



ERCİYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ **HUKUK** FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT : XIX • SAYI : 1 • YIL : 2024

ISSN : 1306-3839



CİLT : XIX
SAYI : 1
YIL : 2024



www.adalet.com.tr
ISBN 978 605 300 900 0



9 786053 100448



Strazburg Cad. No:10/B
Sıhhiye / ANKARA
Tel: 0.312 231 17 00
Tel: 0.312 231 17 94
Tel: 0.312 229 92 07
Faks: 0.312 231 77 04
adalety@adaletyayinevi.com



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIX

SAYI: 1

YIL: 2024

NİSAN - 2024

ANKARA

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL (Dekan)

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Sultan KİBAR (Fakülte Sekreteri)

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-POSTA:</u> eruhukukdergisi@gmail.com <u>ISSN</u> : 1306-3839 <u>E-ISSN</u> : 2822-3012 <u>Basım Tarihi:</u> NİSAN 2024
--	--

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

ADALET YAYINEVİ

Baskı

ADALET YAYINEVİ, SIHHIYE / ANKARA

AMAÇ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi olarak, hukuk biliminin sınırlarını genişleterek ulusal ve uluslararası düzeyde akademik mükemmeliyeti teşvik etmeyi amaçlıyoruz. Yenilikçi, çok disiplinli ve eleştirel perspektiflerle donatılmış yüksek kaliteli akademik çalışmaları yayınlamaya hukukun gelişimine katkıda bulunmayı ve küresel hukuk topluluğu içinde öncü bir rol üstlenmeyi hedefliyoruz. Araştırmacıların ve hukuk profesyonellerinin zengin ve çeşitli görüşlerini bir araya getirerek hukuk eğitimi ve pratiğine yenilikçi yaklaşımlar sunmayı ve hukuk alanında sürdürülebilir bir etki yaratmayı hedefliyoruz. Bu amaçlar doğrultusunda, çalışmalarımız TR Dizin, Index Copernicus International Master List, HeinOnline, Central & Eastern European Academic Source, Legal Source Database, SOBIAD, EuroPub, Google Scholar, OpenAIRE, ResearchBib - Academic Research Index, Acar Index, WorldCat, Paperity, CiteFactor - Academic Scientific Journals, ErihPlus, JURIX ve Sherpa Romeo gibi saygın indekslerde listelenmektedir. Bu indekslerde yer almak, çalışmalarımızın ulusal ve uluslararası düzeydeki akademik çevreler tarafından kabul gördüğünün ve etkin bir şekilde erişilebilir olduğunun bir göstergesidir.

KAPSAM

Dergimizin kapsamı, hukuk biliminin temel unsurlarını ve günümüz teknolojik gelişmeleriyle olan etkileşimini inceleyen özgün ve akademik çalışmalara adanmıştır. Bu amaçla, anayasa hukuku, ceza hukuku, medeni hukuk, ticaret hukuku, idare hukuku, milletlerarası hukuk, iş ve sosyal güvenlik hukuku, genel kamu hukuku, mali hukuk, hukuk felsefesi, hukuk tarihi, Roma hukuku, medeni usul hukuku, icra ve iflas hukuku, ceza usul hukuku gibi temel hukuk alanlarında yenilikçi ve etkili araştırmaları kapsamaktayız. Ayrıca, hukuk ve etik, yapay zekâ ve hukuk, veri koruma, gizlilik hukuku, kriminoloji, sağlık hukuku, sigorta hukuku, fikri mülkiyet hukuku, spor hukuku, finans hukuku, çevre hukuku, robotik hukuk gibi disiplinlerarası ve teknoloji odaklı konulara da odaklanılmaktadır. Bu çabalarımızla, hukukun hem geleneksel hem de çağdaş yönlerini bütünsel bir şekilde kucaklamayı ve böylece hem ulusal hem de uluslararası düzeyde derinlemesine ve yenilikçi hukuki çözümleri öne çıkarmayı hedefliyoruz.

YAZIM KURALLARI

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, uluslararası araştırma ve yayın etiğine bağlı, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdergisi@gmail.com e-posta adresine gönderilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku ve özel hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Fransızca ve Almanca çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, öncelikle Türkçe ve İngilizce başlık, yazar isimleri, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce zorunlu olmak üzere, tercih edilmesi halinde bunlara ilaveten Almanca ve/veya Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. İngilizce özet kısmı genişletilmiş özet formatında olup en az 600 kelime (tercihen en fazla 1500 kelime) uzunluğunda olmalıdır. Ayrıca çalışmayı tam olarak ifade edebilecek beşer anahtar kelimeye özet kısımlarının altında Türkçe ve İngilizce olarak yer verilmelidir. Yazarların unvanlarını, Orcid ID numaralarını, e-posta adreslerini, görev yaptıkları kurumları, yazar isminin olduğu yere yıldızlı dipnot konulmak suretiyle dipnotta göstermeleri gerekmektedir.
4. Yayımlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 11 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı tek olmalıdır ve 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 50 sayfadan fazla olmamalıdır.

5. Makaleler “The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography)” atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Makalelerde metin altı (dipnot) atıf usulü tercih edilmeli, metin içi atıf yapılmamalıdır. Atıf yapılan eser ve kaynakların, makalenin yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakça, makalenin sonunda yer almalıdır. Kaynaklar Latin alfabesi ile yazılmış olmalı, veriliş şekli, doğruluğu ve ulaşılabilirliğine özen gösterilmelidir.

Atıf yapılacak kaynaklar ve kaynakça aşağıdaki gibi hazırlanmalıdır:

Atıf Örnekleri:

Tek Yazarlı Kitap

Ad Soyad, Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 65.

-Sonraki Gösterimler

Özgenç, Türk Ceza Hukuku, 69.

İki veya Üç Yazarlı Kitaplar

Ad Soyad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar) ve Ad Soyad (üçüncü yazar), Eser Adı (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Nurettin Bilici ve Begüm Dilemre Öden, Vergi Hukuku Uygulamaları (Ankara: Savaş Yayınevi, 2021), 73.

-Sonraki Gösterimler

Bilici ve Öden, Vergi Hukuku, 85.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Ad Soyad (ilk yazar) vd., Eser Adı, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayımlanma yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Veli Özer Özbek vd., Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020), 110.

-Sonraki Gösterimler

Özbek vd., Açıklamalı-Şematik, 163.

Çeviri Kitap

Dipnot numarası. Ad Soyad, Eser Adı, çev. Ad Soyad (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

Lev Nikolayeviç Tolstoy, Savaş ve Barış, çev. Leyla Soykut (İstanbul: İletişim Yayınları, 2022), 55.

Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının adı soyadı, “Bölüm Başlığı”, içinde Kitap Adı, ed. Ad Soyad, (Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı), sayfa numarası.

-İlk Gösterim

Sedat Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”, içinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, (İstanbul: Beta Basım, 2019), 79.

-Sonraki Gösterimler

Durmuşkaya, “Sermaye Piyasalarında”, 82.

Basılı veya Elektronik Makale

Ad Soyad, “Makalenin Başlığı”, Dergi Adı, Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa numarası. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

-İlk Gösterim

Özdan, Selman. “Reform of the United Nations Security Council”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 320

-Sonraki Gösterimler

Özdan, “Security Council”, 10.

İnternet Adresi

Dipnot Numarası, Ad Soyad (varsa), “web sayfasının başlığı”, (Erişim Tarihi), URL.

“Avrupa Miras Günleri 2018”, (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

Lisansüstü Tez

Ad Soyad, “Tez Başlığı” (Tez Türü, Yayınlandığı Üniversite Adı, Yılı), Sayfa Numarası.

-İlk Gösterim

Numan Doğan, “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020), 102.

-Sonraki Gösterimler

Doğan, “Sermaye Piyasası”, 98.

Mahkeme Kararları

Mahkemenin Adı, Karar Tarihi, Esas Numarası, Karar Numarası, Erişim Kaynağı, Erişim Tarihi, (Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

-İlk Gösterim

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 11.04.2016, E. 2013/2154, K. 2016/529, www.google.com.tr, 01.02.2019.

-Sonraki Gösterimler

Y.10. D., K. 2016/529.

Kaynakça Örnekleri

Tek Yazarlı Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayın yılı. Varsa URL veya (DOI numarası).

Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021

İki veya Üç Yazarlı Kitaplar

Soyad, Ad (ilk yazar), Ad Soyad (ikinci yazar). Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Bilici, Nurettin ve Begüm Dilemre Öden. Vergi Hukuku Uygulamaları. Ankara: Savaş Yayınevi, 2021.

Dört ve Daha Fazla Yazarlı Kitap

Soyad, Ad (ilk yazar) vd. Eser Adı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Özbek, Veli Özer vd. Açıklamalı – Şematik Pratik Çalışma Kitabı – II Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Çeviri Kitap

Soyad, Ad. Eser Adı, Çeviren Ad Soyad, Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Tolstoy, Lev Nikolayeviç. Savaş ve Barış, Çeviren Leyla Soykut, İstanbul: İletişim Yayınları, 2022.

Editörlü Kitaptan Bir Bölüm

Bölüm yazarının Soyadı, Adı, “Bölüm Başlığı”. İçinde Kitap Adı, editör Ad Soyad, sayfa aralığı. Eserin basıldığı şehir: Yayımlayan kuruluş, Yayım yılı.

Durmuşkaya, Sedat, “Sermaye Piyasalarında Düzenleyici Kurumlar”. İçinde Sermaye Piyasaları ve Finansal Kurumlar, ed. Ferudun Kaya, 79-95. İstanbul: Beta Basım, 2019.

Basılı veya Elektronik Makale

Soyad, Ad. “Makalenin Başlığı”. Dergi Adı. Cilt/Sayı (Yıl): Sayfa aralığı. (Elektronik makalede virgül konularak URL eklenip nokta ile tamamlanır.)

Özdan, Selman. “Reform of the United Nations Security Council”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 6/1 (2011): 315-335.

İnternet Adresi

Ad Soyad (varsa) veya Web site yayıncısı, “Web sayfasının başlığı”, (Erişim Tarihi), URL

Kültür ve Turizm Bakanlığı, “Avrupa Miras Günleri 2018”, (Erişim Tarihi 09.10.2020), <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-222670/avrupa-miras-gunleri-2018.html>.

Lisansüstü Tez

Soyad, Ad. “Tez Başlığı”. Tez Türü, Yayınlandığı Üniversite Adı, Yılı.

Doğan, Numan. “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu”. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi, 2020.

Mahkeme Kararları

Mahkeme Adı. K. Karar Numarası (Karar Günü Ayı Yılı). (varsa) Erişim Adresi

(Online Erişim değilse yayın adı, tarih, sayı ve sayfa numarası).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi. K. 2016/529 (11.04.2016). www.google.com.tr.

6. Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır. Ana başlıklar, özet, abstract, giriş, sonuç ve kaynakça büyük harflerle ve kalın puntolu, diğer başlıklar ise sadece baş harfi büyük olacak şekilde kalın puntolu yazılmalıdır. Dergimize gönderilen makalelerin başlıklandırma düzeni aşağıda gösterilen şekilde olmalıdır.

Başlıklandırma Düzeni

(Makale Başlığı)

(İngilizce Makale Başlığı)

(Yazar Unvanı, Adı Soyadı)

ÖZET

Anahtar Kelimeler:

EXTENDED ABSTRACT

Keywords:

GİRİŞ

I. BİRİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

1. İkinci Alt Başlık

a. Üçüncü Alt Başlık

aa. Dördüncü Alt Başlık

bb. Dördüncü Alt Başlık

b. Üçüncü Alt Başlık

2. İkinci Alt Başlık

II. İKİNCİ ANA BAŞLIK

A. Birinci Alt Başlık

B. Birinci Alt Başlık

SONUÇ

KAYNAKÇA

7. Yazarların makale dosyasını dergi e-postasına gönderirken, çatışma beyanı, yazarların katkı oranı beyanı (birden fazla yazar olması halinde) ve varsa destek-teşekkür beyanlarını ayrı bir dosya halinde imzalı bir şekilde iletmeleri gerekmektedir.

Örnek beyan:

Tek Yazarlı Makalelerde;

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederim.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza

Birden Fazla Yazarlı Makalelerde;

Araştırma Katkı Payı Oranı: Örneğin iki yazarlı bir makalede yarı yarıya (%50/%50)

Çıkar Çatışması: Makalenin yazar/yazarları, çalışma kapsamında herhangi bir kişisel ve finansal çıkar çatışması olmadığını; çalışma ile ilgili herhangi bir kurum, kuruluş, kişi ile mali çıkar çatışması bulunmadığını bildirir ve taahhüt ederiz.

Teşekkür/Finansal Destek:

İmza İmza

8. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yap*mış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

9. Makale şablonu ve örnek beyan formu için <https://dergipark.org.tr/tr/pub/eruhfd/writing-rules> adresini ziyaret ediniz.

YAYIN POLİTİKASI

Dergimiz COPE (Committee on Publication Ethics) ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine uyumlu olmayı taahhüt eder.

GENEL İLKELER

Dergi Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Tüzel kişiliği bulunmadığı için dergiyle ilgili yetkili tüzel kişi Erciyes Üniversitesidir.

Her sayıda derginin sorumlu baş editörü (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı) ve sorumlu müdürü (Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Sekreteri) gösterilir.

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM ve 16 diğer veri tabanı tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır. Hakem incelemesi yapıldığı her makalenin başında belirtilir.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayımlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uygun olması zorunludur. Dergimize eserlerini gönderen yazarların dergimizin politikası ile uyum gösterme yükümlülüğü mevcuttur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Derginin basılı formatları, Türkiye'deki Hukuk Fakültesi kütüphanelerine ücretsiz olarak gönderilir.

Dergimiz DOAJ, COPE, OASPA ve YÖK ilkelerine uyumlu açık erişim ve ücretsiz bilgiye erişimi desteklemektedir.

DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ

Makalelerin Dergiye Teslimi:

Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdergisi@gmail.com e-posta adresine gönderilmesi veya fakültemiz sekreterliğine elden teslim edilmesi gerekmektedir.

Ön İnceleme Aşaması:

Dergi e-postasına iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır.

Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir.

Yedi günlük ön inceleme sürecini olumlu şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

Dergimiz ön inceleme aşaması sonunda intihal programlarından biriyle benzerlik raporunu hakemlere göndermektedir. Makalelerde benzerlik oranının %20'ü aşmaması(%1 altı benzerlik, alıntılar ve kaynakça hariç tutularak) gerekmektedir.

Benzerlik oranı %20 üstünde olan eserler, yazara nihai düzeltmeleri yapması için geri gönderilir.

Hakem Atanma Süreci:

Ön inceleme sürecini olumlu bir şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde tamamlanır. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki (kör) hakeme değerlendirme için gönderilir.

Kör hakem sisteminin korunması için dokümandaki gömülü yazar bilgisi dahil olmak üzere yazarların isimleri anonim hale getirilir.

Hakem Değerlendirme Süreci: Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.

Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir. Yazar(lar)a düzeltmelerin yapılması amacıyla 30 gün süre verilir. Bu sürede tamamlanamaması halinde yazar(lar)ın talebi halinde 30 gün ek süre daha verilebilir. Süre veya ek süre içerisinde eksiklikler tamamlanmadığı halde yazar(lar)ın makalesini geri çektiği varsayılır ve ilgili eser yayın sürecinden çıkarılır.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi şartıyla, çalışma üçüncü bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir.

Şikâyet Politikası:

Dergide yayınlanan makalelere ilişkin yapılan herhangi bir itiraz eruhukukdergisi@gmail.com elektronik postasına, baş editöre veya teknik editöre yapılır.

Şikâyet ve gerekçesi, bir suç unsuru oluşturup oluşturmadığı, COPE akış şemasında karşılık bulup bulmadığı değerlendirildikten sonra ilgili karar editör kurulu tarafından oy çokluğu ile karara bağlanır.

Şikâyet ile ilgili sonuç şikâyet edene ve ilgili yazar(lar)a 30 gün içinde bildirilir. 30 gün içinde şikâyet sonucuna dair bildirim olmadıysa şikâyet reddedilmiş sayılmalıdır.

Makalenin Yayından Kaldırılması:

Yazarlar yayınlanmış makaleleri geri çekme hakkına sahip değildir. Keza yazarlar yayınlanan eserlerde fikri hak sahibi değildir.

Her ilgili gibi yazarlar da bir makale hakkında bir şikâyeti varsa şikâyet politikasının uygun olarak bildirimde bulunur.

Bu bildirim sonucunda makalenin yayınlanmasına editör kurulu tarafından COPE rehberine uygun olarak karar verilirse, online tüm veri tabanlarından da makaleye erişim sona erdirilir.

Bu süreçte kaldırmanın haksız olduğunu düşünen yazar tüm sorumluluğu alarak makaleyi yayınlamaya devam ederse dahi ERÜHFD ile ilgili makale arasındaki bağı sona erdirmekle yükümlüdür.

Düzeltilmeler:

Dergide yayınlanan makalelerde yapılması gereken önemli düzeltilmeler, özellikle dergi kurulları hataları tespit edilir ise düzeltilmiş yeni versiyon yayımlanır. İlgili veri tabanlarına düzeltmeye dair bildirim yapılır.

Yayımlanmamış olan yayın öntaslakları yazarlara gönderildiğinde yazarların düzeltme isteğinde bulunma hakları bulunmakta olup bu hakları en fazla 3 iş günü için geçerlidir.

ETİK İLKELER

Dergimiz COPE (Committee on Publication Ethics) ve YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine uyumlu olmayı taahhüt eder.

Yazarlara İlişkin ilkeler:

Dergimize 18 yaşından büyük herkes hukuk ile ilgili çalışmalarını yollayabilir.

Yazarlarımızın hepsinin ORCID kimliğine sahip olması ve başvuru ile yollaması gerekmektedir.

Dergimiz danışma, yayın, editör kurulları veya Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi mevcut/eski çalışanlarının durumları makale sonlarında yer alan çıkar çatışmasında gösterilir.

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada "Etik Kurul Onayı" alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

Yazar, eseri göndermekle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanuna, YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesine, COPE tarafından açıklanan araştırma ve yayın etiği standartlarına uygun olarak eserin hazırlandığını taahhüt eder.

Editörlere İlişkin İlkeler:

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergiye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

Hakemlere İlişkin İlkeler:

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kışkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar çatışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

Hakem görüşlerine ilgili editörün müdahalede bulunma yetkisi yoktur. Ton, kullanılan kelime ve ifadeler TCK gereğince suç niteliği taşımadığı sürece (hakaret, tehdit vs.) hakem görüşlerine dair düzenleme yapılmaz. Suç niteliği taşıyan ifadeler için editör hakem görüşünü yazar(lar)a iletmeme hakkına sahiptir. Hakem görüşlerinin ifade tarzına ilişkin ilgili editör yalnızca hakeme bildirimde bulunarak ha-

kem tarafından değişiklikte bulunmasını isteyebilir. Hakemler değişiklik talebinde kararlarını serbestçe tayin edebilirler.

Cıkar Çatışması:

Dergimiz çıkar çatışması baştan bilinen makalelerde çıkar çatışmasının açıkça makale sonunda belirtilmesini sağlamaktadır.

Sonradan ortaya çıkan çıkar çatışmalarında yayın politikasındaki şikâyet süreci işletilir.

ÜCRET POLİTİKASI

Dergimize gönderilen makalelerle ilgili, yazarlardan herhangi bir ücret alınmamaktadır.

Makale değerlendirme süreçlerinde görev alan hakemlere ve makalesi yayımlanan yazarlara dergimiz tarafından herhangi bir ücret ödenmemektedir.

Yazarlar dergimizde yayımlanan makalelerinin telif haklarını tamamen dergi yönetimine devretmiş sayılır ve mevcut dergi baş editörünün izni olmadıkça makalelerini herhangi bir ortamda (basılı, elektronik, online vb.) yayımlayamazlar.

Dergimizde herhangi bir reklam yapılması yasaktır.

Dergimiz gönüllülük esasına göre ücretsiz yayım, ücretsiz editörlük, ücretsiz yazarlık, DOAJ COPE ve OASPA ilkelerine uyumlu açık erişim ve ücretsiz bilgiye erişimi desteklemektedir.

ACIK ERİŞİM VE FİKRİ HAK POLİTİKASI

Dergimiz DOAJ COPE ve OASPA ilkeleri ile uyumlu, açık erişim politikasına sahiptir.

Dergimizdeki eserler Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Osman İSFEM – Fern Universität in Hagen, Almanya

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. – University of Freiburg, Almanya

Prof. Dr. Yong Eui Kim - Dong-A University, Güney Kore

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Yücel OĞURLU – Balıkesir Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Dr. Ilaria Aquironi - Ferrara Üniversitesi, İtalya

BAŞ EDİTÖR (Editor in Chief)

Prof. Dr. BURAK ADIGÜZEL

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Prof. Dr. Cengiz GÜL

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL

Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ

Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY

Dr. Öğr. Üyesi Çiçek ÖZGÜR

YABANCI DİL EDİTÖRLERİ (Language Editors)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Dr. Öğr. Üyesi Aydın ALBER YÜCE

Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY

TEKNİK EDİTÖR (Technical Editor)

Arş. Gör. Alperen POLAT

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Dr. Ranegül CAMIZ

Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN

Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ

Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN

Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN

Arş. Gör. Rumeysa İSPİR

Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN

Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK

Arş. Gör. Numan DOĞAN

Arş. Gör. Alihan ÇELİK

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

MÜLHAK VAKIF YÖNETİCİSİNİN GÖREVDEN ALINMASI (AZLİ).....1 <i>Prof. Dr. Murat DOĞAN - Dr. Sena BAŞPINAR</i>	1
AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖLÜM NEDENİYLE SONA ERMESİ DURUMUNDA AVUKATLIK ÜCRETİ53 <i>Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK</i>	53
ŞEMSİYE KLOZLARIN YATIRIM TAHKİM MAHKEMELERİ TARAFINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ85 <i>Dr. Banu Fatma GÜNARSLAN</i>	85
BİLİRKİŞİ RAPORUNDA TARAF BEYANLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNİN, KAYSERİ BİLİRKİŞİLİK BÖLGE KURULU'NUN 2023/38 DİSİPLİN NOLU KARARLARI ÖZELİNDE BİLİRKİŞİNİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN İRDELENMESİ109 <i>Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKUR</i>	109
BASIN İŞ KANUNU'NDA KIDEM TAZMİNATI HAKKI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME.....149 <i>Dr. Öğr. Üyesi Sevede BULUN TOKKAŞ</i>	149
YÜK DEĞERİNİN BEYAN EDİLMESİ HALİNDE TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRI 177 <i>Arş. Gör. Safa Murat TEKİN</i>	177

KAMU HUKUKU

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ZORUNLULUK HALİ VE USUL HUKUKUNDA TANIKLIK ALMAN CEZA KANUNU m. 203'TEKİ SUSMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN GEREKÇESİNİ OLUŞTURUR MU?.....221 <i>Yazar: Prof. Dr. Claus ROXİN - Çeviren: Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ</i>	221
İÇTİHATLAR İŞİĞİNDA RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRILIK DURUMUNDA İMAR YAPTIRIMLARI243 <i>Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL</i>	243

* Dergideki eser sıralamaları makale kabul tarihlerindeki akademik unvan ve soyisim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ SIFATLARIYLA HEKİMLER	287
<i>Doç. Dr. Ahmet KILINÇ</i>	
DAVETLE MÜDAHALE BAĞLAMINDA KUVVET KULLANMAYA VERİLEN RIZANIN KUVVET KULLANMA YASAĞI İLE NASIL BAĞDAŞTIRILACAĞI SORUNSALI	335
<i>Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR</i>	
DAVETLE MÜDAHALE DOKTRİNİ VE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI'NIN JUS AD BELLUM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ: TÜRKİYE'NİN LİBYA VE SURİYE MÜDAHALELERİ	377
<i>Dr. Baransel MIZRAK</i>	
HAKİMLERİN ÖZNEL BAĞIMSIZLIĞI: HAKİMLİK TEMİNATI	413
<i>Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ</i>	
PARİS SÖZLEŞMESİ VE 7381 SAYILI KANUN TEMELİNDE İDARENİN NÜKLEER GÜÇ SANTRALLERİNİN KURULMASI VE İŞLETİLMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU	465
<i>Dr. Öğr. Üyesi Güven SÜSLÜ</i>	
YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA HUKUKA AYKIRI ARAMA	557
<i>Muhammed Satuk Buğrahan ATAN</i>	

CONTENTS*

PRIVATE LAW

Dismissal of The Trustee of the Annexed Foundation.....1 <i>Prof. Dr. Murat DOĞAN - Dr. Sena BAŞPINAR</i>	1
Attorney's Fee in Case of Termination of the Lawyer's Contract due to Death53 <i>Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK</i>	53
Enforceability of Umbrella Clauses by Investment Arbitration Tribunals85 <i>Dr. Banu Fatma GÜNARSLAN</i>	85
Examination of the Evaluation of the Party Statements in the Expert Report in Terms of the Disciplinary Liability of the Expert Witness in the Context of the Decisions of the Kayseri Regional Board of Expert Witnesses with Dicipinary Number 2023/38.....109 <i>Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKUR</i>	109
Severance Pay Right in Press Labour Act: An Assessment Regarding the Constitutional Court's Annulment Decision149 <i>Dr. Öğr. Üyesi Sevede BULUN TOKKAŞ</i>	149
Carrier's Limit of Liability When the Value of the Goods is Declared.....177 <i>Arş. Gör. Safa Murat TEKİN</i>	177

PUBLIC LAW

Rechtfertigender Notstand und prozessuale Zeugenaussage als Gründe für einen Bruch der Schweigepflicht nach § 203 StGB?221 <i>Yazar: Prof. Dr. Claus ROXİN - Çeviren: Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ</i>	221
Zoning Sanctions in Case of Non-Compliance with the Licence and Annexes in the Light of Precedents243 <i>Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL</i>	243
Physicians as Experts in the Classical Period of the Ottoman Jurisdiction Law287	287

* The order of the works in the journal is based on the alphabetical order of the academic title and surname-name on the date of acceptance of the article.

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

The Problem of How to Reconcile Consent to the Use of Force with the Prohibition of the Use of Force in the Context of Intervention by Invitation335

Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR

The Evaluation of the Doctrine of Intervention by Invitation and the Right to Self-Defence in terms of Jus Ad Bellum: Turkish Interventions in Libya and Syria377

Dr. Baransel MIZRAK

Subjective Independence of Judges: The Guarantee of Judgeship413

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ

The Administrative Responsibility Arising from the Establishment and Operation of Nuclear Power Plants on the Basis of the Paris Convention and Law No. 7381465

Dr. Öğr Üyesi Güven SÜSLÜ

Unlawful Search in the Context of Judicial Decisions.....557

Muhammed Satuk Buğrahan ATAN

Özel Hukuk /
Private Law

MÜLHAK VAKIF YÖNETİCİSİNİN GÖREVDEN ALINMASI (AZLİ)

(Dismissal of The Trustee of the Annexed Foundation)

Prof. Dr. Murat DOĞAN*

Dr. Sena BAŞPINAR**

ÖZET

Mülhak vakıflar, 1926 yılında İsviçre'den iktibas edilerek kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflardır. Bu vakıflar, vakfiyelerdeki şartları haiz olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen vakıf evlatları tarafından yönetilir ve temsil edilir. Mülhak vakıf yöneticisi, klasik terminolojideki adıyla müteveli, mülhak vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymakla yükümlü

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, E-posta: murat.dogan@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5428-5254.

** Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: sena_baspinar@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-8529-1115.

Makale Geliş Tarihi: 13.11.2023

Makale Kabul Tarihi: 22.01.2024

⇒ Atıf Şekli: Murat Doğan ve Sena Başpınar "Mülhak Vakıf Yöneticisinin Görevden Alınması (Azlı)", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 1-52.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



olduğu gibi 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ve Vakıflar Yönetmeliği'nde belirlenen diğer görev ve sorumluluklarına da uygun davranmalıdır. Görev ve sorumluluklarına aykırı davranan mülhak vakıf yöneticileri, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından açılacak bir dava neticesinde görevlerinden alınabilecekleri gibi kusurlu fiilleriyle vakfa verdikleri zararları da tazminle sorumlu tutulurlar.

Mahkeme kararıyla görevlerinden alınan mülhak vakıf yöneticileri, Vakıflar Meclisi üyesi olamayacakları gibi beş yıl süreyle aynı vakfın yönetim ve denetim organında da görev alamazlar. Görevden alma (azil) sebeplerinden bazıları ise bu sebeplerle görevlerinden alınan mülhak vakıf yöneticisinin başka bir vakfın yöneticisi ise o görevinden de alınmış sayılmasına ve beş yıl süreyle hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamamasına yol açar. Yöneticisi görevden alınan mülhak vakıf, azami on seneye kadar Genel Müdürlük tarafından temsilen yönetilir. Bu süreçte mülhak vakfa yeni bir yöneticinin atanamaması veya süreyle bağlı olmaksızın vakfedenin soyundan gelenlerin tükenmesi durumunda ise ilgili mülhak vakıf mahkeme kararıyla mazbut vakıflar arasına alınır ve bundan böyle Genel Müdürlükçe yönetilir ve temsil edilir.

Anahtar Kelimeler: Eski Vakıf, Mülhak Vakıf, Vakıf Yöneticisi, Müteveli, Görevden Alma, Azil, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu

EXTENDED ABSTRACT

Foundations in Turkish positive law refers to “fused, annexed, community and tradesmen foundations and new foundations” in accordance with Article 3 of the Foundations Law No. 5737. According to this provision, “new foundations” are those established in accordance with the provisions of the repealed Turkish Civil Code No. 743 and the Turkish Civil Code No. 4721; “old foundations” are fused, annexed, community and tradesmen foundations that were established before 4 October 1926, when the Civil Code No. 743 came into force. Old foundations (“*waqfs*”) are private law legal entities

inherited from the Ottoman legal system and recognized by today's civil law system, pursuant to the Law on Foundations No. 2762, which was enacted as a special Implementing Law pursuant to Article 8 of Law No. 864, and the Law on Foundations No. 5737, which was subsequently enacted to apply to both old and new foundations.

As per Foundations Law no 5737; foundations that were established before the date of entry into force of the repealed Turkish Civil Code No. 743 and must be managed by the descendants of the founder are called "*Annexed (Mulhak) Foundations*". In these foundations, the purpose may be familial ("*waqf ahli*"), charitable ("*waqf hairi*") or semi-familial (mixed). The majority of annexed foundations that continue to exist today are of a semi-family (mixed) nature and are aimed at distributing the surplus income ("*galle*") remaining after the charitable conditions specified in the foundation deed ("*waqfiyya*") are fulfilled to the children of the founder. As of the current data of the General Directorate of Foundations, there are 248 annexed foundations in Turkey. Today, although it is not possible to establish new annexed foundations and to grant legal personality to such foundations, family foundations can be established within the framework of the regulations in the Turkish Civil Code No. 4721, as well as mixed foundations where family and charitable purposes are combined.

Annexed foundations are managed and represented by persons who are descendants of the founder and who are determined by court decision to have the right to manage the foundation in accordance with their waqfiyya and current legislation. These persons are appointed to this position called "*trusteeship/tevlıyet*" by the Foundations Council affiliated with the General Directorate. In the waqfiyyas of annexed foundations, the management body is generally determined as an individual body and consists of a single manager called "*mutawalli*" (waqf manager/trustee) in the classical sense. As a rule, this manager can make all kinds of dispositions regarding the foundation within the framework of mandatory provisions and conditions in the waqfiyya. The duty of foundation management is a

duty based entirely on trust and where the public interest prevails. For this reason, legal liability arises for managers of annexed foundations who fail to fulfill this duty properly or at all, or who use their powers to the detriment of the foundation. The manager of the annexed foundation is obligated to adhere to the foundation's purpose, as well as to current legislation. In this context, managers must comply with the responsibilities set out in Article 10 of the current Law No. 5737 on Foundations, as well as the responsibilities set out in Article 27 of the Regulation on Foundations.

The managerial duty of the annexed foundation manager may be terminated for various reasons. The main reasons that ended the foundation management; dismissal, death, resignation and conviction for one of the crimes in Article 9 of the Foundations Law. The most well-known and most important of these is the dismissal of the foundation manager. Managers of annexed foundations who fail to fulfill their duties and responsibilities may be dismissed from their positions as a result of a lawsuit filed by the General Directorate of Foundations. Additionally, they may be held liable for damages caused to the foundation due to their faulty acts. In order for foundation managers to be dismissed for damages caused to the foundation, their gross negligence or intentional faults must be clearly demonstrated, while for their liability for compensation, their faults at the level of slight or moderate negligence are sufficient.

Managers of annexed foundations who are dismissed from their positions by a court decision are prohibited from becoming members of the Foundations Council. They are also not allowed to serve in the management and control bodies of the same foundation for a period of five years. Some reasons for dismissal may result in the individual being considered dismissed from that position if they hold a managerial role in another foundation. In such cases, they are barred from serving in the management and control bodies of any foundation for five years. In our opinion, this situation creates a contradictory legal result. In our opinion (*de lege ferenda*), no distinction should be made between the reasons for dismissal in terms of their legal

consequences and all foundation managers who lose their credibility by being dismissed should be prohibited from serving in the management and auditing bodies of all foundations for a period of five years. Moreover, since there is public interest in the dismissal of the foundation manager and the legal consequences of this case have an impact on the future, the termination of the duty of the foundation manager – for a reason other than death – before this decision is made does not prevent the court from ruling on the legal consequences of this case for the foundation manager.

If the manager of an annexed foundation is dismissed, the foundation is temporarily managed by the General Directorate for a maximum of ten years. If a new manager cannot be appointed to the annexed foundation for ten years or if the descendants of the founder become extinct regardless of the time limit, the annexed foundation is included among the fused foundations by court decision. It is henceforth managed and represented by the General Directorate. Therefore, the case of dismissal of the trustee of the annexed foundation can be considered as the beginning of the process of including the annexed foundation among the fused foundations, in terms of its legal consequences.

The main purpose of this research is to examine in detail the case of dismissal of the trustee (waqf manager/mutawalli) in annexed foundations in the light of the decisions of the Court of Cassation in terms of Turkish civil law. This issue deserves special scrutiny from the perspective of annexed foundations, which are managed by the descendants of the founder and whose numbers are decreasing every year. As a matter of fact, in order to ensure the existence and continuation of the annexed foundations, which are one of the legal legacies transferred from the Ottoman Empire to Turkish civil law, their unique (*sui generis*) structures must be protected, and they must also be managed and supervised in an effective, systematic and progressive manner in accordance with today's standards. In this context, in our study, firstly the concepts of annexed foundation and annexed foundation management (trusteeship/tevlîyet), the basic

duties and legal responsibilities of the annexed foundation manager are examined in general terms. Later, the case of dismissal of the annexed foundation manager was subjected to a detailed examination. This case has been examined in detail in terms of its parties, subject matter, legal nature, substantive and procedural conditions and legal consequences for the dismissed annexed foundation manager and annexed foundation legal entity.

Keywords: Ottoman Waqf, Annexed (Mulhak) Foundation, Foundation Manager

(Trustee/Mutawalli), Dismissal, Foundation Deed (Waqfiyya), Foundations Law No. 5737

GİRİŞ

Türk pozitif hukukunda vakıflar, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun¹ 3. maddesi gereğince; “mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfları” ifade eder. Bu hükme göre “yeni vakıflar”, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi² ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu³ hükümlerine göre kurulan vakıflar iken; “eski vakıflar” ise 743 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden önce kurulmuş mazbut ve mülhak vakıflar ile cemaat ve esnaf vakıflarıdır. Eski vakıflar, 864 sayılı Kanun'un 8. maddesi⁴ uyarınca özel bir Tatbikat Kanunu olarak yürürlüğe konulan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu⁵ ve bu Kanun'u ilga ederek hem eski hem de yeni vakıflara uygulanmak üzere yürürlüğe konulan 5737 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince eski hukuk sisteminden intikal ederek günümüz hukuk düzenince tanınan özel hukuk tüzel kişileridir (VK m. 4). Bu vakıfların bir türü olan mülhak vakıflar, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük

¹ RG., 27.02.2008, S. 26800.

² RG., 04.04.1926, S. 339.

³ RG., 08.12.2001, S. 24607.

⁴ 864 sayılı Kanunu Medenînin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun m. 8/1 gereğince “Kanunu Medeninin meriyete vaz'ından mukaddem vücade getirilen evkaf hakkında ayrıca bir tatbikat kanunu neşrolunur.”

⁵ RG., 13.06.1935, S. 3027.

tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflardır (VK m. 3).

Mülhak vakıflar, vakfedenin soyundan gelen ve vakfiyelerine⁶ ve yürürlükteki mevzuata göre mülhak vakıf yöneticiliğine (“*tevlîyete*”) hak kazandığı mahkeme kararıyla tespit edilen ve Vakıflar Meclisi’nce⁷ atanan kişilerce yönetilir ve temsil edilir. Mülhak vakıfların vakfiyelerinde yönetim organı genellikle fert organ olarak belirlenmekte ve “*mütevelli*” olarak adlandırılan tek bir yöneticiden oluşmaktadır. Bu yönetici, kural olarak, emredici hükümler ve vakfiyedeki şartlar çerçevesinde vakıfla ilgili her türlü tasarrufta bulunabilir. Bununla birlikte, tamamen güvene dayalı ve kamu yararının ağırlıkta olduğu vakıf yöneticiliği görevini gereği gibi veya hiç yerine getirmeyen veyahut yetkilerini vakfın aleyhine olacak şekilde kullanan mülhak vakıf yöneticilerinin hukuki sorumluluğu doğar. Bu kapsamda, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10 ve Vakıflar Yönetmeliği m. 27’de belirlenen sorumluluklarına aykırı davranan mülhak vakıf yöneticileri, Vakıflar Meclisi’nin vereceği karara dayalı olarak denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden alınabilirler (VK m. 10/II).

Çalışmamızda öncelikle mülhak vakıf ve mülhak vakıf yöneticiliği (mütevellilik) kavramları, mülhak vakıf yöneticisinin temel görevleri ve hukuki sorumluluğu genel hatlarıyla incelenecek; sonrasında ise mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davası üzerinde durulacaktır. Bu dava; tarafları, konusu, hukuki niteliği, esasa ve usule yönelik şartları, görevden alınan mülhak vakıf yöneticisi ve mülhak vakıf tüzel kişiliği açısından hukuki sonuçları itibarıyla ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

⁶ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 3 gereğince vakfiye, “*mazbut, mülhak ve cemaat vakıflarının malvarlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgeleri*” ifade eder.

⁷ Vakıflar Meclisi, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 698/1 gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün en üst seviyedeki karar organıdır.

I. MÜLHAK VAKIF VE MÜLHAK VAKIF YÖNETİCİLİĞİ (MÜTEVELLİLİK) KAVRAMLARI

A. Mülhak Vakıf Kavramı

Osmanlı Devleti'nde 1826 yılında “*Evkaf-ı Hümayûn Nezâreti*”nin (şimdiki adıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün) kurulmasından sonra yönetimleri bakımından dört vakıf türü ortaya çıkmıştır⁸. Bunlar; “*mazbut*”, “*mülhak*”, “*müstesna*” ve “*meşrutiyet üzere tasarruf olunan*” vakıflardır⁹. Bu vakıflardan yöneticileri (mütevellileri) tarafından idare edilen ancak Nezâret tarafından denetlenen zürri (ehlî/evlâdiye) vakıflar ile cemaat ve esnaf vakıflarına mülhak¹⁰ vakıflar denilmiştir.

1923 yılında imzalanan Lozan Antlaşması'nın da etkisiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin ilanından sonra vakıf hukukuyla ilgili gelişmelere batı hukuku yön vermiştir¹¹. Bu çerçevede, İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilerek 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile birlikte “*eski-yeni vakıflar*” ayırımı yapılmıştır. Bu tarihten önce kurulan vakıflar “*eski*” olarak kabul edilerek haklarında 1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümleri uygulanmış; bu tarihten sonra kurulan vakıflar ise “*yeni*” olarak kabul edilerek haklarında 743 sayılı Medeni Kanun'un ilgili hükümleri uygulanmıştır¹². Esasen 743 sayılı Medeni Kanun'un

⁸ Bu tarihten önce yönetimleri bakımından Osmanlı vakıfları hakkında kısa bir tarihçe için bkz. Ahmet İşeri, “Vakıflar (Medenî Kanundan Önceki ve Sonraki Vakıf Nevileri ve Hukukî Mahiyetleri)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/1, (1964): 232-234.

⁹ Nazif Öztürk, *Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmü'l-Evkaf)* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995), 200; İrem Karakoç, *Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 296; Erkin Süeren, “Eski Vakıfların Hukuki Yapısının Evrimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3, (2002): 89.

¹⁰ “*Mülhak*” kelimesi, sözlükte, “*bir bütüne sonradan katılmış, takılmış, eklenmiş, ilave edilmiş, ilhak edilmiş, tabi ve ait olan*” anlamlarına gelmektedir. Bkz. Şemseddin Sâmî, *Kâmûs-ı Türkî* (İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2021), 1401; Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat* (Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 34. Baskı, 2020), 841.

¹¹ Karakoç, *Vakıf Müessesesi*, 307. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Seha L. Meray, *Lozan Barış Konferansı Tutanaklar-Belgeler* (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), Cilt I, Kitap I ve II.

¹² Bu tarihten itibaren yeni kurulan vakıfların eski hukukla ilişkisi tamamen kesilmiş, hatta 1967 yılında 903 sayılı Kanun'la değiştirilene kadar “*vakıf*” terimi yerine “*tesis*” terimi tercih edilmiştir. Osmanlı döneminde kurulan vakıflar hakkında

kabulünden önce uygulanan hukuk sistemine tabi olan eski vakıflar, 1935 yılında bir Uygulama Kanunu olarak yürürlüğe konulan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'ndan itibaren kendilerine özgü (sui generis) yapıları ve kazanılmış (müktesep) hakları kanun koyucu tarafından bir ölçüde muhafaza edilerek günümüze kadar varlıklarını sürdüren özel nitelikli tüzel kişilerdir.

2008 yılında 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte farklı hukuki statülere tabi tüzel kişiler olsalar da eski ve yeni vakıflar aynı Kanun'a – 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na – tabi kılınmıştır. Bu Kanun'a göre eski vakıflar, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medeni-si'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş “mazbut”, “mülhak”, “cemaat” ve “esnaf” vakıfları iken; yeni vakıflar ise 743 sayılı eski Medeni Kanun ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflardır (VK m. 3). VGM'nin 14.07.2023 tarihli güncel verileri itibariyle Türkiye'de, VGM tarafından yönetilen ve temsil edilen mazbut vakıflar hariç tutulduğunda, 248 adet mülhak vakıf, 167 adet cemaat vakfı, 1 adet esnaf vakfı ve 5848 adet yeni vakıf bulunmaktadır¹³.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde mülhak vakıflar, “A - Mütevelliliği vakfedenlerin ferilerine şartedilmiş vakıflar, B - Cemaatlerce idare olunan vakıflar, C - Bazı sanat sahiplerine mahsus

864 sayılı “Kanunu Medeni'nin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun”un (RG., 19.06.1926, S. 402) 8. maddesi uyarınca bir Tatbikat (Uygulama) Kanunu'nun yürürlüğe konulacağı öngörülmüştür. Bunun neticesinde, kanun hazırlık çalışmaları için İsviçre'den çağrılan Prof. Dr. Hans Leemann başkanlığında çalışmalar tamamlanmış ve 1935 yılında 2762 sayılı Vakıflar Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanun'un 42. maddesi gereğince, “Bu Kanunun hükümleri yürümeğe başlamazdan evvel vukua gelen hadiselerin hukuki hükümleri o hadiselerin vaki olduğu zamanda mer'i esaslara tabi kalır. Bu kanunun hükümleri yürümeğe başladıktan sonraki hadiseler de bu kanun ve sarahat olmayan ahvalde mer'i kanunların hükümleri tatbik olunur.”. Nitekim 743 sayılı eski Medeni Kanun'un vakfı (tesisi) düzenleyen (73 ila 81.) hükümlerinin Osmanlı döneminde kurulan vakıflara doğrudan uygulanması mümkün değildi. Zira, Osmanlı döneminde kurulan vakıflar ile eski Medeni Kanun'da öngörülen vakıflar tamamen farklı bünyelere sahip olup, Osmanlı uygulamasında yüzyıllarca işlenen vakıf hukuku kendi şartları içerisinde zaten tekâmül etmiş bir vaziyetteydi. Bkz. Ali Akyıldız, “Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1997), 10.

¹³ Bkz. “Vakıfların Türlerine Göre Dağılımı (14.07.2023)”, (Erişim Tarihi 18.10.2023), https://cdn.vgm.gov.tr/genelicerik/genelicerik_945_290519/vakif-istatistikleri/yeni-vakiflar2023-sorasi/01-vakiflarin-turlerine-gore-dagilimi--14072023.pdf.

vakıflar, Mütevellileri veya seçilmiş heyetleri tarafından idare olunur. Bunların hepsine birden (Mülhak vakıflar) denir.” şeklinde tanımlanmıştı. 5737 sayılı yürürlükteki Vakıflar Kanunu’nda ise cemaat ve esnaf vakıfları bu kapsamdan çıkarılarak¹⁴ mülhak vakıflar, *“mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar”* olarak tanımlanmıştır (VK m. 3)¹⁵.

Eski vakıflardan *“mazbut”* ve *“mülhak”* vakıf ayırımı vakfın idaresi; *“hayri”*, *“zürri”* ve *“yarı zürri”* vakıf ayırımı ise vakıftan yararlananlar, diğer bir ifadeyle, vakfın amacı açısından yapılmaktadır. Bununla birlikte öğretide ve yargı uygulamasında mülhak vakıf kavramı çoğunlukla, vakfeden tarafından salt kendi soyundan gelenlerin yararlanması amacıyla kurulan, 743 sayılı Medeni Kanun’un kabulünden önceki Türk hukukunda *“zürri/evlâda vakıf”* olarak adlandırılan vakıf türünü ifade edecek şekilde kullanılmaktadır¹⁶. Ancak, günümüzde varlığını sürdür-

¹⁴ Cemaat ve esnaf vakıfları 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nda mülhak vakıflardan farklı iki tür olarak düzenlenmiştir. Nitekim VK m. 2/1’de *“Bu Kanun; mazbut, mülhak ve yeni vakıflar, cemaat ve esnaf vakıfları ile Vakıflar Genel Müdürlüğünü kapsar.”* denilerek bu farklılık açıkça ifade edilmiş, VK m. 3’te ise cemaat ve esnaf vakıfları ayrıca tanımlanmıştır.

¹⁵ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 3’de yer verilen bu tanım öğretide ileri sürülen bir görüşe göre hatalıdır. Bu görüşe göre mülhak vakıflar açısından önemli olan husus, vakfiyelerinde belirtilen yönetim şekline göre idare edilmesi olup, yönetimin organının mutlaka vakfedenin soyundan gelmesi şart değildir. Bkz. Ömer Çınar, *“Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi”*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22, (2016): 830. Nitekim bu tür vakıflara *“mülhak”* denilmesinin sebebi öğretide, vakfedenin soyundan gelenlerin yönetime katılması olarak değil, Evkaf Nezareti’nin (günümüzdeki VGM’nin) denetim görevini yerine getirirken zaman zaman yöneticinin iş ve işlemlerine müdahale ve iştirak etmesi olarak gösterilmiştir. Bkz. Mustafa Yılmaz, *Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi* (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 117; Eraslan Özkaya, *Eski Vakıf Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 174. Kanaatimizce de mülhak vakıfları diğer eski vakıflardan ayıran kendi vakfiyelerinde gösterilen yöneticiler (mütevelliler) eliyle yönetilmesidir. Ancak çalışmamızda, olan hukuk (de lege lata) çerçevesinde, VK m. 3’te yer alan kanuni tanım üzerinden hareket edilecektir.

¹⁶ Günümüzde varlığını sürdüren mülhak vakıfların birçoğunda hayır şartlarının çok az veya sembolik olma derecesinde olduğundan esasen bu tür vakıfların zürri vakıf niteliğinde olduğu yönünde bkz. Akyıldız, *“Devlet Denetimi”*, 12. Özellikle galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduğunun tespiti davalarında bu durumun ge-

ren mülhak vakıflardan salt toplumsal nitelikteki hayır amaçlarıyla kurulanlar (“*hayrî vakıf*” niteliğinde olanlar) mevcut olduğu gibi¹⁷, hayri ve zürri vakıfların birleşiminden oluşan “*yarı zürri/karma vakıf*”¹⁸ niteliğinde olanlar da mevcuttur. Nitekim günümüzde varlığını sürdüren mülhak vakıfların birçoğunun vakfiyesinde hayır şartlarının mevcut olduğu ve ancak bunlar yerine getirildikten sonra geriye kalan “*galle fazlası*”nın¹⁹ vakfedenin soyundan gelenlere dağıtılmasının amaçlandığı, yani yarı zürri (karma) nitelikte oldukları, görülmektedir²⁰.

çerli olduğu yönünde bkz. Özkan Özyakışır, “Galleye Müstehlik (Hak Kazanma)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2, (2019): 389; Serhat Yener, *Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Vakıf Evladiyet Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 45; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı, 2011), 478; Çınar, “Galle”, 828.

- 17 Mülhak vakfın hayri vakıf niteliğinde olduğu, yani galle fazlasının evlada bırakılmayarak salt toplumsal nitelikteki hayır amaçlarına tahsis edildiği bir vakfiye örneği için bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 29.09.2022, E. 2022/3430, K. 2022/7579, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.04.2023.
- 18 “*Yarı zürri*”, “*yarı ailevi*” veya “*karma vakıf*” gibi farklı isimlerle de adlandırılan bu tür vakıflarda vakfiyesinde belirtilen hayır şartları yerine getirildikten sonra geriye kalan galle (gelir) fazlasının vakfedenin soyundan gelenlere dağıtılması amaçlanmaktadır. Bkz. Reyhan Şahin Allahverdi, “Zürri Vakıfların İdaresinde Yaşanan Sorunlar”, *The Journal of Academic Social Science Studies*, 43/1, (2016): 315-316; M. Uygur Tazebay, “Osmanlıların Kuruluş Dönemindeki Vakıf Türlerinden Ailevi ve Yarı Ailevi Vakıflar”, *Vakıf Haftası Dergisi*, 4, (1986): 27; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi* (Konya: Sayram Yayınları, 2022), 342; Bahaeddin Yediyıldız, *XVIII. Yüzyılda Türkiye’de Vakıf Müessesesi: Bir Sosyal Tarih İncelemesi* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2003), 17 vd.; Yener, *Vakıf Evladiyet Hukuku*, 45. Bununla birlikte öğretilerde zürri vakıflar ile yarı zürri vakıfların karıştırıldığı da belirtmek gerekir. Bkz. Çınar, “Galle”, 831.
- 19 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 3 gereğince galle fazlası, “*mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktarı*” ifade eder.
- 20 Vakıflar Genel Müdürlüğü’nün mülhak vakıflarla ilgili seçilmiş verilerinden hareketle bu sonuca ulaşmak mümkündür. Bkz. https://cdn.vgm.gov.tr/genelicerik/genelicerik_943_290519/23mulhak-vakiflarla-ilgili-secilmis-veriler-2015-2.pdf, E.T.: 20.10.2023. Yarı zürri/karma nitelikteki vakıfların Osmanlı Devleti’nde en çok rastlanan vakıf türü olduğu görülmektedir. Nitekim 1300-1453 yılları arasında ait VGM arşivinde bulunan 157 adet vakfiyeden 78 adedinin yarı zürri, 61 adedinin hayri, 2 adedinin belli olmayan ve ancak 16 adedinin zürri vakıflara ait olduğu görülmektedir. Keza Türkiye’de 18. yüzyılda kurulmuş toplam 324 adet vakıftan 244 adedinin yarı zürri (yarı ailevi) nitelikte olduğu ve bu oranın %75’e tekabül ettiği görülmektedir. Bkz. Yediyıldız, *Vakıf Müessesesi*, 15; Tazebay, “Ailevi ve Yarı Ailevi Vakıflar”, 26. Aynı yönde bkz. Fatih Yaşar Mengüç, “Galleye Müstehak Vakıf Evlatlığının Tespiti Davası”, *Adalet Dergisi*, 1/66, (2021): 603.

Günümüzde yeni mülhak vakıfların kurulması ve bu tür vakıflara hukuk düzenince tüzel kişilik sıfatı tanınması mümkün olmamakla birlikte, TMK m. 372 hükmündeki sınırlamalar çerçevesinde, salt aile bireylerinin yararlanması amacıyla aile vakıfları kurulabileceği gibi vakıf senetlerinde belirlenen hayır amaçlarının gerçekleşmesinden sonra arta kalan gelir fazlasının aile bireyelerine özgülediği (aile-hayır amaçlı) karma vakıflar da kurulabilir²¹.

B. Mülhak Vakıf Yöneticiliği (Mütevellilik) Kavramı

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 6/II gereğince *“Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen²² vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler. Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcılarının nitelikleri yönetmelikle düzenlenir.”* Bu hüküm ve VK m. 3'ten hareketle mülhak

²¹ Bu tür vakıfların kurulması hem vakfedenin mal varlığından soyundan gelenlerin yararlanmasını hem de bu malların arta kalan kısımlarından kamunun faydalanmasını sağladığından, toplumsal barışın ve huzurun sağlanmasına da yardımcı olduğu gerekçesiyle, teşvik edilmektedir. Bkz. Şebnem Akipek ve Hüseyin Altaş, “Vakıflarda Evladiye Davaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 47/1, (1998): 147. Ancak karma vakıflar, TMK m. 372 anlamında aile vakfı sayılmayıp, salt olağan birer vakıf olarak kabul edilmelidir. Nitekim aile vakıflarının amacı kanun koyucu tarafından TMK m. 372/I hükmünde zikredilenlerle sınırlandırılmıştır. Ayrıca, TMK m. 372/II'de düzenlenen ve Roma hukukunda *“aile fideikomisi”* olarak ifade edilen yaktan ötürü, günümüzde eski vakıflar hukukundaki anlamıyla zürri veya yarı zürri vakıfların kurulması mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku - Cilt III: Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 400-402; Karakoç, *Vakıf Müessesesi*, 219-220.

²² Vakıflar Yönetmeliği'nin mülhak vakıf yöneticiliği başlıklı 23. maddesine göre *“Mülhak vakıflar, vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yönetici eliyle yönetilir ve temsil edilir.”* Dolayısıyla, Kanun'dan farklı olarak Yönetmelik'te, *“Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen”* ibaresine yer verilmemiştir. Günümüzde varlığını sürdüren mazbut ve mülhak vakıflardaki vakfiye şartlarının uygulanmasını Anayasa ve yürürlükte olan diğer kanunlardaki emredici hükümlerle sınırlı olup olmadığı konusu 20.10.2022 tarihinde verilen bir Anayasa mahkemesi kararı çerçevesinde tartışmalı hale gelmiştir. Nitekim zürri nitelikteki bir mazbut vakfın 1722 tarihli vakfiyesi gereğince dağıtılan galle fazlasından vakfedenin kadın alt soylarının yararlanamaması nedeniyle yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Birçok açıdan eleştiriye açık olmakla beraber çalışmamızın mahiyeti gereğince ayrıntılarına giremediğimiz bu karar için bkz. AYM., 20.10.2022, 2018/14186, RG., 28.12.2022, S. 32057.

vakıf yöneticisini, vakfedenin soyundan gelen²³ ve vakfiyesi ile yürürlükteki mevzuat çerçevesinde mülhak vakfı yönetmeye ve temsile yetkili olan kişi şeklinde tanımlamak mümkündür. Yürürlükteki mevzuatta “mülhak vakıf yöneticisi” olarak adlandırılan bu kişi, eski vakıflar hukuku terminolojisinde (klasik terminolojide) ise “mütevelli” olarak adlandırılmaktadır²⁴.

²³ VK m. 3'teki mülhak vakıf tanımında zikredilen “vakfedenlerin soyundan gelenler” tabiri, vakfedenin vakfiyesinde öngördüğü sınırlandırıcı vakıf şartları saklı kalmak üzere, erkek veya kadın vakfedenin uzak ve yakın bütün evladını yani altoyunu kapsamaktadır. Öğretide “vakıf evladı” olarak da nitelendirilen bu tabir, vakfedene evlatlık bağı ile bağlı olanları kapsamaz. Zira, mülhak vakıflar mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş vakıflardan olduğu için, o tarihlerde yürürlükte olan İslam-Osmanlı hukukuna göre evlat edinme müessesesi yoktur. Keza eski vakıflara ilişkin ihtilaflarda eski hukuk kurallarının (İslam miras hukuku-ferah ve intikal vb.) geçerli olması da vakfedene evlatlık bağı ile bağlı olanları onun soyundan gelenler tabiri içerisinde değerlendirilmesini engellemektedir. Bkz. Şakir Berki, *Vakıflarla İlgili Önemli Meseleler* (İstanbul: Bayrak Yayınları, 1990), 30; Ali Himmet Berki, *Vakıflar İkinci Kitap (Medeni Kanunda “Te’sis” ve Vakıflar Kanunu hükümleri)* (Ankara: Nur Matbaası, 1950), 62, dn. 2.; Metin İkişler ve Yasin Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Bası, 2021), 102; Mengüç, “Galle”, 611. Nitekim Yargıtay da evlatlığın biyolojik (zürri) çocuk olmadığına ve bu sebeple galle fazlasına müstahak vakıf evladı olduğunun tespiti davasında vakıf evladı sayılmayacağına karar vermiştir. Bkz. Y. 18. HD., 19.04.2016, E. 2016/5815, K. 2016/6240, www.kazanci.com.tr, E.T. 02.07.2023. Benzer şekilde, evlilik bağı da evlat edinmeyle bir tutulmuş ve vakfeden ile soybağının kurulması için yeterli sebep sayılmamıştır. Bkz. Mengüç, “Galle”, 615; Y. 8. HD., 26.02.2019, E. 2019/221, K. 2019/1947, www.kazanci.com.tr, E.T. 03.07.2023.

²⁴ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk: Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku* (İstanbul: Tan Matbaası, 1938), 322; Ahmet Akman, *Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 157; Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 98. Eski vakıflar hukuku öğretisinde mütevelli, “vakfiye şartları, şer’î hükümler ve mer’î mevzuat çerçevesinde vakfın işlerini idare etmek üzere görevlendirilen kimseyi ifade eder.”. Bkz. Nazif Öztürk, “Mütevelli”, içinde *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2006), 32: 217. 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu döneminde ise öğretide mütevelli, “vakıf işlerini vakıfnamede yazılı şartlar dairesinde ve kanun hükümlerine uygun surette görmek ve idare etmek için tayin olunan kimse” şeklinde tanımlanmaktaydı. Bkz. Arsebük, *Medeni Hukuk*, 306, dn. 21. Dolayısıyla 743 sayılı Medeni Kanun’un kabulünden önceki Türk hukukunda kullanılan ve Medeni Kanun’un kabulünden sonra 1935 yılında yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu’nun yürürlüğü döneminde de kullanılmaya devam edilen “mütevelli” terimi, 2008 yılında yürürlüğe giren 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ve Vakıflar Yönetmeliği ile “vakıf yöneticisi” terimine dönüştürülmüştür. Bu sebeple bu makalede pozitif hukuk çerçevesinde “mülhak vakıf yöneticisi” terimi kullanılacaktır.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu çerçevesinde mülhak vakıf yöneticilerini atama yetkisi, VGM'nin en üst seviyedeki karar organı olan, Vakıflar Meclisi'ne aittir (VK m. 6/II)²⁵. Ancak mülhak vakıf yöneticisi olarak atanmak isteyenlerin öncelikle VY m. 24'deki şartları²⁶ sağlaması, sonrasında VY m. 25'deki belgelerle birlikte ilgili bölge müdürlüğüne başvurması gerekmektedir. Bu belgeler arasında en önemli *“vakfiye şartlarına göre yönetici olabileceğine dair yetkili asliye hukuk mahkemesinden alınan kesinleşmiş mahkeme kararı”*dır (VY m. 25/I-a). Vakfedenin soyundan geldiği ve vakfiyedeki şartları haiz olduğu iddiasında olan kişilerin bu kararı elde etmek için açtıkları davaya uygulamada *“tevlivete ehil vakıf evladı olunduğunun tespiti”* davası adı verilmektedir²⁷. Dolayısıyla kesinleşmiş mahkeme kararı neticesinde *“tevlivet”*²⁸ (mütevellilik) görevine hak kazandığı tespit edilen kişi,

²⁵ 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nda ise bu yetki bizzat VGM'ye aitti (eVK m. 18). eVK m. 19 gereğince *“Umum Müdürlükçe tevcih yapılmadan, müteveli vakfa el koyamaz.”* ve eVK m. 20 gereğince, *“Azledilen mütevellilerin yerine vakfedenlerin şartlarına ve bu kanun hükümlerine göre müteveli olması lazım gelenler varsa onlara tevcih yapılır.”*

²⁶ Bu şartlar şunlardır: *“a) Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmak, b) En az ilkokulu mezunu olmak, c) Kanunun 9 uncu maddesinde belirtilen suçlardan birinden mahkûm olmamak.”*

²⁷ Uygulamada tevlivete ehil ve galle fazlasına müstahak evlat olduğunun tespiti amacıyla birlikte açılan bu davalarda öncelikle vakfedenle soy bağının ispatlanması, sonrasında vakfiyede öngörülen şartların gerçekleşmesi aranmaktadır. Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 14.02.2013, E. 2012/11350, K. 2013/1775, *“Davacı kesinleşen mahkeme kararı ile aynı vakfin evladı olduğunu tespit ettirdiğine göre vakfeden ile soybağını ispatlamıştır. Davaya konu Mülhak M. Ş. M. P. Ş. A. Efendi Vakfî'na ait vakfiyede tevlivet, batın şartı (ön batında sağ vakıf evladı varken sonraki batında bulunan evladın hak sahibi olamaması kuralı) ile evlada bırakıldığından, davacının bu şartları taşıyıp taşımadığı araştırılıp oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde bulunmayan gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.”*, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.04.2023. Aynı yönde bkz. Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 29.09.2022, E. 2020/680, K. 2022/7578, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.04.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 16.02.2022, E. 2020/4924, K. 2022/1257, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.04.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 09.02.2022, E. 2020/2538, K. 2022/983, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.04.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 28.04.2021, E. 2021/518, K. 2021/3925, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.04.2023.

²⁸ Mülhak vakıflarda *“tevlivet”*, mahkemece vakıf yöneticiliği görevini haiz olduğu tespit edilen vakıf evladının sırası geldiğinde Vakıflar Meclisi tarafından vakıf yöneticiliği görevine atanmasını ifade eder. Eski vakıflar hukukunda müteveli olarak adlandırılan vakıf yöneticisinin sahip olduğu görev ve yetkiye *“velâyet (vilâ-*

ancak Vakıflar Meclisi'nin vereceği kararlarla mülhak vakıf yöneticisi olarak atanabilecektir (VK m. 6/II)²⁹.

Mülhak vakıf yöneticiliğine (tevlîyete) hangi şartları haiz vakıf evlatlarının ehil olduğu, vakfın hangi şartlarla yönetileceği, yöneticinin temel görev ve yetkileri, ücret (vazife) hakkı gibi hususlarda belirleyici olan ise mülhak vakıfların vakfiyeleridir³⁰. Zira eski ve yeni vakıflar hukukunda esas olan vakfedenin iradesidir/arzusudur³¹. Bu kapsamda, yeni vakıfların vakıf senetlerinde yönetim organı³² kurul veya fert organ şeklinde belirlenebilmekle birlikte mülhak vakıfların vakfiyelerinde bu organın – kural olarak – fert organ olarak belirlendiği ve tek bir yöneticiden (mütevelli) oluştuğu görülmektedir³³.

yet)”, bu hususta yapılan görevlendirmeye ise “tevlîyet” adı verilmekteydi. Bununla birlikte, Osmanlı hukukunda tevlîyet tabiri çoğunlukla mütevellinin yaptığı iş için kullanılırdı. Nitekim eski vakıflar hukukuna göre vakıf yöneticisinin (mütevellinin) vakfedenin şartına ve teamüle (vicdan ve maslahata) göre, bunlar bulunmadığında ise hâkimin görüşüne müracaatla, vakfın idaresi bağlamında mutad olarak yapması gereken işlere “tevlîyet görevi” adı verilmekteydi. Bkz. Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 156-157; Öztürk, “Mütevelli”, 217.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serhat Yener ve Kazım Uslu, *Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar* (Ankara: Statü Yayıncılık, 2013), 131 vd.; Yener, *Vakıf Evladiyet Hukuku*, 59 vd.

³⁰ İkizler ve Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar*, 111; Süeren, “Eski Vakıflar”, 100 vd.

³¹ Sena Başpınar, “Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15/1, (2020): 44. Hatta İslam-Osmanlı hukukunda vakfedenin iradesine o kadar önem verilmiştir ki İslam hukukçuları “vakfedenin şartı, şâri'in (Allah ve Rasûlü) nass'ı (ayet-hadis) gibidir” demiştir. Bkz. Hamdi Döndüren, *İslam Hukukuna Göre Günümüzde Vakıf Meseleleri* (İstanbul: Erkam Yayınları, 2016), 46. Ayrıca bkz. Ebül'ülâ Mardin, *Toprak Hukuku Dersleri* (İstanbul: 1947), 56; Mustafa Avcı, *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 376; Akman, “Vakıf Müessesesi”, 192.

³² Yeni vakıfların organları ve yönetim şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, “Yönetim Şekli”, 43 vd.

³³ Bununla birlikte, eski vakıflar hukuku öğretisine göre, vakfiyelerde yöneticilik görevinin (tevlîyetin) birden çok kişiye şart olunması caiz olduğu gibi bir kişinin birden çok vakfa yönetici (mütevelli) olması da caizdir. Ancak birinci ihtimalde yöneticilerin vakıf adına tasarrufta bulunurken birlikte hareket etmeleri ya da biri tarafından yapılan tasarrufa diğerlerinin izin veya icazeti gerekmekte, aksi halde yapılan tasarruf kesin hükümsüz (batıl) kabul edilmektedir. Bkz. Ali Himmet Berki, *Vakıflar (Vakıf Müesseseleri İnsanların Düşünebildikleri Hukuki Müesseselerin En Hayırlısıdır)* (İstanbul: Aydınlık Basımevi, 1946), 199-200; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Özkaya, *Eski Vakıf Hukuku*, 200.

Mülhak vakfın iş ve işlemlerinin bu fert organ eliyle yürütülmesi esas olup mülhak vakfın yöneticisi vakfı bizzat kendisi temsil eder ve yönetir. Bu sebeple mülhak vakıf yöneticilerinin görev ve yetkilerini, kural olarak, kendilerine vekil tayin ederek üçüncü şahıslara devredemeyecekleri kabul edilmektedir³⁴. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından mülhak vakıf yöneticisine, VK m. 6/II ve VY m. 26 gereğince, kendisine yardımcı tayin edebilmesi imkânı ve yetkisi de tanınmıştır³⁵.

II. MÜLHAK VAKIF YÖNETİCİSİNİN TEMEL GÖREV VE YETKİLERİ İLE HUKUKİ SORUMLULUĞU

Mülhak vakıf yöneticisinin temel görev ve yetkilerinin tespiti onun hukuki sorumluluğunun çerçevesini belirlemek açısından önem arz eder. Nitekim kanun koyucu VK m. 10'da vakıf yöneticisinin hukuki sorumluluğunu belirlerken onun temel görevleri ve onda bulunması gereken temel niteliklerden hareket etmiştir. Bu kapsamda, tüm vakıf yöneticileri; vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymak, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmak, vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmak, vakfi zarara uğratmamak, denetim makamınca tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamak, düzeltmek ve aykırı işlemlere devam etmemekle yükümlü oldukları gibi, ayrıca, fiil ehliyetini haiz olmalı ve görevlerini sürekli olarak yapmaya engel teşkil edecek hastalıkları veya maluliyetleri de bulunmamalıdır (VK m. 10).

³⁴ Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 04.02.2020 tarihli Genelgesi'nde bu husus açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/04022020e17675-2020-19-va.pdf>, E.T.: 16.08.2023. Buna karşılık 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu zamanında ise, mülga Tüzük hükümleri gereğince, mülhak vakıf yöneticisinin vakıf işlerini kısmen veya tamamen görmesi amacıyla kendisi yerine bir vekil tayin edebiliyordu. Bkz. Akyıldız, "Devlet Denetimi", 61.

³⁵ Örneğin, akar ve hayratları değişik illerde bulunan veya aynı yerde olsa bile bunları doğrudan doğruya idare etmenin çok masraflı veya imkânsız olduğu mülhak vakıflarda bir yönetici yardımcısına ihtiyaç duyulacağı açıktır. Böyle bir durumda mülhak vakıf yöneticisi, yetkilerinin sınırlarını belirlemek, devredeceği görev ve yetkileri yazı ile tebliğ etmek ve VGM'ye iletilmek üzere ilgili bölge müdürlüğüne bildirmek kaydıyla VY m. 26'da belirtilen şartları haiz bir yönetici yardımcısı atayarak vakfın işlemlerini yürütebilecektir. VGM'nin 04.02.2020 tarihli Genelgesi'nde bu usul açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/04022020e17675-2020-19-va.pdf>, E.T.: 16.08.2023.

Eski ve yeni vakıfların yöneticileri hakkında VK m. 10'da düzenlenen bu temel görev ve sorumlulukların yanında Vakıflar Yönetmeliği'nde mülhak vakıf yöneticilerine özel bazı sorumluluklar da öngörülmüştür. Nitekim VY m. 27 gereğince mülhak vakıf yöneticileri, VK m. 10'da belirtilen sorumluluklarının yanında; *“öncelikle vakıf kültür varlıkları olmak üzere vakfa ait akar ve hayratı gözetmek, onarılması gerekenleri onarmak”, “fiilen ve hukuken yerine getirilmesine imkân kalmayan vakfiye şartlarının değiştirilmesi teklifinde bulunmak”* ve *“vakfın gelirlerinde değişiklik olması durumunda hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamak için teklifte bulunmak”* zordur. Bu görev ve yetkileri dışında mülhak vakıf yöneticisinin, mülhak vakfın denetimi kapsamında bazı yükümlülükleri olduğu gibi, vakfiyelerde ve yürürlükteki mevzuatta yasaklanmayan ve sıfatı icabı yapmaya yetkili olduğu bazı işler de mevcuttur³⁶. Nitekim mülhak vakıf yöneticisi temsilci gibi sorumlu olduğundan, kural olarak, mülhak vakıfla ilgili her türlü tasarruflarda bulunmaya yetkilidir³⁷. Ayrıca, önceden bahsedildiği üzere, kanun koyucu tarafından mülhak vakıf yöneticisine kendisine yardımcı atama yetkisi de tanınmıştır (VK m. 6/II).

Vakıf yöneticiliği tamamen güvene dayalı ve kamu yararının ağırlıkta olduğu bir görev olduğundan, bu görevi gereği gibi veya hiç yerine getirmeyen veyahut yetkilerini vakfın aleyhine olacak şekilde kullanan vakıf yöneticilerinin hukuki sorumluluğu doğar. Vakıf yöneticilerinin hukuki sorumluluğu, VK m. 10 gereğince, görevden alınmalarını ve

³⁶ Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 102. Mülhak vakıf yöneticilerinin mülhak vakfın denetimi kapsamında mülhak vakfın muhasebesini tutma (VK m. 31) ve zorunlu beyannameleri verme ve bildirimlerde bulunma (VY m. 38) yükümlülükleri vardır.

³⁷ Bu çerçevede mülhak vakıf yöneticisi, korumak ve muhafaza etmekle sorumlu olduğu vakıf malları yönünden, adeta hukuki yetkiye dayanan iyiniyetli zilyet (başkası için zilyet) konumundadır (TMK m. 993 ve 994). Bununla beraber, kusurlu fiilleriyle vakfa verdiği zararlardan da sorumlu olduğu kabul edilmektedir (VK m. 10/IV). Bkz. Özkaya, *Eski Vakıf Hukuku*, 195; Yılmaz, *Eski Vakıflar*, 70. Yazarlar mülhak vakıf yöneticisinin vekil sıfatını taşıdığını ifade etmekle beraber kanaatimizce vakıf yöneticisini vekilden daha geniş bir anlamda temsilci olarak görmek gerekir. Nitekim borçlar hukuku anlamında vekil, TBK m. 502 gereğince teknik anlamda, vekalet verene ait olan işin yönetimini ve gerektirdiği hizmeti görmeyi vekalet sözleşmesine uygun olarak borçlanan kişi iken temsilci ise bir sözleşme ilişkisinin varlığı gerekmesizin tek taraflı bir hukuki işlem neticesinde kendisine verilen yetki çerçevesinde temsil edilenin ad ve hesabına hukuki işlemlerde bulunan kişidir. Bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı, 2020), 496-497.

kusurlu fiilleri nedeniyle vakfa verdikleri zararlardan ötürü tazminat sorumluluklarını ifade eder³⁸. Bu kapsamda mülhak vakıf yöneticileri, VK m. 10 ve VY m. 27’de çerçevesi belirlenen görev ve sorumluluklarını gereği gibi veya hiç yerine getirmemeleri veyahut yetkilerini vakfın aleyhine olacak şekilde kullanmaları durumunda, mahkeme kararıyla görevlerinden alınabilecekleri gibi bunun yanı sıra veya ayrıca kusurlu fiilleri nedeniyle mülhak vakfa verdikleri zararları da tazminle yükümlü tutulurlar. Bu çerçevede çalışmamızda, mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davası ayrıntılı bir şekilde incelenecek ve ilgili yerlerde tazminat sorumluluğuna da değinilecektir.

III. MÜLHAK VAKIF YÖNETİCİSİNİN GÖREVDEN ALINMASI DAVASI

A. Görevden Alma (Azil) Kavramı ve Vakıf Yöneticiliğini Sona Erdiren Diğer Sebepler

Mülhak vakıf yöneticisinin “*mütevellilik/tevlîyet*” adıyla anılan yöneticilik görevi çeşitli sebeplerle sona erebilir. Vakıf yöneticiliğini sona erdiren temel sebepler; görevden alma (azil), ölüm, istifa ve VK m. 9’daki suçlardan biriyle mahkûmiyettir³⁹. Bunlardan en bilineni ve sonuçları itibarıyla en önemli olanı ise vakıf yöneticisinin görevden alınmasıdır. Klasik terminolojide “*azil*” olarak adlandırılan bu kavram, hukuki niteliği itibarıyla, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıyla bir kimsenin görevine son verme veya bir kimseye verilen bir yetkinin geri alınmasını ifade eden bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁰. Kanun koyucu tamamen güvene dayalı olan vakıf yöneticiliği

³⁸ Aynı yönde bkz. Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 72.

³⁹ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 9 gereğince, “*Vakıflarda; hırsızlık, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, dolandırıcılık, nitelikli dolandırıcılık, zimmet, rüşvet, sahtecilik, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık suçları ile Devletin güvenliğine karşı işlenen suçların birinden mahkûm olanlar yönetici olamazlar. Vakıf yöneticisi seçildikten sonra yukarıdaki suçlardan mahkûm olanların yöneticiliği sona erer.*”. Vakıf yöneticiliğini sona erdirmesi bakımından bu suçların kime karşı işlendiğinin bir önemi yoktur. Bu suçlar vakıfla alakası olmayan üçüncü kişilere karşı da işlenmiş olsa vakıf yöneticiliği görevini sona erdirecektir.

⁴⁰ Eren, *Borçlar Genel*, 506.

görevini gereği gibi veya hiç yerine getirmeyen veyahut yetkilerini vakfın aleyhine olacak şekilde kullanan vakıf yöneticisi hakkında VK m. 10 hükmünde görevden alma (azil) yaptırımını ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek vakıf tüzel kişiliğini korumuştur.

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması, 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu m. 33'teki düzenlemeden farklı olarak, Vakıflar Meclisi'nin vereceği idari bir karar neticesinde değil; Meclis'in vereceği karara dayalı olarak VGM'nin başvurusu üzerine açılan bir davayla mülhak vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesinin vereceği bir karar neticesinde gerçekleştirilir (VK m. 10). Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davasını; tarafları, konusu, hukuki niteliği, esasa ve usule ilişkin şartları ve hukuki sonuçları itibariyle ayrıntılı bir şekilde incelemek gerekir.

B. Davanın Tarafları, Konusu ve Hukuki Niteliği

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davasının davacı tarafında Vakıflar Genel Müdürlüğü yer alır. Bu davanın davalı tarafında ise ilgili mülhak vakıf yöneticisi ve mülhak vakıf tüzel kişiliği birlikte yer alır. Zira, vakıf yöneticisinin görevden alınması davasında verilecek karar vakıf tüzel kişiliğini de doğrudan etkileyeceğinden, vakıf tüzel kişiliğinin de bu tür davalarda taraf sıfatının bulunması zorunludur⁴¹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da belirttiği üzere, VGM tarafından açılan vakıf yöneticilerinin görevden alınması konulu davalarda husumet, vakıf tüzel kişiliği ile görevden alınması talep edilen kişilere birlikte yöneltilmeli; eğer dava, bunlardan sadece birine karşı (örneğin salt vakıf tüzel kişiliği ya da görevden alınması

⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191, "Diğer önemli bir nokta da aynı zamanda ileriye etkili hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik eldeki davanın açıldığı tarihte, davalının fiilen görevden uzaklaşmış olmasının, bu davada verilecek kararın vakıf tüzel kişiliğinin hak ve hukukunu etkilemesine engel olmayacağı, tersine doğrudan etkileyeceği olgusudur. Sonuç olarak; olaya maddi hukuk açısından bakıldığında da vakıf tüzel kişiliğinin, yöneticilerin azli davasında taraf sıfatının bulunmasının zorunlu olduğu sonucuna varılmaktadır. Yukarıda açıklanan tüm bu nedenlerle, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vakfı zarara uğrattığını ileri sürdüğü kişinin yönetimden azli için açtığı davada, hak ve hukuku bu davadan etkilenecek olan vakıf tüzel kişiliğinin de taraf olarak yer almasının sağlanması gerekir. Buna göre mahkemece yapılacak iş; davacı tarafa usulüne uygun biçimde verilecek süre ile, vakıf tüzel kişiliği hakkında da dava açılıp bu dava ile birleştirilmesini sağlamak ve taraf teşkili böylece sağlandıktan sonra işin esasını incelemek olacaktır.", www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

talep edilen kişiler aleyhine) açılmış ise diğerinin de davada taraf olarak yer almasının sağlanması yoluna gidilmelidir⁴².

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davasının konusunu, temel olarak, ilgili vakıf yöneticisinin VK m. 10/I ve II’de gösterilen sebeplerden birine veya birkaçına istinaden görevden alınması (azli) talebi oluşturur. Bununla birlikte vakıf yöneticilerinin görevden alınması davalarında bu talebe çoğu zaman ilgili vakıf yöneticilerinin kusurlu fiilleri ile vakfa verdikleri zararların tazmini talepleri de eklenir (VK m. 10/IV). Bu sebeple vakıf yöneticilerinin görevden alınması davaları, hukuki nitelik itibarıyla, kısmen bozucu yenilik doğuran kısmen de eda davası niteliğini taşımaktadır.

C. Davanın Şartları

1. Esasa İlişkin Şart: Vakıflar Kanunu’nda Gösterilen Sebeplerden Birinin Gerçekleşmesi

a. Genel Olarak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/I ve II gereğince vakıf yöneticisinin görevden alınma sebepleri; vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymamak, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmamak, vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmamak, ağır ihmâl ve kasıtlı fiillerle vakfı zarara uğratmak, denetim makamınca tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlamamak, düzeltmemek veya aykırı işlemlere devam

⁴² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 14.10.2008, E. 2008/6679, K. 2008/10384, www.kazanci.com.tr, E.T. 14.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 22.09.2003, E. 2003/6423, K. 2003/6595, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023. Ancak önceki bazı içtihatlarında Yargıtay, husumetin doğrudan vakıf tüzel kişiliğine yöneltilebileceğini belirtmekle birlikte, görevden alınması talep edilen vakıf yöneticisinin de davadan haberdar edilmesi ve bu çerçevede usulünce davaya dahil edilip savunmasının alınması zorunluluğuna dikkat çekmiştir. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 22.03.2000, E. 2000/18-200, K. 2000/190, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 29.04.2002, E. 2002/4031, K. 2002/4959, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 13.11.2006, E. 2006/6155, K. 2006/9005, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2023.

etmek ve fiil ehliyetini kaybetmek veya görevi sürekli olarak yapmaya engel teşkil edecek bir hastalığa veya maluliyete yakalanma halidir⁴³.

Mülhak vakıf yöneticilerinin de VK m. 10/I ve II'de sayılan bu sebeplerden birine veya birkaçına istinaden mahkemece görevlerinden alınabilmeleri mümkündür⁴⁴. Ancak kanunda sayılan bu sebepler, görevden almayı mutlak olarak gerektiren sebepler olmayıp, hâkimin takdirine bağlıdır⁴⁵. Nitekim yerleşik içtihatlarında Yargıtay, bu tür davalarda, hâkimin her eylemi ayrı ayrı takdir etmesi ve olayın oluş biçimi, aykırılığın niteliği, aykırılıkta ısrar, iyiniyet, ölçülülük, eylem-

⁴³ 6495 sayılı Kanun'un 48. maddesi ile 12.07.2013 tarihinde yürürlükten kaldırılmadan önce VK m. 10/II-f gereğince "Bu Kanunun 11 inci maddesi uyarınca iki defa idari para cezası almak" da vakıf yöneticileri açısından bir görevden alınma sebebiydi. Bu sebeple görevinden alınan vakıf yöneticilerinin, VK m. 10/III gereğince, başka bir vakfın yöneticisi ise o görevinden de alınmış sayılacakları ve beş yıl süreyle hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamayacakları düzenlenmişti. Diğer taraftan, 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'nda ise mülhak ve cemaat vakfı yöneticilerinin görevden alınma (azli) sebepleri eVK m. 33'te sekiz bent halinde sayılmıştı. Bunlar; "A - Vakfında mülkiyet iddia edipte mahkemece sabit olmaması, B - Vakfına maddi zarar veren kavli veya fiili hareketlerde bulunması, C - Vakfın gelirlerini vakfiyedeki şartlar ve muayyen salahiyetler dışında sarf etmesi, Ç - Yapılması vakıflar idaresinin iznine bağlı işleri kendiliğinden yapması, D - Bütçesini ve hesaplarını kabule değer bir mazereti olmadığı halde vaktinde vermemesi, E - Bu kanun hükümlerine göre vakfını kütüğe kaydettirmemesi, F - Haysiyet ve şerefi bozan suçlardan biri ile veya ağır hapis veya altı aydan fazla hapis ile mahkum olması, G - Vakfına zarar verecek yolda vazifesinde kayıtsızlığı görülmesi"dir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyıldız, "Devlet Denetimi", 73 vd.

⁴⁴ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 17.12.2018, E. 2017/8780, K. 2018/20249, "Dava dilekçesinde, amacına ve yürürlükteki mevzuata aykırı hareket eden, amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan, mallarını ve gelirlerini amaca uygun kullanmayan ve ağır ihmâl ve kasıtlı fiilleri ile vakfı zarara uğratan, Denetim Makamı tarafından tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde düzeltmeyen ve eksiklikleri tamamlamayan, hukuka aykırı işlemlere devam eden mülhak mütevellisi davalı ...'nin, 5737 Sayılılar Kanunu'nun 10.maddesinin a,b,c,d fıkraları uyarınca görevden alınması ve tedbir olarak vakfa kayyım atanması istenmiş, mahkemece davanın kabulüyle mütevellinin görevden alınmasına, ek karar ile de daha önce ara karar ile atanan kayyımlara atama kararından itibaren aylık 500,00'er TL ücret takdirine karar verilmiştir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 07.10.2023.

⁴⁵ Nitekim VK m. 10/II'de yöneticilerin vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden "alınabileceği" belirtilmek suretiyle bu konuda hakimlere takdir hakkı tanındığına işaret edilmiştir. Buna karşılık, eMK m. 79/son ve mülga Tüzük m. 23/II'de düzenlenen görevden alma sebebinde ise hâkime takdir yetkisi tanınmamıştı. Bu sebebe istinaden, Medeni Kanun'da gösterilen yetkili merciler dışında bir kişi veya kuruluşun vakfın idaresine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak müdahale etmesi halinde, bu müdahaleye yer veren veya göz yuman vakıf yöneticileri VGM'nin yapacağı yazılı başvuru üzerine yetkili asliye mahkemesince duruşma yapılarak herhalde görevden alınmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000), 271-272.

yaptırım dengesi gibi unsurları dikkate alması gerektiğini vurgulamaktadır⁴⁶. Ayrıca kanunda düzenlenen bu sebepler incelenirken, öğretide de ifade edildiği üzere, görevden alma (azil) yaptırımının başvurulması gereken son hukuki çare olduğu kabulünden hareket edilmeli; denetim makamı tarafından bu yola başvurulmadan önce her türlü zorlayıcı denetim imkânı kullanılmalı, ancak bunlardan bir sonuç alınamazsa bu yola başvurulmalıdır⁴⁷.

b. Vakfın Amacına ve Yürürlükteki Mevzuata Aykırılık

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/I gereğince vakıf yöneticilerinin görevden alınması hususunda genel haklı sebep, yöneticinin fiil ve işlemlerinin vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata aykırı olmasıdır. Vakıf yöneticisinin temel sorumluluğu olması hasebiyle ayrı bir fıkra şeklinde düzenlenerek vurgulanan bu genel sebep, ikinci fıkrada beş bent halinde sayılan özel sebepleri de büyük ölçüde bünyesinde barındırmakta ve bu sebeple vakıf yöneticisinin görevden alınması hususunda genel bir haklı sebep teşkil etmektedir. Nitekim VK m. 10/II'de beş bent halinde sayılan özel sebepler, VK m. 10/I'deki bu genel haklı sebebin somut örnekleri niteliğinde olup, kanun koyucu tarafından örnek kabilinden (tadadi olarak) sayılmıştır⁴⁸.

⁴⁶ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 23.11.2004, E. 2004/7986, K. 2004/8618, “*Vakıf idarecilerinin görevlerinden uzaklaştırılmalarına ilişkin Türk Kanuni Medenin 79. ve Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğün 23. maddelerinde, mahkemelerce yöneticilerin işten “uzaklaştırılabileceği” ya da görevden “ahnaabileceği” belirtilmek suretiyle, bu konuda hakimlere takdir hakkı tanındığına işaret edilmiştir. Şu hâlde, hâkimin her eylemi ayrı ayrı takdir etmesi, olayın oluş biçimi, aykırılığın niteliği, aykırılıkta ısrar, iyiniyet, ölçülülük, eylem-yaptırım dengesi gibi unsurları dikkate alması gerekir.*”, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 27.09.2004, E. 2004/5231, K. 2004/6426, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 10.11.2003, E. 2003/7872, K. 2003/8722, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 17.03.2003, E. 2002/11882, K. 2003/1873, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 31.01.2000, E. 2000/224, K. 2000/1014, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023.

⁴⁷ Mehmet Özgür Avcı, “Vakıf Yöneticilerinin Görevden Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 13/3-4, (2007): 187; Teoman Akınal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988), 184; Sanem Aksoy Dursun, *Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi* (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 116; Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 202.

⁴⁸ Buna karşılık, 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’nda vakıf yöneticisinin (mütevelli-nin) görevden alınmasına (azline) ilişkin sayılan sebepler tahdidi olarak sayılmış

Vakıf yöneticileri, vakfın kuruluş belgesinde yazılı şartlarla yürürlükteki mevzuata uymak ve genel olarak basiretli bir idareci gibi hareket etmek zorundadırlar⁴⁹. Mülhak vakıflar açısından bu durum özel bir önemi haizdir. Nitekim mülhak vakfın amacını ifade eden vakfiyelerdeki şartların gerçekleştirilmesi hususundaki bütün sorumluluk, mülhak vakfın temsil ve yönetim yetkisini haiz fert organ olan mülhak vakıf yöneticisine aittir. Mülhak vakıf yöneticileri mülhak vakfın mal varlığı üzerinde hukuki veya fiili tasarruflarda bulunurken, galle (gelir) fazlasını evlatları arasında dağıtırken veya aldıkları kararlarda vakfiye şartlarına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadırlar.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/I gereğince mülhak vakıf yöneticisinin sorumluluğunu doğurabilecek amaca aykırılık halleri özellikle VK m. 10/II hükmünün (a), (b) ve (c) bentlerinde örnek olarak sayılmıştır. Ancak, VK m. 10/II'deki örnek durumlardan hiçbirine girmemekle birlikte, sadece VK m. 10/I gereğince mülhak vakıf yöneticisinin sorumluluğunu doğurabilecek mevzuata aykırılık halleri de mevcuttur. Nitekim mülhak vakıf yöneticisinin yapılması mahkeme veya Vakıflar Meclisi'nin kararına bağlı olan bir işi kendiliğinden yapması, VK m. 10/II'deki örnek durumlara aykırılık teşkil etmese bile, VK m. 10/I gereğince görevden alınması sonucunu doğurabilecektir⁵⁰.

olup sınırlı sayı ilkesine tabiydi (eVK m. 33). Keza bu dönemde yeni vakıfların yöneticileri de TMK m. 112/II gereğince ancak mülga Tüzük'te sayılan sınırlı sebeplerle görevlerinden alınabiliyordu. Ancak bu durum öğretilerde eleştirilmekteydi. Nitekim öğretilerde, Tüzük'ün hazırlanması aşamasında her durumun öngörülebilmesinin mümkün olmadığından hareketle, vakıf yöneticilerinin görevden alınabilmesinin pratik önemini kaybedeceği; bu sebeple görevden alma kararını verecek olan mahkemeye, denetim makamının Tüzük'te gösterilen sebepler dışındaki haklı sebeplere dayanan taleplerini inceleme konusunda takdir hakkı tanınmasının yerinde olacağı savunulmaktaydı. Bkz. Ahmet İşeri, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis)* (Ankara: 1968), 177-178; Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 268-269; Avcı, "Görevden Alınma", 186. Bu sebeple 5737 sayılı yürürlükteki Vakıflar Kanunu'nda temel bir haklı sebebe (VK m. 10/I) yer verilerek bunun örnekleri sayılmış (VK m. 10/II) ve böylece mahkemeye takdir yetkisi veren bir düzenlemeye gidilmiştir.

⁴⁹ Bu husus mülga Tüzük m. 23'te "*Vakıf idarecileri, vakıf senesinde yazılı şartlarla, yürürlükteki kanun ve nizamla uymak ve genel olarak basiretli bir idareci gibi hareket etmek zorundadırlar.*" şeklinde düzenlenmişti. Ayrıca bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.03.1980, E. 1979/7720, K. 1980/2266, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁵⁰ Bu sebep, eVK m. 33/I-Ç ve mülga Tüzük m. 23/II-e gereğince, müstakil bir görevden alma (azil) sebebi olarak düzenlenmişti. Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 18.12.2000, E. 2000/12992, K. 2000/13643, "*Vakıf mallarının daha yarar-*

Mülhak vakıf yöneticisinin fiilen ve hukuken yerine getirilmesine imkân kalmayan vakfiye şartlarını kendiliğinden değiştirmesi veya mülhak vakfın gelirlerinde değişiklik olması durumunda hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine kendiliğinden uyarlaması buna örnektir. Nitekim bu hususlarda mülhak vakıf yöneticisi, VY m. 27 gereğince, Meclis'e teklifte bulunma sorumluluğuna aykırı davranmış ve dolayısıyla VK m. 10/I gereğince yürürlükteki mevzuata aykırı davranmış olur. Keza, mülhak vakıf yöneticisinin aldığı bir karar neticesinde vakıf tüzel kişiliği tarafından yayımlanan eserlerin yürürlükteki kanunlara ve özellikle Anayasa'daki esaslara aykırı olmaması gerekir. Ancak Yargıtay'a göre bu gibi hallerde, vakıf yöneticilerinin basiretli bir idareci olarak kendilerinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermediklerinin mahkemece etraflıca araştırılması, gerekirse uzman bir bilirkişi ya da bilirkişiler kurulu aracılığıyla gerekli incelemenin yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekir⁵¹. Benzer şekilde Yargıtay'a göre, vakfa ait taşınmazların

lı herhangi bir mal veya para ile değiştirilmesi için teftiş makamının teklifi üzerine idare organının düşüncesi alındıktan sonra yetkili Asliye Mahkemesi'nce karar verilmesi gerekir. Somut olayda, yasanın bu emredici hükmüne uyulmamış, izne bağlı olan iş vakıf yöneticilerince kendiliğinden yapılmıştır. Bu durum karşısında davanın kabulü gerekirken vakfın zarara uğratılmadığı, kasıt bulunmadığı, ilgili yasa hükmünün uygulanmasının davalıyı mağdur edeceği gerekçesiyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.", www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023.

⁵¹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.07.2001, E. 2001/4887, K. 2001/6748, "Mahkemece, toplumdaki infial ve kamu oyununda tepkiler uyandırdığı ileri sürülen dava konusu kitaplar getirtilip, tarafların sav ve savunmaları da gözetilerek bu eserlerde yer alan görüş ve düşüncelerin yürürlükteki yasalara, özellikle Anayasanın başlangıç maddesinde anlamını bulan "Türk milli menfaatlerine, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasına, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerine, Atatürk milliyetçiliği ile ilke ve inkılaplarına" ne gibi aykırılık oluşturduğu, laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya ne şekilde karıştırıldığı, bu eserlerin vakıf yayınları arasında yayımlanmasının vakfın gayesine uygun düşüp düşmediği, bu konuda vakıf yöneticilerinin ilgili Tüzüğü; 23. maddesinde öngörülen basiretli bir idareci gibi davranmak kuralına uymakta kendilerinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermedikleri etraflıca araştırılıp, uzman bilirkişi ya da bilirkişiler kurulu aracılığıyla gerekli incelemenin yapılması ve oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, salt sözü edilen kitaplardan bazı alıntılar ile birkaç gazetede çıkan yazılara ve özellikle müfettiş raporuna dayanılarak eksik araştırma ve yetersiz inceleme ile yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023. Benzer yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 19.12.2022, E. 2021/2547, K. 2022/10315, www.kazanci.com.tr, E.T. 07.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 26.05.2015, E. 2015/6483, K. 2015/8705, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

emlak vergilerini zamanında ödememek ve vakıf tarafından yapılan bazı harcamaları kayıtlara intikal ettirmemek gibi mevzuata aykırılık hallerinin vakıf yöneticisinin görevden alınması sonucunu doğurabilmesi için, Belediye gibi kurumlardan vakıfla ilgili bilgi ve belgelerin getirtilerek gerekli inceleme ve araştırma yapıp harcamalar hususunda vakıf defterleri ile karşılaştırması yaptırılarak konusunda uzman üç kişilik bilirkişi heyetinden bu hususta rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir⁵².

c. Vakfın Amacı Doğrultusunda Faaliyette Bulunmamak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II'de örnek kabilinden sayılan durumlardan ilki, vakıf yöneticisinin vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmamasıdır (VK m. 10/II-a). Bilindiği üzere, her vakfın kendine özgü bir kuruluş amacı vardır. Yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflar olarak tanımlanan mülhak vakıflarda bu amaç; zürri (ailevi), hayri (toplumsal) veya yarı zürri (karma) nitelikte olabilir. Zürri nitelikteki mülhak vakıflarda gallenin salt vakfedenin soyundan gelenlere özgülenmesi söz konusuysen hayri nitelikteki mülhak vakıflarda ise tamamen toplumun yararına olan hayır amaçlarına özgülenmesi söz konusudur. Uygulamada en çok karşılaşılan yarı zürri nitelikteki mülhak vakıflarda ise toplumsal nitelikteki hayır şartları gerçekleşikten sonra arta kalan galle fazlasının vakfedenin soyundan gelenlere veya ilgililere özgülenmesi amaçlanmaktadır.

⁵² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.06.2015, E. 2015/6494, K. 2015/9303, "Dava dilekçesinde, davalı vakfın 2005-2008 yılları işlemlerine dair olarak düzenlenen teftiş raporunu esas alarak; vakıf yöneticilerinin mevzuata aykırı davrandıkları, emlak vergilerinin zamanında yatırılmadığı, vakfa ait gayrimenkulleri rayiçlerinin çok altında kiraya vermek suretiyle vakıf kaynaklarını verimli bir şekilde kullanmayıp basiretli bir idareci gibi hareket etmeyerek vakfı zarara uğrattıkları, vakıf tarafından yapılan bazı harcamaları kayıtlara intikal ettirmedikleri, daha önceki teftiş raporunda belirtilmesine ve bu konuda uyarılmalarına rağmen vakıf belgelerinin zamanında teftiş makamına iletilmediği ileri sürülerek 5737 Sayılı Vakıflar Yasası'nın 10. maddesine aykırılıklar sebebiyle vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları istenildiğine göre; mahkemece, ileri sürülen iddialarla ilgili ve Belediye gibi kurumlardan vakıfla ilgili bilgi ve belgelerin getirtilerek gerekli inceleme ve araştırma yapıp harcamalar hususunda vakıf defterleri ile karşılaştırması yaptırılarak konusunda uzman üç kişilik bilirkişi heyetinden dava dilekçesindeki iddialarla ilgili rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, vakıf yönetim kurulu karar defteri ile diğer defterler incelenmeden yetersiz bilirkişi raporu esas alınarak ek-sik inceleme ile davalı ... ile ... yönünden davanın kabulüne karar verilmesi, Doğru görülmemiştir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

Mülhak vakıf yöneticisinin gerçekleştireceği iş ve işlemlerde mülhak vakfın vakfiyesinde öngörülen bu amaçlar doğrultusunda faaliyetlerde bulunması şarttır. Bu faaliyetler temel olarak; vakfın gallesinin veya galle fazlasının vakfiyedeki şartlara uygun olarak VY m. 53 vd. usule göre hesaplanarak hak sahiplerine dağıtılması ve hayır amaçlarının vakfiyelerdeki şartlara ve günümüz standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesidir. Bu çerçevede mülhak vakıf yöneticileri, VY m. 27 gereğince, öncelikle vakıf kültür varlıkları olmak üzere vakfa ait akar ve hayratı gözetmek, onarılması gerekenleri onarmakla yükümlüdürler. İşte mülhak vakıf yöneticilerinin mülhak vakfın amacını gerçekleştirmeye hizmet eden bu gibi faaliyetlerde bulunmamaları VK m. 10/II-a gereğince görevden alınmaları sonucunu doğurabilecektir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II-a'da düzenlenen bu görevden alma sebebi, VK m. 10/I'de düzenlenen genel haklı sebeple büyük ölçüde bağlantılı olduğu gibi, (b) ve (c) bentlerinde düzenlenen özel sebeplerle de büyük ölçüde bağlantılıdır. Zira, vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmamak ile ağır ihmal ve kasıtlı fiillerle vakfı zarara uğratmak da esasında vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmamaktır. Nitekim Yargıtay da vakıf yöneticisinin vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata aykırı bir şekilde vakıf gelirini sarf ederek üçüncü kişilere borç vermesini ve vakfa zarar veren kavli ve fiili hareketlerde bulunmasını vakfın amacına aykırı faaliyetler olarak yorumlamıştır⁵³.

d. Vakfın Mallarını ve Gelirlerini Amaçlarına Uygun Olarak Kullanmamak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II'de örnek kabilinden sayılan durumlardan ikincisi, vakıf yöneticisinin vakfın mallarını ve gelirlerini

⁵³ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.03.1980, E. 1979/7720, K. 1980/2266, "Vakıf yöneticilerinin, vakıf senedi ve yönetmeliğine aykırı olarak, hiçbir taahhüt olmadan ve banka idare meclisinin muvafakatını sağlamadan 10 yıl vade ve % 1 faizle 9.410.000 lirayı borç olarak verdiklerinde taraflar birleşmişlerdir. Esasen bu husus 506 sayılı SSK.nun geçici 20. maddesince, Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Maliye ve Ticaret Bakanlıkları tarafından müşterek kontrol ve murakabe edildiği sırada müfettişlerce tanzim edilen rapor münderecatı ile de sabittir. (...) Vakıf idarecileri vakıf senedindeki şartlara ve idarecilere, tanınan yetkiler dışında vakıf gelirini sarf edemezler. Vakfa zarar veren kavli ve fiili hareketlerde bulunamazlar. İş bu hareketler ister vukufsuzluktan ister ehliyetsizlikten ister kötü niyetten doğsun vakfın amacına aykırı olup belirtilen kanun ve tüzük hükümlerince işten uzaklaştırmayı gerektirir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

amaçlarına uygun olarak kullanmamasıdır (VK m. 10/II-b). Mülhak vakıflar açısından bu sebebe en çok uyan örnek, mülhak vakıf yöneticisinin mülhak vakfın galle fazlasını mahkeme kararıyla ispat edilen vakfiye şartlarına aykırı olarak veya “vakıf evladı”⁵⁴ olmayan kişilere usulsüzce sarf etmesidir⁵⁵. Bu durum vakıf yöneticisinin, VY m. 53 vd. hükümleri gereğince, vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu ve galle fazlası almaya hak kazandığını gösteren mahkeme kararıyla kendisine başvuranlara galle fazlasını usulünce ödeme yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder ve VK m. 10/II-b gereğince sorumluluğunu doğurur. Keza, vakfiyesinde bir köy okulunun yapımı, bakımı ve onarımı gibi hayır şartları bulunan mülhak vakfın gelirlerinin bu köye içme suyu getirilmek için harcanması durumunda da vakfın gelirleri amaçlarına aykırı bir şekilde kullanılmış olur ve yöneticinin bu bent gereğince sorumluluğu doğar⁵⁶.

Mülhak vakfa ait akar taşınmazları rayiçlerinin çok altında veya bedelsiz bir şekilde kiraya vermek suretiyle vakfın mal varlığını verimli bir şekilde kullanmayan mülhak vakıf yöneticisinin de VK m. 10/II-b gereğince görevden alınması söz konusu olur⁵⁷. Bunun gibi, mülhak

⁵⁴ Vakıf evladı, zürri ve yarı zürri nitelikteki mülhak ve mazbut vakıflarda, vakfedenin soyundan geldiğini iddia eden kişilerin bu durumlarını mahkeme kararıyla tespit ettirmeleri neticesinde eski vakıflar hukuku mevzuatı yönünden sahip oldukları hukuki durumdur. Bkz. Yener, *Vakıf Evladiyet Hukuku*, 11.

⁵⁵ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 06.02.2023, E. 2021/14680, K. 2023/416, “Raporda dava konusu Vakfın eski mütevellilerinden ...'nün vakıf evladı olmayan kişilere usulsüz galle ödemesi yaptığı gerekçesiyle 20.10.1948 tarihli karar ile azledildiği, davacıların üst soyunun da usulsüz galle ödemesi alan kişilerden olduğu kabul edilmiş ise de, belirtilen azil kararının Danıştay 5. Dairesinin 50/523-51/587 Sayılı kararı ile iptal edildiği dikkate alınmamıştır. Yine aynı raporda dosyaya kazandırılan Osmanlıca belgelerin tercümesinin yapıldığına dair bilgi bulunmadığı gibi, özellikle Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün 14.11.2019 tarihli yazısı ekinde belirtilen evraklar değerlendirilmemiş ve tartışılmamıştır.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023. Ayrıca bkz. Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 74.

⁵⁶ Benzer yönde bkz. Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 270.

⁵⁷ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 30.06.2015, E. 2015/8708, K. 2015/11525, “Davacı vekili dava dilekçesinde; davalı vakfın denetimi sonucu düzenlenen teftiş raporunu esas alarak; vakıf yöneticilerinin mevzuata aykırı davrandıkları, vakfa ait gayrimenkulleri rayiçlerinin çok altında kiraya vermek suretiyle vakıf kaynaklarını verimli bir şekilde kullanmayı basiretli bir idareci gibi hareket etmeyerek vakfı zarara uğrattıkları vb. iddiaları ileri sürülerek vakıf yöneticilerinin görevden alınmalarını istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasal gerektirici nedenlere ve özellikle kanıtların takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre sair temyiz itirazları yerinde değildir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi,

vakfın hayrat taşınmazlarını tahsis edildiği amaç doğrultusunda kullanılmayarak kiraya veren vakıf yöneticisi de bu bent gereğince görevinden alınabilecektir⁵⁸. Keza, vakıf yöneticisinin mülhak vakfın mallarını şahsi menfaatleri için kullanması veya vakfın parasını harcarken vakfın amacına ve bu amaca yönelik olarak vakfiyede öngörülen şartlara uymaması da bu bent gereğince görevden alınması sonucunu doğurabilecektir⁵⁹. Ancak bu gibi haller, aynı zamanda, ağır ihmal ve kasıtlı fiillerle vakfı zarara uğratmak kapsamına da girdiğinden vakıf yöneticisinin bir sonraki bent gereğince de görevden alınması talep edilebilir ve buna ek olarak kusurlu fiilleriyle vakfa verdiği zararlar sebebiyle tazminat sorumluluğu da söz konusu olur (VK m. 10/IV).

e. Ağır İhmal ve Kasıtlı Fiillerle Vakfı Zarara Uğratmak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II'de örnek kabilinden sayılan durumlardan üçüncüsü, vakıf yöneticisinin ağır ihmal ve kasıtlı fiillerle vakfı zarara uğratmasıdır (VK m. 10/II-c). Zira vakıf yöneticisinin eylem ve işlemleri, vakıf tüzel kişiliğinin iradesi kullanılarak yapıldığından, bu işlemler üçüncü kişiler ve özellikle vakıftan yararlananlar açısından vakıf tüzel kişiliği adına yapılmış kabul edilecek ve ilgili vakıf bundan sorumlu tutulacaktır⁶⁰. Ancak vakıf yöneticisinin bu

26.05.2015, E. 2015/6483, K. 2015/8705, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 17.11.2003, E. 2003/5301, K. 2003/8972, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.06.2015, E. 2015/6494, K. 2015/9303, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 270.

⁵⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 26.05.1998, E. 1998/3814, K. 1998/6091, "Vakıf yöneticileri, vakıf parasını harcarken vakfın amacına ve bu amaca yönelik olarak vakıfnamede öngörülen kurallara uymak durumundadırlar. Bu kurallara uyulmaması halinde, diğer bir deyimle vakıf parası, açıkça vakfın amacına uygun olmayan yerlerde harcadığı takdirde vakfın bu sebeple zarara uğratıldığı kabul edilmelidir. Çünkü; amaç dışında olan bu harcamalar yapılmasaydı vakfın amacına uygun harcamalar daha büyük meblağlarla yapılacak idi. Bu sebeple davalılar ilke olarak vakfın uğratıldığı bu zarardan sorumludurlar.", www.kazanci.com.tr, E.T. 14.10.2023. Vakfın malları üzerinde mülkiyet iddia edilmesi ve bu iddiaların yetkili mahkemeye tamamen veya kısmen reddedilmiş olması eVK m. 33/1-A ve mülga Tüzük m. 23/II-(a)'da müstakil bir görevden alma (azil) sebebi olarak düzenlenmişti. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 269-270.

⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191, "Bir özel hukuk tüzel kişisi olan vakfın örgütünde zorunlu organ yönetim kuruludur. (MK. m. 109). Yönetim organı, vakfın kuruluş senedinde yazılı amacını gerçekleştirmek için, her türlü yönetim işlerini görmek ve onu temsil etmekle görevlidir. Bu organ, vakfın

husustaki kişisel sorumluluğu saklı olup kanun koyucu tarafından kusur derecesinin ağırlığına göre çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır. Nitekim kanun koyucu, vakıf yöneticisinin ağır ihmal ve kast düzeyindeki kusurunu görevden alma yaptırımına (VK m. 10/II-c) bağlarken, her düzeydeki kusuru içinse özel bir tazminat sorumluluğu (VK m. 10/IV) öngörmüştür. Dolayısıyla ağır ihmal ve kasıtlı fiillerle mülhak vakfi zarara uğratan vakıf yöneticisi VK m. 10/II-c gereğince görevden alınabileceği gibi, sebep olduğu zararları da VK m. 10/IV gereğince tazminle yükümlüdür.

Vakıf yöneticisinin vakfi uğrattığı zarar, vakfın mal varlığında fiili bir azalmaya sebep olan (fiili zarar) veya gelecekte meydana gelebilecek muhtemel bir artışı önleyen (yoksun kalınan kâr) maddi bir zarar olabileceği gibi; vakfın itibarını veya saygınlığını zedeleyen manevi bir zarar da olabilir⁶¹. Ancak bu zararın vakıf yöneticisinin VK m. 10/II-c gereğince görevden alınması sonucunu doğurabilmesi için onun “ağır ihmal”⁶² veya “kast”⁶³ düzeyindeki kusurlu bir fiilinden meydana gelmesi şarttır.

Yargıtay, vakıf yöneticisinin vakıf senedi ve yürürlükteki mevzuata aykırı olarak ve hiçbir taahhüt olmadan üçüncü kişilere borç olarak

mal varlığını ve işlerini yönetirken, ihtimamla (özenle) ve sadakatle hareket etmek ve basiretli bir idareci gibi davranmakla yükümlüdür. Türk Medeni Kanununun 50. (eski 48.) maddesine göre, tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer tüm eylemleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar. Bu madde hükmü somut olaya uyarlandığında; Yönetimden uzaklaştırılması istenilen A.A.'nın, Nüfus Hizmetlerini Güçlendirme Vakfı'nın yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı dönem içinde, bu vakfın (yani vakıf tüzel kişiliğinin) iradesini kullanarak gerçekleştirdiği eylem ve işlemler vakıf tüzel kişiliğini ilzam ettiği (borç altına soktuğu) cihetle, bunlar esas itibarıyla vakıf tüzel kişiliğinin hukukunu ilgilendirecektir. Başka bir deyişle, adı geçen kişi davaya konu edilen (vakfi zarara uğraticı) eylem ve işlemleri, vakıf tüzel kişiliğinin iradesini kullanarak, (tüzel kişiliğin yönetim organının bir objesi olarak) yaptığından, üçüncü kişiler ve özellikle vakıftan yararlananlar açısından, bu eylem ve işlemler vakıf tüzel kişiliği tarafından yapılmış kabul edilecek, bundan vakıf sorumlu tutulacaktır. (Burada, adı geçen kişinin kişisel kusurundan dolayı kişisel sorumluluğunun saklı olduğu unutulmamalıdır) .”, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁶¹ Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 270-271.

⁶² Aynı şartlar altında bulunan her makul insanın alması gereken en basit tedbirin alınmamış olmasına borçlar hukuku öğretisinde “ağır ihmal” adı verilir. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 655.

⁶³ Hukuka aykırı sonucun zarar veren (fail) tarafından bilerek istenmesine borçlar hukuku öğretisinde “kast” adı verilir. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 649.

verdiği parayı vakfa maddi zarar veren fiili bir hareket olarak kabul etmiş ve bu hareketin ister bilgisizlikten ister ehliyetsizlikten isterse de kötü niyetten kaynaklansın yöneticinin görevden alınmasını gerektirdiğine karar vermiştir⁶⁴. Benzer şekilde, öğretilerde ifade edildiği üzere, vakfın mal varlığından bir suç örgütüne yardımda bulunduğu sabit olan yöneticinin ilgili vakıf bakımından hem maddi hem de manevi bir zarara sebep olduğu açıktır⁶⁵. Buradaki maddi zarar vakfın mal varlığındaki fiili azalma (fiili zarar) sebebiyle, manevi zarar ise bu yardımların toplumda infial uyandırması ve vakfın itibarını zedelemesi sebebiyle ortaya çıkar ve VK m. 10/II-c gereğince vakıf yöneticisinin görevden alınması sonucunu doğurur⁶⁶. Ayrıca, vakfın yönetici yardımcısının veya muhasebecisinin ağır ihmal ve kasıtlı fiilleriyle vakfı uğrattığı zararlar sebebiyle de vakıf yöneticisinin VK m. 10/II-c gereğince görevden alınması söz konusu olabilecektir⁶⁷.

Vakıf yöneticisinin VK m. 10/II-c gereğince görevden alınabilmesi için vakfı ağır ihmal veya kast düzeyinde zarara uğrattığına net olarak ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, vakıf yöneticisinin görevden alınabilmesi için dava konusu vakıf adına imzaladığı danışmanlık sözleşmesi nedeniyle vakfı ağır ihmal veya kast düzeyinde zarara uğrattığına net olarak ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır⁶⁸. Keza, başka bir

⁶⁴ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.03.1980, E. 1979/7720, K. 1980/2266, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁶⁵ Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 271.

⁶⁶ Hatta bu yardımların duyulması söz konusu vakfa yapılacak bağış ve yardımların da azalmasına yol açacağından burada dolaylı zararların varlığından da söz etmek mümkündür. Bkz. Doğan, *Vakıflarda Mal Varlığı*, 271.

⁶⁷ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 22.10.2001, E. 2001/7718, K. 2001/9199, "(...) ayrıca mahkemenin kararına esas aldığı bilirkişi raporunda da açıklanan vakıf muhasebecisi hakkında hizmet nedeni ile emniyeti suistimal suçundan dolayı açılan kamu davasının halen derdest olduğu, henüz sonuçlanmadığı ve bu davanın açılması için vakıf yöneticilerinin bizzat Cumhuriyet Savcılığına sanık için suç duyurusunda buldukları gözönüne alınarak vakıf yöneticilerinin muhasebecisinin işlem ve eylemleri sebebiyle vakfı ne şekilde zarara uğrattıkları açıkça belirlenmeden eksik inceleme ile davanın kabulü doğru görülmemiştir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 22.08.2023.

⁶⁸ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 14.12.2020, E. 2020/847, K. 2020/8188, "Buna göre, mahkemece cevap dilekçesinde dökümü bildirilen 275 adet taşınmazdan dolayı vakfın gelir elde edip etmediği, bu taşınmazlara ilişkin açılan dava bulunup bulunma-

kararında Yargıtay, vakfa ait paranın üçüncü bir kişi tarafından zimmete geçirilmesi suretiyle vakfın zarara uğratılması olayından vakıf yöneticilerinin haberdar olmadıkları ya da haberdar olmaları için herhangi bir neden bulunmadığının saptanması halinde böyle bir olaydan sorumlu tutulmayabileceklerini belirtmiştir⁶⁹.

Vakıf yöneticisinin “hafif ihmal”⁷⁰ veya “orta ihmal”⁷¹ düzeyindeki kusurlu bir fiili ise görevden alınmasını değil, salt tazminat sorumluluğunu doğuracaktır (VK m. 10/IV). Örneğin Yargıtay, bir başkası tarafından çıkartılan yangın sebebiyle mülhak vakıf zeytinliklerinin zarara uğraması ve yangının davalı mülhak vakıf yöneticisi tarafından davacı idareye bildirilmemesi hususunu vakfi zarara uğratan ağır ihmal ya da kasıtlı bir fiil olarak değerlendirmemiştir⁷². Keza, başka birçok kararında da Yargıtay, ileri sürülen hususların mahiyetleri itibarıyla fazla önem arz etmeyen hesap, iş ve işlemlere ilişkin olması,

dığı araştırılmadan, neticede davalı mütevellinin dava konusu vakıf adına imzaladığı 22.06.2010 tarihli danışmanlık sözleşmesi nedeniyle vakfın zarara uğratılıp uğratılmadığı net olarak ortaya konulmadan, davanın kabulü doğru olmamıştır. Buna göre mahkemece yapılacak iş, yukarıda belirtilen esaslar doğrultusunda rapor hazırlamak üzere Vakıflar hukuku alanında uzman yeni bir heyeti bilirkişi heyeti oluşturmak, alınacak rapor ile birlikte davalı mütevellinin davaya sebep 22.06.2010 tarihli sözleşmenin imzalanmasında ağır kast ve ihmalinin bulunup bulunmadığı hususları birlikte değerlendirmek, oluşacak sonucuna göre karar vermektir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 20.08.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 21.06.2022, E. 2022/2726, K. 2022/5951, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

⁶⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 15.12.1995, E. 1995/12061, K. 1995/12789, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023.

⁷⁰ Yalnızca dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemiş olmaması borçlar hukuku öğretisindeki “hafif ihmali” oluşturur. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 655.

⁷¹ Ağır ihmalle hafif ihmal arasındaki ihmale borçlar hukuku öğretisinde “orta ihmal” adı verilir. Bkz. Eren, *Borçlar Genel*, 655.

⁷² Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 20.06.2013, E. 2013/7529, K. 2013/10751, “Davacı, davalının mülhak vakıf mütevellisi olduğunu, yapılan teftiş ve Vakıflar Meclisinin kararıyla vakfi zarara uğrattığına karar verildiği belirtilerek 5737 Sayılı Kanunun 10/c maddesi uyarınca görevden alınmasını istemiştir. 5737 Sayılı Kanunun 10/c maddesinde “Ağır ihmal ve kasıtlı fiilleriyle vakfi zarara uğratan” vakıf yöneticilerinin görevden alınabileceği düzenlenmiştir. Dosya kapsamına göre bir başkası tarafından çıkartılan yangın sebebiyle vakıf zeytinliklerinin zarara uğraması ve yangının davalı tarafından davacı idareye bildirilmemesi hususu vakfi zarara uğratan ağır ihmal ya da kasıtlı fiil olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu sebeple yasal koşullar oluşmadığından davanın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiştir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 14.10.2023.

hataların telafisi için çaba gösterilmiş bulunması ve dava konusu eylemlerin kasta dayalı olmayıp, mazur görülebilir ihmallerden kaynaklanması karşısında vakıf yöneticisinin vakfı zarara uğratması sebebiyle görevden alınmasını uygun bulmamıştır⁷³.

f. Noksanlık ve Yanlışlıkları Verilen Süre İçerisinde Tamamlanamamak, Düzeltmemek veya Aykırı İşlemlere Devam Etmek

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II'de örnek kabilinden sayılan durumlardan dördüncüsü, vakıf yöneticisinin VGM'ce tespit edilen noksanlık ve yanlışlıkları verilen süre içerisinde tamamlanamaması, düzeltmemesi veya aykırı işlemlere devam etmesidir (VK m. 10/II-d). Bu görevden alma sebebine, VY m. 38/III gereğince, mülhak vakıf yöneticisinin usulünce düzenlemekle yükümlü olduğu beyanname ve bildirimlerdeki⁷⁴ eksiklikleri ve/veya yanlışlıkları VGM tarafından

⁷³ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 31.01.2000, E. 2000/224, K. 2000/1014, “Somut olayda davalıların, vakfa ait telefon görüşme bedellerini zamanında ödemediklerinden, üç milyon ceza ödenmesine neden oldukları, 1994, 1995 ve 1996 yıllarına ait teftiş denetim paylarını süresinde ödemedikleri, bir önceki teftiş döneminde yapılan uyarılara itibar etmedikleri ve belgesiz harcama yaparak vakfı zarara uğrattıkları ile sürülerek görevden uzaklaştırılmaları istenmiş ise de; bilirkişi raporundan anlaşılacağına göre, denetim payları geç de olsa yatırılmış, denetim raporunda tavsiye konusu edilen noksanlıkların giderilmiş, hatalı ödemelerden kaynaklanan ve cezai şart niteliğindeki paralar vakfa gelir kaydedilip bu işlere sebebiyet veren vakıf çalışanı görevden alınmıştır. İleri sürülen hususların mahiyetleri itibarıyla fazla önem arz etmeyen hesap, iş ve işlemlere ilişkin olması, hataların telafisi için çaba gösterilmiş bulunması dava konusu eylemlerin kasta dayalı olmayıp, mazur görülebilir ihmallerden kaynaklanması karşısında mahkemece davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 23.11.2004, E. 2004/7986, K. 2004/8618, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 27.09.2004, E. 2004/5231, K. 2004/6426, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 10.11.2003, E. 2003/7872, K. 2003/8722, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023; Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 17.03.2003, E. 2002/11882, K. 2003/1873, www.kazanci.com.tr, E.T. 15.10.2023.

⁷⁴ Mülhak vakıf yöneticisi tarafından verilmesi zorunlu olan ve Vakıflar Yönetmeliği ile VGM'nin 04.02.2020 tarihli Genelgesi'nde ayrıntıları açıklanan beyanname ve bildirimler şunlardır: “Yıllık Beyanname”, “Yurtdışından Yardım/Bağış Alma, Yurtdışına Yardım/Bağış Yapma Bildirimi”, “Taşınmaz Mal Bildirimi”, “İktisadi İşletme/Şirket Açma/Kapatma Bildirimi”, “İç Denetim Raporu”, “Mülhak Vakıflar Hesap Cetveli”, “Adres Değişikliği Bildirimi” ve “Mülhak Vakıf Evladı Değişiklik Bildirimi”.

kendisine tanınan otuz günlük süre içerisinde tamamlama ve/veya düzeltme yükümlülüğüne aykırı davranması örnek verilebilir. Ancak VK m. 11 gereğince bu yaptırımın idari para cezasına dönüştürüldüğü görülmektedir⁷⁵. Nitekim söz konusu hüküm gereğince, “Genel Müdürlükçe yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.”. Bu hükmün gerekçesinde “Madde ile; yürürlükteki mevzuata göre, vakıf yöneticilerinin bazı işlem ve fiilleri nedeniyle görevden alınmasını gerektiren yaptırım; idari para cezasına dönüştürülmüştür.” denilerek bu yaptırımın idari para cezasına dönüştürüldüğü açıkça dile getirilmiştir. Keza VY m. 38/II gereğince de “Vakıflarca, teslimi zorunlu olan beyanname ve bildirimlerin zamanında verilmemesi halinde Kanununun 11 inci maddesi gereğince idari para cezası uygulanır.” denilerek bu husus açıklanmıştır. Dolayısıyla ancak VGM’nin düzenli denetimleri neticesinde tespit ettiği diğer eksiklikleri ve/veya yanlışlıkları kendisine verilen süre içerisinde tamamlamayan, düzeltmeyen veya aykırı işlemlere devam eden mülhak vakıf yöneticisi hakkında VK m. 10/II-d uyarınca görevden alma yaptırımını uygulanabilecektir⁷⁶.

⁷⁵ Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 18.01.2011, E. 2010/11876, K. 2011/234, “Dava, Türk Medeni Yasası Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük’ün 23. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendine göre, müfettiş tarafından istenilen belge, kayıt ve defterleri göndermekten veya talep edilen bilgileri vermekten kaçınan vakıf idarecilerinin görevden alınmalarına ilişkin olup, dava açıldıktan sonra 27.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5737 Sayılı Vakıflar Yasası’nın 11. maddesi, genel müdürlükçe yapılan tebligata rağmen bu yasa uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen vakıf yönetimine her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idari para cezası verileceği, 10. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde ise 11. madde uyarınca iki defa idari para cezası alan vakıf yöneticilerinin mahkemece görevden alınabileceği hükme bağlanmıştır. Mahkemece yukarıda sözü edilen ve davanın devamı sırasında yürürlüğe giren 5737 Sayılı Vakıflar Yasasının 10. maddesi gereğince öncelikle görevden alınması istenilen vakıf yöneticileri hakkında idari işlem uygulanacağından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yöneticilerin görevden alınmalarına karar verilmesi doğru görülmemiştir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 14.10.2023.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.06.2015, E. 2015/6494, K. 2015/9303, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 10.11.2022, E. 2020/4905, K. 2022/9007, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2023.

g. Fiil Ehliyetini Kaybetmek veya Görevi Sürekli Olarak Yapmaya Engel Teşkil Edecek Hastalığa veya Maluliyete Yakalanmak

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10/II'de örnek kabilinden sayılan durumlardan beşincisi ve sonuncusu ise, vakıf yöneticisinin medeni hakları kullanma ehliyetini yani fiil ehliyetini kaybetmesi veya görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek bir hastalığa veya maluliyete yakalanması halidir (VK m. 10/II-e).

Vakıf yöneticisinin fiil ehliyetini kaybetmesi, esasen, VY m. 24 gereğince yöneticide bulunması gereken şartlardan birinin yokluğu anlamına gelir. Mahkeme kararı neticesinde kısıtlanması sonucunu doğuran fiil ehliyetsizliği durumunda artık vakıf yöneticisi – kural olarak – hukuki işlemlerinde kanuni temsilcisi (vasi) tarafından temsil edilecektir (TMK m. 448)⁷⁷. Bu durum ise mülhak vakfın iş ve işlemlerinin bizzat vakıf yöneticisi eliyle yürütülmesi gerektiği temel kabulüne aykırıdır. Dolayısıyla tam veya sınırlı düzeyde fiil ehliyetsizliği (TMK m. 14-16) ispatlanan vakıf yöneticisinin VK m. 10/II-e gereğince görevden alınması gerekir. Ancak bu durumda telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek bir hal söz konusu olduğundan, dava sonuçlanıncaya

⁷⁷ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 14.12.2020, E. 2020/847, K. 2020/8188, "Dava dilekçesinde; ... mütevellisi ...'nun, vakıf adına imzaladığı 22.06.2010 tarihli danışmanlık sözleşmesi nedeniyle, vakfı gereksiz yere yükümlülük altına soktuğu, ihmal ve basiretsiz işlemleri nedeniyle vakfı zarara uğrattığı açıklanarak, Vakıflar Kanunu 10. maddesi gereği vakıf yönetiminden azledilmesini istenmiş, davalı müteveli vekili davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın reddine dair verilen ilk karar; Dairemizce hükme esas alınan bilirkişi raporunda çelişkili ifadeler bulunduğu gerekçesiyle bozulmuş, Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama neticesinde davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı müteveli ... vekilince temyiz edilmiştir. TMK'nin 405. maddesine göre, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle işlerini göremeyen veya korunması ve bakımı için kendisine sürekli yardım gereken ya da başkalarının güvenliğini tehlikeye sokan her ergin kısıtlanır. Aynı Kanun'un 448. maddesine göre de, vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasi, vesayet altındaki kişiyi bütün hukukî işlemlerinde temsil eder. Re'sen UYAP ortamında temin edilen nüfus kayıtlarının incelenmesinden, azli istenen davalı ...'nun Karşıyaka 3. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2017/257-2018/604 sayılı, 12.06.2018 kesinleşme tarihli kararı ile kısıtlanmasına karar verildiğine anlaşıldığına göre, davalıya atanan vasi davaya dahil edildikten sonra yargılamaya devam edilmesi gerekirken, taraf teşkili sağlanmadan işin esası hakkında karar verilmesi doğru değildir.", www.kazanci.com.tr, E.T. 20.08.2023.

kadar Vakıflar Meclisi kararı üzerine VGM tarafından, ayırt etme gücünü kaybeden mülhak vakıf yöneticisinin geçici olarak görevden uzaklaştırılması ve mülhak vakfın kayyımca yönetilmesi ihtiyati tedbir olarak mahkemeden talep edilmelidir (VK m. 10/II).

Vakıf yöneticisinin görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanma haline ise kanser olması sebebiyle kemoterapi tedavisi sürecine girmesini veya geçirdiği bir trafik kazası neticesinde felç olması sebebiyle görevini fiilen sürekli olarak yapamamasını örnek göstermek mümkündür. Görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edebilecek bu gibi durumlar dışında vakıf yöneticisinin yalnızca hastalığı veya yaşlılığı sebep gösterilerek mahkemece görevden alınması ise uygun değildir⁷⁸.

2. Usule İlişkin Şartlar

a. Meclisin Vereceği Karara Dayalı Olarak Denetim Makamının Başvurusu

Mülhak vakıf yöneticilerinin görevden alınabilmesi için, öncelikle, denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bu hususta mahkemeye başvurması gerekir (VK m. 10/II)⁷⁹. Mülhak vakıflarda galle fazlasına müstahak vakıf evlatlarına veya ilgililere, yeni vakıflarda ise vakfın yönetim organındaki diğer yöneticilere veya seçimlik organlarına bu hususta dava açma sıfatı tanınmamıştır. Ancak vakıf yöneticisinin görevden alınması hususunda, menfaati bulunsun ya da bulunmasın herkesin, VK m. 10'a göre hareket etmesi yönünde VGM'ye başvurması mümkündür⁸⁰.

⁷⁸ Vakıflar Meclisi'nin 23.08.2011 tarihli ve 313/521 sayılı kararı ile Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yürürlüğe konulan "*Temsilen Yönetilen Mülhak Vakıflara İlişkin Usul ve Esaslar*" adlı talimatın 2. maddesinde 07.03.2016 tarihinde yapılan değişiklikle mülhak vakıflarda "*Adına Temsilen Yönetim*" adlı bir uygulamaya geçilmiştir. Bu uygulamaya göre, mülhak vakıf yöneticisinin sağlık veya herhangi bir sebeple vakfı yönetemeyecek olduğunun tespit edilmesi veya ilgili mülhak vakıf yöneticisi tarafından talep edilmesi durumunda söz konusu mülhak vakıf geçici olarak Genel Müdürlükçe yönetilecektir. Bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/mevzuat/temsilenyonetilen-mulhak-vakiflara-iliskin-usul-ve-esaslar-yeni.pdf>, E.T. 20.10.2023.

⁷⁹ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 24.09.1998, E. 1998/7296, K. 1998/9563, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.10.2023.

⁸⁰ İkizler ve Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar*, 218. Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 12.05.2015, E. 2014/17488, K. 2015/8037, "(...) her ne kadar davacı men-

Denetim makamının mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması hususunda mahkemeye başvurabilmesinin ön şartı, en üst seviyedeki karar organı olan, Vakıflar Meclisi'nden bu yönde bir idari karar almasıdır (VK m. 10/II)⁸¹. Nitekim ilgili vakıf yöneticisinin görevden alınmasına dair bir Meclis kararının bulunmaması ya da Meclis'in bu talebi uygun bulmaması Yargıtay açısından bir bozma sebebidir⁸². Bununla birlikte mahkeme, Meclis'in vereceği uygunluk kararıyla bağlı değildir; hâkim kendisi kanundaki sebeplerin mevcut olup olmadığını tespit ederek vakıf yöneticisinin görevden alınıp alınamayacağına yönelik etraflıca bir inceleme yapmalı ve sonucunda bağımsız bir karar vermelidir.

b. Mahkemenin Görevden Alma (Azıl) Kararı Vermesi

Mülhak vakıf yöneticilerinin görevden alınması, 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu'ndan farklı olarak, belli bir prosedür çerçevesinde alınan bir mahkeme kararı neticesinde gerçekleştirilir. Nitekim vakıf yöneticileri, VK m. 10/II gereğince, *“Meclisin vereceği karara dayalı olarak Denetim Makamının başvurusu üzerine vakfın yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesince görevlerinden alınabilir.”* Gerekçesinde de ifade edildiği üzere bu hüküm ile önceden idari bir karar neticesinde

subu bulunduğu ...Vakfi'na ait taşınmazın gerçek değerinin altında satılarak Vakfın zarara uğratıldığı iddiasıyla Vakıf yöneticilerinin görevden alınmasını ve tazminat talep etmişse de davacının Vakfi temsil yetkisi bulunmadığı, bu sebeple Vakıf adına zarara uğratıldığı gerekçesiyle tazminat davası açma sıfatının bulunmadığı, bu iddiasını Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bildirmesi ve zarar oluşmuşsa Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Vakıf yöneticilerinin görevden alınmaları ve tazminat talebiyle dava açılabilmesi anlaşılmakla davanın sıfat yokluğu sebebiyle H.M.K.nun 114/1-d ve 115/2. maddeleri uyarınca reddine karar vermek gerekmiştir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.10.2023.

⁸¹ Bu yetkinin VGM içerisinde başka bir organa veya kişiye (örneğin genel müdüre) devri veya bunlar tarafından kullanılması ise mümkün değildir. Bkz. İkişler ve Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar*, 218.

⁸² Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 05.11.2018, E. 2017/14665, K. 2018/18159, *“Dava konusu vakıf, (...) yani “mülhak vakıf” olup dava konusu vakfın mütevellisinin (yöneticisi) aynı zamanda davalı olan ... olduğu ve görevine devam ettiği, nitekim davaya dayanak yapılan işlemler için mütevellinin görevden alınması talep edilmiş olup Vakıflar Meclisinin 16.08.2012 gün ve 501 Sayılı kararı ile talebin uygun bulunmadığına karar verilmiş, (...)”*, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 31.12.2014, E. 2014/2339, K. 2014/1125, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2023; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.05.2014, E. 2013/18-1289, K. 2014/677, www.kazanci.com.tr, E.T. 13.10.2023.

görevlerinden alınan mülhak ve cemaat vakfı yöneticileri de dahil olmak üzere vakıf yöneticilerinin görevden alınma ve uzaklaştırılmaları yetkisi bağımsız mahkemelere verilmiştir⁸³.

Mülhak vakıf yöneticilerinin görevden alınması hususunda özel ve kesin yetkili mahkeme, VK m. 10/II gereğince, mülhak vakfın yerleşim yeri (kurulduğu yer) asliye hukuk mahkemesidir⁸⁴. Dava sonuçlanana kadar görevden alınması istenen mülhak vakıf yöneticisinin görevde kalması telafisi imkânsız sonuçlar doğurabilecek bir nitelikteyse mahkeme, VK m. 10/II uyarınca, Meclis kararı ve VGM'nin başvurusu üzerine ihtiyati tedbir olarak ilgili yöneticinin geçici olarak görevden uzaklaştırılması ve mülhak vakfın kayıymca yönetilmesine de karar verebilir⁸⁵. Ayrıca VK m. 10'un son fıkrasında "*Vakıf yöneticileri mahkeme kararı olmaksızın görevlerinden uzaklaştırılamazlar.*" denilerek geçici olarak görevden uzaklaştırma yetkisinin de mahkemeye ait olduğu özellikle vurgulanmıştır. Bu hükmün ayrı bir fıkra şeklinde

⁸³ 2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu döneminde ise vakıf yöneticilerinin (mütevellilerin) görevden alınması (azli) idari bir karar neticesinde gerçekleştirilmekte ve bu sebeple bu kararlar idari yargıda iptal davasına konu olmaktadır. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 06.02.2023, E. 2021/14680, K. 2023/416, www.kazanci.com.tr, E.T. 18.08.2023. Ancak mülga Kanun döneminde bu uygulama, öğretilde, idari olmaktan ziyade medeni hakka ilişkin olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve kanun koyucunun mülhak vakıfları VGM'nin vesayet denetimine tabi kılmasına bir işaret olarak gösterilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyıldız, "Devlet Denetimi", 82-83. Ayrıca bkz. Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 127, dn. 1.

⁸⁴ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 17.12.2018, E. 2017/8780, K. 2018/20249, "*Dosyada bulunan velar Genel Müdürlüğü'nden gelen belgelerde dava konusu mülhak yerleşim yeri konusunda vakfiyede bir açıklık mevcut olmamasına rağmen, vakfiye Halep ili ... Kazası Mahkeme-i Şeriyeye'de tescil edilmiş olup, akarlarının tamamına yakını ... İlçesindedir. Ayrıca adresinin de ... ilçesinde bulunduğu anlaşılmaktadır. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesi gereği yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması dava şartı olup, dava şartlarının 115.madde gereği yargılamanın her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekir. Yine aynı Kanununun 19. maddesi gereği yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durumda mahkemece, yöneticinin görevden alınması davasında merkezi (kurulu olduğu yer) ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yetkili olması sebebi ile yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilip hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*", www.kazanci.com.tr, E.T. 07.10.2023. Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 17.04.2014, E. 2013/20380, K. 2014/7213, www.kazanci.com.tr, E.T. 18.08.2023; Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 20.06.2016, E. 2016/2554, K. 2016/7253, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

⁸⁵ Bu yönde bir karar için bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 02.03.2023, E. 2021/17031, K. 2023/1180, www.kazanci.com.tr, E.T. 18.10.2023.

düzenlenmesinin sebebi, yeni vakıflara ilişkin mülga Tüzük m. 23'e eklenen ve sonradan Danıştay kararıyla iptal edilen son fıkra gereğince⁸⁶, önceden bu yetkinin denetim makamına (VGM'ye) ait olmasıdır. Böylece, VK m. 10/II ve V hükümlerinin yürürlüğüyle birlikte, bir taraftan denetim makamının vakıf yöneticileri hakkında geçici olarak görevden uzaklaştırma kararı vermesine engel olunmuş; diğer taraftan da bu makamın vesayet makamı gibi hareket etmesinin önüne geçilerek tüm vakıfların mahkeme kararıyla belirlenecek kayyım tarafından geçici olarak yönetilmesi sağlanmıştır⁸⁷.

D. Davanın Hukuki Sonuçları

1. Görevden Alınan Mülhak Vakıf Yöneticisi Açısından Sonuçları

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınmasına yönelik mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren vakıf yöneticiliği sıfatı ve buna bağlı tüm yetkiler ortadan kalkar. Bunun yanı sıra, görevden alma sebeplerinin ağırlığını da göz önünde bulunduran kanun koyucu, VK m. 10/III hükmüyle görevlerinden alınan tüm vakıf yöneticileri açısından birtakım hukuki sonuçlar düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince, görevlerinden alınan vakıf yöneticileri, Vakıflar Meclisi üyesi olamayacakları gibi beş yıl süreyle aynı vakfın yönetim ve denetim organında da görev alamazlar. Buna ek olarak kanun koyucu, VK m. 10/II'nin (c) ve (e) bentlerine istinaden görevden alınan vakıf yöneti-

⁸⁶ Mülga Tüzük m. 23'e 13.08.1991 tarihinde 91/2159 Bakanlar Kurulu kararıyla eklenen son fıkra şu şekildeydi: "*Vakfi zarara sokan hareketleri soruşturma raporuyla saptanan vakıf yöneticilerinin görevde kalmalarının yeni zararlar doğuracağı kanısına varılırsa, Vakıflar Genel Müdürlüğüne görevden alınmaları için mahkemeye başvurulmakla birlikte, bunlar mahkeme kararına kadar geçici olarak görevden uzaklaştırılabilir.*". Mahkeme kararı gerekmesizin denetim makamına yeni vakıf yöneticileri hakkında görevden uzaklaştırma yetkisi veren bu hüküm, Danıştay'ın 15.12.1995 tarihli ve 1994/45 esas, 1995/1005 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. İptal edilen bu hükme dair eleştiriler için bkz. Mehmet Özgür Avcı, *Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006), 103. Diğer taraftan, mülga Vakıflar Kanunu çerçevesinde mülhak ve cemaat vakfı yöneticilerinin görevden alınması zaten denetim makamının idari bir kararı neticesinde gerçekleştiğinden, eVK m. 33 vd. hükümlerinde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁸⁷ Avcı, "Görevden Alınma", 197-198.

cileri açısından, daha ağır bir hukuki sonuç öngörmüştür. Buna göre, “ağır ihmal ve kasıtlı fiilleriyle vakfı zarara uğratan” ve “medeni hakları kullanma ehliyetini kaybeden veya görevini sürekli olarak yapmasına engel teşkil edecek hastalığa veya maluliyete yakalanan” ve bu sebeple görevlerinden alınan vakıf yöneticileri, başka bir vakfın yöneticisi ise o görevinden de alınmış sayılır ve beş yıl süreyle hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamazlar.

2762 sayılı mülga Vakıflar Kanunu’nda görevden alma (azil) kararı, hukuki sonuçları itibariyle, idari kararlar görevlerinden alınan mülhak ve cemaat vakfı yöneticileri açısından daha ağır bir hukuki yaptırım olarak tebarüz etmekteydi. Nitekim eVK m. 34’te, tüm görevden alma sebepleri için geçerli olmak üzere, “Azli katileşen mütevellî başka bir vakfın da mütevellisi ise ondan da azledilmiş sayılacağı gibi bir daha mütevellî de olamaz.” hükmü mevcuttu. Keza yeni vakıflar için mülga Tüzük m. 24’te de “Görevden alınan vakıf yöneticileri, bir daha hiçbir vakfın yönetiminde görev alamazlar.” hükmü mevcuttu. Bu hükümlerdeki bir daha hiçbir vakfın yöneticisi olamama yaptırımı, öğretide, bir çeşit kısıtlama anlamına geldiği ve şahsiyete yönelik büyük bir darbe teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁸⁸. Hatta bu yaptırım, öğreti ve Yargıtay tarafından, “hukuki bir ceza” olarak nitelendirilmekteydi⁸⁹. Öyle ki eski bir kararında Yargıtay, Medeni Kanun’un kabulünden önceki Türk hukukuna atıfta bulunarak, eski hukuka göre görevden alınan vakıf yöneticilerinin uzun müddet geçip de hallerini düzelttiklerine kanaat getirilirse tekrardan vakıf yöneticisi (mütevelli) tayin edilebilmelerine karşılık eVK m. 34 ile bu yolun kapatıldığını vurgulamıştır⁹⁰.

⁸⁸ Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 126; Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 77.

⁸⁹ Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 127; Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 82; Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.03.1980, E. 1979/7720, K. 1980/2266, “İş bu uzaklaştırma, hukuki bir ceza olduğundan, vakıf yöneticileri kendiliklerinden veya seçilememek suretiyle işten ayrılırlar dahi hükmedilmek gerekir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁹⁰ Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, 11.03.1980, E. 1979/7720, K. 1980/2266, “Eski vakıflarda, azledilen mütevelli uzun müddet geçipte ıslahı hal ettiği anlaşılırsa tekrar mütevelli tayin olunabilirdi. Ancak 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 34. maddesi ile azli kesinleşen mütevellinin bir daha mütevelli olamayacağı hükmü konulmuştur.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğüyle birlikte ise görevden alma kararının vakıf yöneticileri açısından hukuki sonuçları, mülga Vakıflar Kanunu ve mülga Tüzük'e yöneltilen eleştiriler doğrultusunda, zaman itibarıyla sınırlanmış ve yer alınamayacak organ açısından ise genişletilmiştir⁹¹. Nitekim VK m. 10/II'nin (a), (b) ve (d) bentlerine istinaden görevlerinden alınan tüm vakıf yöneticilerinin beş yıllık süreyle sınırlı olarak sadece aynı vakfın hem yönetim hem de denetim organında görev almaları yasaklanmıştır. Dolayısıyla söz konusu bentlere istinaden görevlerinden alınan yöneticilerin başka bir vakfın yönetim ve denetim organında, herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın, görev alabilmeleri veya bu görevlerine devam edebilmeleri mümkündür. Buna karşılık VK m. 10/II'nin (c) ve (e) bentlerine istinaden görevlerinden alınan yöneticiler ise, beş yıllık süreyle sınırlı olmak üzere hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamayacakları gibi, başka bir vakfın yöneticisi iseler o görevlerinden de alınmış sayılacaklardır. Bu hükümlerdeki beş yıllık sürenin başlangıcı hususunda kanunda bir açıklık bulunmamakla beraber, öğretilerde ifade edildiği üzere, bu sürenin mahkemenin verdiği görevden alma (azil) kararının kesinleşmesinden itibaren başlayacağını söylemek mümkündür⁹².

Kanaatimizce, olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından, görevden alma sebepleri arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin görevlerinden alınan tüm vakıf yöneticilerinin beş yıllık süreyle sınırlı olmak üzere tüm vakıfların yönetim ve denetim organlarında görev almaları yasaklanmalıdır. Bu görüşümüz doğrultusunda eVK m.

⁹¹ Mülhak ve cemaat vakfı yöneticileri hakkında eVK m. 34 hükmünde olduğu gibi yeni vakıflar hakkında ise mülga Tüzük m. 24'te "Görevden alınan vakıf yöneticileri, bir daha hiçbir vakfın yönetiminde görev alamazlar." hükmü mevcuttu. Ancak mülga Tüzük m. 24'teki bu cümle, VK m. 10 hükmünün yürürlüğünden önce, 02.10.2001 tarihinde Danıştay 10. Dairesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Bkz. Danıştay 10. Dairesi, 02.10.2001, E. 1999/755, K. 2001/3329, "Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün 24. maddesi son cümlesindeki "Vakıf yöneticileri bir daha hiçbir vakfın yönetiminde görev alamaz" hükmü, Tüzüğü'nün dayanağı Medeni Yasada bu yönde bir düzenleme bulunmama karşısında tüzüklerin üst hukuk kurallarına uygun olmasının zorunlu olduğu yolundaki Anayasa hükmüne ve genel hukuk prensibine aykırıdır.", www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023. Ayrıca bkz. Avcı, "Görevden Alınma", 198-201.

⁹² Avcı, "Görevden Alınma", 201.

34'teki düzenlemenin bu açıdan daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira, öğretilerde de ifade edildiği üzere, vakıf yöneticiliği görevinden alınan kişi güvenilirlik sıfatını kaybettiğinden bu şahsı sadece bir vakfa karşı güvenilmez kabul etmek, diğer vakıflara karşı ise güvenilir kabul etmek çelişkili bir hukuki sonuç doğurmaktadır⁹³.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile getirilen ve mülga 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nda mevcut olmayan bir hukuki sonuç olarak görevlerinden alınan tüm vakıf yöneticilerinin Vakıflar Meclisi üyesi olmaları da yasaklanmıştır (VK m. 10/III). Bu kapsamda, VY m. 97'de, Meclis üyeliğine seçilme şartları içerisinde "*Kesinleşmiş mahkeme kararıyla vakıf yöneticiliği görevinden alınmış olmamak*" şartı getirilmiştir. Bu aslında isabetli bir yeniliktir. Aksi halde, görevlerinden alınan vakıf yöneticilerinin tüm vakıflar üzerinde denetim yetkisini haiz olan VGM'nin en üst düzeydeki karar organında görev alabilmeleri de çelişkili bir durum oluşturacaktır.

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınmasına ilişkin mahkeme kararının verilmesinde kamu yararı olup bu davanın hukuki sonuçları geleceğe etkilidir⁹⁴. Bu sebeple bu kararın verilmesinde yöneticinin görevine fiilen devam edip etmemesinin bir önemi yoktur⁹⁵. Nitekim vakıf yöneticiliği görevi herhangi bir sebeple sona ermişse artık yöneticinin görevden alınmasını talep etmekte bir hukuki yarar bulunmakla birlikte bu durum, Yargıtay'ın da belirttiği üzere, görevden alma kararının vakıf yöneticisi açısından hukuki sonuçları hakkında hüküm kurmaya engel teşkil etmez⁹⁶. Zira ileriye etkili hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik bu davanın açıldığı tarihte vakıf yöneticisinin

⁹³ Berki, *Vakıflar İkinci Kitap*, 127; Akyıldız, "Devlet Denetimi", 82.

⁹⁴ Akyıldız, "Devlet Denetimi", 80.

⁹⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁹⁶ Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 17.05.2022, E. 2021/17527, K. 2022/4659, "*Eldeki davada, dava tarihinden önce istifa eden Vakfın yöneticilerinden davalı ...'ın görevinin istifa ile sona erdiği, yani dava tarihi itibarı ile Vakıftaki görevi sona ermiş olduğundan bu hususta mahkemedeki görevden alınmasını istemekte davacı yanın hukuki yararının mevcut olmadığı, ancak görevden alınma için ileri sürülen sebeplerin varlığının sabit olması durumunda Vakıflar Kanunu'nun 10/4. maddesi kapsamında yöneticilerin aynı veya başka bir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamayacakları yönünde hüküm kurmaya engel olmadığı anlaşılmaktadır.*", www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

fiilen görevden uzaklaşmış olması, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da isabetle belirttiği üzere, bu davada verilecek kararın vakıf tüzel kişiliğinin hak ve hukukunu etkileme ihtimalini bertaraf etmez⁹⁷. Dolayısıyla vakıf yöneticisinin, ölüm hali hariç olmak üzere, istifa, vakfın kapatılması⁹⁸ gibi bir sebeple görevi sona ermiş ancak görevden alma sebeplerinden birinin varlığı sabitse, görevden alma kararının vakıf yöneticisi açısından hukuki sonuçlarına yine de hükmedilebilmesi gerekir (VK m. 10/III)⁹⁹.

2. Mülhak Vakıf Tüzel Kişiliği Açısından Özel Sonuçları

Vakıf yöneticisinin görevden alınmasının mülhak vakıf tüzel kişiliği açısından en önemli hukuki sonucu, görevden alınan mülhak vakıf yöneticisinin temsil ve yönetim yetkisinin sona ermesi ve artık bu yetkinin geçici olarak (yeni bir yönetici atanıncaya kadar) VGM'ye geçmesidir¹⁰⁰. Nitekim VK m. 6/II gereğince "(...) boş kalan yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür.". Mülhak vakfın bizzat vakıf yöneticisi eliyle yönetilmesi ve temsil edilmesi esas olduğundan yöneticisiz kalan mülhak vakfın faaliyet yapamayacağı ve atıl kalacağı açıktır. Bu nedenle kanun koyucu, vakıf yöneticiliği görevini sona erdiren diğer hallerde olduğu gibi, mahkeme verilen görevden alma kararının kesinleşmesi neticesinde ilgili mülhak vakfın iş ve işlemlerinin yeni bir yönetici atanıncaya kadar VK m. 6/II gereğince temsilen yönetileceğini öngörmüştür.

⁹⁷ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2003, E. 2003/18-173, K. 2003/191, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023.

⁹⁸ Yargıtay, vakfın kapatılmasıyla (mahkeme kararıyla sona erdirilmesiyle/ dağıtılmasıyla) vakıf yöneticiliği görevinin sona ermesi halinde dahi görevden alma kararı verilmesi talebi konusuz kalsa bile, bunun vakıf yöneticilerinin aynı veya başka bir vakfın yönetim ve denetim organında görev alamayacakları hususunun (hak yoksunluğunun) belirlenmesi bakımından karar verilmesine engel olmayacağını ifade etmiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 29.06.2021, E. 2019/3280, K. 2021/5603, www.kazanci.com.tr, E.T. 19.08.2023; Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 21.11.2022, E. 2021/517, K. 2022/9153, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

⁹⁹ Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 02.06.2015, E. 2015/6494, K. 2015/9303, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.10.2023.

¹⁰⁰ Akyıldız, "Devlet Denetimi", 81.

Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsilen yönetilen mülhak vakıfların iş ve işlemlerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi amacıyla, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 6. maddesi ile Vakıflar Yönetmeliği'nin 23. maddesine dayanılarak, Vakıflar Meclisi'nin 23.08.2011 tarihli ve 313/521 sayılı kararı ile onaylanan ve 07.03.2016 tarih ve 90/79 sayılı kararıyla revize edilen "*Temsilen Yönetilen Mülhak Vakıflara İlişkin Usul ve Esaslar*" adıyla bir talimat yürürlüğe konulmuştur¹⁰¹. Bu talimatın 3. maddesi gereğince temsilen yönetilen mülhak vakıfların tüm iş ve işlemleri, merkezde Vakıf Hizmetleri Daire Başkanlığı ile taşrada Bölge Müdürlüğü Vakıf Hizmetleri Şube Müdürlüğüne ve ilgili diğer birimlerce koordine edilerek yerine getirilir. Bu hizmetin karşılığında, VK m. 34 gereğince, temsilen yönetilen mülhak vakıfların yıllık gayrisafi gelirlerinin (gallesinin) yüzde yirmisi "*yönetim ve temsil masrafı*" adı altında VGM bütçesine gelir kaydedilir. Ancak temsilen yönetilen mülhak vakıflardan ayrıca bir "*tevlîyet ücreti*"¹⁰² kesilmez (VY m. 54/IV).

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınmasına yönelik mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren ilgili mülhak vakıf azami on seneye kadar, yukarıda sözü edilen talimat çerçevesinde, denetim makamı (VGM) tarafından temsilen yönetilir (VK m. 6/II). Bu süre boyunca, tevlîyete ehil vakıf evladı olduğu mahkeme kararıyla tespit edilenlerden başvuru olması halinde, ilgili mülhak vakfa yeni bir yöneticinin tayin edilebilmesi mümkündür¹⁰³. Bu sürenin sonunda yeni

¹⁰¹ İlgili Talimat için bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/mevzuat/temsilen-yonetilen-mulhak-vakiflara-iliskin-usul-ve-esaslar-yeni.pdf>, E.T. 20.10.2023.

¹⁰² Mülhak vakıf yöneticileri çalışmamızda incelenen temel görev ve yetkilerini kısmen gönüllü yürütmekle beraber büyük çoğunluğu tevlîyet görevini yürüttükleri süre içerisinde klasik terminolojide "*vazife*" ya da "*vazife-i tevlîyet*" adı verilen bir tevlîyet ücreti almaktadır. Bu ücret genellikle vakfeden tarafından vakfiyede şart ve tayin edilmekle birlikte belirlenmemişse hâkim tarafından takdir edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. İkizler ve Kurban, *Eski ve Yeni Vakıflar*, 68-69; Berki, *Vakıflar*, 207; Avcı, *Türk Hukuk Tarihi*, 381; Cin ve Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 474; Akman, *Eski Vakıflar Hukuku*, 160 vd.; Özkaya, *Eski Vakıf Hukuku*, 194; Yılmaz, *Eski Vakıflar*, 70.

¹⁰³ Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsilen yönetilen mülhak vakfa yönetici atanabilmesi için öncelikle tevlîyete ehil vakıf evladı olduğuna dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile VGM'ye başvurulmalıdır. Vakfiyedeki şartları haiz olduğu iddiasında olan vakfedenin soyundan gelen kişiler, mülhak vakıf yöneticiliği görevi görevden alma (azil) kararı veya diğer herhangi bir sebeple boşalmadan da bu davayı açabileceklerdir. Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, 29.4.2014, E. 2014/309, K. 2014/7941, "*Tevlîyete ehil vakıf evladı olduğunun tespitine karar verilebilmesi için*

bir yöneticinin atanamaması veya süreyle bağlı olmaksızın vakfedenin soyundan gelenlerin tükenmesi durumunda ise ilgili mülhak vakıf VK m. 7/I gereğince mahkeme kararıyla mazbut vakıflar arasına alınır. Uygulamada “mazbutiyet” veya “mazbutaya alınma/ayrılma” adı verilen bu karar, hukuki sonucu itibarıyla, mülhak vakıf tüzel kişiliğini süresiz olarak sona erdirir ve mazbut vakıf hukuki statüsüne dönüştürür¹⁰⁴. Böylece, mazbutaya alınan mülhak vakıf, bütün iş ve işlemlerinde artık sürekli bir şekilde VGM’ce yönetilir ve temsil edilir. Dolayısıyla mülhak vakıf hakkında mahkemece verilen mazbutiyet kararının kesinleşmesi neticesinde artık bu vakfa bir daha vakıf yöneticisi atanabilmesi mümkün değildir (VK m. 7/II). Bununla birlikte, VK m. 7/III ve 75 gereğince, mazbutaya alınmış mülhak vakıflarda da ilgililerin intifa hakları (galle fazlası, sükna hakkı, vazife karşılığı bırakılmamış ücret, maaş vs.) saklıdır¹⁰⁵. Nihayetinde mülhak vakıf yöneticisinin

öncelikle vakfeden ile soybağının ispatlanması, sonra da vakfiyede öngörülen şartların gerçekleşmesi gerekir. Tevliyyete ehil vakıf evladı olduğunun tespiti mahkemeye 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 6. maddesi gereğince göreve atama Vakıflar Meclisi'ne ait olduğundan halen tevliyyetin dolu olması böyle bir dava açılmasına engel değildir. Zira davacıların bu şekilde bir tespit kararı almaları halinde doğrudan doğruya vakıfyönetimine geçemeyecekleri ancak tevliyyetin ölüm, azil, istifa vs. gibi nedenlerden boşalması halinde derhal Vakıflar Genel Müdürlüğüne başvurabilecekleri böylelikle emek ve zamandan tasarrufu sebebiyle önceden böyle bir davayı açmalarında hukuki yararları bulunmaktadır. Bir başka açıdan da bu hallerde mülhak vakfın uzun süre emaneten yönetilmesini önleyebileceklerdir.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 09.04.2023. VGM kendisine intikal eden ilk yöneticilik başvurusundan itibaren diğer evlatların haberdar edilebilmesi için 04.02.2020 tarihli Genelgesi'nde belirtilen usulle ilgili mülhak vakfa yönetici atanacağını ve atanmak isteyen vakıf evlatlarının yapması gerekenleri web sitesinde yapacağı bir duyuru ile ilan etmektedir. İlgili Genelge için bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/04022020e17675-2020-19-va.pdf>, E.T.: 13.09.2023.

- ¹⁰⁴ Mazbut vakıflar ile VGM arasındaki ilişkiyi, öğretide Hatemi'nin savunduğu üzere, “*sui generis bir özel hukuk vesayeti*” olarak nitelendirmek mümkündür. Bkz. Hüseyin Hatemi, “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LV/4, (1997): 121. Bununla birlikte kendine özgü (sui generis) olarak ifade edilen bu vesayet ilişkisi, yakın tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında da dile getirildiği üzere, mazbut vakıfların hukuki statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi özel hukuk tüzel kişiliği sıfatlarını da engellemez (VK m. 4). Bkz. AYM, 20.10.2022, 2018/14186, RG., 28.12.2022, S. 32057.
- ¹⁰⁵ Bkz. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, 10.05.2022, E. 2021/2702, K. 2022/4373, “*Dava konusu Esbak Maliye Nazırı ... Vakfı ... 08.12.1966 tarihli, 391-374 Sayılı kararı ile mazbutaya alınmıştır. 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun 31/2. fıkrası gereğince mazbut vakıfların her birinin gelir ve giderleri ayrı ayrı takip edilir. Yine aynı Kanun'un 75. maddesine göre; galle fazlası dışında bir hak, ücret, maaş, tahsisat vs. bırakılmış ise, bu durumda bunu almaya hak kazanan vakıf evlatlarına bu ödemeler yine vakfiye hükümleri çerçevesinde yapılabilecektir. Böylece mazbutaya alınmış*

görevden alınması davası, hukuki sonuçları açısından bakıldığında, mülhak vakfın mazbut vakıflar arasına alınması sürecinin de bir başlangıcı olarak kabul edilebilir¹⁰⁶.

SONUÇ

Bir eski vakıf türü olarak mülhak vakıf, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 3 gereğince, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıftır. Mülhak vakıflarda amaç, zürri (ailevi), hayri (toplumsal) veya yarı zürri (karma) nitelikte olabilir. Uygulamada en çok karşılaşılan mülhak vakıf türü, zürri niteliği ağırlıkta

vakıflar için bile vakıf evlatlarının vakfiye hükümlerine göre bırakılan her türlü intifa hakları (galle, maaş, tahsisat vs.) korunma altına alınmıştır. 6111 Sayılı Kanun ile değişik 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine getirilen düzenlemelere göre mazbut vakıflara ait her türlü intifa hakkının (galle fazlası, vazife karşılığı bırakılmamış ücret, maaş vs. dâhil) ödenmesi sırasında bu hakkın kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmemiş galle alacağı talep edebilecek ve vakfın son beş yıldaki mal varlığı dikkate alınacaktır.”, www.kazanci.com.tr, E.T. 09.06.2023.

¹⁰⁶ Akyıldız, “Devlet Denetimi”, 81. Mahkemece verilecek mazbutiyet kararı mülhak vakıflara özgü bir usuldür (VK m. 7/1). Yeni vakıflarda yönetimin herhangi bir sebeple boşalması durumunda, vakıf senesinde aksine bir düzenleme yoksa, mahkeme yeni bir yönetici seçilmekte ve atanmaktadır (TMK m. 112/II). Ancak yeni vakıflara özgü bu usulün mülhak vakıflara uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira, mülhak vakıf yöneticisini mahkemenin seçmesi, mülhak vakfın mahiyetine ve vakfedenin amacına açıkça aykırıdır (VK m. 3). Bu sebeple yöneticisiz kalan veya yönetim organı oluşturamayan mülhak vakıflarda yönetim ve temsilin mazbutiyet kararları ile VGM'ye devrolunmasının hukuki bir zorunluluktan kaynaklandığı görülmektedir. Nitekim VGM'nin 04.02.2020 tarihli Genelgesi'nde temsilen yönetilen mülhak vakıflar hakkında mazbutaya alma davası açılmadan önce incelenmesi gereken hususlar maddeler halinde sayılmış, ancak bu incelemelerin herhangi bir sonuç alınmadığı takdirde bu yola başvurulabileceği vurgulanmıştır. Bu hususlar; ilgili mülhak vakıf evlatlarının tevliyyete ilişkin devam eden davalarının olup olmadığı, ilgili mülhak vakıfta kesinleşmiş mahkeme kararı ile vakıf evladı veya galleye müstahak vakıf evladı olup olmadığı, ilgili mülhak vakfın reşit olmayan, hastalığı sebebiyle veya bir yıl ya da daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olma durumu gibi kısıtlılık hallerinde bulunan vakıf evladı bulunup bulunmadığı, ilgili mülhak vakıfta daha önce vakıf yöneticiliği yapmış ancak VK m. 9 ve 10 gereğince görevinden alınan ve 5 yıllık kanuni bekleme süresi dolan evladının bulunup bulunmadığı hallerinin tespit edilmesidir. İşte bu süreçler Genelge'de açıklandığı şekilde sonuçlandırılmadan ve bu hususta gerekli işlemler yapılmadan ilgili mülhak vakıf hakkında bölge müdürlüğünce mazbutiyet talebiyle mahkemeye başvurulamayacaktır. İlgili Genelge için bkz. <https://cdn.vgm.gov.tr/04022020e17675-2020-19-va.pdf>, E.T.: 06.09.2023.

olmakla birlikte toplumsal nitelikteki hayır şartları da mevcut olan yarı zürri nitelikteki mülhak vakıflardır. Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün güncel verileri itibariyle Türkiye'de 248 adet mülhak vakıf varlığını sürdürmektedir. Günümüzde yeni mülhak vakıfların kurulması ve bu tür vakıflara tüzel kişilik tanımak mümkün olmamakla birlikte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler çerçevesinde aile vakıfları kurulabileceği gibi (aile-hayır amaçlı) karma vakıflar da kurulabilir.

Mülhak vakıflar, fert organ olan mülhak vakıf yöneticisi, klasik terminolojideki adıyla müteveli tarafından bizzat yönetilir ve temsil edilir. Mülhak vakıf yöneticisi, uygulamada *“tevlıyete ehil vakıf evladı olduğunun tespiti”* adı verilen dava neticesinde vakfedenin soyundan geldiği ve vakfiyedeki şartları haiz olduğu mahkemece tespit edilen kişi olup, Vakıflar Meclisi tarafından bu göreve atanır (VK m. 6/I). Mülhak vakfın amacını somutlaştıran ve ana statüsünü teşkil eden vakfiyelerdeki şartların ve bu doğrultudaki tüm iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesi hususundaki bütün hukuki sorumluluk mülhak vakıf yöneticisine aittir. Mülhak vakıf yöneticileri, mülhak vakfın mal varlığı üzerinde hukuki ve fiili tasarruflarda bulunurken, galle fazlasını hak sahiplerine dağıtırken, vakfiyelerdeki hayır şartlarını gerçekleştirirken veya aldıkları diğer tüm kararlarda mülhak vakfın amacına, vakfiye şartlarına ve yürürlükteki mevzuata uymak zorundadırlar.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu m. 10 ve Vakıflar Yönetmeliği m. 27 hükümleri çerçevesinde belirlenen görev ve sorumluluklarına aykırı davranan mülhak vakıf yöneticileri, VK m. 10/II gereğince görevlerinden alınabilecekleri gibi, bunun yanı sıra veya ayrıca sebep oldukları zararları da VK m. 10/IV gereğince tazminle yükümlü tutulurlar. Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınmasının söz konusu olduğu hallerde çoğunlukla mülhak vakfa verilmiş bir zarar da söz konusu olacağından yöneticinin tazminat sorumluluğu daha ziyade görevden alma sebeplerinin varlığında geçerli olacaktır. Vakıf yöneticilerinin vakfi uğrattıkları zararlar sebebiyle görevlerinden alınabilmeleri için ağır ihmal veya kast düzeyindeki kusurlarının açık bir şekilde ortaya konulması gerekirken tazminat sorumlulukları içinse hafif veya orta ihmal düzeyindeki kusurları yeterlidir.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğüyle birlikte görevden alma kararının vakıf yöneticileri açısından hukuki sonuçları, mülga Vakıflar Kanunu ve mülga Tüzük'e yöneltile eleştiriler doğrultusunda, zaman itibariyle sınırlanmış ve yer alınamayacak organ açısından ise genişletilmiştir. Ancak VK m. 10/II'nin (a), (b) ve (d) bentlerine istinaden görevlerinden alınan vakıf yöneticilerinin beş yıllık süreyle sınırlı olarak sadece aynı vakfın yönetim ve denetim organında görev almalarının yasaklanması; buna karşılık (c) ve (e) bentlerine istinaden görevlerinden alınan yöneticilerin ise beş yıllık süreyle sınırlı olmak üzere hiçbir vakfın yönetim ve denetim organında görev almamaları kanaatimizce çelişkili bir hukuki sonuç doğurmaktadır. Olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından, hukuki sonuçları itibariyle görevden alma sebepleri arasında bir ayırım gözetilmemeli ve görevlerinden alınarak güvenilirlik sıfatını kaybeden tüm vakıf yöneticilerinin beş yıllık süreyle sınırlı olmak üzere tüm vakıfların yönetim ve denetim organlarında görev almaları yasaklanmalıdır.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile getirilen bir hukuki sonuç olarak görevlerinden alınan vakıf yöneticilerinin Vakıflar Meclisi üyesi olmalarının yasaklanması ise isabetli bir yeniliktir (VK m. 10/III). Nitekim aksi halin kabulü de çelişkili bir hukuki sonuç doğuracaktır. Ayrıca, vakıf yöneticisinin görevden alınmasında kamu yararı olup bu davanın hukuki sonuçları geleceğe etkili olduğundan, vakıf yöneticiliği görevinin bu kararın verilmesinden önce – ölüm dışındaki bir sebeple – sona ermesi, mahkemece bu davanın vakıf yöneticisi açısından hukuki sonuçlarına hükmedilebilmesine engel teşkil etmez.

Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davası özellikle mülhak vakfın tüzel kişiliği açısından doğurduğu sonuçları itibariyle önem arz eder. Mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınmasına yönelik mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren ilgili mülhak vakıf azami on seneye kadar, "*Temsilen Yönetilen Mülhak Vakıflara İlişkin Usul ve Esaslar*" adlı talimat çerçevesinde, denetim makamı olan Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından temsilen yönetilir (VK m. 6/II). Bu süre boyunca mülhak vakfa yeni bir yöneticinin atanamaması veya süreyle bağlı olmaksızın vakfedenin soyundan gelenlerin tükenmesi durumunda ise ilgili mülhak vakıf mahkeme kararıyla mazbut vakıflar

arasına alınır ve yönetimi daimî bir şekilde Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devrolunur (VK m. 7/I). Dolayısıyla mülhak vakıf yöneticisinin görevden alınması davası, hukuki sonuçları açısından bakıldığında, mülhak vakfın mazbut vakıflar arasına alınması sürecinin de bir başlangıcı olarak kabul edilebilir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Birinci yazar: %30 İkinci yazar: %70 oranlarında katkı sağlamıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Birinci yazar fakültemiz öğretim elemanlarından ve dergimizin editör kurulu üyelerindedir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akipek, Şebnem ve Hüseyin Altaş. “Vakıflarda Evladiye Davaları”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 47/1, (1998): 145-151.
- Akman, Ahmet. Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Aksoy Dursun, Sanem. Vakfın Örgütlenmesi ve İşleyişi. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.
- Akünel, Teoman. Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.
- Akyıldız, Ali. “Türk Hukukunda Vakıflar Üzerinde Devlet Denetimi”. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1997.
- Akyıldız, Ali. “Vakıfların Kamu Hizmetlerine Yönlendirilmesi ve Vakıflar Genel Müdürlüğünün Rolü”. İçinde Vakıf Medeniyeti Sempozyumu Kitabı. Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2003.

- Arsebük, Esat. Medeni Hukuk: Cilt I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku. İstanbul: Tan Matbaası, 1938.
- Avcı, Mehmet Özgür. "Vakıf Yöneticilerinin Görevden Alınması". Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 13/3-4, (2007): 181-205.
- Avcı, Mehmet Özgür. Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf Yönetim Organı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2006.
- Avcı, Mustafa. Türk Hukuk Tarihi. Ankara: Adalet Yayınevi, 11. Bası, 2022.
- Başpınar, Sena. "Vakıflarda Yönetim Şeklinin Değiştirilmesi". Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/1, (2020): 42-77.
- Berki, Ali Himmet. "Tevliyyete İstihkak İddiaları ve Sübut Delilleri". Adalet Dergisi. 55/9-12, (1964): 903-907.
- Berki, Ali Himmet. Vakfa Dair Eserlerle Vakfiye ve Benzeri Vesikalarda Geçen İstilah ve Tabirler. Ankara: Doğu Matbaacılık ve Ticaret Limited Şirketi Matbaası, 1966.
- Berki, Ali Himmet. Vakıflar – İkinci Kitap (Medeni Kanunda "Te'sis" ve Vakıflar Kanunu Hükümleri). Ankara: Nur Matbaası, 1950.
- Berki, Ali Himmet. Vakıflar (Vakıf Müesseseleri İnsanların Düşünebildikleri Hukuki Müesseselerin En Hayırlısıdır). İstanbul: Aydınlık Basımevi, 1946.
- Berki, Şakir. Vakıflarla İlgili Önemli Meseleler. İstanbul: Bayrak Yayınları, 1990.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Sayram Yayınları, 2022.
- Çınar, Ömer. "Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Galle (Gelir) Üzerinde Vakıf Evlatlarının ve Diğer İlgililerin Hak Sahipliği ve İntifa Hakkı Hayrından Fazla Olan Mülhak Vakıfların Aile Vakfına Dönüştürülmesi". Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 22 (2016): 828-855.
- Devellioğlu, Ferit. Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat. Ankara: Aydın Kitabevi Yayınları, 34. Baskı, 2020.
- Doğan, Murat. Vakıflarda Mal Varlığı. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.

- Döndüren, Hamdi. İslam Hukukuna Göre Günümüzde Vakıf Meseleleri. İstanbul: Erkam Yayınları, 2016.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. Türk Özel Hukuku - Cilt III: Aile Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi, 14. Bası, 2019.
- Eren, Fikret. Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 25. Baskı, 2020.
- Hatemi, Hüseyin. “Medeni Hukuk Tüzel Kişilerine Genel Bakış”. İçinde Cumhuriyetin 80. Yılında Uluslararası Vakıf Sempozyumu Kitabı, 245-263. Ankara: Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları, 2004.
- Hatemi, Hüseyin. “Vakıf Kurumuna Hukuk Tarihi Açısından Genel Bir Bakış”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. LV/4, (1997): 111-128.
- Hatemi, Hüseyin. Kişiler Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 6. Bası, 2017.
- Hatemi, Hüseyin. Medeni Hukuk Tüzel Kişileri Cilt: I (Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar). İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1979.
- İkizler, Metin ve Yasin Kurban. Eski ve Yeni Vakıflar Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Güncellenmiş 2. Bası, 2021.
- İşeri, Ahmet. “Amerikan Vakıfları Üzerine Bir İnceleme”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 3-4/27, (1970): 269-298.
- İşeri, Ahmet. “Vakıflar (Medeni Kanun’dan Önceki ve Sonraki Vakıf Nev’ileri ve Hukuki Mahiyetleri)”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 21/1, (1964): 199-280.
- İşeri, Ahmet. Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf (Tesis). Ankara: 1968.
- Karakoç, İrem. Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Mardin, Ebül’ülâ. Toprak Hukuku Dersleri. İstanbul: 1947.
- Mengüç, Fatih Yaşar. “Galleye Müstehak Vakıf Evlatlığının Tespiti Davası”. Adalet Dergisi. 1/66, (2021): 595-624.
- Meray, Seha L. Lozan Barış Konferansı Tutanaklar-Belgeler. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001, Cilt I, Kitap I ve II.

- Özkaya, Eraslan. Eski Vakıf Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Öztürk, Nazif. "Mütevelli". İçinde Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, 32: 217-220. İstanbul: TDV Yayınları, 2006.
- Öztürk, Nazif. "Vakıflar Hangi Statüde Bir İdarî Yapı İle Yönetilmelidir?". Vakıflar Dergisi. 80. Yıl Özel Sayısı, (2019): 11-71.
- Öztürk, Nazif. "Vakıfların İdaresi ve Teşkilât Yapısı Üzerinde Düşünceler". Diyanet Dergisi. 22/2, (1986): 3-17.
- Öztürk, Nazif. Elmalılı M. Hamdi Yazır Gözüyle Vakıflar (Ahkâmü'l-Evkaf). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1995.
- Sâmi, Şemseddin. Kâmûs-ı Türkî. İstanbul: Yeditepe Yayınevi, 2021.
- Sungurbey, İsmet. Eski Vakıfların Yeni Sorunları. İstanbul: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2001.
- Süeren, Erkin. "Eski Vakıfların Hukuki Yapısının Evrimi". Ankara Barosu Dergisi. 3, (2002): 81- 123.
- Şahin Allahverdi, Reyhan. "Zürri Vakıfların İdaresinde Yaşanan Sorunlar". The Journal of Academic Social Science Studies. 43/1, (2016): 313-323.
- Tazebay, M. Uygur, "Osmanlıların Kuruluş Dönemindeki Vakıf Türlerinden Ailevi ve Yarı Ailevi Vakıflar". Vakıf Haftası Dergisi. 4, (1986): 25-28.
- Tuncay, Aydın. Eski Vakıf Hükümlerimiz ve Vakıflarla İlgili Bazı İnceleme ve Sorunlar. İstanbul: Yıldız Sarayı Vakfı Yayınları, 1984.
- Yener, M. Serhat ve Kazım Uslu. Mazbut ve Mülhak Vakıflarda Vakfiyeden Doğan Haklara İlişkin Davalar. Ankara: Statü Yayıncılık, 2013.
- Yener, Serhat. Eski-Yeni Vakıflar Kanununa Göre Vakıf Evladiyet Hukuku. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Yılmaz, Mustafa. Eski Vakıfların ve Taşınmazlarının Günümüzdeki Hukuki Rejimi. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN ÖLÜM NEDENİYLE SONA ERMESİ DURUMUNDA AVUKATLIK ÜCRETİ

*Attorney's Fee in Case of Termination of the Lawyer's
Contract due to Death*

Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK*

ÖZET

Avukat ya da müvekkilin ölümü ile avukatlık sözleşmesi sona erer. Sözleşmenin bu yolla sona ermesi durumunda avukatlık ücretinin ödenip ödenmeyeceği, ödenecek ise tamamen mı yoksa kısmen mi ödeneceği sorunu ortaya çıkar. Avukatlık mesleğini detaylı olarak

* Prof.Dr, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD,
ORCID: 0000-0004-2604-3765, gunergok@gmail.com

Makale Geliş Tarihi: 17.08.2023

Makale Kabul Tarihi: 11.09.2023

⇒ Atıf Şekli: Özcan Günergök "Avukatlık Sözleşmesinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi Durumunda Avukatlık Ücreti", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 53-84.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



düzenleyen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlık sözleşmesine ilişkin düzenlemeleri yetersizdir. Kanunun düzenleme içermediği bu konuda öncelikle sorun ortaya konmuş, öğretilerdeki görüşler ve uygulamanın yaklaşımı ele alınmış, çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Avukatlık Sözleşmesi, Avukatlık Ücreti, Hakkaniyet, Vekâlet Sözleşmesi, imkânsızlık

EXTENDED ABSTRACT

The attorney contract is founded on trust. Due to this relationship being intertwined with trust, it is easier for it to spontaneously end or be terminated by the parties compared to other reciprocal contracts. The right of the attorney to resign and the client's right to dismiss are termination reasons that cannot be renounced in advance. The Attorneyship Law regulates the fee that an attorney is entitled to in the event of justified dismissal or unjust resignation. Accordingly, in the case of justified resignation or unjust dismissal, the attorney may request the fee agreed upon in the contract. If the fee is not clearly agreed upon in the contract, the judge will determine the fee based on different criteria, depending on whether the value of the work subject to legal aid can be measured in money or not. For tasks whose value cannot be measured in money, determining the figure to base the attorney's fee on does not pose a difficulty. The law stipulates that the minimum fee tariff for attorneys will be applied to tasks whose value cannot be measured in money. In the minimum fee tariff issued annually by the Union of Turkish Bar Associations, the fixed fee to be paid for tasks whose value cannot be measured in money is regulated. For tasks whose value cannot be measured in money and for which the parties have not determined a fee, this fee in the tariff will be taken as a basis. For tasks whose value can be measured in money, the law regulates that an amount between ten and twenty percent of the value of the subject of the case on the date of finalization of the judgment, depending on the effort of the attorney, will be taken as a basis for the winning part of the case. This

regulation also harbors some issues. Firstly, it is unclear what is meant by the winning part of the case and whether a fee will be paid in case of a loss, and then, whether it is necessary to wait for the decision to be finalized to claim the attorney's fee since the value of the subject matter on the date of the decision's finalization is taken as a basis.

The attorneyship contract automatically terminates upon the death of the attorney or the client. The lack of regulation in the Advocacy Law about what happens to the fee payment obligation if the attorneyship contract terminates due to the death of one of the parties is a deficiency in this law that regulates professional law. Since the death of the attorney renders it impossible to fulfill his obligation to provide legal aid, his obligation automatically terminates. In this case, it has become impossible for the attorney to fulfill his obligation to provide legal assistance. Although the provision of Article 136 of the Turkish Code of Obligations is a general provision, it can also be applied in attorney contracts, but the specificities of the legal profession should not be overlooked. While no fee can be claimed for legal aid that has not commenced, a fee may be claimed for legal aid that has started but has not been completed. Since the Attorneyship Law does not regulate the attorney's fee to be paid in case of death, the existing regulation regarding the fee in the Law can be utilized. In cases where the fee is not determined by the parties, based on the wording of the Law, the deceased attorney's heirs will have to wait for the decision to be finalized to file a lawsuit regarding the fee to be received. If the heirs opt to wait for the judgment to become final, there will be no issue. However, although it is theoretically possible to make a pending issue until the decision is finalized after the heirs file a lawsuit requesting the collection of the fee receivable, this solution method will lead to trials lasting many years and the state may face compensation claims due to the violation of rights since there will be a waiting period until it can be obtained, there will be no violation of the right to a fair trial. Here, considering that there is a gap regarding the fee in the case of unjust dismissal, justified resignation, or death of the attorney, different solutions can be considered to fill the gap. First, a solution can be considered based on the fixed attorney fee in the

minimum fee tariff. Accordingly, the fee to be taken as a basis will be the amount written in the minimum fee tariff for tasks whose value cannot be measured in money. If this is taken as a basis, there will be no need to wait for the pending case, which is the basis of the attorney's fee, to conclude and for the decision to be finalized. However, this solution cannot always be said to be fair. The attorney fee that may be requested for a task whose value can be measured in money is relative and is often much higher than the fixed attorney fee. Merely because there is no final decision yet, awarding the lower fixed attorney's fee cannot be seen as a correct solution. Another solution is for the judge presiding over the fee case to determine the attorney's fee by conducting a hypothetical trial, evaluating whether the case can be won or not. Determining the attorney's fee by conducting a hypothetical trial will create an additional burden for the judge who will resolve the fee dispute. However, although it can be said that this method would be a fairer solution, the fairest and most risk-free solution is to wait for the main dispute that gave rise to the fee dispute to be concluded. After the fee is assessed in favor of the attorney and this fee is collected, failing to win the case in the trial regarding the main dispute may lead to separate legal problems. The attorney or his heirs, who would have received lesser fees had the case concluded, may this time face a refund request. Even if a refund of the extra fee is not requested, the attorney will have received more benefits than he could have under normal circumstances. It cannot be said that the legal order desires this situation.

Another solution is to consider the case as if it has been won and the judgment has become final, and the attorney's fee is calculated accordingly. In the case of unjust dismissal or justified resignation of the attorney, this solution is found in the doctrine and the practice of the Supreme Court. The termination of the contract due to the death of one of the parties cannot be seen as equivalent to the unjust dismissal or justified resignation of the attorney as a result of a unilateral will. Therefore, the fee to be paid here is, as a rule, only the fee agreed upon in the contract. Attorney fees, which constitute litigation expenses charged to the wrong party in the case, cannot be claimed in case of termination due to death. However, in exceptional

cases where legal aid has been completed and only finalization is awaited, this fee should be requested to ensure justice in the concrete case.

In the event of death, the fee to be taken as a basis for calculation is the fee determined by the parties. If a fee has not been determined by the parties or in cases where the fee-related provision of the attorneyship contract is invalid, the fee determined according to Art. 166, para. 4 of the Attorneyship Law will be taken as a basis. In a contract terminated due to the death of one of the parties, the right to the full fee is not acquired. In such termination cases, it should be determined as a percentage of the work completed. When calculating attorney fees, a reasonable fee should be determined in line with the principles of fairness. When determining this reasonable fee, it should be considered that the client will also need legal assistance from another attorney and will also pay a fee to him.

To claim the fee in the event of death, it is necessary to wait for the legal aid subject case to be finalized. However, the practice of the Supreme Court is contrary. Although the Attorneyship Law regulates professional law, its provisions regarding fees, which are the most problematic issue in practice, are inadequate. The law needs to be amended to regulate fee disputes in detail and to resolve the problems experienced in practice.

Keywords: Attorney's Agreement, Attorney's Fee, Equity, Attorney Agreement, impossibility

GİRİŞ

Avukatlık sözleşmesi ile taraflar hukuki yardım konusunda anlaşılırlar. Serbest meslek sahibi olan avukat bu sözleşme kapsamında müvekkiline hukuki yardım sunar, karşılığında ise müvekkil tarafından kendisine avukatlık ücreti ödenir.

Avukatlık sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Avukata ödenen ücret ile hukuki yardım karşılıklı değiş tokuş ilişkisi içerisindedir. Sözleşme devam ederken taraflardan birinin

ölümü halinde avukatlık sözleşmesi kural olarak kendiliğinden sona erdiğinden bu ilişkide henüz tamamlanmamış hukuki yardım için ücret ödenmesi gerekip gerekmediği, ödenmesi gerekmesi durumunda ise ücretin tamamının mı yoksa bir kısmının mı ödeneceği sorunu ortaya çıkar. Bu çalışmada öğretilerde üzerinde yeterince durulmamış olan ve fakat uygulamada sıkça karşılaşılabilen bu sorun ele alınıp varılan sonuçlar ortaya konmuştur.

I. Avukatlık Sözleşmesinin Ölüm Halinde Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Avukatın ya da müvekkilin ölümü halinde avukatlık sözleşmesinin akıbetinin ne olacağı hakkında 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel kanun olan Avukatlık Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu'nun vekâlete ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

TBK m. 513 hükmüne göre, *“Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.*

Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür”. Söz konusu hükümden yararlanılarak taraflardan birinin ölümü halinde avukatlık sözleşmesinin sona erdiği söylenebilecektir.¹

Vekâlet temeline dayalı bir sözleşme olan avukatlık sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisi hukuki ilişkiye damgasını vuran olgudur. Bundan dolayı avukatın ya da müvekkilin ölümü ha-

¹ Temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin TBK.m.43 hükmü de bu düzenlemeye paralel içeriktedir. Söz konusu hükme göre, *“Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer. Bu hüküm, bir tüzel kişiliğin sona ermesi durumunda da uygulanır”.*

linde avukatlık sözleşmesi sona erer. Bu güven ilişkisi çift yönlüdür. Avukata duyulan güven kadar müvekkile duyulan güven de önemlidir. Müvekkilinin ölümü halinde avukat güven duymadığı mirasçıları temsil etmekle yükümlü tutulmamalıdır. Gene ölen müvekkilin mirasçıları da miras bırakanın güven duyduğu avukatla çalışmak zorunda bırakılmamalı, onlar da kalan süreçte kendi güvendikleri avukatla çalışabilmelidirler.

Vekâlet sözleşmenin taraflarından birinin ölümü ile sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği kabul edilir.^{2 3}

Avukatın ölümü ile avukatlık sözleşmesi herhalde sona ererken, müvekkilin ölümü istisnai olarak sözleşmenin sona ermesi sonucunu doğurmayabilir. Bu nedenle sözleşmenin yanlarından her biri bakımından ölümün etkileri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Ölüm karinesinin söz konusu olduğu hallerde avukatlık sözleşmesinin sona erdiğinde duraksanmamalıdır. Bu durum TMK m. 1 hükmü ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimsenin cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağını düzenlemiş olmasının doğal sonucudur.

Avukatın ya da müvekkilin gaipliğine karar verilmesi halinde, gaipliğin sonuç itibariyle ölüme eş tutulması nedeniyle avukatlık sözleşmesinin sona ereceğinin kabulü gerektiği ifade edilir.⁴ Gaiپ olan avukatın avukatlık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği açıktır. Bu nedenle avukatın gaipliği koşullarının olduğu ortamda avukatlık sözleşmesi büyük olasılıkla zaten sona erdirilmiştir. Ancak teorik olarak gaiplik kararına kadar sözleşme ilişkisinin devam etmiş olması mümkündür. Müvekkilin gaiplik koşulları bakımından durum farklı ele alınmalıdır. Avukatın gaiplik kararı verilene kadar imkanlar ölçüsünde müvekkilin çıkarlarını koruması gerekir.

² Semih Güner, Avukatlık Hukuku, (Ankara, Turhan Kitabevi, 2009), 240.

³ Vekâlet sözleşmesinin ölümle sona ermesinin vekâlete özgü sebep olduğu hakkında bkz. Öz Seçer, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İnÜHFD, C.6, S. 4 (2015), 921; Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", (FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, (2014), 171 vd.

⁴ Metin Polat, "Avukatlık Sözleşmesinde Ücret", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans, Tezi Melikşah Üniversitesi, 2014), 79.

TBK m. 43, f. 1 hükmüne göre, “*Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya iflas etmesi durumlarında sona erer*”. Aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda gaiplik kararı ile temsil yetkisi sona eren avukatın artık müvekkilini temsil etmesi mümkün değildir.

Gaiplik kararı ilan edildiğinde TMK m. 35, f. 1 hükmüne göre ölüm ispatlanmış gibi ölüme bağlı haklar kullanılabilir. Buna göre ölüm gerçekleştiğinde ortaya çıkan durum ne ise gaiplik halinde de aynı durum geçerlidir. TBK m. 43 ve TMK m. 35, f. 1 hükümleri dikkate alındığında gaiplik kararı ile avukatlık sözleşmesinin sona erdiğinde kuşku duyulmamalıdır.⁵

B. Avukatın Ölümü

Vekâlet görevini üstlenen avukatın ölmesi durumunda avukatlık sözleşmesi kendiliğinden sona erer.⁶ Avukatlık mesleğinin devlet tarafından verilen ruhsata tabi olması ve avukatın kişiliğinin özel öneme sahip olması gereği bu sonuca ulaşılmalıdır.^{7 8}

⁵ Aynı yönde bkz. Seçer, “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, 918-919.

⁶ Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, (Ayyıldız Matbaası A.Ş., Ankara 1974), 61-62; Kemal Tahir Gürsoy, “Vekâlet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları”, (Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İstanbul, İÜHFME Yayını, Sulhi Garan Matbaası, 1977), 23; Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, (Ankara, Yetkin Yayınları, 2013), 226; Güner, Avukatlık Hukuku, 240; Atilla Özen, Avukatlık Hukuku, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2023), 601.

⁷ Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 226.

⁸ Avukatlık sözleşmesinin sona ermesi durumunda, sözleşmenin tarafı olan avukatın mirasçısının da avukatlık mesleği icra ediyor olması halinde dahi, avukatlık sözleşmesindeki yükümlülükler ona geçmez (Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, s. 227). Ancak ölen avukatın mirasçısı olan avukatın müvekkille anlaşarak işe devam etmesi durumunda artık yeni, diğerinden bağımsız bir avukatlık sözleşmesi kurulmuş olacaktır (Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 227, dn. 30). Öğretide avukatlık sözleşmesindeki yükümlülüklerin mirasçıya intikal etmemesi ile avukat olan mirasçının da vekil olması halinin birbirine karıştırılmaması gerektiği, birbirine mirasçı olabilecek iki avukatın birlikte çalıştığı durumlarda, avukatlardan birini ölümü halinde, diğer avukatın müvekkilin haklarını korumak için gerekli işlemleri yapması gerektiği ifade edilir (Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 227).

Avukatlık sözleşmesinin tarafının avukatlık ortaklığı olması halinde avukatlık sözleşmesinin tarafı tek tek ortaklığı oluşturan avukatlar olmayıp, tüzel kişiliği bulunan avukatlık ortaklığıdır. Bundan dolayı, ortaklardan birinin ölmesi durumunda avukatlık sözleşmesi sona ermeyecektir.⁹ Ancak avukatlık ortaklığının sona ermesi durumunda bu da gerçek kişinin ölümü gibi etki gösterecek ve avukatlık sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. Avukatlık ortaklığının dağılmasıyla avukatlık sözleşmesi kendiliğinden ortaklarla devam etmez. Ancak müvekkil dilerse ortaklardan biri ya da birkaçı ile anlaşarak yeni bir avukatlık sözleşmesi kurabilecektir.

Avukatlık sözleşmesinde birden fazla avukatın birlikte vekâleti üstlenmiş olması durumunda bunlardan birinin ölümü ile avukatlık sözleşmesi kendiliğinden sona ermez. Sözleşmenin avukat yanını birden fazla avukatın oluşturduğu durumda avukatlar müvekkile karşı müteselsilen sorumludurlar. Avukatlardan birinin ölümü halinde sağ kalan avukat ya da avukatlarla sözleşme ilişkisi devam edecektir.¹⁰

C. Müvekkilin Ölümü

Avukatlık sözleşmesinin diğer tarafı olan müvekkilin ölümü halinde de avukatlık sözleşmesi kendiliğinden sona erer.

Müvekkilin ölümü halinde taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erdiğinden avukat artık müvekkili adına yeni bir dava açamayacağı gibi,¹¹ müvekkilin ölümünden önce açılmış ve derdest olan davada onu temsil edemez.¹²

⁹ Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 227.

¹⁰ Aynı yönde bkz. Güner, Avukatlık Hukuku, 241.

¹¹ Yargıtay'a göre, vekil müvekkilinin öldüğünü bilmeden dava açmış olsa bile, davanın sırf bu nedenle (taraf ehliyeti bulunmaması sebebiyle) reddi gerekir. Bu davaya mirasçılar devam edemezler. Mirasçılar tarafından ayrı dava açılması gerekir (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.07.1970, 7205/7888, İBD, 1973/7-8, s. 848-849). Müvekkilin ölümüne rağmen dava açmış olması halinde, avukat yargılama giderlerinden sorumlu olacaktır (Yargıtay 5. Hukuk Dairesi 14.04.1976, 1259/4490, Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, (İstanbul, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001, 903). Ancak avukatın müvekkilin öldüğünü bilmemesi sebebiyle, yanlışlıkla dava açması halinde, mirasçıların davaya icazet vermeleri halinde davaya devam edilmesi gerekir (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 903).

¹² Bu durumda mahkemenin tüm mirasçıları duruşmaya çağırması gerekir (Nejat Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, (İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997), 124).

TBK m. 513, f. 2 hükmüne göre, “*Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil veya mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür*”. Söz konusu hüküm gereği, vekâletin sona ermesi nedeniyle mirasçılarının hakları tehlikeye düştüğü takdirde avukat, mirasçılar işlerini görebilecek duruma gelinceye kadar, vekâlet görevine devam etmelidir.¹³ Örneğin derhal işlem yapılmadığı takdirde takip düşecek veya alacak zamanaşımına uğrayacaksa avukat takibin düşmesini önleyen ya da zamanaşımı kesen işlemi gerçekleştirmelidir. Avukatın müvekkilinin ölümü üzerine yaptığı işlemlere mirasçılar sonradan muvafakat ettikleri takdirde işlemin geçerli olduğu kabul edilmelidir.¹⁴

Müvekkilin ölümünden habersiz olarak işlem yapan avukatın yaptığı işleminden dolayı TBK m. 513 hükmünden kıyasen yararlanılarak ücrete hak kazanacağı kabul edilir.¹⁵

Ölen müvekkilin mirasçılarının çıkarlarına uygun işlemler yapılabilmesi avukatın takdirine kalmış bir husus olmayıp, kanun bunu ona bir yükümlülük olarak yüklemiştir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda avukat müvekkilinin mirasçılarına karşı sorumlu tutulabilecektir.

Kanunun avukata yüklediği yükümlülükler sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlıdır. Örneğin, müvekkilin ölümüyle vekâlet sona ermesine rağmen avukat müvekkilinin aleyhine olan mahkeme kararına karşı kanun yoluna başvurmalıdır.

Müvekkilin ölümü halinde avukatlık sözleşmesinin devam edeceği kararlaştırılmış ise, ölümle birlikte sözleşme kendiliğinden sona ermeyecek, müvekkilin ölümüne rağmen avukat hukuki yardım sun-

¹³ Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 124. Mirasçılar aynı avukatın davaya devam etmesini istiyorlarsa avukata temsil belgesi vermelidirler. Aksi halde avukat o güne kadarki emekleriyle orantılı ücret talep edebilir (Aday, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 124).

¹⁴ Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, 895.

¹⁵ Nejat Aday, Avukatın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, (İstanbul, Vedat Yayınları, 2016, s. 234; İlknur Deniz, “Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Avukatlık Ücreti”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, 2016), 115.

maya devam edecektir. Bu durumda avukatın hukuki yardım sunmaya devam etmesi için müvekkilin mirasçılarından ayrıca muvafakat almasına gerek yoktur.

Avukatlık sözleşmesinde müvekkilin ölümü halinde de vekâletin devam edeceğinin kararlaştırılmış olması durumunda artık temsil edilenler müvekkilin mirasçılarıdır. Bu halde mirasçılar sözleşme ile bağlı olmakla birlikte onların azil hakkı bulunmaktadır. Mirasçılar diledikleri takdirde avukatı azlederek bir başka avukatla yeni bir avukatlık sözleşmesi kurabilirler.^{16 17} Ancak bu durumda azil avukatın kusuruna dayanan haklı azil kapsamında görülmeyeceğinden avukatın ücreti tam olarak ödenmelidir.

Avukatın sunduğu hukuki yardım niteliği gereği sadece müvekkili ilgilendiriyor ise artık mirasçıların muvafakat vermesiyle devam edilecek bir temsil yetkisinden bahsedilemez. Örneğin yürüyen bir boşanma ya da adın değiştirilmesi davası müvekkilin ölümü ile sona erer. Bu halde artık avukatın müvekkili temsil etmesi mümkün değildir.¹⁸

Müvekkilin ölümü halinde avukatın isteyebileceği vekâlet ücretinden dolayı tüm mirasçılar avukata -ya da avukatın ölümü halinde onun mirasçılara karşı- külli halefiyet gereğince müteselsilen sorumludurlar.¹⁹

¹⁶ “BK. md. 397’de gerek vekilin gerek müvekkilin ölümü ile ve ehliyetinin zevali ile veya iflas ile vekâletin nihayet bulması hakkındaki hüküm, hilafının mukaveleden veya işin mahiyetinden anlaşıl原因ması kaydıyla takyid edilmiş olmasına göre tevhid-i içtihadı mucip olan hadiselerde olduğu gibi, müvekkilin ölümünden sonra dahi mutasarrıf olduğu gayrimenkul malını tapu dairesinde şahsı ahara bey ve ferağa dair vekâletin devam edeceği iki taraf arasında muteber şekilde mukavele edilmiş ise, müvekkil öldükten sonra da vekilin salahiyetleri devam edeceğine, fakat azil hakkı ölünün kanuni haleflerine intikal etmiş olacağından mirası reddetmemiş mirasçılar tarafından azlolunabileceğine...” (Yargıtay İBK., 06.02.1941 E. 20/K. 87, RG. 21.02.1941, S. 4740); “Ölümden sonra devam etmek üzere vekil tayin etmek caiz olmakla birlikte, vekil müvekkilin arzusu dışına çıkararak mirasçılardan bir kısmının yararına ve diğerlerinin zararına işlem yapmış ise, vekâlet görevini kötüye kullanmış olduğu için sorumlu olur” (Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23.03.1973, E. 963/K. 1829, Ankara Barosu Dergisi, 1973, 559).

¹⁷ Ölümden sonraya etkili vekalet verilmesi durumunda müvekkilin hakları mirasçılarının geçtiğinden müvekkilin mirasçıları onun yerine geçer. Mirasçılar avukata yeni talimat verebilir ve dilerlerse sözleşmeyi sonlandırabilirler (Seçer, “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, 913.

¹⁸ Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 229.

¹⁹ “ (...) İlk derece mahkemesince; vekil edenin ölümü nedeni ile vekâlet ilişkisinin kendiliğinden sona erdiği, bu itibarla davacının davalı mirasçıdan muris adına takip

Tüzel kişi müvekkilin tüzel kişiliğinin sona ermesi de gerçek kişi müvekkilin ölümü ile aynı sonucu doğurur ve tüzel kişiliğin ortadan kalkmasıyla avukatlık sözleşmesi de sona erer.

II. Ölümün Avukatlık Ücretine Etkisi

A. Genel Olarak

Avukatlık ücreti avukatın sunduğu hukuki yardımın karşılığıdır. Avukat üstlendiği hukuki yardım edimini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirdiğinde ücrete hak kazanır. Avukatın ücretini peşin almış olması bu durumu değiştirmez. Ücretin ne zaman ödeneceği ve ücretin ne zaman hak edilmiş olduğu farklı hususlardır.

Avukatlık ücretine hukuki yardım tamamladığında hak kazanılacağından avukatın ya da müvekkilin ölümü üzerine sözleşme sona erdiğinde avukatlık ücretinin akıbetinin ne olacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Ölüm sebebiyle tamamlanamayan işten dolayı hiçbir ücret istenemeyecek midir yoksa sunulan hukuki yardım ile orantılı bir ücret mi ödenmelidir? Gene peşin alınan ücret tamamen mi geri verilmelidir yoksa avukat bu peşin alınan ücretin tamamına ya da bir kısmına hak kazanacak mıdır?

ettiği işler nedeni ile ölüm tarihi itibari ile vekâlet ücreti talep edebileceği gerekçesiyle; davanın kabulüne, itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmiş; hüküm, taraf vekillerince istinaf edilmiştir.

Bölge adliye mahkemesince; muris ...'in iki mirasçısı olup icra takibinin sadece davalı mirasçıya karşı yapıldığı, tüm mirasçılar hakkında icra takibi yapılmadığından geçerli bir icra takibi bulunmadığı gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine, davalı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesince verilen karar kaldırılarak davanın reddine karar verilmiş; karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalının murisi ...'in avukatı olarak adına bir kısım işleri takip ettiğini ancak vekâlet ücretinin ödenmediğini, davalı mirasçıdan tahsili için takip başlattığını ve takibe itiraz edilip ödeme yapılmadığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır.

4721 sayılı TMK'nın 641. maddesinde; "Mirasçılar, tereke borçlarından müteselsilen sorumludurlar.", 6098 sayılı TBK'nın 163. maddesinde de; "Alacaklı borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir." düzenlemeleri mevcuttur. Bu maddelerde düzenlenen müteselsil sorumluluk kuralları gereği alacaklının, borçlunun mirasçılarından biri veya tamamı aleyhine icra takibi yapabileceğinin ya da alacağın tahsilini talep edebileceğinin kabulü gerekir (...)" (Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 13.10.2021, E. 2020/9934, K. 2021/9980, UYAP Mevzuat, 05.02.2022).

Gene burada taraflar arasında sözleşmeyle ücretin belirlenmiş olup olmamasına göre nasıl hareket edilmesi gerektiği sorunu da ortaya çıkacaktır.

Avukatlık Kanunu'nda avukatın ya da müvekkilin ölümü halinde avukatlık ücretinin nasıl belirleneceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece *"Avukatın Hapis Hakkı ve Avukatlık Ücretinin Rüçhanlı Bulunması"* başlıklı AK m. 166 hükmünün beşinci fıkrasında *"Avukatın ölümü halinde, mirasçılara intikal eden avukatlık ücreti alacakları da, avukat alacakları gibi rüçhanlıdır. Şu kadar ki, üçüncü fıkrada yazılı bildirim zorunluğu bu kimseler hakkında uygulanmaz"* denmektedir²⁰. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, avukatın ölümü ile birlikte avukatlık ücreti bir malvarlığı değeri olarak terekeye dâhil olduğundan külli halefiyet ilkesi gereği doğrudan avukatın mirasçılara geçecektir.

Avukatlık Kanunu'nun meslek hukukuna ilişkin kapsamlı düzenlemeler içermekle birlikte en çok uyuşmazlık yaşanabilecek olan avukatlık ücreti konusundaki içeriği yetersizdir. Avukatın ölümü ile avukatlık ücreti mirasçılara geçmekle birlikte mirasçılara geçen ücretin miktar ve kapsamı konusunda kanunda bir açıklık bulunmaması meslek hukukunu düzenleyen kanun açısından bir eksiklik olarak görülmelidir. Kanunda cevabı bulunmayan bu sorunlara öğreti ve yargı tarafından çözüm getirilmeye çalışılmaktadır.

Avukatın ölümü ile onun üstlendiği edimin ifası imkânsız hale gelir. Kusursuz imkânsızlığı düzenleyen TBK m. 136 hükmüne göre, borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaştığı takdirde borç sona erer (f. 1). TBK m. 136, f. 2 hükmüne göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olacaktır. Bu halde borçlu henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını da kaybede-

²⁰ AK m. 166, f. 3 hükmü şu şekildedir: *"Bir ilamın cebri icra yoluyla infazına girişildiğinde, icra dairesi, takip talebinde bulunan tarafın ilamda adı yazılı olan avukatına, icra emri ile aynı zamanda düzenleyeceği bir bildiriyi, gideri takip talebinde bulunandan alınmak suretiyle, derhal tebliğ eder. Bu bildiri tebliğ edilmedikçe icranın sonraki safhalarına geçilemez. Avukata yapılacak tebliğin giderleri hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 59. maddesi hükmü uygulanır"*.

cektir. TBK m. 136, f. 2, c. 2 hükmü ile kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumların bu hükmün dışında olduğu düzenlenmiştir. TBK m. 136, f. 3 hükmü ile de borçlunun ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmemesi ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almaması durumunda bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Avukatın ölümü ile onun hukuki yardım sunma borcunun ifası imkânsız hale geldiğinden onun borcunun kendiliğinden sona ereceği kuşkusuzdur. TBK m. 136 hükmü genel hüküm olması itibarıyla avukatlık sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Ancak bu hüküm avukatlık sözleşmesine uygulanırken avukatlık mesleğinin özellikleri ve sunulan hukuki yardımın niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bir taşınır satışı sözleşmesinde satılanı teslim borcunun borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda satıcı artık teslim borcundan kurtulur ve peşin olarak almış ise satış bedelini geri vermekle yükümlü olur. Satış bedelini peşin olarak ödeyen alıcı da ödemiş olduğu bedeli sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteyebilir. Ani ifalı sözleşmelerde borçlunun kusursuz imkânsızlık sebebiyle borcundan kurtulması durumunda borç ilişkisinin tasfiyesi geriye etkili olacaktır. Ancak ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde borçlunun kusuru olmaksızın artık borcunu ifa edemez hale gelmesi durumunda ileriye etkililik söz konusu olmalıdır.

Avukatlık sözleşmesinde sunulan hukuki yardım ani ifalı olabileceği gibi, sürekli ifalı bir edim de içerebilir. Örneğin bir sözleşme ya da hukuki mütalaa hazırlanması konusunda kendisiyle anlaşma yapılan avukat henüz hiçbir ifa hareketine başlamadan öldüğü takdirde ifası imkânsızlaşan borçtan dolayı tahsil edilmiş bir ücret var ise, avukatın mirasçıları onu müvekkile geri vermekle yükümlü olacaktır. Avukatın sözleşmeyi hazırlamak için çalışmaya başladığı ve fakat henüz tamamlamadan ölmesi halinde avukatın mirasçılarının ücret isteyip isteyemeyeceği borçlanılan edimin bir eser mi yoksa vekâlet kapsamında iş görme edimi mi olduğu sorusuna verilecek cevaba göre değişecektir. Sözleşme ya da hukuki mütalaa hazırlanması eser edimi olarak görüldüğü takdirde bir iş sonucu teslim edilmediğinden dolayı

avukatlık ücretine hak kazanılamayacak, peşin alınmış bir ücret varsa avukatın mirasçılar tarafından geri verilmesi gerekecektir.²¹ Kanaatimce burada bir iş sonucu garanti edilmemekte, müvekkilin çıkarları doğrultusunda avukatlık mesleği bilgileri kullanılarak iş görülmekte olduğundan vekâlet söz konusu olup, alınan peşin ücretin bütünüyle geri verilmesi adil olarak görülemeyecektir.

Avukatın mirasçılarının talep haklarını belirlerken ilk olarak avukatın sözleşme gereği ölüm anına kadar müvekkilinden aldığı avukatlık ücreti ve avanslarının belirlenmesi, varsa müvekkili adına başka yerlerden alıp da henüz ona ödemediği değerleri ekleyip kazanımları bulmak gerektiği, bundan sonra avukatın ölüm anına kadar gerçekleşen emeği ve yaptığı giderleri saptayıp, davanın veya hukuki uyuşmazlığın geldiği noktayı belirleyen sebepsiz zenginleşme ve hakkaniyet kurallarını da uygulayarak konunun çözüme kavuşturulması gerektiği öğretisi²² ve yargı kararlarında ifade edilmektedir. Öğretide müvekkilin ölmesi halindeki durumun avukat için haklı istifaya benzer bir durum yarattığı, avukatın ücrete hak kazanacağı, bu durumda ücret uyuşmazlığının haklı istifaya ilişkin kuralara göre çözümlenmesi gerektiği görüşüne de rastlanmaktadır.²³ Bu görüşün benimsenmesi durumunda müvekkilin ölümü halinde avukatın tam ücret talep edebileceği sonucuna varılacaktır. Haksız azilde avukatın kusuru bulunmamakta, müvekkil ya bilinçli bir tercihte bulunmakta ya da olguları yanlış değerlendirerek ilişkiyi bitirmek suretiyle avukatın hukuki yardım sunmasını engellemektedir. Haklı istifada ise vekalet ilişkisinin sona ermesine müvekkilin güven sarsıcı davranışları yol açmaktadır. Her iki durumda ilişkinin sonlanmasına doğrudan ya da dolaylı olarak müvekkilin davranışları yol açmaktadır. Ölüm durumunda böylesi bir durum bulunmamaktadır. Ölüm halindeki koşullar haksız azil ve haklı istifadakinin farklıdır. Dolayısıyla ölüm halinde tam ücret istenemeyeceği kanaatindeyim.

²¹ Sözleşme ya da mütalaa hazırlanması durumunda eser sözleşmesi mi yoksa vekâlet mi bulunduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Günergök, *Avukatlık Sözleşmesi*, 27.

²² Güner, *Avukatlık Hukuku*, 241-242; Burcu Deniz Özdemir, "Avukatlık Sözleşmesinde Ücret", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020), 35.

²³ Haşım Mısırlı, *Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret*, (Ankara, TBB Yayınları, 2020), s. 34.

Müvekkilin ölümü üzerine artık hukuki yardım sunamayacak olan avukat ölümü öğrendiği ana kadar gerçekleştirdiği hukuki yardımla orantılı bir ücret talep edebilecektir.²⁴

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında avukatın ölümü üzerine sonuçlandıramadığı hukuki yardımdan dolayı onun mirasçılarının tam ücret isteyemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Özel Daire gerekçe olarak avukatın aldığı işi sonuna kadar takip etmekle yükümlü olmasını göstermiştir. Buna göre avukat kesin hüküm elde edilinceye kadar gerekli tüm işlemleri yerine getirmekle yükümlüdür. Özel Daire ilamda avukatın ücretin tamamına hak kazanmadığı dönemde ölümlüyle sözleşme sona erdiğinden, kural olarak mirasçılarının ölüm tarihine kadarki sarf ettiği emeğin karşılığını isteyebileceğini belirtmiştir.²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir başka kararında somut bir kritere yer vererek, ölüm gününe kadar yapılan iş ile bundan sonra yapılacak olan işin yüzdesinin bulunması ve emek ve mesai de dikkate alınarak ücret takdiri gerektiğine hükmetmiştir.²⁶

²⁴ Kayıhan ve Ünlütepe, “Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri”, 192; Seçer, “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, 917..

²⁵ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 19.11.1979, E. 1979/7081, K. 1979/12713, Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 290.

²⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 26.02.1971, E. 1970/12378, K. 1971/1776, Salter Uçar, Avukatın Hak ve Ödevleri, Avukatlık Kanunu-Avukatlık Asgari Ücret Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, (İstanbul, Kazancı Kitap A.Ş., 1998), 293. “*Davacıların mirasbırakanı, davalıya ait bir davanın kovuşturulmasını avukat olarak üzerine almış ve açtığı dava karara bağlanmıştır. Ancak karar tebliğ edilmeden ve hüküm kesinleşmeden davacıların mirasbırakanı ölmüştür. Borçlar Yasasının 397. Maddesi uyarınca vekilin ölümü ile vekâlet sona erer, davacıların mirasbırakanının vekil sıfatıyla açtığı davanın karara bağlanması yeterli olmayıp, ücretin tamamına hak kazanabilmek için verilen kararın kesinleşmesi gerekir. Vekil kesin hüküm elde edilinceye kadar yapılması gereken işlemleri yerine getirmekle yükümlüdür. O halde mirasbırakan ücretin tamamına hak kazanmadığı bir dönemde öldüğüne ve ölümlü vekâlet sona erdiğine göre mahkemenin avukatın ölüm gününe kadar sarf ettiği emek ve hüküm kesinleşinceye kadar normal olarak sarf etmesi gereken emeği gözeterek ölüncüye kadar sarf edilen emeğin yüzde kaç olduğunu bilirkişiye tespit ettirmesi ve tespit edilecek bu yüzde tutarına hükmetmesi gerekir*” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 21.12.1971, 9679/10771, Eraslan Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi ve kötüye Kullanılması, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997), 984. .

B. Avukatlık Ücretinin Belirlenmiş Olması

Avukatlık sözleşmesinde taraflar ücreti serbestçe kararlaştırılabilirler. AK m. 163 hükmüne göre, avukatlık ücreti belli bir meblağı yahut değeri kapsamalıdır. Avukatlık ücreti sabit bir tutar olarak belirlenebileceği gibi (maktu ücret), yüzdesel olarak da belirlenebilir (nisbi ücret). AK m. 164, f. 2 hükmüne göre, “*Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir*”.

Avukatın ya da müvekkilin ölümü halinde avukatlık ücretinin hesabında tarafların belirlemiş olduğu ücret esas alınarak hesaplama yapılmalıdır. Sözleşmenin taraflarınca geçerli biçimde belirlenmiş bir ücret var iken, en az ücret çizelgesine göre ya da AK m. 164, f. 4 hükmündeki ölçütlere başvurularak hesaplama yapılamaz. Avukatın hukuki yardım sunmayı üstlendiği işin değeri para ile ölçülebilir olup olmaması fark etmeyecek, Avukatlık Kanunu’nun kapsamında geçerli olarak görülebilen taraflarca belirlenmiş olan avukatlık ücreti hesaplama esas alınacak,²⁷ bu yolla tarafların iradelerine de önem verilmiş olacaktır.

C. Avukatlık Ücretinin Belirlenmemiş Olması

Taraflar sunulacak hukuki yardım karşılığında ne kadar ücret ödeneceği konusunda herhangi bir anlaşma yapmamış olabilecekleri gibi, taraflarca belirlenen ücretin geçersiz olması da söz konusu olabilir.

AK m. 164, f. 4, c. 2 hükmüne göre, “*Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıl-*

²⁷ “(...) Müvekkilin ölümünden sonra mirasçılardan vekile yeniden vekâletname vermek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı mirasçılar bu esasa uygun olarak davacıya vekâlet vermemişlerdir.

Bu durumda miras bırakanla davacı arasında yapılan sözleşmenin miras bırakanın ölüm gününe kadar davacı avukatın katlandığı emeğin tespiti gerekir. O halde davacının sözleşmede yazılı beş bin liralık işin ne kadarını yerine getirdiği bilirkişi aracılığı ile tespit olunarak 5.000 liradan yapıldığı tespit olunacak iş tutarına hükmedilmesi gerekir” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 26.2.1971, E. 1970/12378, K. 1971/1776, Özkaya, Vekâlet Sözleşmesi ve kötüye Kullanılması, 734-735).

dığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır”.

Değeri para ile ölçülemeyen işler bakımından avukatlık ücreti hesabında esas alınacak rakamı belirlemek güçlük oluşturmaz. Kanun değeri para ile ölçülemeyen işlerde avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağını düzenlemiştir. Türkiye Barolar Birliği tarafından her yıl çıkarılan asgari ücret tarifesinde değeri para ile ölçülemeyen işlerde hangi ücretin ödeneceği maktu olarak düzenlenir. Tarafların ücreti belirlemedikleri değeri para ile ölçülemeyen işlerde tarifedeki bu ücret esas alınacaktır.

Değeri para ile ölçülebilen işlerde ise kanun davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktarın esas alınacağını düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme bazı problemleri de bünyesinde barındırmaktadır. Öncelikle davanın kazanılan bölümünden neyin anlaşılacağı ve davanın kaybı halinde ücret ödenip ödenmeyeceği, sonrasında ise ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin esas alınması nedeniyle avukatlık ücretinin istenebilmesi için kararın kesinleşmesini beklemek gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır.

Davanın kazanılması davacı açısından istem sonucunun kabul edilerek lehine karar verilmesidir. Bir alacak davasında alacağın tamamının tahsiline karar verilmesi halinde davanın bütünüyle kazanılması, kısmen kabul ve kısmen ret halinde ise kabul edilen alacak kısmı kadar davanın kazanılması söz konusu olacaktır. Davalı yan bakımından ise davacının davasının reddine karar verilmesi davanın kazanılması anlamına gelir. Alacağın tahsili isteminin tümünden reddi halinde davanın bütünüyle kazanılması, kısmen kabul, kısmen ret kararı verilmesi durumunda ise reddedilen kısım kadar davanın kazanılması söz konusu olacaktır.

