıyla, imar planlarının “sosyal donatı dengesi” yönünden kentsel standartlara uygunluğunun sorgulanmasında, “asgari standartlar tablosu” esas olmak üzere yere özgü “mekânsal karakteristik”, “işlevsel nitelik” ve “farklı statü/sit koşulları” birlikte değerlendirilmelidir. Nitekim, **Yönetmelik, Standartlar** başlıklı **11. maddesi, 2. fıkrasında** “*kentsel asgari standartların çevre düzeni planında belirlenebileceğine*” ilişkin hüküm, “yere özgü” mekânsal, işlevsel ve statü kaynaklı zorunluluk gereklilikler durumunda, plan kararları ile “standartlar belirlenebilmesine” olanak sağlanması, kamusal hizmetlerin sunumunda “yere özgü” koşulların önemine yorulmalıdır.

Buraya kadar yapılan tespitlerden, **sosyal donatı dengesi ilkesi/standartlara uygunluk ilkesi**, kentsel nüfusun gereksinim duyduğu sosyal ve teknik altyapı hizmetlerinin, Mevzuatta öngörülen asgari standartlar ile “sosyo mekânsal karakteristikler”, “işlevsel nitelikler” ve “farklı statü/sit koşulları” esas “yere özgü şartlar” dikkate alınarak, imar planları bütününde gereğince-yeterince karşılanıp-karşılanmadığı ve dengeli dağılım gösterip-göstermediğidir.

### ***F. Bölge/Belde Şartlarına Uygunluk İlkesi***

Bölge/belde şartlarına uygunluk veya bölgenin genel özelliklerine uygunluk; imar planlarında işlevsel kullanım alanları (konut, ticaret, sanayi) ile sosyal ve teknik altyapı alanlarına ilişkin yer seçimi kararları (alansal büyüklük ve konumsal nitelik) ile yapılaşma koşullarının (bahçe mesafeleri, taban alanı/kat alanı oranları ve yükseklik gibi) belirlenmesinde, “yere özgü” mekânsal karakteristik ve işlevsel nitelikler ile farklı statü kısıtlama sınırlamalarının dikkate alınmasıdır.

Bölge şartları konusunda ilk vurgunun, **3194 sayılı İmar Kanunu, Genel esaslar** başlıklı **3. maddesinde**, “*Herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz.*” hükmü ile yapıldığı görülmektedir. **Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği, 69. maddesinde** büyükşehir ve il belediyelerinin hazırlayacağı imar yönetmeliklerinde “*beldenin tarihi ve yöresel şartlarının gözetilmesi*” ifadesi ise “*belde/bölge şartlarının*” mevzuat düzenlemelerindeki önem ve etkisini göstermektedir. Benzer biçimde,



imar planlarının yargı denetimi sürecinde “*bölgenin gelecekteki gereksinimleri*” ve “*bölgenin gelişme eğilimlerinin*” dikkate alınmasının gerekliliğine ilişkin Danıştay içtihatları<sup>27</sup>, “*bölge şartlarının*” sorgulama ölçütü niteliğini somutlaştırmaktadır.

Bu açıklamalar, imar planlarında özellikle tarihi ve yöresel şartlar esas olmak üzere mekânsal, işlevsel ve statü kaynaklı “yere özgü” koşulların gözetilmesine işaret sayılmalıdır. Burada “yere özgü koşulların gözetilmesi gerekliliği” ile vurgulanan içerik; “*doğal ve kültürel mirasın korunmasına yönelik farklı statü kısıtlamaları*”, “*fay zonunda kalması, taşkın riski taşıması gibi afet risk önlemleri*”, “*sıcaklık, rüzgar, güneşlenme ve bakı gibi iklimsel veriler*”, “*mekânsal ve işlevsel eğilimler*”, “*yapılaşma koşulları/bahçe mesafeleri kat rejimi*” ile “*yapı nüfus yoğunluğu dağılımı/görünüm siluet*” olmak üzere “yere özgü” koşulların biçimlendirdiği “yerleşim yapısı karakteristiği” olarak görülmelidir.

Son olarak, **3194 sayılı İmar Kanununda** imar uygulaması işlemlerinde “yörenin koşulları”, “bölgenin genel özellikleri” ve “beldenin şartlarının” gözetilmesi gerekliliğine vurgu yapılması<sup>28</sup>, bölge şartlarının imar planlarının sadece “planlama aşamasına/imar planı” ilişkin değil, “uygulama aşamasına/imar uygulamasına” ilişkin sorgulamalarda da temel ölçüt olarak değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında, **bölge şartları ilkesini** “yapılaşmış çevreye uyum ve bütünlük süreklilik sağlanması” ile ilişkilendirerek, çevre imar bütünlüğü olarak değerlendirmek de mümkündür.

Bu çerçevede, **Bölge/belde şartlarına uygunluk ilkesi** imar planlarında öngörülen mekânsal, işlevsel ve demografik karar içeriklerinin, “yere özgü” sosyo mekânsal karakteristik, işlevsel nitelik ve farklı statü koşulları açısından “bölgenin gelecekteki olası gereksinimleri” ile “gelişme eğilimleri” esas olmak üzere “bölgenin genel özellikleri” ve “çevre imar yapılaşma durumu” ile uyumlu-tutarlı belirlenip-belirlenmediğinin sorgulanmasıdır.

### G. Ölçülü/Orantılı Müdahale İlkesi

İmar planları, “*kamu yararı esas olmak üzere mülkiyet düzenine müdahale edici yasal düzenleme*” olarak değerlendirilirse<sup>29</sup>, imar planlarından beklenen tutum; “plan yapılış amaç ve gerekliliği” ile “ulaşılması istenen hedefler” gereğince “mülkiyet hakkının kullanımı ve güvenliği” konusunda nesnel ve dengeli olmasıdır. Bu çerçevede, ölçülü müdahale, imar planı yoluyla mülkiyet düzenine yapılan müdahalelerde, kamu

<sup>27</sup> Danıştay, 6. Dairesi, 2015/7786, K. 2020/2354, T. 25.02.2020; E. 2015/3727, K. 2020/2351, T. 25.02.2020; E. 2018/5777, K. 2019/507, T. 11.02.2019; E. 2018/2778, K. 2020/820, T. 4.02.2020; E. 2014/6440, K. 2019/2402, T. 9.04.2019; E. 2014/5275, K. 2019/1618, T. 21.03.2019; E. 2015/2230, K. 2019/390, T. 5.02.2019; E. 2015/1036, K. 2019/391, T. 5.02.2019; E. 2015/5023, K. 2018/2049, T. 7.03.2018; E. 2019/15134, K. 2019/8267, T. 1.10.2019

<sup>28</sup> Bkz: 3194 sayılı İmar Kanunu (RG 2.8.2013/28726 değişik) *Planların hazırlanması ve yürürlüğe konulması* başlıklı 8. maddesi, (f) bendi ile 3194 sayılı İmar Kanunu (RG 31.5.2012/28309 değişik) ek madde 5.

<sup>29</sup> Danıştay, 6. Daire, E. 2016/13477, K. 2020/2939, T. 2.03.2020.

yararı ile bireysel yarar arasında “yüklenilecek külfet” yönünden makul ve kabul edilebilir bir denge kurulması olarak tanımlanabilir<sup>30</sup>. Bu dengenin gözetilmesi ise “mülkiyet hakkının kullanımı ve güvenliği” esas olmak üzere özellikle kamusal hizmetlere katılım külfetinin toplumun tüm kesimlerine *fiili ve teknik zorunluluklar dışında* olabildiğince eş düzeyde yüklenmesi bakımından imar planlarının “öznel ve nesnel” niteliklerinin gereği olarak kabul edilmelidir.

Fiili ve teknik zorunluluk konusunda, **Mekânsal Planlar Yapım Yönetmeliği, İmar planı ilkeleri başlıklı 21. maddesi, 8. fıkrasında** “*mevcut veya ilave ihtiyaç duyulan sosyal ve teknik altyapı alanlarının, öncelikle söz konusu hizmetleri yürütmekle yükümlü kurum ve kuruluşların varsa kendi mülkiyeti veya tasarrufundaki alanlar üzerinde planlanması esastır*” hükmü hatırlatılmalıdır. Bu hüküm ile “kamu yatırım maliyetlerinin azaltılmasına” vurgu yapılmakla birlikte, kamusal hizmetler için mülkiyet hakkı ve kullanımının sınırlandırılması yerine kamu kaynaklarının kullanılabilirliği esas fiili ve teknik zorunluluk olup-olmadığının tespiti açısından önemlidir.