Davanın bütünüyle kaybedilmesi durumunda avukatın hiçbir ücret alamaması söz konusu olmamalıdır. Bu durumda avukata maktu vekâlet ücretinin ödenmesi gerektiği ifade edilir.²⁸ Böylesi bir durumda ölen avukatın mirasçılarının avukatlık ücreti alacağına hesabında asgari ücret tarifesindeki maktu ücret esas alınmalıdır.

Değeri para ile ölçülebilen işlerde davanın kazanılan bölümü için ilamın kesinleştiği tarihin esas alınması kanun tarafından düzenlenmiş olup, bu düzenlemenin başarılı olduğu söylenemez²⁹. Bu sadece avukatın ölümü halinde değil, haklı istifa ve haksız azil halinde de ücret alacağına nasıl hesaplanması gerektiği konusunda sorun yaratmaktadır. Ücret alacağını talep eden haksız azledilen ya da haklı istifa eden avukat ya da avukatın ölümü halinde onun mirasçıları avukatlık ücretini talep edebilmek için davanın sonuçlanmasını ve ilamın kesinleşmesini mi beklemelidir yoksa başka bir çözüm mü bulunmalıdır?

Kanunun sözünden hareket edildiğinde ölen avukatın mirasçılarının ücret alacağına ilişkin davayı açabilmeleri için ilamın kesinleşmesini beklemeleri gerekecektir. Mirasçılarının ilamın kesinleşmesini beklemeyi tercih etmeleri durumunda bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak mirasçılarının ücret alacağına tahsili istemli davayı açmalarından sonra ilam kesinleşene kadar bekletici mesele yapılması teorik olarak mümkün olmakla birlikte, bu çözüm tarzı da uzun yıllar süren yargılamalara neden olacağından devlet hak ihlalinin dolaylı tazminat istemleriyle karşı karşıya gelebilecek ise de, sözleşme normal koşullarda ilerlemiş olsa idi ücretin elde edilebileceği zamana kadar

²⁸ Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007), 74; Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 147.

²⁹ AK m 164 hükmünün başarılı bir düzenleme olmadığına Yargıtay HGK tarafından da işaret edilmiştir: *"21. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenen ve "akdi vekâlet ücreti" ile "yasal vekâlet ücreti" olarak nitelendirilen iki tür vekâlet ücreti uygulamada çoğunlukla karıştırılmış, özellikle dava sonunda yüklenerek olan yargılama giderleri arasında bulunan "yasal vekâlet ücreti"nin kime ait olduğu konusunda ilk derece mahkemeleri kararlarında ve Yargıtay ilamlarında tartışmalara ve belirsizliklere sebep olmuştur.*

22. Bu nedenle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesi farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmü değildir. Madde metni düzenlenmesi dikkate alındığında farklı anlamların çıkarılabileceği sonucuna varılmıştır" (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 21.01.2020, E. 2019/4-37, K. 2020/32 K., İçtihat Bülteni, 06.02.2022.

bekleme söz konusu olacağından adil yargılanma hakkının ihlalinin bahsedilemeyeceği kanaatindeyim.

Burada haksız azil ve haklı istifa ya da avukatın ölümü halinde ücrete ilişkin olarak bir boşluk bulunduğu düşünülerek boşluğun doldurulması için farklı çözüm yolları düşünülebilecektir.

İlk olarak asgari ücret tarifesindeki maktu vekâlet ücreti esas alınarak çözüm getirilmesi düşünülebilir. Buna göre, esas alınacak ücret değeri para ile ölçülemeyen işlerde asgari ücret tarifesinde yazan tutar olacaktır. Bu esas alındığı takdirde vekâlet ücretinin esası olan ve derdest olan davanın sonuçlanarak ilamın kesinleşmesini beklemek zorunda kalınmayacaktır. Ancak bu çözümün her zaman için adil olduğu söylenemeyecektir. Değeri para ile ölçülebilen bir işten dolayı istenebilecek vekâlet ücreti nisbi olup çoğunlukla maktu vekâlet ücretinin çok üzerindedir. Salt henüz kesinleşmiş bir ilam bulunmaması nedeniyle daha düşük olan maktu vekâlet ücretine hükmetmek doğru bir çözüm tarzı olarak görülemeyecektir.

Diğer bir çözüm ise ücret uyuşmazlığına neden olan davaya ilişkin olarak ücret davasına bakan hâkimin farazi yargılama yaparak davanın kazanılıp kazanılmayacağını değerlendirerek avukatlık ücretini belirlemesidir. Farazi yargılama yapılarak avukatlık ücretinin belirlenmesi ücret uyuşmazlığını çözecek hâkim için ilave külfet getirecektir. Bununla birlikte bu yolun daha adil bir çözüm olacağı söylenebilirse de, en adil ve risksiz çözümün ücret uyuşmazlığını doğuran ana uyuşmazlığın sonuçlanmasının beklenmesi olduğu kanaatindeyim. Avukata ücret takdir edildikten ve tahsil edildikten sonra ana uyuşmazlığa ilişkin yargılamada davanın kazanılmaması ayrı hukuki sorunlara yol açabilecektir. Dava sonuçlansa idi daha az ücret alacak olan avukat ya da onun mirasçıları bu defa iade talebi ile karşılaşabileceklerdir. Fazladan ödenen ücretin iadesi istenmemiş olsa da avukat normal koşullarda elde edebileceğinden daha fazla menfaat temin etmiş olacaktır. Hukuk düzeninin bu durumu arzuladığı söylenemeyecektir.

Bir başka çözüm tarzı ise sanki dava kazanılmış ve ilam kesinleşmiş gibi düşünülüp vekâlet ücretinin buna göre hesaplanmasıdır.

Avukatın haksız azli veya haklı istifası halinde bu çözüm tarzına öğretide ve Yargıtay uygulamasında rastlanmaktadır.³⁰

Öğretide Aydın tarafından savunulan görüşe göre, avukatın haksız azli halinde AK m. 164, f. 4 hükmünde belirtilen ilamın kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur. Avukat haksız olarak azledilmiş olup, davayı takipten mahrum bırakılmıştır. Bu durumda dava sanki müvekkil lehine sonuçlanmış gibi düşünülerek ücret belirlenmelidir. Aksi durum henüz davanın başında azledilen avukatın yıllar sonra bitecek davanın sonucunu beklemesi sonucunu doğurur ki, bu düşünce yasanın genel yapısına aykırıdır.³¹ Bu görüşe karşı avukat davanın başında azledilmemiş olsa idi zaten en erken davanın sonuçlanması üzerine alacağı tahsil edebileceği, ayrıca davanın aleyhe sonuçlanması halinde, dava sonuçlanmadan kendisine sanki dava kazanılmış gibi ücret takdir edilen avukat haksız kazanç elde etmiş olacağı, salt avukatın haksız olarak azledilmiş olmasının haksız kazanç elde etme sebebi olamayacağı eleştirisi getirilebilir.

Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında taraflardan birinin ölümüyle avukatlık sözleşmesinin sona ermesi halinde henüz derdest olan davadan dolayı nisbi avukatlık ücretinin nasıl hesaplanacağına dair bir karara rastlanmamakla birlikte,³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun haksız azle ilişkin olarak verdiği yakın tarihli bir kararında, *“Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesinde “Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez” hükmü mevcuttur. Buna göre avukatın kusur ve ihmaline dayalı olmaksızın yapılan haksız azil sonucunda, avukatın vekâlet ücretinin tamamı, dava lehe sonuçlanıp kesinleşmiş gibi, muaccel hâle gelir”* ifadesine yer verilmiştir.³³ Yargıtay'ın haksız

³⁰ Avukatın haksız azline ilişkin geniş bilgi için bkz. Gediz Kocabaş, “Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi”, (MÜHFAD, C. 15, S. 1-2, 2009), 279 – 293.

³¹ Aydın, Avukatlık Ücreti, s. 113. Aynı yönde Özen, Avukatlık Hukuku, 636.

³² Bu durumun genellikle ücret alacağının belirginleşmesi için ücret alacağını doğuran davanın sonuçlanıp ilamın kesinleşmesinin beklenmesinin tercih edilmesinden kaynaklandığını düşünmekteyim.

³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.02.2021, E. 2017/13, K. 2021/59, İçtihat Bülteni, 06.02.2022. Aynı yönde bkz. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu**, 13.10.2020, E. 2019/13-15, K 2010/749, İçtihat Bülteni, 06.02.2022.

azil ve haklı istifa durumlarında artık avukatın davayı kazanmış olup olmadığına bakmadığı, sanki dava kazanılmış gibi vekâlet ücreti hesabı yapılması gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda azil tarihi itibarıyla harçlandırılmış müddeabih üzerinden AK m. 164, f. 4 hükmüne göre vekâlet ücreti hesaplanabilecektir.³⁴ Ancak sadece harçlandırılmış müddeabih üzerinden vekâlet ücreti hesaplanmasının kötüniyetli müvekkillerin avukatların vekâlet ücretini daha düşük ödemek için davanın sonlanmasına yakın azil yoluna başvurmalarından dolayı TBB Asgari Ücret Tarifesi'nde 2016 yılında değişikliğe gidilmiştir. Tarifenin m. 5, f. 2 hükmüne göre, "Gerek kısmi dava gerekse belirsiz alacak ve tespit davasında mahkemece dava değerinin belirlenmesinden sonra davacı davasını belirlenmiş değere göre takip etmese dahi, yasal avukatlık ücreti, belirlenmiş dava değerine göre hesaplanır". Buna göre bilirkişi incelemesi yapılarak dava değeri belirlenmiş ise artık müddeabihin harçlandırılmış olması aranmayacaktır.

Avukatlık Kanunu'nda 2001 ve 2004 yılında gerçekleşen değişiklikler sonrası dönemde ölüm sebebiyle istenebilecek avukatlık ücretine ilişkin olarak Yargıtay'ın kararlarına bakıldığında, Yüksek Mahkemenin haksız azil ve haklı istifa durumlarındaki dava kazanılmış gibi değerlendirmeden söz etmeksizin hakkaniyete uygun avukatlık ücretin ödenmesinden bahsettiği görülmektedir.³⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi

³⁴ "(...) Taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi bulunmadığına göre davacı avukat anılan yasal düzenleme gereğince harcı yatırılmış dava değerinin %10-20'si oranında akdi vekâlet ücreti ve yine aynı değer üzerinden karşı yan vekâlet ücreti isteyebilir" (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10.11.2013, E. 2013/15619, K. 2018/25008, İçtihat Bülteni, 06.02.2022).

³⁵ "...Davacının murisin vekili olarak davalarını takip ettiği, boşanma davası dışındaki davaların derdest olduğu 19.01.2009 tarihinde murisin vefat ettiği, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davacı ile müvekkili muris H. arasındaki vekâlet ilişkisi ölümle son bulmuştur. Dolayısı ile vekâlet ücreti alacağı da ölümle muaccel olmuştur. Sağlığında takip ettiği dava ve işlerle ilgili olarak davacı tarafından bir kusuru, güven ve özen ilişkisine aykırı bir eylemi olduğu ileri sürülmemiştir. Ancak vekil tarafından takip edilen boşanma davası dışındaki, davalar henüz derdest iken, müvekkilin ölümü üzerine davalı vekâlet ilişkisini sürdürmemiştir. Bu durumda vekil-müvekkil ilişkisinin tarafların bir kusuru olmaksızın, ölümle son bulmuş olması nedeniyle vekil avukatın davalı adına takip ettiği dava ve işlerin her biri itibarıyla, davaların geldiği safha, sarf ettiği emek ve mesaisi gözetilerek hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda davacının talebi de aşılmamak suretiyle makul bir vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." (Yargıtay 13. HUKUK DAİRESİ,

bir kararında avukatın ölümü üzerine müvekkilin bir başka avukat ile sözleşme yapmak zorunda olmasının da dikkate alınarak makul bir vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁶ Yargıtay'ın ölüm halinde ödenecek vekâlet ücreti ile haksız azil veya haklı istifa halinde ödenmesi gereken avukatlık ücretini aynı kefeye koymadığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2017 yılında verdiği bir kararda bu husus açık biçimde görülmektedir.³⁷ Gerçekten de ölüm

20.09.2010 T., 2010/4419 E.-2010/11699 K. – MISIR, s. 35). “(...) Davacı avukat ile vekil edeni arasındaki vekâlet ilişkisi ölümle son bulmuştur. Dolayısı ile vekâlet ücreti alacağı da ölümle muaccel olmuştur. Davacı avukatın bir kusuru, güven ve özen ilişkisine aykırı bir eylemi olduğu ileri sürülmemiştir. Ancak mirasçılar yeni bir avukat tayin ederek derdest olan takibi feragat ile sonuçlandırmışlardır. Bu durumda vekil-müvekkil ilişkisinin tarafların bir kusuru olmaksızın, ölümle son bulmuş olması nedeniyle davacı avukatın muris adına takip ettiği icra dosyası itibarıyla, geldiği safha, sarf ettiği emek ve mesaisi gözetilerek ve vekil edenin ölümü nedeniyle derdest olan takip için davalıların başka avukat tutması ve ona da vekâlet ücreti ödeyecek olması hususları da gözetilerek hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda davalının talebi de aşılmamak suretiyle makul bir vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir (...)” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 14.06.2011, E. 2011/2632, K. 2011/9482, Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, 35).

³⁶ “...Davacıların murisi olan avukat N. A.'un davalının vekili olup 28.05.2008 tarihinde vefat ettiği, davalı ile aralarında yazılı ücret sözleşmesi olmadığı, eskiden gelen vekâletnamesinin bulunduğu, Kuşadası 2. AHM 2004/455, 2006/146, Kuşadası I. AHM 2004/540, 2005/268, Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin 2006/2101 esaslı ve Kuşadası 2.AHM 2006/16 Değişik İş sayılı dava dosyalarını takip ettiği, bunlardan tespit dosyası ile idare mahkemesi dosyasının sonuçlandığı, diğerlerinin derdest olduğu dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Davalı ile vekili avukat arasındaki vekâlet ilişkisi ölümle son bulmuştur. Dolayısı ile vekâlet ücreti alacağı da ölümle muaccel olmuştur. Sağlığında takip ettiği dava ve işlerle ilgili olarak davalı tarafından bir kusuru, güven ve özen ilişkisine aykırı bir eylemi olduğu ileri sürülmemiştir. Ancak vekil tarafından takip edilen davalar henüz derdest olup, vekilin ölümü üzerine davalı yeni bir avukat tutmak durumunda kalmıştır. Bu durumda vekil müvekkil ilişkisinin tarafların bir kusuru olmaksızın, ölümle son bulmuş olması nedeniyle vekil avukatın davalı adına takip ettiği dava ve işlerin her biri itibarıyla, davaların geldiği safha, sarf ettiği emek ve mesaisi gözetilerek ve vekilin ölümü nedeniyle derdest olan davalar için davalının tekrar avukat tutması ve ona da vekâlet ücreti ödeyecek olması hususları da gözetilerek hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda davacıların talebi de aşılmamak suretiyle makul bir vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir...” (Yargıtay 13. HUKUK DAİRESİ, 15.07.2010 T., 2010/2237 E.-2010/10643 K.- Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, 36).

³⁷ “(...) Mahkemece, ölümle son bulan vekâlet ilişkisi nedeni ile davacı avukatın sözleşme kapsamında tüm vekâlet ücreti alacağına hak kazanmadığı gerekçesi ile hüküm tesis edilmiştir. Dava konusu olayda, sözleşmenin feshi, avukatın azli, ya da sulh bulunmadığından, sözleşme ve Avukatlık Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş olan

nedeniyle avukatlık sözleşmesinin sona ermesi ile avukatın haksız azli ya da haklı istifası ile sona ermesini eş değerde görmek ve aynı hukuki sonuçları kabul etmek için haklı bir neden bulunmamaktadır. Ölüm nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde hiçbir tarafın kusuru bulunmamakta iken haksız azil ve haklı istifa nedeniyle sona ermede müvekkilin kusuru söz konusudur. Bundan dolayı avukatlık sözleşmesinin ölüm nedeniyle sona ermesi durumunda haksız azil ve haklı istifa olduğu gibi sözleşme ilişkisinin sonlanmasında taraflardan birinin kusuru bulunmadığından dolayı yargılama gideri mahiyetindeki vekâlet ücretine hükmedilmemesi gerekir.^{38 39}

Tarafların ücreti belirlemediği ya da ücret anlaşmasının geçersiz olduğu hallerde değeri para ile ölçülebilen işlerde avukatlık ücretinin nasıl belirleneceğini belirten AK m. 164, f. 4 hükmünün taraflardan birinin ölümü halinde avukatlık ücreti belirlenirken göz ardı edilemeyeceği kanaatindeyim. Nasıl ki tarafların maktu vekâlet ücreti kararlaştırdığı hallerde sözleşmede belirli olan bu ücret dikkate alınıyor ise, tarafların ücreti kararlaştırmadığı durumlarda kanuna göre belirlenecek olan ücret de ölüm halinde ödenmesi gereken ücretin hesa-

bu durumlarda ödenmesi öngörülen vekâlet ücretlerinin talep edilmesi mümkün değilse de, dava konusu dosya alacağıın, murisin ölümü nedeniyle vekâlet görevi fiilen sona eren, ancak bu tarihe kadar görevini yerine getiren davacı avukatın, belli bir miktar vekâlet ücretine hak kazandığı da tartışmasızdır. Ne var ki davacının üzerine aldığı işleri sonuçlandırmasına engel olan ve gerek taraflar arasındaki sözleşmede, gerekse Avukatlık Kanununda ayrıca düzenlenmeyen bu özel durum nedeniyle, sözleşmeden kaynaklanan tüm vekâlet ücretlerinin talep edilebileceği de kabul edilemez. O halde, açıklanan tüm bu nedenlerle, davacı avukatın, takip konusu dosyalarla ilgili vekâletin başladığı tarihten, ölümle vekâletin sona erdiği tarihe kadar, murise sağladığı hukuki yardım nedeniyle sarf etmiş olduğu emek ve mesaisine karşılık hak ve nesafete göre alması gereken vekâlet ücreti tespit edilip, hâsıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davalıların, sözleşmeden kaynaklanan vekâlet ücretinden tümüyle sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir (...)" (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 20.09.2017, E. 2016/6367, K. 2017/8380, Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, 37).

³⁸ Aynı yönde bkz. Deniz, "Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Avukatlık Ücreti", 117.

³⁹ Avukatı haksız azli ya da haklı istifası durumunda bu ücretin de avukat tarafından talep edilebileceği konusunda öğreti ve yargı büyük ölçüde hemfikir görünmektedir (Kocabaş, "Avukatlık Sözleşmesinin Haksız Azil Yoluyla Sona Ermesinin Avukatlık Ücretine Etkisi", 289; Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, 176-177; Aydın, Avukatlık Ücreti, 113; c, 131; Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 16.03.2006, E. 2005/17679, K.2006/3713, YKD 2006, S.6, 923).

bında dikkate alınmalıdır. Aksinin kabulü bir yandan kanunun getirdiği sistemi taraflardan birinin ölümü halinde uygulanamaz hale getirmek anlamına gelir ki, bu kanun koyucunun iradesi ile çelişir; diğer yandan sözleşme ile ücretin belirlendiği hallerde bunu esas alıp, tarafların ücret belirlemesi yapmadıkları durumda nisbi avukatlık ücretini esas almamak bir çelişki olurdu. Bu nedenle bu halde taraflardan birinin ölümü halinde hesaplanacak ücrete esas olacak rakam AK m. 164, f. 4 hükmüne göre belirlenmelidir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin müvekkilin fiil ehliyetini kaybetmesi nedeniyle sözleşme ilişkisinin sona erdiği bir olayda değeri para ile ölçülebilen işlerde AK m. 164, f. 4 hükmünü dikkate aldığı görülmektedir.⁴⁰ Avukatlık sözleşmesinin taraflardan birinin ölümü nedeniyle sona ermesi durumunda da hukuki durum esas itibarıyla aynıdır.

D. Ücret Hesabının Somutlaştırılması

İlk olarak taraflarca ücretin kararlaştırılmış olduğu hallerde bu ücret, diğer durumlarda ise AK m. 164, f. 4 hükmü kapsamında takdir edilecek ücret esas alınacaktır. Belirlenen bu rakamda belirli ölçütler dikkate alınarak indirime gidilecektir.

⁴⁰ "(...) Somut olaya gelince; Davaya konu olayda, taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesi mevcut olmayıp, davaya konu ... Sulh Hukuk Mahkemesi' nin 2002/13 Tereke sayılı, Sulh Hukuk Mahkemesi' nin 1998/474 Esas ve birleşen ... Sulh Hukuk Mahkemesi' nin 1998/636 Esas sayılı halen devam eden verasetin iptali dava dosyası ve ... Cumhuriyet Başsavcılığı' nın 2007/3045 esas sayılı soruşturma dosyaları yönünden hükme esas alınan 13.09.2013 tarihli bilirkişi raporunda doğru olarak mak-tu vekâlet ücretlerinin hesaplandığı, Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 1997/898 Esas sayılı ve halen devam eden tapu iptal ve tescil davasında davacı avukatlardan Avukat ...' in bu davaya 1998 yılında vekâletname ibraz ettiği dikkate alınarak bu tarihte geçerli olan Avukatlık asgari ücret tarifesine göre, Asliye Hukuk Mahkemesi' nin 2004/427 Esas sayılı ve halen devam eden vasiyetnamenin iptali ile tapu iptal ve tescil davasında müddeabihin %10 - %20' sine göre, davalının 01.07.2008 tarihinde vesayet altına alınmasından dolayı vekâletin yasal nedenle sona erdiği, bu tarih itibarıyla devam eden bu iki dava dosyasında harca esas dava değeri yani harcı yatırılan miktar dikkate alınarak belirlenecek bedellerden, yasal nedenle vekâletin sona ermesi, davaların halen devam ediyor olması, emek, hak ve nesafet ile davalının davalarında birden çok avukatla temsil edildiği göz önünde bulundurularak indirim yapılarak davacılar yararına tek vekâlet ücretine karar verilmesi gerekirken bu davada 22.12.2010 dava tarihi itibarıyla devam eden 2 dava dosyasının değerinin bilirkişi aracılığıyla belirlenip, belirlenen bu değer üzerinden vekâlet ücretinin hesaplanması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir (...)." (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 01.06.2016, E. 2015/19494, K. 2016/14044, hukukmedeniyeti.org, 21.02.2022).

Ölüm halinde ödenmesi gereken sözleşmeye dayalı avukatlık ücreti belirlenirken ilk dikkate alınacak husus avukatın sarf ettiği emektir. Sarf edilen emek üstlenilen hukuki yardımın süresine göre değişeceği gibi, hukuki yardımın konusunun özelliği de belirleyici olacaktır. Yoğun araştırma yapılmaya gerek olmayan, alelade bir uyuşmazlığa harcanacak emek ile nitelikli ve derinlemesine araştırma yapılmasını gerektiren bir konuda harcanacak emek aynı değildir. Bir dava takibi söz konusu olduğunda ölüm daha davanın henüz başında iken gerçekleşmiş ise, harcanan emek ilerlemiş, sona yaklaşmış bir davaya kıyasla daha az olacaktır.

Yargıtay avukatlık sözleşmesinin taraflarından birinin ölümü halinde işin yüzdesel olarak ne kadarının tamamlanmış olduğunun belirlenerek ücretin takdir edilmesi gerektiği görüşündedir. Temel olarak bu yaklaşım doğru olmakla birlikte kesin doğrulukta bir yüzde hesabı yapılmasının mesleğin niteliği gereği mümkün olmadığı kanaatindeyim. Burada işin ne oranda tamamlandığı ancak somut olay özelinde takdiri olarak belirlenebilecektir.

Yargıtay ölüm halinde avukatlık ücretinin hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda hesaplanması gerektiğini belirtmiş ve belirlenecek olan ücretin makul bir ücret olması gerektiğini içtihat etmiştir. Yargıtay'ın kararının daha iyi anlaşılabilmesi için nesafet kavramı üzerinde durulmalıdır.

Nesafet kavramı, "*fertlerin kanun karşısında müsaviliği ve onların haklarına riayetinin zaruri bulunduğu esaslarından tabiatıyla çıkarılan bir adalet prensibidir*" şeklinde tanımlanmaktadır.⁴¹ Yani nesafet bireylerin eşitliği ve haklara saygı esasına dayanmaktadır.

Soyut kurallar içeren hukuki düzenlemelerin somut olaya uygulanması sırasında, hakkaniyet ve nesafet kavramları kullanılarak adil çözümlere ulaşılmak istenir. Hukuki sorunların çözümünde nesafet ilkesinin de dikkate alınması, adaletin sağlanması için başvuru olan klasik yöntemlerin yeterli çözüm sunmadığı noktalarda, somut olayın ayırt edici özelliklerine uygun adil çözüm yolunu sunma çabası-

⁴¹ Reyhan Sunay, Türk Hukuk Lügati, (Ankara 1991), 267. Nesafet kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Hande Sena Çalış, "Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukunda Bazı Görünüş Şekilleri", (SÜHFD, C. 25, S. 2, 2017), 185-216.

dır.⁴² Nesafet ile soyut ve objektif kuralın somut olaya indirgenerek, deyim yerinde ise sübjektifleştirilerek adaletin sağlanması amaçlanır.⁴³ Nesafet ile hakkaniyet sağlanır.⁴⁴

Soyut ve katı kuralların somut olaya indirgenirken doğurduğu haksız uygulamaları yumuşatmak suretiyle adalet ve hakkaniyete uygunluğa yaklaştırmak nesafetten beklenen işlemdir. Bunun yanı sıra hukukun güncel ihtiyaçları karşılayamadığı hallerde de nesafet ilkesine başvurulmaktadır.⁴⁵

Türk Medeni Kanunu ilk maddesinde hâkimin durumun gerekleri ve haklı sebepleri gözeterek hakkaniyete göre karar vereceğini belirtmektedir. Burada hakkaniyetin gözetilmesinden kasıt objektif ve soyut kuralların somut olay özeline indirgenerek karar verilmesi gereğidir. Yani kanun koyucu nesafetin gözetilmesini istemektedir.

Taraflardan birinin ölümü halinde ödenmesi gereken avukatlık ücretinin hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda belirlenmesi avukatın sunduğu hukuki yardımın karşılığını alması biçiminde yorumlanmalıdır. İş sahibinin ya da onun mirasçılarının avukatlık ücretinden sorumlu tutulmaları fedakârlığın denkleştirilmesi anlamında olmayıp, sunulan hukuki yardımın gerçek karşılığının verilmesine yöneliktir. Avukat tarafından sunulan hukuki yardım sonuca ulaşmadan avukatlık sözleşmesi tarafların kusuru olmaksızın sona erdiğine göre, avukatın ya da onun mirasçılarının tam ücret talep edebilmeleri adil olmaz; öte yandan hukuki yardımın tamamlanmamış olması nedeniyle avukata girdiği duruşma ya da yazdığı dilekçe başına dilekçe yazma ücreti takdir edilerek avukatlık ücretinin bu şekilde belirlenmesi de adil bir çözüm olarak görülemeyecektir. Ölüm gerçekleşmeseydi elde edilecek olan avukatlık ücreti esas alınmalı, ilke olarak sunulan hukuki yardı-

⁴² Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, (İstanbul 2012), 72; Çalış, "Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukunda Bazı Görünüş Şekilleri", 187.

⁴³ Aynı yönde bkz. Çalış, "Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukunda Bazı Görünüş Şekilleri", 187.

⁴⁴ Zuhale Bereket, *Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay*, (Ankara Yetkin Yayınları, 1996), 138.

⁴⁵ Selman Sacit Boz, *İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması*, (Ankara, Seçkin Yayınları, 2017), 131.

mın yüzdesel karşılığı ödenmelidir. Ancak daha önce de işaret edildiği üzere, kesin bir yüzde oranı belirlemek eşyanın tabiatı gereği mümkün değildir. Burada belirlenecek olan yüzde belirli ölçüde takdire dayalı olacaktır. Yargıtay'ın haklı olarak ifade ettiği gibi, ölüm sebebiyle bir başka avukatın hukuki yardımı sonuçlandıracak olması nedeniyle ona da ücret ödeneceği olgusu avukata ya da onun mirasçılara ödenecek olan avukatlık ücretinin belirlenmesinde mutlaka dikkate alınmalıdır. İşin hangi aşamasında dâhil olursa olsun avukatın tam ücrete hak kazanacağına dair TBB Asgari Ücret Tarifesi m. 5, f. 1 hükmü bu yoruma engel görülmemelidir. Rızai akitlerden olan ve belirli sınırlar içerisinde sözleşme özgürlüğünün hâkim olduğu avukatlık sözleşmesinde ölüm nedeniyle bir başka avukattan hukuki yardım alınması zorunluluğunun doğduğu hallerde işe sonradan dâhil olan avukata ödenecek ücretin hukuki yardımın geldiği aşama dikkate alınarak belirlenmesine yasal bir engel bulunmadığı kanaatindeyim.

Davanın sonuçlanmasına yakın ölen avukatın davanın sonuçlanıp kazanılmasına büyük katkılarda bulunduğu mahkemece yargılama giderine hükmedilip mirasçılarının yasal vekâlet ücretini elde edebilmeleri gerektiği öğretide savunulmakta⁴⁶ ise de, yukarıda belirttiğim gerekçe ile bunun mümkün olmadığını düşünmekteyim. Böylesi bir durum olsa olsa ilk derece mahkemesince karar verilmiş, kanun yollarına başvurulmuş, yapılması gereken işlemler yapılmış ve sadece yüksek mahkemenin onama kararının verilmesinin beklendiği hallerde söz konusu olabilir.

Yargıtay'ın avukatlık ücretine ilişkin uyuşmazlıklarda AK m. 164 hükmünün yetersiz olmasından dolayı somut olay adaletine önem verdiği görülmektedir.⁴⁷ Bu olgu dikkate alındığında da ölüm halinde

⁴⁶ Deniz, "Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Avukatlık Ücreti", 117; Çalış, "Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukunda Bazı Görünüş Şekilleri", 189.

⁴⁷ "(...) Davacı, icra takibinde açıkça sözleşme gereği aylık ücretleri ile karşı tarafa yüklenerek vekâlet ücretini de istediğini açıklamıştır. Ne var ki bu ücret alacağına hesaplanması ve muacceliyet kazanması konusuna açıklama getirilmelidir. Avukatlık Yasasının 164/son maddesinde açıklanan ve aksine sözleşme olmadığında avukata ait olacağı kabul edilen ücret alacağı yargılama ve icra gideri niteliğinde olduğundan ancak dava ve takip sonuçlandığında miktarı belli olur ve bundan sonra müvekkil tarafından hasımdan tahsili mümkün hale gelir. Müvekkilin vekiline ödeme borcu da hasım taraf-

avukatlık ücreti belirlenirken somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak avukatlık ücreti takdir edilmelidir.

SONUÇ

Avukatın ya da müvekkilin ölümü ile avukatlık sözleşmesi kendiliğinden sona erer.

Avukatlık sözleşmesinin taraflardan birinin ölümü nedeniyle sona ermesi durumunda ücret ödeme borcunun akıbetinin ne olacağına Avukatlık Kanunu'nda düzenlenmemiş olması meslek hukukunu düzenleyen bu kanun açısından eksiklidir.

Avukatın ölümü ile onun hukuki yardım sunma borcunun ifası imkânsız hale geldiğinden onun borcu kendiliğinden sona erecektir. Artık bu halde avukatın hukuki yardım sunma borcunun ifası imkânsızlaşmıştır. TBK m. 136 hükmü genel hüküm olması sebebiyle avukatlık sözleşmesinde de uygulanabilir olmakla birlikte avukatlık mesleğinin özellikleri göz ardı edilmemelidir. İfasına hiç başlanmamış bir hukuki yardım için ücret talep edilemez iken, ifasına başlanan ve fakat tamamlanamayan hukuki yardıma ilişkin olarak ücret talep edilebilir.

Taraflardan birinin ölümü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumu tek yanlı bir irade sonucu gerçekleşen avukatın haksız azli veya haklı istifası ile eş değer olarak görülemez. Bu yüzden burada ödenmesi gereken ücret kural olarak sadece sözleşme ile kararlaştırılan ücrettir. Davada haksız çıkan tarafa yükletilen yargılama gideri mahiyetindeki avukatlık ücreti ölüm sebebiyle sona ermede istene-

tan tahsil edilmeden doğmaz. Diğer bir anlatımla hasım taraftan henüz vekâlet ücreti alacağını tahsil etmemiş veya edememiş olan müvekkilden avukat bu alacağını isteyemez. Tahsil edilmiş olmasını beklemek durumundadır. Kural böyle olmakla birlikte hâkim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, Avukatlık Yasasının 164/son maddesinde işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapmalı, özellikle MK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılmasına ve dürüstlük kurallarının ihlaline izin vermemeli, gerektiğinde müvekkilin dava veya takip sonucunda belirlenen bu ücret alacağına tahsil etmiş kabul etmeli, aksi halde bu nitelikteki ücret alacağına ilişkin istemi henüz muaccel olmadığından reddetmelidir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 16.03.2006, E. 2005/17679, K. 2006/3713, UYAP Mevzuat, 05.02.2022). Bu karar doğrudan konumuzla ilgili olmamakla birlikte Yargıtay'ın somut olay adaletini sağlamak için hakkın kötüye kullanılmasına yasağına başvurduğunu görmek açısından önemlidir.

mez. Ancak hukuki yardımın tamamlanmış olduğu ve sadece kesinleşmenin beklendiği istisnai durumlarda somut olay adaletinin sağlanması bakımından bu ücret talep edilebilmelidir.

Ölüm halinde hesaplama esas alınacak olan ücret taraflarca belirlenen ücrettir. Taraflarca bir ücret belirlenmemiş ise ya da avukatlık sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz olduğu hallerde AK m. 166, f. 4 hükmüne göre belirlenecek olan ücret esas alınacaktır.

Taraflardan birinin ölümü sebebiyle sona eren sözleşmede ücretin tamamına hak kazanılmaz. Bu tür sona erme durumunda işin yüzdesel olarak ne kadarının tamamlanmış olduğu takdiri olarak belirlenmelidir. Avukatlık ücreti hesaplanırken hak ve nesafet ilkeleri doğrultusunda makul bir ücret belirlenmelidir. Bu makul ücret belirlenirken müvekkilin ayrıca yeniden bir avukatın hukuki yardıma ihtiyacı duyacağı ve ona da ücret ödeyeceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Ölüm halinde ücretin talep edilebilmesi için hukuki yardıma konu davanın kesinleşmesinin beklenmesi gerekir. Ancak Yargıtay uygulaması aksi yöndedir.

Avukatlık Kanunu'nun meslek hukukunu düzenleyen bir kanun olmakla birlikte uygulamada en çok sorun çıkan ücrete ilişkin hükümleri yetersizdir. Adı geçen kanunda değişikliğe gidilerek ücret uyumsuzluklarının detaylı olarak düzenlenmesi ve uygulamadaki yaşanan sorunların çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- ADAY, Nejat, Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997.
- ADAY, Nejat. Avukatın Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: Vedat Yayınları, 2016.
- AYDIN, Murat. Avukatlık Ücreti, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- BEREKET Zuhâl. Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- BOZ Selman Sacit. İdare Hukukunda Haklı Beklentinin Korunması, Ankara: 2017.
- ÇALIŞ, Hande Sena. “Genel Olarak Nesafet Kavramı ve Bu Kavramın İdare Hukukunda Bazı Görünüş Şekilleri”, SÜHFD, C. 25, S. 2, (2017), 185-216.
- DENİZ, İlknur. Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi Halinde Avukatlık Ücreti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, 2016.
- GÜNER, Semih. Avukatlık Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- GÜNERGÖK, Özcan. Avukatlık Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- GÜRSOY, Kemal Tahir. Vekâlet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyum 14-16 Haziran 1976, İstanbul: İÜHFME Yayını, Sulhi Garan Matbaası, 1-34.
- KARATEKE, Songül. Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- KAYIHAN, Şaban. ÜNLÜTEPE, Mustafa. Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3 (2014), 171-212.
- KURU, Baki. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, İstanbul: Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, 2001.

- MISIR, M. Haşim. Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret, Ankara: TBB Yayınları, 2020.
- MÜDERRİSOĞLU, Feridun. Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara: Ayyıldız Matbaası A.Ş., 1974.
- ÖKTEM Niyazi. TÜRKBAĞ Ahmet Ulvi. Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul: 2012.
- ÖZEN, Atilla. Avukatlık Hukuku, Ankara: 2023.
- ÖZDEMİR, Burcu Deniz. “Avukatlık Sözleşmesinde Ücret”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2020.
- ÖZKAYA, Erarslan. Vekâlet Sözleşmesi ve kötüye Kullanılması, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997.
- POLAT, Metin. “Avukatlık Sözleşmesinde Ücret”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Melikşah Üniversitesi, 2014.
- SEÇER, Öz. “Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İnÜHFD, C.6, S. 4, (2015), 877-944.
- UÇAR, Salter. Avukatın Hak ve Ödevleri, Avukatlık Kanunu-Avukatlık Asgari Ücret Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul: Kazancı Kitap A.Ş., 1998.

ENFORCEABILITY OF UMBRELLA CLAUSES BY INVESTMENT ARBITRATION TRIBUNALS

*şemsiye Klozların Yatırım Tahkim Mahkemeleri
Tarafından Uygulanabilirliği*

Dr. Banu Fatma GÜNARSLAN*

ABSTRACT

Over the last few decades, one of the most contentious issues of the international investment law has been the interpretation of the ‘umbrella clauses’. Since the umbrella clauses are generally vague, short and hidden in international investment agreements, the interpretation of the clause is in a controversial position and thereby having been subject to the scholarly interest. Should umbrella clauses in international investment agreements be

* Hâkim, Türkiye Adalet Akademisi, Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, e-posta: banugunarslan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-3033-5533.

Makale Geliş Tarihi:10.03.2023

Makale Kabul Tarihi:18.03.2024

- » Atıf şekli: Banu Fatma Günarslan “Enforceability of Umbrella Clauses by Investment Arbitration Tribunals”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 85-107.
- » Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



enforceable by arbitration tribunals? Or to what extent investor's claims stemming from a contractual breach could be enforceable by arbitration tribunals? *SGS v Pakistan* and *SGS v Philippines* have addressed these questions and reached opposite decisions. This article aims to examine the contradictory arbitral decisions and to discuss broad and restrictive approaches. The article begins with a brief review of umbrella clauses. Then, it analyses leading arbitral cases with the help of scholar views in order to shed the light on critical aspects of the issue.

Keywords: Umbrella clauses, foreign investment, foreign investor, investment arbitration, international investment agreement

ÖZET

Son birkaç on yılda, uluslararası yatırım hukukunun en tartışmalı konularından biri, 'şemsiye klozların' yorumlanması olmuştur. Uluslararası yatırım anlaşmalarında şemsiye klozlar genellikle muğlak, kısa ve gizli olduğundan, klozun yorumlanması tartışmalıdır ve bu nedenle akademik ilgiye konu olmuştur. Uluslararası yatırım anlaşmalarındaki şemsiye klozlar, tahkim mahkemeleri tarafından uygulanabilir olmalı mıdır? Ya da, yatırımcının sözleşme ihlalden kaynaklanan iddiaları, tahkim mahkemeleri tarafından ne ölçüde uygulanabilir? *SGS v Pakistan* ve *SGS v Philippines* davaları bu soruları ele almışlar ve karşıt kararlara varmışlardır. Bu makale, çelişkili tahkim kararlarını incelemeyi ve geniş ve sınırlayıcı yaklaşımları tartışmayı amaçlamaktadır. Makale, şemsiye klozların kısa bir incelemesi ile başlamaktadır. Ardından, konunun kritik yönlerine ışık tutmak için önde gelen tahkim davalarını akademik görüşler yardımıyla analiz etmektedir.

Anahtar kelimeler: Şemsiye klozlar, yabancı yatırım, yabancı yatırımcı, yatırım tahkimi, uluslararası yatırım anlaşması

INTRODUCTION

Where a host state does not perform its contractual obligations to a foreign investor, the investor can bring a claim against the host state for breach of contract. From a traditional standpoint, investors can pursue their claims before the domestic courts of host state. However, this perception has been changed by means of umbrella clauses in international investment agreements so as to give protection to the investor.

Umbrella clauses are critical and obviously contentious. In this respect, whereas some international tribunals and scholars interpret the clauses broadly, some others interpret them restrictively.

This article will endeavour to answer the questions whether umbrella clauses in international investment agreements should be enforceable by arbitration tribunals, and whether a state should include an umbrella clause. In order to answer these questions, this article will attempt to examine the contradictory decisions rendered by the international tribunals by beginning with the meaning and a brief review of umbrella clauses. Broad approach and restrictive approach will be attempted to be discussed in light of wide range of leading cases. The article will then analyse the questions critically, trying to trace a logical path, and assessing crucial aspects of the issue.

I. MEANING

Traditionally, investment arbitration has not incorporated contractual claims.¹ In other words, when a state breaches a private contract, this generally will not lead to direct international liability on the state. Foreign investors have been nervous about entering foreign countries which might include a prejudiced and extremely slow

¹ Krista Nadakavukaren Schefer, *International Investment Law: Text, Cases and Materials*, (Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing Second Edition 2016), 503.

domestic judicial system.² However, umbrella clauses have elevated a breach of private contract to the stage of an international treaty violation, and have changed the traditional perception. They grant foreign investment international remedies even in case of breach of contract.³ It is generally accepted that the aim of the umbrella clauses is to add extra protection to the foreign investor.⁴ The protection of investor-state contracts has become a standard clause in bilateral investment agreements.⁵ Investment agreements generally include umbrella clauses typically providing for the Parties to ‘respect’, ‘observe’ or ‘abide by’ all their obligations and commitments to the foreign investors.⁶

Even if it may seem that umbrella clauses are jurisdictional, they bring an additional substantive Bilateral Investment Treaty (BIT) obligation indeed. As it is a substantive treaty commitment, the contractual states have to adhere to the umbrella clause obligation.⁷

An umbrella clause is a provision in a BIT that provides the compliance of obligations of host state to the investor. These provisions are called “umbrella clauses” since they put contractual agreements under the treaty’s protective umbrella.⁸ In other words, umbrella clauses have been understood as the clause for the

² Jonathan B. Potts, “Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization”, *Virginia Journal of International Law*, 51/4 (2011): 1030.

³ David Collins, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 146.

⁴ Christoph Schreuer, “Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered”, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, ed. Todd Weiler, (London: Cameron May, 2005), 301.

⁵ Joachim Karl, “The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 11/1 (1996): 23.

⁶ Gus van Harten, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *International and Comparative Law Quarterly*, 56 (2007): 388.

⁷ Taida Begic Sarkinovic, “Umbrella Clauses and Their Policy Implications”, *Hague Yearbook of International Law*, 24 (2011): 316.

⁸ Christoph Schreuer, “Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, 5/2 (2004): 250.

compliance of contractual obligations by the host state having entered into the investment treaty with the investor's state.⁹ In this respect, foreign investment protection is extended to any obligation made by the state in terms of the investment where there is an umbrella clause in the BIT.¹⁰ That is to say, if there is an umbrella clause, a contractual breach gives rise to a violation of the international treaty, and thus it can be contended in international arbitration.¹¹ Nonetheless, interpretation of umbrella clauses is quite conflicting.¹²

After 1945, the question whether domestic law in the host state enabled adequate legal protection to justify the expenses of large scale projects was asked. Accordingly, umbrella clauses were considered as a bridge between domestic law and public international law to grant the investor more public law security.¹³ There are various versions of umbrella clauses, differing from provision to provision in several BITs.¹⁴ The British Model Treaty includes an umbrella clause in Article 2(2) "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other contracting Party". The Mexico-Netherlands BIT¹⁵ provides that "Each Contracting Party shall observe any other obligation in writing, it has assumed with regard to investments in its territory by nationals of the other Contracting Party. Disputes arising from such obligations shall be settled under the terms of the contracts underlying the obligations." The BIT between Germany and Pakistan of 1959 included an umbrella clause.

⁹ Katia Yannaca-Small, "What About This Umbrella Clause", in *Arbitration Under International Investment Agreements*, ed. Katia Yannaca-Small, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 479.

¹⁰ Schefer, *International Investment Law*, 503.

¹¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 168.

¹² Raul Pereira De Souza Fleury, "Treaty-Protected Investment Agreements: Of Umbrella Clauses and Privity of Contract", *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 23/2 (2016): 322.

¹³ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 168.

¹⁴ Schefer, *International Investment Law*, 504.

¹⁵ Agreement on Promotion, Encouragement and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of the Netherlands and the United Mexican States, Art 3(4) (Oct 1, 1999).

The Parliament was informed by the Government the impact of an umbrella clause “The violation of such an obligation [of an investment agreement] accordingly will also amount to a violation of the international legal obligation contained in the present Treaty”.¹⁶

The most controversial point regarding umbrella clauses is that under what circumstances the investor is to be under the treaty’s protection.¹⁷ Although the prevailing view¹⁸ is that an umbrella clause elevates contractual breach to the level of violation of treaty, arbitral award in *SGS v Pakistan*¹⁹ in 2003 changed the conventional consideration of the clause.

II. APPLICATION OF UMBRELLA CLAUSES

The importance of the application of the umbrella clauses is that investment arbitration tribunals could have jurisdiction over claims for breach of contract.²⁰ Linguistic differences among the umbrella clauses have caused various interpretations as to the extent and effect of the clauses.²¹ Due to the variety of models for umbrella clauses, arbitration tribunals construe their scope and decide jurisdiction over claims on a case-by-case basis.²² It is contentious whether umbrella

¹⁶ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 167.

¹⁷ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 166.

¹⁸ Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, (The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 81; F. A. Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *British Yearbook of International Law*, 52/1 (1981); Christoph Schreuer, “Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *The Journal of World Investment & Trade*, 5/2 (2004): 251.

¹⁹ *SGS v. Pakistan*, ICSID Case No.ARB/01/13 (6 Aug 2003), <https://www.italaw.com/cases/1009>, 07.03.2023.

²⁰ Jarrod Wong, “Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes” *George Mason Law Review*, 14 (2006): 139.

²¹ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (Oxford: Oxford University Press, Sixth Edition, 2015), 488.

²² Mary E. Footer, “Umbrella Clauses and Widely Formulated Arbitration Clauses: Discerning the Limits of ICSID Jurisdiction”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 16 (2017): 97.

clauses transform contract breaches by host state into level of breach of international treaty law automatically. On the one hand, some arbitral tribunals have applied these provisions widely, having given full effect to umbrella clauses, on the other hand, in some cases they have been construed restrictively.²³

A. Broad Approach to Umbrella Clauses

The wide understanding of the scope of umbrella clause has been based on *pacta sunt servanda*.²⁴ A broad interpretation of the clause was reflected in *Noble Ventures v. Romania*.²⁵ In this case the tribunal construed Article II(2)(c) of the BIT between the United States and Romania, which was “[e]ach party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”. The tribunal pointed out that an umbrella clause is “usually seen as transforming domestic law obligations into obligations directly cognizable in international law.”²⁶ The Tribunal noted that “[i]n normal circumstances *per se* a breach of a contract by the State does not give rise to direct international responsibility on the part of the State. This derives from the clear distinction between municipal law on the one hand and international law on the other, two separate legal systems (or orders) the second of which treats the rules contained in the first as facts, as is reflected in *inter alia* Article Three of the International Law Commission’s Articles on State Responsibility adopted in 2001.”²⁷

In *SGS v Philippines*²⁸ the Tribunal also gave a broad effect to the umbrella clause, having remarked that in the presence of an umbrella

²³ Schefer, *International Investment Law*, 504.

²⁴ Omolade Adeyemi Oniyinde and Tosin Ezekiel Ayo, “The Protection of Energy Investments under Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: A Mith or a Reality?”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, 61 (2017): 165; also see Elvira R. Gadelshina, “Hermeneutic Reflections on the Specific Purpose of Umbrella Clauses”, *The Journal of World Investment & Trade*, 14 (2013): 827.

²⁵ *Noble Ventures v. Romania*, ICSID Case no. ARB/01/11 (12 Oct 2005), <https://www.italaw.com/cases/747>, 07.03.2023.

²⁶ *Noble Ventures v. Romania*, para. 53.

²⁷ *Noble Ventures v. Romania*, para. 53.

²⁸ *SGS v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 Jan 2004), <https://www.italaw.com/cases/1018>, 07.03.2023.

clause in the BIT, a breach of an investment contract will give rise to a breach of the investment treaty. The Tribunal considered that where the claims of treaty breach derived from contractual disputes, the tribunal has jurisdiction. It is interesting to mark that the Tribunal held that “Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host state to fail to observe binding commitments, including contractual commitments. ...But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law.”²⁹

Likewise, in *Eureko v Poland*³⁰, it was stated that contract breaches by host state could be violations of the BIT’s umbrella clause, even if they did not breach the BIT’s other standards. The Tribunal held that “the plain meaning - the ‘ordinary meaning’- of a provision prescribing that a State ‘shall observe any obligation it may have entered into’ with regard to certain foreign investment is not obscure. The phrase, ‘shall observe’ is imperative and categorical. ‘Any’ obligations is capacious; it means not only obligations of a certain type, but ‘any’- that is to say, all - obligations entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. ...The context of Article 3.5 [the umbrella clause] is a Treaty whose object and purpose is ‘the encouragement and reciprocal protection of investment’, a treaty which contains specific provisions designed to accomplish that end, of which Article 3.5 is one. It is a cardinal rule of the interpretation of treaties that each and every operative clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless”.³¹

Some other cases³² and scholars³³ have supported the broad approach to umbrella clauses. As regards these cases, full effect was

²⁹ *SGS v. Philippines*, para. 128.

³⁰ *Eureko v. Poland*, Partial Award, (19 Aug 2005), <https://www.italaw.com/cases/412>, 07.03.2023.

³¹ *Eureko v. Poland*, para. 246, 248.

³² See *LG & E Energy Corp., LG&E Capital Corp. & LG&E Int’l Inc. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 Oct. 2006), <https://www.italaw.com/cases/621>, 07.03.2023; *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8 (17 Jan. 2007), <https://www.italaw.com/cases/1026>, 07.03.2023; *Plama Concorcium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24 (27 Aug. 2008), <https://www.italaw.com/cases/857>, 07.03.2023; *Duke Energy v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19 (18 Aug. 2008), <https://www.italaw.com/cases/356>, 07.03.2023.

granted to umbrella clauses. In these tribunals, it was generally confirmed that in the existence of an umbrella clause, breach of commitments undertaken by the host state amounted to a violation of the treaty.

Although the purpose of the umbrella clauses is to provide the promotion of investment, addressing the observance of undertaking by the host state, the approach giving full effect to the clauses seems to be too broad. From this point of view, even purely contractual breaches by the host state might be subject to international law domain.

B. Restrictive Approach to Umbrella Clauses

Whilst a number of tribunals have construed the umbrella clauses broadly, in some other cases, several limitations have been imposed upon the application of the clauses.

In *SGS v Pakistan*³⁴, the Tribunal interpreted the umbrella clause of the BIT between Pakistan and Switzerland which stated that “[e]ither Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investment of the investors of the other Contracting Party”. The Tribunal declined the investor’s umbrella clause claim. The Tribunal brought out four arguments while reaching the decision. One of the arguments was that the conventional understanding would include the small types of obligation, and therefore give rise to a flood of lawsuits before international tribunals. The second argument presented by the Tribunal was that other guarantees under the treaties would be seen supererogatory if a breach of small obligation allowed an international tribunal. Thirdly, it was considered that the clause was not placed in the substantive guarantees. And eventually, it was stated

³³ Stanimir A. Alexandrov, “Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in *SGS v Pakistan* and *SGS v Philippines*”, *The Journal of World Investment & Trade*, 5 (2004) 572; Kathryn Ballantine, “How Far Do Bits Bite- A Comparison of *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties*”, *Cambridge Student Law Review*, 2 (2006): 36; Gregorio Salatino, “Overview of Umbrella Clauses”, *Business Law International*, 13/1 (2012): 58.

³⁴ *SGS v. Pakistan*, ICSID Case No.ARB/01/13 (6 Aug 2003).

that forum selection provision under the investment contracts would not be binding for the investor.³⁵ It was held that the umbrella clause in the BIT “[d]id not purport to a state that breaches of contract alleged by an investor in relation to a contract it has concluded with State (widely considered to be a matter of municipal rather than international law) are automatically ‘elevated’ to the level of breaches of international treaty law.”³⁶ The Tribunal also stated that the umbrella clause might cover contract claims where such an intention was clearly manifested in the BIT. Therefore, it is crucial for contractual states to indicate their intentions to include or exclude international claims obviously in the drafting of the umbrella clause.³⁷ The decision in the *SGS v Pakistan* was criticised severely in the *SGS v Philippines* for failing to construe the umbrella clause under its ordinary meaning.³⁸ The decision in *SGS v Pakistan* appeared to be policy based.³⁹

While the Tribunal in *SGS v Philippines* applied the clause too broadly, in *SGS v Pakistan* the Tribunal ruled the umbrella clause extremely restrictively. The umbrella clause was left with little meaning. From this sort of limited approach, it is hard to see what role an umbrella clause has.

Some other tribunals⁴⁰ have advocated the approach argued in *SGS v Pakistan*. In 2006, in *El Paso v Argentina*⁴¹ and in *Pan American*

³⁵ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 172.

³⁶ *SGS v. Pakistan*, para. 166.

³⁷ Siqing Li, “Convergence of WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: A Closer Look at Umbrella Clauses”, *Chicago Journal of International Law*, 19/1 (2018): 218.

³⁸ *SGS v Philippines*, para. 125: “Not only are the reasons given by the Tribunal in *SGS v. Pakistan* unconvincing: the Tribunal failed to give any clear meaning to the ‘umbrella clause’. ... But Article 11, if it has any effect at all, confers jurisdiction on an international tribunal, and needs to do so with adequate certainty. Jurisdiction is not conferred by way of ‘an implied affirmative commitment’ or through the characterisation of circumstances as ‘exceptional’.”

³⁹ Ballentine, “How Far Do Bits Bite”, 36.

⁴⁰ See *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 Sept 2009), <https://www.italaw.com/cases/1108>, 07.03.2023; *Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (9 Nov 2004), <https://www.italaw.com/cases/954>, 07.03.2023.

*v Argentina*⁴², Tribunals confirmed the restrictive understanding of umbrella clauses however introduced the difference between state's acts of sovereign and state's acts of merchant.⁴³ In *El Paso*, the significant question was connected with whether the umbrella clauses had the impact of converting all contractual obligations into international law undertakings and, accordingly, transforming breaches of contract into breaches of the BIT.⁴⁴ In *El Paso*, the Tribunal underlined the need of equilibrium between protection of foreign investment and state sovereignty. The Tribunal stated that "[t]he umbrella clause in Article II of the BIT ... will not extend the Treaty protection to breaches of an ordinary commercial contract entered into by the state or state-owned entity but will cover additional investment protections contractually agreed by the state as a sovereign-such as stabilization clause- inserted in an investment agreement."⁴⁵ Thus, *El Paso* supported the middle approach.⁴⁶ In *Pan American* the Tribunal considered that "[i]n the Tribunal's view, this umbrella clause does not extend its jurisdiction over any contract claims that the claimants might present as stemming solely from the breach of a contract between the investor and the Argentine State or an Argentine autonomous entity. Moreover, in the Tribunal's view, it is especially clear that the umbrella clause does not extend [its jurisdiction] to any contract claims when such claims do not rely on a violation of the standards of protection of the BIT, namely, national treatment, MFN clause, fair and equitable treatment, full protection and security, protection against arbitrary and discriminatory measures, protection against

⁴¹ *El Paso Energy v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (27 April 2006), <https://www.italaw.com/cases/382>, 07.03.2023.

⁴² *Pan American/BP v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006), <https://www.italaw.com/cases/172>, 07.03.2023.

⁴³ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 172, 173.

⁴⁴ David Foster, "Umbrella Clauses: A Retreat from the Philippines", *International Arbitration Law Review*, 9 (2006): 100.

⁴⁵ *El Paso Energy v. Argentina*, para. 81; see also *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, (6 August 2004), paras. 81–82, <https://www.italaw.com/cases/590>, 07.03.2023.

⁴⁶ Mihir C. Naniwadekar, "The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference?", *Trade, Law and Development*, 2/1 (Spring, 2010): 179.

expropriation or nationalisation either directly or indirectly, unless some requirements are respected.”⁴⁷ In this regard, the Tribunals pointed out that solely disputes based on state contract regarding acts of sovereign will be covered by investment arbitration. Hence, both decisions did not limit the scope of the umbrella clause as dramatically as *SGS v Pakistan*. However, they brought distinction between the state’s activity as a merchant and as a sovereign. In scholarship⁴⁸ the argument that umbrella clauses merely cover breaches of contracts stemming from sovereign activities has been supported recently.

In *CMS Gas Transmission Co. v Argentina*⁴⁹, the Tribunal also remarked the distinction between the state activity as a merchant and as a sovereign, assessing the nature of the state’s interference with the contract. The Tribunal noted that “[t]he tribunal believes the Respondent is correct in arguing that not all contract breaches result in breaches of the treaty. The standard of protection of the treaty will be engaged only when there is a specific breach of treaty right and obligations or a violation of contract rights protected under the treaty. Purely commercial aspects of a contract might not be protected by the treaty in some situations, but the protection is likely to be available when there is significant interference by governments or public agencies with the right of the investor.”⁵⁰ Likewise, the Tribunal in *Sempra v Argentina* found that merely a breach in the act of a sovereign state power but not an ordinary commercial breach could violate the umbrella clause in the BIT between Argentina and US. The Tribunal held that the sweeping changes which host state had brought were in

⁴⁷ Pan American/BP v. Argentina, para. 112.

⁴⁸ See Francesco Costamagna, “Investor’ Rights and State Regulatory Autonomy: The Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v Argentina Case”, *Transnational Dispute Management*, 3 (2006); Richard Happ, “Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty”, *German Year Book of International Law*, 45 (2002): 347; Richard Happ and Noah Rubins, “Awards and Decisions of ICSID (W. Bank) Tribunals in 2004”, *German Year Book of International Law*, 47 (2004): 921; Thomas W. Wälde, “Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience”, in *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, ed. Norbert Horn, Stefan Kröll (Kluwer Law International, 2004).

⁴⁹ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (12 May 2005), <https://www.italaw.com/cases/288>, 07.03.2023.

⁵⁰ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, para. 299.

action of the state's public power. Thus, these breaches of the obligations had led to a breach of the umbrella clause.⁵¹

The understanding that umbrella clauses cover solely governmental breaches has been found unconvincing and criticised in scholarship. One of the reasons is that differentiating between governmental and purely commercial activity is practically difficult.⁵² In addition, it has been claimed that the distinction disregards that to maintain efficient investor-state cooperation and contracting, host state obligations require to be protected not merely against breaches of governmental activity, but also against breaches of a commercial nature.⁵³

It also must be mentioned that in the presence of a forum selection clause in the contract between the investor and the state, despite their broad understanding of umbrella clauses, various investment tribunals⁵⁴ have referred the disputes to the selected courts. On the other hand, in several cases⁵⁵, exclusive forum selection clauses have not precluded the dispute from international investment tribunal.⁵⁶

III. ANALYSIS

In order to give an answer to the question whether umbrella clauses in BITs should be enforceable by arbitration tribunals, a logical path should be traced. In this regard, initially, it must be contemplated whether the umbrella clauses elevate breaches of the contract between

⁵¹ *Sempra v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16 (28 Sept 2007), <https://www.italaw.com/cases/1002>, 07.03.2023.

⁵² Judith Gill, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties", *Journal of International Arbitration*, 21/5 (2004): 407.

⁵³ Stephan W. Schill, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, 18 (2009): 39.

⁵⁴ See *SGS v. Philippines*; *Bosh Int'l Inc v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11 (25 Oct 2012), <https://www.italaw.com/cases/1563>, 07.03.2023.

⁵⁵ See *LG&E Energy Corp. v. Argentina*; *Eureka B.V. v. Poland*.

⁵⁶ Katherine Jonckheere, "Practical Implications from an Expansive Interpretation of Umbrella Clauses in International Investment Law", *South Carolina Journal of International Law & Business*, 11 (2015): 161.

the host state and the investor to the level of violation of the treaty. In other words, it should be examined whether the umbrella clauses convert the contractual breaches by the host state into the violation of the international law. Subsequently, this also brings the following question: Do umbrella clauses enable international protection against all types of breaches including those arising from purely commercial acts of the host state? That is to say, it should be argued whether in the existence of the umbrella clause in the BIT between the states, all types of breaches of commitments undertaken by the host state with respect to investment lead to a violation of international treaty or there should be distinction between the state's activities.

The interpretation of umbrella clauses by the tribunals demonstrates that understanding of the rule in a controversial position. What stands out from the various decisions is that the crucial issue is whether all sorts of breaches of contracts between the state and the investor would amount to a breach of the investment treaty in the presence of an umbrella clause.

From a traditional point of view, under international law a breach of private contract by a state does not result in international responsibility on that state. Accordingly, normally a foreign investor can only sue the host state before the domestic courts of the host state. However, foreign investors generally do not rely on domestic courts, particularly in developing countries which are usually under unstable legal and economic conditions. Foreign investors have doubts that domestic law can assure legal protection for their large-scaled investments. In this sense, umbrella clauses have been provided in BITs to guarantee to investors the compliance of commitments, and therefore, the continuity and the certainty of legal conduct.

Looking at the terminology of an umbrella clause, it generally states that each Contracting State shall undertake to observe any obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party. Umbrella clauses are written in a way as general as possible and do not distinguish between state's obligations of a commercial or sovereign feature. Therefore, application and construal of umbrella clauses are pretty contentious. One of the

view of interpretation gives full effect to the umbrella clauses whereas the other view of interpretation brings limitations to the umbrella clauses. As explained above, from the wide approach of view, the main objective of umbrella clauses is to protect foreign investment, providing international remedies to foreign investors. From this perspective, if umbrella clauses did not allow international arbitration, what would main goal be? Conversely, restrictive view has alleged that broad interpretation could cause a flood of lawsuits when numerous contracts are under the extent of international law. In addition, some tribunals have supported this argument, claiming distinction between state acting as a commercial and as a sovereign. Both views have a close look, deep examination, strong and overwhelming arguments.

Host states are free to broaden the extent of treaty jurisdiction as much as they want. Acceptably, the preferable application is that such broadening is unequivocally obvious from the BIT.⁵⁷

However, umbrella clauses are designed in a vague way and it is generally hard to find them in BITs. Therefore, they are quite sensitive. Tribunals should be meticulous and cautious while construing wide and ambiguous umbrella clauses. At this point, it is pivotal to find out the contracting states' real intention. General terminology is likely to demonstrate a standard of legal conduct rather than an acquiescence to international arbitration.

A State as a legal person has the ability to enter into private contracts as any private entity or citizen. Particularly considering such private contracts which host state enters into as an act of merchant, claiming even ordinary contract breaches before international investment arbitration through an umbrella clause could give rise to overprotection of foreign investors. Equilibrium of interests of foreign investors and host states ought to be maintained while interpreting the clause. Granting excessive power to foreign investors through the umbrella clauses seems to be beyond the intention of the host state. In this sense, the sensible and balanced solution could be to differentiate the state's activities as act of

⁵⁷ Velimir Zivkovic, "Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues in International Arbitration", *Belgrade Law Review*, 3 (2012): 354.

merchant and act of sovereign as argued in *El Paso* case. Thus, if the host state is exercising a governmental action which solely belongs to a government, a breach of such a contract can amount to a treaty violation. Accordingly, it is natural to sue the host state in international tribunals. Notwithstanding an umbrella clause, this should not be the case when the host state exercises as a merchant. Where the host state merely enters into a simple, ordinary commercial contract with the foreign investor, breach of such contract by host state should not lead to an international law violation. Nevertheless, it could be argued that these claims may be pursued before commercial arbitration in the existence of arbitration clause with the parties' consent to arbitration.

Umbrella clauses are generally ambiguous, short and hidden, and thus, may simply be missed by the host states. They provide power to foreign investors sometimes more than that the contractual states may have intended.⁵⁸ Regarding inconsistent arbitral decisions due to its controversial nature, it could be risky for a state to include an umbrella clause in BITs. Particularly developing countries should be careful and cautious at this point, given that some foreign investors such as international corporations are likely to be more prosperous than some developing countries with the profound influence of globalization. In this regard, if they do not want to face with international responsibility, in particular for their ordinary private contract breaches, host states should not include an umbrella clause. On the other hand, it is not a surprise that states may wish to provide international protection to foreign investors in order to promote investments and to sustain investor-state cooperation. If a state wishes to extend the scope of treaty jurisdiction, such extending should be clear and uncontroversial in the BIT. Typically, states do that through the umbrella clauses. Where the wording of the clauses is ambiguous, general and wide, tribunals usually tend to give the umbrella clauses full effect. Hence, so as to limit the scope of international protection provided through the clauses, states should use more qualified, explicit and comprehensive language in their BITs.

⁵⁸ Collins, *An Introduction*, 146.

CONCLUSION

In conclusion, giving an answer to the question whether umbrella clauses in international Investment Agreements should be enforceable by arbitration tribunals is not straightforward. Both broad and restrictive views have strong arguments. Both views have proponents from scholars and international tribunals.

Apparently, host states are enabled to broaden the extent of treaty jurisdiction by means of umbrella clauses to encourage foreign investments. It is also comprehensible that foreign investors would like to pursue their claims before international tribunals rather than domestic courts of host states.

Certain types of legal undertakings such as purely contractual obligations promised by the host state as an act of merchant seem to be unsuitable to be pursued before international investment tribunals, particularly taking their private law nature into consideration, notwithstanding *pacta sunt servanda*. Nonetheless, it could be arguably accepted that these contract breaches might be brought before commercial arbitration if there was an arbitration clause in the contract by the consent of the parties. On the other hand, it is natural that breach of contracts arising from the host state's governmental activities could be enforceable by investment arbitration tribunals by means of umbrella clauses. Although this argument seems to be the most reasonable and appropriate answer to the question regarding the enforceability of the umbrella clauses, one should note that it is not an easy task to discern commercial and sovereign acts of government.

Given that umbrella clauses are usually vague and short, and that conflicting arbitral decisions have been held, host states, particularly developing countries should be meticulous while drafting clauses when entering into BITs. Negotiators should circumscribe the equivocal issues, namely scope and the effect of the umbrella clause diligently, evaluating potential disputes in order that arbitration tribunals can implement the clauses accurately and in accordance with the parties' real intentions.

As is delineated in the *BIVAC v Venezuela* that “there is no *jurisprudence constante* on the effect of [such] clauses, that the subject is one on which legal opinion is divided, that the relationship between commercial and sovereign acts of government is not free from difficulty, and that each particular clause falls to be interpreted and applied according to its precise wording and the context in which it is included in a BIT.”⁵⁹

According to the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)⁶⁰, recent international investment agreements tend to omit the umbrella clause whereas old treaties generally include it. This approach could be seen as the beginning of the end for the umbrella clause. Nevertheless, controversial issues derived from old-generation treaties seem to be continued.⁶¹

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

⁵⁹ Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, *BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (29 May 2009), para. 141, <https://www.italaw.com/cases/179>, 07.03.2023.

⁶⁰ UNCTAD, “IIA Issues Note, International Investment Agreements, Review of ISDS Decisions in 2019: Selected IIA Reform Issues”, January 2021, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d1_en.pdf (07.03.2023).

⁶¹ Samantha Rowe and Svetlana Portman, “Current Trends in ‘Umbrella Clause’ Claims Arising From Breaches of Contractual Obligations”, *International Bar Association*, (June 2021), <https://www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims> (22.02.2022).

BIBLIOGRAPHY

CASES

- SGS v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13 (6 Aug 2003), <https://www.italaw.com/cases/1009>, 07.03.2023.
- SGS v. Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6 (29 Jan 2004), <https://www.italaw.com/cases/1018>, 07.03.2023.
- Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, (6 August 2004), <https://www.italaw.com/cases/590>, 07.03.2023.
- Salini Costruttori S.p.A. & Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction (9 Nov 2004), <https://www.italaw.com/cases/954>, 07.03.2023.
- CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8 (12 May 2005), <https://www.italaw.com/cases/288>, 07.03.2023.
- Eureko v. Poland, Partial Award, (19 Aug 2005), <https://www.italaw.com/cases/412>, 07.03.2023.
- Noble Ventures v. Romania, ICSID Case no. ARB/01/11 (12 Oct 2005), <https://www.italaw.com/cases/747>, 07.03.2023.
- El Paso Energy v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (27 April 2006), <https://www.italaw.com/cases/382>, 07.03.2023.
- Pan American/BP v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006), <https://www.italaw.com/cases/172>, 07.03.2023.
- LG &E Energy Corp., LG&E Capital Corp. & LG&E Int'l Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 Oct 2006), <https://www.italaw.com/cases/621>, 07.03.2023.
- Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 (17 Jan 2007), <https://www.italaw.com/cases/1026>, 07.03.2023.
- Sempra v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16 (28 Sept 2007), <https://www.italaw.com/cases/1002>, 07.03.2023.

Duke Energy v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19 (18 Aug 2008), <https://www.italaw.com/cases/356>, 07.03.2023.

Plama Concorcium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24 (27 Aug 2008), <https://www.italaw.com/cases/857>, 07.03.2023.

Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. The Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (29 May 2009), <https://www.italaw.com/cases/179>, 07.03.2023.

Toto Construzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (11 Sept 2009), <https://www.italaw.com/cases/1108>, 07.03.2023.

Bosh Int'l Inc v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/11 (25 Oct 2012), <https://www.italaw.com/cases/1563>, 07.03.2023.

BOOKS

Blackaby, Nigel and others. Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, Sixth Edition, 2015.

Collins, David. An Introduction to International Investment Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Dolzer, Rudolf and Margrete Stevens. Bilateral Investment Treaties. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Schefer, Krista Nadakavukaren. International Investment Law: Text, Cases and Materials. Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing, Second Edition, 2016.

ARTICLES

Alexandrov, Stanimir A. "Breaches of Contract and Breaches of Treaty: The Jurisdiction of Treaty-Based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS v Pakistan and SGS v Philippines". The Journal of World Investment & Trade. 5 (2004): 555-577.

- Ballentine, Kathryn. "How Far Do Bits Bite- A Comparison of SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines: Interpreting Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties" *Cambridge Student Law Review*. 2 (2006): 33-44.
- Costamagna, Francesco. "Investor' Rights and State Regulatory Autonomy: The Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v Argentina Case". *Transnational Dispute Management*. 3 (2006). <https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=720> (22.02.2022)
- Fleury, Raul Pereira De Souza. "Treaty-Protected Investment Agreements: Of Umbrella Clauses and Privity of Contract". *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*. 23/2 (2016): 319-333.
- Footer, Mary E. "Umbrella Clauses and Widely Formulated Arbitration Clauses: Discerning the Limits of ICSID Jurisdiction". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 16 (2017): 87-107.
- Foster, David. "Umbrella Clauses: A Retreat from the Philippines". *International Arbitration Law Review*. 9 (2006): 100-108.
- Gadelshina, Elvira R. "Hermeneutic Reflections on the Specific Purpose of Umbrella Clauses". *The Journal of World Investment & Trade*. 14 (2013): 804-828.
- Gill, Judith. "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties". *Journal of International Arbitration*. 21/5 (2004): 397-412.
- Happ, Richard. "Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty". *German Year Book of International Law*. 45 (2002): 331-362.
- Happ, Richard and Noah Rubins, "Awards and Decisions of ICSID (W. Bank) Tribunals in 2004". *German Year Book of International Law*. 47 (2004): 878-921.
- Jonckheere, Katherine. "Practical Implications from an Expansive Interpretation of Umbrella Clauses in International Investment Law". *South Carolina Journal of International Law & Business*. 11 (2015): 143-161.

- Karl, Joachim. "The Promotion and Protection of German Foreign Investment Abroad". *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*. 11/1 (Spring, 1996): 1-36.
- Li, Siqing. "Convergence of WTO Dispute Settlement and Investor-State Arbitration: A Closer Look at Umbrella Clauses". *Chicago Journal of International Law*. 19/1 (2018): 189-232.
- Mann, F. A. "British Treaties for the Promotion and Protection of Investments". *British Yearbook of International Law*. 52/1 (1981): 241-254.
- Naniwadekar, Mihir C. "The Scope and Effect of Umbrella Clauses: The Need for a Theory of Deference?". *Trade, Law and Development*. 2/1, (Spring, 2010): 169-194
- Oniyinde, Omolade Adeyemi and Tosin Ezekiel Ayo. "The Protection of Energy Investments under Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: A Mith or a Reality?". *Journal of Law, Policy and Globalization*. 61 (2017): 161-169.
- Potts, Jonathan B. "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization". *Virginia Journal of International Law*. 51/4 (2011): 1005-1045.
- Rowe, Samantha and Svetlana Portman. "Current Trends in 'Umbrella Clause' Claims Arising From Breaches of Contractual Obligations". *International Bar Association*. (June 2021), [https:// www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims](https://www.ibanet.org/current-trends-umbrella-clause-claims) (22.02.2022).
- Salatino, Gregorio. "Overview of Umbrella Clauses", *Business Law International*. 13/1 (2012): 51-62.
- Sarkinovic, Taida Begic. "Umbrella Clauses an Their Policy Implications". *Hague Yearbook of International Law*. 24 (2011): 313-357.
- Schill, Stephan W. "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties". *Minnesota Journal of International Law*. 18 (2009): 1-97.

- Schreuer, Christoph. "Travelling the BIT-Route-Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road". *The Journal of World Investment & Trade*. 5/2 (2004): 231-256.
- Schreuer, Christoph, "Investment Treaty Arbitration and Jurisdiction over Contract Claims-the Vivendi I Case Considered". In *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, ed. Todd Weiler, 281-323. London: Cameron May, 2005.
- Van Harten, Gus. "The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State". *International and Comparative Law Quarterly*, 56 (2007): 371-393.
- Wälde, Thomas W., "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty: An Overview of Selected Key Issues based on Recent Litigation Experience". In *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, ed. Norbert Horn, Stefan Kröll, 193-237. Kluwer Law International, 2004.
- Wong, Jarrod. "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes". *George Mason Law Review*. 14 (2006): 135-177.
- Yannaca-Small, Katia, "What About This Umbrella Clause". In *Arbitration Under International Investment Agreements*, ed. Katia Yannaca-Small, 479-503. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Zivkovic, Velimir. "Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues in International Arbitration". *Belgrade Law Review*. 3 (2012): 345-360.

BİLİRKİŞİ RAPORUNDA TARAF BEYANLARININ DEĞERLENDİRİLMESİNİN, KAYSERİ BİLİRKİŞİLİK BÖLGE KURULU'NUN 2023/38 DİŐİPLİN NOLU KARARLARI ÖZELİNDE BİLİRKİŞİNİN DİŐİPLİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN İRDELENMESİ

Examination of the Evaluation of the Party Statements in the Expert Report in Terms of the Disciplinary Liability of the Expert Witness in the Context of the Decisions of the Kayseri Regional Board of Expert Witnesses with Dicipinary Number 2023/38

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa OKUR*

ÖZET

Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığının 2022/38541 nolu soruşturma dosyasına iki kişilik bilirkişi heyeti tarafından sunulan 19.10.2022 tarihli kök rapor ile 07.12.2022 tarihli ek raporun sonuç bölümünde

* Nuh Naci Yazgan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: mokur@nny.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-0211-8187.

Makale Geliş Tarihi:30.01.2024

Makale Kabul Tarihi:18.03.2024

⇒ Atıf Şekli: Mustafa Okur “Bilirkişi Raporunda Taraf Beyanlarının Değerlendirilmesinin, Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 2023/38 Disiplin Nolu Kararları Özelinde Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu Açısından İrdelenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 109-147.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



“şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde ifadeye yer verilmiştir. Söz konusu ifadenin bilirkişilik mevzuatına aykırı olduğu iddia edilerek, bilirkişi raporlarını düzenleyen bilirkişiler hakkında başkaca aykırılık ve ihlal iddialarıyla birlikte 02.06.2023 tarihinde Kayseri Bilirkişilik Bölge Kuruluna şikâyetle bulunulmuştur. Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulunca 14.06.2023 tarih 2023/38 disiplin nolu karar ile bilirkişiler hakkında herhangi bir disiplin yaptırımının uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiş; söz konusu karara yapılan itiraz da Kurulun 06.09.2023 tarih 2023/38 disiplin nolu kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Bu çalışmada bilirkişi raporlarında taraf beyanlarının değerlendirilmesinin disiplin yaptırımını gerektirip gerektirmediği, Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulunun 2023/38 disiplin nolu anılan kararlarına konu bilirkişi raporlarında yer verilen “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde ifade özelinde incelenmiş ve bu yönden kurul kararları değerlendirilmiştir. Şikâyet dilekçesinde ileri sürülen ve Kurulca karara bağlanan diğer aykırılık iddiaları ise incelenmemiş, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişi, Bilirkişi Raporu, Bilirkişinin Şikâyeti, Bilirkişilik Bölge Kurulu, Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu.

EXTENDED ABSTRACT

An expert witness is a person who assists the judiciary in the understanding of the case by providing to judiciary with the special and technical information needed for the solution of the case subject to trial. Judges can apply for expert examination in cases where special and technical information is needed during the case process, prosecutors can apply during the investigation process. It was decided to conduct an expert examination in the investigation carried out by the Kayseri Chief Public Prosecutor's Office with the file number 2022/38541 for the crime of causing construction pollution and two experts were appointed on this matter. Two expert reports, the first report dated 19.10.2022 and the second report dated 07.12.2022, were submitted to the investigation file by two expert witnesses.

A complaint was filed against the expert witnesses to the Kayseri Expertise Regional Board on 02.06.2023, claiming that the basic principles and rules of expertise were violated and the report was prepared contrary to the legislation by expert witnesses in the first report dated 19.10.2022 and the second report dated 07.12.2022. One of the issues of the complaint is the statement written in the conclusion section of the expert reports as follows: "The allegations of the suspect and the suspect's attorney do not reflect the truth."

In the complaint made against the expert witnesses, all the statements and declarations of the suspect and the suspect's attorney in the investigation file were summarized such as no innovations or changes were made that would constitute the crime of causing construction pollution on the property after the building occupancy permit was issued by the complainant municipality and it was stated that all of them were real. This complaint was submitted to the Board as an attachment to the petition. It was stated that making unfounded and subjective comments about the defenses in the file, such as "the allegations of the suspect and the suspect's attorney do not reflect the truth" in the conclusion section of the expert reports, is wrong, misleading and contrary to the basic principles and rules of expertise, and it was requested that the necessary examinations and inspections be carried out.

Kayseri Expertise Regional Board decided that there is no need to impose any disciplinary sanctions with its decision dated 14.06.2023, meeting no 2023/8, discipline no 2023/38, decision no 2023/104. In the decision, it was stated that the defense of the expert witnesses was not consulted due to the subject of the claim and the absence of evidence. In the justification of the decision, some of issues that determined to be contrary to the project by expert reports were mentioned and also it was stated that an evaluation was made that it was stated that these issues do not overlap with the defenses and the issue intended in the expert reports was also related to these issues.

The complainant's attorney objected to the decision of the Kayseri Expertise Regional Board dated 14.03.2023, meeting No 2023/8,

discipline No 2023/38, decision no. 2023/104, stating that not to apply disciplinary sanction on 13.07.2023. It was stated that the decision was contrary to procedures, laws, precedent Board's decisions, the main purpose of the Expertise Law and the purpose of the existence of the Board. In the objection petition, it was stated that making a wrong decision by misjudging without even taking the defense of the expert witnesses would mean denial of the board's reason for existence and violation of the board's primary audit duty. The complainant's attorney's objection dated 13.07.2023 to the first Board decision was also flatly dismissed without making a new justification by the Kayseri Expertise Regional Board with the decision dated 06.09.2023, meeting no 2023/10, discipline no 2023/38, decision no. 2023/134, saying "with the justifications of the first decision".

In this study, whether the evaluation of party statements in expert reports requires disciplinary sanctions has been examined within the scope of the statement "the allegations of the suspect and the suspect's attorney do not reflect the truth" included in the expert reports that are the subject of the mentioned decisions of the Kayseri Expertise Regional Board with discipline no 2023/38 and Board's decisions were evaluated from this perspective.

Other allegations made in the complaint petitions and decided by the Board were not examined and were excluded from the scope of the study. The subject of research was examined and evaluated in terms of the disciplinary responsibility of the expert within the framework of the complainant's statements and decision justifications included in both Board decisions. It was concluded that including a statement such as "the allegations of the suspect and the suspect's attorney do not reflect the truth" in the expert reports is against the expert legislation and requires disciplinary sanctions, and in this respect, the board's decisions were not legitimate.

Keywords: Expert Witness, Expert's Report, Complaint to Expert Witness, Expertise Regional Board, Disciplinary Responsibility of Expert Witness.

GİRİŞ

Bilim ve teknolojiadaki gelişmeler, uyumsuzlukların her geçen gün daha karmaşık hale gelmesi, uyumsuzlukların çözümünde özel ve teknik bilgiye olan ihtiyacı artırmaktadır¹. Yargılama sürecinde ihtiyaç duyulan özel ve teknik bilgiyi ilgili yargı organına ileterek, uyumsuzluğun temelini teşkil eden vakıaların tespiti ya da açıklığa kavuşturulması bağlamında uyumsuzluğun çözümünde yargı organına yardımcı olan kişiye bilirkişi denir². Yargı organının takdirine bağlı olarak bilirkişi tarafından gerçekleştirilen, amacı sadece ihtiyaç duyulan bilgi ve görüşü sunarak hâkim ve savcuyu aydınlatmak olan inceleme yöntemine ise bilirkişi incelemesi denir³.

- ¹ Seyithan Deliduman, “Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007), 260; Toraman 46; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000), 740; Mustafa Okur, “Bilirkişi ve Bilirkişilik Uygulamasına Yöneltilen Eleştiriler”. Kayseri Barosu Dergisi, 20 (2001): 11.
- ² Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 526; Ömer Buğra Alihocagil, “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXII/3-4 (2018): 550; Ramazan Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 478; Ahmet Başözen, Kamulaştırma Bilirkişiliği (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 1-2; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 302; Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 31; İbrahim Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, (Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, 2022), 73, 79, 81; Baki Kuru, Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 777; Okur, “Bilirkişi ve Bilirkişilik Uygulamasına Yöneltilen Eleştiriler”, 11; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 219; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (İstanbul: Vedat Kitapçılık 2020), 713; Hakan Pekcanitez vd., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017), 1917; Süha Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku Cilt I (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 972-973; Süha Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017) 5, 26; Üstündağ, 740; Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X/3-4 (2016): 275-276; Kamil Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, 75. Yaş Günün İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004) 835-836.
- ³ Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 513; Başözen, 52; Ersin Erdoğan ve S. Hilal Üçüncü. “Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”. Ha-

Bütün yargı alanlarında uygulanan bilirkişilik kurumu adli yargıda ceza yargısı bakımından ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Bilirkişi İncelemesi" başlıklı ikinci bölümünde 62 ilâ 73. maddelerde, hukuk yargısı bakımından ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Bilirkişi İncelemesi" başlıklı beşinci bölümünde 266 ilâ 287. maddelerde düzenlenmiş; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde de HMK'nın ilgili hükümlerinin idari yargının konusuna giren davalarda da uygulanacağı belirtilmiştir. 24.11.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6754 sayılı Birliklilik Kanunu ile de bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi, denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmiş, bilirkişiliğin daha etkin ve kurumsal bir yapıya kavuşturulması amaçlanmış (BilK m. 1)⁴ ve Bilirkişilik Daire Başkanlığı, Bilirkişilik Danışma Kurulu ve Bilirkişilik Bölge Kurulları olmak üzere üç temel birim oluşturulmuştur.

Yargı sürecinde bilirkişilik o kadar önemlidir ki bilirkişinin yargı organına yaptığı açıklamalar, raporuyla sunduğu görüş, yargılama neticesinde verilecek karara doğrudan etki etmekte, adeta yargısal

cettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1 (2020): 356; Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 79; Oğuz Polat ve A. Taner Güven, "İngiliz Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 119 (2015): 109; Barış Toraman, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde) Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 69.

⁴ Adalet Komisyonu raporunda da temel amaç "...bilirkişilik alanında uygulamada yaşanan sorunlara çözüm getirmek maksadıyla, bilirkişilik temel ve alt uzmanlık alanlarının, bilirkişinin sahip olması gereken niteliklerinin, bilirkişilik etik kurallarının, bilirkişi rapor tekniklerinin belirlenmesi ile bilirkişi listelerinin oluşturulması ve denetimine kadar tüm süreci kapsayan etkin işleyen bir kurumsal yapının oluşturulması" şeklinde belirtilmiştir [Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu (TBMM, Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı: 388), s. 89]. Benzer hususlar geçmişte öğretilerde de "Olması gereken hukuk açısından, bilirkişilik yapacak kimselerin tamamının üst bir hukukî yapılanmanın çatısı altında toplanması suretiyle bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanacak olursa, hem davranış normlarının standardizasyonu hem de bilirkişilikte uygulanması uygulanacak disiplinler yaptırımların, sicillerin de tutulması suretiyle etkinliğin artırılması, disiplinler denetimin kolaylaştırılması ve bilirkişilik yapacakların durumlarının rahatlıkla izlenmesi gerçekleştirilmiş olur" şeklinde dile getirilmiştir (Süha Tanrıver, "Bilirkişinin Sorumluluğu". Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 56 (2005): 580-581).

karar üzerinde belirleyici olmaktadır⁵. Yargılama sistemi içinde çok ciddi bir işlevi olan, böylesine önemli bir müessesenin kötüye kullanılmasının önlenmesi, kurumsal bir yapıya kavuşturularak disipline edilebilmesi için bilirkişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin getirilmesi zorunludur⁶. Bilirkişilik kurumu yerine getirdiği işlev nedeniyle yargının en önemli unsurlarından birini teşkil ederken, aynı zamanda yargıda en çok sorun yaşanan alanların başında gelmekte, yaşanan sorunların büyük çoğunluğu ise ilgili mevzuattan değil, uygulamadan kaynaklanmaktadır⁷.

Bilirkişi ile yargı organı arasındaki ilişki kamusal bir ilişki, bilirkişilik görevi de kamusal bir görevdir⁸. Bilirkişilerin hukuki⁹, cezai¹⁰

- ⁵ Erdoğan ve Üçüncü, "Bilirkişilik Kurumu Ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", 356; Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 79; Haluk Konuralp, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik", Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2001), 503; Süha Tanrıver, "Bilirkişinin Etik, Hukukî ve Cezaî Açılardan Sorumluluğu", Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001 (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2001), 407; Tanrıver, Medenî Usûl, 1010; Fulya Teomete Yalabık, "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı (2014): 2155; Toraman 48.
- ⁶ Talat Canbolat, "Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74/Özel Sayı (2016): 268; Tanrıver, "Bilirkişinin Etik, Hukukî ve Cezaî Açılardan Sorumluluğu", 406; Tanrıver, Bilirkişinin Sorumluluğu 133.
- ⁷ Başözen, 2; Canbolat, "Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi", 267; Deliduman, "Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik", 262; Gökhan Karaburun, "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları". Adli Tıp Bülteni, 22/3 (2017): 200; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 597.
- ⁸ Hüseyin Melih Çakır, 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 28; Mustafa Kılıçoğlu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 1163; Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik 51; Teomete Yalabık, "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış", 2131; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanun Şerhi (Ankara: Yetkin Yayınları 2013), 1269; Fatih Zora, Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik (Ankara: Adalet Yayınları, 2022), 31-32. Bilirkişiliğin kamusal bir faaliyet olduğu kabul edilmekle beraber bir görüş bilirkişiyi kamu görevlisi olarak kabul ederken (Tanrıver, "Bilirkişinin Sorumluluğu", 592; Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik 51, 71; Alkan, 36) diğer görüş bilirkişinin kamu görevlisi olmadığı yönündedir (Çakır, 29; Zora, 31-32).
- ⁹ Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu konusunda onların bir anlamda hâkimin yardımcısı olma nitelikleri de dikkate alınarak hakimlerin hukuki sorumluluğuna benzer bir yöntem izlenerek birinci derecede devletin sorumlu olduğu kabul edilmiştir⁹. "Bilirkişinin hukuki sorumluluğu" başlıklı HMK m. 285'e göre bilirki-

ve disiplin sorumluluğu bulunmaktadır¹¹. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ve buna dayanılarak çıkarılan Bilirkişi Yönetmeliği¹² ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi bilirkişinin denetim ve disiplinine ilişkin kurallardır. Bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde bilirkişilere disiplinler yaptırımlar uygulanabilmekte, bu konuda verilen kararlara karşı bölge kurulu kararı nezdinde itiraz yoluna gidilebilmekte, itiraz üzerine verilen kararlara karşı da idari yargıda iptal davası açılabilir (BilK m. 15).

Bu çalışmada inceleme konusu bölge kurulu kararlarından doğrudan alıntı yapmak suretiyle önce bilirkişi raporlarının sunulduğu soruşturma dosyasına konu olayın özetine, sonra bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" şeklinde ifade yer verilmesinin bilirkişinin disiplin sorumluluğunu doğuracağına ilişkin bilirkişi şikayetinin özetine, son-

şinin kasten veya ağır ihmal suretiyle düzenlemiş olduğu gerçek raporun hükme esas alınması nedeniyle zarara uğrayanlar bu zararın tazmini için Devlete karşı tazminat davası açabilir; Devlet de ödediği tazminat için bilirkişiye rücu eder (HMK m. 286-287; BilY m. 58, III).

¹⁰ Bilirkişiler Türk Ceza Kanunu açısından kamu görevlisidir (HMK m. 284; BilY m. 58). Mesleği ne olursa olsun bilirkişinin ceza kanunu anlamında kamu görevlisi sayılması, bilirkişilik görevi ve bu görevin yerine getirilme süreci ile sınırlıdır (Alihocagil, "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz", 550-551; Pekcanitez, Atalay ve Özkes, 417; Pekcanitez vd., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt III,1946). Bilirkişiler gerçeğe aykırı bilirkişilik yapma (TCK m. 276), bilirkişilik görevini yapmada ihmal veya gecikme gösterme suretiyle görevi kötüye kullanma (TCK m. 257, I), görevin gereklerine aykırı hareket etme suretiyle görevi kötüye kullanma (TCK m. 257, II), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme (TCK m. 136), suç bildirmeme (TCK m. 279), suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m. 281), irtikap (TCK m. 250), rüşvet alma (TCK m. 252) suçlarının faili olabileceklerdir (Oktay Alkan. Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 58-61; Gökhan Çayan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013), 128; Karaburun, "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları", 205-206; Karşlı 618; Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 160-166; Tanrıver, Medenî Usûl, 1086-1088; Yılmaz, Şerh 1287). Bilirkişiye karşı görevi nedeniyle işlenen suçlarda da fail kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılacaktır (Karaburun, "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları", 204-205; Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 158-159; Tanrıver, Medenî Usûl, 1084; Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 828).

¹¹ Çayan, 128; Karşlı 618; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 534-535; Yıldırım 837-838. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 145-169; Tanrıver, Medenî Usûl, 1069-1088.

¹² RG: 3.8.2017, S. 30143

ra söz konusu şikayetle ilgili olarak disiplin yaptırımının uygulanmasına yer olmadığına ilişkin ilk bilirkişilik bölge kurulu kararı özetine, akabinde ilk kurul kararına itiraz özetine, devamında itirazın reddine ilişkin ikinci bilirkişilik bölge kurulu kararı özetine yer verilmiş ve son olarak da bilirkişilik bölge kurulu kararları belirlenen amaç çerçevesinde değerlendirilerek sonuç bölümüyle çalışma sonlandırılmıştır.

I. OLAYIN ÖZETİ

Bilirkişi raporlarının sunulduğu soruşturma dosyasına konu olayın özeti şöyledir: “Kayseri Cumhuriyet Başsavcılığının 2022/38541 soruşturma sayılı dosyasının incelenmesinde; müşteki _____ Belediye Başkanlığı vekili tarafından 15.06.2022 tarihinde, _____' ait _____ Parsel numaralı taşınmazda bulunan yapının çatı ve bahçe kısmında ruhsat ve eklerine aykırı imalat ve izinsiz yapılaşma tespit edilmesi üzerine _____ hakkında TCK 184 maddesi kapsamında tanımlanan İmar Kirliliğine Neden Olma suçundan suç duyurusunda bulunduğu, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından _____'a ait söz konusu taşınmazda bulunan yapı ile ilgili olarak ruhsat ve eki projelerine aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla ... dosyanın iki kişilik bilirkişi heyetine teslim edildiği, her iki bilirkişi tarafından 20.10.2022 tarihinde 10 sayfadan ibaret Bilirkişi Heyet Raporunun soruşturma dosyasına ibraz edildiği, ayrıca bilirkişiler tarafından 07.12.2022 tarihinde 4 sayfadan ibaret Ek Bilirkişi Heyet Raporunun soruşturma dosyasına ibraz edildiği...Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan soruşturma neticesinde _____'a atılı eylemin 8 yıllık dava zamanaşımının son bulduğu gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, müşteki belediye vekili tarafından karara yapılan itirazın Kayseri 4.Sulh Ceza Hâkimliği tarafında reddine karar verildiği, böylece kararın 10.03.2023 tarihinde kesinleştiği tespit edilmiştir”¹³.

¹³ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 14.06.2023, T. 2023/8, D. 2023/38, K. 2023/104, 5-6.

II. BİLİRKİŞİLİK KURULUNA YAPILAN 02.06.2023 TARİHLİ ŞİKAYET

Soruşturma dosyasında şüpheli hakkında verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının kesinleşmesinden sonra, şüpheli vekili tarafından soruşturma dosyasına bilirkişi heyeti tarafından sunulan 19.10.2022 tarihli kök rapor ile 07.12.2022 tarihli ek raporda bilirkişilik temel ilke ve kurallarının ihlal edildiği, bilirkişilerce mevzuata aykırı rapor düzenlendiği iddia edilerek bilirkişiler hakkında gerekli inceleme ve denetimlerin yapılması için Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'na 02.06.2023 tarihinde şikayette bulunulmuştur.

Şikayetçi vekilinin Bilirkişilik Bölge Kuruluna ilettiği şikayet konularından birisi bu çalışmanın konusunu oluşturan, bilirkişi raporlarında yer verilen "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" şeklindeki ifadedir. İnceleme konumuzu teşkil eden söz konusu şikayet konusuna ilişkin olarak şikayet dilekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "Kayseri Cumhuriyet Bassavcılığımın 2022/38541 nolu dosyasıyla müvekkil hakkında imar kirliliğine neden olma suçundan dolayı açılan soruşturmada müvekkilin 29.06.2022 tarihli kolluk ifadesi (EK-3) ve 17.08.2022 tarihli dilekçesi (EK-4) ile 01.08.2022 tarihli beyan dilekçemde (EK-5) özetle müvekkile ait taşınmazındaki inşaat faaliyetlerinin tamamının 25.05.2009 tarihi ile 2013/Temmuz arasında gerçekleştirildiğini; inşaat faaliyetlerinin tamamının müşteri belediye tarafından gerekli inceleme ve kontroller yapıldıktan sonra verilen 19.07.2013 tarihli yapı kullanma izin belgesi ile onaylandığını; yapı kullanma izin belgesi verildikten sonra taşınmazda imar kirliliğine sebebiyet verme suçu teşkil edecek herhangi bir yenilik ve değişiklik yapılmadığını; taşınmazın mesken verildiği şekliyle yıllardır aynen muhafaza edildiğini; kaldı ki 25.05.2009 tarihi ile 2013/Temmuz arasında gerçekleştirilen inşaat faaliyetleriyle ilgili olarak 8 yıllık zamanaşımı süresinin de yıllar önce dolduğunu ifade etmiştik. Soruşturma dosyasında bunların dışında başkaca bir ifade ve beyanımız bulunmamakta olup, söz konusu ifade ve beyanlarımızın tamamı doğrudur gerçektir. Soruşturma dosyasına 22.08.2022 tarihli dilekçe (EK-6) ekinde sunmuş olduğumuz, değerlendirilmesi için savcılıkça bilirkişiye iletilen, Bilgisayar Mühendisi

_____ tarafından hazırlanan, 63 sayfalık, 22.08.2022 tarihli uzman görüşü raporu ile de söz konusu ifade ve beyanlarımızın doğruluğu, gerçekliği bilimsel verilere dayalı olarak kesin bir şekilde ortaya konulmuştur. Kök bilirkişi ve ek bilirkişi raporunda 29.06.2022 tarihli kolluk ifadesi, 01.08.2022 tarihli beyan dilekçemiz ve 22.08.2022 tarihli uzman görüşü raporundaki ifade beyan ve tespitlerin aksine herhangi bir ifade ve değerlendirmeye yer verilmemiş; bunların büyük çoğunluğu bilirkişiler tarafından da satır aralarında da olsa, dolaylı da olsa kabul edilmiştir. Soruşturma dosyasındaki ifade ve beyanlarımız tümüyle gerçeği yansıttığı halde kök bilirkişi raporu ve ek bilirkişi raporunun sonuç bölümünde "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" şeklinde savunmalarımızla ilgili takdiri yorumda bulunulmuş; soyut, yanıltıcı, dayanaksız, çok yanlış ve dosya içeriği ve maddi gerçeklerle hiçbir şekilde uyuşmayan sübjektif bir kanaate yer verilerek ilke ve kurallar ağır bir şekilde ihlal edilmiştir. Sonuç bölümünde böyle çok yanlış bir değerlendirmeye yer veren bilirkişiler soruşturma dosyasındaki hangi beyan ve ifademizin gerçeği yansıtmadığını da haliyle raporunda gösterememiş, böylece rapor dayanaklarının ve gerekçesinin gösterilmesi gerektiği yönündeki Rehber İlkeler m. 13 ve 31'de ihlal edilmistir. Kaldı ki beyan ve ifadelerimizi gerçeği yansıtmasa bile bilirkişilerin 'şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" şeklinde bir ifade kullanması mümkün olmayıp, her ne suretle olursa olsun bu tür ifadeler kullanılması ilgili mevzuatın ihlali anlamına gelecektir. Zira Rehber İlkeler m. 10'da bilirkişinin kendisini görevlendiren mercii talep etse dahi iddia ve savunmaları inceleyerek her ne nedenle olursa olsun bunlarla ilgili yorumda bulunamayacağı, iddia ve savunmaya yorumlayacak ve değerlendirecek olanın görevlendirmeyi yapan mercii kendisi olduğu çok açık kesin ve tartışmasız bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca Bilirkişilik Kanun m. 3, I ve Bilirkişilik Yönetmeliği m. 5, I'de bilirkişinin görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde, tarafsız ve objektif olarak yerine getirmekle yükümlü olduğu temel bir ilke olarak düzenlenmiş; yine Rehber ilkelerde raporun dayanaklarının bilimsel verilere uygun olarak göstermesi (m.13); kesinlikle takdiri değerlendirmelerde bulunulmaması, somut durum tüm açıklığı ile anlatıldıktan sonra yorum ve takdirin görevlendirmeye yapan makama bırakılması

(m.15) gerektiğine ilişkin emredici hükümlere de yer verilmiştir. Görüldüğü üzere her iki raporda tüm bu hususlara aykırı davranılarak dürüstlük, tarafsızlık ve objektiflik temel ilkeleriyle birçok Rehber ilke ihlal edilmiştir¹⁴.

III. DİSİPLİN YAPTIRIMI UYGULANMASINA YER OLMADIĞINA İLİŞKİN 14.06.2023 TARİHLİ İLK KURUL KARARI

02.06.2023 tarihli bilirkişi şikayeti ile ilgili olarak Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 14.06.2023 tarih, 2023/8 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/104 karar nolu kararı ile disiplin yaptırımını uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Karar verilirken şikayet edilen bilirkişilerin savunmasına başvurulmamıştır. Bu husus kararda "İddia konusu ve delil durumu itibarıyla ihbar edilen bilirkişilerin savunmalarına başvurulmamıştır" şeklinde belirtilmiştir¹⁵.

Söz konusu kararda inceleme konumuzu teşkil eden şikayet konusu iddia hakkında disiplin yaptırımını uygulanmamasına gösterilen gerekçe "...her ne kadar bilirkişi raporlarının sonuç kısmında 'şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta' şeklindeki ifadeye yer verilmiş ise de, soruşturma dosyasında şüpheli sıfatıyla ifadesi alınan _____ gerek ifadesinde gerekse dosyaya bizzat veya vekili tarafından sunduğu dilekçelerde söz konusu yapıda ruhsata veya projeye aykırılık bulunmadığını, yapı kullanım belgesi aldıktan sonra herhangi bir ilave veya değişiklik olmadığını savunmuştur. Oysa bilirkişi raporları, soruşturma dosyasında toplanan diğer deliller ve uydu fotoğraflarından söz konusu yapıda projeye aykırılıklar tespit edildiği, şöyle ki projede garaj binası ve müstemilat binası bulunmadığı halde fiili durumda garaj binası ve müstemilat binasının bulunduğu, onaylı mimarı projeye aykırı olarak bodrum katta pencere, mutfak ve odaların bulunduğu, çatı katının mimari projede bir oda şeklinde planlandığı halde fiili durumda ise 3 oda, hol ve banyo olarak kullanıldığı, özellikle müstemilat binasını yapı kullanım izin belgesi alındıktan sonra 31.05.2014 tarihindeki uydu görüntülerinde yer aldığının tespit edildiği, dolayısıyla projeye aykırı

¹⁴ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 14.06.2023, T. 2023/8, D. 2023/38, K. 2023/104, 2.

¹⁵ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 14.06.2023, T. 2023/8, D. 2023/38, K. 2023/104. 5.

olarak tespit edilen bu hususların _____'un savunmalarıyla örtüşmediği, bilirkişi raporlarında kast edilen hususun da buna yönelik olduğu değerlendirilmiştir” şeklindedir¹⁶.

IV. İLK KURUL KARARINA YÖNELİK 13.07.2023 TARİHLİ İTİRAZ

Şikayetçi vekili tarafından bilirkişiler hakkında disiplin yaptırımının uygulanmasına yer olmadığına ilişkin Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 14.03.2023 tarih, 2023/8 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/104 karar nolu kararına 13.07.2023 tarihinde itiraz edilmiş, özetle şu ifadelere yer verilmiştir: “Kayseri Bilirkişilik Kurulu'nun 14/06/2023 tarih ve 2023/8 Toplantı, 2023/38 Disiplin ve 2023/104 sayılı kararının usul ve yasalara, emsal Bölge Kurul kararlarına, Bilirkişilik Kanunu'nun temel amacına ve kurulun varlık sebebine aykırı olduğunu, şikayet dilekçesinin yeterince incelenmeden ve değerlendirilmeden karar verildiği... Bilirkişilik Bölge Kurulunca bilirkişiler hakkında disiplin cezası verilmesi gerekirken, hukuka aykırı olarak bilirkişilerin savunmasının dahi alınmadan ‘Disiplin Yaptırımının Uygulanmasına’ yer olmadığına dair karar verildiği, kurulca bilirkişilerin savunması alındıktan sonra disiplin yaptırımı uygulanması gerekirken zanla hareket ederek niyet okuyuculuğu yapıldığı, kök rapor ve ek rapor sonuç bölümünde ‘şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta’ şeklindeki dayanaksız, yanıltıcı, yanlış, subjektif bir kanaate yer verilerek takdir yorumda bulunulması, özel ve teknik bilgi dışında açıklama yapılması, taraf gibi davranılması dürüstlük, tarafsızlık ve objektiflik temel ilkesinin ihlali olduğu... bilirkişilerin niyet ve kastından hareketle aykırılıklarla ilgili bir takım kararlar tesis edilmeye çalışmasının kurulun varlık sebebinin inkarı, kurulun asli denetim görevinin ihlali anlamına geldiğinden bahisle hukuka aykırı kurul kararının kaldırılmasının talep edildiği...”¹⁷.

¹⁶ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 14.06.2023, T. 2023/8, D. 2023/38, K. 2023/104, 6-7.

¹⁷ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 06.09.2023, T. 2023/10, D. 2023/38, K. 2023/134, 1-2.

V. İTİRAZIN REDDİNE İLİŞKİN 06.09.2023 TARİHLİ İKİNCİ KURUL KARARI

Şikayetçi vekilinin Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 14.03.2023 tarih, 2023/8 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/104 karar nolu kararına yapmış olduğu 13.07.2023 tarihli itiraz da Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 06.09.2023 tarih, 2023/10 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/134 karar nolu kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Kurulun şikayet konusu ile ilgili vermiş olduğu bu ikinci kararda şikayet ve itiraz konularına ilişkin olarak herhangi bir gerekçe gösterilmemiş "ilk kararımızdaki gerekçelerle" denilerek itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir¹⁸.

VI. BİLİRKİŞİLİK BÖLGE KURULU KARARLARININ BİLİRKİŞİNİN DİSİPLİN SORUMLULUĞU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aşağıda bilirkişinin disiplin sorumluluğu hakkında genel birtakım bilgiler verildikten sonra, inceleme konusu somut olay özelinde, kurul kararlarında verilen bilgiler çerçevesinde, bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" ifadesi bilirkişilik temel ve etik ilkeleri açısından incelenecek ve 2023/38 disiplin nolu kural kararları bilirkişinin disiplin sorumluluğu açısından irdelenecektir.

A. Genel Olarak Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu

Bilirkişilik Kanunu ve Yönetmeliğinde bilirkişinin disiplin sorumluluğuna ilişkin kurallara yer verilmiştir. Bilirkişilik mevzuatına aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunarak disiplin suçu işlediği bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde yürütülecek denetim süreci sonunda tespit edilen bilirkişilere, mevzuatın öngördüğü cezalar yetkili kurullarca disiplin yaptırımı olarak uygulanacaktır. Bilirkişilik mevzuatı kapsamında gerçekleştirilecek denetim süreci ve uygulanacak disiplinler yaptırımlar dışında, bir meslek odasına bağlı olarak çalışan veya ka-

¹⁸ Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu, 06.09.2023, T. 2023/10, D. 2023/38, K. 2023/134, 2.

muda memur olarak çalışan bilirkişiler hakkında bağlı buldukları oda veya kamu kuruluşu tarafından kendi mevzuatları çerçevesinde disiplin soruşturması yürütülmesi ve mesleki disiplin yaptırımlarının uygulanması da mümkün olabilecektir¹⁹.