Buraya dek yapılan açıklamalardan, imar planları ile öngörülen plan karar içeriklerinin mülkiyet hakkı ve kullanımındaki belirleyici etkisi esas olmak üzere ölçülü müdahale konusuna ilişkin sorgulama ölçütleri 4 (dört) başlıkta değerlendirilebilir.

- (1) “*imar planı kararlarının kapsam ve içeriğinin “kamu yararı ilkesi ile tutarlı olup olmadığı”*”.
- (2) “*imar planı kararları ile mülkiyet hakkı ve kullanımı konusunda getirilen müdahale/kısıtlama sınırlamaların makul ve nesnel olup olmadığı”*”.
- (3) “*imar planı kararları ile öngörülen kamusal hizmetlere ihtiyaç olup olmadığıdır”*”.
- (4) “*imar planı kararları ile mülkiyet hakkı ve kullanımı konusunda getirilen müdahale/kısıtlama sınırlamaların fiili ve teknik yönden zaruret bulunup bulunmadığıdır.”*”

Burada şu açıklama yerinde olacaktır: kamusal hizmetlere katılım külfetinde “ölçünün aşılması” veya “eş düzeyde yüklenmemesi”, ancak, “bilimsel, teknik ve nesnel bir gerekçeye” dayalı fiili zorunluluk durumu sözkonusu olduğunda istisnai koşullar olarak değerlendirilmelidir. Bu istisnai koşullar, “*doğal ve kültürel mirasın korunması*”, “*afet risk tebdirleri*”, “*askeri stratejik gereklilikler ile esas toplum ve çevre sağlık ve güvenliğinin korunması*” ile “*ulusal bölgesel katma değeri ve yaygın*

<sup>30</sup> Alparslan Altan, *Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (Ankara 2008). Handan Kılınçtürk Topal, *İmar Planları Aracılığı ile Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İzmir 2019). İbrahim Kapaklıkaya, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (İstanbul 2021). Ömer Faruk Genççay ve Bayram Öz, “İmar Kısıtlamaları ve Mülkiyet Güvenliği”, (2020) 42, *Yasama Dergisi* 159 182.

*etkisi olan stratejik yatırımlar” (enerji, madencilik, lojistik ulaşım altyapı gibi sektörel yatırımlar) olmak üzere “kamu yararı amaçlı” gereklilikler olarak ifade edilebilir.*

Bu gereklilikler; **İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 17. maddesi, 2. Fıkrası, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Ek 1 Protokolü, 1. Maddesi** ile **T.C. Anayasası, 35. Maddesinde** “*mülkiyet hakkı ve kullanımına ilişkin müdahale keyfiyetinde kamu yararı gözetilmesi*” konusundaki vurgu ile birlikte değerlendirilirse, imar planları yoluyla mülkiyet hakkı ve kullanımına yapılan müdahale ile getirilen kısıtlamanın-sınırlamanın ölçülü olup-olmadığı konusunda “kamu yararı ilkesi ile tutarlık aranması” ilkesel ölçüt olarak kabul edilmelidir. Nitekim **Mekânsal planlar yapım yönetmeliği, genel planlama esasları başlıklı 7. maddesi, 1. fıkrası, (a) bendindeki** “*Planlar; kamu yararı amacıyla yapılır*” ifadesi, bu ilkesel ölçütün somutlaştırılması olarak değerlendirilmelidir.

Diğer taraftan, imar planı kararları ile mülkiyet hakkı ve kullanımının kısıtlanması sözkonusu olduğunda; “kamu kaynaklarının maliyetin gözetilmesi esas etkin verimli kullanımı” ile “nüfusun kamusal hizmetlerden yeterince gereğince faydalanabilmesi” arasındaki dengenin kurularak “*mülkiyete müdahalenin fiili ve hukuki bağlamda uzun süreli belirsiz bırakılmaması*” temel “kural” olarak kabul edilmelidir<sup>31</sup>.

Burada “kural” vurgusu ile anlatılmak istenen; “imar planı ile öngörülen kamusal hizmetlerin “nüfus hizmet dengesi” esas olmak üzere belirli ve tanımlı bir program gereğince gerçekleştirilecek olmasıdır”. Daha somut bir ifadeyle, imar planı kararları ile mülkiyet hakkı ve kullanımının *herhangi bir program olmaksızın* uzun süreli belirsiz bırakılmayacağı ve/veya belirsiz bir süre için kısıtlanmayacağıdır”.