Bilirkişilik Kanunu'nda bilirkişilik hizmetlerinin ilgili mevzuata uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak (m. 8, I-a) ve ilgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak (m. 8, I-d) bilirkişilik bölge kurullarının görevleri arasında sayılmış; bilirkişilerin görevleriyle ilgili tutum ve davranışları ile hazırladıkları raporların ilgili mevzuata uygunluğu bakımından resen veya başvuru üzerine denetleneceği (m. 14, I) belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerdeki "ilgili mevzuat" ifadesinden sadece Bilirkişilik Kanunu ve Bilirkişilik Yönetmeliği değil, bilirkişilerin uymakla yükümlü olduğu kurulların tamamı anlaşılmalıdır²⁰. Nitekim Bilirkişilik Yönetmeliği'nde bölge kurulunun görevleri arasında bilirkişilik hizmetlerinin ilgili mevzuata ve belirlenen ilkelere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak (m. 21, I-a), ilgili mevzuat ve bakanlığın düzenleyici işlemleri ile belirlediği ilkeler çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak (m. 21, I-d) sayıldıktan sonra, bölge kurullarının bilirkişi raporlarının kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgede gösterilen usul ve esaslara uygun hazırlanıp hazırlanmadığı ile Daire Başkanlığı tarafından belirlenen rehber ilkelerle²¹ bağdaşır bağdaşmadığı hususlarını resen veya başvuru üzerine denetleyeceği (m. 59, I; m. 60, I) açıkça belirtilmiştir.

Bilirkişilik Kanunu'nun "Bilirkişilik sicilinden ve listesinden çıkarılma" başlıklı 13. maddesi ile Bilirkişilik Yönetmeliği'nin "Sicil ve listeden çıkarılma" başlıklı 48. maddesinde doğrudan adlandırılmasa da bir anlamda bilirkişinin disiplin sorumluluğu düzenlenmiş, disiplin suçu teşkil eden durumlar ile uygulanabilecek disiplinler yaptırımlar

¹⁹ Çayan, 133; Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 158; Tanrıver, Medenî Usûl, 1082-1083.

²⁰ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 118-119.

²¹ Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar için bkz. <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bilirkisilerin-uyacagi-rehber-ilkeler-ve-bilirkisi-raporlarinda-bulunmasi-gereken-standartlar26032021121159>, et: 22.12.2023.

belirlenmiştir²². Söz konusu düzenlemelere göre, bilirkişiliğe kabul şartlarının kaybedilmesi veya sicile kabul tarihinde gerekli şartların bulunmadığının sonradan tespit edilmesi (BilK m. 13, I-a; BilY m. 48, I-a), kanuni bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınılması veya raporun belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak verilmemesi (BilK m. 13, I-b; BilY m. 48, I-b), bilirkişilik görevinin gerektirdiği etik ilkelerle bağdaşmayan, güven duygusun sarsıcı tutum ve davranışlarda bulunulması (BilK m. 13, I-c; BilY m. 48, I-c), temel ilkelerine aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunulması (BilK m. 13, I-ç; BilY m. 48, I-ç) disiplin suçu teşkil etmektedir.

Bilirkişilik görevinin ilgili mevzuatça amaçlanan, görevlendirmeyi yapan mercii tarafından beklenen şekilde gerçekleşebilmesi bilirkişilik temel ve etik ilkelerine uyulmasına bağlıdır²³. Bilirkişinin sağladığı uzmanlık bilgisiyle yargı mercii aydınlatıyor, bir şekilde yargı organına rehberlik ediyor olması bilirkişinin temel ve etik kurallara uymasını zorunlu kılar²⁴. Bu nedenle bilirkişilik faaliyetinin temel ve etik ilkelere aykırı olarak yürütülmesi bir disiplin suçu olarak kabul edilmiştir.

Bilirkişilik temel ilkeleri “Temel ilkeler” başlıklı Bilirkişilik Kanunu’nun 3. maddesi ile Yönetmeliğin 5. maddesinde²⁵; etik ilkeler ise Yönetmeliğin “Temel ve Etik İlkeler” başlıklı ikinci bölümünde 7 ilâ 14. maddelerde düzenlenmiştir. Bilirkişilik temel ve etik ilkelerinin ihlal edilmesi bilirkişinin disiplin sorumluluğunu doğurur.

²² Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 120; Çakır, 34, 102; Pekcanitez, Atalay ve Özekes, 417.

²³ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 96; Toraman, 495.

²⁴ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 96.

²⁵ “Temel ilkeler” başlıklı bu düzenlemelere göre, Buna göre “Temel ilkeler” başlığı altında düzenlenen hususlara aykırı davranılır, bilirkişilik görevi dürüst, bağımsız, tarafsız (objektif) bir şekilde yerine getirilmez; özel ve teknik bilgi gerektiren hususlar dışında açıklama yapılır; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunur; bilirkişilik görevi kısmen veya tamamen başkasına devredilir; sır saklama yükümlülüğü ihlal edilirse bilirkişi tarafından BilK m. 13, I-ç; BilY m. 48, I-ç hükümlerinde düzenlenen temel ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunulması şeklindeki disiplin suçu işlenmiş olacak ve bilirkişiye ihlalin ağırlığına göre uyarma, bir yıla kadar geçici süreyle listeden çıkarma veya sicilden ve listeden çıkarma (BilK-K m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III).

Bilirkişilik mevzuatına göre disiplin suçu teşkil eden bu fiil ve davranışların gerçekleşmesi halinde ise Bilirkişilik Bölge Kurulu tarafından ihlalin niteliğine²⁶ göre sicilden ve listeden çıkarma, bir yılı kadar geçici süreyle listeden çıkarma veya uyarma cezası şeklindeki disiplin yaptırımların uygulanması gerekir (BilK m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III; m. 63, II)²⁷. İhlalin gerçekleştiği dosya kapsamında sabit olmuştusa kurulun disiplin cezasının uygulanmamasına karar vermesi mümkün değildir²⁸. Bununla birlikte bilirkişilik bölge kurulunun üç disiplin cezasından birinin uygulanması konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır²⁹. Takdir yetkisi kullanılırken ihlalin niteliği, ağırlık derecesi dikkate alınmalıdır³⁰. Yine takdir yetkisi kapsamında ihlalin sayısı dikkate alınabileceği gibi, tekerrür söz konusu ise 657 sayılı Kanun'un 125. kaddesinin ikinci fıkrası kıyasen uygulanarak önceki cezadan daha ağır bir ceza verme yoluna da gidilebilir.

Bilirkişi hakkında başlatılacak disiplin soruşturmasında, bölge kurulu başkanı veya onun belirleyeceği bir kurul üyesi tarafından gerekli inceleme ve araştırma yapılır, deliller toplanır, gerekli görülen kimselerin beyanları alınır ve inceleme neticesinde hazırlanacak

²⁶ Bilirkişilik Kanunu m. 13, II ve Bilirkişilik Yönetmeliği m. 62, III'deki "İhlalin niteliği" kavramının bilirkişilerin hangi fiiline karşılık hangi disiplin cezasının verileceğini öngörebilmelerine olanak vermediği, bu yönüyle suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılığının düşünülebileceği ifade edilmiştir (Çakır, 122).

²⁷ Uzmanlık alanında listeye kayıtlı bilirkişi bulunmaması nedeniyle 50. maddenin dördüncü fıkrasına göre liste dışından görevlendirilen sicil ve listeye kayıtlı olmayan bilirkişiler ile listeye kayıt olmaktan muaf olan bilirkişilerin temel ve etik ilkelere aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulduklarının tespiti halinde bölge kurulu tarafından resen veya başvuru üzerine yapılacak inceleme ve denetim neticesinde bu kişiler hakkında 'bilirkişilik yapmaktan yasaklanma' şeklinde disiplin yaptırımının uygulanmasına karar verilir (BilY m. 62, IV). Sicile kayıtlı olmayanlar bakımından "bilirkişilik yapmaktan yasaklanma" biçiminde tek bir disiplin cezasının öngörülmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, temel ve etik kurallara çok hafif bir aykırılığın bile bilirkişilikten tümüyle yasaklanma biçiminde bir ölçüsüz bir sonucu doğuracağı ifade edilmiştir (Çakır, 124).

²⁸ Adli yaptırımlara ilişkin çıkarılan af kanunlarının bile verilen disiplin cezalarını etkilemeyeceği, disiplin cezalarının ortadan kaldırılabilmesi için konuya ilişkin özel düzenleme yapılmasının gerektiği yönünde görüşler vardır (bkz. Alkan, 74).

²⁹ Öğretide kurula sınırları belirlenmemiş bir takdir yetkisi tanınmasının hukuki belirlilik ilkesi açısından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür (bkz. Çakır, 115).

³⁰ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 142; Tanrıver, Medenî Usûl, 1081.

rapor bölge kuruluna sunulur (BilY m. 61, I). Bilirkişilik bölge kurulu bilirkişi hakkındaki iddiaları ciddi bulmazsa disiplin yaptırımının uygulanmasına yer olmadığına karar vererek soruşturmayı sonlandırır; iddiaları ciddi bulursa bilirkişiden bir hafta içinde yazılı savunma yapmasını ister ve ihlale kanaat getirirse uyarma, bir yılı kadar geçici süreyle listeden çıkarma veya sürekli sicil ve listeden çıkarılma şeklinde bir disiplin yaptırımı uygulanmasına, aksi takdirde disiplin yaptırımı uygulanmasına yer olmadığına karar verir (BilY m. 63, I-II).

B. Şikayete Konu İfadenin Bilirkişilik Temel Ve Etik İlkeleri Açısından İncelenmesi

Yukarıda görüldüğü üzere bilirkişilik mevzuatında düzenlenen temel ve etik ilkelere aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunulması bir disiplin suçu olup (BilK m. 13, I-c ve ç; BilY m. 48, I-c ve ç) yapılacak denetim neticesinde suçun işlendiğine kanaat getirilmesi halinde bölge kurulu tarafından uyarma, bir yıla kadar sicil ve listeden geçici çıkarılma veya sicil ve listeden sürekli çıkarılma şeklindeki üç disiplin yaptırımından birinin uygulanmasına karar verilmesi gerekir (BilK m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III).

İnceleme konumuz açısından bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklindeki ifadenin bilirkişilik mevzuatına aykırı olduğu belirtilerek bilirkişilerin disiplin sorumluluğu kapsamında kurula şikayette bulunulmuş; kurul ise disiplin yaptırımı uygulanmasına yer olmadığı yönünde karar vermiştir. Öncelikle bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklindeki ifadenin bilirkişilik temel ve etik ilkelerine aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekir.

1. Bilirkişilik Temel İlkeleri Açısından İnceleme

Bilirkişilik temel ilkelerine aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunulması disiplin yaptırımının uygulanmasını gerektirir. “Temel ilkeler” başlıklı Bilirkişilik Kanunu 3. madde hükmünün inceleme konumuzu ilgilendiren ilk iki fıkrası şu şekildedir: “(1) Bilirkişi, görevini

dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirir. (2) Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz". "Temel ilkeler" başlıklı Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkra hükümleri de birebir aynıdır. Bilirkişilik görevinin dürüst, bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirilmemesi, bilirkişi raporunda özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapılması, hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunulması söz konusu hükümlerin ihlali anlamına gelecek ve disiplin yaptırımının uygulanmasını gerektirecektir.

Uyuşmazlık konusu maddi meselenin özel veya teknik bir bilgi gerektirip gerektirmediğini takdir etme yetkisi yargı organına aittir³¹. Bilirkişi incelemesi neticesinde bilirkişinin yargı organına sunması istenilen, özel bilgi hukuk dışında belirli bir bilim alanının ortaya koyduğu sonuçları ifade eden bilgiyi, teknik bilgi ise fizik, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgiyi ifade eder³². Bilirkişi raporunda gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlar gösterilmelidir (HMK m. 279, II). Temel olarak iki aşamadan oluşan bilirkişi raporunda önce bilirkişi incelemesinin konusunu teşkil eden maddi vakıalar ile bilirkişinin gözlem ve tespitleri gösterilir, sonra da bunların değerlendirilmesi yapılarak varılan sonuç belirtilir³³.

Bilirkişi, raporunda sadece ve sadece inceleme konusu maddi mesele hakkında değerlendirmelerde bulunabilir³⁴. Taraf beyanlarını değerlendirme yetkisi mutlak bir şekilde bilirkişi görevlendirmesini yapan yargı organına aittir. Ceza yargılamasında şüpheli ve sanık beyanı ile bunların değerlendirilmesi çok daha önemli olup, bunların gerçeği yansıtıp yansıtmadığını araştırmak ve değerlendirmek savcı ve hakimin görevidir³⁵. Ceza yargılamasında hâkim veya savcı

³¹ Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 515; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, 529-530.

³² Ramazan Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, 479; Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 515; Çakır, 79-80; Kılıçoğlu, 1109; Toraman, 134-135; Yılmaz, Şerh, 1231.

³³ Toraman, 600.

³⁴ Toraman, 601.

³⁵ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 74-75.

tarafından suç konusu fiilin gerçekten işlenip işlenmediği, fiilin işleniş biçiminin nasıl olduğu, suç konusu eşyanın durumunun tayin ve tespiti gibi konularda bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulabilmektedir³⁶.

İmar kirliliğine neden olma suçundan dolayı yürütülen bir soruşturmada savcılık makamının bilirkişiden isteyebileceği özel veya teknik bilgi, suçun işlendiği iddia edilen yapıda herhangi bir imara aykırılık bulunup bulunmadığı, yapının ruhsatlı olup olmadığı, ruhsatlı ise aykırılıkların yapı kullanma izin belgesi verilmesinden önce mi sonra mı gerçekleştirildiği şeklindeki maddi vakıalara yönelik olabilir. Böyle bir durumda bilirkişinin görevi ise uzmanlık alanına ilişkin bilgileri kullanarak maddi meseleye ilişkin inceleme ve değerlendirmelerde bulunmak, raporun sonuç bölümünde de kendisine yöneltilen soruları (verdiğimiz örnekte imara aykırılık vardır/yoktur; yapı ruhsatlıdır/değildir; aykırılıklar yapı kullanma izin belgesinden önce/sonra yapılmıştır gibi) açık ve eksiksiz bir şekilde cevaplayarak herhangi bir yorum ve değerlendirmede bulunmadan sadece ulaşılan sonuçları belirtmekten ibaretir³⁷. Bilirkişi raporunda bilirkişiden istenilen özel

³⁶ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, 273.

³⁷ Örneğin imar kirliliğine neden olma suçunu konu olaylarla ilgili verilen bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde şu ifadelere yer verilmiştir: “1. İnşaatın ruhsatsız olduğu iddia edilen çatı katının inşaatının dosyadaki mevcut deliller de göz önüne alınarak 3. ve çatı katına ait ruhsatının bulunmadığı, 2. İnşaat alanı imar planı içerisindedir. Bununla beraber 8 nolu parsel içerisinde inşaatının yapılması gerektiği TCK 184-5 maddesine göre imar planına veya ruhsatına uygun hale getirmediği, binanın imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi gerektiği” şeklinde (Necati Meran, 5237 sayılı TCK’da İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmardan Sorumlu Kişilerin Görevi Kötüye Kullanmaları Mühür Bozma & Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları (Ankara: Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2013), 128); “Sanık Adem K. ya ait davalı yapı: Bursa ili, Yıldırım Belediyesi sınırları içinde kalmaktadır. İmar planı kapsamında, ayırık nizam 6.katlı konut bölgesindedir. İmara uygun değildir. Hisseli ve özel parsel üzerine yapılmıştır. Mevcut durumuna göre ruhsata bağlanamaz. Tadilat yapılsa dahi ruhsata bağlanamaz. Ruhsatı yoktur. Kaçak yapıdır. İnşaat 2004 yılı ilk yarısında yapılmıştır. 2005 yılı içinde yalnız dış sıvası yapılmıştır. Kanaatin ve keşfim yukarıdaki gibidir” şeklinde (Meran, 132) sonuçlara yer verilmiştir. Tadilat yapılsa bile ruhsata bağlanamayacağı sonucuna nasıl varıldığı ise raporun değerlendirme kısmında “Davalı binanın ruhsatı yoktur. Ruhsatı olmayan yapı kaçak yapıdır. İmara uygun yapılmamıştır. Hisseli arsa üzerinde müstakil yere yapı ruhsatı verilemeyeceğinden, tadilat yapılsa dahi ruhsata bağlanması mümkün değildir” şeklinde açıklanmıştır (Meran, 131).

ve teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapılması disiplin suçu teşkil edecektir³⁸.

İnceleme konusu kurul kararlarına konu bilirkişi raporlarının sonuç bölümüne yazılan “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” maddi mesele hakkında yapılan bir değerlendirme olmayıp, soruşturma dosyasının şüpheli tarafı olan asilin ve vekili soruşturma dosyasında savunma ve beyanlarına dayanak iddiaların değerlendirilmesi neticesinde bilirkişilerce ulaşılan, bilirkişilerin şahsi kanaatlerini yansıtan bir değerlendirme sonucudur. Oysa taraf beyanlarının incelenmesi, yorumlanması ve bunların değerlendirilmesi neticesinde taraf beyanlarının doğru, gerçek, haklı, yerinde olup olmadığı konusunda bir sonuca varılması konusunda mutlak yetki, yargı yetkisinin sahibi olan yargı organına aittir.

Nitekim önemine binaen bilirkişilik rehber ilkelerinde de tüm bu hususlara işaret edilmiş, çok ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Bu çerçevede Rehber İlkeler m. 10'da “Bilirkişinin görev alanı genelde kendi bilgi ve uzmanlık alanı, özelde ise sorulan sorular ile sınırlıdır. Bilirkişi, kendisine verilen görev ve yetkinin dışına çıkamaz. Kendisini görevlendiren mercii talep etse dahi, iddia ve savunmaları inceleyerek her ne nedenle olursa olsun bunlarla ilgili yorumda bulunamaz. İddia ve savunmayı yorumlayacak ve değerlendirecek olan görevlendirmeyi yapan mercii kendisidir” hükmüne; m. 15'te “Bilirkişinin görev alanı genelde kendi bilgi ve uzmanlık alanı, özelde ise sorulan sorular ile sınırlıdır. Bilirkişi, kendisine verilen görev ve yetkinin dışına çıkamaz. Kendisini görevlendiren mercii talep etse dahi, iddia ve savunmaları inceleyerek her ne nedenle olursa olsun bunlarla ilgili yorumda bulunamaz. İddia ve savunmayı yorumlayacak ve değerlendirecek olan görevlendirmeyi yapan mercii kendisidir” hükmüne yer verilmiş; 13. madde hükmünde raporun içeriğinde tüm dayanakların bilimsel verilere uygun olarak gösterilmesi gerektiği belirtilmiş, 31. madde hükmünde de ulaşılan sonuçların gerekçelerinin açıklanması gerektiği vurgulanmıştır.

³⁸ Çakır, 79.

Bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklindeki ifadenin “Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz” şeklindeki “Temel ilkeler” başlıklı BilK m. 3, II ve BilY m. 5, II hükümlerine aykırı olduğu ortadadır. Bu şekilde bilirkişilik temel ilkelerine aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunulması BilK m. 13, I-ç; BilY m. 48, I-ç’e göre disiplin suçu teşkil etmekte, disiplin suçu teşkil eden bu fiile BilK m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III; m. 63, II hükümleri çerçevesinde ihlalin niteliğine, uyarı, bir yıla kadar sicil ve listeden geçici çıkarılma veya sicil ve listeden sürekli çıkarılma şeklindeki üç disiplin yaptırımından birinin uygulanması gerekmektedir³⁹.

³⁹ “...Raporun 13. Sayfasında "Sonuç ve Kanaat" kısmında "...3) Rekabet yasağının ortaklar için öngörülmemiş bulunması karşısında davalının rekabet yasağını ihlal ettiği yönündeki iddianın yerinde bulunmadığı,"... 6754 sayılı Kanunun 3/2 maddesinde, "...(2) Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz."...mahkemece talep edilmiş olsa bile bir hususun kanıtlanıp kanıtlanmadığı, bir iddianın kabul edilip edilemeyeceği, delilin varlığı veya yokluğu veyahut iddia edilen ve mahkemece yargılamaya konu olan bir hususun yerinde olup olmadığı konularında bilirkişi tarafından görüş beyan edilemeyeceği ve bu hususların takdirinin hakime ait olduğu, bu şekilde bilirkişinin 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun 3/2 maddesinde yazılı “Bilirkişi raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz” temel ilkesini ihlal ettiği sonucuna varıldığından'e aynı Kanununun 13/1-ç maddesi uyarınca yaptırım uygulanması gerektiği” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, 09.11.2018, K. 2018/1883, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/ 22.12.2023>). “...6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun "Temel İlkeleri" düzenleyen 3/2. Maddesinde "Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz." hükmünün mevcut olduğu, bu madde hükmüne göre bilirkişinin mahkeme hakiminin bilgisi ve tecrübesi dışında olan ve sadece özel ve teknik bilgi gerektiren konularda rapor hazırlaması gerektiği, bir hususun kanıtlanıp kanıtlanmadığı veya ispat edilip edilemediği, şikayetin haklı veya haksız olduğu, bir iddianın kabul edilip edilemeyeceği, delilin varlığı veya yokluğu veyahut iddia edilen ve mahkemece yargılamaya konu olan bir hususun uygun olup olmadığı, şikayetin ilgili Kanununun hangi maddesindeki suçu oluşturacağı konularında bilirkişi tarafından görüş beyan edilemeyeceği ve bu hususların takdirinin hakime ait olduğu görülmektedir” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, 14.03.2019, K. 2019/79, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/ 22.12.2023>). “...özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yaptığı, bir hususun kanıtlanıp kanıtlanmadığı, bir iddianın kabul edilip edilemeyeceği, delilin

2. Bilirkişilik Etik İlkeleri Açısından İnceleme

Bilirkişilik görevinin özenle yerine getirilmesi zorunlu olup, "Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim" şeklindeki (HMK m. 271, I) yemin metninde bu hususa işaret edilmiştir⁴⁰. Ayrıca Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 7. maddesinde "Yetkinlik ve mesleki özen" başlığı altında etik bir ilke olarak da düzenlenmiştir

Bilirkişilik Yönetmeliği m. 7: "(1) Bilirkişi, adalete hizmet etme bilinciyle, görevini etkin, zamanında ve verimli biçimde yerine getirmeyi, sunduğu hizmet kalitesini yükseltmeyi hedefler. (2) Bilirkişi, oy ve görüşünü oluştururken uzmanlık alanına ait teknik terim ve ifadeleri, mümkün olduğu ölçüde, görevlendirmeyi yapan merci ve tarafların anlayabileceği bir dil ile açıklar".

Bilirkişinin yeminine sadık kalması, bilirkişi incelemesinin yargı organını aydınlatacak şekilde yapılabilmesi için bilirkişilik görevinin özenle yerine getirilmesi zorunludur⁴¹. Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından BilK m. 6, II-ç hükmünün verdiği yetkiye çerçevesinde 2020 yılında yayımlanarak yürürlüğe konulan "Bilirkişilerin Uyacağı Rehber İlkeler ve Bilirkişi Raporlarında Bulunması Gereken Standartlar"ın büyük çoğunluğu bilirkişilik görevinin yetkin ve özenli bir şekilde yerine getirilmesini temin etmeye yönelik olup, yetkinlik ve mesleki özen etik ilkesine verilen önemi göstermektedir⁴².

varlığı veya yokluğu ve yahut iddia edilen ve mahkemece yargılamaya konu olan bir hususun yerinde olup olmadığı konularının takdirinin hâkime ait olduğu..." (Konya Bilirkişilik Bölge Kurulu, 12.04.2021, K. 2021/289, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/22.12.2023>).

"...bu şekilde, "raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamama; hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamama" temel ilkesini ihlal ettikleri anlaşılınca, bilirkişiler ve'nun davranışı 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 13/1-ç ve 14/6. maddeleri gereğince bilirkişilik sicilinden ve bilirkişi listesinden çıkarılma veya bilirkişilik yapmaktan yasaklama yaptırımını gerektirdiği..." (Erzurum Bilirkişilik Bölge Kurulu, 23.02.2018, K. 2018/11, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/22.12.2023>).

⁴⁰ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 93-94; Tanrıver, Medenî Usûl, 1027.

⁴¹ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 94; Tanrıver, Medenî Usûl, 1028.

⁴² Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 85; Selin Ok, "Bilirkişi Etiği", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021), 64.

İnceleme konumuz ile ilgili Rehber İlkeler şunlardır:

Rehber İlkeler m. 7: “Bilirkişi, incelemesini yaparken hak ve adaletin gerçekleşmesinde hâkime yardımcı olacağından, bu sorumluluk bilinciyle azami dikkat ve özen göstererek kendisine sorulan tüm sorulara cevap verecek biçimde raporunu hazırlamalıdır”.

Rehber İlkeler m. 10: “Bilirkişinin görev alanı genelde kendi bilgi ve uzmanlık alanı, özeldense sorulan sorular ile sınırlıdır. Bilirkişi, kendisine verilen görev ve yetkinin dışına çıkamaz. Kendisini görevlendiren mercii talep etse dahi, iddia ve savunmaları inceleyerek her ne nedenle olursa olsun bunlarla ilgili yorumda bulunamaz. İddia ve savunmayı yorumlayacak ve değerlendirecek olan görevlendirmeyi yapan mercii kendisidir”.

Rehber İlkeler m. 15: “Bilirkişi raporunda kesinlikle takdiri değerlendirmelerde bulunmamalı, somut olayı tüm açıklığı ile raporunda anlattıktan sonra olayın yorumunu ve takdirini hâkime bırakmalıdır”.

Bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklindeki ifadenin “Kendisini görevlendiren mercii talep etse dahi, iddia ve savunmaları inceleyerek her ne nedenle olursa olsun bunlarla ilgili yorumda bulunamaz. İddia ve savunmayı yorumlayacak ve değerlendirecek olan görevlendirmeyi yapan mercii kendisidir” şeklindeki Rehber İlkeler m. 10, c. 3-4 hükümleri ile “Bilirkişi raporunda kesinlikle takdiri değerlendirmelerde bulunmamalı, somut olayı tüm açıklığı ile raporunda anlattıktan sonra olayın yorumunu ve takdirini hâkime bırakmalıdır” şeklindeki Rehber İlkeler m. 15 hükmüne aykırı olduğu açıktır. Ayrıca bu durum bilirkişi raporunun hak ve adaletin gerçekleşmesinde hâkime yardımcı olunacağı bilinciyle azami dikkat ve özen gösterilerek hazırlanması gerektiği yönündeki Rehber İlkeler m. 7’de aykırıdır.

Bilirkişi raporunda şüpheli ve şüpheli vekilinin soruşturma dosyasındaki beyanlarının değerlendirilmesi suretiyle bir değerlendirme sonucuna yer verilmesi Rehber İlkeler m. 7, m. 10 ve m. 15 hükmünün dolayısıyla da Bilirkişilik Yönetmeliği m. 7’de düzenlenen yetkinlik ve

mesleki özen etik ilkesinin ihlali niteliğinde olup, BilK m. 13, I-c; BilY m. 48, I-c göre disiplin yaptırımını gerektirir.

C. Bilirkişilik Bölge Kurulu Kararlarının Değerlendirilmesi

İnceleme konusu karar içeriklerinden müşteki belediye vekilinin 15.06.2022 tarihli şikayet dilekçesi ile yapının çatı ve bahçe katında ruhsat ve eklerine aykırı imalatların bulunduğu iddia edilerek suç duyurusunda bulunulduğu; şikayet üzerine başlatılan soruşturmada ise şüpheli tarafça şüpheli asilin 29.06.2022 tarihli kolluk ifadesi ve 17.08.2022 tarihli dilekçesi ile şüpheli vekilinin 01.08.2022 tarihli beyan dilekçesi ile özetle taşınmazdaki inşaat işlerinin tamamının 25.05.2009 tarihi ile 2013/Temmuz arasında gerçekleştirildiği, inşaat işlerinin tamamının belediye tarafından verilen 19.07.2013 tarihli yapı kullanma izin belgesi ile onaylandığı, yapı kullanma izin belgesi verildikten sonra taşınmazda imar kirliliğine neden olma suçu teşkil edecek herhangi bir yenilik ve değişiklik yapılmadığı, 8 yıllık zamanaşımı süresinin de dolduğu yönünde iddia ve beyanlarda bulunularak savunma yapıldığı, savcılık tarafından zamanaşımı nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği anlaşılmaktadır. Şüpheli ve vekilinin soruşturma dosyasında mevcut söz konusu somut savunma iddialarından birine veya birkaçına atıf yapılmayarak doğrudan bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde ifadeye yer verilmesi, bilirkişilerin yaptıkları inceleme ve değerlendirmeler neticesinde şüpheli tarafın soruşturma dosyasındaki tüm ifadelerinin gerçek dışı olduğu kanaatine vardıkları anlamına gelir.

Öncelikle şikayet üzerine bilirkişilik bölge kurulu tarafından başlatılan inceleme ve denetim sürecinde bilirkişilerin savunmasına başvurulmaması yanlış olmuştur. Disiplin soruşturmasında savunma alma zorunluluğu disiplin soruşturmasına hâkim olan en temel ilkelere birisi olup, savunma alınmadan disiplin yaptırımının uygulanması mümkün değildir⁴³. Bilirkişilik temel ve etik ilkelerine aykırı davranıldığı yönündeki iddiaların bilirkişilik bölge kurulu tarafından

⁴³ Alkan, 77; Çakır, 168-169.

ciddi bulunması halinde bilirkişiden savunma istenilmesi⁴⁴ ve sonrasında ulaşılabilecek kanaate göre dosyanın karara bağlanması gerekir⁴⁵. Bilirkişilik Yönetmeliği m. 63. I'de "Bölge kurulu, resen veya başvuru üzerine yapacağı denetim ve inceleme sırasında bilirkişi hakkındaki iddiaları ciddi bulması halinde bilirkişiye tebligat yaparak bir hafta içinde yazılı savunma yapmasını ister" hükmü ile iddiaların ciddi bulunması halinde savunma alınması konusundaki zorunluluğa işaret edilmiştir. Somut olayda bilirkişilik bölge kurulunun, ciddi olmanın ötesinde soruşturma dosyasına sunulan bilirkişi raporlarıyla sabit olan aykırılık iddialarıyla ilgili olarak bilirkişilerin savunmasının alınmaması BilY m. 63, I hükmüne aykırı olmuştur. Ayrıca bilirkişilerin savunmasına başvurulmaması yanında, bilirkişilik bölge kurulu tarafından bilirkişilerin böyle bir ifadeye yer vermekle neyi kastetmiş olabilecekleri hususunda "...bilirkişi raporlarında kast edilen hususlarda buna yönelik olduğu değerlendirilmiştir" şeklinde kurulun tarafsızlığına gölge düşürecek nitelikte değerlendirmelerde bulunulması da yanlış olmuştur. Nitekim şikayetçi vekili bu konuda dilekçesinde "*bilirkişilerin niyet ve kastından hareketle aykırılıklarla ilgili bir takım kararlar tesis edilmeye çalışmasının kurulun varlık sebebinin inkarı, kurulun asli denetim görevinin ihlali anlamına geldiği*" ifadelerine yer vermiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere bilirkişi raporlarında "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" ifadesine yer verilmesi başlı başına "Temel ilkeler" madde başlıklı BilK m. 3, II ve BilY m. 5, II'de düzenlenen "Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz" şeklindeki bilirkişilik temel ilkesi ile, BilY m. 7'de düzenlenen "Yetkinlik ve mesleki özen" etik ilkesinin ihlali niteliğinde olup, bilirkişiler hakkında disiplin yaptırımını uygulanmasını gerektirir. Disiplin yaptırımının uygulanmasına yer ol-

⁴⁴ Bilirkişilerce yapılacak savunmada taraf beyanını değerlendirmenin disiplin yaptırımını gerektirdiğinin bilgileri dahilinde olmadığı ileri sürmeleri kabul görmeyecektir. Zira disiplin hukukuna hâkim olan ilkelerden birisi kanunu bilmemek mazeret sayılmaz şeklindeki ilkedir (Alkan, 67). Kaldı ki bilirkişiler bilirkişilik faaliyetinde bulunmaya başlamadan önce temel eğitimden geçmekte ve "Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak" yerine getireceği konusunda yemin ederek (HMK m. 271, I) göreve başlamaktadırlar.

⁴⁵ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 121.

madığına ilişkin Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 14.03.2023 tarih, 2023/8 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/104 karar nolu kararı ile, bu karara itirazın reddine ilişkin Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 06.09.2023 tarih, 2023/10 toplantı, 2023/38 disiplin, 2023/134 karar nolu ikinci kararı da yanlış olmuştur. İtirazın reddine ilişkin ikinci kurul kararının "ilk kararımızdaki gerekçelerle" denilerek itiraz sebeplerine ilişkin yeni bir gerekçe gösterilmeden reddedilmesi, kurul kararlarında gerekçenin gösterileceğini belirten Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 27. maddesinin birinci fıkrası'nın, (e) bendine de aykırı olmuştur.

Bilirkişi raporlarında taraf beyanlarına yönelik yapılan değerlendirmelerin ve değerlendirmeler neticesinde raporda varılan sonuçların isabetli olup olmamasının, bilirkişilerin taraf beyanlarını hangi niyet ve kasıtle değerlendirerek taraf beyanlarına yönelik bir değerlendirme sonucuna yer verdiklerinin bilirkişiler hakkında disiplin yaptırımını uygulanması bakımından herhangi bir önemi bulunmayıp; bunların önemi uygulanacak disiplin yaptırımının türünün tayin edilmesi ile başkaca bilirkişilik temel ve etik ilkesi ihlali olup olmadığının belirlenmesinde kendisini gösterir. Bu nedenle disiplin yaptırımını uygulanmasına yer olmadığı kararının "...projeyle aykırı olarak tespit edilen bu hususların _____'un savunmalarıyla örtüşmediği, bilirkişi raporlarında kast edilen hususun da buna yönelik olduğu değerlendirilmiştir" şeklindeki gerekçesi de yerinde değildir. Zira taraf beyanlarının değerlendirilmesi neticesinde bilirkişi raporlarında varılan sonuç isabetli olsa bile sırf taraf beyanlarını değerlendirilmesi ve bu suretle varılan sonuçları raporda gösterilmesi başlı başına disiplin yaptırımını gerektir. Rapordaki taraf beyanlarına yönelik değerlendirme sonuçlarının isabetli olmasının disiplin suçu teşkil eden bilirkişilik temel ve etik ilkelerine aykırı bilirkişilik faaliyetinde bulunmuş olması gerçeğini ve bu suretle işlenen disiplin suçunu ortadan kaldırmayacağı izahtan varestedir. Zira bilirkişilik temel ve etik ilkelerine aykırılık teşkil eden fiil taraf beyanlarının yanlış değerlendirilmesi değil; taraf beyanları hakkında doğru ya da yanlış herhangi bir şekilde değerlendirmede bulunulmasıdır.

Bilirkişi raporunda taraf beyanları hakkında bilirkişi mevzuatına aykırı olarak yapılan değerlendirmelerin isabetsiz yanlış olması ile

bilirkişilerin bu yanlış değerlendirmeleri yapmalarındaki niyet ve kasıtları, başkaca bilirkişilik temel ve etik ilkelerinin ihlalini gündeme getireceği gibi, bilirkişiler hakkında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da belirlenmesinde etkili olacaktır.

Şüpheli ve vekilinin soruşturma dosyasında mevcut somut savunma iddialarından birine veya birkaçına atıf yapılmayarak, doğrudan “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde soyut ve genel bir ifadeye yer verilmesi şüpheli ve vekilinin soruşturma dosyasındaki savunma ve beyanlarına dayanak tüm iddialarının gerçek dışı olduğu anlamına gelmekte, bu yönüyle de yanıltıcı ve yanlış bir nitelik taşımakta, dürüstlük, tarafsızlık (objektiflik) temel (BilK m. 3, I; BiY m. 5,I) ve etik ilkeleri (BiY m. 9) ile saygınlık ve güven etik ilkesine (BiY m. 10) de aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki;

Bilirkişi raporunda projeye aykırı olarak tespit edilen bir takım hususlardan hareketle, şüpheli asilin 29.06.2022 tarihli kolluk ifadesi ve 17.08.2022 tarihli dilekçesi ile şüpheli vekilinin 01.08.2022 tarihli beyan dilekçesinde ileri sürdükleri inşaat işlerinin tamamının 25.05.2009 tarihi ile 2013/Temmuz arasında gerçekleştirildiği, inşaat işlerinin tamamının belediye tarafından verilen 19.07.2013 tarihli yapı kullanma izin belgesi ile onaylandığı, yapı kullanma izin belgesi verildikten sonra taşınmazda imar kirliliğine neden olma suçu teşkil edecek herhangi bir yenilik ve değişiklik yapılmadığı 8 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu şeklindeki savunmalarına dayanak iddiaların bütünüyle gerçek dışı olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce savcılıkça zamanaşımı nedeniyle kavuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş olması bile şüpheli tarafın 8 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu yönünde yaptığı savunmalarına dayanak iddialarının doğru ve yerinde olduğunu göstermektedir. Bilirkişi raporlarında ifade edilen projeye aykırı hususların olması, yenilik ve değişikliklerin yapılması ile şüpheli ve vekilinin savunmalarında dile getirilen bunların ruhsattan önce mevcut olup olmadığı, ruhsat verilmekle bunların onaylanmış sayılıp sayılmayacakları, yenilik ve değişikliklerin ruhsata tabi olup olmadığı, imar kirliliğine neden olma suçu teşkil edip etmediği gibi olasılık halleri gerek meydana gelişleri gerekse sonuçları itibarıyla bütünüyle birbirinden farklı durumları ifade etmektedir. Şüpheli ve vekilinin sa-

vunmalarına dayanak iddialar dikkate alındığında bilirkişi raporunun sonuç bölümündeki “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde değerlendirme sonucunun yanıltıcı ve yanlış bir nitelik taşıdığı anlaşılmaktadır. Raporun sonuç kısmında böyle bir ifadeye yer verilmesi hâkim veya savcayı yanıltabilecek, yanlış bir kanaat, bir ön yargı oluşmasına da sebebiyet verebilecektir. Zira uygulamada özellikle uzun raporlarda hâkim ve savcılar genellikle sonuç kısmına baktıkları gözlemlenmektedir⁴⁶.

Bilirkişinin en önemli yükümlülüklerinden birisi doğruyu (gerçeği) söyleme yükümlülüğü olup, doğruyu söyleme yükümlülüğü genel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük ilkesinin bilirkişilik alanındaki somut bir görünüm biçimidir⁴⁷. Bilirkişinin gerçeği söyleme yükümlülüğü bilirkişi incelemesi kapsamında yargı organına sunulan bilgilerin hem doğru hem de yanıltıcı olmamasını gerektirir. Yargılamanın amacı olan gerçeğe ulaşılabilmesi bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğüne uygun hareket etmesine, yargı organının herhangi bir şekilde yanıltılmamasına bağlıdır⁴⁸.

Bilirkişilik Kanunu m. 3, I ve Bilirkişilik Yönetmeliği m. 5, I hükümlerinde bilirkişinin görevinin dürüstlük kuralları çerçevesinde, tarafsız ve objektif olarak bir şekilde yerine getirilmesi gerektiği temel bir ilke olarak düzenlenmiştir. Dürüstlük ve tarafsızlık, Bilirkişilik Yönetmeliğin 9. maddesinde etik bir ilke olarak da düzenlenmiştir. Dürüstlük ilkesi ve onun somut bir görünümünü teşkil eden bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğü, bilirkişinin görüşünü objektif ve tarafsız bir şekilde yargı organına sunmasının güvencesini teşkil eder⁴⁹. Bilirkişilik görevinin dürüstlük kurulların çerçevesinde tarafsız ve objektif bir şekilde yerine getirilebilmesi için bilirkişinin görevin saygınlığını zedeleyecek, adalete olan güveni sarsacak tutum ve davranış-

⁴⁶ Recep Akcan, "Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler". İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C/4 (2015): 655.

⁴⁷ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 88; Tanrıver, Medenî Usûl, 1021; Toraman, 511; Deryal, 98.

⁴⁸ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 87-88; Tanrıver, Medenî Usûl, 1021; Ok, "Bilirkişi Etiği", 63.

⁴⁹ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 50, 88.

lardan kaçınmak zorundadırlar⁵⁰. Bilirkişinin bu yükümlülüğüne Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 10. maddesinde "Saygınlık ve güven" başlığı altında etik bir ilke olarak yer verilmiştir.

Bilirkişinin gerçeği söyleme yükümlülüğüne uygun bir şekilde oy ve görüşünü sunduğundan söz edilebilmesi için bilirkişinin objektif çerçevede doğru bir şekilde görüşünü açıklamış olması gerekir⁵¹. Tarafsızlık ve objektiflik bir madalyonun iki yükü gibi olup, bilirkişinin tarafsızlığından söz edilebilmesi için bilirkişinin sadece uzmanlık alanının verileri dahilinde başkaca dahili ve harici her türlü etkiden kendisini soyutlayarak, objektif bir çerçevede görüşlerini yargı organına sunmuş olması gerekir⁵².

Bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" şeklinde taraf beyanların yönelik yanıltıcı bir değerlendirmede bulunulması gerçeği söyleme yükümlülüğünün, dolayısıyla da dürüstlük ve tarafsızlık (objektiflik) temel ilkelerinin ihlali anlamına gelir. Bu durum aynı zamanda BilY m.10'da düzenlenen saygınlık ve güven etik ilkesinin de ihlali niteliğindedir. Zira saygınlık ve güven etik ilkesinin bir gereği olarak bilirkişi görevini icra ederken yetkinliği, etik ilkelere uygun hareket ettiğini, raporunu dürüst ve objektif bir şekilde yazdığı konusunda ilgililere güven vermelidir⁵³. Bilirkişi raporunda kendisinden istenilen özel veya teknik bilgi dışında taraf beyanları hakkında değerlendirme ve yorumda bulunulması bilirkişinin saygınlık ve güvenilirliğini zedeleyecek, bilirkişiye olan güven duygusunun sarsılmasına neden olacaktır⁵⁴.

⁵⁰ Tanrıver, Hukumuzda Bilirkişilik, s. 103; Tanrıver, Medenî Usûl, 1036-1037.

⁵¹ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 90.

⁵² Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 88-90; Tanrıver, Medenî Usûl, 1023.

⁵³ Ok, "Bilirkişi Etiği", 73.

⁵⁴ "...bilirkişinin raporunda bilirkişiden beklenen ve çözümü teknik uzmanlığı gerektiren husus dışında davanın haklılığına yönelik hukuki kanaat içeren yorumlarda bulunulduğunun görüldüğü ... bilirkişinin sunduğu rapor ile teknik uzmanlık alanı dışına çıkarak taraflar konusunda niyet okumacılık suretiyle hukuki yorumlarda bulunarak raporun güvenilirliğine zarar verilmiş olduğunun görüldüğü ... rapordaki değerlendirmelerin aynı zamanda saygınlık ve güven ilkesinin de ihlali niteliğinde olduğu, bilirkişinin bu şekilde Bilirkişilik Kanunu'nun 3/2 ve Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 5/2. maddesinde düzenlenen hukuki nitelendirme ve değerlendirme yasağı ilkesine ve Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenen saygın-

Bilirkişilerin hangi ve niyet kasıtlı böyle bilirkişi raporunda “şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta” şeklinde yanıtıcı bir ifadeye yer vermiş olduklarının bilirkişinin disiplin sorumluluğunun doğması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁵⁵. Bununla birlikte bilirkişilerin niyet ve kasıtlarının bunun bilirkişinin disiplin sorumluluğu kapsamında bilirkişiye uygulanacak disiplin cezasının türünün belirlenmesi ile aynı zamanda bilirkişinin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğup doğmayacağı konusunda önemi bulunmaktadır. Bilirkişilik faaliyeti sırasında disiplin suçunun işlendiğinin sabit olması halinde, bilirkişilik bölge kurulu takdir yetkisi kapsamında tesis edeceği disiplin cezasının türünü belirlerken ihlalin niteliği ve ağırlığı yanında ihlalin bilirkişilerin hangi niyet ve kasıttan kaynaklandığını da dikkate alabilecektir. Yine bilirkişiler kasıtlı bilirkişi raporlarında böyle bir yanıtıcı bir değerlendirme sonucuna yer vermişlerse bilirkişinin disiplin sorumluluğu dışında, kasten gerçeğe aykırı rapor düzenlemek nedeniyle bilirkişilerin cezai sorumluluğu doğabilecek (TCK m. 276; BilY m. 58, II), söz konusu raporun hükme esasa alınması neticesinde bir zarar doğmuş ise bilirkişilerin hukuki sorumluluğu da (HMK m. 285; BilY m. 58, III) gündeme gelebilecektir.

lık ve güven ilkesine aykırı olarak bilirkişilik faaliyetinde bulunduğu anlaşılacakla...” (İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu, 21.05.2021, K. 2021/687, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/> 22.12.2023).

”... şeklinde yukarıda belirtilen ifadeler ile 6754 Sayılı Kanunun 3/2 maddesinde belirtilen “Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz” hükmüne aykırı harekette buldukları, ... güven duygusunu sarsıcı tutum ve davranışlarda buldukları, Kanaatine ulaşmıştır” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, 30.10.2018, K. 2018/1861, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/> 22.12.2023).

⁵⁵ “...Temel ve etik ilkelerin ihlali için bilirkişinin kasıtlı davranmasına, bir tarafı kollamasına veya husumetle hareket etmesine gerek bulunmadığı, getirilen temel ve etik ilkelerin amacının zaten bu tür iddiaları ortadan kaldırmaya yönelik olduğu dikkate alındığında bilirkişi 6754 sayılı Kanunun 13/1-c ve Bilirkişilik Yönetmeliğinin 9/1. Maddesini ihlal ettiği ...” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, 26.02.2020. K. 2020/100, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/> 22.12.2023).

“...Etik ilkelerin ihlali için bilirkişinin kasıtlı davranmasına, bir tarafı kollamasına veya husumetle hareket etmesine gerek bulunmadığı, getirilen temel ve etik ilkelerin amacının zaten bu tür iddiaları ortadan kaldırmaya yönelik olduğu dikkate alındığında bilirkişi'ın 6754 sayılı Kanunun 13/1-c ve Bilirkişilik Yönetmeliğinin 9/1. Maddesini ihlal ettiği...” (Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu, 17.10.2019, K. 2019/967, <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/> 22.12.2023).

Bilirkişilik faaliyetinin aksayan veya kötü işleyen yönlerinin tespit edilmesi halinde, bilirkişilik mevzuatındaki kurallara uymayarak söz konusu olumsuzlukların gerçekleşmesine sebebiyet veren bilirkişilere bilirkişilik mevzuatının öngördüğü yaptırımların uygulanması gerekir⁵⁶. Disiplin yaptırımına karar verilmesi bakımından önemli olan disiplin yaptırımını gerektiren bir ihalin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise bunun niteliği ve ağırlığıdır. İhlal gerçekleşmiş ise bilirkişilik kurulu disiplin yaptırımının uygulanmasına karar vermek zorundadır. Kurulun ihlalin hangi niyet ve kasıtle yapıldığını tayin ve tespit etme ve bundan hareketle ihlali yaptırımsız bırakma yetkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki ihlalin hangi niyet ve kasıtle yapıldığı ancak bilirkişilerin alınacak savunmalarıyla belirlenebilir ve bundan hareketle ihlalin niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak ancak verilecek cezanın türü ve miktarı tayin edilebilir. Yanlış bilirkişilik uygulamaların giderilmesi, bilirkişilik sistemin arzu edildiği şekilde işleminin sağlanması, bilirkişilik kurumunun disipline edilebilmesi için resen veya şikayet üzerine tespit edilecek disiplin yaptırımını gerektiren aykırılık hallerinde, ihlalin niteliği ve ağırlığına göre en azından uyarma cezası verilmelidir. Uygulamada bilirkişilik görevinin yargı sistemi içindeki önem ve ciddiyetinin yeterince kavranmamasından kaynaklı olarak bilirkişilik görevinin yerine getirilmesinde bazı özensizliklerin yaşanabildiği ifade edilmektedir⁵⁷. Bu özensizliklerin giderilebilmesi için de disiplin sürecinin etkin bir şekilde işletilmesi önem taşımaktadır.

SONUÇ

Bilirkişilerin denetim ve disiplinine ilişkin kurallar 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden birisi olup, Kanun ile oluşturulan kurumsal yapılanmada bilirkişilerin denetimini yapma yetki ve görevi bilirkişilik bölge kurullarına verilmiştir. Bilirkişilik hizmetlerinin ilgili mevzuata uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak (BilK m. 8, 1-a) ve ilgili mevzuat çerçevesinde bilirkişilerin denetimini yapmak (BilK m. 8, I-d) bilirkişilik bölge kurullarının en önemli görevlerinin başında gelmektedir.

⁵⁶ Ermenek vd., Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı, 114.

⁵⁷ Tanrıver, Hukukumuzda Bilirkişilik, 95; Tanrıver, Medenî Usûl, 1028.

Bilirkişi bölge kurulları bilirkişi raporlarının kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgede gösterilen usul ve esaslara uygun hazırlanıp hazırlanmadığını Bilirkişilik Daire Başkanlığı tarafından belirlenen rehber ilkelerle bağdaşıp bağdaşmadığı hususlarını resen veya başvuru üzerine denetlemek (BilK m. 59, I; m. 60, I) ve tespit edilecek disiplin suçu teşkil eden aykırılıklarla (BilK m. 13; BilY m. 48) ilgili olarak da bilirkişilik mevzuatında öngörülen disiplinler yaptırımları uygulamakla yükümlüdür. Sicilden ve listeden çıkarma, bir yılı kadar geçici süreyle listeden çıkarma, uyarma şeklinde üç yaptırım türü belirlenmiş olup, bilirkişilik bölge kuruluna yaptırımın türünü belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

Bilirkişilik görevinin dürüst, bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yerine getirilmesi, bilirkişi raporunda özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapılmaması gerekir. Yargıya ve adalete olan güvenin herhangi bir şekilde zedelenmemesi, yargılama neticesinde gerçeğe ulaşılabilmesi için yargılama sürecinde yürütülen bilirkişilik faaliyetlerinin mevzuata uygun bir şekilde, temel ve etik ilkelere riayet edilerek gerçekleştirilmesi büyük önem taşımakta olup, önemine binaen bilirkişilik mevzuatında gerek temel ilkelerin (BilK m. 3; BilY m. 5) gerekse etik ilkelerin (BilY m. 7 ilâ14) ihlali bir disiplin suçu olarak düzenlenmiştir.

İnceleme konumuzu teşkil eden Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 2023/38 disiplin nolu kararlarına konu somut olayda, bilirkişi raporlarının sonuç bölümünde yer verilen "şüpheli ve şüpheli vekilinin iddiaları gerçeği yansıtmamakta" ifadesinin öncelikle "Bilirkişi, raporunda çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz" şeklindeki "Temel ilkeler" başlıklı Bilirkişilik Kanunu'nun m. 3, II ve BilY m. 5, II hükümleri ile Rehber İlkeler m. 7, m. 10 ve m. 15 hükümlerine dolayısıyla da Bilirkişilik Yönetmeliği m. 7'de düzenlenen "yetkinlik ve mesleki özen" etik ilkesine aykırı olduğu; ayrıca şüpheli tarafın savunmalarına dayanak iddialar karşısında söz konusu ifadenin yanıltıcı ve yanlış bir nitelik taşıması nedeniyle dürüstlük, tarafsızlık (objektiflik) temel (BilK m. 3, I; BilY m. 5,I) ve etik ilkeleri (BilY m. 9) ile saygınlık ve güven etik ilkesine (BilY m. 10) de aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiş; disiplin

yaptırımını uygulanmasına karar verilmesi (BilK m. 13, I-II; BilY m. 62, II-III; m. 63, II) gerekirken, aksi yönde tesis edilen Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 2023/38 disiplin nolu kararlarının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ayrıca bilirkişilik bölge kurulunun, bilirkişilik raporlarıyla sabit bilirkişilik mevzuatına aykırılık ile ilgili olarak bilirkişilerin savunmalarına başvurmamasının BilY m. 63, I hükmüne aykırı olduğu; bilirkişilerin hangi kasıtle böyle bir ifadeye yer vermiş olabilecekleri konusunda değerlendirmelerde bulunulmasının ise kurulun tarafsızlığına da zedeleyebileceği değerlendirilmiştir. Taraf beyanlarının yerinde olup olmadığı, gerçeği yansıtmadığı, doğru olup olmadığı gibi takdiri değerlendirme ve yorum içeren bilirkişi raporları bilirkişilik temel ilke ve kurallarına aykırı olacak, yargı merciilerine ait olan taraf beyanlarını değerlendirme yetkisinin bilirkişilerce kullanılması anlamına gelecektir. Disiplin yaptırımını gerektiren bilirkişilik mevzuatına aykırılıkların, bilirkişilerin olası niyet ve kastından hareketle mazur görülmesi, aykırılıkların yaptırımsız bırakılması uygun olmamıştır.

Bilirkişilik mevzuatı çerçevesinde yürütülecek denetim süreci ve bu süreç neticesinde uygulanacak disiplinler yaptırımlar, bilirkişilik mevzuatına aykırı bilirkişilik faaliyetlerinin giderilmesi ve önlenmesinde hayati öneme sahiptir. Bilirkişilik mevzuatına aykırılıklar tespit edilir ve bunlarla ilgili olarak gereken disiplinler yaptırımlar uygulanır ise, amaçlandığı şekilde bilirkişilik kurumunun disipline edilerek kurumsal bir yapıya kavuşturulması sağlanmış olur. Aksi takdirde bilirkişilik mevzuatına aykırılıkların giderilmesi mümkün olmayacağı gibi, tam tersine başkaca aykırılıkların gerçekleşmesine zemin hazırlanmış olur. Bu açıdan denetim sürecinin ilgili mevzuatın tüm gerekleri yerine getirilerek titizlikle yürütülmesi ve tespit edilen aykırılıklarla ilgili olarak disiplinler yaptırımların eksiksiz bir şekilde uygulanması gerekir. Bilirkişilik mevzuatından değil, uygulamadan kaynaklanan sorunlar ancak bu şekilde giderilebilecektir.

Bunun yanında, bilirkişilik bölge kurulları tarafından verilen ihlal kararları yanında⁵⁸, bilirkişilik bölge kurulları tarafından veri-

⁵⁸ Bilirkişilik bölge kurulları tarafından resen veya şikayet üzerine yapılan denetimler sonucu verilen yaptırım kararlarının kişisel verilerden arındırılarak Bilirkişilik

len disiplin yaptırımı uygulanmasına yer olmadığına ilişkin kararlara yönelik yapılan itirazların reddine ilişkin kararların da Bilirkişilik Daire Başkanlığının internet sitesinde yayınlanması, karar vericileri daha dikkatli ve titiz olmaya sevkedeceği gibi, verilen kurul kararlarının kamuoyu tarafından da denetlenmesine olanak sağlayacaktır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

Daire Başkanlığının internet sitesinin “Bölge Kurulu Karar Arşivi” sekmesinde yayınlanmaktadır. İlgili sekmenin “Uyarma”, “Geçici Süreyle Listedten Çıkarma”, “Bilirkişilik Sicilinden ve Listesinden Çıkarılma” ve “Bilirkişilik Yapmaktan Yasaklanma” alt sekmelerinde Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya, Sakarya, Samsun, Trabzon, Van Bilirkişilik Bölge Kurullarının çeşitli kararları ile Kayseri Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 22.01.2021 tarih, 2021/19 sayılı; 26.02.2021 tarih, 2021/63 sayılı iki yaptırım kararı yayınlanmıştır. Sitede yer verilen kararlar arasında en eski tarihli olan İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 11.10.2017 tarih, 2017/271 sayılı karar iken, en yeni olanı da İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu'nun 18.12.2021 tarih, 2020/689 ve 699 sayılı kararlarıdır. En yeni tarihli karar üzerinden iki yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen sitede yayınlanan daha yeni tarihli tek bir karar bile bulunmamaktadır. Bu durumun iki yıllık sürede herhangi bir ihlal kararı verilmemiş olmasından kaynaklanmış olması pek olası görölmektedir. Kararların sitede düzenli bir şekilde yayınlanması yanında, bilirkişi şikayetlerine ilişkin istatistiki verilere de yer verilmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Akcan, Recep. "Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler" İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. S. 4 (2015): 653-664.
- Alihocagil, Ömer Buğra. "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporunun Hazırlanması ve Bilirkişi Raporuna İtiraz" Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3-4 (2018): 547-588.
- Alkan, Oktay. Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu. Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. Medenî Usul Hukuku. Ankara: Güncellenmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. Medenî Usûl Hukuku. Ankara: 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Başözen, Ahmet. Kamulaştırma Bilirkişiliği. Ankara: 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. Medenî Usul Hukuku. İstanbul: 5. Bası, Filiz Kitabevi, 2021.
- Canbolat, Talat. "Bilirkişilik Kanun Tasarı Taslağının İş Yargısı Yönünden Değerlendirilmesi" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. Özel Sayı (2016): 251-268.
- Çakır, Hüseyin Melih. 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu. İstanbul: 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019.
- Deliduman, Seyithan. Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Eskişehir 3-5 Ekim 2003 ve 1-2 Ekim 2004. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007, 259-318.
- Çayan, Gökhan. Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi. İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013.

- Deryal, Yahya. Türk Hukukunda Bilirkişilik. Ankara: 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- Erdoğan, Ersin ve S. Hilal Üçüncü. "Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar" Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1 (2020): 354-387.
- Ermeneek, İbrahim, Ersin Erdoğan, Hüseyin Melih Çakır, Uğur Ersoy, Cengiz Kulaksız ve Barış Toraman. Bilirkişilik Temel Eğitimi Kaynak Kitabı. Ankara: 1. Baskı, Deniz Ofset Matbaacılık, Ocak 2022.
- Görgün, Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. Medenî Usûl Hukuku. Ankara: 11. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Karaburun, Gökhan. "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları" Adli Tıp Bülteni, S. 22 (2017): 200-207.
- Karşlı, Abdurrahim. Medeni Muhakeme Hukuku. İstanbul: 5 Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- Kılıçoğlu, Mustafa. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Konuralp, Haluk. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik. Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2001, 489-510.
- Kuru, Baki: Medenî Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Meran, Necati. 5237 sayılı TCK'da İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu ve İmardan Sorumlu Kişilerin Görevi Kötüye Kullanmaları Mühür Bozma & Muhafaza Görevini Kötüye Kullanma Suçları. Ankara: Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi 2013.
- Ok Selin. "Bilirkişi Etiği", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021.
- Okur, Mustafa. "Bilirkişi ve Bilirkişilik Uygulamasına Yöneltilen Eleştiriler" Kayseri Barosu Dergisi, S. 20 (2001): 11-26.

- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Murat Atalı, Güray Erdönmez, Mine Akkan, Ali Yeşilirmak ve Hülya Taş Korkmaz. Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt II. İstanbul: 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı. İstanbul: 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Polat, Oğuz ve A. Taner Güven. "İngiliz Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119 (2015): 97-114.
- Postacıoğlu, İlhan E. ve Sümer Altay. Medenî Usûl Hukuku Dersleri. İstanbul: 8. Bası, Vedat Kitapçılık 2020.
- Tanrıver, Süha. Bilirkişinin Etik, Hukukî ve Cezaî Açılardan Sorumluluğu. Bilirkişilik Sempozyumu 9-10 Kasım 2001. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2001, 406-448.
- Tanrıver, Süha. "Bilirkişinin Sorumluluğu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 56 (2005): 133-136.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. Özel Sayı (2009): 575-594.
- Tanrıver, Süha. Hukukumuzda Bilirkişilik. Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları 2017.
- Tanrıver, Süha. Medenî Usûl Hukuku Cilt I. Ankara: 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Teomete Yalabık, Fulya. "Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Bilirkişilik Kurumuna Genel Bakış". Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. Özel Sayı Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan (2014): 2115-2162.
- Toraman, Barış. Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde). Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.

- Umar, Bilge. Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi. Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Üstündağ, Saim. Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II. İstanbul: 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, 2000.
- Yıldırım, Kâmil. "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu". 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı. Ankara: 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, 2004, 833-842.
- Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik" Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, S. 3-4 (2016): 273-345.
- Yılmaz, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanun şerhi. Ankara: Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları 2013.
- Zora, Fatih. Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik. Ankara: 1. Baskı, Adalet Yayınları, 2022.

Çevrimiçi Kaynaklar:

- Erişim Tarihi: 22.12.2023. <https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/>

BASIN İŞ KANUNU'NDA KIDEM TAZMİNATI HAKKI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARINA İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

*Severance Pay Right in Press Labour Act: An Assessment
Regarding the Constitutional Court's Annulment Decision*

Dr. Öğr. Üyesi Sevede BULUN TOKKAŞ*

ÖZET

Gazeteciler ile işverenleri arasındaki iş ilişkisine ait düzenlemeleri içeren 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun 1952 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun kısaca Basın İş Kanunu olarak ifade edilir.

* KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: sevde.bulun@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6634-4530.

Makale Geliş Tarihi: 30.01.2024

Makale Kabul Tarihi: 21.03.2024

⇒ Atıf Şekli: Sevede Bulun Tokkaş “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Hakkı: Anayasa Mahkemesi’nin İptal Kararına İlişkin Bir Değerlendirme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 149-175.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



Basın İş Kanunu'na tabi olan işçiler "gazeteci", gazeteci ile işvereni arasında yapılan sözleşme "basın iş sözleşmesi" olarak adlandırılır. Mesleğinde belirli bir süre çalışan gazetecinin iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlardan biri de kıdem tazminatı alma hakkıdır. Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için öncelikle sözleşmesinin Basın İş Kanunu'nda belirtilen hallerden biri ile sona ermiş olması gerekir. Bu kapsamda sözleşmeyi sona erdiren bir sebep olarak gazetecinin ölümünün kıdem tazminatına hak kazandırıp kazandırmayacağı hususu ele alınmıştır. Kıdem tazminatı için aranan diğer şart ise gazetecinin mesleğinde asgari bir kıdeme sahip olmasıdır. Anayasa Mahkemesi 2021/62 E., 2023/89 K. ve 4.5.2023 tarihli kararıyla gazetecinin kıdem tazminatı hakkına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Basın İş Kanunu m.6/1 ve m.6/7 2. cümlesini Anayasa'ya aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etmiştir.

Bu çalışma kapsamında öncelikle Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için aranan şartlara yer verilmiş, gazetecinin kıdem tazminatı hakkına ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin gazetecinin kıdem tazminatı hakkı için aranan kıdem şartına yönelik verdiği iptal kararı özetlenerek, karara ilişkin değerlendirmeye yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Basın İş Kanunu, Gazeteci, İş Sözleşmesi, Kıdem Tazminatı, Ölüm Tazminatı

EXTENDED ABSTRACT

The Act About the Arrangement of Relations Among The Workers and Employers on the area of Press, numbered 5953, which encompasses the arrangements regarding the working relationship between journalists and employers, came into effect in 1952. Commonly referred to as the Press Labour Act, it outlines the regulations governing the interactions between journalists and employers.

To be considered a journalist under the scope of Act No. 5953 on Press Labour Act, certain criteria must be met. In this context, it is required that the journalist is engaged in intellectual and artistic work. Another condition is that the journalist is performing this work

for newspapers, periodicals, news agencies, or photo agencies published in Turkey. With the amendment introduced by Act No. 7418 on October 13, 2022, internet news sites have also been included within the scope of the Press Labour Act. Consequently, journalists working on internet news sites will fall under the application of Act No. 5953 if they meet the specified criteria.

One additional criterion for being considered a journalist under the Press Labour Act is that the journalist must be working under an employment contract, without being classified as an employee under the Labour Act. The contract between the journalist and the employer is referred to as the "press labour contract." According to Article 28 of Act No. 5953, journalists employed in public institutions and organizations are explicitly stated to be outside the scope of this Act.

One of the outcomes arising from the termination of a journalist's employment contract after a certain period in the profession is severance pay. The amount of severance pay is determined based on the journalist's length of service and salary, and it is paid by the employer. For a journalist to be eligible for severance pay, their contract must have terminated for one of the reasons specified in Act No. 5953 on Press Labour. Notably, the death of a journalist is not considered a reason triggering severance pay according to this act. Additionally, in the event of the journalist's death, death compensation is explicitly stated to be provided to the journalist's spouse, children, or, if none, the family members supported by the journalist, as per Article 18 of Act No. 5953 on Press Labour. Therefore, providing severance pay to the surviving dependents in the case of a journalist's death is not possible.

Another requirement for qualifying for severance pay is that the journalist must have a minimum level of seniority in the profession. Prior to the Constitutional Court's annulment decision, Article 6/1 of Act No. 5953 on Press Labour stipulated that the journalist must have worked in the profession for at least five years. The calculation of this period takes into account the journalist's initial entry date into the profession. It is important to note that whether the journalist has spent this period in the same or different workplaces is not relevant; what

matters is that the journalist has accrued this period as a journalist under Act No. 5953 on Press Labour. Additionally, the second sentence of the 7th paragraph of the same article explicitly stated that the portion of the annual service less than six months would not be taken into account in calculating the seniority period. Therefore, no severance pay was made for this portion when the journalist's annual service, or surplus duration, was less than six months.

Recently, the 21st Labour Court in Ankara referred the provisions related to the journalist's severance pay, found in Article 6/1 and Article 6/7 second sentence of Act No. 5953 on Press Labour, to the Constitutional Court on the grounds that they were contrary to the Constitution. After conducting an examination, the Constitutional Court decided to annul these provisions on the basis that they were in violation of the "equality before the act" provision in Article 10 and the "right to property" provision in Article 35 of the Constitution. As a result of this annulment decision, for a journalist to be entitled to severance pay, it is now sufficient for their contract to have terminated for one of the reasons specified in Act No. 5953 on Press Labour, and like other workers subject to labour acts, journalists need to fulfill a minimum one-year seniority requirement in the profession.

This study first outlined the conditions required to be considered a journalist under Act No. 5953 on Press Labour. Subsequently, the conditions for a journalist to be entitled to severance pay were discussed. Finally, a summary of the Constitutional Court's annulment decision regarding the seniority requirement for a journalist to qualify for severance pay and an assessment of this decision were provided.

Keywords: Press Labour Act, Journalist, Labour Contract, Severance Payment, Death Compensation.

GİRİŞ

Hukumumuzda işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisini düzenleyen bir- den fazla mevzuat bulunmaktadır. Bunlardan biri de 1952 yılında yürür- lüğe giren 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasın- daki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun¹ (Basın İş Kanunu)'dur².

¹ RG., 20.6.1952, S.8140.

Gazetecilerin çalışma ilişkisinin ayrı bir kanunla düzenlenmesinin temelinde çeşitli sebepler bulunmaktadır. Gazetecilik mesleğinin kendine has niteliğe sahip olması, gazeteciliğin tehlikeye açık bir meslek olması, Basın İş Kanunu'nun basın özgürlüğü ile bağlantılı olması, gazetecilerin korunmasının aynı zamanda toplumun haber alma hakkını da koruması gibi gerekçeler gazetecilerin çalışma ilişkisinin ayrı bir kanunla düzenlenmesini gerektiren sebepler olarak karşımıza çıkar³.

Basın İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği dönemde 3008 sayılı İş Kanunu⁴ yürürlükte bulunmaktaydı. Basın İş Kanunu'nda 3008 sayılı İş Kanunu'na nazaran gazeteciler açısından birçok lehe hükmü bulunmasına rağmen; iş kanunlarının değişmesinin etkisiyle Basın İş Kanunu zaman içinde bu özelliğini kaybetmiş ve diğer iş kanunları karşısında yetersiz hale gelmiştir⁵.

Gazetecilerin kıdem tazminatı hakkı, Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler, 1475 sayılı İş Kanunu⁶'nda yer alan kıdem tazminatına ilişkin düzenlemelerden önemli ölçüde farklılık gösterir.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihte Basın İş Kanunu'nda bulunan kıdem tazminatı düzenlemelerinden bazıları için iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi 4.5.2023 tarihinde verdiği 2021/62 Esas, 2023/89 Sayılı Kararı ile Basın İş Kanunu m.6/1'de yer alan "*Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem tazminatı hakkı tanınır.*" hükmü ile Basın İş Kanunu m.6/7'nin ikinci cümlesi olan "*Ancak, yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz.*" hükmünü Anayasa'nın 10. ve 35.

² Türkiye'de basın iş hukukunun tarihsel gelişimi hakkında bkz. Haluk Hadi Sümer, *Bireysel Basın İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 7 vd.; Nuray Gökçek Karaca, *Basın İş Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 34 vd.; Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018), 259 vd.

³ Ayşe Köme Akpulat, "Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu'nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/1 (2019): 225; Sümer, *Basın İş*, 4-5. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçek Karaca, *Basın İş*, 41 vd.; Şakar, *İş Hukuku*, 271-272.

⁴ RG., 15.6.1936, S.3330.

⁵ M.Fatih Uşan ve H.Hilal Tiritioğlu Ersoy, "Cumhuriyet Döneminde Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Gelişmeler", *Adalet Dergisi*, 2/71 (2023), 139; Köme Akpulat, 234. Özellikle Basın İş Kanunu'nda 212 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler ile gazetecilere birçok ayrıcalık tanınmıştır. Gökçek Karaca, *Basın İş*, 53-54.

⁶ RG., 1.9.1971, S.13943.

maddelerine aykırı bularak oybirliğiyle iptal etmiştir. Böylece Basın İş Kanunu kapsamında bulunan gazetecilerin kıdem tazminatına hak kazanma şartlarında birtakım değişiklikler söz konusu olmuştur.

Bu çalışmada, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılan kişilerin kıdem tazminatı hakkı ele alınarak, Anayasa Mahkemesi'nin gazetecilerin kıdem tazminatı hakkını düzenleyen Basın İş Kanunu hükümlerine yönelik verdiği iptal kararı incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle kıdem tazminatına ilişkin genel bilgiler verilmiş, daha sonra Basın İş Kanunu kapsamında kıdem tazminatına hak kazanma şartları ele alınmıştır. Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı özetlenerek karara ilişkin değerlendirmeye yer verilmiştir.

I. KIDEM TAZMİNATINA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Kıdem tazminatı, işçinin belli bir süre boyunca çalıştıktan sonra çalıştığı yerden ayrılması durumunda, işyerine katkıda bulunması, işyerinde yıpranması yani iş gücünü tüketmesi ile yeni bir iş bulma noktasında karşı karşıya kalacağı güçlükler dikkate alınarak geçmiş hizmetlerine karşılık olarak verilen toplu bir para olarak tanımlanabilir⁷.

Hukumumuzda kıdem tazminatına ilişkin ilk düzenleme, 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile yapılmıştır. Çalışanların iş ilişkisini konu alan 4857 sayılı İş Kanunu⁸, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁹nda kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler yer alır. 4857 sayılı İş Kanunu geçici madde 6'da kıdem tazminatına ilişkin olarak bir fon kurulacağı öngörülmüştür. Aynı madde uyarınca, bu fon kurulana kadar İş Kanunu'na tabi olan işçilerin kıdem tazminatı hakkına ilişkin olarak 1475 sayılı İş Kanunu

⁷ Ünal Narmanlıoğlu, "Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler", Dokuz Eylül Üniversitesi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan. 19/Özel Sayı (2017): 1721. Ayrıca bkz. Şahin Çil, Kıdem Tazminatı. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 3 vd.; Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku, (Ankara: Lykeion, 2022), 1169; Sarper Süzek, İş Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 754-755; Nuri Çelik vd., İş Hukuku Dersleri (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023), 705-706; Ercan Güven ve Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2017), 226; Sümer, Basın İş, 208.

⁸ RG., 10.6.2003, S.25134.

⁹ RG., 29.4.1967, S.12586.

m.14 hükümleri uygulama alanı bulur. Deniz İş Kanunu m.20 ve 1475 sayılı İş Kanunu m.14'de yer alan kıdem tazminatına yönelik düzenlemeler birbirine benzer niteliktedir. Ancak kıdem tazminatına hak kazanma şartları bakımından Basın İş Kanunu'nda yer alan düzenlemeler diğerlerine nazaran farklılık taşır¹⁰.

Kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan bir işçilik alacağıdır. Ancak iş sözleşmesini sona erdiren hallerin tümünde gazeteciye kıdem tazminatı verilmesi mümkün değildir. Buna göre tazminat hakkının doğabilmesi için, basın iş sözleşmesinin Kanunda belirlenen nedenlerle sona ermesi ve gazetecinin belli bir kıdeme sahip olması aranır.

Kıdem tazminatını ödeme yükümlüsü, kıdem tazminatına alma hakkına sahip olan gazetecinin işverenidir. 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak Basın İş Kanunu'nda gazetecilere ödenecek kıdem tazminatında bir tavan miktarı belirlenmemiştir. Yine 1475 İş sayılı Kanun'dan farklı olarak tazminatın brüt giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağına yönelik bir hükmün bulunmaması nedeniyle kıdem tazminatı, brüt çıplak ücret üzerinden hesaplanacaktır¹¹. Diğer bir deyişle kanundan ya da sözleşmeden doğan çıkarlar sözleşmede aksi yönde bir hüküm yoksa gazetecinin kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır¹². Yargıtay konuyla ilgili olarak, *"Basın çalışanlarıyla ilgili 5953 sayılı Yasada kıdem tazminatı hesabında giydirilmiş ücret üzerinden hesaplama yapılacağı öngörülmemiştir. Bu nedenle kıdem tazminatı brüt ücret üzerinden hesaplanmalıdır..."* ifadelerine yer vermiştir¹³. Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatının ödenmemesi halinde uygulanacak faize ilişkin bir düzenlemeye de yer vermediğinden gazeteci lehine yasal faizin işletilmesi gerekir¹⁴.

¹⁰ Narmanlıoğlu, "Kıdem Tazminatı", 1722-1723.

¹¹ Sümer, Basın İş, 224; Çil, 78; Müjdat Şakar, "Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Çalışma ve Toplum, 2/17 (2008): 27.

¹² Şakar, "Basın İş Sözleşmesi", 27.

¹³ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 12.1.2016, E.2014/24106, K.2016/352, lexpera.com.tr, 12.3.2024. Aynı yönde bkz. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, 27.5.2014, E.2013/31858, K.2014/14826, lexpera.com.tr, 12.3.2024.

¹⁴ Sümer, Basın İş, 227-228; Çil, 78; Gökçek Karaca, 194. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. Bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 14.1.2013, E.2010/38436, K.2013/253, lexpera.com.tr, 12.3.2024; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 10.11.2014, E.2013/3590, K.2014/33270, lexpera.com.tr, 12.3.2024; Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, 25.3.2013, E.2012/18018, K.2013/6128, lexpera.com.tr, 12.3.2024.

Kıdem tazminatının hukuki niteliği tartışmalıdır. Öğretide kıdem tazminatı çeşitli şekillerde nitelendirilmiştir. Buna göre kıdem tazminatı, işçinin işyerine bağlılığının karşılığı olarak yapılan bir ödeme olarak¹⁵, emeklilik yaşı gelmeden işten ayrılan işçiler için bir işsizlik sigortası, emeklilik yaşına ulaşanlar açısından ise yaşlılık sigortası olarak¹⁶, iş sözleşmesinin feshedilmesi nedeniyle işçinin uğradığı zararın tazminine yönelik bir uygulama¹⁷ ya da bu görüşlerin hiçbirine tam olarak uymayan ve kanundan doğan kendine özgü bir hukuki kurum olarak¹⁸ ifade edilmiştir.

II. BASIN İŞ KANUNU'NA GÖRE KIDEM TAZMİNATINA HAK KAZANMA ŞARTLARI

A. Gazeteci Olmak

1. Genel Olarak

Bir kişinin Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak kabul edilebilmesi için birtakım unsurların varlığı aranır¹⁹. Bunlar, gazetecinin Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde çalışıyor olması, her türlü fikir ve sanat işinde çalışması, iş sözleşmesine tabi olması ve İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalmasıdır. Sayılan unsurların tümünün bir arada bulunması gerekir²⁰. Belirtmek gerekir ki Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci sayılmak için Basın Kartı Yönetmeliği²¹

¹⁵ Mollamahmutoglu, Astarlı ve Baysal, 1169.

¹⁶ Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022), 240. Kıdem tazminatının ilk kez yürürlüğe girdiği dönemde işsizlik sigortası işlevi görmüştür. A.Murat Demircioğlu, Tankut Centel ve Hasan Ali Kaplan, İş Hukuku (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 199

¹⁷ Turhan Esener, İş Hukuku (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 244.

¹⁸ Süzek, 754-755; Çelik vd., 705-706; Güven ve Aydın, 226.

¹⁹ Mehmet Ali Şuğle, İş Hukuku Açısından Gazeteci (Ankara: ÇGD Yayınları, 2001), 37; Burcu Ezer, "İnternet Haber Sitelerinin Basın Kanunu ve Basın İş Kanunu Kapsamına Eklenmesinin Hüküm ve Sonuçları", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 8/2 (2023): 471; M. Kemal Oğuzman, "Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32/2-4 (1966): 861-862; Sümer, Basın İş, 27; Köme Akpulat, 226; Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamalar (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 82. Ayrıca bkz. Ömer Ekmekçi ve Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023), 18.

²⁰ Ezer, "İnternet Haber Siteleri", 471; Sümer, Basın İş, 27.

nunu kapsamında gazeteci sayılmak için Basın Kartı Yönetmeliği²¹ uyarınca basın kartı sahibi yeterli değildir²².

Gazetecilik niteliğinin kazanılması bakımından serbestlik sistemi kabul edilmiş olup, bu niteliğe sahip olmak için herhangi bir yere kayıt zorunluluğu ya da niteliğin kazanılmasından önce yerine getirilmesi gereken bir koşul bulunmamaktadır²³.

Basın İş Kanunu m.1'de, Kanun'un kişi bakımından kapsamı belirlenmiştir²⁴. Buna ek olarak, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun²⁵ m.23 uyarınca radyo ve televizyon kuruluşlarındaki haber biriminde çalışanlar da Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak kabul edilmiştir.

2. Basın İş Kanunu Kapsamına Giren İşyerinde Çalışmak

Basın İş Kanunu m.1'e göre aranan ilk şart, gazetecinin Türkiye'de yayınlanan gazete veya mevkutelerde (sürelî yayınlarda²⁶) veya haber ve fotoğraf ajanslarında²⁷ çalışmasıdır. 13.10.2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁸ m.28 ile Basın İş Kanunu'nun 1. maddesine "internet haber siteleri" ibaresi de eklenmiş ve böylece internet haber sitesinde çalışanların diğer şartları da taşımaları halinde Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak kabul edilmeleri mümkün hale

²¹ RG., 10.4.2023, S.32159.

²² Sümer, Basın İş, 27; Sümer ve Kayırgan, 82; Köme Akpulat, "Gazeteci", 226-227; Gökçek Karaca, 87; Süzek, İş Hukuku, 230-231.

²³ Sümer, Basın İş, 28; Sümer ve Kayırgan, 82; Gökçek Karaca, 87.

²⁴ Günümüzde yeni medya, dijital medya gibi kavramların ortaya çıkması nedeniyle Basın İş Kanunu m.1'de yer alan "gazeteci" tanımının yetersiz kaldığı ifade edilmiştir. Muzaffer, Şahin ve Zakir, Avşar, "Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları", Sosyal Güvenlik Dergisi, 6/2 (2016): 120. Aynı yönde bkz. Nur, Birinci Gemici ve Cihat, Gemici, "5953 Sayılı Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi", İş ve Hayat Dergisi, 3/5 (2017): 276.

²⁵ RG., 3.3.2011, S.27863.

²⁶ Basın Kartı Yönetmeliği m.4/1-p'ye göre sürelî yayın; "Belli aralıklarla yayımlanan ve 5187 sayılı Kanuna göre beyanname veren gazete, dergi gibi basılmış eserler, haber ve fotoğraf ajansları ile internet haber sitelerinin yayınları" dır.

²⁷ Basın Kartı Yönetmeliği m.4/1-i'ye göre haber ve fotoğraf ajanları, "Dünya ve ülke çapında cereyan eden hadiseleri başta diğer medya kuruluşları olmak üzere müşterilerine ulaştırmak için haber, fotoğraf ve görüntü toplama işlemlerini yerine getiren ve masraflarını abonelerine haber, fotoğraf ve görüntü satarak karşılayan özel veya yarı resmi kuruluşları" dır.

²⁸ RG., 18.10.2022, S.31987.

samında gazeteci olarak kabul edilmeleri mümkün hale gelmiştir²⁹. 5187 sayılı Basın Kanunu'na³⁰ göre internet haber siteleri, “*İnternet ortamında, belirli aralıklarla haber veya yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapmak üzere kurulan ve işletilen süreli yayını*” ifade eder³¹.

Basın İş Kanunu'nda “Türkiye’de yayınlanma” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş olmasına rağmen bunu yayının Türkiye’de basılması ve ortaya çıkması şeklinde anlamak gerekir³². Öğretide isabetli olarak ifade edildiği üzere, internet haber siteleri yönünden “Türkiye’de yayınlanma” ifadesinin aranması gerekli değildir³³.

Basın İş Kanunu m.2 uyarınca gazeteci niteliğine sahip olan ancak bu görevini kamu kurum ve kuruluşlarında çalışarak yerine gazeteciler Basın İş Kanunu hükümlerinin uygulama alanı dışında kalır³⁴.

²⁹ Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 468. İnternet haber sitelerinin süreli yayın türü olarak kabul edilmesiyle birlikte bu yerlerde çalışan gazeteciler de diğer koşulların sağlanması şartıyla Basın İş Kanunu'na tabi olmuşlardır. Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 472. Esasında 2007 yılından itibaren Yargıtay kararlarında internet haber sitelerinde çalışanların da Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci oldukları yönündeki yerleşik içtihat, 7418 sayılı Kanun ile mevzuatta da yerini almıştır. Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 469-470. Bu yöndeki bir kararda Yargıtay, “*Davalının...com adlı site üzerinden faaliyeti internet gazeteciliği niteliğindedir. Davacının internet gazetesinde editör olarak çalıştığı, kısa haber bilgilerinin SMS, WAP ve GPRS yoluyla ücret karşılığında abonelere aktarılması görevini de yerine getirdiği anlaşılmakla, çalışmalarını, 5953 sayılı Basın İş Kanunu'nu kapsamında değerlendirilmelidir.*” ifadelerine yer vermiştir. Bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 21.2.2013, E.2011/29884, K.2013/6346, lexpera.com.tr, 12.3.2024. Aynı yönde bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 26.3.2019, E.2015/36605, K.2019/6799, lexpera.com.tr, 12.3.2024.

³⁰ RG., 26.6.2004, S.25504.

³¹ İnternet haber sitelerinin unsurlarına ilişkin değerlendirme için bkz. Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 449 vd. Yazar, Basın İş Kanunu'nda internet haber sitesi ile neyin kastedildiğinin açıkça belirtilmediğini ancak, Basın Kanunu'nda yer alan tanıma göre internet haber sitesi niteliği taşıyan internet sitesinin Basın İş Kanunu bakımından da internet haber sitesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 473-474.

³² Sümer, Basın İş, 29. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şuğle, 39 vd.

³³ Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 475 vd.

³⁴ Devlete bağlı olarak çalışan kişilerin kapsama alınmamasının kamuda fikir ve sanat işi yapanların özgür hareket edemeyecekleri düşüncesine dayalı olduğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Çil, 69.

3. Her Türlü Fikir ve Sanat İşlerinde Çalışmak

Basın İş Kanunu kapsamında bir kişinin gazeteci olarak kabul edilmesi için Basın İş Kanunu kapsamına giren bir işyerinde çalışması yeterli değildir. Gazetecinin iş sözleşmesinden doğan iş görme borcu kapsamında bu işyerlerinde fikir ve sanat işinde çalışıyor olması gerekir. Zira gazeteciliği diğer çalışanlardan ayıran temel özellik, gazetecinin çalışmasının “fikri” olmasıdır³⁵.

“Fikir ve sanat işi” terimi, Basın İş Kanunu ve ilgili yönetmelikte tanımlanmamıştır. Öğretide isabetli olarak ifade edildiği üzere fikir ve sanat işi, gazetecilik mesleğini anlatan ve bir bütün olarak ele alınması gereken bir terimdir³⁶. Bu nedenle gazetecinin yaptığı işin hem fikir işi hem de sanat işi niteliğinde olması zorunlu değildir³⁷. Gazetecinin yaptığı işin sadece fikir işi olması ya da sadece sanat işi olması yeterlidir³⁸.

Fikir ve sanat işi kavramı Yargıtay'ın verdiği bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: “*Sözlük anlamında fikir, zihnin bir şey hakkında edindiği ve kurduğu kavram, bir şeyin zihinde temsili ve düşünülmesidir. Sanat ise, bir duygunun, bir tasarımın veya güzelliğin ifadesinde kullanılan metodların tümü ve bu metodlar sonucunda ulaşılan üstün yaratıcılıktır.*”³⁹.

Yargıtay'ın verdiği kararlara göre, “*fikir ve sanat işinde çalışma ölçütü, gazetecilik mesleğinin yerine getirilmesine dair ve doğrudan doğruya söz konusu alanlarda çalışmayı ifade eder.*”⁴⁰. Bu doğrultuda yakın tarihli bir kararda Yargıtay, “kameramanlık” işinin gazetecilik mesleğinin bir parçası olduğunu ifade ederek, bu işin fikir ve sanat işi

³⁵ Şahin ve Avşar, “Basın İş Kanunu”, 114.

³⁶ Sümer, Basın İş, 39.; Sümer ve Kayırgan, 89-90. Gazetecileri diğer çalışanlardan ayırmak için gazetecilik mesleğini ifade eden bir ölçütün tercih edilmesi ve mevcut durumda kullanılan “fikir ve sanat işi” ölçütünden vazgeçilmesi yönünde bkz. Sümer, Basın İş, 39.

³⁷ Sümer, Basın İş, 39.

³⁸ Sümer, Basın İş, 39; Köme Akpulat, “Gazeteci”, 228; Ezer, “İnternet Haber Siteleeri”, 479-480.

³⁹ Yargıtay 21.Hukuk Dairesi, 22.1.2013, E.2011/6895 K.2013/741, lexpera.com.tr, 2.1.2024.

⁴⁰ Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, 28.1.2015, E.2013/23163 K.2015/1340, lexpera.com.tr, 3.1.2024.

niteliğinde olduğu yönünde karar vermiştir⁴¹. Yüksek Mahkeme buna ek olarak, yazar, muhabir, redaktör, düzeltmen, çevirmen, fotoğrafçı, ressam, karikatürist gibi çalışanların da gazetecilik mesleği ile doğrudan doğruya ilgili olduklarını dolayısıyla da gazeteci olarak değerlendirilmeleri gerektiğini belirtmiştir⁴². Basın İş Kanunu kapsamında yer alan işyerlerinde çalışan ancak gazetecilik mesleğiyle doğrudan bağlantılı olmayan bir faaliyette bulunan kişiler (sekreter, şoför gibi) ise gazeteci olarak kabul edilmemektedir⁴³. Bu kişiler, 4857 sayılı İş Kanunu m.4’de sayılan istisnalar arasında olmadıklarından, 4857 sayılı İş Kanunu’nun uygulama alanına girerler.

4. İş Sözleşmesine Tabi Olarak Çalışmak

Basın İş Kanunu kapsamına giren işçiler, gazeteci olarak anılır. Gazeteci ile işvereni arasında iş sözleşmesi bulunur. Basın İş Kanunu m.1’de yer alan “gazeteci” tanımında iş sözleşmesinden bahsedilmemiştir. Ancak aynı maddede gazetecinin ücret karşılığı çalıştığı ifadesinden gazetecinin iş sözleşmesine tabi olduğu anlaşılmaktadır. İşin ücret karşılığı yapılmadığı durumlarda basın iş sözleşmesi ve gazeteci kavramından söz etmek mümkün olmamaktadır⁴⁴. Ayrıca Basın İş Kanunu m.4’de gazeteci işe işvereni arasında iş sözleşmesi yapılacağı belirtilmiştir. Öğretide gazeteci ile işvereni arasında yapılan bu sözleşme, “basın iş sözleşmesi” olarak ifade edilmektedir⁴⁵.

İş sözleşmesinin özelliği gereği, gazeteci ile işvereni arasında kurulan basın iş sözleşmesi her iki tarafa borç yükleyen, bağımlı hukuki ilişki kuran devamlı bir sözleşmedir⁴⁶. Bu sözleşmeye istinaden gaze-

⁴¹ Yargıtay 10.Hukuk Dairesi, 6.6.2023, E.2022/7941, K.2023/6430, lexpera.com.tr, 5.1.2024.

⁴² Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, 28.5.2015, E.2014/8429, K.2015/18923, lexpera.com.tr, 5.1.2024. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 7.Hukuk Dairesi, 6.4.2015, E.2015/7602, K.2015/6402, lexpera.com.tr, 5.1.2024; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 6.6.2017, E.2015/22566 K.2017/9853, lexpera.com.tr, 5.1.2024; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 26.3.2019, E.2015/36605 K.2019/6799, lexpera.com.tr, 5.1.2024.

⁴³ Narmanlıoğlu, “Kıdem Tazminatı”, 1729. Ayrıca bkz. Sümer ve Kayırgan, 95-96; Süzek, İş Hukuku, 230.

⁴⁴ Sümer/Kayırgan, 96.

⁴⁵ Sümer, Basın İş, 44; Gökçek Karaca, 103; Şakar, İş Hukuku, 279.

⁴⁶ Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023): 40.

teci işverenine bağımlı olarak iş görme, işveren ise gazeteciye ücret ödeme borcu altındadır⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, basın iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, gazetecinin teknolojik gelişmelere bağlı olarak iş görme borcunu işyerine gelmeden de yapabilmesi nedeniyle ve basın özgürlüğünün bir gereği olarak diğer iş sözleşmelerine nazaran daha zayıftır⁴⁸.

Basın İş Kanunu m.1/2'de gazeteci sayılmak için, Kanun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde çalışmanın ücret karşılığı yapılmasının gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, fikir ve sanat işinin ücret karşılığı olmadan yapıldığı durumlarda basın iş sözleşmesinden ve gazeteci sıfatından söz edilemeyecektir⁴⁹. Basın iş sözleşmesine tabi olmayanların gazeteci sayılmamasının bir sonucu olarak, “serbest gazeteci (bağımsız gazeteci)” olarak çalışan kişiler gazeteci olarak kabul edilmemelidir. Zira serbest gazetecilerin haber, resim, fotoğraf ve yazıları belirli bir bedelle satmaları ve gelir elde etmeleri halinde iş sözleşmesi değil yayın sözleşmesi gündeme gelir⁵⁰. Eser sözleşmesi ya da yayın sözleşmesine tabi olarak çalışan bu kişiler hakkında 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁵¹ hükümleri uygulanır⁵².

Basın iş sözleşmesinin mutlaka tam süreli olması gerekmez, kısmi süreli olarak da yapılabilir. Bu nedenle kısmi süreli basın iş sözleşmesiyle çalışan bir gazetecinin aynı zamanda başka bir iş de yapması mümkündür⁵³. Buna ek olarak, aslolan iş sözleşmesinin belirsiz süreli olmasıdır. Ancak taraflar anlaşarak sözleşmeyi belirli süreli olarak da yapabilirler⁵⁴.

⁴⁷ Sümer, Basın İş, 44; Sümer, İş Hukuku, 37.

⁴⁸ Sümer, Basın İş, 63; Köme Akpulat, “Gazeteci”, 229; Gökçek Karaca, 91; Şakar, İş Hukuku, 279-280, 283-284.

⁴⁹ Sümer, Basın İş, 44.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercan Akyiğit, “Basın İş Kanunu'nda Kıdem Tazminatı”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24/3-4-5 (2012-2013): 7-8; Sümer, Basın İş, 44-45; Köme Akpulat, “Gazeteci”, 230.

⁵¹ RG., 4.2.2011, S.27836.

⁵² Sümer ve Kayırgan, 87; Şakar, İş Hukuku, 277.

⁵³ Bkz. Köme Akpulat, “Gazeteci”, 230 vd.

⁵⁴ Sümer, Basın İş, 45; Ezer, “İnternet Haber Siteleri”, 482; Köme Akpulat, “Gazeteci”, 229; Sümer ve Kayırgan, 96. Basın İş Kanunu m.13'e göre, gazetecinin başka bir işte çalışması yasaklanmadığı gibi yapacağı bu işten elde edeceği gelirin gazetecinin başlıca gelir kaynağı olup olmaması konusunda bir zorunluluk da öngörülmemiştir. Bkz. Sümer, Basın İş, 46.

Gazeteci ile işvereni arasında yapılan basın iş sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunludur (BİK m.4). Yazılı şekil koşulu öğretide tartışmalıdır. Öğretideki baskın görüş ve Yargıtay kararları uyarınca yazılı şekil koşulu ispat koşuludur⁵⁵. Bunun bir sonucu olarak yazılı olarak yapılmayan basın iş sözleşmelerinin geçersizliğinden söz edilemeyecektir. Kaldı ki Basın İş Kanunu m.26'da basın iş sözleşmesinin yazılı yapılmamasının yaptırımını olarak idari para cezası verileceği düzenlenmiştir.

Basın İş Kanunu m.4/2'ye göre, sözleşmede işin türü, ücret miktarı ve gazetecinin kıdemine de yer verilmelidir⁵⁶. Bunlar, basın iş sözleşmesinde yer alması gereken asgari unsurlar olup sözleşmede iş ilişkisini ni düzenlemeye yönelik başka hükümlerin bulunması da mümkündür.

5. İş Kanunu'nun Kapsamı Dışında Kalmak

Basın İş Kanunu m.1'e göre gazeteci sayılmak için, bu kişinin İş Kanunu'ndaki işçi tanımı dışında olması gerekir. İş Kanunu'nun uygulanmayacağı istisna nitelikteki iş ilişkileri ve işleri düzenleyen İş Kanunu m.4'de gazete, internet haber siteleri, süreli yayın ve haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan kişiler sayılmamıştır. İş Kanunu'nda konuyla ilgili bir hüküm yer almasa da Basın İş Kanunu'nun kapsamını düzenleyen m.1 gereğince bu kişiler hakkında Basın İş Kanunu uygulama alanı bulur. Söz konusu hüküm, belirtilen kişilere özgü bir düzenleme niteliğine sahiptir⁵⁷.

Basın İş Kanunu m.1'de açıkça bu yönde bir düzenleme yer alması, bu hükmün yürürlüğe girdiği tarihte 3008 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte bulunmasıydı. Zira 3008 sayılı İş Kanunu'nda bedenen-fikren çalışma ölçütüne yer verilmiş bedenen çalışanlar ile bedeni çalışması fikri çalışmasına üstün olanlar 3008 sayılı İş Kanunu kapsamında işçi sayılmıştır⁵⁸. 3008 sayılı İş Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren İş Kanunlarında bu ayırım terk edilmiş olsa da Basın İş

⁵⁵ Ezer, "İnternet Haber Siteleri", 482-483; Akyiğit, "Basın İş", 8; Oğuzman, "Gazeteci", s.868; Gökçek Karaca, 114; Şakar, İş Hukuku, 288. Aksi yöndeki görüşe göre şekil koşulu bir geçerlilik koşulu olup yazılı yapılmayan basın iş sözleşmeleri geçerli değildir. Sümer, Basın İş, 80; Güven ve Aydın, 86.

⁵⁶ Bilgi için bkz. Şakar, İş Hukuku, 290-291.

⁵⁷ Sümer, Basın İş, 46.

⁵⁸ Gökçek Karaca, 90; Narmanlıoğlu, "Kıdem Tazminatı", 1730; Akyiğit, "Basın İş", 7. Basın İş Kanunu m.1'de yer alan gazetecinin İş Kanunu'nun kapsamı dışında kalmasına yönelik yer alan ifadenin amacının sadece fikren çalışan kişilerin Basın İş

ğe giren İş Kanunlarında bu ayırım terk edilmiş olsa da Basın İş Kanunu m.1'de yer alan bu ifade halen yürürlükte bulunmaktadır.

B. İş Sözleşmesinin Basın İş Kanunu'nda Öngörülen Hallerden Biri ile Sona Ermesi

1. Genel Olarak

Basın İş Kanunu'nda gazetecinin kıdem tazminatına hak kazandıran haller nispi emredici niteliktedir. Bu nedenle gazeteci lehine olmak kaydıyla, basın iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesine konulacak hükümlerle gazeteciye kıdem tazminatı verilmesini gerektiren haller genişletilebilir⁵⁹.

İş Kanunu'na tabi olan işçilerin kıdem tazminatı hakkını düzenleyen 1475 sayılı Kanun m.14 hükmüne göre, işçinin muvazzaf askerlik görevi, Kanunla kurulu kurum ve sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malullük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla sözleşmesini feshetmesi, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi kendi arzusu ile sona erdirmesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Ancak benzer bir düzenlemeye Basın İş Kanunu'nda yer verilmemiştir⁶⁰. Dolayısıyla bu hallerin ortaya çıkması gazetecilere kıdem tazminatı hakkı vermemektedir.

Fesih dışındaki sona erme hallerinden biri de gazetecinin ölümüdür. Ancak aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında gazetecinin ölümü yoktur. Diğer bir deyişle, gazetecinin ölmesi halinde mirasçılarının kıdem tazminatı alması mümkün değildir⁶¹.

Kanunu kapsamına girdiğini belirtmek olduğu ifade edilmiştir. Ahmet Sevimli, "Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı", İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, 2/1 (2000): 1; Narmanlıoğlu, "Kıdem Tazminatı", 1731. Aynı yönde bkz. Uşan ve Tiritöğlu Ersoy, 137-138.

⁵⁹ Narmanlıoğlu, "Kıdem Tazminatı", 1737.

⁶⁰ Ancak Yargıtay, gazetecinin emeklilik nedeniyle iş sözleşmesini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde kararlar vermiştir. Bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E.2011/54927 K.2014/4416, lexpera.com.tr, 6.1.2024; Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 25.2.2020, E.2020/523, K.2020/2974, lexpera.com.tr, 7.1.2024.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevde Bulun Tokkaş, "İş İlişkisinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29/1 (2021): 191 vd.

2. Basın İş Sözleşmesinin Gazetecinin Ölümü ile Sona Ermesi

Basın iş sözleşmesini sona erdiren sebeplerden biri, gazetecinin ölümüdür. İş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran bir sözleşme olması nedeniyle gazetecinin ölümü halinde sözleşmenin devam etmesi mümkün değildir. İşverenin ölen gazetecinin yerine gazeteci olan eşi, çocuğu ya da başka bir tanıdığı ile çalışmaya devam etmesi halinde kurulan basın iş sözleşmesi yeni bir sözleşme niteliğine sahiptir.

Gazetecinin ölümü halinde, gazetecinin eşi ve çocuğuna bu kişiler yoksa gazetecinin geçimini sağladığı aile üyelerine ölüm tazminatı sağlanır. Kanun'da ölüm tazminatının verileceği kişiler sınırlı olarak sayıldığı için belirtilen kişilerin olmaması halinde işverenin başka bir kimseye ölüm tazminatına ödeme yükümlülüğü yoktur⁶². Ölüm tazminatının miktarı, en az ölen gazetecinin aylık ücretinin üç katı kadardır (BİK m.18). Görüleceği üzere kanunkoyucu ölüm tazminatının verilmesi için gazetecinin çalışması gereken asgari bir süre öngörmemiştir.

Gazetecinin kıdem tazminatı hakkına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Basın İş Kanunu m.6'da kıdem tazminatına hak kazandıran haller arasında gazetecinin ölüm hali sayılmamıştır. Ancak gazetecinin ölümü halinde ölüm tazminatı verileceğine yönelik Basın İş Kanunu m.18'de ayrı bir düzenlemeye yapılmıştır. İlgili maddenin hukuki niteliği konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur⁶³. Basın İş Kanunu m.18'deki düzenlemenin başlığından da anlaşılacağı üzere burada "ölüm tazminatı"na ilişkin bir düzenleme yapılmıştır ve bu tazminat bir kıdem tazminatı niteliğinde değildir⁶⁴. Bu tazminatın verilmesinde gazetecinin çalışması gereken asgari bir süre de öngörülmemiş değildir. Buna ek olarak ilgili düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.440'da yer alan ölüm tazminatı düzenlemesiyle de benzerlik taşır. Ağırlıklı görüşün aksine Basın İş Kanunu m.18'de yer alan düzenlemenin kıdem tazminatı niteliğine sahip olduğunu belirtilen aksi yönde bir görüş de mevcuttur⁶⁵.

⁶² Sümer, Basın İş, 206.

⁶³ Öğretilerdeki görüşler hakkında bkz. Sümer, Basın İş, 206-207; Bulun Tokkaş, 199-201; Narmanlıoğlu, "Kıdem Tazminatı", 1746; Sevimli, "Kıdem Tazminatı", s.1.

⁶⁴ Sümer, Basın İş, 207; Gökçek Karaca, 181-182; Bulun Tokkaş, 212-213.

⁶⁵ Şakar, "Basın İş Sözleşmesi", 18, 27; Şakar, İş Hukuku, 334-335. Ölüm tazminatı başlığını taşıyan Basın İş Kanunu m.18 hükmünde 212 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte birlikte gazetecinin ölümünün kıdem tazminatına hak kazandıran

3. Basın İş Sözleşmesinin Fesih ve Gazetecinin Ölümü Dışında Bir Nedenle ile Sona Ermesi

Basın iş sözleşmesinin feshi ve gazetecinin ölümü dışında sözleşmeyi sona erdiren diğer haller, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeleri yönünde yapacakları anlaşma ile belirli süreli iş sözleşmesinin süresinin dolmasıdır.

Tarafların anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmeleri halinde gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir. Aynı şekilde belirli süreli iş sözleşmesinin sona ermesi halinde de gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanması söz konusu değildir. İş Kanunu'na tabi işçiler bakımından da aynı esas geçerlidir.

Gazetecilere yönelik bir sona erme sebebi olan, gazete yayınının durdurulması hali ise Basın İş Kanunu m.17/4'de düzenlenmiştir. Buna göre, sebebi her ne olursa olsun gazete yayınının durdurulması halinde gazeteci iki ay süreyle ücretini almaya devam eder. Bu sürenin sonunda ise sözleşme kendiliğinden sona erer. Basın iş sözleşmesinin bu şekilde sona ermesi halinde gazetecinin kıdem tazminatı alma hakkı vardır. Basın İş Kanunu m.17/4'ün son cümlesinde bu husus, “...*Bu gazetecilerin kanuni tazminatı da tercihen ödenir.*” şeklinde ifade edilmiştir. “*Kanuni tazminat*” ifadesi ile kıdem tazminatı kastedilmiştir⁶⁶.

4. Basın İş Sözleşmesinin Fesih ile Sona Ermesi

Hukukumuzda fesih, bildirimli ve bildirimli (haklı nedenle) olmak üzere iki şekilde yapılır. Gazetecinin basın iş sözleşmesini bildirimli feshetmesi halinde kural olarak kıdem tazminatı alması mümkün değildir. Zira gazetecinin bildirimli fesih hakkını düzenleyen Basın İş Kanunu'nun 7. maddesinde de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak basın iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine

hallerden biri haline geldiği ifade edilmiş olup, söz konusu maddenin başlığının “ölüm tazminatı” olmasının bu tazminatın kıdem tazminatından ayrı bir niteliğe sahip olduğunu söylemek için yeterli olmayacağı belirtilmiştir. Bkz. Şakar, “Basın İş Sözleşmesi”, 19. Öğretideki diğer bir görüş de Basın İş Kanunu m.18'de yer alan düzenlemenin kıdem tazminatı niteliğine sahip olduğunu belirtmiştir. Sabahattin Yürekli, Türk Borçlar Kanunu'na göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 157.

⁶⁶ Gökçek Karaca, 154; Oğuzman, “Gazeteci”, 879.

eklenecek bir hüküm ile bildirimli fesih hakkını kullanan gazetecilerin de kıdem tazminatı alması mümkündür⁶⁷.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde ise gazetecinin kıdem tazminatı hakkı ortaya çıkar. Basın İş Kanunu'nun basın iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatını düzenleyen 6. maddesinin 6. fıkrasında bu durum, "*Hizmetine bu madde hükümlerine göre son verilen gazeteciye...tazminat verilir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

Gazetecinin profesyonel sendika yöneticisi seçilmesi ve bu nedenle iş sözleşmesini feshetmesi halinde de 6356 sayılı Kanun⁶⁸ m.23/1 uyarınca kıdem tazminatına hak kazanır.

Gazeteci ve işverenin bildirimli fesih hakkına ilişkin düzenlemeler Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinde yer alır. Gazetecinin bildirimli fesih hakkına ilişkin olarak Basın İş Kanunu m.11/1'e göre, bir gazete veya süreli yayının yön ve karakterinde gazeteci için şeref veya şöhretine ya da genel olarak manevi değerlerine zarar verici açık bir değişiklik olursa gazeteci iş sözleşmesini bildirimli olarak feshedebilecektir⁶⁹. İş sözleşmesini bu sebebe dayalı olarak fesheden gazetecinin, işverenin kusuru sonucunda sözleşmeyi feshetseydi ne kadar tazminat alabileceğine o miktar tazminat isteyebileceği belirtilmiştir (BİK m.11/2). Yargıtay ve öğretideki ağırlıklı görüşe göre ilgili hükmünde kullanılan "tazminat" ifadesi ile kastedilen kıdem tazminatıdır⁷⁰.

Basın İş Kanunu m.11/3'e göre, "*vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevcutenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette bulunması hali*" nin ortaya çıkması işverenin gazetecinin iş sözleşmesini bildirimli olarak feshetmesi müm-

⁶⁷ Sümer, Basın İş, 210. Gazetecinin bildirimli feshiyle sözleşmeyi sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağını hükümde açıkça belirtilmemesi nedeniyle boşluğun 4857 sayılı Kanun m.17 ile doldurularak gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Gökçek Karaca, Basın İş, 186. Her ne kadar Basın İş Kanunu ile İş Kanunu arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi bulunmasa da Türk Borçlar Kanunu'nda konuyla ilgili bir düzenleme bulunmaması halinde boşluğun İş Kanunu hükümleri ile doldurulması mümkün olmalıdır.

⁶⁸ RG., 7.11.2012, S.28460.

⁶⁹ Hükmün uygulama alanının dar olduğu ve bu konuyla ilgili verilen Yargıtay kararları hakkında bkz. Çil, 68.

⁷⁰ Sümer, Basın İş, 212; Şakar, "Basın İş Sözleşmesi", 15.

kündür. İşverenin bu sebebe dayanarak yapacağı fesihlerde gazeteciye kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olup olmayacağı hakkında Basın İş Kanunu'nda bir hükme yer verilmemiştir. Ancak öğretide ağırlıklı olarak işverenin Basın İş Kanunu m.11/3 kapsamında yapacağı bildirimlessiz fesihlerde gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanamayacağı kabul edilmiştir⁷¹.

İşveren tarafından sözleşmenin feshedilebileceği diğeri bir hal ise, gazetecinin hastalığının Kanun'da öngörülen süreden fazla sürmesi halidir. Buna göre, gazetecinin altı ayı aşan süreyle hastalığının bulunması ve bu hastalığı nedeniyle görevini yerine getirememesi durumunda işverenin sözleşmeyi derhal feshetmesi mümkündür (BİK m.12). Gazetecinin yakalandığı hastalık görevini yapmasına engel değilse, işverenin bu maddeye dayanarak gazetecinin iş sözleşmesini feshetmesi mümkün değildir⁷². İlgili hükümde böyle bir durumda yapılan fesih halinde, işverenin tazminat vereceği düzenlenmiştir. Öğretide “tazminat” ifadesi ile kıdem tazminatının kastedildiği ağırlıklı olarak benimsenmiştir⁷³.

Bildirimlessiz feshi ilişkin olarak sayılan nedenlerin dışında başka bir nedenle gazetecinin veya işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde gazeteciye kıdem tazminatı ödenip ödenmeyeceği Kanun'da belirtilmemiştir. Öğretide Basın İş Kanunu belirtilen nedenler dışında gazetecinin bildirimlessiz fesih yapması halinde de kıdem tazminatına hak kazanması gerektiği isabetle ifade edilmiştir⁷⁴. Bu bakımdan ücreti ödenmeyen gazetecinin sözleşmeyi feshetmesi halinde de gazetecinin kıdem tazminatı alması mümkün olmalıdır. Bu husus, Basın İş Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasındaki genel kanun-özel kanun ilişkisinin bir sonucudur. Basın İş Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulması mümkündür⁷⁵. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ücretin zamanında ödenmemesi iş sözleşmesinin feshi için bir haklı neden niteliği taşır⁷⁶. İşveren bakımından da Basın İş Kanunu'nda yer

⁷¹ Sümer, Basın İş, 213; Narmanlıoğlu, “Kıdem Tazminatı”, 1743-1744; Şakar, “Basın İş Sözleşmesi”, 17.

⁷² Şakar, “Basın İş Sözleşmesi”, 17.

⁷³ Şakar, “Basın İş Sözleşmesi”, 17; Sümer, Basın İş, 213.

⁷⁴ Sümer, Basın İş, 214. Gazetecinin işçilik alacaklarını alamaması nedeniyle sözleşmeyi feshetmesi ile ilgili bir uyuşmazlıkta Yargıtay gazeteciye kıdem tazminatı verilmesi yönünde hüküm kurmuştur. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, E.2015/12686 K.2016/15624, lexpera.com.tr, 17.1.2024.

⁷⁵ Sevimli, “Kıdem Tazminatı”, 1. Basın İş Kanunu'nda işveren tarafından sözleşmenin haklı nedenle fesih hallerine ilişkin ortaya çıkacak boşluğun 4857 sayılı İş Kanunu ile doldurulması gerektiği yönünde bkz. Şakar, “Basın İş Sözleşmesi”, 17.

liği taşır⁷⁶. İşveren bakımından da Basın İş Kanunu'nda yer almayan ancak gazetecinin bilerek veya ağır ihmalden doğan bir sebep dolayısıyla yapılan haklı nedenle feshi halinde işverenin kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğünden söz edilemeyecektir⁷⁷.

C. Gazetecinin En Az Basın İş Kanunu'nda Öngörülen Süre Kadar Çalışmış Olması

Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için sözleşmesinin Kanun'da öngörülen sebeplerden biri ile sona ermesinin yanında basın iş sözleşmesinin mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren belirli bir süre devam etmiş olması aranır. Bu nedenle kıdem tazminatı bakımından gazetecinin “meslek kıdemi”nin belirlenmesi gerekir.

Çalışmamızda değerlendirilen Anayasa Mahkemesi kararı öncesinde kıdem tazminatı için gazetecinin mesleğinde en az beş yıl çalışmış olması aranmaktaydı. Bu kapsamda gazetecinin bir kez meslekte beş yılı aşan kıdeme sahip olması yeterlidir. Yani kıdem tazminatı alarak işyerinden ayrılan gazetecinin tekrar kıdem tazminatı alabilmesi için beş yılı beklemesine gerek olmamakla birlikte kıdem tazminatının hesaplanabilmesi için kıdeminin altı ayı aşması yeterli görülmekteydi⁷⁸. Kanun'da öngörülen bu beş yıllık süre nispi emredicidir, dolayısıyla taraflar bu süreden daha kısa bir süre kararlaştırabilirler⁷⁹. Buna ek olarak belirttiğimiz üzere, gazetecinin kıdem tazminatı hakkı hesaplanırken yıllık hizmetin altı aydan az kısmı dikkate alınmamaktaydı.

Gazetecilerin meslekte en az beş yıl çalışmış olma şartları ve yıllık hizmetin altı aydan az kısmının dikkate alınmayacağına ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesi'nin 14.6.2023 tarihinde verdiği karar neticesinde iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında gazetecinin kıdem tazminatı hakkına sahip olması için sağla-

⁷⁶ Narmanlıoğlu, “Kıdem Tazminatı”, 1748.

⁷⁷ Sümer, Basın İş, 214.

⁷⁸ Sümer, Basın İş, 221. Aksi yöndeki görüşe göre, maddenin açık ifadesi nedeniyle gazeteci beş yıllık periyotları beklemek zorundadır. Diğer iş kanunlarına tabi olan işçilerle gazeteciler arasındaki bu eşitsizliğin Basın İş Kanunu'nun değiştirilmesi veya iş sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesine işçi lehine hükümlerin konulmasıyla bertaraf edilebileceği belirtilmiştir. Sevimli, “Kıdem Tazminatı”, 1.

⁷⁹ Narmanlıoğlu, “Kıdem Tazminatı”, 1735; Şakar, İş Hukuku, 336.

ması gereken asgari kıdem şartı ne kadar olmalıdır? Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin iptal edilen 1. fıkrası ve 7. fıkrasının 2. cümlesi sonrasında gazetecinin kıdem tazminatı alma hakkına sahip olması için ne kadar kıdem süresinin aranacağı belirsiz hale gelmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında kıdem süresinin hesaplanmasında altı aydan kısa süreler de hesaba dahil edilecektir.

Gazetecinin kıdem süresinin hesaplanmasında basın iş sözleşmesinde yazan kıdem başlangıç tarihi dikkate alınır. Ancak gazeteci Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı⁸⁰ tarafından tutulan sicildeki tarih ile sözleşmede belirtilen süreden önce kıdem başlangıcının olduğunu ispatlayabilir⁸¹. Gazetecilik mesleği yapmadan geçen süreler kıdem süresine dahil edilmemektedir⁸². Gazetecinin kıdem süresinin hesaplanmasında önemli olan mesleğe başladığı ilk tarihtir (BİK m.6/1). Bu sürelerin farklı işverenler yanında geçirilmesi kıdem tazminatının verilmesi açısından bir engel oluşturmamaktadır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 4.5.2023 TARİHLİ VE 2021/62 ESAS 2023/89 SAYILI KARARI⁸³

A. Özet

Ankara 21. İş Mahkemesi işçilik alacaklarının ödenmesi talebiyle görülen bir davada, basın işçilerinin kıdem tazminatı alma hakkının güvence altına alması gerektiğini ancak yürürlükteki diğer iş kanunlarıyla karşılaştırıldığında Basın İş Kanunu'nun bu güvenceyi sağlama konusunda yetersiz olması nedeniyle, Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrası ve 7. fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'ya (m.2, m.5, m.10, m.11, m.13 ve m.48) aykırı olduğu kanısına vararak, ilgili düzenlemelerin iptali için itiraz yoluna başvurmuştur.

⁸⁰ İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (RG., 24.7.2018, S.30488) ile Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü yerine Cumhurbaşkanlığı İletişim Başkanlığı kurulmuştur. Basın İş Kanunu m.9'da işveren tarafından yapılacak beyana ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

⁸¹ Çil, 70; Sümer, Basın İş, 213-214.

⁸² Sümer, Basın İş, 216.

⁸³ RG., 14.6.2023, S.32221.

Anayasa Mahkemesi ilk incelemenin ardından dosyada bir eksik bulunmadığından işin esasının incelenmesine geçmiştir. Mahkeme, başvuruda belirtilen Anayasa'nın ilgili maddelerinin yanı sıra kuralı, Anayasa m.35 yönünden de inceleyerek iptali istenen hükümlerin Anayasa'ya aykırılık sorununu değerlendirmiştir.

İptali istenen düzenlemelerden biri olan Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “*Meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem tazminatı hakkı tanınır.*” ifadesinin basın mesleğine ilk girdiği tarihten itibaren kuralla öngörülen beş yılın dolmasıyla kıdem tazminatına hak kazanan ve söz konusu tazminatı alarak önceki dönemi tasfiye eden basın işçisi yönünden çalışacağı anılan Kanun kapsamındaki işyerlerinde geçen süreler için alacağı kıdem tazminatı yeniden beş yıl üzerinden hesaplanmasının basın işçileri aleyhine açık bir dengesizlik oluşturarak aşırı bir külfete neden olduğu ve bu nedenle farklı muamelenin ölçüsüz olduğu gerekçesiyle, ilgili hükmün Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırı olması nedeniyle oybirliğiyle iptaline karar verilmiştir.

İptal başvurusunda bulunulan diğer düzenleme ise Basın İş Kanunu'nun 6. maddesinin 7. fıkrasının ikinci cümlesi olan “*Ancak, yıllık hizmetin altı aydan az kısmı nazara alınmaz.*” hükmünün basın işçileri ile diğer kanuna tabi çalışan işçiler arasında basın işçileri aleyhine bir farklılığın yaratıldığı, basın işçilerinin belirli bir süreden az hizmet sürelerinin kıdem tazminatı hesabında gözetilmemesinin nesnel ve makul bir nedene dayanmadığı gerekçesiyle, Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak oybirliğiyle iptal edilmiştir.

B. Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi 4.5.2023 tarihli ve 2021/62 Esas, 2023/89 Karar sayılı kararı ile Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin ilgili düzenlemeleri iptal ederek basın işçilerinin diğer iş kanunlarına tabi işçilerle aralarındaki dengesizliği gidermeyi amaçlamıştır.

Öğretide de haklı olarak eleştirildiği üzere, Basın İş Kanunu m.6'da bulunan kıdem tazminatına ilişkin düzenleme oldukça karmaşık bir metin halindedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal

kararı sonrasında ise hükmün anlaşılması daha da güç bir hale gelmiş ve konuyla ilgili bir takım belirsizlikler ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında ortaya çıkan belirsizlik çeşitli şekillerde giderilebilir. İlk ihtimale göre, Basın İş Kanunu m.6/1'in iptal edilmesi nedeniyle gazetecinin kıdem şartına yer veren başka bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle de gazetecinin kıdem tazminatı alma hakkına sahip olması için beklemesi gereken bir kıdem süresi yoktur.

Diğer bir ihtimale göre ise, Basın İş Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu arasındaki özel kanun-genel kanun ilişkisi çerçevesinde Basın İş Kanunu'nda ortaya çıkan boşluk 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükmüne göre doldurulmalıdır. Konumuz özelinde bakılacak olursa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle de Basın İş Kanunu'nda gazetecinin kıdem tazminatı alma hakkını kazanmak için aranan kıdem süresine ilişkin ortaya çıkan boşluk 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile doldurulamamaktadır. Basın İş Kanunu'nda ortaya çıkan boşluğun 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile doldurulmadığı bu gibi durumlarda 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine başvurulabilmelidir⁸⁴.

Hukuk kurallarının yorumlanması çerçevesinde hakkında hüküm bulunmayan bir olay ya da ilişkiye, benzer başka bir olay veya ilişki için konulan hukuk kuralının kıyas yoluyla uygulanması söz konusu olmaktadır⁸⁵. Bu kapsamda 4857 sayılı Kanun'daki kıdem şartına ilişkin hüküm kıyas yoluyla Basın İş Kanunu kapsamındaki gazeteciler için de uygulama alanı bulur. Gazetecinin kıdem şartına ilişkin 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun kıyas yoluyla uygulanması halinde de aynı sonuca ulaşılabilecektir. Zira 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda da gemi adamının kıdem tazminatı alma hakkına sahip olması için asgari bir yıllık kıdeme sahip olması aranmaktadır. Bu şekilde yapılacak yorum, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde diğer iş kanunları ile gazeteciler arasında yaptığı eşitlik vurgusuna da uygun olacaktır.

⁸⁴ Sümer, Basın İş, 17. Aksi halde gazetecilerin daha iyi çalışma şartlarına sahip olması için hazırlandığı ifade edilen Basın İş Kanunu'nun gerekçesine uygun hareket edilmeyeceği gibi, gazetecinin 4857 sayılı Kanun'un sağladığı haklardan yoksun kalması da söz konusu olur. Sümer, Basın İş, 17.

⁸⁵ Haluk Hadi Sümer, Hukuka Giriş (Ankara:Seçkin Yayıncılık, 2023), 34.

Kaldı ki böyle bir yorum, işyerinde uzun süre çalışan işçinin bu işyerine verdiği emeğin bir karşılığı olarak verilen kıdem tazminatının mahiyetine de daha uygundur. Aksi halde örneğin üç ay gibi kısa bir kıdeme sahip olan gazetecinin de kıdem tazminatı alma hakkı gündeme gelecektir.

4857 sayılı Kanun geçici madde 6'nın ikinci cümlesine göre, "*Kıdem tazminatı fonuna ilişkin Kanunun yürürlüğe gireceği tarihe kadar işçilerin kıdemleri için 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesi hükümlerine göre kıdem tazminatı hakları saklıdır.*". Tüm bu açıklamalar ışığında, ilgili hüküm uyarınca gazetecilerin kıdem tazminatı için sağlamaları gereken asgari kıdem şartı, 1475 sayılı Kanun'un m.14 ile doldurulmalı ve gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için asgari bir yıl kıdeme sahip olması gerekmektedir. Bunun yanında, Basın İş Kanunu'nun m.6/6'da yer alan son cümle uyarınca, ilk sözleşme yılında kıdem tazminatı hesaplanmaz. Buna istinaden, gazetecinin bir yıllık kıdem şartını sağlamasının gerekmediği ilk ihtimalin söz konusu olması halinde dahi, Basın İş Kanunu m.6/6'da yer alan "*ilk mukavele yılında bu miktar hesaplanmaz.*" hükmü uyarınca gazetecinin kıdem tazminatının hesaplanması için bir yıl beklemesi gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararına istinaden iptal edilen diğer bir düzenleme ise, yıllık hizmetin altı aydan az kısmının kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmayacağıdır. Bu durumda gazetecinin kıdeminin artan kısmının altı aydan az olması halinde bu kısım da kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Bu düzenleme, 1475 sayılı İş Kanunu ile de uyumludur. 1475 sayılı Kanun'da da herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılacağı belirtilmiştir (m.14/1).

SONUÇ

Basın İş Kanunu'nda kıdem tazminatı 6. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında daha da karmaşık ve anlaşılması zor bir hale gelmiştir. Bu kapsamda ortaya çıkan en önemli sorun, gazetecinin kıdem şartının belirsizli-

ğidir. Buradaki belirsizlik, öncelikle genel kanun niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na başvurarak, orada konuyla ilgili bir hüküm yoksa 4857 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin uygulanması yoluyla giderilebilir. Kanımızca burada Basın İş Kanunu kapsamında olan gazetecilerin kıdem tazminatına hak kazandıran diğer şartları (sözleşmenin Kanun'da öngörülen hallerden biri ile sona ermesi) sağlamasının yanında asgari bir yıl kıdem şartının aranması yerinde olacaktır.

Anayasa Mahkemesi farklı iş kanunlarına tabi olan işçiler arasında eşitsizliği gidermeye yönelik bu iptal kararını vermişse de eşitsizliğin tamamen giderildiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olan işçinin kıdem tazminatında tavan uygulaması varken, Basın İş Kanunu'na tabi gazeteci için tavan uygulaması söz konusu değildir. Bunun yanında 4857 sayılı Kanun'da işçiye kıdem tazminatına hak kazandıran sebepler daha geniş bir şekilde ele alınmıştır. Bu farklılıkların giderilmesi için ilgili hükümlerde parça parça değişiklik yapmak yerine, Basın İş Kanunu'na tabi gazetecilerin de dahil edildiği Kıdem Tazminatı Fonu tasarısının bir an önce kanunlaşması ya da farklı iş kanunlarına tabi olan tüm işçileri kapsama alan, sade bir dilde yazılmış tek bir kıdem tazminatı düzenlemesi yapılmalıdır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan. “Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı”. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi. 24/3-4-5 (2012-2013): 1-23.
- Birinci Gemici, Nur ve Gemici, Cihat. “5953 Sayılı Basın İş Kanunu’nda Kıdem Tazminatı Düzenlemesi”. İş ve Hayat Dergisi. 3/5 (2017): 272-289.
- Bulun Tokkaş, Sevde. “İş İlişkinde Tarafların Ölümünün Bireysel İş Hukukuna Etkisi”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 29/1 (2021): 179-217.
- Çelik, Nuri vd. İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2023.
- Çil, Şahin. Kıdem Tazminatı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Demircioğlu, A.Murat, Centel, Tankut ve Kaplan, Hasan Ali. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- Ekmekçi, Ömer ve Yiğit, Esra. Bireysel İş Hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2023.
- Esener, Turhan. İş Hukuku. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Ezer, Burcu. “İnternet Haber Sitelerinin Basın Kanunu ve Basın İş Kanunu Kapsamına Eklenmesinin Hüküm ve Sonuçları”. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi. 8/2 (2023): 443-491.
- Gökçek Karaca, Nuray. Basın İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Güven, Ercan ve Aydın, Ufuk. Bireysel İş Hukuku. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2017.
- Köme Akpulat, Ayşe. “Gazetecinin Başka İşte Çalışma Serbestisi ve Sınırları: Basın İş Kanunu’nun 13. Maddesi Kapsamında Bir İnceleme”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 10/1 (2019): 224-236.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. İş Hukuku. Ankara: Lykeion, 2022.
- Narmanlıoğlu, Ünal. “Gazeteciye Kıdem Tazminatı Talep Hakkı Sağlayan Sona Erme Durumları Üzerinde Düşünceler”. Dokuz Eylül Üniversitesi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan. 19/Özel Sayı (2017): 1719-1751.

- Oğuzman, M.Kemal. “Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32/2-4 (1966): 858-883.
- Sevimli, Ahmet. “Basın İş Kanununda Kıdem Tazminatı”. İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi. 2/1 (2000), isguc.org (3.1.2024).
- Sümer, Haluk Hadi. Bireysel Basın İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Sümer, Haluk Hadi. İş Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi. Hukuka Giriş. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Sümer, Haluk Hadi ve Kayırgan, Hasan. İşçilik Alacakları ve Hesaplamalar. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Süzek, Sarper. İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Şahin, Muzaffer ve Avşar, Zakir. “Basın İş Kanunu, Sorunlar ve Güncelleme Tartışmaları”. Sosyal Güvenlik Dergisi. 6/2 (2016): 113-138.
- Şakar, Müjdat. İş Hukuku Uygulaması. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Şakar, Müjdat. “Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”. Çalışma ve Toplum, 2/17 (2008): 11-29.
- Şuğle, Mehmet Ali. İş Hukuku Açısından Gazeteci. Ankara: ÇGD Yayınları, 2001.
- Tunçomağ, Kenan ve Centel, Tankut. İş Hukukunun Esasları. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2022.
- Uşan, M.Fatih ve Tiritioğlu Ersoy, H.Hilal. “Cumhuriyet Döneminde Bireysel ve Toplu İş Hukukundaki Gelişmeler”. Adalet Dergisi. 2/71 (2023): 119-160.
- Yürekli, Sabahattin. Türk Borçlar Kanunu'na göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- lexpera.com.tr.
- mevzuat.gov.tr.
- resmigazete.gov.tr.

YÜK DEĞERİNİN BEYAN EDİLMESİ HALİNDE TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRI*

Carrier's Limit of Liability When the Value of the Goods is Declared

Arş. Gör. Safa Murat TEKİN**

ÖZET

Taşıma sözleşmesinde taşıyıcı yükü teslim aldıktan sonra varma yerinde teslim edene kadar yükte meydana gelen ziya ya da hasardan kural olarak sorumludur. Ancak hem ulusal hem de uluslararası taşımalarda taşıyıcının sorumluluğu sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte

* Bu makale, 3. Selçuk Hukuk Kongresi'nde sözlü olarak sunulan ve basılmayan "Yük Değerinin Taşıma Senedinde Beyan Edilmesi Halinde CMR ve TTK Açısından Taşıyıcının Sorumluluk Sınırı" adlı bildirinin içeriği değiştirilerek ve genişletilerek üretilmiş halidir.

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: safamurattekin@hotmail.com, ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-0975-4939>

Makale Geliş Tarihi: 16.12.2023

Makale Kabul Tarihi: 26.02.2024

⇒ Atıf Şekli: Safa Murat Tekin "Yük Değerinin Beyan Edilmesi Halinde Taşıyıcının Sorumluluk Sınırı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 177-215.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'un 24. maddesinde gönderenin yük değerini beyan etmesi ve yük değerinin taşıyıcının sorumlu olduğu sınırın üzerinde olması halinde sorumluluk sınırının beyan edilen değere yükseleceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yük değerinin beyan edilmiş sayılması için tarafların sorumluluğun arttığı konusunda anlaşması, taşıyıcıya ek ücret ödenmesinin kararlaştırılması ve yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nda yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseleceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak uygulamada taşıma sözleşmesine, yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseleceğine ilişkin şartlar eklenmektedir.

Çalışmada öncelikle konunun anlaşılması açısından önem taşıyan yükün objektif değeri ile sorumluluğa ilişkin üst sınır açıklanmıştır. Daha sonra sorumluluk sınırının yükselmesi için Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'un 24. maddesinde aranan şartlar öğretide yer alan farklı görüşler de dikkate alınarak açıklanmıştır. Son olarak ise taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun yükseltilmesinin Türk Ticaret Kanunu açısından da mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: CMR'nin 24. maddesi, taşıyıcının sorumluluğunun yükseltilmesi, taşıma senedi, yük değerinin beyan edilmesi, ek ücret.

EXTENDED ABSTRACT

The responsibility of the carrier is regulated in the first paragraph of Article 17 of the CMR and the first paragraph of Article 875 of the TCC. These articles explain that the carrier is responsible for any loss or damage that occurs to the goods from the receipt of the goods to the moment they are delivered. However, the liability of the carrier is limited in terms of both CMR and TCC.

As a rule, the objective calculation method has been accepted in the determination of the damage related to the goods in both the CMR

and TCC. The carrier will only compensate for the decrease in the value of the goods, not all the damages caused by the loss or damage to the goods subject to transportation. So, the loss of profit or other economic losses will not be compensated by the carrier. In calculating the compensation, it is important to determine when the value of the goods will be taken into account. While calculating the objective value of the goods, the place and time at which they were accepted for carriage will be taken as a basis. The value of the goods shall be fixed according to the commodity exchange price. If there is no such price, then the current market price of the goods will be accepted as the value. If the goods don't have a commodity exchange price or current market price, the value of the goods will be determined by reference to the normal value of goods of the same kind and quality.

The amount of compensation to be paid by the carrier is limited to a certain upper limit. The upper limit of the carrier's liability is determined on the basis of kilograms of goods, which is a unit of weight measurement. Both CMR and TCC set the rule that compensation shall not exceed 8.33 units of account per kilogram of gross weight. Because of this upper limit, if the objective value of the goods is higher than 8.33 units of account per kilogram of gross weight, the carrier will not be liable for the exceeding amount.

Although the general rule is limited liability for the carrier, increasing the liability limit for the carrier is allowed in some exceptional cases. An exception to this rule is made in Article 24 of the CMR. According to this article, the carrier's limited liability stipulated in paragraph 3 of Article 23 of the CMR is allowed to be increased to the declared value of the goods. But in order for the limited liability of the carrier to increase to the declared value, some conditions specified in Article 24 of the CMR must be met. These conditions are that the parties must agree to this situation by mutual agreement, a payment of a surcharge must be agreed upon, and the value of the goods must be declared in the consignment note. When all these conditions are met, the liability limit of the carrier can be determined above the upper limit. In this case, the carrier will be responsible for the entire value of the goods.

There is no regulation similar to Article 24 of the CMR in the TCC. The absence of regulation does not mean that an increase in the carrier's liability limit for the goods declared in the consignment note is not possible for national transports. But because there is a hiatus in the law, it can be said that the only condition required in the TCC in order to increase the liability limit of the carrier is the mutual agreement of the parties. So other conditions, like the payment of a surcharge agreed upon and declaring the value of the goods in the consignment note, are not required for TCC. This being said, declaring the value of the goods in the consignment note is recommended in national transportation too, for it is the best way to increase the carrier's liability limit to the goods value.

Keywords: Article 24 of CMR, increase of the carrier's liability, consignment note, declaration of the goods value, surcharge.

GİRİŞ

Karayolu taşımacılığına ilişkin ana mevzuat niteliğindeki Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'un (*The Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road, kısaca CMR*)¹ ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) düzenlemeleri genel olarak aynıdır. Bu nedenle çalışmada her iki düzenleme açısından ortak açıklama yapılacaktır. Ancak düzenlemelerin birbirinden ayrıldığı noktalarda konu ayrı başlıklar altında ele alınacaktır. Bu bağlamda yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırının yükselmesi hususu düzenlemeler açısından ayrı ayrı ele alınacaktır.

Taşıyıcının sorumluluğu CMR'nin 17. maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın 875. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Her iki

¹ Bu konvansiyonun CMR şeklinde kısaltılma sebebi Konvansiyonun Fransızca isminin "*Convention relative au Contrat de Transport International de Merchandises par Route*" olmasından kaynaklanmaktadır. Konvansiyonun resmi Türkçe çevirisinde "*Eşyaların Karayolundan Uluslar Arası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi*" ismi kullanılmıştır. Ka-naatimizce orijinal dillerinden biri olan İngilizce metninden tercümesi "*Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon*" şeklinde olmalıdır. Türkiye, Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'a 14.12.1993 tarih ve 21788 sayılı Resmî Gazete'yle katılmayı uygun bulmuş, İngilizce ve Türkçe metinleri 04.01.1995 tarih ve 22161 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 30.10.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

düzenleme açısından taşıyıcının sorumluluğuna gidebilmek için gönderen ile taşıyıcı arasında bir hukuki ilişkinin bulunması gerekir. Bu ilişki karayoluyla yük² taşıma sözleşmesidir³. Bununla birlikte, yükün taşıyıcının hâkimiyetinde iken zıyaa, hasara⁴ ya da teslimde gecikmeye⁵ maruz kalması gerekir.⁶ Yine tazminat talep eden kişinin yükte meydana gelen ziya ya da hasardan veya yükün teslimindeki gecikmeden kaynaklanan bir zarara da uğraması gerekir. Bu kapsamda yükte meydana gelen ziya ya da hasar tazminat talep eden kişinin zararının ispatı için yeterli olsa da yükün teslimindeki gecikme nedeniyle ortaya çıkan zararın ayrıca ispatlanması gerekir.⁷ Son olarak yükte meydana gelen ziya, hasar veya teslimde gecikme ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.⁸

-
- ² Taşımaya ilişkin bir husus açıklanırken taşınandan bahsetmemek mümkün değildir. Mevzuatta, öğretide ve yargı kararlarında taşınanı belirtmek için mal, eşya, şey, emtia, yük ve kargo gibi birçok farklı ifade kullanılmaktadır. Taşınanı belirtmek için kullanılan ifadeler arasında bir fark olmayıp bu çalışmada taşınan için *yük* kelimesi kullanılacaktır.
- ³ Bu noktadan sonra karayoluyla yük taşıma sözleşmesini ifade etmek için taşıma sözleşmesi ifadesi kullanılacaktır.
- ⁴ Yargıtay bazı kararlarında ziya ve hasarı aynı anlama gelecekle kullanmaktadır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 06.07.2004, E. 2004/7479, K. 2004/7527; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.07.2003, E. 2003/1471, K. 2003/7182, Kazancı İçtihat Bankası, 11.12.2022.
- ⁵ Teslim süresinin aşılması halinde ödenecek tazminat doğrudan yükün kendisine gelen zararları değil dolaylı malvarlığı zararlarını hedef aldığından CMR'nin 24. maddesinin gecikme hali için uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle yükün gecikmesine ve taşıyıcının gecikme nedeniyle sorumluluğuna yer verilmemiştir. Ayrıca bkz. Çalışmanın II. – A. – 1. bölümü.
- ⁶ Taşıyıcının kendisine tesliminden önce yükte meydana gelen ziya veya hasardan dolayı CMR'nin 17. maddesi çerçevesinde sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu konuda bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.10.2005, E. 2004/11854, K. 2005/9810, Kazancı İçtihat Bankası, 11.12.2022.
- ⁷ Buna ilişkin bir Yargıtay kararında taşıyıcının teslimdeki gecikmeden sorumlu tutulabilmesinin zararın mevcut olduğunun tazminat hakkı sahibi tarafından ispat edilmesine bağlı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 19.06.2000, E. 2000/4859, K. 2000/5755, Kazancı İçtihat Bankası, 13.12.2022.
- ⁸ Bir Yargıtay kararında yükün geç teslim edildiği ispatlanmasına rağmen uygun nedensellik bağı olmaması nedeniyle taşıyıcının sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.04.2002, E. 2001/10866, K. 2002/3205, Kazancı İçtihat Bankası, 13.12.2022.

Hukukta zarara, zarar görenin değil de başka bir kişinin katlanması kamu vicdanını rahatlatan haklı bir sebebin bulunması halinde olur.⁹ Taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının hâkimiyetine geçen yük üzerinde gönderenin hâkimiyeti kalmaz. İşte bu nedenle yükün teslim alınmasından teslim edildiği ana kadar yükte meydana gelen zıya veya hasardan taşıyıcı sorumlu kılınmıştır.¹⁰ Ancak taşıyıcının sorumluluğu hem Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon hem de Türk Ticaret Kanunu açısından sınırlandırılmıştır.

I. TAŞIYICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI

A. Yükün Objektif Değeri

Tazminat talep etme hakkına sahip bir kişinin zararı iki kalemde oluşur. İlki malvarlığının fiili durumundaki eksilme, ikincisi ise malvarlığının umulan durumundaki azalmadır. Malvarlığında meydana gelen fiili eksilme yükte meydana gelen zararın, malvarlığının umulan durumundaki eksilme ise kâr kaybı ya da ekonomik diğer zararlardır. CMR'nin 17. maddesi ile TTK'nın 875. maddesinde yüke ilişkin zararın belirlenmesinde, kural olarak, objektif hesaplama yöntemi kabul edilmiştir. Dolayısıyla zıya veya hasardan kaynaklanan tazminat taleplerinde taşıyıcının sorumluluğu fiili zararlarla sınırlandırılmıştır.¹¹ Bu nedenle yoksun kalınan kâr veya ortaya çıkan diğer zararların bu kapsamda tazmin edilmesi söz konusu değildir.¹² Öğre-

⁹ Hakan Karan, Özgenur Kara ve İzel Varan, Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 361.

¹⁰ Malcolm A. Clarke, International Carriage of Goods by Road: CMR, (Abingdon: Informa Law, 2014), 183; Malcolm A. Clarke and David Yates, Contracts of Carriage by Land and Air, (London: Informa Law, 2004), 26. Sorumluluk sigortası işleyişinden kaynaklı olarak zararın esasında gönderen ya da gönderilenler tarafından topluca karşılandığına ilişkin bkz. Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 361.

¹¹ Clarke, International Carriage of Goods, 357.

¹² Tobias Eckardt, "Liability of the Carrier", inside Commercial Law Article-by-Article Commentary, ed. Peter Mankowski, (Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019), 952; Sabih Arkan, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982), 146; Arslan Kaya, "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LVI/1-4 (1998): 265; Alihan Aydın, CMR'ye Göre

tide bir görüşe göre esasında umulan kâr kaybı ya da diğer ekonomik zararların CMR'nin 23. maddesindeki sınırlar dairesinde tazmin olunabilmesi gerekir ancak zıya veya hasar halinde tazmini istenebilecek zararın taşınan yükün değer kaybına indirgenmesi ekonomik zararların tazminini anlamsız kılmaktadır.¹³

Yükün taşıma sırasında zayi olması ya da hasara uğraması nedeniyle doğabilecek zararların ulaşabileceği boyutların taşıyıcı tarafından önceden tahmin edilmesi oldukça zordur. Oluşan zararın tamamen tazmin edilmesini beklemek taşıyıcıları öngörülemeyen ağır bir yük altına sokmak anlamına gelir. Özellikle yoksun kalınan kâr nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden öngörülebilmesi oldukça zordur. Bu nedenle CMR'nin 17. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında ve TTK'nın 880. maddesinde taşıyıcının taşıma borcunu gereği gibi ifa etmemesi halinde ortaya çıkan zararın tamamen karşılanmayıp yükün objektif değeri ile sınırlı olarak karşılanacağı düzenlenmiştir.¹⁴

Taşıyıcının yükün objektif değeri kapsamında ödeyeceği tazminat miktarı da hem Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon hem de Türk Ticaret Kanunu'nda belirli bir üst tutar ile sınırlandırılmıştır. Yükün hesaplanan objektif değeri her iki düzenleme kapsamında belirlenen üst sınırdan fazla olursa taşıyıcının tazmin edeceği bedel belirlenen üst sınırı aşamaz. Yani taşıyıcının sorumlu olacağı tazminat miktarı yükün hesaplanan objektif değerinden daha az olabilir. Taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırına ilişkin açıklamalardan önce yükte zıya ya da hasar olması halinde yükün objektif değerinin nasıl belirleneceğinin üzerinde durmak gerekir.

Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006), 111; Mustafa Erdoğan, CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 163; Hikmet Cem Congar, CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu ve Sınırları, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 174.

¹³ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 386.

¹⁴ Oysa deniz yolu taşımacılığında yoksun kalınan kâr, üçüncü kişilere karşı sorumluluk nedeniyle ödenen tazminat ya da cezai şart gibi başka zararların söz konusu olması halinde, sorumluluğun üst sınırını aşmaması şartıyla, bunların da taşıyan tarafından tazmin edilmesi mümkündür.

B. Yükün Objektif Değerin Belirlenmesi

1. Yükün Zayı Olması

Objektif değer belirlenirken yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki değeri esas alınabileceği gibi yükün taşıyıcı tarafından gönderilene teslim edildiği ya da teslim edilmesi gereken yer ve zamandaki değeri de esas alınabilir.¹⁵ CMR'nin 23. maddesinin 1. fıkrasında ve TTK'nın 880. maddesinin 1. fıkrasında yükün objektif değeri belirlenirken yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki değeri esas alınacağı kabul edilmiştir.¹⁶ Bu kapsamda sadece yükün taşıyıcı tarafından teslim alınmasından önceki hizmetlerin karşılığı olan ödemeler esas alınır. Dolayısıyla yolculuk boyunca ve varma yerinde yükte meydana gelecek değer artışlarından taşıyan sorumlu tutulmamıştır.¹⁷ Ambalaj masrafı ise yükün objektif değerine dâhildir.¹⁸

¹⁵ Karayolu taşımacılığında taşıma süresi kısa olsa da taşınmak için teslim alınan bir yükün varma yerinde teslim edilirken değeri artmış olabilir. Konu hakkında bkz. Andrew Messent and David A. Glass, *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road*, (Abingdon: Informa Law, 2018), 232,233. Yine yükün teslim alındığı yerdeki değeri gönderilenin kârını ve yapılan diğer masrafları içermediğinden genellikle varma yerindeki değerinden daha düşük olur.

¹⁶ Messent and Glass, *CMR: Contracts for the International Carriage*, 230. Bu yöntemin daha adil ve uygun bir yöntem olduğunu savunan görüş için bkz. Burak Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18/2 (2012): 783; Erdoğan, *CMR ve TTK Kapsamında*, 177. Aslında hesaplamanın yükün taşıyıcı tarafından gönderilene teslim edildiği veya teslim edilmesi gereken yer ve zaman dikkate alınarak yapılmasının daha uygun olacağını savunan görüş için bkz. Karan, Kara ve Varan, *CMR Şerhi*, 694,695. Yargıtay'a intikal etmiş bir uyuşmazlıkta taşıma sözleşmesine konu kirazların teslim alındığı yerde ve teslim alınma tarihindeki değerine göre tazminat hesabı yapılan bilirkişi raporunun esas alınması gerektiği belirtilerek bozulmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.05.2013, E. 2011/7539, K. 2013/11050, *Lexpera İçtihat Bankası*, 23.01.2023. Ancak ilk derece mahkemesi bu karara karşı direnmiştir. Bunun üzerine uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bozma gerekçesini haklı bulmuştur. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 11.04.2019, E. 2017/121, K. 2019/445, *Lexpera İçtihat Bankası*, 23.01.2023.

¹⁷ Aksoy Yavaş, *Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk* (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 163; Ziya Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), 139.

¹⁸ Sabih Arkan, "Ziya Nedeniyle Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Esas Alınan Değer ve İadesi Gereken Masraflar – CIM ve CMR Açısından Bir İnceleme", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XIV/2 (1987): 32.

Yükün objektif değerini belirlemenin yöntemi CMR'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında sıralı olarak belirlenmiştir. Bu yöntemlerden ilk sonuç verenle yükün objektif değeri belirlenir.¹⁹ Dolayısıyla sıralamada ilk yöntemden sonuç alınması halinde diğer yöntemlere başvurmaya gerek kalmaz. İlk yöntemden sonuç alınamaması halinde ise sıradaki yöntem denenir. Yükün objektif değerinin belirlenmesinde yükün niteliği asıl olup CMR'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hesaplamanın yapılabilmesi için yükün türünün ve niteliğinin belli olması gerekir.²⁰

Yükün objektif değerini belirlemede kullanılan ilk yöntem yükün borsa fiyatının²¹ esas alınmasıdır. Bu yöntemde yükün değeri, borsa fiyatının miktarı ile çarpımı sonucunda ortaya çıkar. Hesaplama yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki borsa değeri esas alınır. Basit bir örnekle, Samsun Ticaret Borsası'nda kabuklu fındığın kilosunun 95 TL olduğu bir zamanda Samsun'dan İstanbul'a 100 kilogram fındığın taşınması halinde yükün objektif değeri 9.500 TL olarak belirlenir. Yükün bir başka yerdeki borsa fiyatı yükün teslim alındığı yer ve zamanda uygulanıyorsa hesaplama için bu da yeterli olur.²² Yani yükün taşınmak üzere kabul edildiği yerde ticaret borsasının bulunması şart değildir.

Karayoluyla yük taşımacılığına konu olan yüklerin borsa fiyatının bulunmaması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.²³ Bu durumda da

¹⁹ Osman Uyaroğlu, "CMR'ye Göre Taşıyıcının Eşyanın Kaybı ve Hasarından Doğan Zararlardan Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 51 (2022): 548.

²⁰ Burak Adıgüzel, Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Ziya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 210; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 153; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 164.

²¹ Ticaret borsası fiyatı, tacirlerin menkul değerleri alıp satmak üzere bir araya gelerek oluşturdukları resmi piyasada işlem gören emtia için arz ve talebin dengelendiği fiyattır. Ticaret borsasında parça maldan ziyade misli şeylerin piyasa fiyatı bulunmaktadır.

²² Kübra Yetiş Şamlı, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008), 23; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 154; Turkey Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 141.

²³ Herbert Glöckner, "Limits to Liability and Liability Insurance of Carriers under Articles 3 and 23 to 29 of the CMR", inside International Carriage of Goods by Road (CMR), ed. Jan Theunis, (London: Lloyd's of London Press, 1987), 99; Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 696.

ikinci yöntem başvurulur ve yükün objektif değeri geçerli piyasa fiyatına göre belirlenir.²⁴ Ancak piyasada toptan ve perakende diye iki ayrı değer bulunması mümkündür. Yani toptan satılan yük ile perakende satılan yükün piyasa fiyatı farklı olabilir. Öğretide bir görüşe göre yükün piyasa fiyatının satış türüne göre değişmesi ihtimalinde satım sözleşmesinin tarafları (üretici-toptancı, toptancı-perakendeci ya da perakendeci-nihai tüketici) dikkate alınarak yükün piyasa fiyatı belirlenmelidir.²⁵ Başka bir görüşe göre ise yükün piyasa fiyatı belirlenirken sözleşmenin taraflarına değil taşınan yükün miktarına göre hareket edilmelidir. Yani toptan temin edilmesi gereken yük söz konusu ise toptan değer, perakende değerden temin edilebilecek kadar az (münferiden belirlenmiş) yük söz konusu ise perakende değer piyasa fiyatı olarak belirlenmelidir. Yükün piyasa fiyatının satış türüne göre değişmesi ihtimalinde satım sözleşmesinin taraflarının dikkate alınması fiyat belirleme sürecini uzatacak ve karmaşıklaştıracaktır. Oysa yükün miktarı satım sözleşmesinin taraflarına ilişkin de dolaylı olarak bilgi verir. Zira üretici ile toptancı arasındaki sözleşmeye konu eşya ile perakendeci ile nihai tüketici arasındaki sözleşmeye konu eşya genellikle miktar olarak farklı olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, yükün piyasa fiyatının satış türüne göre değişmesi ihtimalinde taşınan yükün miktarı dikkate alınarak yükün piyasa fiyatının belirlenmesi uygun olur.

Yükün borsa ya da piyasa fiyatı mevcut değilse değeri, ziyaa uğrayan yük ile aynı cins ve kalitedeki yükün normal (mutat) değeri esas alınarak belirlenir.²⁶ Mutat değer, taraflar arasındaki anlaşma ya

²⁴ Piyasa fiyatı, satıcı ve alıcıların eşya alıp satmak üzere bir araya gelerek oluşturdukları bir ortamda aynı tür ve nitelikteki eşyalar için arz ve talebin dengelendiği fiyattır. Yani, aynı tür ve nitelikteki eşyanın alım-satımı sonucu ulaştığı ortalama değere piyasa fiyatı denir. Bkz. Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 153. Yükün piyasa değeri resmî şekilde belirlenmişse bu değer dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 127; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 154; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 114; Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma, 21.

²⁵ Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 128; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 114,115; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 154; Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 696; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 165.

²⁶ Yargıtay zayi olan yüklerin cinsinin belirlenememesi halinde de yükler için ortalama değer belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. "... davacıya ait taşımaya konu toplam 34 koli maldan 22 koli mal çalınmış olup her bir kolide hangi çeşit mal oldu-

da özel durumlar dikkate alınmaksızın gönderilene teslim edilecek yükün veya o yükün satış değerinin eşit değerinde aynı çeşit ve kalitede bir yük ile karşılaştırılması sonucu bulunan değerdir.²⁷ Bu noktada yükün gönderen ya da gönderilen için ifade ettiği değer tazminatın belirlenmesinde herhangi bir önemi yoktur.²⁸ Yükün mutata değeri aynı çeşit ve kalitede yükün değeri dikkate alınarak bilirkişi marifeti ile tespit edilebilecektir.²⁹ Mutata değere bakılması gereken yüklere örnek olarak tarihi eserler, sanat eserleri, koleksiyon veya antika gibi yükler gösterilebilir.

Öğretide bir görüş, yükün tespit edilecek mutata değerinin dahi bulunmadığı durumlarda tazminatın söz konusu olmayacağını belirtmiştir.³⁰ Bir başka görüşe göre ise yükün tespit edilecek mutata değerinin bulunmadığı durumlarda bile hakkaniyet gereği bir tazminatın ödenmesi gerekir.³¹ Yükün mutata değerinin olmaması hiçbir ekono-

ğunun belirlenmediği kabul edilerek karar verilmiştir. Bu durumda, çalınan malların cinsi göz önüne alınarak alanında uzman bilirkişi marifetiyle, davacının sunduğu faturalar da değerlendirilmek suretiyle, malın taşınmak üzere teslim alındığı yer ve zamandaki değeri belirlenip bilahare hangi kolide hangi cins mal olduğunun belirlenmediği de gözetilerek, 6098 sayılı TBK'nın 50. maddesi uyarınca çalınan mallar için ortalama değer belirlenerek hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.05.2017, E. 2016/4474, K. 2017/2990, Kazancı İçtihat Bankası, 17.01.2024.

²⁷ Ingo Koller, Transportrecht Kommentar, 455/Aktaran Adıgüzel, Karayolu ile Yapılan Taşımalarda, 212(Dipnot 24). Mutata değer bir Yargıtay kararında da benzer şekilde açıklanmıştır. *"Cari fiyat, tarafların arasındaki anlaşma ve özel durumlar dikkate alınmadan teslim edildiği yer ve zamanda gönderenin elde edebileceği tazminata konu eşyanın satış değeri ile eşit veya aynı çeşit ve kalitede karşılaştırılması ile ortaya çıkan fiyattır."* Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.06.2019, E. 2018/3232, K. 2019/4765, Kazancı İçtihat Bankası, 17.01.2024.

²⁸ Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 128. Yükün kendisi için ifade ettiği değer göz önünde bulundurulmasını isteyen gönderen CMR'nin 26. maddesinin *"kayıp, hasar veya kararlaştırılan zaman limitinin aşılması halinde gönderici, belirlenecek bu ücret ödenmesi karşılığında, teslim süresi için ödenecek özel faizin miktarını tayin eder ve bunu sevk mektubuna yazar"* hükmü çerçevesinde hareket etmelidir.

²⁹ Bir Yargıtay kararında yükün borsa ve piyasa fiyatı yoksa aynı cins ve kalite yüklerin rayicine göre yük değeri için bilirkişi raporu alınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.12.2017, E. 2016/6808, K. 2017/7529, Kazancı İçtihat Bankası, 10.02.2023.

³⁰ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 154; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 117.

³¹ Eckardt, "Liability of the Carrier", 953; Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 143,144.

mik değerinin olmamasından kaynaklanabileceği gibi değer biçilebilecek nitelikte olmamasından da kaynaklanabilir. Hiçbir ekonomik değeri olmayan çöp, hafriyat gibi yüklerin taşınması halinde hakkaniyet gereği tazminatın söz konusu olacağı söylenemez. Ancak örneğin cesedin yük olarak taşınması halinde taşınma gayesine göre belirli bir ekonomik değeri olabileceği için hakkaniyet gereği tazminat ödenebilir. Bu nedenle kanaatimizce, her somut olayda yükün mutad değerinin tespit edilememe nedeni göz önünde bulundurularak tazminatın ödenip ödenmeyeceğine karar verilmelidir.

TTK'nın 880. maddesinin 3. fıkrasında yükün objektif değerini belirleme yöntemi aynı Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da olduğu gibi sıralı olarak belirlenmiştir. Ancak düzenlemeler iki hususta birbirinden ayrılmaktadır. İlk fark, yükün borsa fiyatının tazminatın belirlenmesinde kullanılacağına Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş olmasıdır. TTK'nın 880. maddesinin gerekçesinde, hükmün kaynağının CMR'nin 23 ilâ 27. maddeleri olduğunun belirtildiği göz önünde bulundurulduğunda Türk Ticaret Kanunu'ndaki farkın bilinçli olmadığı söylenebilir. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde de borsa fiyatından açıkça bahsedilmemiş olmakla birlikte bir Yargıtay kararında "*zayı olan deriler borsada alınıp satılan mal cinsinden olmadığına göre ... piyasa değeri esas alınır*" açıklamasıyla yükün objektif değerinin belirlenmesinde öncelikle yükün borsa fiyatına bakılacağını belirtmiştir.³² Dolayısıyla yükün borsada işlem görmesi halinde ulusal taşımalar açısından da yükün objektif değeri borsa fiyatı esas alınarak belirlenmelidir.³³

Düzenlemeler arasındaki ikinci fark ise TTK'nın 880. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesine ilişkin bir hükmün Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da yer almamasıdır. Buna göre, yük taşınmak için taşıyıcıya teslim edilmeden hemen önce satılmışsa, satıcının faturasından taşıma giderleri düşülerek belirle-

³² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 19.03.1969, E. 1969/80, K. 1969/182, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 24.11.2022.

³³ Mertol Can, CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 83; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 164; Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 128.

nen satış bedelinin yükün piyasa fiyatı olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu hükümde yükün piyasa fiyatını belirlemeye yönelik bir karine ortaya koyulmuştur.³⁴ Karinenin doğması için gönderen ile gönderilen arasında bir satış sözleşmesinin yapılmış olması ve satışa ilişkin faturanın da düzenlenmiş olması gerekir. Bu durumda yükün piyasa fiyatı belirlenirken karine kapsamında fatura fiyatına öncelik tanınmıştır.³⁵ Ancak her iki taraf da bu karinenin aksini ispat edebilir³⁶. Yükün piyasa fiyatı faturada gösterilen değerden düşükse taşıyıcı yükün piyasa fiyatını ispatlayarak karinenin aksini ispat edebilir. Yine yükün piyasa fiyatı faturada gösterilen değerden yüksekse gönderen/gönderilen aynı yola başvurabilir. Hükümde herhangi bir ayırım yapılmadığı için piyasa fiyatı olmayan yük de teslimden hemen önce satılmış ve satışa ilişkin fatura düzenlenmişse karine uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu ihtimalde de taraflar yükün mutata değerini ispatlayarak karineyi çürütebilir.

Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da bu yönde bir hüküm bulunmadığı için faturanın yükün değerine ilişkin karine oluşturacağı söylenemez. Dolayısıyla CMR'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen sıralama dikkate alınmadan yalnızca gönderenin düzenlediği fatura fiyatı üzerinden değer belirlenmesi uygun değildir.³⁷ Ancak diğer belirleme yöntemleriyle bir

³⁴ Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 166; Adıgüzel, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda", 783.

³⁵ Öğretide bir görüş, yükün borsa fiyatı veya belirlenebilir bir piyasa fiyatının bulunması halinde karinenin uygulanmayacağını belirtmiştir. Bkz. Adıgüzel, Karayolu ile Yapılan Taşımalarda, 213. Kanaatimizce, yükün borsa fiyatı veya belirlenebilir bir piyasa fiyatının bulunması halinde de karine uygulanır ancak taraflar yükün borsa fiyatı veya belirlenebilir bir piyasa fiyatını ileri sürerek karinenin aksini ispat edebilir.

³⁶ Adıgüzel, Karayolu ile Yapılan Taşımalarda, 214.

³⁷ Bir Yargıtay kararında bu husus açıkça belirtilmiştir. "... sorumluluğunun yukarıda değinilen CMR Konvansiyonu'nun 23. maddesi uyarınca değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde yalnızca davacının sunduğu satış faturalarındaki bedele göre zarar miktarını belirleyen bilirkişi raporuna dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.12.2017, E. 2016/6808, K. 2017/7529, Kazancı İçtihat Bankası, 10.02.2023. Ancak bir ilk derece mahkemesinin verdiği "... yapılan piyasa araştırmasına göre, taşınan tabutların özel bir borsa fiyatının veya piyasa fiyatının bulunmadığı, bu nedenle dış satım faturasında yazılı satış fiyatının uygun ve yerinde olduğu ..." şeklindeki karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi,

sonuca ulaşılamaması ve faturadaki değerin de gerçeği yansıtması halinde fatura, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınabilir.³⁸ Bu ihtimalde fatura karine oluşturmayacağı için ispat yükünün yer değiştirdiği söylenemez.

2. Yükün Hasara Uğraması

Hasara uğrayan yükün objektif değerinin belirlenmesi CMR'nin 25. maddesinin 1. fıkrası ve TTK'nın 880. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Yükün objektif değerinin belirlenmesinde yükün tamamının hasarsız halinin değeri tespit edilir. Bu tespit yapılırken de yükün zayi olmasına ilişkin yukarıda açıklanan yöntemler esas alınacaktır.³⁹ Yükün hasarsız değerinin tespitinden sonra aynı usul izlenerek hasarlı halinin değerinin tespiti yapılmalıdır. Sonrasında ise yükün hasarsız değeri ile yükün hasarlı haldeki değeri arasın-

08.12.2014, E. 2014/11956, K. 2014/19206, Kazancı İçtihat Bankası, 26.01.2023. Bu kararda hasara uğrayan yük ile aynı cins ve kalitedeki yükün normal (mutat) değerine ilişkin araştırma yapılmadan faturaya itibar edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kararda CMR'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen tüm hesaplama yöntemleri tüketilmeden fatura esas alınmıştır.

³⁸ Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 232; Clarke, International Carriage of Goods, 358,359; Clarke and Yates, Contracts of Carriage, 40; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 116; Uyaroğlu, "CMR'ye Göre", 548; Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 128. Ayrıca Yargıtay bu hususu açıklayan nitelikte karar vermiştir. "... Eşyanın gönderen ile gönderilen arasında belirlenmiş, örneğin faturaya geçirilmiş değeri, eşyanın piyasa değerinin belirlenmesinde önemli bir emare teşkil eder. Ancak, gönderen ve gönderilenin belirlemiş oldukları söz konusu değer, eşyanın değeri hakkında kesin bir kanıt niteliği taşımadığından ve CMR'nin 23/2 nci maddesinde tazminatın hesabında eşyanın fatura değeri değil, piyasa değeri ölçüt kabul edildiğinden, faturada yer alan değer gerçek değeri yansıttığı ölçüde tazminat hesabının belirlenmesinde göz önüne alınabileceği açıktır. Bu durumda mahkemece CMR'nin 23/2 nci maddesi hükmü göz önüne alınarak mal değerinin belirlenmesi yönünden bilirkişi incelemesi yapılmaksızın, faturadaki değer kadri maruf değer olarak kabulü suretiyle yazılı şekilde hüküm tesisine doğru görülmemiştir." Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.11.2005, E. 2004/12377, K. 2005/11330, Kazancı İçtihat Bankası, 10.02.2023.

³⁹ Zıya hali açısından faturanın esas alınmasına ilişkin yaptığımız açıklamalar hasar hali için de geçerlidir. Hasar halinde fatura değerinin esas alınmasına ilişkin Yargıtay "... Mahkemece sadece hasara ait faturalar nazara alınarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış davacı vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir" şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.06.2014, E. 2014/2050, K. 2014/11928, Kazancı İçtihat Bankası, 26.01.2023.

daki fark bulunur.⁴⁰ Bu iki değer arasındaki farka objektif değer kaybı denir.⁴¹ Hasar açısından yapılan her iki hesaplamada da yükün taşınmak üzere kabul edildiği yer ve zamandaki değerler esas alınmalıdır.⁴² Yine yükün hasar görmesi halinde ödenecek tazminat objektif değer kaybı olup taşıyıcı kâr kaybından sorumlu değildir.⁴³

TTK'nın 880. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yapacağı harcamaların değer farkını karşıladığı karine olarak kabul edilir. Bununla birlikte zarar miktarının zararı azaltmak ve gidermek için yapılan harcamalarla her zaman eşdeğer olduğu söylenemeyeceği için karinenin aksi her türlü delille ispat edilebilir. Karinenin aksi ispatlandığında değer farkı da ortaya koyulmuş olacaktır. Bu durumda taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamalar objektif değer farkından mahsup edilir.

TTK'nın 880. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesine benzer bir düzenleme Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da bulunmamaktadır. Ancak öğretilerde bir görüş, değer farkının belirlenmesinde uluslararası taşımalar açısından da bu gibi masrafların önemli bir yol gösterici olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Bir başka görüşe göre ise taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamalar kural olarak hesaplamada dikkate alınmaz.⁴⁵ Bu görüşe göre taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamalara

⁴⁰ Ancak yükün hasara uğraması yükün tamamının değerinin azalmasına neden olmuşsa yükün tamamının hasara uğradığı (hatta bazen zayi olduğu) kabul edilmeli ve hesaplama yükün zayi olması hakkında açıklanan şekilde yapılmalıdır. Bkz. Eckardt, "Liability of the Carrier", 953; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 130.

⁴¹ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 784.

⁴² Glöckner, "Limits to Liability", 105; Akıncı, Karayolu ile Milletlerarası, 147.

⁴³ Eckardt, "Liability of the Carrier", 952; Akıncı, Karayolu ile Milletlerarası, 146; Glöckner, "Limits to Liability", 105; Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma, 21; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 169; Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 694. Ayrıca, hasar zararının neden olduğu değer kayıplarının da karşılandığı durumda tereddüt yaşanabileceği dikkate alınarak Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da hasar tazminatının ziya tazminatını aşamayacağına ilişkin düzenleme yapıldığı hakkında bkz. Can, Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, 83.

⁴⁴ Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 129.

⁴⁵ Eckardt, "Liability of the Carrier", 952; Glöckner, "Limits to Liability", 105; Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 784.

ancak objektif değer farkının tespit olunamadığı hallerde başvurmak gerekir; aksi halde CMR'nin 25. maddesi hükmünün dolanılması ihtimali doğar. Uluslararası taşımalar açısından açık bir düzenleme olmadığı için taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamaların değer kaybını karşıladığı karine olarak kabul edilemez. Ancak hasarlı yükün teslim alındığı yer ve zamandaki farazi değerinin tespit edilmesi de kolay bir işlem değildir. Bu nedenle değer farkının belirlenmesi her zaman mümkün olmayabilir. Değer kaybı belirlenemediğinde, taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamaların değer kaybını karşıladığı taraflarca ileri sürülebilir. Bu hususun ileri sürülmesi yapılan harcamaların değer kaybını kesin olarak karşıladığı anlamına gelmez.⁴⁶ Ancak bu durumun aksi ispatlanmadığı sürece kanaatimizce, uluslararası taşımalar kapsamında da taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamaların zararı karşıladığı son çare olarak kabul edilmelidir.

C. Sorumluluğun Üst Sınırı

Taşıyıcının sorumluluğu yükün objektif değeri ile sınırlı olmakla birlikte hem CMR'nin 23. maddesinin 3. fıkrasında hem de TTK'nın 882. maddesinin 1. fıkrasında taşıyıcının sorumluluğuna ayrıca bir üst sınır getirilmiştir.⁴⁷ Taşıyıcının sorumluluğu zayı olan yükün ağırlığı⁴⁸

⁴⁶ Hasarlandığı için onarım gören yük bazen asla hasarsız değerine ulaşamayacağından değer kaybı şeklinde bir zararın oluştuğu sabitse yük zararına, taşıyıcının zararı azaltmak ve gidermek için yaptığı harcamaların dışında değer kaybına tekabül eden zarar da gireceği hakkında bkz. Can, Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, 83.

⁴⁷ Sınırlı sorumluluk esasının kabul edilmesinin sebebi ve sorumluluk sınırlarının belirlenmesi şekline ilişkin tarihi süreç hakkında bkz. Can, Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, 97.

⁴⁸ Taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı ağırlık ölçüsü birimi olan kilogram esas alınarak belirlenmiştir. *"Mahkemece, güçlerine göre ağırlıklarının 209-485 kg. arasında değiştiğini gösterir katalogtaki bilgilerden hareketle ortalaması alınmak suretiyle hasar gören 3 adet 40 KVA'lık enerji kaynağının beherinin ağırlığı 347 kg. olarak kabul edilmişse de bu şekildeki bir hesaplama yerinde olmamıştır. Bu itibarla öncelikle anılan ürünlerin brüt ağırlıklarının emtiyayı satın alan sigortalı Alp Enerji Sistemleri Bilgi ve İletişim Tek. Hiz. San. Tic. Ltd.Şti.'nden sorulması, buna ilişkin belgelerin gönderilmesinin istenmesi, gerçek ağırlıkların tespit edilememesi halinde ispat yükü davacı üzerinde olduğundan sunulan kataloglardaki en düşük brüt ağırlık üzerinden hesaplama yapılmak suretiyle CMR Konvansiyonunun 23/3. maddesi uyarınca taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun belirlenmesi ge-*

başına 8,33 Özel Çekme Hakkı⁴⁹ (*Special Drawing Rights, SDR*) ile sınırlandırılmıştır.⁵⁰ Brüt ağırlığın⁵¹ hesabında yükün net ağırlığına ambalajı, koruyucusu, paleti ve/veya destekleme araçları gibi hususlar da dâhil edilir. Zayi olan yükün objektif değerinin brüt ağırlığının 8,33 SDR ile çarpılması sonucunda çıkan miktardan fazla olması ihtimalinde taşıyıcı kural olarak sadece bu miktara kadar olan kısmı tazmin etmek zorunda olur.⁵² Zayi olan yükün objektif değerinin brüt ağırlığının 8,33 SDR ile çarpılması sonucunda çıkan değerden az olması ihtimalinde ise taşıyıcı yük değerinin tamamını tazmin edecektir. Yükün zayi olan kısmının brüt ağırlığını ispat yükü talepte bulunana (taşıyıcıya) aittir.⁵³

rekirken yazılı şekilde verilen karar doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 55.05.2022, E. 2020/6666, K. 2022/4058, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 19.01.2024.

- ⁴⁹ SDR, Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund) tarafından ihdas edilen uluslararası bir para birimidir. Mevcut haliyle SDR'nin değeri beş ülkenin para birimine göre belirlenmektedir. SDR biriminin oluşmasında en güncel haliyle; yüzde 43.38 Amerikan Doları, yüzde 29.31 Euro, yüzde 12.28 Çin Yuanı, yüzde 7.59 Japon Yeni ve yüzde 7.44 İngiliz Sterlin'i etkili olmaktadır. SDR değerlemede kullanılan para birimleri uluslararası ticari ilişkilerde kullanılan en yaygın para birimleri sepeti şeklinde oluşturulmuştur.
- ⁵⁰ Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon kapsamında yapılan taşımalarda SDR'nin TL'ye çevrilmesinde karar tarihi esas alınırken, Türk Ticaret Kanunu kapsamında yapılan taşımalarda SDR'nin TL'ye çevrilmesinde yükün taşıyıcıya teslim edildiği tarih esas alınacaktır.
- ⁵¹ Türk Ticaret Kanunu'nda geçen net olmayan ağırlıktan kastedilen brüt ağırlık ya da gayri safi ağırlıktır.
- ⁵² Bir Yargıtay kararında taşıyıcının sorumluluğunu sigorta ettirmesi halinde sigortacının da zararı sınırlı olarak tazmin edeceğini belirtilmiştir. *“Hakem heyetlerince, poliçede, tazminatın üst limitinin anılan hükme göre belirleneceğine ilişkin bir hüküm olmadığından bahisle çalınan ürün bedelinin tamamına hükmedilmiştir. Ancak 6102 sayılı TTK'nın 882. maddesine göre taşıyıcı sınırlı sorumlu olup, davaya konu sorumluluk poliçesiyle de davacı taşıyıcının taşıma nedeniyle söz konusu olabilecek mali sorumluluğu sigorta edilmiştir. ... Bu itibarla, hakem heyetlerince, TTK'nın 882. maddesi hükmü gözetilerek davalının sorumlu olduğututarın belirlenmesi gerekirken yanılığılı değerlendirmeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”* Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15.03.2021, E. 2020/681, K. 2021/2422, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 19.01.2024.
- ⁵³ Eckardt, “Liability of the Carrier”, 953. Taşıyıcı tarafından fiili tespit yapılamaması halinde yükün satış faturası, fotoğrafları ve/veya yüke ilişkin tanık beyanları dikkate alınarak brüt ağırlığı bilirkişi tarafından hakkaniyete uygun olarak tespit edilebilir. Bkz. Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 786.

Taşıyıcının yükte meydana gelen hasar nedeniyle ortaya çıkan sorumluluğuna da CMR'nin 25. maddesinin 2. fıkrasında ve TTK'nın 882. maddesinin 2. fıkrasında bir üst sınır getirilmiştir. Bu düzenlemelere göre, taşıyıcının ödeyeceği tazminat yükün tamamen hasara uğraması durumunda tam zıya halinde ödenecek tazminat miktarı, kısmî hasara uğraması durumunda ise kısmî zıya halinde ödenecek tazminat miktarının üstünde olamaz. Yani tam hasar için ödenecek tazminat ile tam zıya halinde ödenecek tazminat miktarlarının karşılaştırılması sonucu hasara ilişkin hesaplamanın zıya ile ilgili hesaplama fazla çıkması durumunda, yük tamamen zayi olsaydı ödenecek olan tazminat miktarı hasar halinde taşıyıcının sorumlu olacağı miktarın üst sınırını tayin edecektir.⁵⁴ Aksi bir ihtimalde taşıyıcı yükte meydana gelen hasar halinde yükün tamamen zayi olmasından daha yüksek tazminat ödemek zorunda kalabilir.

Aynı taşıma senedi kapsamında⁵⁵ birden fazla parça yük taşınıp da sadece bazı yüklerin zayi olması ya da hasara uğraması ihtimalinde taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı TTK'nın 882. maddesinin 2. fıkrasında belirlenmiştir. Buna göre, zararın meydana geldiği her yük ya da yüklerin ağırlığı üzerinden ayrı ayrı hesaplama yapılarak taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı belirlenir. Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da buna ilişkin bir düzenleme bulunmaması nedeniyle bu husus hakkında öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bahsedilen ihtimalde toplam yükün ağırlığı üzerinden hesaplama yapılarak taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı belirlenmelidir.⁵⁶ Diğer bir görüşe göre ise bahsedilen ihtimalde zararın meydana geldiği her yük ya da yüklerin ağırlığı üzerinden ayrı ayrı hesaplama yapılarak taşıyıcının sorumluluğunun üst

⁵⁴ Kaya, "Sorumluluğunun Esasları (II)", 264; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 170; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 131,132.

⁵⁵ Farklı taşıma senetleri kapsamında birden fazla parça yük taşınıp da sadece bazı yüklerin zayi olması ya da hasara uğraması halinde ise taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı belirlenirken her taşıma senedinde yer alan yüklerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bkz. Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 146; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 122.

⁵⁶ Glöckner, "Limits to Liability", 99; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 119; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 182; Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 146.

sınırı belirlenmelidir.⁵⁷ Son olarak başka bir görüş ise taşıma senesinde yüklerin bir bütün olarak mı yoksa bağımsız parçalar olarak mı düzenlendiği dikkate alınarak tarafların niyetine göre çözüm tarzının belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁵⁸ Yargıtay bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta üst sınırın uygulanmasında her bir parça yük için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁹ Taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı toplam yükün ağırlığı üzerinden hesaplama yapılarak belirlenecek olursa sorumluluk kapsamına yükte meydana gelen zarar dışında kar kaybı gibi bazı kalemlerin de eklenmesi ihtimali doğar. Oysa yükün tamamının zayi olması halinde olduğu gibi bazı yüklerin zayi olması ihtimalinde de bu zarar kalemleri ileri sürülemez. Bu nedenle kanaatimizce, zararın meydana geldiği her yük ya da yüklerin ağırlığı üzerinden ayrı ayrı hesaplama yapılarak taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı belirlenmelidir.

Taşıyıcının sorumluluğuna bir üst sınır getirilmiş olmakla birlikte TTK'nın 886. maddesinin *“zarara, kasten veya pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir filinin veya ihmalinin sebebiyet verdiği ispat edilen taşıyıcı veya 879 uncu maddede belirtilen kişiler, bu Kısımda öngörülen sorumluluktan kurtulma hâllerinden ve sorumluluk sınırlamalarından yararlanamaz”* hükmü bu kurala istisna getirmiştir. CMR'nin 29. maddesinde de aynı yönde düzenleme bulunmakla birlikte hükümde *“davaya bakan mahkemenin kararı ile isteyerek kötü harekete eşdeğer sayılan kusuru”* ifadesi (kısaca kasta eşdeğer kusur) kullanılmıştır⁶⁰. Yargıtay, 6762 sayı-

⁵⁷ Eckardt, “Liability of the Carrier”, 953; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 186; Uyaroğlu, “CMR’ye Göre”, 551.

⁵⁸ Yetiş Şamlı, Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma, 24.

⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.03.2000, E. 2000/994, K. 2000/2205, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 24.11.2022.

⁶⁰ Bu yönde düzenleme 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi, 1978 tarihli Hamburg Kuralları, 1980 tarihli Multimodal Taşıma Sözleşmesi ve 2008 tarihli Rotterdam Kuralları gibi taşımacılığa ilişkin uluslararası düzenlemelerde bulunmaktadır. Ancak 1999 tarihli Montreal Sözleşmesi açısından taşıyıcının kastının yahut pervasızca davranışının zarara sebebiyet verdiğinin ispat edilmesi yalnızca yolcu taşıma sözleşmesi çerçevesinde kendisine yöneltilen istemler bakımından sorumluluğunu sınırlandırma hakkının kaybına yol açacaktır. Dolayısıyla havayolu ile yük taşımadan kaynaklanan istemlerde taşıyıcı, kusur derecesine bakılmaksızın, her halükarda Montreal Sözleşmesi'nin 22. maddesinin 3. fıkrasındaki sorumluluk sınırlarından yararlanabilecektir.

lı Türk Ticaret Kanunu döneminde kasta eşdeğer kusuru farklı kararlarında ağır ihmal⁶¹ ve bilerek kötü hareket⁶² tabirleriyle ele almıştır.⁶³ Ancak bu dönemde öğretilerde, kasta eşdeğer kusurun ağır ihmalden daha nitelikli bir kusur derecesi oluşturduğu ancak kast dediğimiz kusur derecesinin de altında bir nitelik arz ettiği belirtilmiştir.⁶⁴ TTK'nın 886. maddesinde kasta eşdeğer kusur, *"pervasızca bir davranışla ve böyle bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin bilinciyle işlenmiş bir fiilin veya ihmalinin sebebiyet vermesi"* olarak ifade edilmiştir. Bu ifade taşıyıcının sorumluluk sınırının kalkmasına sebebiyet veren bir kusur derecesi olarak mevzuata girmiştir.⁶⁵ Bu nedenle kas-

⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.06.2000, E. 2000/4546, K. 2000/5446, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 15.01.2023; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.04.2005, E. 2004/6554, K. 2005/3212, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 15.01.2023.

⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.10.2002, E. 2002/4923, K. 2002/9359, Kazancı İçtihat Bankası, 15.01.2023.

⁶³ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde Yargıtay'ın kasta eşdeğer kusuru yorumlaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Burak Adıgüzel, "Yargıtay Kararlarında CMR m. 29'daki Kasta Eşdeğer Kusur Kavramının Yorumlanması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2012, 366-372.

⁶⁴ Adıgüzel, "Kasta Eşdeğer Kusur Kavramının Yorumlanması", 372.

⁶⁵ Bu ifade kapsamına giren hususlar yargı kararlarıyla belirlenmektedir. Örneğin Yargıtay'ın yerleşik içtihatına göre *"... taraflar arasında mutakabat sağlanmış taşıma planına ve özellikle süreye uyulmaması, dikkatsizlikten daha öte tedbirsizliğe, ihtiyatsızlığa varan cesaretle, pervasızca bir davranış"* niteliğindedir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.06.2022, E. 2020/8331, K. 2022/4631, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2024. Bir BAM kararında *"... davacıya ait kargonun sıvı malzemelerle taşınması sonucu paketin ıslanıp yırtıldığı gözetildiğinde davaya konu zararın, taşımaya konu cep telefonu yedek parça emtiasının taşıyıcı tarafından sıvı ürünler ile birlikte taşınmasından kaynaklandığı, aynı özellikte olmayan başka kargo paketlerinin aynı araç ile aynı bölümde birlikte taşınması halinde bir hasarın meydana gelebileceğini davalı taşıyıcının öngörmesi gerektiği, dolayısıyla davalının bu hareketinin pervasızca davranış kabul edilmesi gerektiği,"* açıklamasında bulunulmuştur. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, 27.04.2023, E. 2021/759, K. 2023/665, Kazancı İçtihat Bankası, 19.01.2024. Aynı Daire'nin başka bir kararında ise *"... dosya kapsamında ürünün cinsi ile ilgili davalıya bilgi verildiğine dair bir belgeye rastlanılmamıştır, bilirkşi raporunda makinenin düşmeye bağlı zarar görmüş olduğu belirtilmiş ise de, bu husus davalı tarafta pervasızca hareket edildiğinin kabulü için yeterli görülmemiş olup, mahkemece davalının sınırlı sorumluluğuna hükmedilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır."* açıklamasında bulunulmuştur. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi, 15.12.2021, E. 2019/2500, K. 2021/1806, Kazancı İçtihat Bankası, 19.01.2024. Bir başka BAM kararında *"gönderide alıcının açık adresi, ve müşteri numarası açıkça belirtildiği halde, gönderiyi teslim almaya gelen kişinin kendi kayıtlarında yer alan müşteri numarasında belirtilen kişi olup olmadığı, açık kimlik bilgileri, adresi ve telefon numarası kontrol edilmeden üçüncü bir kişiye teslim et-*

ta eşdeğer kusurun bu manada yorumlanması uygun olur.⁶⁶ Bu bağlamda taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlenen üst sınırın mutlak bir sınır olmadığı anlaşılmaktadır. TTK'nın 886. maddesi veya CMR'nin 29. maddesinin uygulama alanı bulduğu bir durumda taşıyıcının sorumluluk sınırı ortadan kalkacağı için yük değerinin beyan edilip edilmediğinin de bir önemi olmayacaktır.

II. TAŞIYICININ SINIRLI SORUMLULUĞUNUN BEYAN EDİLEN YÜK DEĞERİNE YÜKSELTİLMESİ

A. Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon Açısından Değerlendirme

1. Genel Olarak

CMR'nin 23. maddesinin 3. fıkrasında taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı belirlenmiş olmakla birlikte 24. maddesinde bu kurala bir istisna getirilmiştir. Bu istisna CMR'nin 24. maddesinde *“gönderici anlaşmaya varılacak belirli bir ücret karşılığında, sevk mektubunda madde 23. paragraf 3 te belirtilen sınırı geçen bir değer beyan edebilir. Bu takdirde, beyan edilen değer bu sınırın yerine geçer”* olarak ifade edilmiştir.⁶⁷ Bu hükme çoğunlukla ağırlığı az olup değeri yüksek olan

mesi eyleminin 6102 sayılı TTK'nın 886. maddesine göre pervasızca davranış kusuru oluşturduğundan bir sınırsız sorumluluk hali oluşturduğu,” ifade edilmiştir. Bkz. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi, 30.06.2020, E. 2018/1534, K. 2020/539, Kazancı İçtihat Bankası, 19.01.2024.

⁶⁶ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 880; Süzel, 516. Kasta eşdeğer kusurun, kusur derecesi bakımından değerlendirilmesi hakkında ayrıca bkz. Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 876 vd.; Akıncı, Karayolu ile Milletlerarası, 152-156; Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 167(Dipnot 76); Adıgüzel, Karayolu ile Yapılan Taşımalarda, 232 vd.; Gözde Cömert Varol, Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp ve Hasardan Kaynaklanan Sorumluluğu, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 186 vd.; Can, Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, 104. Kasta eşdeğer kusur, kötü harekete eşdeğer kusur ve pervasızca davranışın genel hatlarıyla aynı anlamı ifade ettiği hakkında bkz. Uyaroğlu, “CMR'ye Göre”, 555. TTK'nın 886. maddesine göre kasıtlı hareketin pervasızca davranışla eş değer kabul edildiğine ilişkin bkz. Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 116.

⁶⁷ Lloyd's CMR Sigortası Genel Şartları'nın 4.13 numaralı bendi uyarınca CMR'nin 24. maddesi kapsamında taşıyıcının yükseltilebilir sorumluluğu teminat dışı bırakılmıştır. Yani taşıyıcının sorumluluğunun üst sınırı aşan miktar sigorta kapsamında değildir. Ancak taşıyıcının sorumluluk sınırı sigortacının bilgisi dâhilinde yükseltilebilir teminata dâhil kabul edilecektir.

yüklerin karayolu ile taşınmasında başvurulmaktadır.⁶⁸ CMR'nin 24. maddesinin amacının sadece 23. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen sınırlamada değişiklik yapmaya yönelik olduğu açıkça belirtilmiştir. CMR'nin 23. maddesinin 3. fıkrası ziya ve/veya hasar sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemedir. Gecikmeye ilişkin zararların üst sınırı ise CMR'nin 23. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiş olup 24. maddede bu hususa değinilmemiştir.⁶⁹ Bu nedenle CMR'nin 24. maddesi kapsamında taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesi yükün ziya ya da hasarından kaynaklanan zararlara yönelik olup gecikmeden kaynaklanan sorumluluk sınırının bu kapsamda yükseltilmesi mümkün değildir.⁷⁰

Yükün değerinin beyan edilen değer olduğu sonucuna doğrudan varılamaz. CMR'nin 24. maddesindeki şartların sağlanıp taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun yükün beyan olunan değerine yükseltilmesi halinde de yükün değerinin hesaplanması gerekebilecektir. Bu durumda da hesaplama CMR'nin 23. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca yapılmalıdır. Dolayısıyla CMR'nin 24. maddesinin uygulanmasında çalışmanın önceki bölümünde açıklanan hususlar geçerli ve önemlidir.

⁶⁸ Bu ifade için bkz. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.04.2014, E. 2014/11534, K. 2014/20067, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2024. Ayrıca bkz. Glöckner, "Limits to Liability", 100.

⁶⁹ CMR'nin 26. maddesinin "*kaybolma, hasar veya kararlaştırılan zaman limitinin aşılması halinde gönderici, belirlenecek bu ücret ödenmesi karşılığında, teslim süresi için ödenecek özel faizin miktarını tayin eder ve bunu sevk mektubuna yazar*" hükmünün ise gecikmeyi de kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla gecikmeye ilişkin zararlar açısından taşıyıcının sorumluluğunun kaldırılması istendiğinde CMR'nin 26. maddesi çerçevesinde hareket edilmelidir.

⁷⁰ Turkyay Özdemir, "Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerinde Sorumsuzluk Anlaşması Akdetme İmkânı ve Sorumluluğun Sınırlarında Değişiklik Yapılması", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IV/1 (2007): 136; Roland Loewe, "Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR)", European Transport Law, XI/1 (1976): 377; Kaya, "Sorumluluğunun Esasları (II)", 266; Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 137; Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 262. Yargıtay bir kararında; "... ancak, CMR m. 23/5'te üst sınırın yükseltileceği iki hal bulunmaktadır. Bunlar CMR m. 26 ve 29'daki hallerdir. CMR m. 24 hükmü ise, gecikme halindeki tazminat hesabında uygulama alanı bulmaz" şeklinde açıklamada bulunmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.06.2018, E. 2016/7187, K. 2018/4432, Lexpera İçtihat Bankası, 21.03.2023. Benzer karar için ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.11.2015, E. 2015/5200, K. 2015/12713, Lexpera İçtihat Bankası, 21.03.2023.

Taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun beyan olunan yük değerine yükselmesi için CMR'nin 24. maddesinde belirtilen şartların sağlanması gerekir. Bunlar; tarafların anlaşması, ek bir ücretin kararlaştırılmış olması ve yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmiş olmasıdır. Bu şartlar teker teker incelenmeli ve şartlardan bir ya da birkaçının sağlanmaması halinde ne olacağı her şart açısından ele alınmalıdır. Ayrıca taşıma senedinde beyan edilen yük değerinin yükün objektif değerinin üzerinde olması ihtimali de incelenmelidir.

2. Gerekli Şartlar

a. Tarafların Anlaşması

Taşıyıcının sorumluluk sınırının tek taraflı olarak yükseltilmesi mümkün değildir. Sorumluluğun üst sınırı ancak tarafların anlaşması sonucu yükseltilebilir.⁷¹ Dolayısıyla hem taşıyıcı hem de gönderenin açık rızasının bulunmadığı durumlarda taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun yükseltilmiş olduğundan bahsedilemez. Uygulamada sorumluluk sınırının yükseltilmesini neredeyse hep gönderenin ya da gönderilenin isteyeceği düşünüldüğünde taşıyıcının açık kabulüne gerek olup olmadığı araştırılmalıdır.

Yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi halinde tarafların anlaşığı sonucuna varılır.⁷² Sözleşmenin her iki tarafının da imzasını⁷³ barındıran taşıma senedinde bulunan kayıtlar üzerinde anlaşılmadığını ileri sürmek zordur. Yargıtay da taşıma senedinde bulunan bir kaydın anlaşma şartı açısından yeterli olacağını kabul etmektedir.⁷⁴ Bir Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) kararında taşıma senedine

⁷¹ Engin Erdil, Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 416; Glöckner, "Limits to Liability", 104; Eckardt, "Liability of the Carrier", 955; Uyaroğlu, "CMR'ye Göre", 553; Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 262.

⁷² Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 771.

⁷³ CMR'nin 5. maddesinde taşıma senedinin gönderen ve taşıyıcı tarafından imzalanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁷⁴ Bir Yargıtay kararında "... anılan durumda, evveleminde davacının CMR'nin 23/3 maddesine göre talep edebileceği azami miktar bulunmalı, eğer sevk mektubunda CMR'nin 23/3 maddesinde belirtilen üst sınırı geçen bir değer beyan edilmiş ise ancak bu takdirde beyan edilen değer hüküm altına alınabileceği göz önünde tutul-

yazılan beyanın anlaşmaya istinaden yazılmadığını ileri süren tarafın bunu kanıtlaması gerektiği aksi takdirde CMR'nin 24. maddesi kapsamında taşıyıcının ödeyeceği tazminatın üst sınırının yükseltildiğinin kabul edilmesi gerekeceği kararına varmıştır.⁷⁵

Taşıma senedinde beyan edilen değer üzerinde anlaşıldığı sonucuna CMR'nin 9. maddesi hükmünden de varılabilir. Bahsedilen hüküm uyarınca taşıma senedine yazılan kayıtlar taşıma sözleşmesinin her iki tarafı için karine niteliğinde olacaktır. Yani taşıma senedinde yazan yük değeri üzerinde anlaşma olduğu da karine olarak kabul edilir. Ancak bu karinenin aksi ispat edilebilir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 201. maddesinde düzenlenen "*senede karşı senetle ispat*" kuralı nedeniyle taşıma senedindeki beyana rağmen anlaşma olmadığı yalnız yazılı bir delille ispatlanabilir; tanık deliline başvurulamaz.

Kabul beyanını ya da yük değerinin senede yazılması işlemini taşıyıcının yardımcılarından birinin (örneğin araç şoförünün) yapması halinde taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun yükseltilmesinin geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taşıma senedine gönderen tarafından yazılan yük değerini taşıyıcının yardımcılarının kabul edebilmesi yani taşıyıcının sorumluluk sınırını artırma yönünde işlem yapma yetkisi iç hukuka göre belirlenmelidir.⁷⁶ Diğer bir görüşe göre, taşıyıcının yardımcılarının bahsedilen yönde işlem yapması taşıyıcının sorumluluğunu yükseltmeyecektir.⁷⁷ Bu görüşe göre taşıyıcının yardımcısı, taşıyıcının sorumluluğunu ve borçlarını artırıcı

malıdır" şeklinde karar verilerek bu husus ortaya koyulmuştur. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.10.2015, E. 2015/9597, K. 2015/10857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 25.01.2023.

⁷⁵ Bölge Adliye Mahkemesi kararında "*davalı vekili bu miktarın anlaşmaya istinaden gösterilmediğini ileri sürmekte ise de, taşımanın hangi bedelle yapıldığı, ek ücret ödenip ödenmediği hususunda hiçbir açıklama delil sunulmadığından ek bir ücret karşılığı yazıldığı kabulü gerekmektedir. ... Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, CMR senedinde belirtilen değer, taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun üstünde bir değere iliştiği açık olmakla üst sınıra kadar davalının sorumluluğu bulunduğu kabul edilmelidir*" şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, 08.07.2019, E. 2018/2249, K. 2019/974, Kazancı İçtihat Bankası, 22.02.2023.

⁷⁶ Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 134.

⁷⁷ Clarke, International Carriage of Goods, 308; Erdoğan, CMR ve TTK Kapsamında, 266,267.

işlemleri ancak taşıyıcının açık muvafakati, vekâleti ya da temsil belgesi ile yapabilir. Bir başka görüş ise CMR'nin 3. maddesinde düzenlenen taşıyıcının yardımcılarının filinden taşıyıcının sorumlu olacağı kuralından yola çıkarak, taşıyıcının yardımcılarının bahsedilen yönde işlem yapmasının taşıyıcının kendi anlaşması hükmünde olduğu ve onun tarafından taşıma senedine koyulmuş gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁸

Taşıyıcının yardımcılarının kabul beyanıyla taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun yükselmesinin mümkün olup olmadığı ile CMR'nin 3. maddesinde düzenlenen husus birbirinden farklıdır. CMR'nin 3. maddesinin uygulanabilmesi taşıyıcının yardımcılarının kabul beyanın geçerli sayılmasına bağlıdır. Yani taşıyıcının yardımcılarının kabul beyanı geçerli sayılırsa taşıyıcının sorumlu olduğu sonucuna varılacaktır. Yoksa kabul beyanının geçerli sayılıp sayılmaması açısından hükmün bir önemi yoktur. Dolayısıyla CMR'nin 3. maddesi gerekçe gösterilerek taşıyıcının yardımcılarının kabul beyanının taşıyıcının sorumluluk sınırının yükselmesine imkân vereceği ileri sürülemez. CMR'nin 24. maddesi taşıyıcının sorumluluğu nedeniyle maruz kalabileceği tazminatı öngörebildiği sürece uygulama alanı bulur. Taşıyıcının haberi olmadan bir yardımcısının⁷⁹ sorumluluğunun sınırını yükseltmeye yönelik bir işlem yapması ya da kabul beyanında bulunması ise taşıyıcının öngörebileceği bir durum değildir. Taşıyıcının haberinin olup olmadığı ise iç hukuka göre belirlenmelidir. Bu kapsamda Türk hukuku açısından taşıyıcının yardımcılarını, taşıyıcının sorumluluklarını ve borçlarını artırıcı işlemleri açık muvafakati, vekâleti veya temsil yetkisi varsa yapabilir. Yani taşıyıcının acentesi ya da temsil

⁷⁸ Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 163.

⁷⁹ Burada araç şoförü açısından deniz ticaretinde kaptanın durumu gibi özel bir durum olduğu da söylenemez. Zira TTK'nın 1238. maddesinde düzenlenen "Taşıyanı İspat" gibi bir hükme Dördüncü Kitap içeriğinde yer verilmemiştir. Bir Yargıtay kararında araç maliki olmanın taşıyıcı sayılmak için yeterli olmadığını belirtmiştir. "... ancak davalının araç maliki olması da Türk Ticaret Kanunu anlamında taşıyıcı olduğuna karine teşkil etmez. ... Somut olaya dönüldüğünde, yazılılık şartı bulunmayan taşıma sözleşmesinin varlığını davacı taşıtan yasal delillerle ispat yükü altındadır. Davalı sözleşme ilişkisini reddettiğine göre aleyhine herhangi bir yasal karine bulunmayan davalının sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir." Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.01.2023, E. 2021/5424, K. 2023/40, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2024.

yetkisi verilmiş araç şoförünün kabul beyanı taşıyıcının sorumluluk sınırının yükselmesine imkân vermelidir. Bahsedilen ihtimaller dışında ise taşıyıcının yardımcısının anlaşması ile taşıyıcının sorumluluk sınırının yükselmesi mümkün olmamalıdır.

b. Ek Ücretin Kararlaştırılması

Taşıyıcının sorumluluk sınırını yükseltmek için sadece sorumluluğun sınırının yükseltilmesi konusunda anlaşma yeterli değildir. Bu anlaşmanın yanında ek ücret ödenmesine ilişkin de bir anlaşma bulunması gerekir. Bununla birlikte öğretide ek ücretin, taşıyıcının sorumluluğunun beyan olunan yük değeri kadar yükselmesi için bir geçerlilik şartı olmadığı ileri sürülmüştür.⁸⁰ Bu görüşe göre ek ücret, taşıyıcının fazladan bir iş gördüğü ve bunun karşılığı olarak da bir ücrete hak kazandığı hususunun açıklığa kavuşturulması için hüküm altına alınmıştır.⁸¹ Yine görüşe göre, ek ücret geçerlilik şartı olarak aransaydı bunun ön şartı olarak yapılacak taşımalar için hangi ücretin ödenmesi gerektiğinin de belirlenmiş olması gerekirdi. Dolayısıyla bu görüş, ek ücretin kararlaştırılmaması halinde de taşıyıcının sorumluluk sınırının yükün beyan olunan değere yükseltilebileceği sonucuna varmaktadır.

Tarafların ek ücret konusunda anlaşması yeterli olup ücretin azlığı ya da çokluğu önemli değildir. Yine ek ücretin ödenme zamanına ilişkin bir düzenleme de Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'da bulunmamaktadır. Bu nedenle ek ücret kararlaştırıldığı sürece henüz ödenmese de taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmiş olduğu kabul edilir.⁸² Bu kapsamda CMR'nin

⁸⁰ Clarke and Yates, *Contracts of Carriage*, 42; Kaya, "Sorumluluğunun Esasları (II)", 265; Erdil, *CMR Konvansiyonu Şerhi*, 416; Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının*, 136; Cömert Varol, *Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında*, 183; Uyaroğlu, "CMR'ye Göre", 553.

⁸¹ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının*, 135,136.

⁸² Chiara Tincani, *Contract for the International Carriage of Goods by Road*, (Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2022), 271. Öğretide bir görüş, ek ücret ödenmemiş ise olası bir tazminat hesabında taşıyıcının taşıma senedinde beyan edilen değer değil piyasa değerinin esas alınmasını talep edebileceğini belirtmiştir. Bunun için bkz. Akıncı, *Karayolu ile Milletlerarası*, 153; Cömert Varol, *Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında*, 183,184.

24. maddesinin “anlaşmaya varılacak belirli bir ücret karşılığında” ifadesiyle açıkça geçerlilik şartı getirilmiş olup getirilme amacıyla da uyumludur.⁸³ Ücretin nasıl ve hangi miktarda belirleneceği gibi konular üzerinde durulmamış olması ek ücretin geçerlilik şartı olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla ek ücretin bir geçerlilik şartı olmadığını ileri süren görüşe katılmak mümkün değildir.

Öğretide bir görüş, ek ücretin bir ek taşıma ücreti olduğunu belirtmektedir.⁸⁴ Başka bir görüşe göre ise ek ücret sadece artan sigorta primi olabilir.⁸⁵ Bu görüşe göre, artan sigorta priminin taşıma ücretine yansıtılmadığı halde taşıyıcının sorumluluğunun beyan olunan yük değeri kadar yükselmesi söz konusu olmaz.⁸⁶ Ek ücretin kapsamının bu şekilde sınırlandırılabilmesi için buna ilişkin açık düzenleme olması gerekir. Ancak Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon’da her iki görüş açısından ileri sürülen husus hakkında açık bir hüküm bulunmamaktadır. Taşıma ücretine ek olarak ayrıca ödenen herhangi bir ücret, ek ücret olarak kabul edilebilir. Bu kapsamda ek ücret riskin paylaşılması, taşıyıcının özen yükümlülüğünün ağırlaştırılması ya da sigortaya fazladan ödenecek prim gibi herhangi bir sebeple kararlaştırılmış olabilir. Bu nedenle kanaatimizce, ek ücretin bir ek taşıma ücreti niteliğinde olduğu ya da sadece sigorta priminden ibaret olduğu söylenemez. Bununla birlikte, uygulamada ek ücret genellikle ayrı bir ücret kalemi olarak değil de taşıma ücretinin içerisine yansıtılmış şekilde gözükmektedir.⁸⁷ Bu ihtimalde, yüklerin taşınması için normal şartlar altında ödenen ücretten fazla ücret ödenmiş olması yük değerinin beyan edilmesi nedeniyle ek ücretin ödendiği yolunda ispat için ileri sürülebilir.

⁸³ Cüneyt Süzel, Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 201(Dipnot 612); Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 773; Eckardt, “Liability of the Carrier”, 955.

⁸⁴ Aydın, CMR’ye Göre Taşıyıcının, 135.

⁸⁵ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 773. Görüşe göre, taşıyıcının somut taşımayı kapsamına alan bir sorumluluk sigortası (CMR sigortası) yaptırmaması şart olup yaptırmaması halinde ek ücret alan taşıyıcının sebesiz zenginleşmek amacıyla hakkını kötüye kullandığı varsayılır.

⁸⁶ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 773.

⁸⁷ Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 254.

Ek ücret üzerinde anlaşıldığına ilişkin ispat yükü kural olarak bu durumdan hak sağlayacak olan gönderen üzerindedir.⁸⁸ Esasında ek ücret üzerinde anlaşıldığı taşıma senedinden anlaşılması gerekmez. Yani taşıma senedinde ek ücretin miktarının yer almasına gerek yoktur. Kanaatimizce, yük değerinin taşıma senedinde yazılması CMR'nin 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ek ücret üzerinde de anlaşılmış olduğuna karine oluşturacak olup anlaşılmadığına ilişkin ispat yükü taşıyıcının üzerinde olacaktır. Dolayısıyla ek ücretten memnun olmayan taşıyıcı taşıma senedine yükün değerine ilişkin beyanı yazdırmamalıdır.

c. Yük Değerinin Taşıma Senedinde Beyan Edilmesi

CMR'nin 4. maddesi uyarınca taşıma sözleşmesi taşıma senedi olmadan da akdedilebilir. Yani taşıma senedinin bulunması taşıma sözleşmesinin geçerlilik şartı değildir. Ancak CMR'nin 24. maddesinde açıkça taşıma senedine geçirilmesi gereken bir değer beyanından bahsedildiği için taşıyıcının sorumluluğunun beyan olunan yük değerine yükseltilebilmesi için yük değerinin taşıma senedine geçirilmesi gerekir.⁸⁹ Dolayısıyla taşıyıcının sorumluluk sınırı yükseltilmek istendiğinde taşıma senedi düzenlenmiş olması gerekir. Bu kapsamda taşıma senedinde yük değerine ilişkin bir beyanın (kaydın) bulunması geçerlilik şartıdır.⁹⁰

⁸⁸ Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 254. Bu husus davacının gönderen olduğu bir BAM kararında "... davacı taşımada ücret karşılığında taşımacının sorumluluk miktarını geçen bir değer bildirdiği hususunu ispat edememiştir" denilerek ortaya koyulmuştur. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, 05.12.2019, E. 2018/1025, K. 2019/1541, Kazancı İçtihat Bankası, 05.02.2023.

⁸⁹ Congar, Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu, 262; Süzel, Navlun Sözleşmesinden Doğan, 201(Dipnot 612); Eckardt, "Liability of the Carrier", 955; Clarke, International Carriage of Goods, 309; Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 163; Kaya, "Sorumluluğunun Esasları (II)", 265; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 194; Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 771; Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 86. Bununla birlikte öğretilerde bir görüş, taşıma senedinin düzenlenmesinin zorunlu olmamasından yola çıkarak beyanın taşıma senedine yazılmasının zorunlu olmadığı, fax yoluyla gönderilen bir mesajın bile CMR'nin 24. maddesindeki etkiyi doğuracağını belirtmiştir. Bu görüş için bkz. Tincani, Carriage of Goods, 270.

⁹⁰ Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 253; Clarke, International Carriage of Goods, 309; Uyaroğlu, "CMR'ye Göre", 553,554. Bir kez bahsedilen şekilde taşıma senedi düzenlenip yük taşıyıcıya teslim edildikten son-

Öğretide bir görüş, taşıma senedinde yük değerinin beyan edilmemesi halinde de dürüstlük kuralından yola çıkarak taşıyıcının sorumluluğunun yükselebileceğini savunmaktadır.⁹¹ Yani taraflar arasındaki anlaşma taşıma senedinde beyan edilmemiş olsa dahi başka bir şekilde ispatlanabiliyorsa CMR'nin 24. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Yükün değerine ilişkin beyanın taşıma senedine yazılmasındaki asıl amaç sorumluluğun yükseltilmiş olduğunun taşıyıcı tarafından açıkça bilinmesidir.⁹² Yükün değerine ilişkin beyan taşıma senedine yazılmadan doğrudan taşıma sözleşmesine yazılması halinde de taşıyıcı sorumluluğun yükseltilmiş olduğunu açıkça bilecektir. Yazılı taşıma sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış bir husus sözleşmeyi ispat etmeye yarayan taşıma senedinde kararlaştırılmasa dahi geçerlidir. Taraf iradelerini ortaya koyan imzalı yazılı taşıma sözleşmesi senet niteliğinde olup kesin delildir.⁹³ Bu kapsamda taşıma sözleşmesinde yük değeri beyan edilmiş olmasına rağmen taşıma senedi düzenlenmemesi ya da taşıma senedinde de ayrıca beyan edilmemesi nedeniyle beyanın geçersiz olduğunu ileri sürmek dürüstlük kuralıyla bağdaşmaz.⁹⁴ Bu nedenle kanaatimizce, yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi geçerlilik şartı olmakla birlikte yük değeri taşıma sözleşmesinde belirtilmiş ancak taşıma senedinde belirtilmemiş ya da taşıma senedi düzenlenmemişse dürüstlük kuralından hareketle geçerlilik şartı yumuşatılarak CMR'nin 24. maddesi uygulanabilmelidir.⁹⁵ Ancak dürüstlük kuralı-

ra yük başka yüklerle birleştirilip yeni taşıma senedi düzenlense bile, ilk yük için taşıma senedi şartı ve içeriği tarafları bağlayacaktır. Yani ilk taşıma senedinde yer alan kayıt CMR'nin 24. maddesinin uygulanmasını sağlayacaktır.

⁹¹ Aydın, CMR'ye Göre Taşıyıcının, 134-135; Erdil, CMR Konvansiyonu Şerhi, 416.

⁹² Akıncı, Karayolu ile Milletlerarası, 153.

⁹³ Taşıma sözleşmesinin sözlü yapıldığı durumlarda ise dürüstlük kuralından hareket edilerek taşıyıcının sorumluluk sınırının kalktığına ilişkin sonuca varılamamalıdır.

⁹⁴ Öğretide bir görüş, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılmış bir hususun taşıma senedine farklı geçirilmesi halinde sözleşmenin taraflarca değiştirildiği ve taşıma senedinde yazan kaydın tarafları bağlayacağını belirtmiştir. Bkz. Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 212. Bu görüş kabul edilse dahi taşıma sözleşmesinde beyan edilen yük değerinin sonra düzenlenen taşıma senedine yazılmaması halinde sözleşmenin değiştirildiği söylenemez. Zira bu durumda senet içeriğinden anlaşılan bir husus bulunmaz.

⁹⁵ Tarafların arasındaki sözleşmenin konvansiyon dışında sorumluluk kaynağı olabilse de CMR'nin 24. maddesinin tanıdığı manada kabul edilemeyeceğine ilişkin bkz. Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 164.

na istisnai olarak gidilmeli asıl kural halinde getirilmemelidir.⁹⁶ Aksi halde uluslararası düzenlemede geçerlilik şartı olarak aranan husus ulusal yargının kaderine teslim edilmiş olur.

Yük değerinin fatura gibi bir belgede yazılı olması taşıyıcının sorumluluğunun yazılan değere yükselmesine imkân vermez.⁹⁷ Gönderen, taşıyıcının sorumluluğunun yükselmesini ister de taşıyıcı taşıma senedi düzenlenmesini istemezse, gönderen başka bir taşıyıcı ile yük taşıma yoluna gidebilir. Yine taşıyıcı taşıma senedinin düzenlenmesine karşı çıkmayıp yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesini istememesi halinde de gönderen aynı yolu izlemelidir. Aksi halde taşıyıcı CMR'nin 23. maddesi çerçevesinde sorumlu olacaktır.

Yük değerinin taşıma senedine yazılacağı zaman hakkında Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon sessiz kalmıştır. Öğretide bir görüş, taşıyıcının yükün değerine göre gerekli olacak ek ücreti belirleyebilmesine imkân verecek bir zaman diliminin bulunması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁸ Yani taşıyıcının yük değerine göre fazladan ödeyeceği sigorta primi ve diğer sair masraflarını hesaplayarak gerekirse taşımayı reddedebileceği bir sürenin olması gerekir. Gerçekten de yük değerinin beyan edilerek taşıyıcının sorumluluk sınırının artırılması tek taraflı bir işlem olmadığı için taşıyıcıya düşünmesi için makul bir süre verilmelidir. Bu nedenle kanaatimizce, yükler araca yüklendikten sonra ya da yolculuğa başladıktan sonra gönderenin bu yönde bir talebi dikkate alınmamalıdır.

d. Yükün Objektif Değerinin Esas Alınması

Gerekli şartların yerine getirilmesiyle taşıyıcının sorumluluk sınırı, beyan olunan yük değerine yükselir. Ancak bu hakkın da bir sınırı vardır. Taşıma senedinde beyan edilen değer CMR'nin 23. maddesinin

⁹⁶ Dürüstlük kuralına dayanılmasının istisna olduğu gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerektiği hakkında bkz. Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 771.

⁹⁷ Bu konuda BAM'ın "... faturada değer bildirimini bulunsa dahi bu bildirim CMR 24. maddedeki düzenleme anlamında belli bir ücret karşılığında sevk mektubuna sınırı geçen bir değeri beyan edilmesi niteliğinde sayılmayacaktır" şeklinde kararı bulunmaktadır. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi, 05.12.2019, E. 2018/1025, K. 2019/1541, Kazancı İçtihat Bankası, 05.02.2023.

⁹⁸ Clarke, International Carriage of Goods, 310.

1. ve 2. fıkralarına göre hesaplanacak değerden fazla ise tazminata esas olacak olan taşıma senedinde yazan değer değil, yükün hesaplanan objektif değeridir.⁹⁹ Yani tarafların anlaşarak taşıma senedine beyan ettiği değer yükün objektif değerinden fazla olması durumunda taşıyıcının sorumluluk sınırı yükün objektif değeri ile sınırlı olur.¹⁰⁰ Dolayısıyla CMR'nin 24. maddesi, 23. maddenin 3. fıkrasına bir istisna getirmekte ise de 23. maddenin 1. ve 2. fıkralarının uygulanmasını engellemez.¹⁰¹ Bunun sebebi CMR'nin 24. maddesinin hiçbir şekilde dolaylı zararların tazminine imkân sağlamak için getirilmemiş olmasıdır.¹⁰²

CMR'nin 24. maddesi sadece taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesi için başvurulabilecek bir yoldur.¹⁰³ Bu nedenle CMR'nin 23. maddesinin 3. fıkrasında belirlenen sınırdan daha az bir değer taşıma senedinde beyan edilerek taşıyıcının sorumluluğunun daha fazla sınırlandırılması mümkün değildir.¹⁰⁴ Böyle bir beyan taşıyıcının sorumluluk sınırının azaltılması niteliğinde olup CMR'nin emredici nitelikteki 41. maddesine aykırı olması nedeniyle geçersizdir. Bu ihtimalde sınır CMR'nin 23. maddesinin 3. fıkrasına göre belirlenir.

C. Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun taşıma hukukuna ilişkin hükümleri çoğunlukla Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin

⁹⁹ Clarke, International Carriage of Goods, 308.

¹⁰⁰ Eckardt, "Liability of the Carrier", 955; Yavaş, Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan, 195; Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 165.

¹⁰¹ Messent and Glass, CMR: Contracts for the International Carriage, 254; Özdemir, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, 163.

¹⁰² Erdil, CMR Konvansiyonu Şerhi, 416.

¹⁰³ "CMR senedinde belirtilen değer taşıyıcının sınırlı sorumluluğunun altında bir değere iliştiği açık olmakla, somut olay bakımından tazminat tutarının hesaplanmasında CMR'nin 24. maddesinin uygulanması söz konusu olmadığından, mahkemece CMR senedine geçirilen değer üzerinden yapılan hesaplama dayalı olarak hüküm kurulması doğru olmamış, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir" Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.04.2014, E. 2014/11534, K. 2014/20067, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2024.

¹⁰⁴ Karan, Kara ve Varan, CMR Şerhi, 773; Erdil, CMR Konvansiyonu Şerhi, 416,417.

Konvansiyon'dan faydalanılarak kaleme alınmıştır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu'nun Genel Gereğesinde "taşımada CMR kuralları ege-men kılınmalı" ve "Tasarıda taşımanın CMR hükümlerine uygun bir tarzda kaleme alınması yoluna gidilmiştir" şeklinde açıklamalarda bulunulmuştur.¹⁰⁵ İki düzenleme genel olarak paralel olmasına karşılık CMR'nin 24. maddesine benzer bir düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmaması, taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesinin ulusal taşımalar açısından istenip istenmediğı sorusunu akıllara getirmektedir.

TTK'nın 854. maddesinde taşıyıcıya Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde yüklenen sorumlulukların önceden hafiflemesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğı belirtilmiştir. Dolayısıyla sorumluluk rejiminin emrediciliğı sadece taşıyıcının sorumluluğunun önceden azaltılmasına ilişkindir. Yani taşıyıcının sorumluluğunu genişletecek anlaşmaların önceden ya da sonradan yapılmasının önünde bir engel yoktur. Taşıyıcının sorumluluğunun genişletilmesinin bir yolu da taşıyıcıyı TTK'nın 882. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen sınırdan daha yüksek bir değerle sorumlu tutmaktır. Bu ise tarafların anlaşarak taşıyıcının sorumluluk sınırını beyan edilen yük değerine yükseltmesi şeklinde gerçekleştirilebilir.

TTK'nın 888. maddesinin 1. fıkrasında, asıl taşıyıcının gönderen veya gönderilenle sorumluluğun genişletilmesine ilişkin yaptığı sözleşmelerin bazı şartlar altında fiilî taşıyıcıya karşı da geçerli olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümde önemli olan husus, taşıma sözleşmesinin taraflarının anlaşarak taşıyıcının sorumluluğunu genişletebileceğinin açıkça kabul edilmiş olmasıdır. Her ne kadar CMR'nin 24. maddesine benzer açık bir hüküm Türk Ticaret Kanunu'nda olmasa da 888. maddenin 1. fıkrası hükmü, CMR'nin 24. maddesindeki uygulamanın ulusal taşımalar açısından da geçerli olabileceğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu hükümden yola çıkarak da taşıyıcının sorumluluğunun beyan edilen yük değerine yükseltilmesinin mümkün olduğı söylenebilir.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Bkz. TTK Genel Gereğesinin 102. ve 158. paragrafları.

¹⁰⁶ Burak Adıgüzel, Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 214. Aynı yönde bkz. Can, Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, 84. Can, bu hususu CMR'nin 26. maddesi için ileri sürmüş olsa da 24. madde için de geçerli olduğı söylenebilir.

TTK'nın 1186. maddesinin 1. fıkrasında, denizyoluyla yük taşımacılığında da taşıyanın sorumluluğunun sınırlı olduğu düzenlenmiştir. Ancak hükümde belirtilen sınırların hangi halde uygulama alanı bulmayacağı "... meğerki, eşyanın cinsi ve değeri, yüklemeye önce yükleten tarafından bildirilmiş ve denizde taşıma senedine yazılmış olsun" ifadesiyle belirlenmiştir. Taşıyan yükün cinsi ve değerine ilişkin beyanı denizde taşıma senedi olan konişmentoya geçirmekle birlikte sorumluluk sınırlarından tüm konişmento hamillerine karşı feragat etmiş olacaktır.¹⁰⁷ Yani taşıyanın sorumluluğu beyan edilen değere yükselmiş kabul edilip taşıyan sorumluluğunun sınırlı olduğunu ileri süremeyecektir. Denizyolu taşımacılığı açısından yükün değerinin (ve cinsinin) konişmentoya yazılarak taşıyanın sorumluluğunun yükseltilebileceğinin düzenlenmiş olması nedeniyle karayolu taşımacılığı açısından da taşıyıcının sorumluluğunun beyan edilen yük değerine yükseltilmesinin Türk Ticaret Kanunu'nun amacına ters olmadığı söylenebilir.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 785. maddesinde taşıyıcının ödeyeceği tazminatın "... taşıma senedine geçirilen değere, taşıma senedinde değer gösterilmemiş ve fakat taşıyıcıya bildirilip onun tarafından kabul edilmiş bir değer mevcut ise ona" göre belirleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm CMR'nin 24. maddesine benzer niteliktedir. Ancak bu hüküm nedeniyle öğretide, taşıma senedinde beyan edilen değer yükün objektif değerinden daha yüksek olabileceği ve bu durumda taşıyıcının sorumluluk sınırı belirlenirken taşıma senedinde beyan edilen değer esas alınacağı kabul edilmiştir.¹⁰⁸ Öyle ki taşıma senedinde yükün değeri beyan edilmişse yükün objektif değerinin hesaplanmasının kanunun ruhunu zedeleyeceği ileri sürülmüştür.¹⁰⁹ Kanaatimizce, bu hükmün Türk Ticaret Kanunu'na alınmama nedeni yük değerinin taşıma senedinde beyan edilerek yükün objektif değerinin üzerinde bir tazminata imkân verilmesine son vermek olup taşıyıcının sorumluluğunun yükseltilmesine engel olmak değildir.