Nitekim **3194 sayılı İmar Kanununda** “*imar planlarında öngörülen kamusal hizmetlerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak en geç üç ay içinde beş yıllık imar programlarının hazırlanması gerekliliğine*” ilişkin açıklama<sup>32</sup>, mülkiyet hakkı ve kullanımının uzun süreli belirsiz bırakılmayacağına işaret etmektedir. Dolayısıyla, Mevzuat gereğince vurgulanan imar planı esas imar programı, imar planı kararları yoluyla mülkiyetin hakkı ve kullanımının süre yönünden “belirsiz bırakılıp bırakılmadığının” tespiti konusunda temel ölçüt olarak kabul edilmelidir.

Bu tespitlerden, **ölçülü müdahale ilkesi**, bilimsel, nesnel ve teknik zorunluluk durumu “*istisani koşul*” olmakla birlikte, imar planı kararları ile mülkiyet hakkı ve kullanımı konusunda getirilen müdahale/kısıtlama sınırlamaların, “amaç” yönünden

<sup>31</sup> Ayşegül Eren, *Kamulaştırmaz El Atma Kavramı ve Davaları*, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2014), 92-98. Ömer Aydın, *İmar Planlarında Kamu Kullanımına Ayrılacak Alanlardaki Mülkiyet Hakkı Uyuşmazlıkları Üzerinde Bir İnceleme*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (İstanbul 2018), 89-99.

<sup>32</sup> Bkz: 3194 sayılı İmar Kanunu (RG 9.5.1985/18749) *İmar programları, kamulaştırma ve kısıtlılık hali* başlıklı 10. maddesi. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu (RG 7.9.2016/29824 Değişik) Ek madde 1.

kamu yararı taşıyıp-taşımadığı, “süre” yönünden mevzuat esas “belirli ve tanımlı bir programa dayalı olup-olmadığı” ve “biçim” yönünden makul ve nesnel olup-olmadığı yönlerinden sorgulanmasıdır.

#### IV. Sonuç

İmar planlarının yargı denetimi sürecinde temel sorgulama konusu olarak görülen planlama esasları-şehircilik ilkelerini, “*biçimsel ve teknik gereklilikler*” ile “*öznel ve nesnel nitelikler*” birlikteliğinde “sistematik bir bakış açısı” ile alan bu araştırma sonunda, şehircilik disiplini ile hukuk disiplini ortak paydada buluşturan “ölçütler seti” niteliğindeki “sorgulama rehberi” oluşturulmuştur.

Bu rehber ile yargı denetimi sürecinde imar planlarının planlama esasları-şehircilik ilkeleri açısından sorgulanmasında kullanılacak ölçütler, *planlama yöntem ve tekniklerine uygunluk ilkesi, plan bütünlüğü sürekliliği ilkesi, ölçeğin işlevin gerektirdiği ayrıntı ilkesi, kademeli birliktelik ilkesi, sosyal donatı dengesi/standartlara uygunluk ilkesi, bölge şartları/ihtiyaçlarına uygunluk ilkesi, ölçülü/orantılı müdahale ilkesi* olarak belirlenerek, her bir ölçütün kapsam ve içeriği, imar hukuku literatür bilgisi ve mevzuat gereklilikleri ile ilişkilendirilerek ayrıntıda açıklanmıştır.

Araştırmada, planlama esasları-şehircilik ilkeleri değerlendirmesi için önerilen “*öznel, nesnel ve teknik*” değerlendirme sistematığına dayanan “ölçütler dizisinin/rehberinin”; imar planlarının yargı denetimine ilişkin “karar verme alma süreçlerinde” gereksinim duyulan bilimsel ve teknik mütala/görüşlerin gerek biçimsel içeriğinin kurgulanması, gerekse işlevsel içeriğinin oluşturulmasına teknik yönden katkı sunabileceği değerlendirilmektedir.

---

**Hakem Değerlendirmesi:** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması:** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek:** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review:** Externally peer-reviewed.

**Conflict of Interest:** The author has no conflict of interest to declare.

**Grant Support:** The author declared that this study has received no financial support.

---

#### Bibliyografya/Bibliography

Akay E, *Şehir Planlamada Analiz ve Değerlendirme Teknikleri* (Literatür Yayınları 2014).

Altan A, *Mülkiyet Hakkı, Güvencesi ve Korunması*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008).

Altıntaş Y, *İmar Planlarında Yetki Kuralları ve Danıştay Kararları Örneğinde; Planlamada Karşılaşılan Yetki Sorunları ile Çözüm Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2007).