¹⁰⁷ Süzel, Navlun Sözleşmesinden Doğan, 239.

¹⁰⁸ Reşat Atabek, Eşya Taşıma Hukuku (Deniz Hukuku Hariç), (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1960), 264.

¹⁰⁹ Arkan, Taşıyıcının Sorumluluğu, 164.

Sonuç olarak kanaatimizce, CMR'nin 24. maddesine benzer bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmamakla birlikte doğrudan düzenleme olmaması TTK'nın 882. maddesinde belirlenen taşıyıcının sorumluluk sınırının her zaman uygulanacağı anlamına gelmez. Yani düzenleme olmaması kanun koyucunun taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesini istemediği şeklinde yorumlanamaz. Bu noktada kanun koyucunun bilinçli davrandığı söylenemez. Açıklanan nedenlerden dolayı ulusal taşımalarda da taşıyıcının sorumluluk sınırının yük değerinin beyan edilmesiyle yükseltilebileceği kabul edilmelidir. Taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesi için gereken şartların ise öğretisi ve yargı kararlarına bırakılmış olduğu söylenebilir.

2. Gerekli Şartlar

TTK'nın 888. maddesinin 1. fıkrası ile TTK'nın 854. maddesinin karşıt anlamından taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilebilmesi için aranan tek şartın tarafların anlaşması olduğu söylenebilir. Yani taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilebilmesi için taraflar anlaşmış olmasına yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi gerekmez. Dolayısıyla tarafların sözlü olarak anlaşması ya da taşıma sözleşmesinde bu anlaşmadan bahsedilmesi taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesi için yeterlidir. Yine taraflar anlaşmış olmasına dürüstlük kuralından yola çıkılarak da anlaşmanın geçerli sayılması mümkündür. Bununla birlikte taraflar isterse TTK'nın 857. maddesinin 2. fıkrası kapsamında yükün değerini taşıma senedine diğer kayıt niteliğinde yazabilirler.¹¹⁰ Bununla birlikte bir Yargıtay kararında “... ayrıca 6102 sayılı TTK'nın 882.maddesi de ödenecek tazminat miktarını sınırlamıştır. Ancak, belli bir değer taşıma senedine geçirilmesi ve bunun taşıyıcı tarafından kabulü (6102 sayılı TTK'nın 888/2, 857.maddeleri) ... durumunda taşıyıcının sınırlamadan yararlanamayacağı kabul edilmiştir” açıklamasıyla yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi

¹¹⁰ Özlem Karaman Çoşgun, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Karşılaştırılması”, İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, (2012): 291; Adıgüzel, Taşıma Hukuku, 215.

gerektiği belirtilmiştir.¹¹¹ Yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi ispat açısından kolaylık sağlar. Kanaatimizce, ulusal taşımalar açısından taşıyıcının sorumluluğu yükseltmek istendiğinde en uygun ve kolay yol yük değerinin taşıma senedine yazılmasıdır.¹¹² Yük değerinin taşıma senedine yazılması, anlaşma konusunda ihtilaf olması halinde HMK'nın 200. maddesi gereğince senetle ispat zorunluluğunun yerine getirilmesini de sağlayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nda açık bir düzenleme olmaması nedeniyle taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilebilmesi için taşıyıcıya ek ücret ödenmesinin zorunlu olduğu söylenemez. Ancak taşıyıcı yük değerinin beyan edilmesi karşılığında daha ağır bir sorumluluk altına gireceği için ek ücret talep edebilir. Bu kapsamda ek ücret sözlü olarak dahi kararlaştırılabilir. Bununla birlikte ek ücretin kararlaştırılması uluslararası taşımaların aksine ulusal taşımalar açısından zorunlu olmadığı için taşıyıcı taşıma senedinde yük değerine ilişkin beyan bulunduğunu ileri sürerek ek ücret talebinde bulunamaz. Dolayısıyla taşıma senedinde yük değerine ilişkin beyan bulunsa bile taşıyıcı ek ücretin kararlaştırıldığını iddia ediyorsa bunu ayrıca ispat etmelidir. Ek ücretin sözlü kararlaştırılması halinde ise ispatı oldukça zor olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, ek ücretin de taşıma senedinde yazılı olarak ayrıca kararlaştırılması en uygun yol olacaktır. Ancak ek ücretin ispatlanabildiği sürece başka bir yerde veya taşıma sözleşmesinin içeriğinde belirlenmesinin önünde bir engel yoktur.

Son olarak, üzerinde anlaşılan yük değeri ister taşıma senedinde beyan edilmiş ister edilmemiş olsun TTK'nın 880. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde hesaplanacak yükün objektif değerinin üzerindeyse taşıyıcı sadece hesaplanan objektif değerden sorumlu olacaktır. Ancak taraflar zıya ya da hasardan sonra anlaşarak taşıyıcının sorumluluğunu genişletebilir. Tarafların zıya ya da hasardan sonra anlaşarak sorumluluk sınırını yükseltmesi halinde yükün objektif değerinin üzerinde tazminat ödenebilir.

¹¹¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.10.2015, E. 2015/3283, K. 2015/9892, Kazancı İçtihat Bankası, 20.01.2024.

¹¹² Bu yöntemle sorumluluk sınırının yükseltilemeyeceğini savunan görüş için bkz. Erdoğan, CMR ve TTK Kapsamında, 268,269.

3. Uygulamada Yük Değerinin Beyan Edilme Yöntemi

Her ne kadar Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme olmasa da, hâlihazırda, ulusal taşımalar açısından yük değeri beyan edilerek taşıyıcının sorumluluğu yükseltilebilmektedir. Uygulamada kurulan taşıma sözleşmeleri kapsamında birçok taşıyıcının çoğu halde taşıma senesinde yük değerinin beyan edilmesi şartıyla sorumluluğunun yükseltilmesine izin verdiği görülmektedir. Bu duruma ilişkin iki farklı örnek verilebilir. 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu'nun 3. maddesinin (d) bendinde değer konulmuş veya sigortalı gönderinin tanımı yapılmıştır. Buna göre değer konulmuş veya sigortalı gönderi; kaybı, çalınması ya da hasara uğraması halinde gönderici tarafından kabulde beyan edilen değere kadar tazminat istenebilen gönderiyi ifade eder. Buradaki açık tanım neticesinde yük değerinin beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluğunun sınırı yükseltilmiş olacaktır. Posta Hizmetleri Kanunu'nda yükün değerinin ne şekilde beyan edileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte yük değerinin taşıma senedine yazılması ispat açısından en uygun olanıdır.

Taşıma faaliyeti gerçekleştiren özel taşıyıcılar da yük değerinin beyan edilmesiyle sorumluluk sınırlarının yükselmesine imkân tanımaktadır. Buna örnek olarak, UPS Hızlı Kargo Taşımacılığı AŞ'ye (UPS) ait UPS Taşıma Kural ve Şartları örnek olarak gösterilebilir.¹¹³ UPS Taşıma Kural ve Şartlarının Sorumluluk başlıklı 9. maddesinin 9.2. fıkrasında *“sözleşme Kurallarının ya da diğer emredici ulusal kanunların yürürlükte olmadığı hallerde ise, ... gönderen tarafından aşağıda paragraf 9.4'te belirtildiği şekilde daha yüksek bir değer beyan edilmediyse, gönderi başına 100 ABD Doları karşılığı ulusal para birimi tutarında kanıtlanmış zararlarla sınırlıdır”* şeklinde bir şart bulunmaktadır. Bu kapsamda UPS Taşıma Kural ve Şartlarının bahsedilen 9. maddesinin 9.4. fıkrasında *“aşağıdaki 9.5 numaralı paragrafın hükümlerine tabi olan gönderen taraf, UPS'nin yukarıdaki paragraf 9.2 uyarınca üstlendiği sorumluluktan ya da Sözleşme Kuralları veya bir başka emredici ulusal yasanın sağlayabileceği sorumluluktan daha geniş kap-*

¹¹³ UPS Taşıma Kural ve Şartları'na 24 Mart 2023 tarihinde <https://www.ups.com.tr/dosyalar/hizmet-ve-tarife-kilavuzu-2020.pdf> adresinden erişildi.

samlı sorumluluktan istifade edebilir. Bunun için gönderenin Konşimento üzerinde daha yüksek bir değer beyan etmesi ve Kılavuzda belirttiği üzere ek bir ücret ödemesi gerekmektedir. Eğer gönderen taşıma için daha yüksek bir değer beyan ederse ve söz konusu ücreti öderse, UPS'nin sorumluluğu beyan edilen toplam tutardan fazla olamayacak kanıtlanmış hasarlarla sınırlı olacaktır. Söz konusu malların değeri her halükarda 3.1 (ii) paragrafındaki sınırları geçemez” şartı ortaya konulmuştur. Söz konusu 3. maddenin 3.1. fıkrasının (ii) bendi ise “herhangi bir paketin değeri, yerel para birimi eşdeğeriyle 50.000 USD’yi aşmamalıdır. İlaveten bir paketin içindeki herhangi bir mücevheratın ve saatin (taklit takılar ve taklit saatler hariç) değeri, yerel para birimi eşdeğeriyle 500 USD’yi aşmamalıdır. Her hangi bir paletin değeri 100.000 USD eş değeri olan yerel para birimini geçmeyecektir” şeklindedir. Bu örnek de yük değerinin beyan edilerek taşıyıcının sorumluluğunun yükseltilmesinin ulusal taşımalar açısından hâlihazırda mümkün olduğunu ortaya koymaktır. Taşıyıcının hiçbir ek ücret talep etmeden sorumluluğunun yükseltilmesine razı olması pek karşılaşılabilecek bir durum değildir. Bu taşıyıcı özelinde de yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi ve ek ücret ödenmesi şartları aranmıştır.

Kanaatimizce, yük değerinin beyan edilmesi ile taşıyıcının sorumluluk sınırının yükselmesine ilişkin Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon’daki düzenlemeye paralel bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu’na alınarak uygulamada ortaya çıkan bağımsız kural ve şartlar yeknesak hale getirilmelidir.

SONUÇ

Taşıma sözleşmeleri ister ulusal ister uluslararası nitelikte olsun taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı olduğu sözleşmelerdir. Taşıyıcının sorumluluğu yükün objektif değeri ile sınırlandırılmıştır. Bunun yanında ayrıca yükün objektif değerinin yükün ağırlığı esas alınarak hesaplanan belirli bir tutarın üzerinde olması halinde hesaplanan tutar ile de sınırlandırılmıştır. İlk hale genel sınır, ikinci duruma ise üst sınır denilebilir. Bu sınırlar yükün zayi olması ya da hasara uğra-

ması durumlarında taşıyıcının tazminat yükümlülüğünün ortaya konulması için önemlidir. Yükün objektif değerinin hesaplanan üst sınırdan fazla olması halinde taşıyıcı fazla olan kısmı tazmin etmek zorunda değildir. Yükün objektif değerinin hesaplanan üst sınırdan az olması halinde ise üst sınır dikkate alınmaz.

Asıl olan taşıyıcının sorumluluğunun sınırlı olması ise de bazı durumlarda bu sınırın yükseltilmesi mümkündür. Bu ihtimallerden biri ise yük değerinin beyan edilmesiyle taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesidir. Bu yöntemle yükseltme CMR'nin 24. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nda ise buna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanunu açısından da taşıyıcının sorumluluk sınırının bu yöntemle yükseltilebileceği söylenebilir.

Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon kapsamında yapılan taşıma sözleşmesinde tarafların anlaşması, taşıyıcıya ek ücretin ödenmesi ve yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi halinde taşıyıcının sorumluluk sınırı senette yazılan değere yükselir. Genellikle yükün değerinin yüksek olup ağırlığının düşük olması halinde gönderenlerin bu yolu seçtiği görülmektedir. Taşıyıcı ise taşımacılığın katı rekabet koşullarında iş imkânını kaçırmamak için bu yola imkân tanımaktadır. CMR'nin 24. maddesinde düzenlenen bu yöntemde taşıyıcı sorumluluğunun üst sınırını öngörebildiği için sorumluluğunu ona göre sigorta ettirebilmektedir. Bu nedenle taşıma senedinde yükün gerçek değeri beyan edilmese bile taşıyıcının sorumluluk sınırı yükselecek ancak sınır yükün objektif değerini aşamayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu kapsamında yapılan bir taşıma sözleşmesinde de tarafların anlaşması halinde taşıyıcının sorumluluk sınırı yükün değerine yükseltilebilir. Ulusal taşımalarda taşıyıcıya ek ücretin ödenmesi veya yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi gibi şartlar aranmayacaktır. Ancak yük değerinin taşıma senedinde beyan edilmesi ispat açısından kolaylık sağlayacağı için taşıyıcının sorumluluğu yükseltmek istendiğinde yük değerinin taşıma senedine yazılması en uygun yöntemdir. Taşıyıcının hiçbir ek ücret talep etmeden sorumluluğunun yükseltilmesine razı olması uygulamada

pek karşılaşılabilecek bir durum değildir. Bu kapsamda kararlaştırılan ek ücretin de taşıma senedine yazılması ispat açısından kolaylık sağlayacaktır.

Yük değerinin beyan edilerek taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesi yoluna ulusal taşımalarda uluslararası taşımalara kıyasla oldukça az başvurulmaktadır. Bunun bir sebebi ulusal taşımalarda bu yolun sözleşme şartlarıyla yapılıyor olmasıdır. Kanuni bir düzenleme olmaması nedeniyle bu yolun taşıyıcının keyfine bırakıldığı söylenebilir. Ortaya çıkan farklı sözleşme şartlarının hukuki temele oturtulması halinde uygulamada bu yola daha sık başvurulacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, ulusal taşımalar açısından yük değerinin beyan edilerek taşıyıcının sorumluluk sınırının yükseltilmesine ilişkin Karayolu ile Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmesine İlişkin Konvansiyon'daki düzenlemeye paralel bir düzenleme Türk Ticaret Kanunu'na alınmalıdır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel, Burak. Karayolu ile Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- Adıgüzel, Burak. Taşıma Hukuku Deniz Ticareti Hariç, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Adıgüzel, Burak. “Yargıtay Kararlarında CMR m. 29’daki Kasta Eşdeğer Kusur Kavramının Yorumlanması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 10-11 Aralık 2010 (2012): 353-377.
- Adıgüzel, Burak. “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Eşya Taşıma Hukuku Alanında Getirilen Yenilikler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18/2 (2012): 769-791.
- Akıncı, Ziya. Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Arkan, Sabih: Sabih Arkan, “Zıya Nedeniyle Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Esas Alınan Değer ve İadesi Gereken Masraflar – CIM ve CMR Açısından Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XIV/2 (1987): 27-38.
- Arkan, Sabih. Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1982.
- Atabek, Reşat. Eşya Taşıma Hukuku (Deniz Hukuku Hariç), İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1960.
- Aydın, Alihan. CMR’ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006.
- Can, Mertol. CMR ve Alman Ticaret Kanunu Hükümleri ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Ankara: İmaj Yayınevi, 2017.
- Clarke, Malcolm A. International Carriage of Goods by Road: CMR, Abingdon: Informa Law, 2014.
- Clarke, Malcolm A. and Yates, David. Contracts of Carriage by Land and Air, London: Informa Law, 2004.

- Congar, Hikmet Cem. *CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu ve Sınırlandıran Haller Taşıma ve Sigorta Hukuku Serisi - I*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Cömert Varol, Gözde. *Karayolunda Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve CMR Konvansiyonu Kapsamında Kayıp ve Hasardan Kaynaklanan Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Eckardt, Tobias. "Liability of the Carrier", inside *Commercial Law Article-by-Article Commentary*, ed. Peter Mankowski, 949-990, Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2019.
- Erdil, Engin. *Karayolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku İçtihatlı CMR Konvansiyonu Şerhi*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015.
- Erdoğan, Mustafa. *CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Herbert Glöckner. "Limits to Liability and Liability Insurance of Carriers under Articles 3 and 23 to 29 of the CMR", inside *International Carriage of Goods by Road (CMR)*, ed. Jan Theunis, 97-112, London: Lloyd's of London Press, 1987.
- Karaman Çoşgun, Özlem. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle CMR Konvansiyonu Hükümlerinin Karşılaştırılması", *İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, 2012: 275-295.
- Karan, Hakan, Özgenur Kara ve İzel Varan. *Karayolunda Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon CMR Şerhi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Kaya, Arslan. Arslan Kaya, "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları (II)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, LVI/1-4 (1998): 239-267.
- Loewe, Roland. Roland Loewe, "Commentary on the Convention of 19 May 1956 on the Contract for the International Carriage of

- Goods by Road (CMR)”, European Transport Law, XI/1 (1976): 311-475.
- Messent, Andrew and David A. Glass. CMR: Contracts for the International Carriage of Goods by Road, Abingdon: Informa Law, 2018.
- Özdemir, Turkey. Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Ziya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Özdemir, Turkey. “Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerinde Sorumsuzluk Anlaşması Akdetme İmkânı ve Sorumluluğun Sınırlarında Değişiklik Yapılması”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, IV/1 (2007): 119-149.
- Süzel, Cüneyt. Navlun Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Sınırlanması, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Tincani, Chiara. Contract for the International Carriage of Goods by Road, Cham: Springer Nature Switzerland AG, 2022.
- Uyaroğlu, Osman. “CMR’ye Göre Taşıyıcının Eşyanın Kaybı ve Hasarından Doğan Zararlardan Sorumluluğu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 51 (2022): 535-560.
- Yavaş, Aksoy. Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımada Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Yetiş Şamlı, Kübra. Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Yoluyla Eşya Taşımalarında Taşıyıcının/Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2008.

***Kamu Hukuku /
Public Law***

HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK ZORUNLULUK HALİ VE USUL HUKUKUNDA TANIKLIK ALMAN CEZA KANUNU m. 203'TEKİ SUSMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN GEREKÇESİNİ OLUŞTURUR MU?

Rechtfertigender Notstand und prozessuale Zeugenaussage als Gründe für einen Bruch der Schweigepflicht nach § 203 StGB?

Yazar: Prof. Dr. Claus ROXIN

Çeviren: Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ*

ÖZET

Kendisine emanet edilen ya da belirli mesleklerin bir üyesi olarak veya başka şekilde öğrendiği (örnek olarak sadece doktorlar ve avukatlardan bahsedeceğim) "başkasına ait sırrı yetkisiz olarak ifşa eden..." kişi (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile) cezalandırılacağı, StGB § 203/1'de düzenlenmiştir. Kanundaki açık düzenlemele-

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, ahakkas@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5217-5951.

Makale Geliş Tarihi:31.07.2023

Makale Kabul Tarihi:26.09.2023

- ⇒ Atıf Şekli: Claus Roxin "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorunluluk Hali ve Usul Hukukunda Tanıklık Alman Ceza Kanunu md. 203'teki Susma Yükümlülüğünün İhlalinin Gerekçesini Oluşturur mu?", Çeviren: Ahmet Hulusi Akkaş, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 221-242.
- ⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



rin yanı sıra bir sırrın ifşasının haklı bulunup bulunamayacağı ve bunun mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalara sebep olmaktadır. Bu tartışmaların etrafında şekillendiği ilk alan, StGB § 34'te yer alan zorunluluk hali nedeni ile hukuka uygunluk imkanı ile ilgilidir. İkincisi ise, StGB § 203'ü ihlal eden bir ifadenin, mahkemedeki bir tanıklık bağlamında yapılmış olması halinde, kullanılıp kullanılmayacağı sorusu ile ilgilidir. Bu çerçevede, StGB § 34 hasta veya müvekkilin işlediği ağır bir suçtan dolayı hakkında ceza kovuşturmasını sağlamak için gizliliğin ihlal edilmesini haklı çıkarır mı? sorusuna yanıt bulmak gerekmektedir. Herkesin – ağır bir suçun faili de olsa-, kendisini takibata maruz bırakacağından korkmadan, tıbbi yardım ve hukuki tavsiye alma hakkına sahip olduğu düşüncesinden hareketle sadece hasta veya müvekkilin tamamlanmış bir suçunu ortaya çıkarmak için susma yükümlülüğünün ihlalini hiçbir şekilde haklı görmeyen çoğunluk görüşüne katılmak gerekir. Sorun teşkil eden bir diğer husus ise masum bir kişi hakkında kesin hükmün verildiği, ancak susma yükümlülüğü olan kişinin hasta veya müvekkilin verdiği bilgilerden veya somut belirtilerden bu kişinin fail olduğuna dair bilgi edinmesidir. Bu soruna ilişkin sunulabilecek çözüm, bir yandan-yeniden yargılamayı mümkün kılmak için- gerçeklerin açıklanmasına izin vermek, diğer yandan da kanıt oluşturan belgelerin hasta veya müvekkil aleyhine kullanılmasını yasaklamak olacaktır.

EXTENDED ABSTRACT

The disclosure of a secret belonging to another, learned either in the capacity as a custodian of that secret, as a member of certain professions, or in any other manner (for the purpose of this discussion, I will only mention doctors and lawyers) without authorization, is punishable under StGB § 203/1 with imprisonment of up to one year or a fine. In addition to the explicit provisions of the law, the legitimacy of disclosing a secret and its admissibility in court is a subject of debate. The discussions revolve around two main areas: the first concerns the possibility of justification under the duress of necessity as provided in StGB § 34. The second pertains to the question of whether a statement violating StGB § 203, if made in the

context of testimony in court, can be used. In this framework, the question of whether the violation of confidentiality to facilitate criminal prosecution against a patient or client for a serious crime they committed can be justified under StGB § 34 needs to be addressed. Considering the view that everyone – even if they are the perpetrator of a serious crime – has the right to seek medical help and legal advice without fear of prosecution, it is necessary to agree with the majority opinion that sees no justification whatsoever for breaching the duty of confidentiality merely to reveal a completed crime of a patient or client. Another issue arises when a person, who is under a duty of confidentiality, gains information indicating that a patient or client is the perpetrator based on information provided by the patient or client or on concrete indications, especially in cases where an innocent person has been wrongly convicted. A possible solution to this issue could be to allow the disclosure of facts to enable a retrial while prohibiting the use of documents created as evidence against the patient or client. Another question that requires consideration within the context of StGB § 34 is whether the breach of confidentiality to prevent a legal harm originating from the patient or client can be justified. The prevailing view in the doctrine accepts the breach of confidentiality in such situations if the interests in disclosure outweigh the patient's or client's interest in confidentiality, in the sense of StGB § 34. The question of whether a witness statement made by a doctor or lawyer in court can be justified if it breaches the duty of confidentiality and whether it can be used against the patient or client is answered affirmatively in established case law, on the grounds that StPO § 53/1 grants these individuals the right to refuse to testify but does not impose a duty to refuse, hence allowing the use of such testimony. In the decisions made on the subject, it was stated that if a reliable person culpably violates professional confidentiality in court, this situation will not affect the admissibility of the statement within the scope of procedural law, and it was stated that the defendant does not have a right in procedural law to exercise the witness's power of silence. It is left to the witness whether he wishes to expose himself to the risk of criminal prosecution. Likewise, in a decision of the Federal Supreme Court, it

was decided that a patient's explicit refusal to give permission to his doctor to testify would not constitute a violation of procedural law. These decisions have been accepted in the doctrine because the judge will not evaluate whether the judge made an unauthorized statement within the meaning of StGB § 203. However, it is necessary to agree with the critical view that the substantive illegality of the statement should also result in its procedural inadmissibility.

GİRİŞ

StGB § 203/1'e göre**, kendisine emanet edilen ya da belirli mesleklerin bir üyesi olarak veya başka şekilde öğrendiği (örnek olarak

** Çevirmen Notu: Alman Ceza Kanunu (StGB) §203 şu şekildedir: **§ 203 Kişisel Sırların İhlal Edilmesi**

- (1) Bir başkasının sırrını, başka bir deyişle kişisel yaşam alanına ait bir sırrı ya da ticari veya iş sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden,
1. Doktor, diş hekimi, veteriner hekim, eczacı veya mesleğin icrası veya mesleki unvanın kullanımı için devlet tarafından düzenlenmiş eğitim gerektiren başka bir tıbbi mesleğin üyesi,
 2. Devlet tarafından tanınan bilimsel bir sınavı başarmış profesyonel psikologlar,
 3. Avukat, meslek odası avukatı, patent vekili, noter, kanunla yönetilen işlemlerde savunma avukatı, yeminli mali müşavir, yeminli denetçi, vergi danışmanı, vergi acentesi,
 - 3a. Denetçi, muhasebeci veya vergi danışmanları ve vergi acentelerinin bir meslek icra şirketinin, avukatların, bir meslek icra şirketinin veya Avrupa'da faaliyet gösteren avukatların veya bir patent vekillerinin veya Avrupa'da faaliyet gösteren patent vekillerinin bir meslek icra şirketinin organının veya organının üyesinin, denetim, muhasebe veya meslek icra şirketinin denetim, muhasebe veya vergi konularında yardım ile veya avukatlık veya patent vekilliği faaliyetleri ile bağlantılı olarak,
 4. Evlilik, aile, eğitim veya gençlik danışmanlarının yanı sıra bir kamu kurumu veya kamu hukukuna tabi kurum, kuruluş veya vakıf tarafından tanınan bir danışmanlık merkezinde bağımlılık konularında çalışan danışmanlar,
 5. Hamilelik Sorunları Kanunu'nun 3. ve 8. paragraflarına göre tanınmış bir danışmanlık merkezinin üyesi veya yetkili temsilcisi,
 6. devlet tarafından tanınan sosyal hizmet uzmanı veya devlet tarafından tanınan sosyal pedagoğ veya
 7. Özel bir sağlık, kaza veya hayat sigortası şirketinin veya özel bir tıbbi, vergi danışmanlığı veya avukatlık bürosunun üyesi, olarak kendisine emanet edilen veya başka bir şekilde öğrendiğini açıklayan her kişi, bir yıldan fazla olmamak üzere hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

- (2) Başka bir kişiye ait bir sırrı, başka bir deyişle kişisel yaşam alanına ait bir sırrı veya ticari ya da iş sırrı olduğunu düşündüğü bir sırrı izinsiz olarak ifşa eden
 1. Kamu görevlisi veya Avrupa kamu görevlisi,
 2. özel kamu hizmeti yükümlülüğü olanlar,
 3. kamu kuruluşlarında personel temsilciliği ile ilgili normlar uyarınca görevler yerine getiren veya yetkiler kullanan kişi,
 4. federal veya eyalet yasama organı adına hareket eden ve kendisi yasama organı üyesi olmayan bir araştırma komitesi, başka bir komite veya konsey üyesi veya böyle bir komite veya konseyin yardımcısı,
 5. yükümlülüklerini özenli bir şekilde yerine getirmeye, kanun gereği resmen görevlendirilen ve resmen atanan bilirkişi veya,
 6. bilimsel araştırma projelerinin yürütülmesinde gizlilik yükümlülüğünü özenli bir şekilde yerine getirmeye, kanun gereği resmen görevlendirilmiş, olarak kendisine emanet edilen veya başka bir şekilde öğrendiğini açıklayan, başka bir kişinin kişisel veya fiili durumlarına ilişkin olarak kamu idaresince toplanan bireysel bilgiler, 1. cümle anlamında bir sırra eşdeğer kabul edilir; ancak, bu tür kişisel bilgilerin kamu görevinin ifası için diğer makamlara veya diğer organlara açıklanması ve kanunun bunu yasaklamaması halinde 1. cümle uygulanmayacaktır.
- (3) Paragraf 1 ve 2'de atıfta bulunulan kişilerin, sırları kendileri için mesleki olarak çalışan yardımcılarına veya mesleğe hazırlık amacıyla kendileri için çalışan kişilere erişilebilir halinde, bu hüküm anlamında bir ifşa gerçekleşmiş sayılmaz. Paragraf 1 ve 2'de atıfta bulunulan kişiler, üçüncü şahıslara ait sırları, mesleki veya resmi faaliyetlerine dahil olan diğer kişilere, ilgili diğer kişilerin faaliyetlerinin kullanımı için gerekli olduğu ölçüde açıklayabilirler; aynı durum, 1. ve 2. paragraflarda belirtilen kişilerin mesleki veya resmi faaliyetlerine katılan diğer kişileri kullanmaları halinde, diğer katkıda bulunanlar için de geçerli olacaktır.
- (4) Yetkisi olmaksızın, 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan kişiler için çalışan bir veri koruma görevlisi veya katkıda bulunan bir kişi olarak görevlerinin ifası sırasında veya ifası vesilesiyle bilgisine ulaşan başka bir kişiye ait bir sırrı ifşa eden herhangi bir kişi hakkında bir yılı aşmayan bir hapis cezası veya para cezası uygulanır. Aynı şekilde, her kim
 1. 1. ve 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olarak, görevlerinin ifası sırasında veya bu vesileyle bilgisine ulaşan bir üçüncü taraf sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden diğer herhangi bir katkıda bulunan kişinin gizlilikle bağlı olmasını sağlamamışsa; bu durum, kendileri de 1. veya 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olan diğer katkıda bulunan kişiler için geçerli olmayacaktır,
 2. paragraf 3'te atıfta bulunulan bir katkıda bulunan kişi olarak, çalışması sırasında veya çalışması vesilesiyle kendisi tarafından bilinen bir üçüncü taraf sırrını yetkisiz bir şekilde ifşa eden başka bir katkıda bulunan kişiden yararlanmışsa ve bu kişinin gizlilik yemini etmesini sağlamamışsa; bu durum, kendileri de 1. veya 2. paragraflarda atıfta bulunulan bir kişi olan diğer katkıda bulunan kişiler için geçerli değildir veya
 3. 1'inci cümle veya 1.veya 2. paragraflar uyarınca yükümlü olan kişinin ölümünden sonra, ölen kişiden öğrendiği veya ölen kişinin terekesinden elde ettiği üçüncü kişilere ait bir sırrı yetkisiz olarak ifşa ederse
- (5) Failin ilgili kişinin ölümünden sonra üçüncü şahıslara ait sırrı izinsiz olarak ifşa etmesi halinde de 1 ila 4. paragraflar uygulanır.

sadece doktorlar ve avukatlardan bahsedeceğim) "başkasına ait sırrı yetkisiz olarak ifşa eden..." kişi (bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile) cezalandırılır.

Elbette bu durum sadece ifşanın "yetkisiz" olması halinde geçerlidir. Sadece hasta veya müvekkilin doktor veya avukatı susma yükümlülüğünden muaf tutması halinde değil (StPO § 53/2, 1. cümle), diğer birçok kanuni düzenlemede ilgililere ifşa yükümlülüğü getirilen hallerde de yetkilidir^{1,***}. Bunun yanında, kanunla açıkça düzenlenmemiş olan ve bir

Eğer fail ücret karşılığında veya kendisini veya bir başkasını zenginleştirmek veya bir başkasına zarar vermek niyetiyle hareket ederse, cezası iki yıla kadar hapis veya para cezasıdır.

¹ Karşılaştırınız sadece Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Bası (C.H. Beck Yayıncılık, 2019), §203 Rn. 73 ff.

***** Çevirmen Notu: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) § 53 şu şekildedir: § 53 Mesleki Gizliliğe Sahip Kişilerin Tanıklık Etmeyi Reddetme Hakkı**

- (1) Aşağıdaki durumlarda tanık, tanıklık etmeyi reddetme hakkına sahip olacaktır
1. Din görevlileri, kendilerine tevdi edilen veya papaz sıfatıyla bildikleri şeyler hakkında;
 2. Sanık müdafisi, kendisine tevdi edilen veya bu sıfatla bilgisi dahilinde olan hususlar hakkında;
 3. Avukatlar ve meslek odaları, patent avukatları, noterler, denetçiler, yeminli mali müşavirler, vergi danışmanları ve vergi acenteleri, doktorlar, diş hekimleri, psikoterapistler, psikolojik psikoterapistler, çocuk ve gençlik psikoterapistleri, eczacılar ve ebeler kendilerine tevdi edilen veya bu sıfatla öğrendikleri hususlarda; kurum avukatları (Federal Avukatlık Kanunu § 46/2) ve kurum içi patent vekilleri (Patent Vekilleri Kanunu §41a/22) için, § 53a maddesine tabi olmak kaydıyla, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla öğrendikleri şeylerle ilgili olarak bu hüküm uygulanmaz;
 - 3a. Hamilelik Sorunları Kanunu §§ 3 ve 8 uyarınca tanınmış bir danışmanlık merkezinin üyeleri veya temsilcileri, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla öğrendikleri şeyler hakkında;
 - 3b. Bir kamu kurumu veya kamu tüzel kişisi, kurum veya kuruluşu tarafından tanınan veya kurulan bir danışma merkezindeki uyuşturucu bağımlılığı konularında danışmanlar, kendilerine emanet edilen veya bu sıfatla bilgilerine gelen konularda;
 4. Alman Federal Meclisi, Federal Meclis, Federal Avrupa Parlamentosu Federal Almanya Üyeleri veya bir Eyalet Parlamentosu üyeleri, bu organların üyesi sıfatıyla kendilerine olguları emanet eden veya bu sıfatla olguları emanet ettikleri kişiler ve bu olguların kendileri hakkında;
 5. Basılı eserlerin, radyo yayınlarının, film raporlarının veya bilgilendirme veya kanaat oluşturmaya hizmet eden bilgi ve iletişim hizmetlerinin hazırlanmasına, üretilmesine veya yayılmasına profesyonel olarak yardımcı olan veya yardımcı olmuş kişiler.

sırrın ifşasını haklı gösterip gösteremeyeceği ve mahkemede kullanılıp kullanılmayacağı ve şayet bunlar mümkünse ne ölçüde olacağı tartışmalı olduğu iki sorunlu alan bulunmaktadır.

Bunlardan ilki, zorunluluk hali nedeni ile hukuka uygunluk imkanı ile ilgilidir (StGB § 34****) ve bu da üç farklı gruptan oluşmaktadır; ikincisi, StGB § 203'ü ihlal eden bir ifadenin, mahkemedeki bir tanıklık bağlamında yapılmış olması halinde, kullanılıp kullanılmayacağı sorusu

Fıkra 1 numara 5'te belirtilen kişiler, katkı ve belgelerin yazarı veya göndericisi veya diğer muhbirin şahsı hakkında ve faaliyetleriyle ilgili olarak kendilerine yapılan iletişimler, bunların içeriği ve kendi hazırladıkları materyallerin içeriği ve meslekle ilgili algıların konusu hakkında tanıklık etmeyi reddedebilirler. Bu durum sadece editoryal bölüm veya editoryal olarak hazırlanmış bilgi ve iletişim hizmetleri için katkılar, belgeler, bildirimler ve materyallerle ilgili olduğu sürece geçerlidir.

(2) Birinci fıkranın birinci cümlesi numara 2 ila 3b'de adı geçen kişiler, susma yükümlülüğünden muaf tutulmuşlarsa ifade vermeyi reddedemezler. Birinci fıkranın birinci cümlesi numara 5'te belirtilen kişilerin kendi hazırladıkları materyallerin içeriği ve ilgili algıların konusu hakkında tanıklık etmeyi reddetme hakkı, tanıklığın bir suçun çözülmesine yardımcı olması veya soruşturma konusunun

1. barışa karşı ihanet ve demokratik hukuk devletini tehlikeye atma veya vatana ihanet ve dış güvenliği tehlikeye atma suçu (StGB §§ 80a, 85, 87, 88, 95, ayrıca § 97b, §§ 97a, 98 ila 100a bölümleri ile bağlantılı olarak)
2. StGB §§ 174 ila 174c, 176a, 176b, 177/2-1 uyarınca cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç veya
3. StGB § 261 uyarınca, öncül suçu en az hapis cezasıyla cezalandırılan, kara para aklama suçu,

olması halinde ve gerçeğin araştırılması veya sanığın nerede olduğunun tespit edilmesi başka türlü mümkün olmaması veya zor olması halinde düşer. Bununla birlikte, tanık, katkı ve belgeleri yazan veya gönderen kişinin veya diğer muhbirin veya 1. fıkra 1. cümle 5. paragraf uyarınca faaliyetiyle ilgili olarak kendisine yapılan iletişimin veya bunların içeriğinin ifşa edilmesine yol açması durumunda tanıklık yapmayı reddedebilir.

**** Çevirmen Notu: Alman Ceza Kanunu (StGB) §34 şu şekildedir: **§34 Haklı Gereklilik (Hukuka Uygunluk Sebebi Oluşturan Zorunluluk Hali)**

Hayata, vücut dokunulmazlığına, özgürlüğe, şerefe, mala ya da başka bir şekilde ölenemeyecek başka bir hukuki menfaate yönelik mevcut bir tehlike karşısında, kendisine ya da başka bir kişiye yönelik tehlikeyi önlemek için bir eylemde bulunan bir kişi, çatışan menfaatler, başka bir deyişle ilgili hukuki menfaatler ve bunları tehdit eden tehlikenin derecesi tartıldığında, korunan menfaat, zarar gören menfaate önemli ölçüde ağır basıyorsa, hukuka aykırı davranmış olmaz. Ancak, bu durum yalnızca fiilin tehlikeyi önlemeye yönelik uygun bir araç olması halinde geçerlidir.

ile ilgilidir. Aşağıda ele almayı düşündüğüm sorunlar dört soru ile daha ayrıntılı olarak açıklanmaktadır.

1. Bir doktor veya avukatın, hastası veya müvekkili tarafından işlenen ağır bir suçu (cinayet gibi) öğrenmesi ve bunu yetkililere bildirmesi StGB § 203 uyarınca cezalandırılabilir mi ya da StGB § 34 gereğince haklı görülebilir mi?

2. Susma (sır saklama) yükümlülüğünü ihlal eden bir suç duyurusunun masum bir kişinin mahkumiyetini önlemeye yönelik olması halinde cezai sorumluluk ne olacaktır?

3. Hasta veya müvekkilin hukuki menfaatlerinin ihlali (HIV enfeksiyonu veya trafik suçları gibi) yakın zamanda ihlal edilmesini önlemeye yönelik bir suç duyurusu hukuka uygun olur mu?

4. StPO §53/1-3 gereğince ifade vermeyi reddetme hakkı bulunan bir doktor veya avukatın bu hakkını kullanmayıp susma yükümlülüğünü ihlal ederek yapmış olduğu tanık açıklamaları delil olarak değerlendirilebilir (verwertbar) mi?

A. StGB § 203 ile Korunan Hukuki Değer

Yukarıdaki sorulara cevap verebilmek için öncelikle StGB § 203 ile korunan hukuki değer ne olduğunu belirlemekte fayda vardır. Zira yöneltilen dört soruda da çatışan menfaatlerin dengelenmesi söz konusu olduğu için susma yükümlülüğü ile korunan hukuki değer ağırlığı belirleyici bir rol oynamaktadır.

Çok eski zamanlardan beri, şahsi hakları koruma doktrini ile toplumsal menfaatleri koruma doktrini doğru hukuki menfaatin tespiti konusunda bir çatışma içindedir. İlk görüşe göre, StGB § 203, bir doktor veya avukattan yardım isteyen vatandaşın gizlilik çıkarlarını koruma amacı taşımaktadır; ikinci görüşe göre ise, susma yükümlülüğü olmadan başarılı bir şekilde icra edilemeyecek olan ilgili mesleklerin işleyişini korumaktadır. Örneğin Mittelbach² "Hastanın kişisel çıkarının arkasında çok önemli bir genel çıkar vardır" der. Bu, bireyin mahremiyetinden daha fazlası ile ilgilidir; "başka bir deyişle, doktor ile

² Mittelbach, MDR 1956, 566.

hasta³ arasındaki güven ilişkisinin zedelenmesi ve bu nedenle hastanın tıbbi yardım almasının engellenmesi durumunda tehlikeye girecek gibi görünen kamu sağlığının korunması ile ilgilidir".

Federal Yüksek Mahkeme⁴ de –diğerlerinin yanı sıra Mittelbach'a atıfta bulunarak- susma yükümlülüğünün "yalnızca bireyin mahremiyetine ilişkin menfaatine değil, ... aynı zamanda kamunun korunmasına" da hizmet ettiğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, hastaların "doktorun gizliliğine (gizliliğe riayetine) ilişkin şüphelerden dolayı takdir yetkisine ilişkin şüpheler nedeniyle tıbbi yardım almaktan caydırılmaması" gerektiğine de atıfta bulunmuştur.

Bununla birlikte, bireysel koruma teorisi haklı olarak son dönem doktrinde hakim görüştür. Bu teorinin Schönemann⁵, Rogall⁶, Michalowski⁷ ve son olarak Jäschke⁸ tarafından ayrıntılı olarak gerekçelendirilmesi nedeniyle burada kısa bir açıklama ile yetinebilirim.

"Gizliliğin İhlali" hükmünün StGB'nin özel hükümler bölümünün 15. kısmında düzenlenmiş olması ("Kişisel gizlilik ve mahremiyetin ihlali") ve suçun sadece suçtan zarar görenin şikayeti üzerine kovuşturulması bir yana (StGB § 205); hastaların "tıbbi yardım almaktan caydırılmasını" önlemeyi hedefleyen kanunun kişisel çıkarı da hizmet etmesi bireysel koruma teorisinin kabul edildiğinin göstergesidir.

Kuşkusuz bu anlayış, kamu yararının söz konusu olduğu halk sağlığına hizmet etmektedir. Ancak bunun somut korunan hukuki değerle hiçbir ilgisi yoktur. Hırsızlık suçu da- sadece bir örnek gerekirse- şahsi mülkiyeti korumak suretiyle kamu menfaatini de koruyor olsa da; korunan hukuki değer hala şahsi mülkiyettir, yani şahsi korumadır. StGB § 203 de bu nedenle kişisel mahremiyeti de korumaktadır.

³ Burada bir doktor vakasının tartışması yapılmaktadır.

⁴ NJW 1968, 2288, 2290.

⁵ Bernd Schönemann, Der Strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11, 51–57.

⁶ Rogall, NStZ 1983, 1, 3–5.

⁷ Sabine Michalowski, "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997), 519, 531.

⁸ Jäschke, ZStW 131 (2019), 37.

Suçla korunan hukuki değer sorunu, başlangıçta yöneltile soruların cevabı açısından önemsiz değildir. Zira susma yükümlülüğünün ihlalinin kabul edilebilirliği, sadece veya her şeyden önce karşıt kamusal menfaatlerin tartımını gerektiriyorsa, sırların ifşasının kabul edilebilirliğine ulaşmak, anayasal güvence altına alınan gizliliğe ilişkin özel menfaatlerin ifşaya engel teşkil etmesine kıyasla daha kolaydır.

Bunlar Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yeterli düzeyde tespit edilmiştir. Nitekim mahkeme 8 Mart 1972 tarihli bir kararında⁹ şu tespiti yapmıştır: "Kişinin mahremiyetine saygı gösterilmesine ilişkin anayasal gerekliliğin temelini, Anayasa madde 2/1'de güvence altına alınan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı oluşturmaktadır. Bu temel hakkın içeriği ve kapsamı belirlenirken, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve devletin tüm eylem ve işlemlerine karşı korunması gerektiğini belirten Anayasa madde 1/1'deki temel norm göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca, Anayasa madde 19/2'ye göre, Anayasa madde 2/1'deki temel hak, esas içeriği bakımından ihlal edilemez".

Kuşkusuzdur ki "özel yaşamın tüm alanı" bu mutlak koruma altında değildir. Dahası, susma yükümlülüğüne müdahale edilmesine, "özel hayatın dokunulmaz alanına müdahale etmedikleri sürece", "orantılılık ilkesi sıkı bir şekilde göz önünde bulundurulurken, kamunun daha üstün menfaatleri doğrultusunda" izin verilmelidir. Mahkemeye göre, söz konusu davada konu edilen hastaya ilişkin doktorun tutmuş olduğu kayıtlar, "dokunulamaz olan mahremiyeti değil ancak hastanın özel hayat alanı ile ilgilidir. Dolayısıyla kamu otoritesinin müdahalesine karşı Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrası ile bağlantılı olarak 2. maddesinin 1. fıkrasının sağladığı güvenceden yararlanır..

Bu da şu cümleyle taçlandırılır: " Tıbbi tedaviye başvuran her kişi /bir kimse, hekimin meleğini icrası kapsamında kendisinin sağlık durumu hakkında öğrendiği şeylerin/hususların, yetkisiz kişilerin bilgisine ulaşmayacağını bilmeli ve bunu bekleme hakkına sahip olmalıdır. "Susma yükümlülüğünün ihlal edilmesi," hastaya isnat edilen suçların aydınlatılmasındaki menfaat gerekçesiyle genellikle haklı gösterile-

⁹ NJW 1972, 1123, 1124 = BVerfGE 32, 373.

mez". Böylece kamu yararı nedeniyle susma yükümlülüğünün ihlali/bir istisna getirilmesi gerçi tamamen yasaklanmamakta ancak çok ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Aşağıda bu durum var sayılacaktır.

B. StGB § 34 Hasta veya Müvekkilin İşlediği Ağır Bir Suçtan Dolayı Hakkında Ceza Kovuşturmasını Sağlamak için Gizliliğin İhlal Edilmesini Haklı Çıkarır mı?

Bu, büyük bir çoğunlukla reddedilmektedir. Örneğin Michalowski¹⁰ "cezai takibat amacıyla hekimin susma yükümlülüğünün ihlalinin StGB § 34 kapsamında haklı gösterilemeyeceğini" belirtmektedir. Schünemann¹¹ da "cezai takibat amacıyla gizliliğin ihlal edilmesinin asla haklı gösterilemeyeceğini" belirtmektedir.

Ancak bu durum tamamen tartışmasız değildir. Örneğin Dannecker¹², "işlenen suçun, kamunun menfaatlerinin gizlilik menfaatine göre öncelikli olmasını gerektirecek ağırlıkta veya kapsamda olması" halinde, gizliliği korumakla yükümlü kişi tarafından suçun bildirilmesine izin verilmesini kabul etmektedir. Gössel/Dölling¹³ şu görüştedir: "Kural olarak- takibatı yapılan suçların türü ve yoğunluğuyla ölçüldüğünde- yalnızca, takibatın yapılmasının ağır basması durumunda, ifşa haklı olabilir".

Ancak sadece hasta veya müvekkilin tamamlanmış bir suçunu ortaya çıkarmak için susma yükümlülüğünün ihlalini hiçbir şekilde haklı görmeyen çoğunluk görüşüne katılmak gerekir. StGB § 203'te tüm özel sırlar korunduğundan ve StPO § 53 doktorlara ve avukatlara, özellikle ağır suçlar için bir istisnaya yer vermeksizin, tanıklıktan çekinde konusunda genel bir hak tanıdığından, bu görüş zaten kanundan kaynaklanmaktadır.

¹⁰ Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 531.

¹¹ Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 203 Rn. 141 m.w.N. in Fn. 246.

¹² Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 203 Rn. 67 m.w.N.

¹³ Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 37 Rn. 161.

Bunun arkasında yatan düşünce, herkesin – ağır bir suçun faili de olsa-, kendisini takibata maruz bırakacağından korkmadan, tıbbi yardım ve hukuki tavsiye alma hakkına sahip olduğu düşüncesidir.

Federal Anayasa Mahkemesi yukarıda atıfta bulunulan kararında¹⁴ haklı olarak, susma yükümlülüğünün ihlalinin "genellikle suçları aydınlatmadaki menfaati ile haklı gösterilemeyeceğini" belirtmiştir. Yukarıda açıklanan susma yükümlülüğünün anayasal temeli, StGB § 34'e dayanarak hasta veya müvekkil tarafından işlenen suçların aydınlatılmasında ağır basan bir kamu yararını zaten hariç tutmalıdır.

C. Masum Bir Kişinin Cezalandırılmasını Önlemek Amacıyla StGB § 34 Uyarınca Gizliliğin İhlal Edilmesi Haklı Görülebilir mi?

Burada, öğretilerdeki ağırlıklı görüş farklı bir sonuca varmaktadır. Buna göre "hukuk devletinde bir başkasının özgürlüğüne veya mülkiyetine ceza yoluyla yapılan haksız müdahale, o kadar ağırdır ki, bunun karşısında gizliliğin korunması geri planda kalır."¹⁵ Schünemann¹⁶ ise bu görüşe karşı çıkmaktadır: "Doktorların, avukatların vs. sır saklama yükümlülüğünü büyük ölçüde anlamsız hale getiren bu ... görüş, StGB § 203 ile korunan hukuki değer anayasal dayanağına uygun düşmez Eğer tanıklık etme ya da ihbar yükümlülüğünden değil de, bu konuda güven duyulan kişinin bir hakkı olduğundan hareket edilirse, keyfi kararlar için bir tür kanuni boşluk oluşturulmuş olur ki bu da ceza politikası açısından hiçbir anlam ifade etmez ...".

Bahse konu kaygılar üzerinde geniş bir mutabakat bulunmaktadır. Öncelikle, gizliliğin ihlal edilmesiyle öleneyecek haklı olmayan bir cezalandırma çok farklı ağırlıkta olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır; her durumda olmasa da gizliliğin ihlalinin önlenmesindeki menfaat daha ağır basmaktadır. Michalowski, bu tarz durumlarda susma yükümlülüğünün ihlal edilmesine izin verilmesini istemekte-

¹⁴ NJW 1972, 1123, 1124 = BVerfGE 32, 373.

¹⁵ Schünemann, in: LK-StGB, §203 Rn.142 geniş ispat için dn. 247.

¹⁶ Schünemann, in: LK-StGB, §203 Rn.142 geniş ispat için dn. 247.

dir¹⁷; dahası “şematik bir değerlendirme yapılmasının yerine her bir somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir. Gizliliğe ilişkin menfaatin anayasal önemi nedeniyle, para cezasının uygulanması ancak istisnai durumlarda gizliliğin ihlal edilmesini haklı gösterebilir”. Ancak bu kısıtlamalar hukuki güvenliği o derece zarar vermektedir ki, bir doktor ya da avukata haksız bir mahkumiyeti önlemek için gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesini tavsiye etmek zor olacaktır.

Buna ek olarak, ciddi bir belirsizlik faktörü daha bulunmaktadır. Susma yükümlülüğü bulunan kişi, mahkemenin masum bir kişiyi mahkum edip etmeyeceğini ya da böyle bir olayda hapis cezası veya para cezası verip vermeyeceğini neredeyse hiçbir zaman kesin olarak bilemez. Ancak, susma yükümlülüğü ciddiye alınıyorsa, bunun alelade bir şekilde ihlal edilmesine izin verilemez. Çünkü şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesinden dolayı haksız bir mahkumiyete oldukça az rastlanmaktadır ki, haksız bir mahkumiyetin normalde susma yükümlülüğünün ihlali ile engellenmesi gerekmez.

Asıl sorun teşkil eden husus ise masum bir kişi hakkında kesin hükmün verildiği, ancak susma yükümlülüğü olan kişinin hasta veya müvekkilin verdiği bilgilerden veya somut belirtilerden bu kişinin fail olduğuna dair bilgi edinmesidir.

Böyle bir durumda, başka hiçbir yerde önerilmeyen en akılcı çözüm, bir yandan-yeniden yargılamayı mümkün kılmak için- gerçeklerin açıklanmasına izin vermek, diğer yandan da kanıt oluşturan belgelerin hasta veya müvekkil aleyhine kullanılmasını yasaklamak olacaktır. Susma yükümlülüğüne ilişkin mevcut düzenlemelerden, sırların ifşa edilmesinin hastaya veya müvekkile bir suçlamada bulunulamayacağı, ancak masum kişileri aklayacağı sonucu çıkarılabilir. Elbette gerekli görülmesi halinde bu anlamda bir kanuni düzenleme yapılması da mümkündür.

¹⁷ Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 534-536; 536.

Önerilen bu çözüm, ceza politikası açısından da hakim görüşe tercih edilebilir, zira doktorların ve avukatların susma yükümlülüğünü ihlal etmelerine rağmen hastalarına veya müvekkillerine zarar vermeyeceklerini bilmeleri halinde vakaları bildirme konusundaki istekleri artış gösterecektir. Bu sayede, masum insanlar hastalara veya müvekkillere zarar vermeden cezalandırılmamış olacaktır.

D. Hasta veya müvekkilden kaynaklanan hukuka aykırı zarar tehlikesini önlemek amacıyla susma yükümlülüğünün ihlali StGB § 34'e göre haklı gösterilebilir mi?

Bu vaka grubunda üç farklı husus bulunmaktadır: yakın kişilere zarar verme ihtimali, kamusal hukuki menfaatlerin tehlikeye girmesi ve susma yükümlülüğü olan kişinin menfaatlerinin zarar görmesi. Birinci türün en iyi örneği, bir AIDS hastasının bu enfeksiyonunu gizleyerek bir partneriyle korumasız cinsel ilişkiye girmesidir. İkinci tür vakaya en iyi örnek, hiçbir şekilde araç kullanma yeteneği kesinlikle elverişli olmasına rağmen araç kullanmaya devam etmekten vazgeçirilemeyen bir kişinin trafikte yarattığı tehlikedir. Üçüncü türe örnek olarak, hasta veya müvekkilin ücret ödemediği ve doktor veya avukatın iddiasını kanıtlamak için mesleki gizlilik kapsamındaki gerçekleri açıklamak zorunda olduğu durumlar verilebilir.

Öğretideki ağırlıklı görüş, StGB § 34 anlamında ifşaya ilişkin menfaatlerin hasta veya müvekkilin gizlilik menfaatlerinden daha ağır basması halinde, bu tür durumlarda gizliliğin ihlal edilmesini kabul etmektedir. Bu durum aynı zamanda uygulama için de geçerlidir.

Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi de (OLG Frankfurt) bu yönde bir karar vermiştir:¹⁸

“1. Eğer hasta kişi açık bir şekilde inatçı ve açıklamasını yasaklıyorsa, hekimin susma yükümlülüğü, bu kişinin partnerine AIDS hastalığının ve mevcut enfeksiyon riskinin açıklanmasını yasaklamaz.

¹⁸ BGH NJW 2000, 875 (Leitsätze); dazu Spickhoff, NJW 2000, 848–849.

2. Eğer her iki partner de aynı doktorun hastasıysa, doktorun hasta olmayan diğer partneri AIDS hastalığı ve mevcut enfeksiyon riski hakkında aydınlatmaya sadece hakkı değil, hatta yükümlülüğü vardır”.

Federal Yüksek Mahkeme (BGH)¹⁹, kamunun menfaatlerinin ağır bastığı bir davayı şu şekilde karara bağlamıştır:

Bir doktor, anayasal sır saklama yükümlülüğüne rağmen, çatışan görev veya menfaatlerin dengelenmesi ilkeleri gereğince, hastasının hastalığı nedeniyle kendisini veya başkalarını tehlikeye atmadan motorlu taşıt kullanamayacak durumda olmasına rağmen motorlu taşıtını kara yolunda kullanması halinde trafik makamını bilgilendirebilir. Ancak bunun şartı, doktorun hastasını, hastalığın niteliği ve hastanın uzlaşmaz tavrı nedeniyle doktorun hastası ile konuşmasının anlamsız olması hali hariç, sağlık durumu ve motorlu araç kullanmanın içerdiği tehlikeler konusunda önceden bilgilendirmiş olmasıdır.

Ücret davaları ile ilgili olarak, sadece Eisele'ye²⁰ atıfta bulunulacak ve yazar şu görüştedir: “ne StGB § 34 anlamında mevcut bir tehlike durumu (maddi menfaatlerin sürekli zarar görmesi...) ne de 'temel', başka bir deyişle açıkça baskın bir menfaat..., çünkü koruma tarafında sadece tehdit altındaki maddi değer değil genel bakış açısı dikkate alınır, aksi takdirde susma yükümlülüğünün pratikte hiçbir anlamı olmaz.

Bununla birlikte, bu grup vakaların ele alınışı tamamen tartışmasız değildir. Woesner²¹'in görüşü şu şekildedir: “bir epilepsi hastasının trafiğe çıkmamasını sağlamak için hastanın durumunun sağlık makamlarına veya polise haber verilmesi doktorun görevlerinin bir parçası olduğunu söylemek zordur. Doktor eğer hastasını trafiğe katılmaması gerektiği konusunda ikna etmeyi başaramaz ise bununla yetinmek zorunda kalacaktır. Hastasının ciddi bir hastalığını nişanlığına ifşa etmesi hekimlik görevi kapsamını aşmaktadır... Görevi kendisine güvenen bir hastaya hizmet olan bir doktorun, bu işlerle doğrudan bir ilgisi yoktur ... Önemli olan ... hastanın doktorun yanında ken-

¹⁹ BGH NJW 1968, 2288 (Leitsatz).

²⁰ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 56.

²¹ Horst Woesner, 'Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht' NJW 1957, 692, 694.

disini devlet kontrolü ile karşı karşıya görmesi tehlikesini önlemektir ... Tüm bunlar avukat için de geçerli olmalıdır.

Ancak sonuç olarak, bu grup olaylardaki hakim görüşe katılıp ve StGB § 34 uyarınca susma yükümlülüğünün ihlali haklı gösterebilecektir. Bunun belirleyici nedeninin ise susma yükümlülüğünün, hasta veya müvekkil tarafından sebep olunabilecek ve önlenilecek hukuki zararlara değil de sadece doktor veya avukatın görüşme esnasında öğrendiği ve halihazırda mevcut/tamamlanmış kişisel sırlara ilişkin olmasında görüyorum. Bu gibi durumlarda, hukuki menfaatleri tehlikeye atacak başka fiillerden kaçınarak (örneğin, motorlu araç kullanmak, korunmasız cinsel ilişki veya ücret ödemeyi reddetmek) gizli alanlarını korumak hastaların ve müvekkillerin sorumluluğundadır.

Elbette, atıfta bulunulan kararların da vurguladığı gibi, susma yükümlülüğü olan kişi, hasta veya müvekkilin hukuki ihlallerden alıkoymak için mümkün olan her şeyi yapmalıdır. Ancak bunun bir faydasının olmaması halinde, bir bildirim veya ihbar yoluyla sırrın ifşa edilmesi son çare olmaktadır.

Söylendiği gibi, hasta veya müvekkilin, doktor veya avukatın haklı taleplerine uyararak ifşadan kaçınması kendi elinde olduğu için bu haklı görülebilir. Bunu yapmazsa, sırrın ifşa edilmesine kusurlu bir şekilde kendisi neden olduğu için ve bu kişilerin cezalandırılmasını talep edemez. Bu şekilde, üçüncü tarafların/kişilerin haklarının korunması ve sırların gerektiği gibi korunması hususunda makul bir uzlaşa sağlanabilir.

StGB § 34'ün lafzından da anlaşılacağı üzere, sırların ifşa edilmesiyle önlenilecek yakın tehlike, sadece başka türlü önlenemez olmama, aynı zamanda, susma yükümlülüğünün ihlalinin önemli ölçüde daha ağır basmalıdır. Ayrıca somut ve hemen yakında olmalıdır. Bir doktordan veya avukattan yardım isteyen bir suçlunun başka suçlar işleyebileceği gibi salt varsayımlar yeterli değildir. Çünkü sırrın ifşası, özellikle gerekli olduğu durumlarda- suçlular söz konusu olduğunda- sırların ceza hukuku yoluyla korunmasını büyük ölçüde ortadan kaldıracak veya sorunlu hale getirecektir. Psikiyatrik tedavi görme ihti-

yacı/gerekliliği da psikiyatristin susma yükümlülüğünü ihlal etmesine izin vermek için yeterli değildir.

Bu durum, örneğin bir süre önce meydana gelen ve bir pilotun intihar amacıyla, kullandığı uçağı düşürerek 149 yolcuyu da beraberinde ölüme götürdüğü olay için de geçerlidir²². Pilot "depresyon ya da en azından depresyon benzeri hastalıklar nedeniyle tedavi görüyordu"²³ ve kaza günü hastalık iznindeydi. Bu durum tek başına, pilotu tedavi eden doktora, susma yükümlülüğünü ihlal ederek pilotun durumu hakkında havayolu şirketini bilgilendirme hakkı vermez. Bu bilgilendirme ancak pilotun kullanacağı yolcu taşıyan ticari bir uçağın düşmesine neden olabileceğine dair işaretler olması halinde haklı görülebilir. Krenkel ayrıca şunları söylemektedir:²⁴ "Tehlikeli bir meslekte herhangi bir psikolojik rahatsızlığı, bildirimde bulunma görevi veya yetkisi için tek ön koşul haline getirmek ... bir tehlikenin belirsizliği nedeniyle bilgisel kendi kaderini tayin etme hakkının orantısız bir şekilde kısıtlanması anlamına gelir".

E. Bir Doktor ya da Avukat Tarafından Mahkemede Verilen Bir Tanık İfadesi, Tanığın Susma Yükümlülüğünü İhlal Etmesi Durumunda Haklı Gösterilebilir ve Hasta ya da Müvekkilin Aleyhine Kullanılabilir mi?

Yerleşik yargı kararları, StPO § 53/1'in burada adı geçen kişilere ifade vermeyi reddetme hakkı tanıdığı, ancak ifade vermeyi reddetme yükümlülüğü getirmediği gerekçesiyle bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Gerçi susma yükümlülüğü StPO § 203'ten kaynaklanabilir ve ihlal edilmesi halinde cezai sorumluluğa yol açabilir. Ancak bu durum, sırrı ifşa eden ifadenin kullanılmasını engellemez. Nitekim, Kraliyet Yüksek Mahkemesinin içtihadını²⁵ takiben Federal Yüksek Mahkemenin 3. Senatosu/Dairesini 12 Ocak 1956 tarihli bir kararında, bir güvenilir kişinin mahkemede "kusurlu bir şekilde, mesleki gizliliği ihlal

²² Bkz. Beryll Krenkel, "Anlass für eine Reform der ärztlichen Schweigepflicht?", ZJS 2015, 271.

²³ Krenkel, ZJS 2015, 271.

²⁴ Krenkel, ZJS 2015, 271, 275.

²⁵ BGHSt 9, 59 (Leitsatz 1).

etmesi halinde, bu durumun usul hukuku kapsamında beyanın kabul edilebilirliğini etkilemeyeceği" belirtilmiştir. Saniğin²⁶ "tanığın susma yetkisini kullanmasına ilişkin usul hukukuna ilişkin bir hakkı yoktur". Kendisini ceza takibatı riskine maruz bırakmak isteyip istememesi tanığa bağlıdır.

Federal Yüksek Mahkemenin 4. Senatosu da 28.10.1960²⁷ tarihli bir kararında aynı yönde karar vermiştir. Bir hasta, doktoruna "tanıklıkta bulunma izni" vermeyi "açıkça reddetmiştir". Senato'nun görüşüne göre, "buna rağmen tanıklıkta bulunmuş olsaydı bile usul hukuku ihlal edilmemiş olurdu. Çünkü bu durumda, yani konuyla ilgili ifade vermesi halinde, mesleki gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılma ihtimali olsa bile, StPO § 53/1-3 uyarınca sahip olduğu tanıklık yapmayı reddetme hakkını kullanmak isteyip istemediği tamamen kendisinin kararına bağlıdır. Yargılamayı yapan hakim için doktorun ... yetkili ya da yetkisiz hareket edip etmediği önemsizdir; onun için önemli olan sadece tanığın ifade verme hakkını kullanıp kullanmadığıdır ...".

5. Senato da 22.11.1962²⁸ tarihli bir kararında aynı görüşü benimsemiştir: "Hasta, doktoru sır saklama yükümlülüğünden muaf tutmayı reddederse, doktorun tanıklıktan çekinmesini reddettiğini ve tanıklıktan çekinmeyip yaptığı beyanların mahkeme tarafından kullanılmamasını isteme hakkına sahip değildir. Bu durumda dahi doktor tanıklıktan çekinmek zorunda değildir, sadece bunu yapma/çekinme hakkına sahiptir".

Bu içtihat, şerhlerde ve ders kitaplarında sıklıkla kabul görmüştür²⁹. Schünemann³⁰ bile bu içtihada katılmaktadır, "çünkü hakim çoğu zaman tanığın StGB § 203 anlamında yetkisiz ifade verip vermediğini değerlendirmez".

Ancak Beulke³¹, mağdurun, sözünü tutmayan bir kişinin mahkemede dinlenmeyeceği gerçeğine güvenebilmesi gerektiğini düşün-

²⁶ BGHSt 9, 61.

²⁷ BGHSt 15, 200, 202.

²⁸ BGHSt 18, 146, 147.

²⁹ Bireysel referans vermekten kaçınacağım.

³⁰ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2017, § 24 Rn. 45.

³¹ Werner Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 462.

mektedir. Hükmün koruma amacından -§ 203 StGB- "ifadenin maddi hukuka aykırılığının aynı zamanda usulen kabul edilemezliği sonucunu doğurması gerekmektedir."

Beulke'nin bakış açısı, öğretide de çok defa savunulmaktadır³². İçtihatlarla eleştirel yaklaşan bu görüşe katılmak gerekir. Mahkemelerin görüşüne karşı en az üç önemli neden bulunmaktadır.

İlk olarak, yargının bir tanığın işlediği suçtan çıkar elde etmesine izin verilmesi zaten mantıklı değildir. Hakim, imkan dahilinde, bir tanığın mahkemede suç işlemesini engellemelidir. Hakimin, sorgulamak suretiyle tanığın cezalandırılabilir bir eylemde bulunmasına neden olması, dikkate alması gerektiği maddi hukukta hiçbir dayanağı olmayan sırların ifşasına yardımdır.

İkincisi, gizliliğin ihlal edilmesi nedeniyle cezalandırılabilir olan bir ifadenin kullanılması, StGB § 203'te belirtilen ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da desteklenen, gizliliğin korunmasının mahkemece suçun aydınlatılmasındaki menfaatten üstün olduğu yönündeki içtihadı aykırılık teşkil etmektedir. Mahkeme susma yükümlülüğü olan kişinin ifadesini alarak ve onun suç teşkil eden açıklamalarını kullanarak bunu göz ardı edemez.

Üçüncü olarak, uygulamanın susma yükümlülüğünü en önemli alanında fiilen ortadan kaldırdığı akılda tutulmalıdır. Çünkü mahkeme tarafından yapılan sorgu susma yükümlülüğünün en sık ihlal edildiği bir durumdur. Bunun nedeni mahkemeye yardımcı olma arzusu ve mahkemenin sorgu için hazır olduğu izlenimi, bildiklerin söylenmesi için bir motivasyon oluşturmaktadır ve susma yükümlülüğü olan kişinin tanıklık etmeyi reddetme hakkı konusunda bilgilendirilmesine bile gerek yoktur. Susma yükümlülüğü olan kişinin cezalandırılacak olması, onun tanıklığına dayanılarak mahkum edilmesi halinde, sanığa hiçbir fayda sağlamaz.

Mahkemeler tarafından uygulanan suç teşkil eden susma yükümlülüğünün ihlalinin delil olarak değerlendirilmesine ilişkin esaslı bir gerekçe de bulunmamaktadır. En bariz argüman kanunun lafzı olsa da

³² Sadece: Lenckner, NJW 1965, 321, 325 ff.; Haffke, GA 1973, 65, 72; Freund, GA 1993, 49, 55, 66; Michalowski, ZStW 109 (1997), 519, 536'yi zikrediyorum.

kanun, sadece tanıklık etmeyi reddetme hakkını öngörmüş, bunu yapma yükümlülüğü hakkında herhangi bir şey söylememiştir. Ancak, bundan tanıklık etmeyi reddetme yükümlülüğünün genel olarak kabul edilmediği sonucu çıkarılamaz; çünkü böyle bir yükümlülüğün hiçbir şekilde her durumda mevcut olmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından genel olarak düzenlenebilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle- sadece bir örnek vermek gerekirse- din adamlarının tanıklık etmeyi reddetme hakkı vardır (StPO §53/1-1), ancak StGB § 203 anlamında susma yükümlülükleri yoktur. Ayrıca, doktorlar ve avukatlar gibi susma yükümlülüğü olan kişilerin, yukarıda (V.)’te açıklanan hasta veya müvekkil tarafından hukuki menfaatlere zarar verilmesini önlemek amacıyla StGB § 34’teki şartların oluşması halinde tanıklık etmesi, StGB § 34 uyarınca hukuka uygun olur.

İçtihadın teorik olarak belirleyici argümanı, mahkemenin usule ilişkin yetkilerinin maddi hukuk değerlerinden bağımsız olduğu varsayımında yatmaktadır. Lenckner³³ bu kavramı 50 yıldan daha uzun bir süre önce ikna edici bir şekilde ele almıştır. O haklı olarak "muhakeme hukukunun ve maddi hukukun uyumlaştırılması" gerektiğini belirtmektedir. "Muhakeme hukuku "kendi başına bir amaç olmayıp, maddi adaletin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Yeni kanun ihlallerine izin veren bir muhakeme doğru bir yol değildir". Buna eklenecek hiçbir şey yoktur. Schünemann tarafından da benimsenen pragmatik bir değerlendirme BGHSt 9, 60 sayılı kararda yapılmıştır: "Sorguyu yapan hakim, tanığın kanuni olarak yetkili mi yoksa yetkisiz mi ifade verdiğine ilişkin zor olan soruya da bazen hızlı ve yeterli kesinlikte karar veremez"

Ancak bu da yeterli değildir. Çünkü sadece "bazen" ortaya çıkan bir zorluk, susma yükümlülüğü olan kişinin genel bir şekilde ifadesinin alınmasını haklı çıkarmaz. Ve ifade esnasında susma yükümlülüğünün bariz bir şekilde ihlal edildiği anlaşılırsa, ifade alma işlemi sonlandırılmalıdır. İfade alma sonucu elde edilen ifadenin suç teşkil eden bir gizlilik ihlali teşkil ettiği sonradan anlaşılırsa, bu ifade kullanım yasağına tabidir. BGH ile çelişen yazarların ortak görüşü bu şekildedir.

³³ Lenckner, NJW 1965, 321, 325-327.

SONUÇ

Bu yüzden aynı kalıyor: “Anayasa § 2/1 ile korunan ve StGB § 203'te düzenlenen susma yükümlülüğünün ihlali, StGB § 34 gereğince, ancak hasta veya müvekkilin, susma yükümlülüğünün ihlalinin daha ağır basan, kişilerin veya kamunun kanuni çıkarlarına yönelik yakın ve somut bir zararı önlemeye yönelik olması halinde haklı görülebilir. Susma yükümlülüğü olan kişinin mahkemede tanıklıktan çekinme görevi de vardır; bu yükümlülüğü ihlal eden beyan delil olarak değerlendirilemez.

Makalemi değerli meslektaşım Prittwitz'e ithaf ediyor ve 70. doğum gününü en içten dileklerle kutluyorum. Gelecek yıllar için kendisine sağlık, mutluluk ve kendisinin sıkı çalışmaya devam etmesini diliyorum.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı çevirmen tarafından çevrilmiştir.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Çevirmen dergimiz editör kurulu üyesidir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKLAR

- Beulke, Werner. Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016
- Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017,
- Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203
- Fischer Thomas. 66. Bası (C.H. Beck Yayıncılık, 2019), §203.
- Freund,GA 1993
- Gössel, Karl Heinz/Dölling, Dieter. Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Aufl. 2004, § 37
- Haffke, GA 1973
- Horst Woesner, 'Fragen ärztlicher Geheimhaltungspflicht' NJW 1957, 692, 694.
- Jäschke, ZStW 131 (2019)
- Krenkel Beryll. "Anlass für eine Reform der ärztlichen Schweigepflicht?", ZJS 2015, 271-275.
- Lenckner, NJW 1965
- Michalowski,, Sabine. "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997), 519, 531.Schünemann, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 203.
- Michalowski, Sabine. "Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen", 1997, ZStW 109 (1997). 519-544.
- Mittelbach, MDR, 1956.
- Rogall, NSTZ 1983
- Roxin, Claus/Schünemann Bernd, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2017, § 24
- Schünemann, Bernd. Der Strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, ZStW 90 (1978), 11, 51-57.

İÇTİHATLAR IŐIŐINDA RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRILIK DURUMUNDA İMAR YAPTIRIMLARI

*Zoning Sanctions in Case of Non-Compliance with the Licence and
Annexes in the Light of Precedents*

Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL*

ÖZET

İmar hukukunda birçok idari yaptırım öngörölmekle birlikte yapı tatil zaptı düzenlenerek yapının mühürlenmesi ve durdurulması ile para cezası ve yıkım kararları bu yaptırımlar içinde ön plana çıkan yaptırım türleridir. İmar hukukunda idari yaptırımlar, ruhsata tabi yapılar için uygulanabilmektedir. Yapı tatil zaptının nasıl düzenlenmesi gerektiği, tebliği, yapının mühürlenmesi ve ardından tesis esilecek para cezası ve yıkım kararları konusunda uygulamada hukuka aykırı işlem tesis edildiği görölmektedir. Bu konuda özellikle idari

* Doç.Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, meroglu@erciyes.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5341-3613.

Makale Geliş Tarihi: 12.10.2023

Makale Kabul Tarihi: 12.12.2023

- ⇒ Atıf Şekli: Müzeyyen Eroğlu Durkal "İçtihatlar Işığında Ruhsat ve Eklerine Aykırılık Durumunda İmar Yaptırımları", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 243-286.
- ⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



yargı kararları ışığında söz konusu uygulama hataları ve konuyla ilgili tesis edilecek idari işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar önem arz etmektedir. Bu noktada da çalışma bilimsel ve yargısal içtihatlar çerçevesinde şekillendirilmiştir. Çalışmanın sınırını 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda, yapı tatil zaptının düzenlenip yapının mühür-lenmesi süreciyle başlayan imar para cezası ve yıkım kararları oluş-turmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapı, Ruhsat ve Eklerine Aykırılık, Yapı Tatil Zaptı, İmar Para Cezası, Yıkım Kararı.

EXTENDED ABSTRACT

Urban planning law provides for numerous administrative sanctions, among which the issuance of a building freeze, the sealing of the structure, the imposition of fines and demolition orders stand out as types of sanctions. Pursuant to Urban Planning Law No. 3194, it has been observed that many lawsuits are filed before the administrative courts due to stop-work protocols and sealing procedures for structures that violate permits and their annexes, as well as fines and demolition decisions that are subsequently imposed.

For a structure to be considered lawfully constructed, it is essential that construction begins with a building permit and continues in accordance with the permit and its annexes. The construction must also comply with the permit and its annexes until the construction work is completed and the occupancy permit is issued. Parts of a construction that do not comply with the permit and its annexes in contractual situations are considered illegal constructions, and the penalties and demolition decisions established in the Urban Planning Law may be applied to these non-compliant parts.

In the event of non-compliance with the permit and its annexes, the first step is to issue a stop work protocol and seal the structure. The stop work protocol, a protocol that causes the cessation of construction work by establishing that construction work is being

carried out in violation of the permit and its annexes, must be duly and officially drawn up and served before fines or demolition decisions can be made for non-compliance with the permit and its annexes. According to scientific and judicial precedents, the stop work report must first explicitly state the deviations from the permit and its attachments by the competent technical experts, together with the area measurement (in square meters) that leaves no room for doubt in order to accurately determine the current state of the structure. Subsequently, it should be noted in the building cessation that structures that can be brought into conformity with the permit must be brought into conformity within the specified period; otherwise, the penalties established in the building regulations will be imposed. In accordance with Article 40/2 of the 1982 Constitution, the building stop protocol must also specify the administrative or judicial remedies available to the owner against this procedure and the time limits that apply.

In order for the administrative sanctions established in the Urban Planning Act to be applied to constructions that violate permits and their annexes, it is crucial that the authority imposing the sanction is competent and that decisions are made according to the correct procedures. Subsequently, the building stop protocol, which forms the basis for administrative sanctions, must be properly drawn up and served on the person concerned.

With regard to the detailed provisions on fines in Article 42 of the Town Planning Act, it should be noted that, in accordance with the principle of personal liability, fines should be imposed on the person who violates the zoning regulations. In practice, it has been observed that fines are imposed directly on the owner of the building without identifying the person responsible for the non-compliant construction activity. In such cases, decisions by the administrative courts often lead to the fines being annulled due to the principle of personal liability. It is therefore important that the authorities authorized to impose fines identify the person responsible for the non-compliant construction in order to ensure the legality of the fines imposed.

Since the demolition decision is an administrative sanction that eliminates the economic and physical existence of structures that violate permits and their annexes and significantly affects the rights and interests of the parties involved, it is advisable to use this measure as a last resort. Therefore, before deciding on demolition, the administrative authorities should look for ways to bring the structure into compliance with zoning regulations, especially if there is a possibility of resolving the issues of non-compliance with the permit. As regards the cause factor in demolition decisions, the notification must be justified, the legal grounds must be correctly stated and the statement must be both legally correct and truthful. It should be noted that the expiry of the deadline set by the authorities for issuing a demolition decision is mandatory for structures where compliance with the permit is possible. After this deadline, no demolition decision should be issued for structures where the non-compliance has not been rectified but efforts to rectify the non-compliance have commenced after the deadline has expired, taking into account the discretion of the authorities.

In the case of structures built on the basis of a building permit issued under the applicable land use plan, if the permit becomes illegal due to the repeal of the land use plan, the completed parts of the structure or the entire structure built under the permit should be maintained under the principle of administrative stability, provided that this is not contrary to public policy and the public interest. However, if the annulment of the zoning plan is mentioned in the action for annulment of the plan because it is incompatible with values such as public order, public interest, environmental protection and the safety of the structure, the public interest requires the annulment of the permit and the demolition of the structure. In this case, it would be appropriate to compensate the damage suffered by the well-meaning owner for these reasons.

Keywords: Building, Violation of the Licence And Annexes, Building Holiday Report, Administrative Fine, Demolition Decision.

GİRİŞ

İnsanların sağlıklı bir çevrede yaşamaları, temel hak ve özgürlükleri arasında yer almaktadır. İnsanların sağlıklı ve düzenli bir çevrede yaşamaları için de yapıların inşa edilirken imar mevzuatına uygun hareket edilmesi, gerekli izin ve belgelerin alınması, yapıların kayıt altına alınması, ardından yapıların bu izinlere uygun olarak inşa edilip tamamlanması önem arz etmektedir. İmar mevzuatına aykırı hareket edilmesi durumunda, hukuka aykırılıklar için idari yaptırımlar uygulanmaktadır. İmar mevzuatına aykırı uygulamalardan biri de ruhsat ve eklerine aykırı yapılardır. Nitekim mevzuata uygun şekilde yapı ruhsatı alınarak başlanan bir inşaatın, yine ruhsat ve eklerine uygun olarak inşa edilip tamamlanması gerekmektedir. Eğer yapının inşası sırasında bir değişikliğe gidilecekse, değişikliğin de mevzuatta öngörülen istisnalar dışında yine ruhsata tabi olması esastır. Yapının inşası sırasında yapı ruhsatı ve eklerine aykırı bir uygulama söz konusu olursa, hukuka aykırı yapı ortaya çıkmakta ve ilgili idarelerce bu hukuka aykırılıklar için 3194 sayılı İmar Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlar uygulanabilmektedir. Ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda uygulanabilecek idari yaptırımlar, hukuka aykırılığın tespiti ile başlayan yaptırımların düzenlenmesi ve yapının mühürlenerek durdurulması süreci ile başlamaktadır. Ruhsat ve eklerine aykırılığın tespitinin ardından Kanun'un 42. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenen para cezaları ile Kanun'un 32.maddesinde düzenlenen yıkım kararı uygulanabilmektedir. Çalışmanın sınırını da ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda, yapı tatil zaptı düzenlenerek yapının mühürlenmesi ile para cezaları ve yıkım kararları oluşturmaktadır. Ancak söz konusu idari yaptırımların uygulanabilmesinin temelini yapı tatil zaptı oluşturmaktadır. Nitekim usulüne uygun olarak düzenlenmeyen yapı tatil zaptına dayanılarak idari yaptırım uygulanamamaktadır. Bu nedenle çalışmada ruhsat ve eklerine aykırılık durumunda yapı tatil zaptı ve zaptın nasıl usulüne uygun düzenlenmesi gerektiği üzerinde durulmuş, ardından ruhsat ve eklerine aykırı yapılar için uygulanabilecek para cezaları ve yıkım kararları, uygulama hataları, eksiklikleri de göz önüne alınmak suretiyle yargı kararları ışığında ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

I. YAPI KAVRAMI

İdari yargı yerlerinde ruhsat ve eklerine aykırı yapılar nedeniyle uygulanan imar yaptırımlarına ilişkin açılan davalara çok sık rastlanılmaktadır. Yapı tatil zaptının düzenlenmesinden, bir yaptırım kararı olan yıkım kararına kadar olan süreci değerlendirebilmek için öncelikle yapı kavramı üzerinde kısaca durulması gerekmektedir.

Yapı kavramı, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 5. maddesinde tanımlanmaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre: "Yapı; karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir." Görüleceği üzere ister sabit olsun, ister hareketli olsun ana yapı ve ana yapıya ek olarak yapılan yapılar, ana yapı üzerinde yapılan değişiklikler ile onarımlar (tamirler) da yapı olarak kabul edilmektedir.¹

Hukuka uygun yapı genel olarak; inşasına ruhsat alınarak başlanmış, inşası mevzuatın aradığı şartlarda yerine getirilen ve inşası bittikten sonra ilgili idareden yapı kullanma izin belgesi alınması gereken yapılar olarak tanımlanabilir. Nitekim İmar Kanunu'nun 20. maddesinde yapının, imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabileceği belirtilmiştir. Yine Kanun'un 21. maddesinde; Kanun kapsamına giren bütün yapılar için ve ruhsat alınmış yapılarda herhangi bir değişiklik yapılması için de 26. maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ancak ruhsat alınan yerlerde bağımsız bölümlerin brüt alanının artmaması ve niteliğinin değişmemesi durumunda ruhsat, hiçbir vergi, resim ve harca tabi olmamaktadır (İmar Kanunu m.21/2).

Yapı ruhsatı alınması zorunluluğuna yine kanun koyucu tarafından bazı istisnalar getirilmiştir. İmar yaptırımlarının uygulanıp uygulanmaması açısından bu istisnalar önem arz etmekte olup söz konusu istisna kapsamına giren durumlarda, yapılan inşai faaliyetler hukuka

¹ Anayasa Mahkemesi, 10.01.2013, E:2012/93, K:2013/8, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı; Halil Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 377.

uygun kabul edileceği için imar yaptırımlarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Genel olarak basit nitelikteki tamirat ve tadilatlar, köylerde yapılan bazı yapılar, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bazı yapılar yapı ruhsatı alınma zorunluluğunun istisnası olarak kabul edilmektedir.

II. RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRI YAPI

Daha önce değinildiği üzere bir yapının hukuka uygun inşa edilebilmesi için yapıya yapı ruhsatı alınarak başlanmış olması yeterli olmayıp, yapının inşası tamamlanıp yapı kullanma izin belgesi alınana kadarki süreçte de yapının ruhsat ve eklerine (mimari projeye) uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir.² İnşa edilen yapının, ruhsata veya ruhsat eklerine aykırı olarak yapılan kısımlarına ruhsat ve eklerine aykırı yapı denilmektedir. Ruhsat ve eklerine aykırı yapılar iki şekilde ortaya çıkabilmektedir. İlki; ışıklık veya merdivenlerin genişlik ve yüksekliğinde değişikliğe gidilmesi gibi iç boyutlarda ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan değişikliklerdir. İkincisi ise yapının eni, boyu ya da yüksekliği gibi dış boyutlarında ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan değişikliklerdir.³ Yapının ruhsat ve eklerine aykırı nitelik taşıması durumunda imar yaptırımları uygulanabilmektedir.⁴ Buradan yola çıkarak ruhsat eklerinin neler olduğuna değinmekte fayda bulunmaktadır. İmar Kanunu 22. maddesinde yapı ruhsatı almak için belediye ve valiliklere yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilirken dilekçeye sadece “tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki” eklenmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir. Görüleceği üzere madde hükmünde ruhsat eklerinin neler olduğu belirtilmiş olup, ruhsatlı yapının hukuka uygun olarak tamamlanabilmesi için başvuruya eklenen söz konusu belgelere de uygun olarak inşa edilmesi gerekmektedir. Ruhsat ve

² Danıştay 14.Daire, 26.11.2013, E:2012/5527, K: 2013/8448, UYAP, 15.09.2023; Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 548.

³ Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 548.

⁴ Erol Köktürk ve Erdal Köktürk, Taşınmaz Değerlemesi (Taşınmaz Hukuku-İmar Hukuku, Değerleme Yöntemleri) (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 616-617.

eklerine uygun olarak yapılmayan yapılar, hukuka aykırı yapı olarak kabul edilmekte ve söz konusu yapıların ruhsat ve eklerine aykırı kısımları için de İmar Kanunu'nda yer alan imar yaptırımları uygulanabilmektedir.⁵ Ancak imar yaptırımlarının uygulanabilmesi için öncelikle ruhsat alınmaksızın yapılabilecek yapılar ve kısımlar dışında, ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının yetkili idari organlarca tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü yapı değişikliklerinin ruhsat ve eklerine aykırılık teşkil etmesi ve özellikle de hakkında yıkım kararı alınabilmesi için söz konusu değişikliklerin ruhsata tabi olup olmaması önem arz etmektedir.

3194 sayılı Kanun'un 21/3. maddesinde "derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir." denilmek suretiyle taşıyıcı unsuru etkilemeyen basit bir başka ifadeyle tali nitelikteki tadilatların ruhsata tabi olmadığı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden de anlaşıldığı üzere sayılan hususlar, yapı olarak kabul edilmekle birlikte ruhsata tabi değildir.

Bir yapı üzerinde yapılan değişikliklerin hangilerinin esaslı hangilerinin basit değişiklikler olduğu hususu her somut olayın özelliklerine göre değişiklik arz etmekle birlikte bu konudaki somut düzenlemelerden biri de mülga Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği⁶'nin 16/23-24. maddesinde yer almaktaydı. Düzenlemeye göre: "23) Basit tamir ve tadil: Yapılarda derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması işlemleridir. 24) Esaslı tadilat: Yapılarda taşıyıcı unsuru etkileyen veya yapı inşaat alanını veya emsale konu alanını veya taban alanını veya bağımsız bölüm sayısını veya ortak alanların veya bağımsız bölümlerin alanını veya kullanım amacını veya ruhsat eki projelerini değiştiren işlemlerdir. Esaslı tadil, ruhsata tabidir."

⁵ Köktürk ve Köktürk, Taşınmaz Değerlemesi, 616-617.

⁶ 02.11.1985 tarih ve 18916 mükerrer Sayılı Resmi Gazete.

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin⁷ 4/1-i maddesinde basit tamir ve tadil "Yapılarda esaslı tadilat kapsamında olmayan, taşıyıcı sistemi, bağımsız bölümün dış cephesini, ıslak hacimlerin yerini ve sayısını değiştirmeyen; derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile bahçe duvarı, duvar kaplamaları, baca, saçak, çatı onarımı ve kiremit aktarılması gibi her türlü tamir ve tadil işlemleri" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı Yönetmeliğin "Yapı ruhsatı gerektirmeyen inşai faaliyetler" başlıklı 59. maddesinin 1. fıkrasında da basit tamir ve tadillerin, balkonlarda yapılan açılır kapanır katlanır cam panel uygulamalarının, korkuluk, pergola, çardak/kameriye ve benzerlerinin yapımı ile bölme duvar, bahçe duvarı, duvar kaplamaları, baca, saçak, çatı ve benzeri elemanların tamiri ve pencere değişiminin, iç mekânların tasarımına dair iç mekân projesi değişiklikleri ile taşıyıcı sistemi ve yangın güvenliğini etkilemeyen mahal listesi değişikliklerinin ruhsata tabi olmadığı düzenlenmiştir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliğinin 4/1-y maddesinde de esaslı tadilat tanımlanmıştır. Tanım uyarınca "Yapılarda taşıyıcı unsuru etkileyen veya yapı inşaat alanını veya emsale konu alanını veya taban alanını veya bağımsız bölüm sayısını veya ortak alanların veya bağımsız bölümlerin alanını veya kullanım amacını veya ruhsat eki projelerini değiştiren işlemler" esaslı tadilat kabul edilerek ruhsata tabi tutulmaktadır.

Danıştay da bir imalatın yapı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin olarak verdiği bir kararda: *"...esaslı onarım ve değişiklik sonucunu doğuran ve bina görünümüne etki eden nitelikte olup olmadığı, kapalı alan oluşturup oluşturmadığı, bağımsız bölüm kazanımına yol açıp açmadığı, binanın statik durumunu etkileyip etkilemediği ve niteliği saptanmak suretiyle ruhsat gerektirip gerektirmediği hususlarını açıklığa kavuşturmak üzere, İdare Mahkemesince yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucunda hazırlanacak rapor ve dosyadaki bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken, bu yola başvurulmaksızın yapı kapsamında olmayan pergolenin ruhsata tabi olmadığı gerekçesiyle davaya konu işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir..."*⁸ şeklinde hüküm kurmuştur.

⁷ 03.07.2017 tarih ve 30113sayılı Resmi Gazete.

⁸ Danıştay 14. Daire, 21.09.2012, E:2011/9232, K:2012/5970, UYAP, 20.09.2023.

Yine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından benzer şekilde verilen bir kararda da “Dosyanın incelenmesinden, davacıya ait taşınmazda 30.5.2001 tarihinde yapılan kontrolde, ruhsatsız olarak 2.50x15 m ebadında beton, açık pergole yapıldığı, pergoleye bağlı oval biçiminde altı adet 18 cm. ebadında beton kolon dikildiğinin 30.5.2001 günlü yapı tatil tutanağı ile saptanması üzerine inşaatın mühürlenerek durdurulduğu ve bu tarihten itibaren bir ay içinde ruhsata bağlanmayan yapının yıkımı ve davacı adına 500.000.000.- TL para cezası verilmesi yolundaki dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu işlemin tesisine dayanak olan yapı tatil tutanağında da Belirtildiği üzere etrafi bütünüyle açık olan pergolenin güneş ve yağmurdan korunmak amacıyla yapıldığı, kapalı olan oluşturmadığı ve bu haliyle taşıyıcı unsuru etkilemediği sonucuna varıldığından, 3194 sayılı Yasanın 5. maddesinde yer alan ruhsata tabi ‘Yapı’ tanımı kapsamında bulunmayan pergolenin yukarıda yer verilen hükümler uyarınca ruhsata tabi olmaması nedeniyle dava konusu işlemde mevzuata uyarlılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”⁹ şeklinde sonuca varılmıştır.

Danıştay kararları incelendiğinde; yapının taşıyıcı unsurlarını etkilemeyen, inşaat alanını değiştirmeyen unsurların¹⁰, açık çıkma olmayan balkonların¹¹, aynı kişiye ait olan bir binadaki iki dairenin birleştirilmesinin¹², aynı bağımsız bölüm içindeki bölme duvarlarının kaldırılmasının¹³ ruhsata tabi olmadığı görülmektedir.

⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 17.10.2008, E:2005/400, K: 2008/1808, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

¹⁰ “Taşıyıcı unsuru etkilemeyen bağımsız bölüm içindeki duvarların kaldırılmasının ruhsat gerektirmediği...” Danıştay 14. Daire, 08.06.2017, E:2014/5069, K:2017/3989, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı; Danıştay 6. Daire, 23.12.2008, E:2007/373, K:2008/9477, UYAP, 03.10.2023; “Bu nitelikteki imalatların ruhsata tabi olmadığını kabul edilebilmesi için; genel olarak İmar Kanunu’nda düzenlenen, yapı tanımı kapsamında inşa edilmemiş olması, dolayısıyla kapalı alan oluşturmayacak şekilde güneş ve yağmurdan korunma amacına yönelik olarak ve taşıyıcı unsuru etkilemeyecek, çekme mesafelerine tecavüz etmeyecek şekilde, hafif yapı malzemeleri ile yapılmış olması gerekmektedir.” Danıştay 14.Daire, 06.05.2014, E:2012/907, K:2014/5179, Muhittin Abacıoğlu ve Ali Abacıoğlu, Açıklamalı- İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 605.

¹¹ Danıştay 6.Daire, 21.12.2004, E:2004/2700, K:2004/6769, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

¹² Danıştay 6.Daire, 06.03.1991, E:1989/996, K:1991/363, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

¹³ Danıştay 6.Daire, 23.11.2005, E:2004/124, K:2005/5760, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

Danıştay, ruhsat ve eklerine aykırılık durumunda aykırı olan kısımlar için yıkım kararı verilebilmesi için aykırılığın esaslı olup olmadığının tespit edilmesi, esaslı olmayan aykırılıklar için yıkım karar verilmemesi gerektiğini kararlarında ifade etmektedir.¹⁴

Gerek doktrin gerekse Danıştay kararlarından anlaşılacağı üzere genel olarak yapının taşıyıcı unsurunu etkilemeyen, yapının inşaat alanını artırmayan veya azaltmayan inşai faaliyetler ruhsat alınmasını gerektirmeyen basit nitelikte tamirat ve tadilat kapsamında kabul edilmektedir.¹⁵

III. YAPI TATİL ZAPTI (TUTANAĞI)

İdare, bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı olduğunu fenni mesulce yapılan tespit ya da ihbar ve şikâyet üzerine öğrenebileceği gibi yetkililerin denetimi üzerine de tespit edebilmektedir. İdarenin, bir yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığını tespit etmesi durumunda, yapının denetimiyle görevli ilgili idari birimin görevlileri tarafından yapı mahaline gidilerek hukuka aykırılığın tutanak altına alınması gerekmektedir.¹⁶ Bu tutanağa “yapı tatil tutanağı” ya da “yapı tatil zaptı” adı verilmektedir. Yapı tatil zaptı, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 4/1-ssss maddesinde “Herhangi bir şekilde ruhsat alınmadan yapıya başlanılarak kaçak inşaat yapıldığı ya da ruhsatlı yapılarda ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı tespit edildiği takdirde, ilgili idaresince yetkilendirilmiş teknik elemanlarca, yapının o andaki durumu ile birlikte aykırı-

¹⁴ Danıştay 14.Daire, 27.02.2014, E:2013/ 9488, K:2014/ 2772; Danıştay 6.Daire, 03.05.1994, E:1993/ 3323, K:1994/ 1794; Danıştay 6.Daire, 19.10.2010, E:2008/ 13096, K:2010/ 9533 (UYAP, 20.09.2023).

¹⁵ Celal Karavelioğlu, İmar Kanunu ve Mevzuatı C:I (Ankara: Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2007), 967; “Balkonların kapatılmasının balkonun gömme balkon ya da çıkma balkon olma durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Gömme balkonların kapatılması sonucu, kapalı alan oluşarak kullanım alanında bir artışın ve buna bağlı olarak çekme mesafelerinin ihlal edilmesinin söz konusu olmadığı, tadilatın taşıyıcı unsurları etkilememesi koşuluyla, cephe görünümünde meydana gelen değişikliğin ise yukarıda anılan Kanun ve Yönetmelik hükümleri uyarınca ruhsat gerektirmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Açık çıkma niteliğindeki balkonun kapatılması durumunda ise bu nitelikteki bir imalat ile binanın kullanım alanında artış meydana geldiğinden, yapının ruhsat ve eki mimari projesine aykırı düşecek olan bu imalatın ancak tadilat ruhsatı ile yapılabileceğinin kabulü gerekmektedir.” Danıştay 14.Daire, 19.04.2018, E: 2015/6674, K: 2018/2917, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

¹⁶ Hasan Nuri Yaşar, İmar Hukuku (İmar Planları ve Değişiklikleri, Yapı Kuralları) (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008), 269.

lıkları resim, kroki ve yazı ile belirtilen ve inşai faaliyete devam edilemeyeceğini gösteren onaylı belgeyi” olarak tanımlanmıştır. O halde yapı tatil zaptı, henüz devam eden, bitmemiş inşaatlarda, inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı olarak yürütüldüğünü tespit eden ve inşaatın durdurulmasına neden olan ve yetkili kişilerce tutulması gereken bir tutanaktır.¹⁷ Ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda imar para cezası ya da yıkım kararı alınabilmesi için öncelikle yapı tatil zaptı düzenlenmesi gerekmektedir. Usulüne uygun düzenlenen bir yapı tatil zaptı olmadan yapı hakkında imar para cezası uygulanması ya da yıkım kararı alınması, tesis edilen bu işlemleri hukuka aykırı kılmaktadır.

Ruhsat ve eklerine aykırı olan yapılarda, yapı tatil zaptının düzenlenmesi ile başlayan sürece İmar Kanunu 32. maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre: “Bu Kanun hükümlerine göre; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine veya ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılarda projelerine ve ilgili mevzuatına aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur. Yapının imar mevzuatına aykırı olduğuna dair bilgi, tapu kayıtlarının beyanlar hanesine kaydedilmek üzere ilgili idaresince tapu dairesine en geç yedi gün içinde yazılı olarak bildirilir. Aykırılığın giderildiğine dair ilgili idaresince tapu dairesine bildirim yapılmadan beyanlar hanesindeki kayıt kaldırılmaz. Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası muhtara bırakılır, bir nüshası da Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne gönderilir.” Madde hükmü uyarınca ruhsat ve eklerine aykırı yapı (inşaat) yapıldığının tespit edilmesi üzerine ilgili idarenin yetkili görevlilerince yapı tatil zaptı düzenlenerek yapı mühürlenip durdurulmaktadır. Söz konusu tespit; belediye veya mücavir alan sınırları içinde belediyeler; belediye veya mücavir alan sınırları dışında kalan yerlerde valilik tarafından yapılmakta, fenni mesuller bir başka ifadeyle yeminli mühendislik ve mimarlık büroları da bu tespiti yapabilmektedir.¹⁸

¹⁷ A. Kürşat Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIX/3 (2015): 108.

¹⁸ Ersöz, “Yıkım Kararı”, 109-110.

Ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda, yapı tatil zaptı düzenlenerek inşaatın mühürlenmesi, hem yıkım kararının ön şartını oluşturmakta hem de tek başına bir imar yaptırımı teşkil etmektedir.¹⁹ Bu nedenle mühürleme işlemi, yapı tatil zaptı ile birlikte tesis edilen, yapı tatil zaptı ile iç içe geçmiş, iptal davasına konu edilebilecek, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlemdir. Yine burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da mühürleme işleminin ruhsat ve eklerine aykırı kısımlar için yapılabildiğidir. Ancak ruhsat ve eklerine aykırılığın hangi kısımlarda yapıldığı, mühürleme kararı açısından belirleyici olmaktadır. Kural olarak mühürleme işlemi, yapının bir kısmı için değil tamamı için geçerli olmakla birlikte, ruhsat ve eklerine aykırılık bağımsız bölümlerde gerçekleşmişse o takdirde sadece aykırı olan kısımlar için de mühürleme işlemi yapılabilmektedir. Nitekim Danıştay iki katlı yapı için ruhsat alınmasına karşın üçüncü bir kat daha yapılması ve yapının tamamı için mühürleme kararı verilmesi nedeniyle açılan iptal davasında; *“...yapının birinci ve ikinci katlarının verilen ruhsata ve eklerine uygun olarak yapılmakta olmasının tartışmasız olduğu, böyle olunca da, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılan birinci ve ikinci katın mühürlenerek yapının durdurulmasının mevzuata uyarlığı bulunmadığı gerekçesiyle...”* idare mahkemesinin idari işlemin iptali yönündeki kararını onamıştır.²⁰

Yapı tatil zaptının tebliği hususunda ise Tebligat Kanunu'ndan farklı hükümlere yer verilmiş olup yapı tatil zaptının yapıya asılması, yapı sahibine tebliğ edilmesi ve bir örneğinin de muhtara bırakılması gerekmektedir. Yapıya asılmak suretiyle yapılacak olan tebligatın herkesçe görülebilir, kolaylıkla algılanabilir bir yerde olması zorunluluktur.²¹

Yapının ruhsat ve eklerine aykırılığı durumunda yıkım kararı, idari para cezası gibi imar yaptırımlarının uygulanması için yapı tatil zaptının tutulması Kanun gereği zorunluluk arz etmektedir. Danıştay da vermiş olduğu kararlarda yapı tatil zaptı düzenlenmeden imar yaptırımları uygulanamayacağını kabul etmektedir. Nitekim Danıştay

¹⁹ Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 554.

²⁰ Danıştay 6.Daire, 27.01.1987, E:1986/574, K:1987/94, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

²¹ Ersöz, “Yıkım Kararı”, 117.

6. Dairesi tarafından konuya ilişkin verilen bir kararda²² “...ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapıların tespitine ilişkin olarak düzenlenecek yapı tatil tutanağında, aykırılıkların ölçüleri ile birlikte somut ve ayrıntılı olarak belirtilerek yapının o anki durumunun tespit edilmesi, ruhsatsız veya ruhsata aykırı inşaatın mühürlenerek durdurulması ve yapı tatil tutanağının yapı yerine asılmak suretiyle yapı sahibine tebliğ edilmesi, tebligatın bir nüshasının muhtara bırakılması gerekmektedir. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapının mühürlenerek inşaatın durdurulmasından itibaren, yapı sahibine ruhsat almak veya yapısını ruhsata uygun hale getirmek için bir ayı geçmemek koşulu ile süre verilmesi durumunda bu sürenin; herhangi bir süre verilmemesi halinde ise tespit tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda, ruhsat alınmayan veya ruhsatına uygun hale getirilmeyen yapılara ilişkin 3194 sayılı Kanununun 32. maddesi uyarınca yıkım kararı alınabileceği açıktır. Bu düzenlemeye göre, ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi için, ihtilaf konusu imalatın ilgili fen elemanları tarafından açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapılar için yıkım kararı verilebilmesi için idarece usulüne uygun olarak yapı tatil tutanağının düzenlenmesi ve bu tutanakta ruhsata aykırılıkların somut ve ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekmektedir.” denilmek suretiyle ruhsata uygun hale getirilmesi mümkün olan yapıların verilen süre içinde ruhsata uygun hale getirilmesi gerektiği, aksi halde imar mevzuatında öngörülen yaptırımların uygulanacağını ihtaren bildirilmiş olması gerekliliği aranmıştır. Ayrıca kararda görüleceği üzere yapı tatil zaptında ruhsat ve eklerine aykırılıkların ilgili fen adamları tarafından ölçüleri ile birlikte somut, ayrıntılı ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde açık olarak belirtilerek yapının o anki durumunun tespit edilmesi gerektiği de belirtilmektedir.²³

²² Danıştay 6.Daire, 21.10.2020, E:2019/9588, K: 2020/9900, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023.

²³ Danıştay 6.Daire, 03.12.2020, E:2019/10947, K: 2020/12070; Danıştay 6.Daire, 08.02.2022, E:2021/1722, K: 2022/1214; Danıştay 6.Daire, 29.09.2022, E:2020/10508, K: 2022/8260 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 03.10.2023).

İdari görevlilerce yapı tatil zaptı düzenlenirken, hukuka aykırı yapılan yapının boyutunun, ebatının, cinsinin ve hukuka aykırılık teşkil eden yönlerinin somut, ayrıntılı, tereddüde yer vermeyecek şekilde ve uzman fen elemanlarınca (imar ve inşaat işleri ile ilgili olan tekniker, mühendis veya memurlar tarafından²⁴) düzenlenmesine dikkat edilmelidir.²⁵ Danıştay yapı tatil zaptında bulunması gereken hususlara ilişkin vermiş olduğu bir başka kararda *“Davalı idare elemanlarınca düzenlenen yapı tatil tutanağı ile dava konusu taşınmazda yapı ruhsatı ve eklerine aykırı olarak inşaat yapıldığı belirlenmiş ise de, yapı tatil zaptında, söz konusu aykırılıkların somut ve ayrıntılı olarak belirlenmediği; yapı tatil tutanağı veya ekinde, bu hususta herhangi bir açıklama ya da krokinin bulunmaması nedeniyle söz konusu tutanağın 3194 sayılı Kanununun 32. maddesi hükmünde belirtilen ‘Yapı Tatil Tutanağı’nın ihtiva etmesi gereken unsurları taşımadığı...”*²⁶ demek suretiyle yukarıda belirtilen özellikleri taşımayan yapı tatil zaptının geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Yine ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında idarece verilen para cezasına karşı açılan bir başka davada Yüksek

²⁴ Ersöz, “Yıkım Kararı”, 120; *“...ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında Kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi, ihtilaf konusu imalatın ilgili fen elemanları tarafından açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde çizim ve fotoğraf gibi, görsel verilere dayalı olarak saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması ile mümkündür.”* Danıştay 14.Daire, 13.03.2014, E:2013/266, K:2014/3517, UYAP, 26.09.2023; *“...yapı tatil tutanağının inşaat mühendisi/teknisyeni ve/veya mimar gibi yapı tekniği, ruhsat ve yapı inşaat alanı gibi hususlarda uzmanlığı bulunan teknik bir personelin de içinde bulunduğu bir ekip tarafından düzenlenmesi gerektiği...”* Samsun Bölge İdare Mahkemesi, 2.İdari Dava Dairesi, 22.02.2022, E:2021/613, K:2022/185, UYAP, 26.09.2023.

²⁵ Ersöz, “Yıkım Kararı”, 115; *“3194 sayılı Yasanın 32. maddesi ile dosyadaki bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, davalı idarenin elemanlarınca, teknik personelin de imzasının bulunduğu 17/07/2013 tarihli tutanak ile ruhsatsız yapıyı açıkça ortaya koyacak bir tespitin yapılmadığı, uyumsuzluk konusu yapıya yönelik, yapının ebatları ve niteliği, bulunduğu alanın özellikleri, konumu ve benzeri somut ve ayrıntılı tespitlerde bulunulmadığı, tutanağın 32. madde uyarınca düzenlendiğine dair bir ibareye de yer verilmediği, tutanakta inşai faaliyetin durdurulduğuna ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına ilişkin kayıtların yer aldığı fakat, tutanağın üçüncü paragrafında ‘inşaatın yapımına devam edilmesi halinde 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili maddeleri uyarınca inşaatın mühürlenerek yasal işlemlerin başlatılacağı’ ikrarı da dikkate alındığında; dava konusu işleme dayanak oluşturan tutanağın, 3194 sayılı Yasada öngörülen ‘yapı tatil tutanağı’ niteliğini taşımadığı sonucuna varılmıştır.”* Danıştay 6.Daire, 29.03.2022, E:2021/2423, K:2022/3789, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 18.09.2023.

²⁶ Danıştay 14.Daire, 26.12.2018, E:2017/4461, K:2018/8139, UYAP, 18.09.2023.

Mahkeme, para cezası miktarının belirlenebilmesi için yapı tatil tutanağı düzenlenmesi ve bu tutanakta ruhsata aykırılıktan etkilenen alanın yüzölçümü, inşaatın tamamlanıp tamamlanmadığı, kullanılıp kullanılmadığı gibi niteliği gereği yerinde tespiti gerektiren hususların açık bir şekilde belirtilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁷

Yüksek Mahkeme konuya ilişkin bir başka kararında “...ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi, ihtilaf konusu imalatın ilgili fen elemanları tarafından açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması ile mümkündür. Söz konusu tutanakta yer alması gereken hususların ise yine yasa hükmünde belirtildiği görülmektedir. Buna göre; yapının denetimini yapan ilgili idare elemanlarının yapıyla ilgili saptamaları ve imzalarının bulunduğu tutanağın düzenlendiği sırada yapı sahibinin de hazır bulunması halinde imzalatılması, yapı sahibi bulunamamış ise bu hususa da tutanakta yer verilmesi, tutanağın yapı yerine asılması, yapının mühürlenerek inşaatın derhal durdurulduğunun belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca yasa hükmünde yapı yerine asılan yapının durdurulduğuna dair tutanağın bir örneğinin muhtara bırakılması gerektiği de belirtilmiştir. Buna göre; 3194 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun düzenlenmiş somut, ayrıntılı ve gerekçeli tespitler içeren bir yapı tatil tutanağı düzenlenmeden para cezasına ilişkin işlem tesis edilemeyeceğinden, öngörülen usule uygun düzenlenmeyen tutanağa dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.”²⁸ demek suretiyle imar yaptırımlarının uygulanabilmesinin yapı tatil zaptı ve mühürleme işleminin hukuka uygun olmasına bağlı olduğunu, usulüne uygun düzenlenmeyen yapı tatil zaptına dayanılarak imar yaptırımları uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.

Yine Danıştay tarafından verilen 2016 tarihli bir başka kararda; farklı kişilerin mülkiyetinde olan yapılarda her bir yapı için, somut ve ayrıntılı bir şekilde yapı tatil tutanağın düzenlenmesi, imzalatılması

²⁷ Danıştay 14.Daire, 09.03.2016, E:2014/8238, K:2016/1613, UYAP, 18.09.2023.

²⁸ Danıştay 6.Daire, 15.09.2020, E:2019/7066, K:2020/7680, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 18.09.2023.

ve yapıya asılması gerektiği, farklı kişilerin mülkiyetinde olan on üç adet yapı için idari görevlilerce tek yapı tatil tutanağının düzenlenmesinin Kanun'un açık hükmüne aykırı olduğu belirtilmiştir.²⁹

O halde yapı tatil tutanağının açıklanan tüm bu hususları taşıması gerekmektedir.³⁰ İlave olarak yapı tatil zaptında, malikin bu işleme karşı başvurabileceği idari veya hukuksal başvuru yollarının neler olduğunun belirtilmesi gerekir. Nitekim 1982 Anayasası'nın doğrudan uygulanabilir nitelikteki 40. maddesi uyarınca "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır".³¹ Bu hususları ihtiva etmeyen yapı tatil zaptı hukuken geçersiz sayılacağından bunun devamındaki yapının durdurulması ve mühürlenmesi işleminin de geçerliliği söz konusu olmayacaktır.³²

Daha önce de değinildiği üzere ruhsat ve eklerine aykırı yapılarda imar yaptırımlarının uygulanabilmesi için öncelikle yetkili kişilerce ve usulüne uygun olarak yapı tatil zaptı düzenlenmesi ve yapının durdurularak mühürlenmesi gerekmektedir. Bir yapının hukuka aykırılığı

²⁹ Danıştay 14.Daire, 24.02.2016, E:2015/9119, K: 2016/1110, UYAP, 18.09.2023.

³⁰ "...yönetmeliğe aykırı yapılmış bahçe duvarı kroki üzerinde çizim ile belirtilmiş ise de, inşai faaliyetin metrajına ve inşaat ile ilgili açık ve somut tespitlere yer verilmediği gibi tutanağın 3194 sayılı Kanunun 32. maddesi uyarınca düzenlendiğine dair bir ibarenin de yer almadığı, davacıya yıkımı yapması için süre verilmediği, bu durumda açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde aykırılığın saptanmasına elverişli olmayan, dava konusu işleme dayanak tutanağın 3194 sayılı Kanunun 32. maddesi hükmünde belirtilen "Yapı Tatil Tutanağı"nın ihtiva etmesi gereken unsurları taşımadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda; 3194 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun düzenlenmiş somut, ayrıntılı ve gerekçeli tespitler içeren bir yapı tatil tutanağı düzenlenmeden yıkım ve para cezasına ilişkin işlem tesis edilemeyeceğinden, öngörülen usule uygun düzenlenmeyen tutanağa dayalı olarak tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir." Danıştay 6.Daire, 07.10.2020, E: 2019/6602, K: 2020/8969, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 18.09.2023.

³¹ "Özel kanunlarda aksi yönde bir kural bulunmaması halinde idari yaptırımlara karşı ilgililerin belirtilen düzenlemeler uyarınca idari yargı yoluna başvurabilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, 5225 sayılı Kanun'da iptali istenen kurallar yönünden başvurulacak kanun yolu ve süresinin özel olarak öngörülmemiş olması, Anayasa'nın 40. maddesine aykırılık oluşturmaz. Kaldı ki, 40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasa da özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir." Anayasa Mahkemesi, 08.12.2004, E:2004/84, K:2004/124, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 18.09.2023.

³² Karavelioğlu, İmar Kanunu, 1169.

nedeniyle durdurularak mühürlenmesi işleminde amaç, hukuka aykırı yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesi için yapıyı inşa edene belirli bir süre vermektir. İmar Kanunu 32/3. maddesine göre yapı tatil zaptının tebliğinden itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını isteyebilir. Yapı tatil zaptında yapı sahibine yapısını ruhsata uygun hale getirmek ya da ruhsat almak için süre verilmemiş olması durumunda da Danıştay kararları gereği bir aylık süre uygulanacaktır.³³

Yapı tatil zaptı, müstekar Danıştay içtihatları gereği kesin ve yürütülebilir bir işlem olarak kabul edilmekte ve idari davaya konu edilebilmektedir. Danıştay, istikrarlı bir şekilde yapı tatil zaptının kesin ve yürütülebilir nitelikte bir idari işlem olarak kabul edip yapı tatil tutanaklarına karşı açılan davalarda işin esasına girerek karar vermektedir.³⁴ Konuyla ilgili verdiği bir kararda Danıştay *“Yapı tatil tutanağı, 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca düzenlenen ve bir yapının ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit eden, düzenlendiği tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapının ruhsata uygun hale getirilerek veya ruhsat alınarak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini sağlayan idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlemdir.”* demek suretiyle yapı tatil zaptının idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olduğunu açıkça ifade etmiştir.

³³ *“...Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapının mühürlenerek inşaatın durdurulmasından itibaren, yapı sahibine ruhsat almak veya yapısını ruhsata uygun hale getirmek için bir ayı geçmemek koşulu ile süre verilmesi durumunda bu sürenin; herhangi bir süre verilmemesi halinde ise tespit tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda...”* Danıştay 6.Daire, 21.10.2020, E:2019/9588, K: 2020/9900; Danıştay 6.Daire, 24.06.2021, E:2020/6905, K: 2021/8841 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023).

³⁴ Danıştay 6.Daire, 12.06.2019, E:2019/5131, K:2019/5552; *“Olayda; dava konusu yapının yıkımına ilişkin encümen kararının bildirilerek yıkım işleminin davacı tarafından yapılması gerektiği, aksi taktirde idarece yıkılacağı ve yıkım masraflarının davacıdan tahsil edileceği yaptırımlarını içeren ve dava konusu yapının yıkılması sonucunu doğuracak olan dava konusu işlemin, kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem niteliğinde olduğu sonucuna ulaşıldığından, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında isabet görülmemiştir”* Danıştay 14.Daire, 03.07.2014, E.2012/5207, K:2014/ 7297 (UYAP, 18.09.2023); Danıştay 6.Daire, 16.11.2005, E:2005/1641, K:2005/5523, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

Bilindiği üzere iptal davaları menfaati ihlal edilen kişiler tarafından açılabilir. Yapı tatil zaptı ve mühürleme işlemine karşı da sadece yapı sahipleri tarafından değil, bu karar nedeniyle menfaati ihlal edilen kişiler örneğin taşınmazın kiracısı, intifa hakkı sahipleri, kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılan yapı müteahhidi de dava açabilecektir.

Yapı tatil zaptı ile mühürleme işleminin hukuka aykırı olduğu iddiası ile sadece yapı tatil zaptına karşı iptal davası açılabilir gibi yapı tatil zaptına karşı, bunların ardından tesis edilen diğer imar yaptırımları ile birlikte aynı dilekçe ile de dava açılması mümkündür. Yapı tatil zaptı ve mühürleme işlemine karşı dava açma süresi ise tatil zaptının yapı yerine asıldığı tarihten itibaren altmış gün olup görevli yargı yeri taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemeleridir.

İmar Kanunu'nun 32/4. maddesi uyarınca ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderildiğinin veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygun olduğunun, inceleme sonunda anlaşılması durumunda mühür, belediye veya valilikçe kaldırılarak inşaatın devamına izin verilir. Aksi halde yapıya ait ruhsatlar iptal edilir.

Ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmesinde; mevzuat hükümlerine uygunluk birtakım düzeltmelerle sağlanabiliyorsa, söz konusu düzeltmelerin önce projesi üzerinde yapılması gerekir. Yapının iç bölümündeki düzeltmeler ya da taban alanı genişletilerek inşaat alanına taşmada, aykırı her kısmın harcı, cezalı alınarak inşaatın devamına izin verilir. Ancak bu durumlarda, yapı sahiplerine encümenlerce İmar Kanunu'nda öngörülen miktarda para cezası verilir. Ancak ruhsat ve eklerine aykırılıkların düzeltilerek mevzuat hükümlerine uygun duruma getirilmesinin mümkün olmadığı hallerde, İmar Kanunu'nun yıkıma ilişkin hükümleri uygulanır.³⁵

IV. RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRILIK DURUMUNDA İMAR PARA CEZASI UYGULANMASI

İdari para cezaları, bireylerin malvarlığına yönelik olarak uygulanan, kanunda açıkça öngörülen idari ihlaller nedeniyle doğrudan idari

³⁵ Ferruh Yıldız, İmar Bilgisi (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2007), 311.

merciler tarafından karara bağlanabilen bir idari yaptırım türüdür.³⁶ Ruhsat ve eklerine aykırılık durumunda ilgili idarece uygulanacak yaptırımlardan biri de yapı sahibine kesilen para cezalarıdır. Bu kişiler; yapı ve parsel sahibi, yapı müteahhitleri, plan, proje, harita müellifleri ile fenni mesullerdir.³⁷ Bir başka ifadeyle yapı sahibi, mülkiyet durumuna bakılmaksızın, ruhsat ve eklerine aykırı yapıyı yapan veya yapılması yönünde harekete geçen, bu anlamda da imar para cezası verilmesine neden olan fiili işleyen kişi olarak kabul edilmektedir.³⁸

İmar Kanunu'nun 42/2. maddesine göre yapı sahibine, yapı müteahhidine ve aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere "yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre" yine aynı maddede öngörülen oran ve miktarlar dâhilinde nispi para cezası hesaplanarak uygulanmaktadır. Kanun'un 42/3. maddesine göre ise yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine ve gözetmenlerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine de maktu para cezası uygulanmaktadır.³⁹ Da-

³⁶ Yücel Oğurlu, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001), 90-91; Mustafa Karabulut, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 22; Berrin Akbulut, "İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi", Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 9 (2022): 88; Haluk Çolak ve Uğurtan Altun, "Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 69 (2007): 271; Anayasa Mahkemesi, 15.05.1997, E:1996/72, K:1997/51, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

³⁷ Selman Özdemir, "İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması", Türk İdare Dergisi, 473 (2011): 122.

³⁸ Şenol Coşkun ve Fatma Kurşun, "Cezaların Şahsiliği İlkesi Bakımından İmar Kanununun 42 inci Maddesinde Belirtilen "Yapının Sahibi" Kavramı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5/18 (Temmuz 2014): 525; Ali Rıza İlgezdi, İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 194-195; "Görüldüğü üzere, ister sabit olsun, ister hareketli olsun sadece ana yapı değil, ana yapıya ek olarak yapılan yapılar (ilaveler), ana yapı üzerinde yapılan değişiklikler; onarımlar (tamirler) da yapı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla 'yapının sahibi' ibaresiyle, yukarıda sayılan inşai faaliyetleri gerçekleştiren kişiler ifade edilmektedir. Başka bir deyişle 'yapının sahibi' ibaresinden ister yapının mülkiyetine sahip kişiler isterse kiracı, yapı malikinin yakını, intifa hakkı sahibi gibi üçüncü kişiler olsun inşai faaliyeti yapan kişiler anlaşılmaktadır." Anayasa Mahkemesi, 10.01.2013, E:2012/93, K:2013/8, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

³⁹ "3194 sayılı Kanunun 42. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen cezanın yapı sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni

niştay 2005 tarihli bir kararında “3194 sayılı Yasanın 42.maddesinde, ruhsat alınmadan veya ruhsat ve eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine para cezası verileceği kurala bağlanmıştır. İdari para cezalarında da cezaların şahsiliği ilkesi geçerli bulunmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda, taşınmaz maliki olan davacının kira kontratında veya başka bir belgede tadilatların niteliğini de belirterek açık olarak kiracıya muvafakat vermediği ve tadilatların kira kontratından sonraki bir dönemde idarece tespit edildiği anlaşıldığından, bu tadilatların mülk sahibi olan davacının açık muvafakatı olmaksızın kiracı tarafından yapıldığı ve bu tadilatlar nedeniyle taşınmaz maliki olan davacı adına imar para cezası verilmesine ilişkin işlemde cezaların şahsiliği ilkesi de gözönünde bulundurulduğunda mevzuata uyarlık bulunmadığı...” şeklinde hüküm kurmak suretiyle imar para cezalarının şahsiliğine vurgu yapmış ve imar para cezasının sadece yapı malikine kesilemeyeceğine hükmetmiştir. O halde imar para cezalarında geçerli olan cezaların şahsiliği ilkesi gereği, imar mevzuatına aykırı davranışta bulunan kim ise para cezası da o kişi adına kesilecektir. Uygulamada yetkili idari mercilerce gerekli araştırma yapılarak mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi tespit edilmeksizin doğrudan yapının mülkiyet sahibine para cezası verilmesi, hukuka aykırılık oluşturmaktadır.⁴⁰ Danıştay konuyla ilgili verdiği bir kararında “Taşınmazın maliki olarak görünen davacının, sadece bu nedenle ruhsatsız yapıları yaptığı kabul edilerek, yapı sahibi olarak nitelendirilemeyeceği, yapıları yapanın açık ve net olarak belirlen-

mesullere verileceğinin belirtildiği, şantiye şefinin ise bu fıkraya göre ceza verilecek kişiler arasında sayılmadığı, şantiye şefinin Kanununun 18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranışlara verilecek cezaları düzenleyen 42. maddenin 3. fıkrasında sayıldığı hususu dikkate alındığında, şantiye şefi olan davacıya 42. maddenin 2. fıkrasına göre belirlenen para cezası verilemeyeceği...” Danıştay 14.Daire, 13.12.2018, E: 2016/2207, K: 2018/7409, UYAP, 19.09.2023.

⁴⁰ “Dosyanın incelenmesinden, ruhsatsız inşaatın sahibi ... adına 26.4.2001 günlü belediye encümeni kararıyla para cezası verilmiş ise de, bu kişinin öldüğünün tesbiti üzerine anılan encümen kararının mirasçıları olan davacılar adına düzeltilmesi suretiyle uyuşmazlığa konu belediye encümeni kararının alındığı anlaşıldığından, yapının mirasçılar tarafından yapıldığı konusunda bir tesbitin bulunmaması karşısında cezaların şahsiliği prensibi uyarınca yapı sahibi olan ...'e verilen para cezasının mirasçılarından tahsil edilmesi mümkün değildir.” Danıştay 6.Daire, 19.04.2005, E:2003/5615, K:2005/2335, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

mesi ve yapıyı yapana para cezası verilmesi gerekirken, davacı adına para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından...⁴¹ demek suretiyle taşınmazın maliki ile yapı sahibinin farklı olabileceğine, bu durumda taşınmaz malikinin yapı sahibi olarak kabul edilemeyeceğine, yapıyı yapanın idarece açık ve net olarak belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yine kat mülkiyetine tabi olan bir taşınmazda ortak kullanım alanlarında yapılan ruhsata aykırılıklar nedeniyle yetkili idare encümeni tarafından apartman yönetim kurulu adına para cezası tesis edilmesi işleminde Danıştay, cezaların şahsiliği ilkesine vurgu yapmak suretiyle binanın ortak kullanım alanında yapılan tadilatlardan tüm kat maliklerinin sorumlu tutulamayacağı, ruhsata aykırılıkları gerçekleştiren kişi ya da kişilerin belirlenerek para cezasının onlar adına kesilmesi gerektiği gerekçesiyle tesis edilen para cezasını iptal etmiştir.⁴²

İmar para cezası, hukuka aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde uygulanacak olup para cezasına karar vermeye yetkili merci, ilgili idarelerin encümenleridir. İlgili idarelerin encümenlerinden kastedilen, belediye sınırları içerisinde belediye encümenleri, belediye sınırları dışında ise il encümenleridir (İmar Kanunu 42/1. madde). İmar para cezasının verilmesinde öngörülen “on iş günü”, süreye uyulmaması halinde herhangi bir yaptırım öngörülmediği için bağlayıcı süre olmayıp, idareye yönelik getirilmiş düzenleyici bir süredir. Dolayısıyla on iş gününü geçtikten sonra da imar para cezası verilebilmekte, sürenin geçirilmiş olması, para cezasının iptaline neden olmamaktadır.⁴³

İmar Kanunu'nun 42/2. maddesi (a) bendinde temel para cezasının hesaplanma kriterleri belirtilmiştir. Bu kriterler; yapı inşaat alanı, yapı sınıfı ve grubu olup para cezalarına konu olan alanın hesaplan-

⁴¹ Danıştay 14.Daire, 23.11.2011, E:2011/2005, K:2011/3517; Danıştay 14.Daire, 10.04.2013, E:2011/16408, K:2013/2663 (UYAP, 27.09.2023).

⁴² Danıştay 6.Daire, 22.12.2003, E:2002/3435, K:2003/7049, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

⁴³ İllgezdi, İmar hukukunda Yıkım, 219; Mustafa Genç, İmar Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 258; Danıştay 10.Daire, 22.06.2022, E:2017/2629, K:2022/3442; Danıştay 8. Daire, 14.10.2022, E:2019/329, K:2022/5672 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023); Danıştay 14.Daire, E:2011/14143, K:2012/8441, Genç, İmar Hukuku, 259-260.

masında, ruhsat ve eklerine aykırı olan alan dikkate alınacaktır. Nitekim İmar Kanunu 42/2-a maddesinde “Bakanlıkça belirlenen yapı sınıflarına ve gruplarına göre yapının inşaat alanı üzerinden hesaplanmak üzere, mevzuata aykırılığın her bir metrekaresi için” denilmek suretiyle yapı sınıfının, yapı grubunun ve ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan inşaatın metrekaresinin, yapı tatil zaptında açıkça yer alması gerektiği de belirtilmektedir. Dolayısıyla yıkım kararında olduğu gibi imar para cezalarının uygulanabilmesi için de ruhsat ve eklerine aykırılıkların kroki ya da şema ile belirtilerek aykırı olan hususların neler olduğunun, aykırılık nedenlerinin, aykırı olan kısmın yüzölçümünün (metrekare ile) de belirtilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Nitekim para cezalarının tespitinde aykırılıktan etkilenen alan (metrekare olarak) dikkate alınmaktadır. Yine para cezası verilmesinde yapının esas alınması gerekliliği de gözden kaçırılmamalıdır. Bir parsel üzerinde birden fazla ruhsat ve eklerine aykırı yapı varsa, her bir yapı için ayrı ayrı para cezası verilmektedir.⁴⁵

Aynı maddenin (c) bendinde ise artırım nedenleri ve oranları belirtilmiştir. Temel para cezasının bu kriterlere aykırı olarak hesaplanması ve hesap edilen para cezasına (c) bendinde yer alan artırım oranlarının uygulanması halinde, toplam para cezasının tamamı hukuka aykırı hale gelip iptali gerekirken; temel para cezasının Kanun’un 42/2. maddesinde öngörülen kriterlere uygun olarak hesaplandığı, ancak koşulları oluşmadığı halde (c) bendinde öngörülen artı-

⁴⁴ Coşkun ve Kurşun, “Cezaların Şahsiliği İlkesi”, 525; Melikşah Yasin, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımın Usul ve Esasları (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 68; Danıştay 14.Daire, 05.02.2014, E:2012/6345, K:2014/1608; Danıştay 14.Daire, 05.02.2014, E:2012/6559, K:2014/1609 (UYAP, 20.09.2023); “...para cezalarına konu olan alanın hesaplanmasında, aykırılıktan etkilenen alanın dikkate alınacağı...” Danıştay 14.Daire, 08.06.2017, E:2014/5069, K:2017/3989, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023; “...hangi alanların aykırılıktan etkilenen alan olarak kabul edildiği, başka bir ifadeyle aykırılıktan etkilenen alanın nasıl belirlendiği tam olarak ortaya konulmaksızın verilen para cezasında hukuka uyarlık bulunmadığından...” Danıştay 14.Daire, 29.04.2015, E:2013/4554, K:2015/3421, Abacıoğlu ve Abacıoğlu, İmar Kanunu Mevzuatı, 605-606.

⁴⁵ “...dava konusu işlemin para cezasına ilişkin bölümüne gelince, anılan parseller üzerine yapılmış yaklaşık 7000 m2 alanı kapsayan tek bir yapının olması karşısında 3194 sayılı Yasanın 42. maddesi uyarınca tek bir yapı için yalnızca bir para cezası verilmesi gerekirken her bir parsel yönünden ayrı ayrı para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığının anlaşıldığı...” Danıştay 6.Daire, 20.02.2006, E:2004/4776, K:2006/659, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.09.2023.

rım oranlarının uygulandığının tespit edilmesi halinde ise para cezasının sadece hukuka aykırı olarak artırılan kısmı hukuka aykırı hale gelmekte ve para cezasının sadece artırım miktarının iptali gerekmektedir.⁴⁶ Yine Danıştay, idarece imar para cezası kesilirken yapı sınıfının yanlış tespit edildiği ancak bu tespitin davacı lehine sonuç doğurduğu durumlarda da davacı aleyhine iptal kararı verilemeyeceğine hükmetmektedir.⁴⁷

Danıştay kararları incelendiğinde, ruhsat ve eklerine aykırı inşa edilen yapılarda, yapı sahibine para cezası verilebilmesi için ilgili idarece ruhsat ve eklerine aykırılığın tespit edilmesinin yeterli olduğu; yapıdaki ruhsata aykırılıkların giderilmesinin, para cezası verilmesini ya da verilmiş olan para cezalarının ortadan kalkması sonucunu doğurmadığı görülmektedir.⁴⁸

İmar para cezaları, yer yıl yeniden değerlendirme oranında artırıldığı için söz konusu cezaların hesaplanma ve verilme tarihleri de önem arz etmektedir. Bazen ruhsat ve eklerine aykırılığın tespit edildiği tarihteki para cezaları ile ilgili idarelerin encümenlerinin imar para cezasına karar verdiği tarihteki imar para cezaları tutar olarak farklılık gösterebilmektedir. Bu durumda para cezasına karar verilirken, imar mevzuatına aykırılığın tespit edildiği tarihte mevzuatta öngörülen para cezasının uygulanması gerekecektir.⁴⁹

V. RUHSAT VE EKLERİNE AYKIRILIK DURUMUNDA YIKIM KARARI

Yıkım kararı, en son başvuru ve ruhsat ve eklerine aykırı yapıların ekonomik ve fiziksel varlığını ortadan kaldıran bir idari yaptırımdır.⁵⁰ Yapının ortadan kaldırılması da ilgililerin haklarını ve çıkar-

⁴⁶ Danıştay 6.Daire, 26.06.2019, E:2019/5134, K: 2019/6526, UYAP, 19.09.2023.

⁴⁷ Danıştay 6.Daire, 20.05.2019, E:2019/3479, K: 2019/4571, UYAP, 19.09.2023.

⁴⁸ Danıştay 6.Daire, 14.04.1997, E:1996/2970, K:1997/2027; Danıştay 6.Daire, 20.10.2006, E:2004/3982, K:2006/4919 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023).

⁴⁹ Yaşar, İmar Hukuku, 275; Yunus Eraslan, "İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar", Adalet Dergisi, 69 (2022): 111-112.

⁵⁰ Oğurlu, İdari Yaptırımlar, 99; Kalabalık, İmar Hukuku Dersleri, 557-558.

larını önemli ölçüde etkileyen ve zedeleyen bir olaydır. Bu nedenle yıkım kararı en son başvurulması gereken bir yaptırım olmalı ve yıkım kararı alınmadan önce, öncelikle yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirmenin yolları araştırılmalı, ruhsat ve eklerine aykırılık halinin ruhsata bağlanabilme ihtimali varsa ilk olarak bu yola başvurulmalıdır.⁵¹

Yıkım kararı ve bunun bildirimini gerekçeli olmalı ve gerekçede hukuki neden doğru tespit edilmiş olmalıdır. Gerekçede gösterilen nedenin aynı zamanda gerçeğe uygun olması ve hukuki niteliğinin de doğru yapılması gerekmektedir.⁵² Yıkım kararının hukuka uygunluğu için sadece yıkım kararında değil, yıkım kararının temelini oluşturan yapı tatil zaptında da yıkıma sebep teşkil eden hususların şüpheye yer bırakmayacak şekilde çok açık ve net olarak belirtilmesi gerekmektedir.⁵³ Yapı tatil zaptı düzenlenirken, yapının mevcut durumunun, ruhsat ve eklerine aykırılıkların neler olduğunun, inşaatın

⁵¹ Tekin Akıllıoğlu, "Yıkma Kararında Yöntem Sorunları", Amme İdaresi Dergisi, 12/4 (1976): 41,48.

⁵² Akıllıoğlu, "Yıkma Kararında Yöntem Sorunları", 49; "...dava konusu işlemin dayanağı 6.9.2010 günlü yapı tatil tutanağı ile, işleme konu yapıda ruhsat ve eklerine aykırı kısımların niteliğine ilişkin, aykırılıkları açık ve somut olarak ortaya koyan belirlemelere, verilere yer verilmeden, yapının 1. ve 2. bodrum katlarının ruhsatına uygun kullanılmadığının tespit edilerek, bu tespite dayalı olarak yapının yıkımına ilişkin encümen kararının alındığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, dava konusu yıkım işleminin "yapıya" yönelik olarak tesis edilmesi ve ruhsatsız ve/veya ruhsata aykırı yapı nedeniyle imalatı yapmayan yapı sahibi, kiracısı veya bu kişilerin dışında yapı ile ilgisi bulunmayan kişi adına işlem tesis edilmesinin, işlemi sadece bu nedenle sakatlamayacağı açık ise de, 3194 sayılı Yasaya uygun düzenlenmeyen tutanağa dayalı olarak tesis edilen dava konusu encümen kararında hukuka uyarlık bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmemiştir" Danıştay 14.Daire, 07.05.2014, E:2012/387, K:2014/5245; aynı yönde karar için Danıştay 6.Daire, 16.04.2008, E:2007/ 8640, K:2008/2358; Danıştay 14.Daire, 16.04.2014, E:2012/4400, K:2014/4743 (UYAP, 20.09.2023).

⁵³ "3194 sayılı Kanununun 32. maddesi uyarınca ruhsat ve eklerine aykırı yapılan yapıların yıkıtılmasına karar verilebilmesi için, idarece düzenlenen yapı tatil tutanağının ruhsata aykırılıkları somut ve ayrıntılı olarak belirtecek şekilde düzenlenmesinin gerektiği, ruhsat ve eklerine aykırılıkların neler olduğu açık ve net bir şekilde ortaya konulmaksızın yıkım kararı verilemeyeceğinin kuşkusuz olduğu, dava konusu olayda, davalı idarece inşaat emsalinin ne şekilde aşıldığı somut bir şekilde ortaya konulmadan, verilen inşaat ruhsatı iptal edilmeden ve bu inşaat ruhsatına aykırılıkların neler olduğu açıkça tespit edilmeden yıkım kararı verilmesinde mevzuata uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 05.05.2005, E:2004/2530, K:2005/1121, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 28.09.2023.

yapı tatil zaptının düzenlendiği andaki durumunun somut ve ayrıntılı bir biçimde belirlenmesi, yıkım işleminin sebep unsurunun gerçekleşmesi açısından aranan en önemli unsurlardır.⁵⁴ Somut ve ayrıntılı düzenlemeden kastedilen ise ruhsat ve eklerine aykırılıkların kroki ya da şema ile belirtilerek aykırı olan hususların neler olduğunun, aykırılık nedenlerinin, aykırı olan kısmın yüzölçümünün (metrekare ile) de belirtilmesidir.⁵⁵ Ayrıca yapı tatil zaptında “yıkım” ifadesine açıkça yer verilmesi gerekli olup “gerekli işlemlerin yapılacağı” ya da “gerekli yaptırımların uygulanacağı gibi ifadelere yer verilmesi yıkım kararı alınması için yeterli değildir.⁵⁶ Bu hususları içermeyen yapı tatil zaptına dayanılarak tesis edilen yıkım kararı, sebep unsuru yönünden hukuka aykırı hale gelmektedir.⁵⁷

İmar Kanunu'nun 32/5. maddesine göre ruhsat ve eklerine aykırılık olan yapıda, söz konusu aykırılığın yapı tatil zaptının düzenlendiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde giderilmemesi veya ruhsat alınarak yapının ruhsata uygunluğunun sağlanamaması halinde ruhsat iptal edilerek ruhsat ve eklerine aykırı yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararı alınarak belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararda “Öte yandan; dava konusu yapı tatil tutanağı eki kroki incelendiğinde, bu aykırılıkların yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi bulunan kısımlara zarar vermeden giderilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, mevcut haliyle yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi verilen imalatlardaki aykırılıkların, 3194 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca giderilebilmesi için öncelikle hukuken geçerliliği devam eden yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgelerinin iptal edilmesi gerekmektedir. Bu durumda; mevcut haliyle yapı kullanma izni bulunan yapıdaki, projeye aykırılıkla-

⁵⁴ Danıştay 14.Daire, 01.06.2011, E:2011/5192, K:2011/5; Danıştay 14.Daire, 22.04.2014, E:2012/4904, K:2014/5094; Danıştay 14.Daire, 13.05.2014, E:2012/283, K:2014/5510; Danıştay 14.Daire, 16.04.2014, E:2012/ 894, K:2014/ 4767 (UYAP, 20.09.2023).

⁵⁵ Danıştay 14.Daire, 05.02.2014, E:2012/6559, K:2014/1609; Danıştay 14.Daire, 05.02.2014, E:2012/6767, K:2014/1611; Danıştay 14.Daire, 05.02.2014, E:2012/6345, K:2014/1608 (UYAP, 20.09.2023).

⁵⁶ Danıştay 6.Daire, 23.01.2004, E:2002/3582, K:2004/394, UYAP, 26.09.2023.

⁵⁷ Ersöz, “Yıkım Kararı”, 131-132; Abacıoğlu ve Abacıoğlu, İmar Kanunu Mevzuatı, 499.

rın giderilebilmesi için, yapı kullanma izninin iptal edilmesinden sonra karar alınması gerekirken, söz konusu izin iptal edilmeden tesis edilen dava konusu işlemin bu kısmında hukuka uygunluk, davanın bu kısım yönünden reddi yolundaki ilk derece Mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁵⁸ denilmek suretiyle yapı tatil zaptındaki aykırılıkların yapı ruhsatı bulunan kısımlara zarar vermeden giderilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, söz konusu aykırılıkların giderilebilmesi için hukuken geçerli olan yapı ruhsatının iptal edilmesi gerektiği, mevcut yapı ruhsatı iptal edilmeden ve ardından ruhsat ve eklerine aykırılıkların giderilip giderilmediği değerlendirilmeden yıkım kararı alınamayacağına hükmedilmiştir.

İlgili idare tarafından yapılan tespite rağmen iki ay içinde hakkında yıkım kararı alınmayan yapılar ile hakkında yıkım kararı alınmasına rağmen altı ay içinde ilgili idaresi tarafından yıktırılmayan yapılar, yıkım maliyetleri döner sermaye işletmesi gelirlerinden karşılanmak üzere Bakanlıkça yıkılabilir veya yıktırılabilir. Ancak kanun hükmünün lafzından Bakanlığın söz konusu yetkisinin takdir yetkisi kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır.

İmar Kanunu 32/son maddesi hükmünce de ruhsat ve eklerine aykırılık hallerinin, ruhsata bağlanamayacağına veya aykırılıkların giderilemeyeceğinin ilgili idare tarafından tespit edilmesi durumunda, yapıların ruhsatı bir aylık süre beklenmeden de iptal edilebilir.⁵⁹

İmar Kanunu'nun 32/5. maddesine göre yıkım kararı vermeye yetkili idari merciler belediye encümenleri ile il idare kurullarıdır. Her ne kadar İmar Kanunu'nda mücavir alan dışında yıkım kararının il idare kurulu tarafından alınacağı belirtilmiş olsa da 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte bu yetki il özel idaresi bulunan yerlerde, il encümenleri tarafından kullanılmaktadır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Yerel Yönetimler Genel Müdürlüğü'nün 14399437/247266 sayılı ve 23.12.2020 tarihli kararında da bu husus açıklanmıştır.⁶⁰ Belediye encümeni, il encümeni ya da il idare kurulu

⁵⁸ <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/26/dosya/bilirk-1pdf13-05-202210-04-pm.pdf>, 27.09.2023.

⁵⁹ Danıştay 14.Daire, E:2012/5137, K:2014/5911, Genç, İmar Hukuku, 241.

⁶⁰ "Buna göre yukarıdaki mevzuat hükümleri çerçevesinde; belediye ve mücavir alan sınırları dışında imar hizmetleri ile ilgili görevli ve yetkili idarenin 5302 sayılı Ka-

yerine İmar ve Şehircilik Müdürlüğü ya da başka bir idari merciin yıkım kararı vermesi, kararı yetki unsuru yönünden hukuka aykırı hale getirecektir.⁶¹ Encümen ya da il idare kurulunun konuyla ilgili kararının hukuka uygun kabul edilebilmesi için bu organların kanuni düzenlemelere uygun şartlarda toplanması ve karar alması gerekmektedir. Aksi hal, alınan kararı şekil ve usul unsuru açısından hukuka aykırı kılacaktır.

İmar Kanunu'nun 32/5. Maddesinde, bir yapı hakkında yetkili idari merciler tarafından yıkım kararı alınıp uygulanması kademeli olarak hüküm altına alınmıştır. Bu kademeli uygulama uyarınca; öncelikle yapının ruhsata ve eklerine aykırı yapıldığının tespit edilmesi, bu hususun yapı tatil zaptına geçirilerek yapının mühürlenmesi, daha sonra bunun ilgisine tebliğ edilmesi ve ilgisine belirtilen hukuka aykırılığın giderilmesi için bir aylık sürenin verilmesi ve bu süre zarfında da ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmemesi durumunda yetkili olan belediye ve il encümenleri veya il idare kurulları tarafından yıkım kararı alınması öngörülmüştür.⁶² Bu arada yıkım kararının,

nun uyarınca il özel idareleri olduğu, 3194 sayılı Kanun'daki buna aykırı hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığı, diğer taraftan imar hizmetlerinin imar planı hazırlama ve onaylama, yapı etüt ve projeleri hazırlama, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi düzenleme, mücavir alanları ve köy yerleşik alanlarını belirleme, mevzuata uygunluğun denetlenmesi, mevzuata aykırılık halinde ise mevzuata uygunluğun sağlanması, bunun mümkün olmaması halinde ise yıkım kararının verilmesi ve idari yaptırım uygulanması gibi aşamaları kapsadığının ve bu aşamaların birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığını kabulü gerekmektedir. Bu bakımdan, diğer imar hizmetlerinde olduğu gibi ruhsata aykırı veya ruhsatsız bir yapının imar mevzuatı kapsamında yıkılması kararının, belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki alanlarda il özel idaresince verilmesinin, il özel idaresinde ise yaptırım kararlarını veren organ olan il encümeni tarafından bu yetkinin kullanılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.” https://webdosya.csb.gov.tr/db/yerelyonetimler/icerikler/beled-ye-ve-mucav-r-alan-sinirlari-disindak--yikim-kararlari_son-20220322075041.pdf, 27.09.2023.

⁶¹ “3194 sayılı Kanununun 32. maddesinde öngörülen usul izlenmeden, yıkım kararı almaya ve para cezası vermeye yetkili olmayan Yapı Kontrol ve İskan Müdürlüğü'nce tesis edilen dava konusu işlemden yetki yönünden hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” Danıştay 14.Daire, 10.10.2012, E:2012/4962, K:2012/6897; Danıştay 6.Daire, 08.10.1987, E:1987/74, K:1987/874 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 28.09.2023).

⁶² “...davacı ruhsat başvurusunda bulunduğundan anılan başvurunun sonuçlandırılarak idarece bir işlem tesis edilmesi ve ruhsata bağlanmaması halinde davacıya bu işlemin iptali istemiyle dava açma hakkı tanınması gerekirken ruhsat başvurusu sonuçlandırılmadan anılan yapıların yıkımı yolunda karar alınmasında hukuka uyar-

sadece ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilen hukuka aykırı olan kısım üzerinde alınabileceği unutulmamalıdır.⁶³ Danıştay 2019 tarihinde verdiği bir kararda; İmar Kanunu'nun 32. maddesinde öngörülen usul izlenmeden ve bu hususta yetkili merci olan belediye encümeni tarafından yıkım kararı alınmadan, çatı tadilatına ilişkin kısmın yıkımına yönelik tesis edilen işlemi hukuka aykırı bularak iptaline karar vermiştir.⁶⁴

Ruhsata bağlanma imkânı olan yapılarda yıkım kararı alınabilmesi için idarece verilen sürenin bitmesi zorunludur.⁶⁵ Çünkü bu sürede, ilgisinin ruhsat ve eklerine aykırılığı giderme imkânı bulunmaktadır. Süre sonunda aykırılığı giderilen veya aykırılığı giderme yönünde çalışma başlatılan yapı hakkında yıkım cezası uygulanmaktadır. Bir aylık süre dolmasına rağmen ruhsat ve eklerine aykırılığı gidermeyen ancak sürenin bitiminden sonra gidermek için çalışma başlatılan yapılarda yıkım kararı alınması, idarenin takdir yetkisindedir. Ancak burada ilgisinin kötü niyeti yoksa, idarece verilen süre içinde makul nedenlerle hukuka aykırılığın giderilememesi söz konusu olmuşsa, yıkım kararının özellikleri düşünülerek yıkım kararı verilmemesi daha uygun olacaktır.⁶⁶ Uygulamada ilgili idarelerce yapı tatil zaptı düzenlendikten sonra ayrı bir yazı ile ya da imar para cezası verilmesine ilişkin encümen kararıyla birlikte yapının ruhsata bağ-

lık bulunmamaktadır." Danıştay 6.Daire, 13.02.2008, E:2006/780, K:2008/941, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

⁶³ Danıştay 14.Daire, 06.05.2014, E:2012/4617, K:2014/5177, UYAP, 20.09.2023.

⁶⁴ Danıştay 6.Daire, 26.06.2019, E:2019/4289, K:2019/6525, UYAP, 20.09.2023; Danıştay 6.Daire, 11.05.2005, E:2003/6322, K:2005/2725, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023.

⁶⁵ Cafer Ergen ve Veli Böke, Kaçak Yapı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 282; Eraslan, "İmar Hukukunda", 115; "Uyumsuzluk konusu olayda; davacıya 3194 sayılı Kanunun 32. maddesi uyarınca yapı tatil tutanağının yapı yerine asılmasından (tebliğden) itibaren ruhsat alması için süre verilmesi gerektiği, nitekim davalı idarece de davacıya ruhsat alması için 1 ay süre verildiği, ancak bu süre beklenilmeden yapı tatil tutanağının düzenlendiği 18/08/2014 tarihinden onaltı (16) gün sonra 04/09/2014 günlü encümen kararı ile yıkıma karar verildiği görülmüştür. Buna göre; dava konusu işlemin yıkıma ilişkin kısmında hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukuki isabet bulunmamıştır." Danıştay 6.Daire, 17.02.2020, E:2019/4530, K:2020/1765; Danıştay 14.Daire, 21.05.2014, E:2012/5137, K:2014/5911, Danıştay 14.Daire, 02.04.2014, E:2012/2159, K:2014/4177 (UYAP, 21.09.2023).

⁶⁶ İlgezi, İmar Hukukunda Yıkım, 83.

lanması ya da yıkımı için ayrıca bir süre öngörülebilmektedir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, yapı tatil zaptının düzenlendiği tarihten itibaren bir aylık süre geçmiş olsa bile ilgili idarece verilen süre geçmeden alınacak bir yıkım kararı hukuka aykırı olacaktır.⁶⁷

Ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmesi için ilgiliye süre verildikten sonra ve yıkım kararı alınmadan önce, ilgili idare tarafından, ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmiş olup olmadığına veya ruhsat alınıp alınmadığına ilişkin inceleme ve tespit işlemi yapılması gerekmektedir. Bu inceleme ve tespit işleminin de ilgiliye ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmesi ya da ruhsat alması için verilen süre geçtikten sonra yapılması gerekir. Bu nedenle bir aylık süre beklenilmeden yapılan tespit ve inceleme işlemi ile bu işleme binaen alınan yıkım hukuka aykırı olacaktır. Uygulamada ilgili idari merciler tarafından aynı işlemle ilgiliye hem aykırılığın giderilmesi için bir aylık süre verildiği hem de verilen bir aylık süre içinde aykırılık giderilmediği veya ruhsat alınmadığı takdirde yapının yıkılacağı bildirildiği görülmektedir. İdarenin bu yöndeki yıkım işlemi, bir aylık sürenin bitmesi beklenip ardından ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilip giderilmediği ya da ruhsat alınıp alınmadığı inceleme ve tespiti yapılmadan tesis edilmiş olduğundan hukuka aykırı hale gelecektir ki konuyla ilgili Danıştay kararları da bu yöndedir.⁶⁸

⁶⁷ Danıştay 14.Daire, E:2015/415, K:2018/4184, Aktaran, İlgezdi, İmar Hukukunda Yıkım, 161.

⁶⁸ "...dava konusu diğer işlem olan yapının 15 gün içerisinde ruhsatlandırılması veya kaldırılması, aksi taktirde 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca işlem yapılarak masrafların ilgisinden tahsil edileceğine ilişkin Konyaaltı Belediye Başkanlığının ... tarihli ... sayılı yazısı yönünden ise; işlemin dayanağı olan ... tarih ve ... sayılı Konyaaltı Belediye Encümeni kararında yıkıma ilişkin bir karar alınmadığı, işlem tarihi itibarıyla belediye encümenince alınmış başka bir yıkım kararının da bulunmadığı... görüldüğünden bu işlemde de hukuka uyarlık görülmeyeceği gerekçesiyle, dava konusu işlemlerin iptali..." Danıştay 6.Daire, 24.12.2020, E:2020/8443, K:2020/13742; "...belediyelerce binaların ruhsatsız olduğunun tespit edilmesi halinde öncelikle İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca gerekli süreler verilerek ruhsat alınması gerektiğinin bildirilmesi, verilen süre içerisinde ruhsat alınmaması halinde binanın yıkımına karar verilebileceği hususunun belirtilerek usulüne uygun şekilde yapı tatil zaptı düzenlenmesi ve 30 günlük sürenin sonunda bir işlem tesis etmesi gerekirken..." Danıştay 8.Daire, 10.03.2021, E:2016/13069, K:2021/1443; "Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapının mühürlenerek inşaatın durdurulmasından itibaren, yapı sahibine ruhsat almak veya yapısını ruhsata uygun hale getirmek için bir ayı geçmemek koşulu ile süre verilmesi durumunda bu sürenin; herhangi bir süre verilmemesi halinde ise tespit tarihinden itibaren bir aylık sürenin sonunda, ruhsat alınmayan veya ruhsatına uygun hale getirilmeyen yapı-

İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca ruhsat ve eklerine aykırılık durumunda yıkım kararının yapı sahibi adına alınması gerekmektedir. Hakkında yıkım kararı alınan taşınmazın muhatabı, taşınmazın maliki olmakla birlikte taşınmazın paylı mülkiyete tabi veya elbirliği mülkiyetine konu olması durumunda bütün maliklere bildirim yapılmalıdır.⁶⁹ Danıştay kararları uyarınca taşınmazın maliki olmayıp da taşınmaz üzerinde intifa hakkı ya da kiracılık hakkına sahip olanlara yıkım kararının tebliğ edilmemesi tali şekil sakatlığı olarak kabul edilmekte ve tek başına yıkım kararının iptaline neden olmamaktadır.⁷⁰ Bununla birlikte yıkım kararı ile menfaati ihlal edilen taşınmazın kiracısının, yapı müteahhidinin de dava açma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.⁷¹

İmar Kanunu 32/5. maddesi gereğince alınan yıkım kararının ardından kural olarak yıkımın ruhsat ve eklerine aykırı yapıyı yapan kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak bu kişilerce yıkımın gerçekleştirilmemesi halinde, yıkım kararını veren yetkili idari merciler tarafından yıkım gerçekleştirilir. Yıkımın ilgili idarece gerçekleştirilmesi durumunda, idare yıkım için yaptığı masrafları ilgisinden tahsil edecektir.

Yürürlükteki imar planına uygun olarak verilmiş ruhsata dayanılarak yapılmakta olan inşaatın, ruhsatın dayanağı imar planının iptal edilmesi nedeniyle hukuka aykırı hale gelmesi durumunda, ruhsatın iptal edilip yapının yıkılması mı gerektiği yoksa o imar planının iptalinden sonra ruhsatın iptaline kadar geçen sürede yapılan kısımların korunması mı gerektiği konusunda Danıştay kararları arasında bir birlik bulunmamaktadır. Söz konusu mesele çok sayıda yargısal uyumsuzluğun konusunu

lara ilişkin 3194 sayılı Kanunun 32. maddesi uyarınca yıkım kararı alınabileceği açıktır.” Danıştay 6.Daire, 21.10.2020, E:2019/9588, K: 2020/9900 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 20.09.2023).

⁶⁹ Akıllıoğlu, “Yıkma Kararında Yöntem Sorunları”, 49; İlgezdi, İmar Hukukunda Yıkım, 142.

⁷⁰ Danıştay 14.Daire, 10.06.2014, E:2012/6589, K:2014/6620, UYAP, 20.09.2023.

⁷¹ İlgezdi, İmar Hukukunda Yıkım, 143; “3194 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tesis edilen yıkım işleminin, doğrudan yapıya yönelik olarak tesis edilmesi nedeniyle, adına işlem tesis edilen ve yapının maliki olan kişiler dışında, yapıda kiracı olarak bulunanların da yıkım işleminin iptalini istemelerinde meşru, kişisel ve güncel ilişkisi vardır. Dolayısıyla yıkım işleminin iptali istemiyle dava açma ehliyetleri de bulunmaktadır” Danıştay 14.Daire, 18.4.2012, E:2011/9654, K:2012/2931, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 21.09.2023.

teşkil etmektedir. Bu uyuşmazlıkların çözümünde de iptal edilen imar planı döneminde alınan ruhsata uygun olarak inşa edilen yapılar bakımından kazanılmış hak doğup doğmadığı önem arz etmektedir.

2004 yılında Danıştay 6. Daire'nin önüne gelen bir olayda; imar planı değişikliği yapıp bu değişikliğe göre davacıya yapı ruhsatı verilmiş, ardından imar planı değişikliği idari yargı yerince iptal edilerek karar kesinleşmiş ve belediye tarafından yeni bir imar planı hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur. Davacının yapı ruhsatının iptaline ise yeni yapılan planın yürürlüğe girmesinden iki yıl sonra karar verilmiştir. Ruhsat iptali kararına karşı açılan davada ilk derece mahkemesince uyuşmazlık konusu yapının, yeni imar planına aykırı kısımlarının yıkımında hukuka aykırılık bulunmamış, bunun üzerine karar temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay 6. Daire "*Olayda, 24.10.1995 günlü inşaat ruhsatı, verildiği tarihte yürürlükte olan imar planına uygun olarak düzenlenmiş, bu ruhsata dayalı olarak inşaata başlanılmış, anılan planın 22.5.1997 tarihinde İdare Mahkemesince iptal edilmesine karşın inşaat mühürlenmeyerek devamına izin verilmiştir. Davalı idarece iptale ilişkin Mahkeme kararının onandığı 26.11.1998 tarihi itibarıyla dahi işlem yapılmamış, yeni planın yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık 2 yıl sonra inşaat ruhsatı iptal edilmiştir. Bu durumda, davalı idarece 22.5.1997 günlü Mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi için ancak 25.2.2000 gününde bir işlemin tesis edilmesi ve inşaat ruhsatının iptal edildiğinden bahisle tadilat projesi yapılmasının da istenilmesi nedeniyle arada geçen bu sürede yapımına devam edilen inşaatın bu tarihe kadar tamamlanmış kısmının korunması zorunlu olduğundan, bu hususun gözönünde bulundurulması suretiyle İdare Mahkemesince yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, inşaat ruhsatının iptalinden sonra yeni plana aykırı bir yapılaşma varsa buna göre yeniden işlem tesis edileceği de açıktır.*" demek suretiyle yapı ruhsatının, yeni imar planının yürürlüğe girdiği tarihte değil, yeni imar planına göre ruhsatın iptal edildiğine karar verildiği tarih itibarıyla hukuka aykırı hale geleceğine ve yapının ruhsatın iptal edildiği tarihe kadar tamamlanan kısımlarının korunması gerektiğine hükmetmiştir.⁷²

⁷² Danıştay 6.Daire, 20.02.2004, E:2003/6430, K:2004/948, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023.

Yine 1991 yılında aynı Daire tarafından verilen bir kararda “Dava dosyasının incelenmesinden, uyumsuzluk konusu inşaat için imar durumuna göre inşaat ruhsatı verildiği, ruhsat ve eklerine uygun olarak 5 katlı inşaatın kaba olarak bitilmesini takiben, sözkonusu bölgede imar planı değişikliği yapıldığı ve taşınmazın yeşil alana ayrıldığı gerekçesiyle ruhsatın iptali ve inşaatın mühürlenmesi yoluna gidildiği anlaşılmış olup, bir idari işlemin geri alınması olgusu karşısında, konunun kazanılmış haklar yönünden incelenmesini gerekmektedir. İmar mevzuatı ve Danıştay İçtihatları birlikte incelendiğinde imar işlerinde ilgililer yönünden kazanılmış hakların saptanmasında inşaatın tamamlanmış olup, olmadığına önemli bir kriter olarak alındığı görülmektedir. Olayda da, ruhsat ve eklerine uygun olarak inşa edilen yapının kaba inşaatın tamamlanmasından sonra imar planında değişiklik yapıldığı gerekçesiyle ruhsatın iptali yoluna gidildiği ihtilafsız olduğunda bu durumun kazanılmış hakların korunması ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir.”⁷³ şeklinde hüküm tesis edilmek suretiyle imar planı değişikliğine bağlı olarak yapı ruhsatının iptalinde, inşaatın tamamlanmış olup olmamasının, ilgililer yönünden kazanılmış hakların saptanmasında önemli bir kriter olarak görüldüğü ifade edilmiştir.⁷⁴

Danıştay 6. Dairesi'nin imar planının iptaline kadar hukuka uygun olarak yapılan ancak tamamlanamayan yapılara ilişkin verdiği çoğu kararda ise söz konusu plana göre verilen ruhsatlara uygun olarak ve

⁷³ Danıştay 6.Daire, 24.10.1991, E:1991/1704, K:1991/2144, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023.

⁷⁴ “Bu durumda, verilen inşaat ruhsatının ve yapı kullanma izin belgesinin yapı bittikten sonra, söz konusu taşınmazın bulunduğu yeri konut alanı olarak belirleyen imar planı değişikliğinin ... günlü mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle iptal edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 6.Daire, 03.12.1998, E:1997/6294, K:1998/5931; “Olayda ise imar planı değişikliğinin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararının 10.11.1998 tarihinde verilmesine ve davacıya 25.12.1998 tarihinde yapı kullanma izni düzenlemesine karşı davalı idarece yapı bittikten sonra 1.11.2000 günlü işlemle inşaat ruhsatının iptal edildiği ve yapı tatil tutanağının 25.1.2001 tarihinde düzenlenerek yapının mühürlendiği anlaşıldığından davacının kazanılmış hakkının bulunduğu kabulü zorunludur. Bu durumda, söz konusu taşınmazın bulunduğu alanda kat artışı getiren imar planı değişikliğinin 10.11.1998 günlü, mahkeme kararı ile iptal edildiği gerekçesiyle yapı bittikten sonra inşaat ruhsatı iptal edilerek yapı tatil tutanağı ile inşaatın mühürlenmesine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesinin ısrar kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 23.10.2008, E: 2005/1721, K: 2008/1837 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023).

ilgilisinin hilesi ve kusuru olmadan yapılan yapı kısımlarının, geldiği seviye itibariyle korunması gerektiğine hükmettiği görülmektedir.⁷⁵

Görülebileceği üzere özellikle Danıştay 6. Daire kararlarında çoğunlukla, imar planı değişikliği ya da iptali durumunda, bu plana uygun olarak verilen yapı ruhsatına uygun olarak tamamlanan yapının ya da yapı bölümlerinin, sonradan imar planının iptal edilmesi durumunda korunması gerektiği kabul edilmektedir.

Danıştay 14. Dairesi ise 6. Daireden farklı olarak kararlarında çoğunlukla, yapı ruhsatının dayanağı olan düzenleyici işlem niteliğindeki imar planının iptal edilmesi durumunda, dayanağı ortadan kalkan yapı ruhsatının da iptal edilmesi gerektiğine hükmetmektedir.⁷⁶ Burada yapının tamamlanan kısımları için kazanılmış hak doğmayacağına değinen 14. Daire, kazanılmış haktan bahsedebilmek için her şeyden önce işlemin hukuka uygun olması gerektiğini, hukuka aykırı işlemlerin kazanılmış hak yaratmayacağını, bu nedenle hukuka aykırı olan ve iptal edilen imar planına göre verilen yapı ruhsatlarının ve ruhsatlara göre inşa edilen yapıların kazanılmış hak yaratmayacağına karar vermektedir.⁷⁷

⁷⁵ "Davacının yapısı için inşaat ruhsatının düzenlenmesi kazanılmış hak için tek başına yeterli olmasa da İdare Mahkemesince iptal hükmünün verildiği tarihe kadar ilgilinin hatası hilesi yada kusuru olmadan yapıya devam edilmesi durumunda mahkeme kararının verilmesini takiben davalı idarece yapının fiili durumunun da kazanılmış hak olarak kabul edilmesi gerekmektedir." Danıştay 6.Daire,19.10.2005, E:2005/3489, K: 2005/4902; Danıştay 6.Daire, 02.06.2004, E:2002/6073, K:2004/3442; ""...ilgilinin hatası, hilesi veya kendisine isnat edilebilecek bir kusurunun bulunmaması halinde yürürlükteki imar planı ile ruhsatına uygun olarak yapılan inşaatın kazanılmış hak kapsamına girdiğinin kabulü gerektiği hususu Dairemizin istikrar kazanmış içtihatlarındandır. Uyuşmazlık konusu otel binasının da uygulama imar planı ve yapı ruhsatlarına uygun yapıldığının görülmesi karşısında ilgilinin kazanılmış hakkının doğduğu..." Danıştay 6.Daire, 23.12.2014, E:2014/6095, K:2014/9235 (Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023).

⁷⁶ "İmar planı değişikliğinin yargı kararıyla iptal edilmesi üzerine değişiklikten önce yürürlükte bulunan imar planının kendiliğinden yürürlüğe girmemekte söz konusu alan plansız duruma düşmektedir. Bu durumda, yapı ruhsatının dayanağı olarak belirtilen ... tarihli, ... sayılı Cide Belediye Meclisi kararıyla tesis edilen 1/1000 ölçekli uygulama imar planı yürürlükte olmadığından, yürürlükte bulunmayan uygulama imar planı esas alınarak düzenlenen dava konusu yapı ruhsatında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 08.12.2020, E:2016/6741, K:2020/12294, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023.

⁷⁷ Danıştay 14.Daire, 20.01.2016, E:2015/10132, K:2016/92, Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı, 22.09.2023.

Bu noktada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun da daha önce Danıştay 6. Dairesinin verdiği kararlar doğrultusunda oluşturduğu içtihadından vazgeçerek Danıştay 14. Dairesinin kararları yönünde içtihat oluşturduğu görülmektedir. O halde Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun, Danıştay 6. Dairesi ile 14. Dairesi arasındaki görüş farklılığında 14. Daireden yana bir tavır sergilediği söylenebilir.⁷⁸

Danıştay içtihatları arasındaki farklılıkta Danıştay 6. Daire kararlarının daha yerinde olduğu kanaati hâsıl olmaktadır. Her ne kadar imar planı iptal edilse de o plana göre verilen ruhsata uygun olarak yapıлып tamamlanan yapının, kamu yararı ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece idari istikrar ilkesi uyarınca korunması gerekmektedir. İmar planı iptal edildiğinde, yapı henüz tamamlanmamış ise yapı ruhsatı iptal edilerek kamu yararı ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece yapının biten kısımlarının da korunması yerinde olacaktır. Bu durumda yeni imar planına göre yeni bir ruhsat tesis edilmesi gerekmektedir. Ancak imar planının iptali davasında; planın kamu düzeni, kamu yararı, çevrenin korunması, yapı güvenliği, tarihi ve kültürel değerlerin korunması gibi nedenlerle iptalinden bahsediliyorsa, bu durumda her halde ruhsatın iptali ve yapının yıkılması gerekmele birlikte iyi niyetli yapı sahibinin bu nedenle uğradığı zararlarının tazmini gerekecektir.

SONUÇ

3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca ruhsat ve eklerine aykırı yapılar nedeniyle düzenlenen yapı tatil zaptı ve mühürleme işlemleri ile devamında buna bağlı olarak tesis edilen idari para cezası ve yıkım kararı nedeniyle idari yargı yerlerinde çok sayıda dava açıldığı görülmektedir. Bir yapının hukuka uygun inşa edilmiş kabul edilebilmesi

⁷⁸ Cenk Şahin, "Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi – Eleştirel Bir Bakış", İstanbul Hukuk Mecmuası, 76/2 (2018): 769; ""...Yargı yerince iptal edilen plana dayalı olarak verilmiş olan inşaat ruhsatının idarece iptal edilmesi veya söz konusu ruhsatla ilgili olarak açılmış bir davanın mevcut olması halinde her ne kadar ruhsat işlemi tesis edildiği tarihte plana uygun ise de, hukuka aykırılığı saptanan plana dair olarak verilen iptal kararı sebebiyle imar planı tesis tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacağından inşaat ruhsatının da hukuki dayanağı kalmayacağı ve iptalinin gerekeceği tabiidir..." Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 12.11.2014, E:2012/477, K:2014/3990

için yapıya, yapı ruhsatı alınarak başlanmış olması gerekmektedir birlikte yapının inşası tamamlanıp yapı kullanma izin belgesi alınana kadar da yapının ruhsat ve eklerine uygun olarak yürütülmesi şarttır. Akdi halde ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapıldığı tespit edilen kısımlar, hukuka aykırı yapı olarak kabul edilmekte ve söz konusu yapıların ruhsat ve eklerine aykırı kısımları için de İmar Kanunu'nda yer alan para cezası ve yıkım kararı uygulanabilmektedir. Ancak burada yapının, ruhsat ve eklerine aykırı kısımlarının yine ruhsata tabi olup olmadığı önem arz etmektedir. Kural olarak yapıdaki değişiklikler ve ilaveler de yapı olarak kabul edilip ruhsat gerektirmekle birlikte gerek doktrin gerekse Danıştay kararlarından anlaşılacağı üzere, genel olarak yapının taşıyıcı unsurunu etkilemeyen, yapının inşaat alanını artırmayan veya azaltmayan ve esaslı nitelikte olmayan inşai faaliyetler, ruhsat alınmasını gerektirmeyen basit nitelikte tamirat ve tadilat kapsamında kabul edilmektedir.

Ruhsat ve eklerine aykırılık durumunda ilk yapılması gereken yapı tatil zaptı düzenlenerek yapının mühürlenmesidir. Yapı tatil zaptı, henüz devam eden inşaatlarda, inşaatın ruhsat ve eklerine aykırı olarak yürütüldüğünün yetkililerce tespit edilerek inşaatın durdurulmasına neden olan bir tutanak olup ruhsat ve eklerine aykırı yapılar da imar para cezası ya da yıkım kararı alınabilmesi için öncelikle usulüne uygun düzenlenmiş ve tebliğ edilmiş bir yapı tatil zaptı bulunması gerekmektedir. O halde İmar Kanunu'nda yer alan para cezası ve yıkım kararının hukuka uygun kabul edilebilmesi için her şeyden önce yapı tatil zaptının usulüne uygun düzenlenmesi ve tebliği esastır. Bir başka ifadeyle usulüne uygun düzenlenmeyen ve tebliğ edilmeyen yapı tatil zaptına dayanılarak imar yaptırımları uygulanması hukuka aykırı olacaktır.

Gerek bilimsel gerekse yargısal içtihatlar gereği yapı tatil zaptının usulüne uygun düzenlenmiş kabul edilebilmesi için ilk olarak yapı tatil zaptında ruhsat ve eklerine aykırılıkların ilgili fen adamları tarafından yüz ölçümü (metrekare olarak) ile birlikte somut, ayrıntılı ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde açık olarak belirtilerek yapının o anki durumunun tespiti gerekmektedir. Devamında ruhsata uygun hale getirilmesi mümkün olan yapıların verilen süre içinde ruhsata

uygun hale getirilmesi gerektiği, aksi halde imar mevzuatında öngörülen yaptırımların uygulanacağına ihtaren bildirilmiş olması ve 1982 Anayasası'nın 40/2. maddesi gereği yapı tatil zaptında, malikin bu işleme karşı başvurabileceği idari veya hukuksal başvuru yollarının neler olduğunun ve süresinin belirtilmesi gerekmektedir.

İmar Kanunu'nda yer alan idari yaptırımların, ruhsat ve eklerine aykırı yapılar bakımından uygulanabilmesi için her şeyden önce yaptırım kararı alan idarenin, bu konuda yetkili olması ve kararların usulüne uygun olarak alınması gerekmektedir. Ardından en önemli şart, idari yaptırımlara temel teşkil eden yapı tatil zaptının usulüne uygun olarak düzenlenerek ilgisine tebliğ edilmesidir.

İmar Kanunu'nun 42. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenen para cezaları açısından dikkat edilmesi gereken hususlardan ilki; cezaların şahsiliği ilkesi gereği, imar mevzuatına aykırı davranışta bulunan kişi adına para cezası tesis edilmesi gerektiğidir. Uygulamada yetkili idari mercilerce gerekli mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi tespit edilmeksizin doğrudan yapının malikine para cezası verildiği görülmektedir. İdari yargı kararları uyarınca bu gibi durumlarda cezaların şahsiliği ilkesi gereği, tesis edilen para cezaları iptal edilmektedir. Bu nedenle para cezası tesis etmeye yetkili idari mercilerin ruhsat ve eklerine aykırı yapıyı yapanı açık ve net olarak belirlemesi, kesilecek para cezasının hukuka uygunluğu açısından önemlidir. Diğer yandan Danıştay kararları incelendiğinde görülmektedir ki ruhsat ve eklerine aykırı inşa edilen yapılarda, yapı sahibine para cezası verilebilmesi için ilgili idarece ruhsat ve eklerine aykırılığın tespit edilmesi yeterli olup, yapıdaki ruhsata aykırılıkların giderilmesi, para cezası verilmesine ya da verilmiş olan para cezasının ortadan kalkmasına neden olmamaktadır. İmar para cezaları ile ilgili idari yargı kararları uyarınca dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da para cezalarının her yıl yeniden değerlendirme oranında artırılması nedeniyle bazen ruhsat ve eklerine aykırılığın tespit edildiği tarihteki para cezaları ile ilgili idarelerin encümenlerinin imar para cezasına karar verdiği tarihteki imar para cezalarının tutar olarak farklılık gösterebilmesidir. Bu durumda para cezası tesis edilirken ruhsat ve eklerine aykırılığın tespit edildiği tarihte mevzuatta öngörülen para cezasının uygulanması gerekmektedir.

Diğer bir yaptırım olan yıkım kararının, ruhsat ve eklerine aykırı yapıların ekonomik ve fiziksel varlığını ortadan kaldıran, ilgililerin haklarını ve çıkarlarını önemli ölçüde etkileyen bir idari yaptırım olduğu düşünüldüğünde, bu yola en son başvurulması gerektiği, bu nedenle yıkım kararı alınmadan önce öncelikle yapıyı imar mevzuatına uygun hale getirmenin yollarının idari mercilerce araştırılması, ruhsat ve eklerine aykırılık halinin ruhsata bağlanabilme ihtimali varsa ilk olarak bu aykırılıkların ruhsata bağlanmaya çalışılmasının daha yerinde olacağı kanaati hasıl olmaktadır. Yıkım kararında da sebep unsuru açısından hukuka uygunluğu sağlamak adına bildirim gerekçeli olması, gerekçede hukuki nedenin doğru tespit edilmiş olması ve nedenin aynı zamanda gerçeğe uygun olması ve hukuki nitelemesinin de doğru yapılması gerekmektedir. Ruhsata bağlanma imkânı olan yapılarda yıkım kararı alınabilmesi için idarece verilen sürenin bitmesinin zorunlu olduğuna dikkat edilmelidir. Zira bu süre, ilgisinin ruhsat ve eklerine aykırılığı gidermesi için verilmekte olup süre sonunda aykırılığı giderilen veya aykırılığı giderme yönünde çalışma başlatılan yapı hakkında yıkım kararı alınmamalıdır. Süre dolmasına rağmen ruhsat ve eklerine aykırılığı gidermeyen ancak sürenin bitiminden sonra gidermek için çalışma başlatılan yapılarda yıkım kararı alınıp alınmaması, idarenin takdir yetkisinde olmakla birlikte, ilgisinin kötü niyetinin olmadığı ve idarece verilen süre içinde makul nedenlerle hukuka aykırılığın giderilemediği durumlarda da yıkım kararı verilmemesi daha yerinde olacaktır.

Ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmesi için ilgiliye süre verildikten sonra ve yıkım kararı alınmadan önce, ilgili idare tarafından, ruhsat ve eklerine aykırılığın giderilmiş olup olmadığına veya ruhsat alınıp alınmadığına ilişkin inceleme ve tespit işlemi yapılması önem arz etmektedir ki idari yargı yerlerince verilen kararlarda da bu hususa vurgu yapılmaktadır. Oysa uygulamada ilgili idari mercilerce, aynı işlemle ilgiliye hem aykırılığın giderilmesi için bir aylık süre verildiği hem de verilen bir aylık süre içinde aykırılık giderilmediği veya ruhsat alınmadığı takdirde yapının yıkılacağı bildirildiği görülmektedir.

Yürürlükteki imar planına uygun olarak verilmiş ruhsata dayanarak yapılmakta olan inşaatın, ruhsatın dayanağı imar planının iptal edilmesi nedeniyle hukuka aykırı hale gelmesi durumunda, nasıl bir

karar verilmesi gerektiği meselesi de çok sayıda yargısal uyuşmazlığın konusunu teşkil etmektedir. Ancak söz konusu uyuşmazlıkta Danıştay kararları arasında içtihat birliği bulunmamaktadır. Her ne kadar imar planı iptal edilse de o plana göre verilen ruhsata uygun olarak yapılıp tamamlanan yapının ya da yapının tamamlanan kısımlarının, kamu yararı ve kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği sürece idari istikrar ilkesi gereğince korunması yerinde olacaktır. Ancak imar planının iptali davasında; imar planının kamu düzeni, kamu yararı, çevrenin korunması, yapının güvenliği gibi değerlere aykırılığı nedeniyle iptalinden bahsediliyorsa, kamu yararı gereği ruhsatın iptali ve yapının yıkılması gerekmektedir. Bu durumda iyi niyetli yapı sahibinin bu nedenle uğradığı zararlarının tazmin edilmesi uygun bir yaklaşım olacaktır.

Her ne kadar İmar Kanunu'nda ruhsat ve eklerine aykırı yapılar konusunda yapı tatil zaptının düzenlenip yapının mühürlenmesi, imar para cezası ve yıkım kararları düzenlenmişse de konuyla ilgili ayrıntılara idari yargı kararları ışık tutmaktadır. Bu nedenle idari mercilerin konuyla ilgili karar alırken, idari yargı içtihatlarını göz önüne almaları, uygulanacak yaptırımların hukuka uygun olarak tesisi açısından önemlidir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Yazar Erciyes Üniversitesi Öğretim Üyesi ve dergimiz editör kurulu üyesidir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu Muhittin ve Ali Abacıoğlu. Açıklamalı- İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Akbulut, Berrin. “İdari Para Cezası ve İdari Para Cezasının Belirlenmesi”. Çatalhöyük Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, 9 (2022): 87-99.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Yıkma Kararında Yöntem Sorunları”. Amme İdaresi Dergisi, 12/4 (1976): 41-55.
- Coşkun Şenol ve Fatma Kurşun. “Cezaların Şahsiliği İlkesi Bakımından İmar Kanununun 42 inci Maddesinde Belirtilen “Yapının Sahibi” Kavramı”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 5/18 (Temmuz 2014): 515-550.
- Çolak, Haluk ve Uğurtan Altun. “Bir Yaptırım Türü Olarak Para Cezalarının Teori ve Uygulamadaki Analizi”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 69 (2007): 241-338.
- Eraslan, Yunus. “İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar”. Adalet Dergisi. 69 (2022): 99-132.
- Ergen Cafer ve Veli Böke. Kaçak Yapı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Ersöz, A. Kürşat. “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XIX/3 (2015): 103-149.
- Genç, Mustafa. İmar Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- İlgezdi, Ali Rıza. İmar Hukukunda Yıkım ve İmar Para Cezaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kalabalık, Halil. İmar Hukuku Dersleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Karabulut, Mustafa. İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Karavelioğlu, Celal. İmar Kanunu ve Mevzuatı C:I. Ankara: Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, 2007.
- Köktürk Erol, Erdal Köktürk. Taşınmaz Değerlemesi (Taşınmaz Hukuku-İmar Hukuku, Değerleme Yöntemleri). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Oğurlu, Yücel. İdari yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001.

Selman, Özdemir. "İmar Para Cezaları Özelinde İdari Yaptırımları Zaman Bakımından Uygulanması". Türk İdare Dergisi. 473 (2011): 113-132.

Şahin, Cenk. "Danıştay Kararlarına Göre İmar Planının Yargı Yerince İptal Edilmesinin Yapının Hukuki Durumuna Etkisi - Eleştirel Bir Bakış". İstanbul Hukuk Mecmuası. 76/2 (2018): 757-785.

Yasin, Melikşah. İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımın Usul ve Esasları. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Yaşar, Hasan Nur., İmar Hukuku (İmar Planları ve Değişiklikleri, Yapı Kuralları). İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.

Yıldız, Ferruh. İmar Bilgisi. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2007.

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi. K:1997/51 (15.05.1997). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Anayasa Mahkemesi. K:2004/124 (08.12.2004). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Anayasa Mahkemesi. K:2013/8 (10.01.2013). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Anayasa Mahkemesi. K:2013/8 (10.01.2013). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu. K:2005/1121 (05.05.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu. K: 2008/1808 (17.10.2008). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay 6.Daire. K:1987/94 (27.01.1987). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay 6.Daire. K:1987/874 (08.10.1987). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay 6.Daire. K:1991/363 (06.03.1991). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay 6.Daire. K:1994/ 1794. (03.05.1994). UYAP

Danıştay 6.Daire. K:1997/2027 (14.04.1997). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

Danıştay 6.Daire. K:2003/7049 (22.12.2003). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

- Danıştay 6.Daire. K:2004/394 (23.01.2004). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2004/6769 (21.12.2004). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2005/2335 (19.04.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2005/2725 (11.05.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2005/3650 (17.06.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2005/5523 (16.11.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı.
- Danıştay 6.Daire. K:2005/5760 (23.11.2005). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2006/659 (20.02.2006). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2006/4919 (20.10.2006). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2008/941 (13.02.2008). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2008/ 2358 (16.04.2008). UYAP
- Danıştay 6. Daire. K:2008/9477 (23.12.2008). UYAP
- Danıştay 6.Daire. K:2010/ 9533 (19.10.2010). UYAP
- Danıştay 6.Daire. K: 2019/4571 (20.05.2019). UYAP
- Danıştay 6.Daire. K:2019/5552 (12.06.2019).
- Danıştay 6.Daire. K:2019/6525 (26.06.2019). UYAP
- Danıştay 6.Daire. K:2020/1765 (17.02.2020). UYAP
- Danıştay 6.Daire. K:2020/7680 (15.09.2020). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K: 2020/8969 (07.10.2020). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K: 2020/9900 (21.10.2020). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı

- Danıştay 6.Daire. K: 2020/12070 (03.12.2020). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2020/13742 (24.12.2020). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K: 2021/8841 (24.06.2021). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K: 2022/1214 (08.02.2022). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K:2022/3789 (29.03.2022). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 6.Daire. K: 2022/8260 (29.09.2022). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 8. Daire. K:2022/5672 (14.10.2022). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 8.Daire. K:2021/1443 (10.03.2021). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 10.Daire. K:2022/3442 (22.06.2022). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 14.Daire. K:2011/5 (01.06.2011). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2011/3517 (23.11.2011). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2012/8441
- Danıştay 14. Daire. K:2012/5970 (21.09.2012). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2012/2931 (18.04.2012). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 14.Daire. K:2012/6897 (10.10.2012). Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı
- Danıştay 14.Daire. K:2013/2663 (10.04.2013). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K: 2013/8448 (26.11.2013). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2014/1608 (05.02.2014). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2014/1609 (05.02.2014). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2014/1611 (05.02.2014). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2014/ 2772 (27.02.2014). UYAP
- Danıştay 14.Daire. K:2014/4177 (02.04.2014). UYAP

- Danıştay 14.Daire. K:2014/ 4743 (16.04.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/ 4767 (16.04.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/5094 (22.04.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/5179 (06.05.2014)
Danıştay 14.Daire. K:2014/5177 (06.05.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/5245 (07.05.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K.2014/5510 (13.05.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/5911 (21.05.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/6620 (10.06.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2014/ 7297 (03.07.2014). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2015/3421 (29.04.2015)
Danıştay 14.Daire. K: 2016/1110 (24.02.2016). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2016/1613 (09.03.2016). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2017/3989 (08.06.2017). Kanunum Mevzuat ve
İçtihat Veri Tabanı
Danıştay 14.Daire. K: 2018/2917 (19.04.2018). Kanunum Mevzuat ve
İçtihat Veri Tabanı
Danıştay 14.Daire. K: 2018/7409 (13.12.2018). UYAP
Danıştay 14.Daire. K:2018/8139 (26.12.2018) UYAP
Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2.İdari Dava Dairesi. K:2022/185
(22.02.2022). UYAP

KLASİK DÖNEM OSMANLI YARGILAMA HUKUKUNDA BİLİRKİŞİ SIFATLARIYLA HEKİMLER

*Physicians as Experts in the Classical Period of the
Ottoman Jurisdiction Law*

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ*

ÖZET

Bu alışma Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde hekimlerin bilirkişi olarak ne tür davalarda görüldüklerini, nasıl atandıklarını ve görüşlerinin davanın seyrine olan etkisini izah etmeye çalışır. Kadı sicilleri, birinci el kaynak olmakla beraber, veri sağlayan mühimme kayıtları ve diğer arşiv belgeleri de yeri geldiğinde istifade edilen belgelerdir. Sadece ehl-i vukufu ya da sadece hekimleri çalışmaması, hekimlerin hukuk süjesi yönünü çalışması, işbu çalışmayı nispeten özgün kılmaktadır. Çalışma ile ulaşılan birtakım sonuçlar şunlardır: Os-

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8977-9588> e Posta: akilinc@aybu.edu.tr

Makale Geliş Tarihi:31.01.2024

Makale Kabul Tarihi:07.03.2024

- ⇒ Atıf Şekli: Ahmet Kılınç “Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişi Sıfatlarıyla Hekimler”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 287-333.
- ⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



manlı yargı teşkilatı içerisinde, hekimler, keşif heyet üyesi, şahudul hal, rıza senedinin tarafı ve ehl-i vukuf rolleri ile karşımıza çıkmaktadırlar. Kadıların hekim bilirkişisine başvurma konusunda geniş takdir yetkisi vardır. Kadılar, öncelikle uyuşmazlık konusunun hekimlik meslek bilgisine ihtiyaç olduğuna karar vermiş; ardından hekimlerin görüşlerine bilirkişi olarak başvurmuşlardır. Ayıplı köle-cariye ile ilgili uyuşmazlıklarda hangi hekimlerin bilirkişilik yapabileceğini merkezi otorite belirlemiştir. Kadılar buldukları bölgede mesleklerini icra eden Darüşşifadaki veya kendi dükkanları olan hekimleri görevlendirmişlerdir. Kadılar, dava konusu tıbbi bir mevzu dahi olsa hayatın olağan akışı ile anlaşılabilir hususlarda hekim bilirkişiyeye başvurmamışlardır. Somut olayın şartlarına bağlı olarak kadılar aynı konuya ilişkin davaların birinde hekime başvurabilmişken diğerinde başvuramayabilmiştir. Bu noktada “cüzam” ve ayıplı cariye-köle iddialarında kadıların yetkileri sınırlandırılmıştır. Hekimler, keşif heyet üyesinde yer alarak, haber göndererek veya mahkeme huzurunda görüşlerini bildirebilmişlerdir. Mahkeme huzurunda ehl-i vukuf olarak görüş bildiren hekimler, daha sonra “şahit” statüsüne geçebilmişlerdir. Kayıtlarda hekimlere ehl-i vukuf olarak adam öldürme, müessir fiil, zina, mürtedlik iddiası, cüzamlı veya akli melekelerinin yerinde olup olmadığı, cariye ve veya kölelerin “ayıplı” olup olmadıklarının tespitinde başvurulmuştur. “Mu’tad” dışı tedavi iddiasının belirlenmesinde de diğer hekimler bilirkişilik yapmışlardır. Hekimlerin tıbbi görüşleri, kadılar tarafından vakanın hukuki tahlilinde ve karar verilmesinde önemli rol üstlenmiştir. Bilirkişi hekim görüşlerine kural olarak itiraz edilmemiştir. Klasik dönem Osmanlı hukuku tecrübesi, hekimlerin mesleklerini layıkıyla yapmalarını sağlayacak tedbirlerin alınması ve hâkimlerin hekim bilirkişisi belirleme hususunda geniş takdir yetkisine sahip olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu hukuk tarihi birikimi, hayatın olağan akışı ile anlaşılabilir dava konularında hâkimlerin bilirkişiyeye gitmeden karar vermede cesur olmalarını gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tabip, hekim, cerrah, kehhâl (göz hekimi), ehl-i hibre, ehl-i vukuf, deva, hap, illet, Bimarhaneci, kabil hatunlar, cenun, bilirkişi, klasik dönem, Osmanlı Devleti, Darüşşifa,

EXTENDED ABSTRACT

The legal system of the Ottoman State is divided into two: the classical period and the post-tanzimat period. The sources and application of classical period Ottoman law have relatively unique characteristics. It is known that during the long period of the mentioned period, the state took serious steps to ensure justice. The provision of justice is too complex an issue that cannot be achieved only by judges, who are referred to as qadi. Many officials assist qadis during the trial. Experts also supported the judge while solving the case. The institution of expert existed in ancient times, in the Ottoman State and even in today; this information shows us that expert is indispensably important for the judicial organization. Experts played very important roles in ensuring justice in the classical period of the Ottoman State. Expert, in its simplest form, can be defined as a third party whose expertise is consulted when the subject of a legal dispute requires special and technical knowledge. If the dispute before the judge requires technical knowledge about health, medical personnel can be consulted as experts. This determination is valid in the Ottoman State as it is today. It should be noted that the number and variety of medical personnel providing medical intervention in the Ottoman State was wide. In this study, all people who provide medical intervention for treatment purposes or to prevent, determine or protect the disease are considered as physicians. Ottoman State was very meticulous in matters such as training physicians and practicing their profession. This study attempts to explain in what kind of cases the physicians have been seen as experts in the classical period of the Ottoman Empire, how they were appointed and the effects of their opinions on the stage of the case. While Qadı registers are our first-hand source, the Registries Records (Mühimme Defterleri) and other archival documents are used as the sources when needed. This study is relatively original, because it does not focus on experts or physicians. It underlines the physicians as experts. The results of the study are as follows: In the Ottoman judicial organization, physicians appear as viewing members, shuhud'ul hal members, litigant of consent record and experts roles. Qadis have wide discretion to apply to a physician expert.

Qadis first decide on the need for professional knowledge of the dispute; then they applied to the opinions of physicians as experts. The central authority determined the expert physicians in the case of conflicts concerning the defective slave-concubine. The judges have appointed the physicians as experts who work in the Darushaifa or their own offices in the region. Qadis did not apply to the medical expert in matters that could be understood by the ordinariness of life, even if the subject matter was a medical matter. Depending on the circumstances of the case, the judges applied to the physician in one of the cases related to the same subject while they could not apply to the other. At this point, Qadis were limited in the claims of “leprosy” and in the case of. The physicians were able to present their views in the presence of a member of the expedition, by sending their opinion or before the court. The physicians who expressed their opinion as experts before the court were able to become witness in the same case. Expert physicians were seen in following cases: murder, assault and battery, adultery, reject the religion claims, conflicts concerning the defective slave-concubine, the presence of leprosy or mental and neurological disorders. Other physicians were experts in determining the claim of non-standard (unusual) treatment. The medical opinions of the physicians have played an important role in the legal analysis and decision of the case by the judges. The opinion of the expert physician was not disputed. The experience of classical period Ottoman law reveals that measures should be taken to ensure that physicians perform their profession properly and that judges should have wide discretion in appointing medical experts. This accumulation of legal history reveals that judges must be courageous in making decisions without consulting an expert on case matters that can be understood in the ordinary course of life.

Keywords: Physician, surgeon, kehhal (ophthalmologist), expert, medicine, disease, mental and neurological disorders doctor (Bimarhaneci), capable women (kabil hatunlar), lunatic, classical period, Ottoman State, Darushaifa

GİRİŞ

Hakimler nihayete erdirmek üzere karşılıklarına gelen her hukuki ihtilaftaki konuyu derinlemesine bilmeyebilirler. Bu nedenle uyuşmazlık konusu olan hususun teknik ve özel bilgi gerektirmesi halinde, ihtilafın çözümlenebilmesi için bu bilgiye sahip kişilerin görüşlerine başvurumaktadırlar. Günümüzde bilirkişi olarak nitelendirilen işbu hâkim yardımcılarını “adalet”e verdiği önem ile bilinen Osmanlı Devlet’inde de gözlemlemek mümkündür. Ehl-i hibre veya ehl-i vukuf olarak isimlendirilen bu kişiler, özel ve teknik bilgilerini ihtilaf konusuna uyarlayarak görüş beyan etmişlerdir.

Öte yandan hekimler sahip oldukları bilgiler ile bir yandan hastalıkların önlenmesini öte yandan ortaya çıkan hastalıkların tedavi edilmesini sağlamakta ve çoğalmasını engellemektedirler. Bu açıdan bakıldığında hekimlik mesleği hem günümüzde hem de geçmişte teknik ve hususi bilgi gerektiren bir alan olarak görülmüştür. Hakimler, hekimlerin bu bilgilerinden günümüzde olduğu kadar geçmişte de ziyadesiyle istifade etmişlerdir.

İşbu çalışmanın amacı, Osmanlı Devleti’nde hekimlerin yargı teşkilatında bilirkişi sıfatıyla nasıl katkı sağladığını ortaya koymaktır. Çalışma, klasik dönem olarak ifade edilen zaman dilimine odaklanmaktadır. Zira tanzimat sonrası Osmanlı Devleti’ndeki hukuk anlayışı farklı paradigmalara dayanmaktadır. Nitekim Tanzimat sonrası Osmanlı hukukundaki değişiklik, hekimlerin bilirkişilik faaliyetlerine de yansımaktadır¹. O nedenle tanzimat sonrası hekimlerin bilirkişilik

¹ Örneğin 1840 Ceza Kanunnamesi’nde bilirkişi sıfatıyla hekimlere başvurulması gerektiğine işaret eden hükümler vardır. Hemen akabinde 21 Mart 1845 (11 Rebi-yülevvel 1261) tarihinde sadır olan irade ile “*Bi-Nimetihî Teâlâ Sâye-i Muvaffakiyet-vâye-i Cenâb-ı Mülk-dârîde Mücerred İstikmâl-i Esbâb-ı Emniyyet-i Mülkiyye ve İstihâl-i Hüsn-i Zâbita-i Belediyeye Niyet-i Hayriyyesiyle Beyoğlu ve Galata ve Havalisinde Polis Nâmıyla Numune Olarak İttihâz Olunup Muahharen Emr ü İcrasına İrade-i Seniyye-i Mülûkâne Mûteallik Buyurulmuş Olan Usûl-i Cedîd-i Zabtiyyenin Hidemât-ı Umumiyyesinden Olup Ba’d Ezîn İcabına Göre Zeyli Câiz Olmak Üzere Şimdilik İcraları Muktezî Görünen Bazı Mevâdd-ı Esâsiyyedir*” başlığını taşıyan nizamnameye göre Polis Meclisinin görevlerinden bir tanesi de ihtiyaç hissedilirse veya herhangi bir iddia ortaya çıkarsa, vefat eden veya hastalanan bir şahsın eceliyle ölüp ölmediğini, yada hangi sebepten dolayı hastalandığını tespit etmek ve gerekirse bunlar ve benzeri vakalarda bilirkişi olmak üzere birer kimyager, hekim ve cerrah görevlendirmektir. Ali Sönmez, “Polis Meclisinin Kuruluşu ve Kaldırılışı

sıfatları kanaatimizce ayrı bir çalışmanın konusu olmalıdır. Araştırma, Osmanlı Devleti'ndeki bir bölge ile sınırlı değildir; bu sayede konunun ülkenin genelindeki görünümü hakkında ipuçları anlaşılabilir.

Araştırma konusu, hekimlerin bilirkişilik sıfatları olması nedeniyle, başvuru kaynakları ağırlıklı olarak şer'î sicilleridir. Ancak yer geldikçe konunun izah edilmesinde bize yardımcı olan mühimme defterleri ve diğer arşiv belgelerinden de yararlanılmıştır. Osmanlı Devleti'nde hekimlerin hekimlik mesleği dışındaki faaliyetleri üzerinde yapılan araştırmaların çok fazla olmadığını dile getirmek gerekir. Bu bağlamda Kadı sicillerinde ziyadesiyle gözlemlenen "rıza senetleri" öğretinin dikkatini çeken bir alan olmuştur. Sadece ehl-i vukufu ya da sadece hekimleri çalışmaması, hekimlerin hukuk süjesi yönünü çalışması, işbu çalışmayı nispeten özgün kılmaktadır.

Çalışma, kısaca ehl-i vukuf kurumu ve Osmanlı Devleti'nde hekimlik mesleği hakkında bilgi vererek başlamaktadır. Akabinde, hekimlerin bilirkişilik yaptıkları vakalar kategorileştirilerek izah edilmeye çalışılmaktadır. Bu çalışma, hekimlerin ne gibi uyuşmazlıklarda bilirkişilik yaptıklarına, devletin bilirkişi hekimleri belirlemedeki rolüne, kadıların, bilirkişi hekimlerin görüşlerini ne derecede esas aldıklarına, bilirkişi hekimlerin görüşlerini nasıl bir usul ile yargıya ilettiklerine dair ipuçları hakkında bilgiler aktarmaya gayret göstermektedir.

I. EHL-İ VUKUF / EHL-İ HİBRE KURUMU

İslam-Osmanlı hukukunda hukuki ihtilaf mevzusunun özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi halinde, uzmanlığına başvuru üçüncü

(1845-1850) The Foundation Of Police Council And It' s Abolition (1845-1850)", Tarih Araştırmaları Dergisi, XXIV/37 (2005): 263-4. Daha sonra 1869'da Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'de kurulan Cemiyet-i Tıbbiye-i Mülkiye'nin sağlıkla ilgili konularda bilirkişilik yapmak Cemiyet-i Tıbbiye-i Mülkiye'nin görevleri arasında sayılmıştır. Yuvacan Atmaca, Ufuk Demirgüç, "Kronoloji Denemesi", (Erişim 10 Mayıs 2019), http://bizinsanmiyiz.iksv.org/wp-content/uploads/2017/11/sag%CC%86l%C4%B1k_tr_opt.pdf. Görüldüğü üzere, Tanzimat sonrası dönemde, hekimlerin bilirkişilik yapabileceğine ilişkin açık hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin oluşturulması ve yürürlüğe girmesini tetikleyen dönemin hukuki politik yapısı, Klasik dönemden çok farklıdır. Bu nedenle bu dönem ayrı bir çalışmanın konusu olabilir kanısındayız.

kişiye, “ehl-i hibre” veya “ehl-i vukuf” denilmiştir². Öğretide Bilirkişilik, “İslam hukukunca müsaade edilen, zorunluluğu zamanın siyasi otoritesine bağlı olan gerek yargılama öncesinde gerekse yargılama sonrasında başvurulabilen, tüm yargı mercilerinde başvurulabilen, kural olarak görüşlerine itiraz edilemeyen yargılamanın hızlı işlemesine katkı sağlayan uyuşmazlığın nihayete erdirilebilmesi için mahkemece teknik ve özel konu olan dava konusu hakkında görüşüne başvurulmuş zimmi ve kadınlardan da teşekkül edebilen adil, tarafsız, tecrübeli, uzman, teorik bilgisini somut vakaya aktarabilen kişilerden oluşan heyettir.” şeklinde detaylı bir tanımlama yapılmaktadır³. İslam hukuku açısından bakıldığında asli kaynaklarda konuya işaret eden ziyadesiyle kaynak mevcuttur⁴. İslam hukukunun ilk dönemlerinden itibaren ehl-i vukufa başvurulduğu bildirilmektedir⁵. Osmanlı uygulamasına bakıldığında da birçok konuda ehl-i vukufa başvurulduğu görülmektedir.

Osmanlı uygulamasında, ehl-i vukufa yürütme faaliyeti kapsamında başvurulduğu gibi⁶; kadı yardımcısı olarak ihtilafın çözümünde

² Bu kavram, klasik Arapça kaynaklarda “ehlü'l-ilm, ehlü'l-basar ve'l-ma'rife, ehlü'l-basire, ehlü'l-hibre” şeklinde de kaleme alınmıştır. Ali Şafak, “Ehl-i Vukuf”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), X (1994): 532; Cahid Doğan, “Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı Ve Tıbbî Bilirkişilik”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları (2015): 391.

³ Ahmet Kılınç, Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre /Ehl-i Vukuf), 2. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 102.

⁴ en-Nahl 16/43; el-Enbiyâ 21/7; el-İsrâ 17/36; er-Rûm 30/29; el-Hucurât 49/12; en-Necm 53/23, 28. Peygamber Efendimizin de bilirkişiye başvurduğu bilinmektedir: Buhârî, II, 237; Ebû Dâvûd, “Zekât”, 15.

⁵ Hz. Ömer'in şiirle yapılan bir hakaret davasında Hassân b. Sâbit'i, zina davasında Hz. Ali'yi, vergiyle ilgili bir meselede Kâ'b b. Sûr'u, ehl-i vukuf belirlediği bildirilmektedir; Şafak, “Ehl-i Vukuf”, 532.

⁶ Örneğin Gelibolu kadısına yazılan yazıda, hapisananenin tamire ihtiyaç duyup duymadığı, tamir edilmesi gerekiyorsa bunun maliyetinin ne kadar olacağı ehl-i vukuf vasıtasıyla belirlenmesi gerektiği şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Bi'z-zât ehl-i vukûf muhamminler ile habs-hânenün üzerine varup her cânibin görüp...*” Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), 7 Numaralı Mühimme Defteri (7 Nolu MD), Hüküm No: 1993. Yine özellikle klasik dönemde aktif olan esnaf localarının yürütme kurulu üyelerinden olan ehl-i hibreler de esnafla tüccar arasındaki anlaşmazlıklarda hakemlik yapmış, mal ve hizmetin standart ve kalitesine göre fiyatını (narh) belirlemiştir. Ahmet Kal'a, “Esnaf”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA), XI (1995): 424. İlhan Şahin ve Feridun M. Emecen, “XV. Asrın İkinci Yarısında Tokat Esnafı,” Osmanlı Araştırmaları Dergisi VII-VIII (1988): 292. Bu statüdeki ehl-i hibreler, meslek üyelerinin kendi aralarındaki seçim ve idarenin ona-

de başvurulabilmiştir. Ehl-i vukufun yargı teşkilatındaki rolü, şahitlik müessesesinden farklıdır; zira şahitler geçmişte bizzat gördüğü, duyduğu veya haber aldığı olayı veya bilgiyi aktarır ve kendi görüşlerini aktarmazlar. Ehl-i vukufun vakayı geçmişte bizzat görmesi duyması gerekli olmayıp, sahip olduğu uzmanlık ile vaka hakkında görüş bildirme sorumluluğu vardır. İslam hukuku öğretisinde şahitlik ve şahitliğin ifasıyla ilgili hükümlerin aynı zamanda ehli-i vukufu da kapsadığı ifade edilmekte⁷ ise de Mecelle'nin 1689'uncu maddesi, şahitlik ve bilirkişiliğin birbirinden ayrı kurumlar olduğu ve bilirkişiler için "şahadet lafzının şart" olmadığını amirdir⁸.

Kadının ehl-i vukufa başvurusu kural olarak kendi takdirindedir, ancak konunun teknik ve özel bilgi gerektirdiği, hayatın olağanakışından hâkimin öngöremeyeceği hususlarda belli bir zorunluktan bahsedilebilir. Nitekim, İslam hukukunun belirli alanlarına ilişkin birikiminin kodifiye edilmiş hali olan Mecelle'de sözleşme konusu malın ayıplı olup olmadığı (md. 338); malın ayıplı olması halinde ne derece fiyatın düşürüleceği (md. 346) gibi konularda bilirkişiye başvurulması gerektiği amirdir. Osmanlı uygulamasına bakıldığında merkezi otoritenin belirli konularda kadıdan "...ehl-i vukuf ile görüp..." karar vermesini istediğini görebiliyoruz⁹. Ehl-i vukufa başvurulması halinde ise hâkimin mutlaka o görüş doğrultusunda hüküm verme zorunluluğu

yı ile görevlerini sürdürmüşlerdir. Meselâ, H.977/M.1569 tarihli belge bu konuda iyi bir örnektir: "*Kasaba-i Üsküdar derzileri Mustafa b. Abdullah ve Anderya veled-i İstimâd, Yakrad(?) veled-i Tokmak, Matyoz veled-i Andon, Yorgi veled-i İstimad ve Nikola ve gayri meclis-i şer'e hâzırın olub ehl-i hirfetimizde re'is ve ehl-i hibre olmak için işbu sâhibü's-sicil Mustafa Abdullah'ı.. nasb eylediğimizi mezbûr dahî kabul idüb vukû üzere sebt-i sicil olundu..*" Rahşan Kaynak, "XVI. Yüzyılın İkinci Yarısında Üsküdar'da Esnaf Hayatı (Şer'iyye Sicillerine Göre)", Uluslararası Üsküdar Sempozyumu VII, İstanbul: Üsküdar Belediyesi Yayınları (2012): 212. Bu bağlamda esnaf gediklerine ilişkin detaylı bilgi için bk. Nuran Koyuncu, "Osmanlı Devleti'nde Esnaf Gediklerinin Hukuki Esasları, Gelişimi ve İlğası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Konya 2018, s. 47 vd.

⁷ Şafak, "Ehl-i Vukuf", 532.

⁸ "...Ve eğer ehl-i hibrenin ihbarı gibi mücerred tahkik ve istikşâf-i hâl için vâki' olan ifâdâtda şahadet lafzı şart değildir, ancak bunlar şahadet-i şer'iyye olmayıp mücerred ihbar kabilindedir"; Cengiz İlhan, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 530, 531; Kılınç, Bilirkişilik, s. 74 vd.

⁹ Örneğin Tire Kadısına yazılan yazıda bir vakfın sınırlarının "...bi'z-zât toprak kâdîsi ma'rifeti ile ve ehl-i vukûf ile görüp..." belirlenmesi emredilmiştir; BOA, 7 Nolu MD, Hüküm no 2575.

yoktur. Başka bir ifadeyle ehl-i vukufun görüşü, kadı açısından takdiri bir delil niteliğinde olup, kadının bu konuda geniş bir takdir yetkisi vardır.

Ehl-i vukufta bazı özelliklerin bulunması beklenmektedir. İlk ve esas olan şart, ehl-i vukufun uyuşmazlık konusu hakkında özel ve teknik bilgiye sahip olan uzman birisi olmasıdır. İkinci şart, Osmanlı uygulaması ve Mecelle'deki ifadesiyle "bîgaraz" yani tarafsız olmasıdır (md. 346)¹⁰. İslam Osmanlı hukukunda kadının, gayri müslimin bilirkişilik yapmasında sakınca yoktur ve bu durumun örnekleri mevcuttur¹¹. Ayrıca, Osmanlı uygulamasında genelde birden fazla ehl-i vukufun yer aldığını görmekteyiz¹².

Öğretide Osmanlı uygulamasında iki tür bilirkişinin mevcut olduğu ifade edilmiştir: Atanmış bilirkişiler, fiili bilirkişiler¹³. Atanmış bilirkişiler, loncalar ile ilgili uygulamalarda görülen, resmen atanan ve genelde satış sonrası ürünün ayıplı olup olmadığı hususunda kendilerine başvuru yapılan kişiler olarak izah edilmiştir¹⁴. Fiili bilirkişiler ise sürekli görevli olmayıp, ancak kendilerine başvurulduğunda görev yapan, resmen atanmayan loncalar dışından da olabilen kişiler olarak anlatılmıştır. Abacı, hekimlerin bilirkişiliğini bu grup içerisinde değerlendirmektedir¹⁵. Bununla birlikte bu yönde bir tasniflendirmeden ziyade, bilirkişiliğin Osmanlı yargı teşkilatındaki kaynakları açısından konuyu ele almanın daha uygun olacağı düşünülmektedir. Klasik dönem Osmanlı yargı teşkilatında hakimlerin önlerine gelen ihtilaflarda bilirkişiye başvurmak ihtiyacı hissettiklerinde

¹⁰ Klasik dönem Osmanlı uygulamasında da bu özelliğe dikkat edilmiştir. Örnek bir vaka için bk. BOA, 7 Nolu MD, Hüküm no 2305, 2407.

¹¹ Zimmi ehl-i hibre örneği için bk. Rasim Erol vd., İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073- 1074 / M. 1663 - 1664), (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 849, Hüküm no: 1164.

¹² Örneğin bir veraset davasında malın ne kadar kullanıldığı "*...ehl-i vukūf olan müslümanlardan ...*" sorulmuştur; Bilgin Aydın ve Ekrem Tak, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919- 927 / 1513 - 1521) (İstanbul: İSAM Yayınları, 2010), 352, Hüküm no: 632.

¹³ Nurcan Abacı, "Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma", U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 3 (2002): 77.

¹⁴ Özer Ergenç, "XVI. Yüzyılın Sonlarında Bursa", (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi, 1989), 193'den aktaran, Abacı, Osmanlı Dönemi Bilirkişilik, 79.

¹⁵ Abacı, Osmanlı Dönemi Bilirkişilik, 80.

görevlendirilebilecek bilirkişileri nereden hangi kaynaktan seçeceği esas alınmalıdır. Bu bağlamda bilirkişiler, esnaf teşkilatından seçilebilir, kadı tarafından resen seçilebilir ya da ulul emr tarafından belirlenmiş kişiler bilirkişi olabilirler¹⁶. Bu noktaya ilerleyen kısımlarda yeniden dönülecektir.

Görüldüğü üzere Osmanlı Devlet yapısı içerisinde özel ve teknik bilgiye sahip olan kişilerden hem yürütme sahasında hem de yargı sahasında ziyadesiyle istifade edilmiştir. Osmanlı Devleti'ndeki ehli vukuf lar İslam hukuku menşei li olmakla birlikte, zamanla gelişmiş ve kurumsallaşan bir yapıya sahip olmuştur. Belirli özelliklere sahip ehli vukuf lar, mahkemelerde bilirkişilik yapmak suretiyle yargı süjesi olarak da görülmüştür.

II. HEKİMLİK MESLEĞİ VE VASIFLARI

Osmanlı Devleti'nde tıbbi müdahalede bulunan sağlık personeli yelpazesi geniştir. Kırıkçılar, çıkıkçılar, sünnetçiler, eczacılar, hacematçılar, berber, fıtıkçı, sınıkçı, şerbetçiler (şurupçular), attarlar, kehhaller, kabil hatunlar, bimarhabeciler, hekimler ve elbette cerrahlar tedavi maksatlı işlemler tesis etmişlerdir. Bu çalışmada "hekim" kavramı geniş yorumlanmış; sayılan bu meslek grupları da hekim kategorisi içerisinde kabul edilmiştir. Zira bu mesleklerin hepsi, tedavi amaçlı veya hastalığı önleyici, belirleyici, koruyucu amaçlı tıbbi müdahalede bulunan kişilerdir.

Klasik dönem Osmanlı Devleti'nde hekimler, İslam hukukunun mesleğe ilişkin kuralları ve kendinden önceki devletlerin birikimi ile tıbbi faaliyetlerde bulunmuşlardır. Hekimliğin toplum için dini bir gereklilik olması, işin ehli olanlara verilmesine ilişkin Kuran hükmü¹⁷, Peygamber Efendimizin hekimlik için eğitim alınması gerektiği ve uzmanlaşmaya işaret ettiği hadisleri¹⁸ İslam hukuk tarihinde devletlerin bu mesleğe önem vermelerini sağlamıştır. Bu bağlamda Selçuklu

¹⁶ Kılınç, Bilirkişilik, s. 112.

¹⁷ Nisa 4/58.

¹⁸ Ebu Davut, Diyet, 25; Nesai, Kasam, 41; Muvatta, Ayn, 12.

Devleti'nde gözlemediğimiz vakıfların oluşturduğu darüşşifaların¹⁹ ve tıp eğitimi ve sınav uygulamasının Osmanlı Devleti'nde gelişerek varlıklarını sürdürdüğünü görmekteyiz.

Öğreti, klasik dönem Osmanlı'sında, hekim ihtiyacının Darüşşifa-larda usta-çırak usulü ile, tıp medreselerinden mezun olma ile, üstat hekimlerden ders alma ile giderildiğini ifade etmektedir²⁰. Hekimler, fiili olarak darüşşifalarda ve kendi dükkanlarında mesleklerini icra etmişlerdir²¹. Başkentte, sarayda ve darüşşifada hekim olabilmek daha zor şartlara tabi olup; merkezi otorite ve vakıf senetleri buralarda çalışacakları belirlemede aktif rol almışlardır²². Hekimlerin Hekimbaşı tarafından icra edilen sınava tabi tutulduğu, bu sınavlarda başarılı olanlara izin verildiği anlaşılmaktadır²³. Hekimlerin, esnaf teşkilatına tabi olup olmadıkları hususunda farklı söylemler mevcuttur²⁴.

¹⁹ Selçuklu Devleti'nde de hekimlik mesleği vakıflar eliyle yürütülmüştür. Miladi 1217/ Hicri 614'de Sivas'ta İzzettin Keykavus tarafından kurulan Darüşşifa bunun bir örneğidir. Kuruluşunda hastahane olan darüşşifa Osmanlı devrinde medrese haline getirilmiştir. Anılan vakfın vakfiyesinde mütevellî heyetinin darüşşifaya hekim tayini ve ilaç teminine ilişkin yetkisi belirtilirken devrin hastanesinde hazik tabiplerin, kehhallerin ve cerrahların bulunduğu görülmektedir, Refet Yinanç, "Sivas Abideleri ve Vakıfları", Vakıflar Dergisi, 22, (1991): 18; 27.

²⁰ Süleyman Emre Zorlu, Osmanlı Tıp Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 43-53.

²¹ 17'inci yüzyılda saray hekimlerinin sayısı 40-50 dolayında iken dükkânı bulunan hekimlerin 1000 kişi, cerrahların ise 700 kişi olduğu zikredilir; Nil Akdeniz Sarı, "Osmanlılarda Tıphanenin Kuruluşuna Kadar Tıp Eğitimi", Türk Dünyası Araştırmaları, 22 (1983): 152, 156, 161'den aktaran Zeynel Özlü, "Sarayı Hümayûn Dışçileri İle İlgili Bazı Notlar," Erdem Dergisi, 60 (2011): 188.

²² Örneğin Üsküdar'daki vakfa ait Darüşşifada görevli doktorların hasta ile gülüryüzle ve nazik bir biçimde ilgilenecek, alanında uzman ve fedakârlık vasfına sahip kimselerden olması istenmiştir; Tijen Sabırlı, "Vakfiyesi Ve Muhasebe Kayıtları Işığında Atik Valide Vakfı" Uluslararası Üsküdar Sempozyumu VII (İstanbul: Üsküdar Belediyesi, 2012), 47.

²³ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Tarihi, III, 2. Kısım, 5. Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995), 509. İstanbul kadısına bazı cahil hekimlerin, cerrahların İstanbul'da ve çevre yerlerde dükkân açarak halka zehirli ilâçlarla zarar verdikleri, çığrtkan ve yalancı olduklarını hekimbaşı Garzettinzade Muhittin Efendi bildirerek yetenekli olanların devamına ve yetenekli olmayanların ise meslekten atılmasına dair ferman 25.CA.981 / 22.09.1573 tarihinde gönderilmiştir. Yine İstanbul kadısına İstanbul'da ruhsatsız hekimlik, cerrahlık ve göz hekimliği yapanların belirlenmesinden sonra hekimbaşı, cerrahbaşı ve kâhhalbaşı tarafından sınav ile kabiliyetleri belirlenenele izin verilmesi hakkındaki belgelerin tarihi 25.CA.981 / 22.09.1573'dir. Ahmet Kılıç, "23 Numaralı Ve 1573 Tarihli Mühimme Defteri/S. 1-86 (Özet- Transkripsiyon-Dizin)" (Yüksek Lisans Tezi, Fırat Üniversitesi, 2018), 106, 26, 65, 91.