Arguvanlğıl İ, “Türkiye’de İmar Planlama Durumu, İnsan Yaşamına ve Ekonomik Politikaya

- Etkileri”, (1980) 1 (377), *Arkitekt Dergisi* 30 33.
- Artukmaç S, *Türk İmar Hukuku* (Turhan Yayınevi 1979).
- Atalık G, *Kent Planlaması Teknikleri* (İTÜ Yayınları 1984).
- Aydemir Ş, *Şehir Planlama Teknikleri* (KTÜ Mimarlık Fakültesi Yayınları 1989).
- Aydemir Ş, *Kent ve Bölge Planlama Teknikleri; Sayısal ve Sayısal Olmayan Teknikler* (Beykoz Üniversitesi Yayınları 2022).
- Aydın Ö, *İmar Planlarında Kamu Kullanımına Ayrılacak Alanlardaki Mülkiyet Hakkı Uyuşmazlıkları Üzerinde Bir İnceleme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).
- Bağcı MY, *Mevzuatta ve Yargısal İçtihat Şehircilik İlkeleri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).
- Bal B, *İdari Bir İşlem Türü Olarak İmar Planı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2010).
- Bal E, *İdari Yargı Kararlarının İmar Planlama Süreci İçindeki Rolü; İzmir Örneği*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2004).
- Bal E, “İdari Yargının Üç Temel Bileşeni Olarak; Kamu Yararı, Planlama Esasları ve Şehircilik İlkeleri”, (2006) 3, *Planlama Dergisi* 27 33.
- Bayhan İ, *Şehir Planlaması* (İskender Matbaası 1969).
- Bilsel G ve Bilsel A, “Günümüzde İmar Planı Olgusu, Niteliği ve Türel Ayrımı”, *Türkiye’de İmar Planlaması* (ODTÜ Yayınları 1980) 113 134.
- Canbazoğlu K ve Ayaydın D, “İmar Planlarının Yargısal Denetimi I”, (2011) 93, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 239 281.
- Canbazoğlu K ve Ayaydın D, “İmar Planlarının Yargısal Denetimi II”, (2011) 94, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 295 328.
- Ceritli İ, “Kent Planlamasının İlkeleri ve Türkiye’de Geçekondu Sorunu”, (1998) 2(10), *Öneri Dergisi* 49 57.
- Çebi E, *Trabzon Kenti 2002 Yılı Revizyon İmar Planı Sonrası İdari Yargıya Konu Olan İmar Uyuşmazlıkları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Karadeniz Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2013).
- Çelebi A, *Türk İmar Hukukunda Şehircilik İlkeleri ve Planlama Esasları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2021).
- Çelik B, *Koruma Amaçlı Planlama ve Koruma Amaçlı İmar Planlarıyla İlgili İdari Yargı Kararları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2010).
- Dökmeçi V, *Planlamada Sayısal Yöntemler* (2. Bası, İTÜ Vakfı Yayınları 2015).
- Duyguluer F, “İmar Mevzuatında Tanımlar”, *Kent Planlama Ansiklopedik Sözlük* (Ninova Yayınları 2012).
- Eke F, *Şehircilik ve Planlama* (MEB Yayınları 2000).
- Eren A, *Kamulaştırmaz El Atma Kavramı ve Davaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Ergün H, *İmar Planlarının Değiştirilmesi ve Revizyonu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü 2013).
- Ersoy M, “İmar Planı Değişiklikleri ve Yargı Denetimi”, (1997) 17(1 2), *ODTÜ MF Dergisi* 53 73.

- Gençkay ÖF ve Öz B, “İmar Kısıtlamaları ve Mülkiyet Güvenliği”, (2020) 42, *Yasama Dergisi* 159 182.
- Geray C, *Şehir Planlamasının Başlıca Tatbik Vasıtaları* (AÜ SBF Yayınları 1960).
- Göçer O, *Şehirciliğe Giriş* (Konya DMMA Yayınları 1979).
- Günay B, “Şehircilik İlkeleri, Planlama Esasları, Kamu Yararı”, *Kentleri Korumak, Savunmak Kolokyumu Bildiriler Kitabı* (Şehir Plancıları Odası Yayınları 2010) 21 50.
- Kansu HD, *Türk Hukukunda İmar Planlarının Düzenleyici İşlem Niteliği*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1994).
- Kapaklıkaya İ, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk İmar Hukukunda Mülkiyet Hakkı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).
- Kara S, *Danıştay Kararları Işığında İmar Plan Değişikliği*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015).
- Keleş R, *Kentbilim İlkeleri*, (Sosyal Bilimler Derneği Yayını 1976).
- Keleş R, *Kentleşme ve Konut Politikası (Kentbilim İlkeleri)*, (AÜ SBF Yayınları 1984).
- Keleş R, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, (2. Bası, İmge Yayınları 1998).
- Keleş R ve Mengi A, *İmar Hukuku; Hukuksal, Yönetmel ve Siyasal Boyutlarıyla*, (3. Bası, İmge Yayınları 2019).
- Köktürk E ve Köktürk E, *İmar Planları, İmar Hukuku, Şehircilik İdari Yargı Denetimi, Mekân* (Seçkin Yayınları 2021).
- Küçük YE, *Uygulama İmar Planlarının İptali/Değişikliği Sonucu Yapıya İlişkin Kazanılmış Hakların İrdelenmesi İstanbul Esenyurt Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2013).
- Orta E, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planların Çatışması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2005).
- Öz B, *İdari İşlemin Bir Parçası Olarak İmar Planlarının Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).
- Özcan V, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1998).
- Özdemir A, *İmar Planlarında Hiyerarşi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011).
- Sakine NB, “Türk İmar Hukukunda Şehircilik İlkesi”, 10(100), *Fasikül Hukuk Dergisi* 425 428.
- Suher H, *Şehircilik* (İTÜ Yayınları 1996).
- Şahin CY, *İmar Planlarının Yapım Süreci ve Yargısal Korunma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2002).
- Tekeli İ, “Mülkiyet Kurumu, Kamu Yararı Kavramı ve İmar Planları Üzerine”, 88 (2), *Planlama Dergisi* 6 13.
- Topal HK, *İmar Planları Aracılığı ile Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).
- Ulutaş TB, *İmar Planlarının Yargısal Denetiminde Kamu Yararı Kriteri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).
- Uzun M, *İmar Planlarının Değiştirilmesi ve Yargısal Denetim*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).
- Ünal E, Duyguluer F ve Polat ZE, *İmar Terimleri Sözlüğü* (TODİAE Yayınları 1998).

Yanık A, *3194 Sayılı İmar Kanunu'na Göre Yapılan İmar Planlarının Yargısal Denetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015).

Yavuz F, *Şehircilik Ders Kitabı* (AÜ SBF Yayınları 1953).

Yavuz F, *Şehircilik* (AÜ SBF Yayınları 1962).

Yılmaz S, *İmar Planlarının Hukuki Rejimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).

Yılmazabdurrahmanoğlu E, *İmar Hukukunda Plan Hiyerarşisi ve Planlama Sistemindeki Yetki Karmaşaları, Başakşehir İlçesi Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Bahçeşehir Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü 2012).

**Danıştay 6. Daire Kararları** (Hukuk Türk Veri Tabanı: Erişim Tarihi: 10.04.2023)

Danıştay 6. Daire, E. 2016/13477, K. 2020/2939, KT. 02.03.2020.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/7786, K. 2020/2354, KT. 25.02.2020.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/3727, K. 2020/2351, KT. 25.02.2020.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2018/5777, K. 2019/507, KT. 11.02.2019.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2018/2778, K. 2020/820, KT. 04.02.2020.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2014/6440, K. 2019/2402, KT. 09.04.2019.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2014/5275, K. 2019/1618, KT. 21.03.2019.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/2230, K. 2019/390, KT. 05.02.2019.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/1036, K. 2019/391, KT. 05.02.2019.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2015/5023, K. 2018/2049, KT. 07.03.2018.

Danıştay 6. Dairesi, E. 2019/15134, K. 2019/8267, KT. 01.10.2019.





## YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.  
*Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.*
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.  
*The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.*
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.  
*Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.*
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.  
*Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.*
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.  
*The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.*

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

*Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.*

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

*As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.*

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

*The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.*

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

*Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.*

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

*The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of 250 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.*

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

*The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.*

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

*Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.*

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

*The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.*

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

*To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.*

15. Mecmua’da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

*Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.*

16. İstanbul Hukuk Mecmuası’nda yayımlanması istenen yazıların [ihfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:ihfdergiler@istanbul.edu.tr) e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

*Papers should be sent to [ihfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:ihfdergiler@istanbul.edu.tr) in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

*Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.*

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua’ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

*The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.*

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

*The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.*