²⁴ Bazı müellifler, hekimlerin esnaf gibi bir tasnife tabi tutulmadığı, kendilerine has özelliğe sahip bir meslek kolu olduğunu beyan eder; Şahin ve Emecen, Tokat Es-

Devlet, hekimlik mesleğinin icrasına ziyadesiyle müdahale etmiştir²⁵. Bu bağlamda hekimlerin mesleklerini layıkıyla yapmaları gerektiği kanunnamelerde, fermanlarda sıklıkla ifade edilmiştir²⁶. Bir hekimin hangi bölgede görev yapacağı kontrol altında tutulmaya çalışılmış, bölgedeki hekimin vefat etmesi veya başka nedenlerle ayrılmasından ötürü boşluk başka bir hekim ile doldurulmuştur²⁷. Bir cerrahın başka bir cerrahın görev alanına müdahale etmemesi pay-ı tahtın gündemini oluşturabilmiş²⁸, hekimlerin geçimleri için mezraların tah-

nafi, 296. Öte yandan Osmanlı sarayında sanat erbabından oluşan ve eğitim konusunda mühim bir kuruluş olan ehl-i hiref adı verilen teşkilatın sağlık alanında önemli hizmetler verdiğini; cerrah ve kehhallerin bu ehl-i hiref teşkilatına bağlı olarak mesleklerini icra ettiklerini ifade eden yazarlar da mevcuttur; Özlü, Saray-ı Hümayûn Dışçileri, 188.

- ²⁵ Denetimler, bölgede yer alan kadılar suretiyle icra edilebilmiştir; İsmail Kurt, "İstanbul Kadılığı 106 Numaralı Ferman Sicilinin Tavsif ve Tahlili (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1987), X.
- ²⁶ Yavuz Sultan Selim dönemi kanunnamesinde cerrahlar için "*cerrahlar sanatlarında kâmil olalar*" hükmü amirdir; Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, 3. Kitap, (İstanbul: İsanbul Osav Yayınları, 1991), 111. "*Osmanlı topraklarındaki bazı şehirlerde bazı kimseler cerrah, tabip ve kehhal adına gezüb hengâme kurup ve dükkânlarda oturup mücerred celb ve ahz için Müslümanlara tıbbâ mugayir ve hikmete muhalif katil şerbetler ve zehr-nâk müşhiller virüb ve âdet-i âleme muhalif yelere açub ve gözlere dahi uslubsuz yapışub muhalif otlar koyup, Müslümanların mallarına ve canlarına zarar irişdirüb bunun gibileri imtihan edip bilip bilmeyenlerin ayırt edilmesi*", "*Sultan Mehmed Hân Dârûş-şifâsında hamam olmadığından hastalar için hamam yapılması*", "*aktarların hastalara yanlış ilaç vermemeleri*" gibi konularda verilmiş hükümler vardır; A. R. Altınay, Onuncu Asr-ı Hicrî'de İstanbul Hayatı (1495-1591), (İstanbul: Enderun Yayınevi, 1998), 61'den aktaran Cafer Çiftçi, "Müşteri Memnuniyeti, Kalite Ve Osmanlı Esnafı" U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 7 (2004): 26.
- ²⁷ Yenikapı dışında dükkân açmağa mezun olan Cerrahlardan Manol vefat eylediğinden yerine Başmülazım olan Mihal'e Fenerkapısı dışında cerrahlık etmek üzere ruus-ı hümayun verilmesine ilişkin H. 05.06.1184 tarihli kayıt için bk. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Cevdet Sıhhiye (C..SH.), 24-1151; aynı minvalde H. 08.04.1189 tarihli başka kayıt için bk. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Cevdet Sıhhiye (C..SH.), 23- 1114.
- ²⁸ Geyve kadısına yazılan yazıda Tekfurpınarı köyünden Mustafa'nın cerrah olup hasta tedavisine, sünnet etmesine müdahale eden Geyveli Cerrah Mehmed'in engellenmesi istenmiştir; Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (A. {DVNSMHH.d.}), 95-211-0. Eğrigöz kazasına bağlı Emed kasabasında üstad cerrah olup çocukları sünnet eden Ali oğlu Mehmed'in mesleğini yapmasına engel olunmamasına ilişkin H.29.06.1056 tarihli belge için bk. Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (A. {DVNSMHH.d.}), 91-321-0.

sis edildiği görülmüştür²⁹. Sahte hekimler veya mesleklerini layıkıyla yapmayanlarla devletin ciddi bir şekilde mücadele ettiği anlaşılmaktadır³⁰. Ülkenin savaş halinde olması veya diğer siyasi gelişmelere göre hekimlerin görev yerleri değiştirilebilmiştir³¹.

Hekimler üzerinde devletin bu denli titizlikle durması, mesleğe verilen öneme işaret etmektedir. Eğitim almış, sınava tabi tutulmuş ve devletin sıkı kontrolü altında olan bir meslek grubu sahip olduğu özel ve teknik bilgisi ile yargı teşkilatının da bir parçası olmuştur. Hekimlerin klasik dönem yargı teşkilatındaki rolleri, ağırlıklı olarak rıza senedinin tarafı olmakla birlikte; keşif heyeti üyesi, şuhudul hal³² ve ehl-i vukuf olarak da karşımıza çıkmaktadır.

III. BİLİRKİŞİ SIFATIYLA HEKİMLER

Bu başlık, öncelikle hekimlerin nasıl bilirkişi seçildiklerine ilişkin ipuçlarını araştırmaktadır. Ardından hekimlerin bilirkişi olarak görüşlerini nasıl bir usul ile bildirdiklerini ortaya koymaya çalışmaktadır. Hekimlerin ne tür davalarda bilirkişilik yaptıklarını izah eden bu başlık hekim görüşlerinin yargılamanın seyrine nasıl etki ettiğine de değinmektedir.

²⁹ “...Hekimbaşı İsa mektûb gönderüb ... vakıf mezranın mahsulü İznik’e tabib olan kimesnelere verilügelüb berat-ı şerifimle mutasarrıf iken ...” Fatime Yazıcı, “54 Numaralı Mühimme Defteri’nin Transkripsiyon Ve Değerlendirilmesi (1-154)” (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2010), 75.

³⁰ 21-30 M 1075 / 14-23.08.1664 tarihli Mağnisa Monlâsına ve (Boş) ve (Boş) Kadılarına ve Saruhan Sancağı Mütesellimine Sahte hekimlerin men olunmaları hakkındaki mühimme kaydı için bk. Ercan Alan, “95 Numaralı Mühimme Defteri (Tahlil, Transkripsiyon Ve Özet)” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2008), 15.

³¹ “...muhâfaza-i mezbûrede üstâd cerrâh ve terementi ve çam sakızı bulunmadığından mukaddemâ ve bu defa vürûd idenler bir üstâd cerrâh ve eczâ’-i merkûme işâl olunması...”na ilişkin mühimmde kaydı için bk. Ersin Kırca, “Başbakanlık Osmanlı Arşivi 168 Numaralı Mühimme Defteri (S.1-200) (1183-1185/1769-1771) Transkripsiyon, Değerlendirme” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007), 311; “...asker-i mezbûrun muhârebede mecrûh olanları cerrâhlar tîmâr eylemek üzere kalup mâ’adâsin...”na ilişkin kayıt için bk. İlhan Gök, “Başbakanlık Osmanlı Arşivi 168 Numaralı Mühimme Defteri (S. 200-376) (1183-1185/1769-1771) Transkripsiyon, Değerlendirme” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2007), 40.

³² Örneğin iddet nafakasına ilişkin davada şuhud’ul hal şu şekilde sayılmıştır: “İnde-ş-şuhûdî’l-mezbûrîn ve Lutfî bin Süleymân ve Hâcî Seydî bin Hâcî Yûsuf ve Cerrâh ‘Alî bin Cerrâh Hamza ve gayruhum mine’l-hâzırîn...” Leyla Özpolat, “1 Numaralı Konya Şer’iye Sicili (970-1019 / 1563-1610) (Değerlendirme ve Transkripsiyon)”, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2016), 255.

A. Hekimlerin Ehl-i Vukuf / Ehl-i Hibre Olarak Belirlenmesi Yöntemi

Hekimlerin bilirkişi olarak belirlenmesinde diğer ehl-i vukufalarda olduğu gibi kadının geniş takdir yetkisi mevcuttur. Başka bir ifadeyle bir vakanın bilirkişi hekime gidip gitmemesi konusunda kadı karar vermektedir. Kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla kadılar öncelikle uyuşmazlık konusunu belirlemişlerdir. Ardından da ihtilaf konusunun hekimin görüşüne başvurulmasını gerektirdiğine karar vermişlerdir. Örneğin ayıplı cariyeye satımına ilişkin bir davada kadı “...ayb-ı mezbûr etibbâya mürâca’at ile ma’lûm olan uyûbdan olmağla...”³³ demek suretiyle konunun hekimlere başvurulması gereken bir ihtilaf olduğuna karar vermiştir. Dava konusu bu şekilde hekim ile ilişkilendirilmiştir. Akabinde de hekimlerden ehl-i vukuf olarak görüş alınmıştır.

Kadılar, kural olarak buldukları bölgede mesleğini icra eden hekimlerden birisini bilirkişi olarak görevlendirmişlerdir. Özellikle taşrada hekimlerin görev yerlerinin, merkezi otorite tarafından belirlenmiş olması, bir bölgede çok fazla hekimin görev yapmaması, kadıları bilirkişi seçme konusunda sınırlandırmıştır. Bu durumda, kadılar bölgelerinde varsa daruşşifadaki hekimleri veya kendi dükkanını açmış hekimleri veya dava konusuna bağlı olarak “kabil hatun”, bimarhaneci gibi diğer sağlık personelinin bilirkişi olarak görevlendirmişlerdir. Örneğin 17. yüzyılın ilk yarısı sonlarında Bursa mahkemesine yansıyan bir şikâyette Bursa esircilerinden Mehmet yine Bursa esircilerinden Ahmed'i kendisine sağlam diye hastalıklı cariyeyi satmakla suçlamıştır. Suçlanan kişi cariyenin hastalığının yeni olduğunu iddia etmiştir. Bilirkişi olarak bölgedeki Darüş'sifa başhekimisi Mehmed Efendi'ye başvurulmuştur³⁴.

Merkezi otorite, konuya/hastalığa bağlı olarak hangi hekimlerin bilirkişilik yapabileceğini belirleyebilmiştir. Bu durumda kadılar da kendi istedikleri veya seçtikleri hekimleri değil, merkezi otoritenin belirlemiş olduğu hekimleri görevlendirmişlerdir. Bu husus “cariye ve

³³ Salih Kahrıman vd., İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086 - 1087 / M. 1675 - 1676), (İstanbul: 2010), 544 Hüküm no: 592; bu minvaldeki örnekleri çoğaltabiliriz. Kayıtlarda “bu makule emrâzı teşhîse ... nâm tabiblere...” başvurulduğu yani bu uyuşmazlık için hekime başvurulması gerektiği ifade edilmektedir; Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, 128, Hüküm no: 45.

³⁴ Sicil için bk. Abacı, Osmanlı Dönemi Bilirkişilik, 80.

kölelerin” ayıplı/hastalıklı olup olmadıklarının tespitinde karşımıza çıkmaktadır. Kayıtlarda geçen “*teveccüh-i husûmet için mevsûfe-i mezbûre taraf-ı Saltanat-ı aliyyeden ehl-i hibre ta’yîn olunan ... nâm tabîblere irâet olundukda*” ifadesi fikrimizi teyit eder³⁵. Aynı konu hakkında bir başka örnekte de “*bu makûle emrâzı teşhîs için taraf-ı Saltanat-ı Aliyyeden ta’yîn olunan*” ifadesi Saltanatın ayıplı cariyeye veya köle hususunda teşhis için hangi hekimlerin bilirkişi olabileceğini merkezi otoritenin belirlediğini ortaya koymaktadır³⁶. Farklı mahkeme ve zamanlarda aynı hekimin anılan konu hakkında bilirkişi olarak görev yapması uygulama birliğini göstermektedir. Bu kayıtlar, öğretide “fiili bilirkişi” olarak gruplandırılan bilirkişilerin resmen görevlendirilmediği iddiasının yeniden değerlendirmeyi gerektirir³⁷. Saltanatın bu şekilde bilirkişi hekim belirlemesi, dava konusuna verilen önem ile izah edilebilir.

Hekimlerin bilirkişi olarak belirlenmesi hususunda dikkat çeken diğer husus mutlaka kayıtlarda bunların isimlerine yer verilmiş olmalarıdır. Şahitler gibi haklarında tezkire yapılmaması; muslihun gibi isimlerinin gizlenmemesi dikkate değer bir başka tespittir. Kanaatimizce bu durum hekimlerin kadının kararında oynadığı rol ile ilişkilidir. Nihai itibarıyla kararı kadının vermiş olması ancak bu kararda hekimin rolünün önemli olması, bilirkişi hekimlerinin isimlerinin zikredilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Dava konusunun tıbbi bir konu olmasına rağmen, hayatın olağan akışı ve hayat tecrübesi ile anlaşılabilir konularda hekimlere başvurulmadığı; ancak tıp ilmiyle uğraşanların bilebileceği hususlarda hekimlere danışıldığı görülmektedir. Örneğin Emetullah bt. Ali, parmağını kestiğini iddia ettiği Mehmed b. Abdullah’tan şikâyetçi olmuştur. Kadı, parmağın kesik olup olmadığı ve yaralanıp yaralanmadığı hususunda hekim görüşüne başvurmamıştır, zira bu hususun aşikâr olduğunu şu şekilde kayıt altına almıştır: “... *mecrûha-i mezbûrenin cerâhatine nazar olundukda, fi’l-vâki’ sol elinin serçe parmağı kat’*

³⁵ Kahrıman vd., İstanbul18 Cilt: 18, 544, Hüküm no: 592. Bu mivaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür.

³⁶ Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, s. 900, Hüküm no: 1226.

³⁷ Abacı, Osmanlı Dönemi Bilirkişilik, 79.

olduğundan mâ'adâ sırça parmağı yanında olan parmağı dahi mec-rûh idiği mukarrer ve muhakkak olmağın..."³⁸. Bu noktada kadının her yaralama iddiasının mutlaka hekim tarafından belirlenmediği; hayatın olağan akışına bağlı olarak kadının kendi hayat tecrübesi ile de bu yönde karar verebileceği ve bilirkişi belirleme hususunda geniş bir takdir yetkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Ancak vakada kadı, iddia edildiği gibi diğer parmağın "amelden koyulduğunu" yani iş göremez hale geldiğini kendi hayat tecrübesiyle anlayamamıştır. Bu noktada konunun uzmanı hekimlerden görüş alındığı şu şekilde kayıt altında tutulmuştur: "...timar eden cerrâhlardan suâl olundukda, fi'l-vâki' amelden kalmışdır deyû haber vermeğın...". Benzer bir vakada ise Konya kadısı yaralama sebebiyle elin sakat kalıp kalmadığını tespit için hekime başvurmamıştır; eli kendisi incelemiştir: "...mecruh-ı mezbur ... in yedine nazar olundukda cerh-i mezburun tesirinden naşi baş parmağı ile sebbâbesi bi'l-küllîye 'amelden münkatı' olduğu mu'âyene ve müşahede olunmağla..."³⁹. Aynı tıbbi rahatsızlık iddiası için kadılardan birisinin hekim bilirkişisine gitmesine rağmen diğerinin gitmemesi, bilirkişiye gitme hususunda kadının sahip olduğu geniş takdir yetkisinin göstergesidir. Kadılar, önlerine gelen her somut vakayı, olayın içinde bulunduğu şartlara göre değerlendirmişlerdir. Parmağın "amelden koyulduğunu" bir vakada herkesin anlayabileceği bir şekilde ortada ise hekime başvurulmamış; ancak aynı sorunun anlaşılabilmesi için teknik bir inceleme gerekiyorsa bu kez hekime başvurulmuştur.

Bir başka vakada da kadın, eşinin akli melekesinin olmadığını iddia ederek, kocasının bimarhaneye gönderilmesini talep etmiştir. Bu vakada kadın, kocasının "cünun" hastalığına kapıldığı "...Akli başına gelüp gah mecnun olmağla menün olduğu halde beni darb ve bağazlamaya yatırıp elinden halas olmam ile ..." şikayet etmiştir⁴⁰. Kadı, mahalle sakinlerinden kişileri huzuruna çağırması ve her biri adamın cünun hastalığına maraz olduğunu bildirmişlerdir. Kocanın

³⁸ Hüseyin Kılıç vd., İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havâss-I Reffa) 74 Numaralı Sicil (H. 1072 - 1073 / M. 1661 - 1662) (İstanbul: İSAM, 2011), 279, Hüküm no: 282.

³⁹ İzzet Sak ve İbrahim Solak, Konya Kadı Sicili 1148-1149 / 1736-1737 Defter 53, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi, 2016), 270.

⁴⁰ İzzet Sak ve Cemal Cetin, Konya Kadı Sicili 1138-1139 / 1726-1727 Defter 50, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi, 2016), 298, 299.

akli melekesinin olup olmadığı hekimlere veya bimarhaneciye değil, mahalle sakinlerine sorulmuştur⁴¹. Yine, başka olayda mecnune olan kadının akli melekelerinin *yerinde olmadığı "sikât-ı müslim"* güvenilir Müslümanların ihbarı ile tespit edilmiş ve vasi ataması yapılmıştır⁴². Dikkat edilirse bu iki olayda teknik ve özel bilgiye sahip kişilere başvurulmamıştır. Ancak aksi uygulamalar mevcuttur: Akli melekesinin olmadığı, etrafa ve başkalarını zarar verdiği iddiası ile kadı huzuruna çıkartılan Hadice binti Ahmed'in "*... bimarhaneye vaz olunup ifakat buluncaya değin bimarhanede zabt ve terbiye olunmasını ...*" talep olunmuş, bunun üzerine "*... hazır-ı bi'l-meclis bimarhabeci seyyid süleymana taraf-i şeriden izin ...*"⁴³ verilmiştir. Burada ise bu kişinin iyileştirilmesinin mümkün olup olmadığı ile ilgili bimarhaneciden görüş sorulmuştur. Buradaki farklı tercihler, biraz önce izah ettiğimiz gibi kadıların geniş takdir yetkisi ve her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

Çocuk düşürme suçunda kadından ayrılan parçanın cenin olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinde kadıların izlediği yöntem de önemlidir. Kocasının darbu ile kadının çocuk düşürdüğü iddiası ile açılan davada, kadın ıskat eden varlığı kadıya sunmuştur. Kadı "*...muzafa ibraz eyledikdike nazar olunub a'zâ-yı isaniyeden eser ve alame olmayup kanla mültah lahm paresi şeklinde bir şey olduğu...*" kanaatine kendisi varmıştır⁴⁴. Kadından düşen ve delil olarak ileri sürülen varlık, hekime gönderilmemiş; kadı kendi hayat tecrübesi ile varlığın müstenibetül hılka⁴⁵ olmadığına kanaat getirmiştir⁴⁶.

⁴¹ Ateşli hastalığa bağlı olarak akli melekelerini kullanamadığı zamanda karısını üç talakla boşayan kocanın bu iradesi, hukuken geçerli sayılmamıştır. Kocanın "*humma-yı muhrakaya*" müptela olması ve aklının başında olmadığı mahalle imamı ve sakinleri tarafından belirlenmiştir; Sak ve Çetin, Konya Kadı Sicili Defter 50, 375.

⁴² İbrahim Solak ve İzzet Sak, Konya Kadı Sicili 1103-1104/1692-1693 Defter 38, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi, 2016), 377.

⁴³ Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 300.

⁴⁴ Solak ve Sak, Konya Kadı Sicili Defter 38, 247.

⁴⁵ Bu kavram, vücut organları belirgin hale gelmiş cenine işaret eder; Ahmet Kılınc, "Çocuk Düşürme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII/38 (2018): 62.

⁴⁶ Benzer bir kayıta "*...gayri müstebinetül hılka bir cenin etmişidüm deyu bir parça lahm ibraz idüp ba'de'n-nazar gibbe'ssu'al...*" denilmek suretiyle kadından düşen varlık kadı tarafından değerlendirilmiştir; Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 282, 283.

Klasik dönemde hekim bilirkişi belirleme hususunda merkezi otorite, kimlerin hekim bilirkişisi olabileceğini belirlememiş ise kadının çok geniş takdir yetkisi mevcut olmuştur. Kadılar, birbirine çok benzeyen vakaların birinde hekime başvurabilmiş iken diğerinde başvuramayabilmiştir. Bu farklı uygulama, somut olayın kendi şartlarına uygun hareket etme gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Kadılar gerçekten ihtiyaç hissedilmesi halinde hekim bilirkişilerine başvurmuştur.

B. Hekimlerin Ehl-i Vukuf / Ehl-i Hibre Olarak Görüş Bildirme Usulleri

Dava konusunun, bilirkişi sıfatıyla hekimin inceleme alanına girilmesine karar verilmesi ve bilirkişi hekimin tespit edilmesi üzerine, uyumsuzluğun konusuna bağlı olarak değişik şekillerde hekim görüşüne başvurulmaktadır. Keşifte yer alma, kendi mahallinde tetkik, mahkeme huzurunda şifahen görüş bildirme, hekimlerin bilirkişi sıfatıyla yargı teşkilatı içerisinde yer aldığı yöntemler olarak karşımızda durmaktadır.

Hekimlerin keşif heyetinde yer aldığı vakalar genelde adam öldürme ve müessir fiil iddialarının söz konusu olduğu ihbarlarda görülmektedir. Bu tip vakalarda, bir kişinin bir yerde yaralı veya ölü olarak bulunduğu ihbarı üzerine, hekimler de keşfe bizzat mahkeme heyeti ile gitmişlerdir⁴⁷. Hekimin heyetin içerisinde yer alması, onun sahip olduğu teknik ve özel bilgiden kaynaklanmaktadır. Zira iddia edilen yaralama fiilinin bir adli vaka olup olmadığı, fiilin bir başkası tarafından yapılıp yapılmadığı gibi hususların tespit edilebilmesi için yaralının durumu tıbbi açıdan tahlil edilmelidir. Örneğin Yeniçerilerden Ali b. Abdullah'ın kulağından kan geldiği iddiasının yerinde incelenmesi talebi üzerine “... *Mevlânâ Şemseddin irsâl olunup cerrâh Ferruh ve zeyl-i sicilde olan müslimîn ile üzerine ...*”⁴⁸ varılmıştır. Anılan kişinin, “...*alında sopa yarası ve başının sol cânibinde dahi kara bere*

⁴⁷ Keşif ile ilgili detaylı değerlendirme için bk. Ahmet Kılınç, Betül Argunhan, “Osmanlı Yargılama Hukunda Keşfe İlişkin Birtakım Mülâhazat (17-18. Yy. İstanbul Örnekleme)” Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023, s. 415 vd.

⁴⁸ Rifat Günalan, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (H. 987 -988 / M. 1579 - 1580), (İstanbul: İSAM, 2010), 121, Hüküm no: 139

olup ve sol kolunun dirseğinden kemiği yerinden kırılıp ve yüzü ve gözü şiş olup kulağından kan ..." geldiğinin tespit edilmesinde hekimin rolü büyüktür. Bu tespitler vakanın bir adli vaka olduğu sonucu doğurmuştur. Hekimin burada, olay yerinde hastayı muayene ederek, fiilin darp ile meydana geldiğini ifade etmesi çok yüksek ihtimaldir. Vakanın adli olay olduğunun hekim görüşü ile anlaşılması üzerine, keşif heyeti şüpheli tesbiti aşamasına geçmiştir. Hastanın bilincinin açık olmasına bağlı olarak, "... mezbûr Ali'ye seni kim vurdu deyû suâl..." olunmuş ve durum kayıt altına alınmıştır⁴⁹. Ceset ihbarında da keşif heyeti, cesedi yerinde incelemekte ve alet-i cariha ile suçun işlenip işlenmediği, suçta bir başkasının dahlinin olup olmadığını araştırmışlardır. Kayıtlardan anlaşıldığı kadarıyla her keşif heyetinde mutlaka hekim bulunmamıştır. Bu tespit kadının sahip olduğu geniş takdir yetkisi ile ve somut olayın şartları ile izah edilebilir.

Bir kayıтта, bir cerrahın hem keşif heyet üyesi hem şuhudul hal hem de ehl-i vukuf olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Hakikaten, mahalle sakinleri kadından evinde yaralı olarak yatan kişinin durumunun yerinde araştırılmasını istemişlerdir. Kadı da "...zeyl-i sicilde mastûr müslümanlar ile üzerine varılıp..." kişiyi dinlemiştir. Kaydın sonunda da şuhudul hal olarak usta Memi cerrah yer almaktadır⁵⁰. Kayıтта, cerrah Memi'nin hem şuhudul hal hem de keşif heyet üyesi

⁴⁹ Mesela, 16 Temmuz 1744 tarihli bir belgeye göre Çukur köyünden Ahmed bin Abdullah adlı kişinin 10 gün önce es-Seyyid Hacı Ali Ağa adlı şahıs tarafından ayağına 200 değnek vurulduğu, tırnaklarının söküldüğü, sol kulağının arkasına kazma ile darp edildiği ve kulağının işitemez hâle geldiği ve azalarındaki bazı kemiklerin kırıldığı iddiasıyla durumunun keşfini mahkemeden talep ettiğinde cerrahbaşı tarafından muayene edilmiştir; Özen Tok, "Kayseri Kadı Sicillerindeki Yaralanma ve Ölüm Vakalarıyla İlgili Keşif Raporları (1650-1660)", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 22 (2007): 333. Başka kayıt için bk. Hilal Kazan ve Kenan Yıldız, İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 990 -991 / M. 1582 - 1583) (İstanbul: İSAM, 2010), 202, Hüküm no: 428.

⁵⁰ "... mahalle-i Ma'mûre sâkinlerinden ... ve sâiri mahfil-i kazâda ... mahalle-i mezbûrede sâkin komşumuz ... nâm kimesne mecrûh evinde yatıyor üzerine varılıp keyfiyyet-i ahvâli tefahhus olunup alâ vukû'ihî sebt-i sicil olmasın taleb ederiz dediklerinde, zeyl-i sicilde mastûr müslümanlar ile üzerine varılıp kazıyye kendüden istintâk olundukda cevâb verip ... anı koyup benim üzerime yürüyüp balta ile sağ kolumu omzum başında vurup mecrûh edip ve dirseğime gelince kemiklerimi hurd eylediler ... dedikde mâ vaka'a bi't-taleb kayd-ı sicil olundu... Şuhûdü'l-hâl: Usta Memi el-Cerrâh, Keyvan b. Abdullah, Mehmed b. Abdullah, Ramazan el-Muhzır." Kazan ve Yıldız, Üsküdar56 Cilt: 9, 202, Hüküm no: 428.

olduğu nettir. Zira bu husus açıkça yazılmıştır. Bilirkişi olduğu ise dolaylı bir şekilde anlaşılmaktadır. Zira, evinde yaralı yatan kişinin hakikaten yaralı olup olmadığının tespiti için hekim görüşüne ihtiyaç vardır. Nitekim bu gibi vakalarda hekimlerin de heyetlerde yer aldığı bilinmektedir.

Hekimlerin kendi dükkanlarında veya darüşşifada veya uzmanlıklarına bağlı olarak çalıştıkları yerde dava konusu husus ile ilgili tetkik yaptığı ve tetkik neticesinde görüşünü bildirdiği de görülmektedir. Dava konusu olan hususun aciliyet kesbetmemesi ve tetkik ve tahlilin çeşitli tıbbi araç gereçlerle yapılabilecek olması veya mahremiyet gerektirmesi bu yönetime başvuru gerekçeleri olabilmiştir. Örneğin biraz önce verdiğimiz parmak kesmeye ilişkin davada hekimler, görüşlerini kendi mahallerinde, kadı huzuruna gelmeden bildirmiştir. Zira kayıтта geçen “... *cerrâhlardan suâl olundukda, fi’l-vâki’ amelden kalmışdır deyû haber vermeğın...*” ifadesi cerrahların konuya ilişkin tahlili kendi dükkanlarında yaptıklarına işaret etmektedir. Keza satın aldığı cariyenin frengi hastası (Frenk Marazı) olduğu bu nedenle satışın iptalinin istendiği davada cariyenin hekimin dükkanına gönderildiği net bir şekilde kaleme alınmıştır: “...*cariye-i merkûme fahru’l-etibbâ’l-hâzikîn Ali Çelebi nam tabibe irsâl olunub nazar eyledikde...*”⁵¹. Zina iftirası iddiasında kadının bekareti hususundaki tetkik de “...*yeni hamam dimekle maruf hamamın nisa hamamı kapusu önnde varup kabile hatunlar topraklık maallesinde sakine.... Hatunlara iradet*” olunmuştur⁵².

Hekimlerin, dava konusu hakkındaki görüşlerine mahkeme huzurunda da başvurulabilmiştir. Kadının ayrıntılı bilgiye ihtiyaç hissetmesi, yargılamanın hızlı olmasına katkı sağlaması amacıyla işbu yön-

⁵¹ Sicil için bk. Osman Çetin, “Bursa Şer’i Mahkeme Sicillerinden Notlar”, Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, II/ 2 (1987): 69. Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür. “... *câriye-i mezbûre huddâm-ı mahkemedden Receb nâm muhızır ile bu makûle umûru görmeğe taraf-ı saltanat-ı aliyyeden ta’yîn olunan Mustafa Efendi b. Mehmed ve Ahmed Efendi b. Mehmed’e irsâl ve irâet olundukda câriye-i merkûmede elân Frenk zahmeti ta’bîr olunur maraz mevcûddur deyû hasmeyn-i mezbûreyn muvâcêhelerinde haber verdiklerini muhızır-ı mezbûr meclis-i şer’a gelip ihbâr ettikten sonra...*” Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, 867, Hüküm no: 1188. Burada hekimin kanaati kadıya muhızır ile iletilmiştir.

⁵² Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 383.

teme başvurulduğu düşünülebilir. Örneğin cüzzam hastası olduğu iddia edilen kişinin hastalığının cüzzam olmayıp, tuzlu balgam olduğu “...hekimbaşı Halil Çelebi meclis-i şer’a ihzar olunup mezbur Şa’aban’ın a’zasına nazar ...” eylemesi ile ortaya konmuştur⁵³. Uyuşmazlık konusu, ayıplı cariyenin ayıbın satıştan önce mi yoksa sonra mı olduğu noktasında ise hekimler yine mahkeme huzurunda bilirkişi sıfatıyla görüş beyan edebilmişlerdir. Örneğin aldığı cariyenin ayakları altında “besavir” denilen hastalığın olduğunu ve bu hastalığın eskiden beri mevcut olduğu iddiasında davalı “...müdde’î-i mezbûra ber minvâl-i muharrer bey’ ve kabz-ı semen eylediğini ikrâr, lâkin câriye-i mezkûrede red îcâb eder ayb-ı kadîm olduğunu inkâr ...” etmiştir. Yani ayıbın eski olup olmaması uyuşmazlığın merkezindedir. Bu durumda hekimlerden hastalığın ne zamandan beri mevcut olduğu sorulmuştur: “...tıbbâya mürâca’at olundukda, ... fahrûl-etıbbâ’îl-kirâm Mustafa Efendi ve Ahmed Efendi mahfil-i şer’a hâzırân olup münkir-i mezbûr muvâcehesinde takrîr-i kelâm edip işbu câriyenin ayakları altında olan maraz on günde ve on beş günde hâdis olur uyûb kabîlinden olmayıp ancak yedi sekiz ayda peydâ olur, maraz-ı mezbûr beyne’l-etıbbâ kızıl yel demekle ma’rûfdur, ayb-ı kadîmdir deyû her biri haber verdiklerinde...”⁵⁴. Görüldüğü üzere hekimler kendilerine sorulduğu üzere hastalığın 10 günde değil yedi sekiz ayda ortaya çıkabileceğini mahkeme huzurunda ifade etmişlerdir.

Mahkeme huzurunda ehl-i vukuf sıfatları ile görüş beyan hekimler aynı davada daha sonra şahit konumuna geçebilmişlerdir. Satılan cariyenin “Keçebaş tabir olunan” bir hastalığı olduğu iddiası ile açılan davada “... bu makûle emrâzı teşhîs için ... Ahmed Efendi b. Mehmed ve Mustafa Efendi b. Mehmed ve huddâm-ı mahkemedden Hüseyin ve Mehmed ile irsâl ve irâet olundukda câriye-i mezbûrenin hâlâ keçebaş ta’bîr olunur marazı olduğuna ittifâk eylediklerini mezbûrân Hüseyin ve Mehmed meclis-i şer’a gelip mütehâsımı muvâcehelerinde ihbâr eylediklerinden...”⁵⁵ bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere, hekimler, mahkeme huzurunda tarafların yüzüne karşı cariyede anılan hasta-

⁵³ Fatih Küçük ve İzzet Sak, Konya Kadı Sicili 1080-1081/ 1669-1670 Defter 14, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi, 2014), 16-17.

⁵⁴ Kılıç vd., Eyüb74 Cilt: 28, 106, Hüküm no: 76.

⁵⁵ Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, 900, Hüküm no: 1226.

lğın mevcut olduğunu hemfikir bir şekilde dile getirmişlerdir. Ancak bu tespit davanın sonuçlandırılması için yeterli olmamıştır. Bu hastalığın ne zamandan beri anılan cariyede bulunduğu önem kazanmıştır. Zira davalı, satışı ikrar etmesine rağmen, satış anında bu hastalığın mevcut olduğunu inkâr etmiştir. İşte bu noktadan sonra hekimlerin yeni görüşleri kilit rol üstlenmektedir. Anılan vakada ve benzeri olaylarda davacıya bu konuda delilinin sorulması üzerine hekimlerin ileri sürüldüğü görülmektedir: “... mezbûrdan da’vâsına mutâbik **beyyine** taleb olundukda tabîbân-ı mezkûrân Ahmed Efendi ve Mustafa Efendi nâm kimesneler li ecli’s-şehâde meclis-i şer’a hâzırân olup istîşhâd olunduklarında...”. Anlaşıldığı üzere hekimlerin bu noktadan sonraki sıfatları artık bilirkişi olmaktan ziyade “*şahit*” konumundadır. Bir başka ifadeyle hekimlerin bu noktadan sonraki hukuki statüleri ehl-i vukufuktan şahitliğe dönmüştür. Zira Mecelle’nin 1684’üncü maddesine uygun bir şekilde hekimler, bir kimse için kadî huzurunda, tarafların yüzüne karşı tanıklık etmekte ve usule uygun bir şekilde yemin etmektedirler. Nitekim başka konulardaki şahitlere ilişkin prosedür bu noktadan itibaren hekimlere de uygulanmıştır. Zira hekimler görüşlerinden sonra “...ayb-ı kadîmden üç aydan mukaddemden hâdis olmuş ayb-ı kadîm olduğuna şâhidleriz şehâdet dahi ederiz deyû her biri edâ-i şehâdet-i şer’iyye eylediklerinde...” yemin etmişlerdir. Hekimlerin görüşlerinin bu noktadan itibaren bir tarafın delili olduğuna ilişkin kayıtları çoğaltmak mümkündür⁵⁶.

Hekimlerin bilirkişi olarak görev yaptıklarına işaret eden son yöntem de şuhudul hal oldukları davalardır. Hakikaten, hekimlerin şuhudul hal listesinde yer aldıkları davaların büyük bir kısmının insan sağlığı ve veya vücut bütünlüğüne yönelik olması bizi bu düşünceye itmektedir. Örneğin Yani b Nikoz’un kolunun “*mecruh edildiği*” iddiasının ve ikrarının yer aldığı davada⁵⁷ veya darb davalarının

⁵⁶ Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, 867, Hüküm no: 1188; 128, Hüküm no: 45.

⁵⁷ “Yani bin Nikoz nâm zimmî meclis-i şer’de Keyvân bin Abdullah nâm kimesne mahzarında takrîr-i da’vâ idüp, “mezbûr Keyvân demür keski ile kolum çalup mecrûh eyledi” didikde bi’t-tav’ i’tirâf idüp sicill olundı. gühûdü’l-hâl: Mustafa bin Abdullah, Mestân Çelebi el-Hekîm, Bahşi bin Hızır Muslı.”, Eda Daştan, “Tophane 2 Numaralı Şeriye Sicili Defteri H. 966-967/1558-1560 (İnceleme - Metin)” (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2014), 152.

da⁵⁸ hekimlerin şuhudul hal olarak görev yapması dikkate değerdir. Öğretide şuhudul halin yargılamaya dahil olmadığını, sadece yargılamayı izledikleri genel kabuldür⁵⁹. Ancak biraz önce verdiğimiz örnekte⁶⁰ olduğu gibi bir cerrahın hem keşif heyet üyesi hem şuhudul hal olması veya mevzunun insan sağlığı ile ilgili olduğu hallerde hekimlerin şuhudul hal listesinde yer almaları bu görevlilerin aynı zamanda bilirkişi konumunda olduğuna işaret etmektedir. Ancak bu hususun daha detaylı bir şekilde araştırılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira hekimlerin şuhudul hal oldukları bütün uyuşmazlıklar, insan sağlığı ile ilgili olmadığı gibi; insan sağlığına ilişkin davaların hepsinde mutlaka hekimler yer almamışlardır⁶¹.

Hekimler, klasik dönemde görüşlerini, kendi dükkanlarında, çalıştıkları yerde veya darüşşifada tetkik ettikten sonra iletebilmişlerdir. Bu yöntem teknik inceleme veya mahremiyet gerektiren, aciliyet göstermeyen vakalarda genelde görülmüştür. Keşif heyetinde yer alarak da görüş beyan hekimler, aynı zamanda şuhudul hal olarak da görev yapabilmişlerdir. Mahkeme huzurunda tahlillerini ifade eden hekimler, aynı davada daha sonra şahit konuma geçmeleri dikkate değer bir tespittir.

⁵⁸ “Mehmed bin İsmail nâm kimesne Sîrâb binti Abdullah nâm avreti ihzâr idüp, “beni bi gayrı hakkın darb eyledi taleb ederin” deyüp su“âl olundukda bi“t-tav‘ ikrâr ettüği kayd olundu. ğühûdü“l-hâl: Behrâm bin Abdullah ve Hasan halîfetü“l-hekîm ve Hasan Ağa re“îsü“lmuhzırîn.”; Daştan, Tophane Şeriye Sicili, 121.

⁵⁹ Halil Cin ve Gül Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, (Konya: Sayram Yayınları, 2011), 4. Baskı, 181; Ekrem Buğra Ekinci, Ateş İstidâsı İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, (İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001), 96. Şuhudul Halin doğrudan da etki edebildiğin ilişkin yaklaşım için bk. Ahmet Kılınç, Betül Kayar, “Osmanlı Yargılama Hukukunda “Suhû‘l Hâl”in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği” Adalet Dergisi, Cilt 62-63, sayı 1-2, Ankara 2019, s. 33 vd.

⁶⁰ “... mahalle-i Ma‘mûre sâkinlerinden ... ve sâiri mahfil-i kazâda ... mahalle-i mezbûrede sâkin komşumuz ... nâm kimesne mecrûh evinde yatıyor üzerine varılıp keyfiyyet-i ahvâli tafahhus olunup alâ vukû‘ihî sebt-i sicil olmasın taleb ederiz dediklerinde, zeyl-i sicilde mastûr müslûmanlar ile üzerine varılıp kazıyye kendüden istintâk olundukda cevâb verip ... anı koyup benim üzerime yürüyüp balta ile sağ kolumu omzum başında vurup mecrûh edip ve dirseğime gelince kemiklerimi hurd eylediler ... dedikde mâ vaka‘a bi‘t-taleb kayd-ı sicil olundu... Şuhûdü‘l-hâl: Usta Memi el-Cerrâh, Keyvan b. Abdullah, Mehmed b. Abdullah, Ramazan el-Muhzır.” Kazan ve Yıldız, Üsküdar56 Cilt: 9, 202, Hüküm no: 428.

⁶¹ Miras hukukuna ilişkin bir vakada hekimin şuhudul hal olarak görev yaptığı örnek için bk. Ahmet Demirci, “1797-1799 (H.1212-1213) yıllarına ait ‘3 Numaralı Tokat Şer‘iye Sicil Defteri’nin transkripsiyonu” (Yüksek Lisans Tezi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, 2007), 387.

C. Hekimlerin Bilirkişilik Yaptıkları Dava Türleri

Klasik dönem Osmanlı Devlet’inde hekimler, muhtelif dava türlerinde bilirkişilik yapmışlardır. Ancak ağırlıklı olarak borçlar hukuku ve ceza hukuku alanındaki uyuşmazlıklarda hekimleri ehl-i vukuf sıfatıyla görüyoruz. Borçlar hukuku açısından, ayıplı mal konumunda görülen “hastalıklı köle veya cariyelere” ilişkin ihtilaflar; ceza hukuku bağlamında ise adam öldürme ve müessir fiillerde hekimlerin tıbbi bilgilerine başvurulduğu görülmektedir. Bunlar dışında, günümüzde malpraktis olarak ifade edilen tıbbi hata, akli melekelerinin yerinde olmadığı, mürted olma, zina iftirası iddialarında, toplum sağlığını doğrudan igilendiren vakalarda hekimler bilirkişi olarak görüş bildirebilmişlerdir.

1. Ayıplı Cariye ve Köleye İlişkin Davalar

İslam Osmanlı hukukunda kölelik ve cariyelik müessesesinin mevcut olduğu bilinmektedir. Köleler ve cariyeler, kişiler hukuku bakımından ehliyet arızası olarak kabul edilmiş; kölenin eksik vücut ve eda ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiştir⁶². Borçlar ve ticaret hukuku açısından köle ve cariyeler, mütekavvim mal olarak değerlendirilmiş; alınıp satılması ve kullanılması hukuka uygun olan mal olarak değerlendirilmiştir⁶³. Kölelerin borçlar ve ticaret hukukunun konusu olması, dava konusu olması sonucunu da doğurmuştur. Kölenin hastalıklı olması, “ayıplı mal” olarak algılanmıştır. Buna bağlı olarak da alıcı ve satıcı arasında ayıplı malın iadesi veya semenin azaltılması, kadı huzuruna getirilebilmiştir. İşbu noktada hekimler, ehli vukuf olarak karşımıza çıkmaktadırlar.

Bu tür vakalarda köle pazarından ya da başka bir şekilde alınan köle veya cariyenin hastalığının olduğu iddiası davayı başlatmıştır. Davacılar, cariyeye veya kölenin özelliklerini boyu, göz rengi gibi fiziksel özelliklerini belirttikleri cariyeye veya kölelerinin “ayıplı” olduğunu ileri

⁶² Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 320; farklı bir yaklaşım için bk. Ahmed Akgündüz, İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı’da Harem (İstanbul: Osav Yayınları, 1995), 145.

⁶³ Abdullah Vefa Karataş, “Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi”, YBHD, Y.5, 2020/1 (2020): 177.

sürmüşlerdir⁶⁴. Davacıların talepleri satışın iptaliyle cariyeyi iade ve verdiği parayı geri alma şeklinde olabilmıştır. Kadı bu durumda öncelikle cariyeye veya kölenin ayıplı olması hususunu özel ve teknik bir iş olarak değerlendirmektedir. Akabinde bu işlerde uzman olan kişinin belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir⁶⁵. Bu uygulama, aradan geçen uzun zaman diliminin ardından Mecelle'nin 338'inci maddesinde "Ayb diye ehil ve erbabi beyninde malın hanasına îras-ı noksan eden kusura derler" şeklinde kendisine yer bulacaktır. Görüldüğü üzere ayıbın varlığının tespiti için bilirkişiye gidilmesi gerekmektedir. Klasik dönem fıkıh eserlerinde ve uygulamadaki istikrar, tanzimat sonrası Osmanlı kodifikasyonlarına yansımalarından bir tanesidir.

Bu noktada da kadılar, payıthatta saltanatın ayıplı cariyeye ve köle konularında belirlemiş olduğu bilirkişilerden hekimler atamışlardır⁶⁶. Bilirkişi olarak atanan hekimler, cariyeye veya köleyi mahkeme dışında veya huzurunda tetkik etmişlerdir. Akabinde iddia edilen ayıbın / hastalığın mevcut olup olmadığını haber etmişlerdir⁶⁷. Bu nokta sadece hekimlere münhasır bilgi ile ortaya konabilecek bir husustur. Eğer ihtilaf konusu hastalığın / ayıbın satış anında olup olmadığı noktasında ise bu kez yine hekimlerden bu konuya ilişkin bilgi istenebilmiştir⁶⁸.

⁶⁴ "... işbu orta boyly açık kaşlı elâ gözlü Rusiyyetü'l-asl Mariya nâm câriye-i memlûkesini cemî' uyûbdan sâlîme olmak... ta'bîr olunur ayıb ile mu'ayyeye olduğuna..."; Erol vd., İstanbul12 Cilt: 16, 900, Hüküm no: 1226.

⁶⁵ "...ayb-ı mezbûr etibbâya mürâca'at ile ma'lûm olan uyûbdan olmağla teveccüh-i husûmet için... mevsûfe-i mezbûre taraf-ı Saltanat-ı aliyyeden ehl-i hibre ta'yîn olunan Mehmed Efendi b. Mustafa ve Abdullah Efendi b. Mustafa nâm tabîblere irâet olundukda..." Kahrıman vd., İstanbul18 Cilt: 18, 544, Hüküm no: 592.

⁶⁶ Merkezi otorite, hekimlerin görev yerlerini değiştirebilmiştir. "Yazıldı. Husrev Çavuş'a virildi. Fî 3 Muharrem sene 967 Mısır beglerbegisine hüküm ki: Hâliyâ mahrûse-i Mısır'da sâkin kehhâl Ahmed b. Abdullâh ile berber cerrâh Ali Beg, Südde-i sa'âdet'ümde istihdâm için huzûri lâzım olmağın buyurdum ki: Vusûl buldukda, te'hîr itmeyüp mezkûrları lâzım olan havâyciiler ile mu'accelen mezbûr ile atebe-i ulyâma gönderesin. Ta'allül ü bahâne itdürmeyesin." Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), 3 Numaralı Muhimme Defteri, Hüküm No 351, 161. Başka bir örnek için bk. BOA, 7 Numaralı Muhimme Defteri, Hüküm No 349, 185; cilt 2, Hüküm No 1969, 396, 549. Hekim Kemal'in hizmetleri karşılığında hassa hekimlerine ilhakı hakkındaki kayıt için bk. Alime Çukuryurt, "50 Numaralı Muhimme Defteri (993 / 1585) (s. 84 - 166) Değerlendirme- Transkripsiyon" (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2005), XVI.

⁶⁷ "...anlar dahi ba'de'n-nazar mevsûfe-i mezbûre ayb-ı mezbûr ile elân mu'ayyeye olduğunu haber verdiklerinde..." Kahrıman vd., İstanbul18 Cilt: 18, 544, Hüküm no: 592.

⁶⁸ "...ayb-ı mezbûru kadîmden bir aydan ekalde hâdis olur değildir..." Kahrıman vd., İstanbul18 Cilt: 18, 544, Hüküm no: 592.

Ayıplı cariyeye/köleye ilişkin davalar taşrada da görülmüştür. Örneğin, 10 Ramazan 1055 (30 Ekim 1645) tarihli ilam suretine göre, Kayseri'nin Lala Mahallesi'nden olan Ahmed Çelebi bin Abdullah Efendi, Mahmud bin Emir adlı kimseden davacı olmuştur. Buna göre, Mahmud'dan 7 gün önce Canfeda adlı cariyeyi bütün kusurlarından beri olmak üzere 110 esedi kuruşa satın almıştır. Ancak cariyenin mahrem mahallinde, daha önceden ortaya çıkan *cüzzam* marazı olduğunu beyanla parasını talep etmiştir. Mahmud ise cariyenin önceden *cüzzam*lı olduğu yönünde bir bilgisi olmadığını beyan etmiştir. Bunun üzerine hekim ve ebelere müracaat olunmuştur. Neticede Kamerşah, İsmihan ve Döndüşah adlı kadınlar Mahmud'un huzurunda, cariyede görülen *cüzzam* marazının yeni olmayıp, daha önceden olduğunu beyan etmişlerdir⁶⁹.

Köle ve cariyeler, insan olmalarına rağmen mal gibi alınıp satılabilmişlerdir. Dolayısıyla bunlarda görülen tıbbi hastalıklar, mallarda görülen ayıp ile eşdeğer görülmüştür. Maldaki görülen ayıbın belirlenmesi ise teknik ve uzman kişi tarafından tespit edilmiştir. Söz konusu malın "insan" olması, bu davalarda teknik ve uzman kişinin "hekim" olması sonucunu doğurmuştur. Saltanatın bu konularda hangi hekimlerin bilirkişi yapabileceğini belirlemesi, konuya verilen önemi ve ihtilaf sayısının çok olması ile izah edilebilir.

2. Müessir Fiil ve Adam Öldürmeye İlişkin Davalar

Müessir fiiller ve adam öldürme fiilleri, İslam Osmanlı ceza hukukunda kısas ve diyet suç tipleri içerisinde yer almaktadır. Bu suç kategorisi, şahısların hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen fiiller ile ilintilidir⁷⁰. Bu kategorideki suçların cezaları, İslam hukuku kaynaklarında belirlenmiştir. Kısas ve diyet suçlarının temel özellikleri mağdurun ya da mirasçıların suçluyu af yetkisine sahip olması, sulhun mümkün olması ve takibin şikâyete bağlı olmasıdır⁷¹. Zamanaşımına

⁶⁹ Özen Tok, "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", Turkish Studies, III-IV, (2008): 791.

⁷⁰ Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 225 vd; Mehmet Akif Aydın, (İstanbul: Beta, 1999) 3. Baskı, 202.

⁷¹ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler (Konya: Mimoza Yayınevi, 2014), 18 vd; Cevat Akşit, İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları (İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul) 1976, 60; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 159.

uğramayan bu suçlarda hafifletici nedenler de dikkate alınmamaktadır⁷². Bu kategoride adam öldürme, müessir fiiller ve çocuk düşürtme suçları vardır⁷³. Yaralama şeklinde de ifade edilen müessir fiiller, kişinin uzuvlarına yönelik yasak fiiller olarak tanımlanmış ve dört başlık altında incelenmiştir⁷⁴: Kat'ı uzuv, tatil-i uzuv, secc (baş ve yüz yaraları), cirah baş ve yüz dışındaki bölgelerde meydana gelenler. Hanefiler, bu suçların manevi unsuru amden ve hataen işlenebileceğini zikretmişlerdir⁷⁵. Bu suçların işlenmesi halinde kısas, diyet, erş ve hükümeti adl cezalarının verileceği ifade edilir⁷⁶.

Yaralama ve ölüm vakalarında hekimlerin görüşlerine başvurulmuştur. Bu vakalarda iddia edilen darb ve yaralama fiilinin gerçekten mevcut olup olmadığı; mevcut ise bu vakanın adli bir vaka olup olmadığının anlaşılması açısından hekimlere danışılmıştır. Darb ve yaralama fiilinin mevcudiyet iddiası, görüş bildirme şeklinde dile getirilebildiği gibi keşif suretiyle mahallinde de yapılabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında hekimleri daha ziyade keşif heyeti içerisinde görmekteyiz. Örneğin yeniçeri Ali b. Abdullahın hasta yatağında mecruhen sol kulağından kan gelir bir şekilde yattığı iddiası üzerine keşfe cerrah ile gidildiği şu şekilde kayıtlara yansımıştır: “... *Mevlânâ Şemseddin irsâl olunup cerrâh Ferruh ve zeyl-i sicilde olan müslimîn ile üzerine varıp gördüklerinde...*”⁷⁷. Hekimler bu noktada vakanın adli bir vaka olup olmadığının belirlenmesinde önemli rol üstlenmişlerdir. Zira hastanın başkasının fiili ile darp edilip edilmediğine ilişkin mütaaları davanın seyrini değiştirmektedir. Bu vakada hastanın “...*gördüklerinde sâlifü'z-zikr Ali'nin alınında sopa yarası ve başının sol cânibinde dahi kara bere olup ve sol kolunun dirseğinden kemiği yerinden kırılıp ve yüzü ve gözü şiş olup kulağından kan gelip sâhib-i firâş ...*” görülmesi artık vakanın

⁷² Avcı, Genel Hükümler, 18 vd; Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 225 vd.; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, 159, 160.

⁷³ Harun Karakaya, “Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu” (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2020), 15.

⁷⁴ Şamil Dağcı, İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 1996), 50; Hasan Tahsin Fendoğlu, Türk Hukuk Tarihi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2000), 462; Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 277.

⁷⁵ Cin ve Akyılmaz, Türk Hukuk Tarihi, 278.

⁷⁶ Dağcı, Müessir Fiiller, 170, 190 vd.

⁷⁷ Günalan, Üsküdar51 Cilt: 8, 121, Hüküm no: 139.

adli bir vaka olduğu sonucunu doğurmuştur⁷⁸. Bir başka örnekte kocası tarafından öldürüldüğü iddia edilen kadının keşfi için “...a’zasına dindar ve müstakime kabile hatunlar nazar idip eser-i carahat ve darb ve bereye müteallik bir şey yoktur...”⁷⁹ görüşü vakanın adli bir vaka olmadığını ortaya koymaktadır⁸⁰. Zira amden adam öldürme suçu, Hanefi mezhebine göre alet-i cariha ile işlenebilir. Bu vakada ise alet-i cariha izine rastlanılmadığı, içerisinde “kabile hatunların” olduğu heyet ile ortaya konmuştur. Hekimin burada oynadığı rolün önemli olduğunu zikretmek gerekir. Ancak her yaralama fiili veya ölüm hadisesinde hekimlerin keşif heyetinde yer almadığını görüyoruz. Hayatın olağan akışı ile “... nazar eylediklerinde eser-i carihatı ol...”⁸¹ madığı anlaşılabilir. Hekim görüşüne ihtiyaç duyulmamıştır. Bu farklı uygulama, kadınların hekime başvurma konusundaki geniş takdir yetkisi ile anlaşılabilir.

Bu tarz vakalarda, yaralı kişinin tedavisine, keşiften sonra izin verilmiştir. Örneğin 13 Cemaziyelahir 1157 (24 Temmuz 1744) tarihli kayda göre, Karabük köyünden Ali bin Abdullah, Şerif, Mehmed ve Tonbak Ali adlı kimselerden davacı olmuştur. Davacı adı geçen kişilerin haksız yere yaraladıklarını ifade etmiştir. Mahkemece, davacının başının dört yerinden yaralandığı keşfedildikten sonra, yarasının tedavisi için cerraha izin verilmiştir⁸². Kanaatimizce önce keşif ve müşahede yapmanın gerekçesi, vakanın adli bir vaka olup olmadığının

⁷⁸ Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür, kadıya başvurmadan iki gün önce müvekkilinin Ramazan isimli Kipti tarafından taşla iyice dövüldüğü, bu daktan ötürü ölme ihtimalinin olduğu bu nedenle de keşif talep edildiği kayıtlara geçmiştir. Keşif heyetinde hekimlerin olduğu anlaşılmaktadır; İbrahim Orkun Atalay, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme,” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI/3-4 (2007): 249.

⁷⁹ İzzet Sak ve Cemal Çetin, Konya Kadı Sicili 1126-1127 1714-1715 Defter 45, (Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi, Konya 2016) 442, 443; başka örnek için bk. “...nazar eyledik asla ve kata eser-i carahata ve bereye müteallik bir şey yokdur deyu haber dirdikleri...” Sak ve Çetin, Konya Kadı Sicili Defter 45, 445.

⁸⁰ Kocanın karısını öldürdüğü kimi adli vaka örnekleri için bkz. Semra Betül Doğanüz, “Osmanlı Hukukunda Maktulün Kadın Olduğu İnsan Öldürme Suçları” Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2023), 662.

⁸¹ Örneğin suya düşüp boğulan kişinin ölüm keşfinden önce heyette hekim mevcut değildir. Fatih Küçük ve İzzet Sak, Konya Kadı Sicili Defter 14, 16-17.

⁸² Tok, Hekim-Hasta İlişkileri, 793. Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür.

tespitidir. Tedavi sürecine başladıktan sonra keşfe gidilmesi halinde, vakanın adli olup olmadığını belirleyecek delillerin ortadan kalkma ihtimali söz konusudur.

Adam öldürme ve yaralama fiillerinde vakanın adli bir olay olup olmadığını belirlenmesinde hekim görüşleri önemli rol üstlenmiştir. Kadıların, vakayı hekime başvurmadan da tahlil etmeleri, sahip oldukları geniş takdirleri ile açıklanabilir.

3. Tıbbi (Malpraktis) Hata Davaları

Günümüzde Tıbbi malpraktis “*hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi verememesi ile oluşan zarar*” şeklinde tanımlanmaktadır⁸³. Hekimlerin mesleklerini ifa ederken ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı, mesleklerini ifada kast ve kusurlarının olup olmadığını belirlemek suretiyle anlaşılmaktadır. Özellikle hekimin tedavi ederken kusurlu bir müdahalede bulunup bulunmadığı sürekli sorgulanmıştır. Bu nokta hekimin ihmalinin veya kastının mevcut olup olmadığını anlamak için yine başka bir hekimin veya kurumun görüşüne ihtiyaç hasıl olabilmektedir.

Osmanlı hukukunda hekimin icra etmiş olduğu tedaviden kaynaklı bir zararın ortaya çıkması halinde sorumlu tutulabilmesi için te’addi de yani örf adet, kanun ve kuralların sınırını aşması, başka ifade ile mu’tad olan tedavi ve müdahale uygulamasının dışına çıkması gerekir⁸⁴. Hakikaten tedavinin mu’tad olup olmaması, hekimin sorumlu olup olmayacağına önemli rol oynamaktadır. Fetvalarda⁸⁵

⁸³ Gürsel Çetin, “Tıbbi Malpraktis”, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, *Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48* (2006): 31 <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4802.pdf> (Erişim 10 Mayıs 2019)

⁸⁴ Şükrü Özen, “İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk”, 38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi, Cilt 2, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2005), 740.

⁸⁵ Fetvalar ile ilgili detaylı bilgilendirme için bk. Seda Örsten, “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sayı 4, İstanbul Güz 2007, s. 29 vd.

tedavinin mu'tad olmasına atıf epeyce vardır⁸⁶. Örneğin “*Hindin gözünde bir illet olup göz hekimi amra gösterip amr “bu illeti kan almak izale ider” deyip hindin gözünün pınarından mutat olmayan bir şekilde kan alıp ziyade akıtıp o sözü edilen mahalden amrn kan almasından dolayı asla görmez olsa amr sanatında cahil olup galat yanlışlık) ve hata ettiği için hind gözünün diyetini amra tazmin ettirmeye kadir olur mu? El cevap olur.*”⁸⁷ Rıza belgelerinde mu'tad tedaviye rağmen vefat olması halinde davacı olunmayacağı yazılıdır⁸⁸.

Tıbbi hatanın mevcut olduğu iddiası, Osmanlı uygulamasında da ileri sürülmüştür. Örneğin bir kayıтта davacı, hamile olan karısını, “...*hekimin ilm-i tabâbet ve mu'tâdını tecavüz itdirerek...*” öldürdüğünü iddia etmiştir. Davacı, hekimin karısına “...*yukarıya kadar elini idhâl ve ihrâc...*” ettiğini ifade etmiştir. Kadı, bu durumda iki hususu netleştirmek istemiştir. İlk olarak bu kişinin hekimlik yapmaya izinli olup olmadığı ve bu hususta diplomasının olup olmadığını tespit edilmelidir. İkincisi hekimin yapmış hâmile bütününe elini “*idhâl ve ihrâc eylemesi ilm-i kabilelik kâ'idesinden*” olup olmadığını netleştirmek istemiştir. Her iki husus için de saltanata-ı aliyeye yazı yazılmıştır⁸⁹.

Fetvalarda veya kadı sicillerinde geçen *mu'tadı tecavüz eylemiş* olup olmadığı, bilirkişi hekimler ile belirlenebilecek bir husustur. Zira,

⁸⁶ “*Berber taifesinden Zeyd, Amr'ın dilininin altında olan damardan amrın izniyle kan adığında o damarı Amr'ın izni olmaksızın mutadı aşış ziyade kesmekle Amr bu kan almadan yatağa düşüp kalkmadan müteessiren olse Amr'ın varisler yarım diyetini zeyden almaya kadi olurlar mı? El cevap: Olurlar.*” Feyzullah Efendi Fetvası, 1703'den aktaran Özen, Yanlış Tedavide Sorumluluk, 747. “*Cerrah olan Zeyd, Amr'ın eli üzerinden kan aldıkta yapılması mutat olanı aşış sinirlerine neşter vurup bundan dolayı Zeyd'in eli şişip iyileştikten sonra belinden aşağısı tamamen iş görmez hale gelse Zeyd'e ne lazım olur? El cevap: Yarım diyet*”, Abdurrahim Efendi ö. 1716'dan aktaran, Özen, Yanlış Tedavide Sorumluluk, 747.

⁸⁷ Yenişehirli Abdullah Efendi 1743'den aktaran, Özen, Yanlış Tedavide Sorumluluk, 749.

⁸⁸ “...*hasbe'l mu'tad mu'alecesinden naşi müte'essiren vefat edersen ... dem ve diyetim talep ve dava olunmasın*” Numan Debbâğzade, Tuhfetu's-Sukuk (İstanbul: Matbaayı Amire, 1259), 154; “*muktezâ-yı san'atı üzere ilâc eylesün*”, “*muktezâ-yı san'atı üzere mu'âlece ve ihrâc eylesün*” şeklindeki örnekler için bk. Alpaslan Demir, “Konya Şer'iyye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)” History Studies Prof. Dr. Enver Konukçu Armağanı (2012): 36.

⁸⁹ Hanım Göktaş, “191 Numaralı Isparta Şer'iyye Sicili (H. 1282-1283/M.1865-1867)'nin Transkripsiyon ve Değerlendirilmesi (Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 2012), 481-482.

tıbbi bilirkişinin, uzmanlık alanında olan uyuşmazlıklarda kendisine başvurulabileceği İslam hukukçuları tarafından kabul edilmektedir⁹⁰. Hekimler bu noktada da bilirkişi olabilmişlerdir. Örneğin Isparta Şer'îye sicillerine kayıtlı 1652 senesindeki olayda Hacı Ahmed adlı hekimin, hastanın boğazında oluşan bir yarayı (bağa) tedavi etmek için boğazını açmıştır. Tedavi sırasında hasta ölmüş ve varisler dava açmıştır. Bunun üzere kadı otopsi yapılması için bir komisyon kurdu muştur. Otopsi heyetinde yer alan Çavuşzade Mehmed Efendinin hekim olması ve bilirkişi sıfatıyla görev yaptığı görülmektedir⁹¹.

Devlet erkanından birisinin hekim hatası ile öldüğü iddiasında bilirkişi sayısı artmış ve hekimbaşı yargılamada yer almıştır. İki yılı aşkın böbrek ve mesane rahatsızlığı nedeniyle tedavi olan emekli vezir Ferhad Paşa, 24 Şevval 982 / 7 Şubat 1575'de vefat edince, ertesi gün paşanın adamları Divan-ı Hümayun'a başvurup hekimin hatalı ilaç vererek ölüme neden olduğunu ileri sürmüşlerdir. Sultan III. Murad tezkire hazırlatarak davanın görülmesi için onay vermiştir. Hekimbaşı Garsüddinzade Muhyiddin Mehmed Efendi (ö.982 /1575), İstanbul'da hizmet gören hekimler ve davalı hekim divana getirilerek vezir ve kazaskerler huzurunda yargılama yapılmıştır. Neticede yanlış tedavi uygulayan hekim hapsedilmiştir⁹². Hekimin mu'tad dışı müdahalesinin olup olmadığının başka hekimler tarafından denetlendiği bu şekilde anlaşılmaktadır.

Her hekim hatası iddiasının bir başka hekime sorulmadığını; kadının bu konuda takdir yetkisinin olduğunu ifade etmek gerekir. Örneğin bir kayıtta, doktorun tedavi amaçlı bir çocuğa müdahalesinin ardından 4 gün geçmesi üzerine çocuk ölmüştür⁹³. Anne babanın dava açması üzerine, cerrah ailenin kendisine izin verdiğini ifade etmiştir. Tanıkların izin verdiklerini teyit etmesi ve cerrahın işinin ehli olması üzerine dava reddedilmiştir. Kadı vakada, başka bir hekimin tahlil etmesini gerekli görmemiştir. Kanaatimizce davanın reddedilmesinin

⁹⁰ Ahmet Ekşi, İslam Tıp Hukuku (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011), 213-214.

⁹¹ Özen, Yanlış Tedavide Sorumluluk, 745.

⁹² Özen, Yanlış Tedavide Sorumluluk, 745.

⁹³ Berna Arda ve Ahmet Acıduman, "Ayıntab Şer'î Mahkeme Sicilleri'nden Örneklerle Tıp ve Hekimlik Üzerine Gözlemler", Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 54 (2014): 285.

esas nedeni, hekime müdahale müsaadesinin verilmesidir. Öte yandan hekimin, işinin ehli olması da davayı reddettiren bir başka nedendir. Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür⁹⁴.

Malpraktis iddialarının bir başka hekim tarafından tahlil edilmesine çok sık rastlanılmamaktadır. Kanaatimizce bu durumun birkaç nedeni vardır. İlk olarak biraz önce de bahsettiğimiz üzere, kadının başka hekimin kontrol etmesine gerek duymasıdır. İkinci neden ise bu tarz uyumsuzlukların muslihun ile çözülebilmesidir. Örneğin davacı sağ gözünde ortaya çıkan rahatsızlıktan ötürü kehhale başvurduğunu, kehhalin, gözü tedavi ederken, zarar verdiğini bunun için de diyet talep etmek üzere dava açtığını ifade etmiştir. Akabinde aralarına muslihunun girmesi ile kendisiyle 75 esedi gurus karşılığında sulh olduklarını ifade ederek, davadan vazgeçtiğini, davalıyı ibra ettiğini ifade etmiştir⁹⁵. Mahkeme, durumu kayıt altına almıştır. Bu noktada müessir fiil kategorisinde yer alan fiillerin sulh ile çözülmesinin mümkün olması, vakayı bilirkişiye götürmemiştir.

Bu tür vakalarda bilirkişiye başvurmak için zararın ortaya çıkması ve illiyet bağının mevcut olması yeterli değildir; aynı zamanda diyetin de talep edilmesi gerekmektedir. Örneğin davacı, bazı yerlerinde çibanlar çıktığı ve uyuzlarının olduğu için davalı hekime başvurduğunu, davalının kendisine ilaç verdiğini, ilaçları içmeye başladıktan sonra kan kustüğünü ifade etmiştir. Bu noktada, tıbbi müdahale, zarar ve illiyet bağı oluşmuştur. Akabinde davacı, kendisine ne içerildiğinin “...ne ma-

⁹⁴ “Şehreküstü Mahallesi Ömer ve karısı Ayşe, aynı mahallede oturur Cerrah Mustafa oğlu Molla Mehmet hakkında açtığı davada: Oğlumuz Mehmed’in arkasında bir illet ve şiş ortaya çıkıp deva için davalıya götürdüğümüzde, davalı illet yerini neşter ile delip, bunun neticesi oğlumuz 4 gün sonra öldü. Davalı hakkında gerekli işlem yapılınsın dedi. Davalı Cerrah Mehmet savunmasında: Çocuğun arkasında (ümmüsipyen) ve şehrimizde (Büzümcü) adı verilen bir maraz vardı. Bunun tedavî[sinin] önce neşterle delinip içinde bulunan (mai credit) çıkarılır. Bundan sonra yara tedavi edilir. Bu tedavi usulü eskiden beri cerrahlar tarafından maharetle uygulanmaktadır. Davalılar bana şişi delip tedavi etmek üzere izin verdiler, dedi. Müdafaasını doğrulayan bir de fetva ibraz eyledi. Davacılar izin vermediklerini söylediler. Davalıdan buna karşı savunma delili soruldu. Dinlettiği tanıklar, ameliyatın izinle yapıldığını bildirdiler. Ayrıca Molla Mehmed’in cerrahlıkta mahir bulunduğu[nu] da belirttiler. Davanın reddine karar verildi. Tarih 15 Şaban 1178 (8 Şubat 1765)” Arda ve Aciduman, Tıp ve Hekimlik Üzerine, 285.

⁹⁵ Sabri Atay vd., İstanbul Kadı Sicilleri Bâb Mahkemesi, 46 Numaralı Sicil (H.1096-1097 /M. 1685-1686) (İstanbul: İSAM, 2011), 587, Hüküm no: 720.

küle hap verdiğiinden suâl olunmasın taleb ederin..." sorulmasını istemiştir. Hekim de "*...tahrîri üzre beş tane hap verdim lâkin zararlı nesne değildir nice kimesneye yedirmişimdir...*" demiştir⁹⁶. Kadı durumu kayıt altına tutmuştur. Bu noktada verilen ilacın tıp ilminin esaslarına uyup uymadığının denetlenmesi için bilirkişiye gidilmemiştir. Kanaatimizce bu nokta kısas suçları kategorisinde olan müessir fiillerde takibin şikâ-yete bağlı olması ilkesinin uzantısı olarak kadı, yapılan müdahaleyi tahlil etme yoluna gitmemiştir, taleple bağlı kalmıştır. Netice olarak dosya bilirkişi sıfatıyla başka bir hekime gitmemiştir.

Tıbbi hata iddiaları, klasik dönem Osmanlı Devleti'nde de görülmüştür. Bu iddiaların anlaşılabilmesi için kadılar, başka hekimlerin görüşlerine nadir de olsa başvurabilmişlerdir. Kadının diğer hekime başvurmayı gerekli görmemesi, konuya ilişkin talebin gelmemesi veya vakanın muslihun ile çözümlenmesi, diğer hekimlere başvuruyu azaltmıştır.

4. Diğer Dava Türleri

Hekimlere, alanları ile ilintili olarak çok farklı konularda bilirkişi olarak başvurulabilmiştir. Klasik dönem kayıtlarında, hekimlerin, toplum sağlığını ilgilendiren vakalarda bilirkişi olarak rol aldıklarını görebiliyoruz. Bir kişide "*cüzzam*" hastalığının var olup olmadığı hususu, hekimlerin görüşleri ile anlaşılmaktadır. Farklı bölge ve zamanlarda dahi *cüzzam* iddiası kural olarak hekim görüşü ile anlaşılmaya çalışılmıştır. Bu iddianın varlığı halinde kadılar kendi kendilerine prensip olarak inisiyatif olarak *cüzzam*'ın varlığı ya da yokluğu ile ilgili bir değerlendirme yapmamışlar. 27 Zilkaide 897 senesinde Orta-köy'de Acındık binti Yunus'un *cüzzam*lı olduğu iddiası üzerine kişinin hekimlere gönderilmesi şu şekilde kayıtlara yansımıştır: "*...cüzzam töhmet itmişler bunda etıbbaya gösterildi, "ol töhmetden ve ol marazdan bu beridir didiler..."*"⁹⁷. Burada hekimler, önleyici hekimlik vazife-

⁹⁶ Kazan ve Yıldız, Üsküdar56 Cilt: 9, 193, Hüküm no: 400.

⁹⁷ Coşkun Yılmaz ve Nejdet Yılmaz, Osmanlılarda Sağlık II (İstanbul: Esen Ofset, 2006), 29. Bu minvaldeki örnekleri çoğaltmak mümkündür; "*Edremid tevabi'inde şehirköyü dimekle maruf karyeden Mustafa bin Doğan a zahmet-i cüzzam töhmetini isnad itmişler. Bunda etıbbaya gösterildi. "ol zahmet bunda yoktur" didiler. Edremid*

sini yürütmüşlerdir. Ancak bu minvaldeki önleyici hekimlik faaliyeti de kadı kontrolünde icra edilmiştir. Zira kadıların vazifelerinden bir tanesi de bölgenin genel halk sağlığını tehdit eden hususlara karşı tedbir almaktır. Ancak örnekte görüldüğü gibi teknik ve uzmanlık gerektiren hususlarda hekimlerin görüşlerine başvurulmuştur.

Kamu düzenini ilgilendiren ancak tıbbi bilgi gerektiren vakalarda da kadılar hekimlerin görüşlerine başvurmuşlardır. Had kategorisinde yer alan irtidat suçu, Müslüman bir kişinin dinden dönmesi şeklinde tanımlanmış ve asli ceza olarak idam, tamamlayıcı ceza olarak da suçlunun mallarının geri alınması ile yaptırıma tabi tutulmuştur. İslam dinine ve İslam toplumunun dayandığı düzene karşı tutum alınması nedeniyle bu yaptırımlar uygulanmıştır. 16. yüzyıl sonunda Hasan Beşe adlı bir kişi, Yani oğlu Nikola adlı bir gayrimüslimin Müslüman olduğunu, hatta bunun gereği olarak sünnet olduğunu; ancak sonradan eski dinine döndüğünü işittiğini ifade etmiştir⁹⁸. Nikola bu iddiaya “...benim bu husustan haberim yoktur; sünnet de olmamışımıdır...” şeklinde cevap vermiştir. Şu durumda Nikolanın sünnetli olup olmadığının tespiti, davanın seyrini değiştirici niteliktedir. Kadı bunun üzerine gerçekten sünnet olmuş mudur diye Üstad Abdullah oğlu Ali ve Piyale isimli cerrahları bilirkişi olarak belirlemiştir. Sünnet yerinin kabuklu yani sünnetsiz olması üzerine durum kayıt altına alınmıştır.

Bir başka had suçu olan kazf davalarında da dosyanın bilirkişi hekime gittiği anlaşılmaktadır. Kızları hakkında zina ettiği ileri sürülen ebeveyn, bu iddianın doğru olmadığını, kızlarının bakire olduğunu kadı huzurunda ifade etmişlerdir. “... mahallesi sakinlerin İraz bint-i Şaban ve Ayşe bint-i Ali ve Nisa bint-i Mevlut ve Rabia bint-i Mehmet nam hatunlar yoklayup kızımız mezbure Marziyeyi bakiredir deyu haber...” vermişlerdir⁹⁹. Bunun üzerinde kadı, iftira eden kişilerden davacı olup olmadığını sormuştur. Marziye ise davacı olmamıştır. Had

kadisına mektub yazıla. 18 muharrrem sene 897”, Yılmaz ve Yılmaz, Osmanlılarda Sağlık, 27. Bir başka örnekte de hastalığın cüzzam olmayıp tuzlu balgam olduğunun tespiti hekimbaşı tarafından tespit edilmiştir. Küçük ve Sak, Konya Kadı Sicili Defter 14, 16-17.

⁹⁸ Kayıt ve tahlili için bk. Galata Şeriye Sicili, nu 21, v. 135b-3'den aktaran Fethi Gedikli, “Nikola Sünnetli mi Sünnetsiz mi?” Hürriyet Tarih (2 Nisan 2003): 22.

⁹⁹ Sak ve Çetin, Konya Kadı Sicili Defter 45, 418.

suçları içerisinde takibi şikâyete bağlı olan kazf suçunun ispat edilebilmesi için Marziye'nin tıbbi açıdan tetkiki yapılmıştır. Benzer bir vakadada kızına iftira edildiğini ileri süren baba, kızının hamile olmadığını ifade etmiştir. Kadı, "... *Emine kabile hatunlara iradet olundukta hala mezbure Emine bakire ve pak ve pakizedur deyu haber...*" verilmesi üzerine yargılamayı sürdürmüştür¹⁰⁰. Kadının gebe olmadığı bakire olduğu, *kabiliyetli bayanlar* tarafından tespit edilmiştir. Kadınların bekareti konusunda "*kabile hatunlara*" danışmaya ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür¹⁰¹.

Akli melekelerinin yerinde olup olmadığının tespiti için de o dönem için ruh ve sinir hastalıkları ile ilgilenen bimarhanecilerin görüşleri önem kazanmıştır. Akli melekesinin olmadığı, etrafa ve başkalarını zarar verdiği iddiası ile kadı huzuruna çıkartılan Hadice binti Ahmed'in "... *bimarhaneye vaz olunup ifakat buluncaya değin bimarhanede zabt ve terbiye olunmasını ... talep olunmuş bunun üzerine "... hazır-ı bi'l-meclis bimarhabeci Seyyid Süleymana taraf-i şeriden izin ...*"¹⁰² verilmiştir. Bu vakada ise o dönem akıl ve ruh sağlığı yerinde olmayanların konulduğu bimarhanede bu işle meşgul olan kişiye, bimarhaneciye danışılmıştır. Daha evvel verilen örneklerde mahalle sakinlerine sorulması her somut olayın muhakemesinin birbirinden farklı olduğu şeklinde yorumlanabilir.

Klasik dönem kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla hekimlere, hukukun birçok alanını ilgilendiren davalarda başvurulabilmiştir. Kazf suçunda bekaret; irtidat suçunda sünnetli olma, eda ehliyeti hususunda akli melekenin varlığı, genel kamu sağlığı hususunda cüzzamın¹⁰³ mevcudiyeti dönemin hekimleri vasıtasıyla anlaşılabilmiştir. Ancak hepsinde kadıların sahip oldukları geniş takdir yetkisi göz önünde tutulmalıdır.

¹⁰⁰ Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 241

¹⁰¹ Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 383.

¹⁰² Sak ve Solak, Konya Kadı Sicili Defter 53, 300.

¹⁰³ Cüzzam hastalığı genel kamu sağlığı bakımından önem taşıdığı gibi bazı mezheplerde boşanma sebebi olması hasebiyle sosyal bir etkiye de sahiptir. Bk. Mustafa Aktürk, *İslâm Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 65.

D. Hekim Görüşlerinin Davanın Seyrine Etkisi

Dava konusunun hekim mütalaasını gerektirmesinin tespit edilmesinin ardından, hekimlerin kanaatleri davanın seyrini ciddi şekilde değiştirebilmiştir. Hekimlerin kanaatleri, hukuki olmaktan ziyade doğal olarak tıbbi olmuştur. Bu tıbbi görüş, öncelikle vakanın hukuki niteliğini belirlemede kullanılmıştır. Kadılar, kural olarak bu tıbbi görüş üzerine oluşturdukları hukuki müessese ile yargılamayı sürdürmüşlerdir. Örneğin hekimlerin görüşleri, hangi tür müessir fiilin ika edildiğini ortaya koymuştur: Emetullah'ın eline ve parmaklarına müessir fiilde bulunan Mehmed'in işlediği suç tipi hekimin görüşü ile netleşmiştir. Zira parmağın iş göremez hale gelmesi, hekimlerin kanaati ile şu şekilde ortaya çıkmıştır: “...cerrâhlardan suâl olundukda, fi'l-vâki' amelden kalmışdır deyû haber vermeğın...”¹⁰⁴. Hekimlerin bu tıbbi görüşü, fiili, “tatil-i uzuv” kategorisine sokmaktadır. Kadı bu tespitin ardından, artık sanığa yönelmiş ve kendisinin savunmasını istemiştir: “... haber vermeğın vâki' hâl cârih-i merkûm Mehmed'den suâl olundukda...”. Bunun üzerinde de sanığa fıkıh kitaplarında yer alan diyet öşrü cezası verilmiştir. Hekimin tıbbi görüşü ile tespit edilen “tatil-i uzuv” suç tipi verilecek cezanın değişmesini sağlamıştır. Zira kesilen uzuv ile işlev görmeyen uzuv için ödenmesi gereken öşr bedelleri birbirinden farklıdır.

Hekim raporları, dava konusunun hukuki niteliğini değiştirebildiği gibi, uyuşmazlığın nihayete erdirilmesinde de önemli bir vazife üstlenmektedir. Örneğin irtidat suçu örneğinde verdiğimiz olayda, Nikola'nın sünnetsiz olduğunun hekim bilirkişi tarafından bildirilmesi üzere, durum sadece kayıt altına alınmıştır. Nikola'ya suçun cezası olan idam uygulanmamıştır.

Hekim raporları, günümüzde olduğu gibi, eskiden de taraflardan birisinin iddiasını veya savunmasını güçlendirmiştir. Bu noktada raporun aleyhine olan kişinin itiraz edip edemediği önem kazanmaktadır. Yaptığımız araştırmalar kapsamında hekimlerin bilirkişi olarak verdikleri ifadeler veya raporlara itiraz edildiğine ilişkin herhangi bir kayda rastlanmamıştır. Taraflar genelde bilirkişi raporu-

¹⁰⁴ Kılıç vd., Eyüb74 Cilt: 28, 279, Hüküm no: 282.

nun üzerine ve devamına yönelik hukuki tedbirler almaya çalışmışlardır. Örneğin ayıplı cariye satımına ilişkin davada, davacı, 16 gün önce satın aldığı cariyenin “bevasir” denilen hastalığa sahip olduğunu sonradan öğrendiğini ve satışın iptali ve parasının iadesini istemiştir. Davalı ise ayıbın (hastalığın) eski olduğunu reddetmektedir. Bilirkişiler ise “... ancak yedi sekiz ayda peydâ olur, maraz-ı mezbûr beyne’l-etıbbâ kızıl yel demekle ma’rûfdur, ayb-ı kadimdir...” şeklinde rapor düzenlemişlerdir¹⁰⁵. Görüldüğü üzere bu görüş, satıcının yani davalının savunmasıyla uyuşmamakta; onun aleyhine görüş beyan etmektedir. Davalı bu noktada raporun geçersiz olduğu ya da yeniden başka bir bilirkişi belirlenmesi talebinde bulunmamıştır. Bunun yerine, diğer hukuki savunma aracını, yemin teklifini ileri sürmüştür: “...müdde’î-i mezbûr câriye-i mezkûrenin aybına vâkıf oldukdan sonra kabûl ve marazına devâ ve ilâc etmeyip kabûlüne delâlet eder bir fi’l sâdır olmadığına müdde’â-aleyh talebiyle teklîf olundukda...” Davacının yemin etmesi üzerine vaka kayıt altına alınmıştır. Bilirkişi raporlarına itiraz edilmemesi, bilirkişilere olan güven ile izah edilebilir. Bu güven ilişkisi, pratikte yargılamanın hızlı neticelenmesine katkı sağlamıştır.

SONUÇ

Klasik dönem Osmanlı Hukuk sistemi içerisinde ehl-i vukuf / ehl-i hibre olarak nitelendirilen teknik ve özel bilgiye sahip bilirkişiler hem yürütme hem de yargı teşkilatında yer alır. İslam hukukunun asli kaynaklarında bilirkişiliğe ilişkin direktifler, Osmanlı uygulaması ile zenginleşmiştir. Yargı teşkilatı içerisinde ehl-i vukuf, kadı yardımcısı konumunda olup; şahitlikten farklı bir müessesesidir. Hangi konuda olursa olsun ehl-i vukufa başvuruda kadının geniş takdir yetkisi vardır. Ancak ulul’emr, Mecelle’nin 338 ve 346’ıncı maddelerinde olduğu gibi bilirkişiye başvurulması gerektiğine ilişkin kurallar ortaya koyabilir. Ehl-i vukufun özel ve teknik bilgisi olmasının yanı sıra Mecelle’deki ifadesiyle “bîgaraz” olması gerekmektedir.

Hastalıkları tedavi etmek, başlamasını veya çoğalmasını engellemek klasik dönem Osmanlı Devleti’nde önemsenen, üzerinde hassasi-

¹⁰⁵ Kılıç vd., Eyüb74 Cilt: 28, 106, Hüküm no: 76.

yetle durulan bir konu olmuştur. Pratikte “*kehhal*”inden “*cerrah*”ına, “*kabil hatun*”undan “*bimarhaneci*”sine kadar geniş bir sağlık personeli tıbbi müdahalelerde bulunabilmiştir. Osmanlı Devleti, kendisinden önceki devletlerin tecrübesi ile muhtelif yöntemlerle hekim ihtiyacını gidermiştir. Darüşşifada ve kendi dükkânlarında çalışan hekimler hakkında kanunnamelerde, mühimme kayıtlarında hükümler mevcuttur. Devletin sıkı kontrolü altında tutulan sağlık personeli, sınava tabi tutulmuş, görev sahaları belirlenmiş ve mesleklerini layıkıyla yapmaları konusunda çeşitli tedbirler alınmıştır.

Hekimler, sahip oldukları teknik ve özel bilgiler ile Osmanlı yargı teşkilatı içerisinde, keşif heyet üyesi, şuhudul hal, rıza senedinin tarafı ve ehl-i vukuf rolleri ile karşımıza çıkmışlardır. Bazı kayıtlarda hekimlerin aynı anda hem ehl-i vukuf hem keşif heyet üyesi hem de şuhudul hal olarak görev yaptığını görebiliyoruz. Hekimlerin bilirkişi olarak belirlenmesinde diğer ehl-i vukufalarda olduğu gibi kadının geniş takdir yetkisi vardır. Uygulamada kadı öncelikle dava konusunun bilirkişiye gitmesi gerektiğine karar vermekte, ardından bilirkişi görevlendirmesi yapmaktadır. Uyuşmazlık konusunun ayıplı bir köle-cariye olması bunun tipik örneğidir. Cariye-kölenin ayıplı, başka ifadeyle hastalıklı olup olmadığı ise hekimler vasıtasıyla anlaşılmıştır. Dava konusunun ayıplı bir mal olması halinde, bu hususun bilirkişi vasıtasıyla anlaşılması gerektiği yönündeki bu uygulama, çok daha sonra Mecelle’de 338’inci maddesinde kendisine yer bulacaktır. Bu husus bilirkişiye başvuru hususunda Osmanlı uygulamasında görülen istikrarın varlığına işaret etmektedir.

Kadılar kural olarak, buldukları bölgede Darüşşifa’da veya kendi dükkânlarında mesleklerini icra eden hekimleri bilirkişi olarak belirlemişlerdir. Hekimlerin görev yerlerinin merkezi otorite tarafından belirlenmiş olması, bölgede çok fazla hekimin mevcut olmaması, kadıların hekim bilirkişi belirleme konusundaki alternatiflerini sınırlamaktadır. Bu noktada can alıcı tespitlerden bir tanesi, merkezi otoritenin belirli konularda hangi hekimlerin bilirkişilik yapacağını belirlemiş olmasıdır. Hastalıklı ve buna bağlı olarak ayıplı köle ve cariyele rin durumlarının tespit edilebilmesi için hangi hekimlerin bilirkişilik yapabileceği merkezi otorite tarafından belirlenmiştir. Bu bağlamda

kadılar, belirlenen hekimleri görevlendirmişlerdir. Görevlendirilen hekimlerin isimleri mutlaka kayıtlara geçirilmiş ancak hekimler şahitlerde olduğu gibi tezkire edilmemişlerdir.

Kayıtlar, kadıların dava konusu tıbbi bir mevzu olsa dahi, hayatın olağan akışı ile anlaşılabilir hususlarda bilirkişiye gitmediklerini ortaya koymaktadır. Kadılar, ancak tıp ilmiyle uğraşanların bilebileceği hususlarda hekimlerin görüşlerine başvurmuşlardır. Bununla beraber, aynı tıbbi konu hakkında bazı kadılar hekime bilirkişi olarak başvurabilmiş iken bazıları ise başvurmamıştır. Bu tespit, bir yandan kadıların bilirkişi belirlemede sahip oldukları geniş takdir yetkisini göstermekte, öte yandan kadıların gerçekten ihtiyaç hissedilmesi halinde bilirkişi hekimlere başvurduğunu anlatmaktadır. Kadılar her somut olayın kendi koşullarına göre hekime başvurunun ihtiyaç olup olmadığına karar vermişlerdir. Bu noktada payitahtın ayıplı cariye/köle hususunda bilirkişi hekim belirlemesi halinde ve “*cüzzam*” gibi genel halk sağlığını ilgilendiren hususlarda kadıların takdir yetkilerinin sınırlandırıldığını ifade etmeliyiz.

Bilirkişi olarak görevlendirilen hekimler, keşif heyetinde yer alarak, mahkeme huzurunda şifahi olarak, kendi dükkanlarında tetkik ederek görüşlerini bildirebilmişlerdir. Hekimlerin keşif heyet üyesi olduğu vakalar genelde adam öldürme yaralama fiillerine yönelik olup, burada hekimler vakanın adli bir vaka olup olmadığının belirlenmesinde önemli rol üstlenmişlerdir. Mahremiyet gerektiren veya tetkik ve tahlil için çeşitli tıbbi araç ve gereçlere ihtiyaç duyulan dava konularında, hekimler kendi dükkanlarında veya darüşşifada veya uzmanlıklarına bağlı olarak çalıştıkları yerde incelemelerde bulunup, “*muhzır*” gibi görevliler ile görüşlerini kadıya bildirebilmişlerdir. Detaylı bilgi ihtiyacı ve yargılamanın hızlı olmasını temin amacıyla hekimler, kadı huzurunda şifahi olarak da görüşlerini bildirebilmişlerdir. Bu noktada önemli bir tespit mahkeme huzurunda görüş bildiren hekimlerin hukuki statülerini, ehl-i vukufuktan şahitliğe dönebilmiş olmasıdır. Hakikaten birçok kayıta, önce ehl-i vukuf olarak görüş bildiren hekimler, mahkeme huzurunda taraflardan birisinin şahidi olarak yemin etmekte ve fikir beyan etmektedirler. Bu gibi durumlar genelde ayıplı köle-cariyenin hastalığının ne zamandan beri olduğu noktasında karşımıza çıkmaktadır.

Hekimler, hukukun birçok alanında ehl-i vukuf olarak görev yapabilmişlerdir. Hekimler, ayıplı, hastalıklı köle-cariye satımına ilişkin davalarda köle-cariyede iddia edilen hastalığın mevcut olup olmadığı; hastalık varsa satım anında bu hastalığın olup olmadığında önemli rol üstlenmişlerdir. Bir cesedin veya yaralı bir kişinin keşfinde vakanın adli bir olay olup olmadığının belirlenmesinde hekimlere başvurulabilmiştir. Zina iftirası suçunda kadının bekaretinin “kabil hatunlar” ile tespit edilirken; akli melekelerinin mevcut olup olmadığı “bimarhaneciler” tarafından ortaya konabilmiştir. Dinden döndüğü buna bağlı olarak mürtedlik suçunu işlediği ileri sürülen kişinin sünnetli olması yine hekim tahlili ile tespit edilmiştir. Günümüzde tıbbi malpraktis olarak ifade edilen hekim hatasına yönelik iddialar klasik dönem Osmanlı yargısının gündemini oluşturabilmiştir. Sayıları az olmakla birlikte bu vakalarda da diğer hekimlerin görüşlerine başvurulabilmiştir. Hekimin “*ilm-i tababet ve mu’tadını tecavüz*” edip etmediği yönündeki iddiaların, muslihun ile çözümlenmesi ve iddianın kadı tarafından ciddi bulunmaması bu tarz davaların başka hekim bilirkişiye gitmemesi sonucunu doğurmuştur. Keza toplum sağlığını ilgilendiren “*cüzzam*” hastalığı iddialarında da hekimleri bilirkişi olarak görebiliyoruz.

Hekimlerin görüşleri davanın seyrini ciddi şekilde etkilemiştir. Ehl-i vukuf hekimlerin tıbbi tespitleri, kadılar tarafından hukuken tahlil edilmiş; tıbbi tespite göre davanın hukuki niteliği belirlenmiştir. Parmağın “*amelden koyulduğunun*” hekim tarafından tespit edilmesi ile sanığa *tatil-i uzuv* cezasının verilmesi örneklerden birisidir. Hekim görüşleri, uyuşmazlığın nihayete erdirilmesinde önemli rol üstlenebilmiştir. “*Bimarhaneci*” tarafından akli melekesi yerinde olmayan kişinin bimarhaneye yatırılması örnek olarak ifade edilebilir. Hekimlerin görüşlerine, bu görüş bir tarafın aleyhine dahi olmuş olsa itiraz edilmemiştir. Hekim bilirkişi görüşü aleyhine çıkan taraf, bu görüşe bağlı olarak yeni hukuki argümanlarını ileri sürmüşlerdir. Cariyenin ayıbının satım anında mevcut olduğunun, hekim tarafından belirlenmesi üzerine, satıcının, alıcının bu ayıbı satım anında bilmediğine yemin teklif etmesi bir örnek olarak zikredilebilir.

Hekimlerin bilirkişilik yapmalarında halinde ücret alıp almadıklarına ilişkin bir kayda rastlanılmamış olsa da ücret almaları yüksek ihtimaldir. Bu nokta üzerinde derinlemesine çalışılması gerekmektedir.

Klasik dönem Osmanlı tecrübesi, hekimlerin mesleklerini layıkıyla yapmalarını sağlayacak tedbirlerin alınması ve hakimlerin hekim bilirkişisi belirleme hususunda geniş takdir yetkisinin olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu hukuk tarihi birikimi, hayatın olağan akışı ile anlaşılabilirlik dava konularında hakimlerin bilirkişiye gitmeden karar vermede cesur olmalarını göstermektedir. İyi eğitim almış, çeşitli sınavlarla mesleklerini icra eden bilirkişilerin görüşlerinin rasyonalitesine olan güven, bu görüşlere itiraz yolunun kapalı olmasını sağlamaktadır. Tüm bu hususların bir araya gelmesi de yargılamanın hızlı olmasını ve alınan kararların taraflar nezdindeki meşruiyetini temin etmektedir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Abacı, Nurcan. “Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma”. U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi. 3 (2002): 75-84.
- Akgündüz, Ahmed. İslam Hukukunda Kölelik-Cariyelik Müessesesi ve Osmanlı’da Harem. İstanbul: Osav Yayınları, 1995.
- Akgündüz, Ahmed. Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlîlleri, 3. Kitap. İstanbul: Osav Yayınları, 1991.
- Akşit, Cevat. İslâm Ceza Hukuku ve İnsânî Esasları. İstanbul: Edebiyat Fakültesi Matbaası, 1976.
- Aktürk, Mustafa. İslâm Hukukunda Boşanmaya İlişkin Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Alan, Ercan. 95 Numaralı Mühimme Defteri (Tahlil, Transkripsiyon Ve Özet). Yayımlanmamış Yüksek lisans Tezi. İstanbul Marmara Üniversitesi, 2008.
- Altuntaş, Halil ve Şahin, Muzaffer. Kur’an-ı Kerim Meâli. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2011.
- Arda, Berna ve Acıduman, Ahmet. “Ayıntab Şer’î Mahkeme Sicilleri’nden Örneklerle Tıp ve Hekimlik Üzerine Gözlemler”. Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 54 (2014): 283-287.
- Atalay, İbrahim Orkun. “Osmanlı Ceza Yargılaması Usulü Hukuku Üzerine Bir Deneme” Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. XI/3-4 (2007): 239-272.
- Atay, Sabri vd. İstanbul Kadı Sicilleri Bâb Mahkemesi, 46 Numaralı Sicil (H.1096-1097 /M. 1685-1686). İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Atmaca, Yuvacan ve Demirgüç Ufuk. “Kronoloji Denemesi”, http://bizinsanmiyiz.iksv.org/wp-content/uploads/2017/11/sag%CC%86l%C4%B1k_tr_opt.pdf. (Erişim 10 Mayıs 2019).
- Avcı, Mustafa. Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler. Konya: Mimoza Yayınevi, 2014.
- Aydın, Mehmet Âkif. Türk Hukuk Tarihi. İstanbul: Beta, 1999.

- Aydın, Bilgin ve Tak, Ekrem. İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919- 927 / 1513 - 1521). İstanbul: İSAM Yayınları, 2010.
- Aykut, Nezihî vd. 3 Numaralı Muhimme Defteri. Ankara: Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, 1993.
- Cin, Halil ve Akyılmaz, Gül. Türk Hukuk Tarihi. Konya: Sayram Yayınları, 2011.
- Çetin, Gürsel. "Tıbbi Malpraktis". Yorulmaz Çoşkun ve Çetin Gürsel (ed.) İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul (2006): 31-42. <http://www.ctf.edu.tr/stek/pdfs/48/4802.pdf> (Erişim 10 Mayıs 2019).
- Çetin, Osman. "Bursa Şer'i Mahkeme Sicillerinden Notlar". Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi II. 2 (1987): 59-71.
- Çiftçi, Cafer. "Müşteri Memnuniyeti, Kalite ve Osmanlı Esnafı" U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi 7 (2004): 17-34.
- Çukuryurt, Alime. 50 Numaralı Muhimme Defteri (993 / 1585) (s. 84 - 166) Değerlendirme- Transkripsiyon. Yüksek lisans Tezi, İstanbul Marmara Üniversitesi, 2005.
- Dağcı, Şamil. İslâm Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 1996.
- Daştan, Eda. Tophane 2 Numaralı Şeriye Sicili Defteri H. 966-967/1558-1560 (İnceleme- Metin), Yüksek lisans Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2014.
- Debbağzade, Numan. Tuhfetü's-Sukuk. İstanbul: Matbaayı Amire, 1259.
- Demir, Alpaslan. "Konya Şer'iyeye Sicillerinde Rıza Senedi Örnekleri (1659-1749)" History Studies Prof. Dr. Enver Konukçu Armağanı, 2012, <http://www.historystudies.net/> (Erişim 13 Mayıs 2019).

- Demirci, Ahmet. 1797-1799 (H.1212-1213) yıllarına ait "3 Numaralı Tokat Şer'ıye Sicil Defteri" nin transkripsiyonu, (Yayımlanmamış Yüksek lisans Tezi) Tokat: Gaziosmanpaşa Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007.
- Doğan, Cahid. "Bilirkişiliğin Hukuksal Yapısı Ve Tıbbî Bilirkişilik", Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (ed.), Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2015, s. 391- 496.
- Doğangüzel, Semra Betül. "Osmanlı Hukukunda Maktulün Kadın Olduğu İnsan Öldürme Suçları" Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Ankara:, Türkiye Adalet Akademisi, 2023) ss. 635-676.
- Ekinci, Ekrem Buğra. Ateş İstidâsı İslam-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul: Filiz Kitabevi 2001.
- Ekşi, Ahmet. İslam Tıp Hukuku, İstanbul: Ensar Neşriyat 2011.
- Erol, Rasim vd. İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 12 Numaralı Sicil (H. 1073 - 1074 / M. 1663 - 1664), İstanbul: İSAM Yayınları 2010.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. Türk Hukuk Tarihi, İstanbul: Filiz Kitabevi 2000.
- Gedikli, Fethi. "Nikola sünnetli mi sünnetsiz mi?" Hürriyet Tarih, İstanbul: 2 Nisan 2003, s. 22.
- Gök, İlhan. Başbakanlık Osmanlı Arşivi 168 Numaralı Mühimme Defteri (S. 200-376) (1183-1185/1769-1771) Transkripsiyon, Değerlendirme, (Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi) İstanbul: Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü 2007.
- Göktaş, Hanım. 191 Numaralı Isparta Şer'ıyye Sicili (H. 1282-1283/M.1865- 1867)'nin Transkripsiyon Ve Değerlendirilmesi (Yayımlanmamış Yüksek lisans Tezi), Isparta: Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2012.
- Günalan, Rifat. İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (H. 987 -988 / M. 1579- 1580), İstanbul: İSAM Yayınları 2010.
- İlhan, Cengiz. Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Ankara: Yetkin Yayınları 2011.

- Kahrıman, Salih vd. İstanbul Kadı Sicilleri İstanbul Mahkemesi 18 Numaralı Sicil (H. 1086 - 1087 / M. 1675 - 1676), İstanbul: İSAM Yayınları 2010.
- Kal'a, Ahmet. "Esnaf". TDV İslâm Ansiklopedisi, XI, (Ankara 1995): 423-430.
- Karakaya, Harun. Osmanlı Ceza Hukuku'nda Parada Sahtecilik Suçu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Karataş, Abdullah Vefa. "Türk Hukuk Tarihi Açısından Kul Sistemi", YBHD, Y.5, 2020/1 (2020).
- Kaynak, Raşan. "XVI. Yüzyılın İkinci Yarısında Üsküdar'da Esnaf Hayatı (Şer'iyye Sicillerine Göre)", Göncüoğlu Süleyman Faruk (ed.) Uluslararası Üsküdar Sempozyumu VII, İstanbul: Üsküdar Belediyesi Yayınları (2012): 212-219.
- Kazan, Hilal ve Yıldız, Kenan. İstanbul Kadı Sicilleri Üsküdar Mahkemesi 56 Numaralı Sicil (H. 990 -991 / M. 1582- 1583), İstanbul: İSAM Yayınları 2010
- Kılıç, Ahmet. 23 Numaralı ve 1573 Tarihli Mühimme Defteri/S. 1-86 (Özet- Transkripsiyon-Dizin), Yüksek Lisans Tezi, Elâzığ Fırat Üniversitesi, 2018.
- Kılıç, Hüseyin vd. İstanbul Kadı Sicilleri Eyüb Mahkemesi (Havâs-ı Refia) 74 Numaralı Sicil (H. 1072 - 1073 / M. 1661 - 1662) İstanbul: İSAM Yayınları, 2011.
- Kılınç, Ahmet. "Çocuk Düşürtme Suçunun 17'nci Yüzyıl İstanbul'undaki Görünümü". Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIII/38 (2018): 31-84.
- Kılınç, Ahmet. Osmanlı Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Ehl-i Hibre /Ehl-i Vukuf), 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Kılınç, Ahmet, Argunhan, Betül "Osmanlı Yargılama Hukunda Keşfe İlişkin Birtakım Mülâhazat (17-18. Yy. İstanbul Örnelemi)" Türk Hukuk Tarihi Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2023.

- Kılınç, Ahmet, Kayar, Betül “Osmanlı Yargılama Hukukunda “Suhü’l Hâl”in Fonksiyonunu Yeniden Değerlendirme Gerekliliği” Adalet Dergisi, Cilt 62-63, sayı 1-2, Ankara 2019
- Kırca, Ersin: Başbakanlık Osmanlı Arşivi 168 Numaralı Mühimme Defteri (S.1-200) (1183-1185/1769-1771) Transkripsiyon, Değerlendirme. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Marmara Üniversitesi, 2007.
- Koyuncu, Nuran “Osmanlı Devleti’nde Esnaf Gediklerinin Hukuki Esasları, Gelişimi ve İlgası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 2, Konya 2018, s. 47-76.
- Kurt, İsmail. İstanbul Kadılığı 106 Numaralı Ferman Sicilinin Tavsif ve Tahlili. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1987.
- Küçük, Fatih ve Sak, İzzet. Konya Kadı Sicili 1080-1081/ 1669-1670 Defter 14, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları 2014.
- Örsten, Seda “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Fetvâ Mecmuaları, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, Sayı 4, İstanbul Güz 2007, s. 29- 40.
- Özen, Şükrü. “İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk”, Sarı, Nil v.dğr. (ed.) 38 Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi, Cilt 2, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2005), s. 737- 752.
- Özlu, Zeynel. “Sarayı Hümâyûn Dişçileri İle İlgili Bazı Notlar,” Erdem Dergisi, 60, (Ankara 2011), s. 188-204.
- Özpolat, Leyla. 1 Numaralı Konya Şer’iye Sicili (970–1019 / 1563–1610) (Değerlendirme ve Transkripsiyon), (Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi), Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016.
- Sönmez, Ali. “Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırılışı, (1845-1850) The Foundation Of Police Council And It' s Abolition (1845-1850),” Tarih Araştırmaları Dergisi, XXIV, 37, (Ankara 2005), s. 259-275.
- Sabırlı, Tijen. “Vakfisi ve Muhasebe Kayıtları Işığında Atik Valide Vakfı” Göncüoğlu Süleyman Faruk (ed.) Uluslararası Üsküdar Sempozyumu VII, İstanbul: Üsküdar Belediyesi Yayınları 2012, s. 45-53.
- Sak, İzzet ve Çetin, Cemal. Konya Kadı Sicili 1126-1127 1714-1715 Defter 45, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları 2016.

- Sak, İzzet ve Solak İbrahim. Konya Kadı Sicili 1148-1149 / 1736-1737 Defter 53, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları 2016.
- Sak, İzzet ve Çetin, Cemal. Konya Kadı Sicili 1138-1139 / 1726-1727 Defter 50, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları 2016.
- Solak, İbrahim ve Sak, İzzet. Konya Kadı Sicili 1103-1104/1692-1693 Defter 38, Konya: Konya Büyükşehir Belediyesi Yayınları 2016.
- Şafak, Ali. "Ehl-i Vukuf", TDV İslâm Ansiklopedisi, X, (1994): 531-533.
- Şahin, İlhan ve Emecen, Feridun M. "XV. Asrın İkinci Yarısında Tokat Esnafı," Osmanlı Araştırmaları Dergisi, VII-VIII (1988): 287- 308.
- Tok, Özen. "Kayseri Kadı Sicillerindeki Yaralanma ve Ölüm Vakalarıyla İlgili Keşif Raporları (1650-1660)", Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 22, (2007): 327-347.
- Tok, Özen. "Osmanlı Dönemi Hekim-Hasta İlişkileri (Kadı Sicillerine Göre XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)", Turkish Studies, III-IV, (2008): 788-805.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. Osmanlı Tarihi. C. III, 2. Kısım, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1995.
- Yazıcı, Fatime. 54 Numaralı Mühimme Defteri' Nin Transkripsiyon Ve Değerlendirilmesi (1-154). Yüksek lisans Tezi, Erzurum Atatürk Üniversitesi, 2010.
- Yıldırım, H. Osman vd. 7 Numaralı Mühimme Defteri. Ankara: Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yayınları, 1998.
- Yinanç, Refet. "Sivas Abideleri ve Vakıfları". Vakıflar Dergisi, 22 (1991): 15- 44.
- Zorlu, Süleyman Emre. Osmanlı Tıp Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Arşiv Belgeleri

- BOA), Cevdet Sıhhiye (C..SH.), 24-1151; 23- 1114.
- BOA), Bab-ı Asafi Divan-ı Hümayun Sicilleri Mühimme Defterleri (A. {DVNSMHM.d.}, 95-211-0; 91-321-0.

DAVETLE MÜDAHALE BAĞLAMINDA KUVVET KULLANMAYA VERİLEN RIZANIN KUVVET KULLANMA YASAĞI İLE NASIL BAĞDAŞTIRILACAĞI SORUNSALI

*The Problem of How to Reconcile Consent to the Use of Force with the
Prohibition of the Use of Force in the Context of Intervention by
Invitation*

Dr. Öğr. Üyesi Nesrin DABANLIOĞLU ALANUR*

ÖZET

“Talep üzerine askeri yardım, kuvvet kullanımına rıza” olarak da ifade edilen “davetle müdahale” kavramı, esas olarak bir devletin kendi yetki alanı dahilinde iç çatışma ve benzeri bir durumu bastırmak için bir başka devletin kuvvet kullanımına rıza gösterebileceği fikrine dayanmaktadır. İlk bakışta uluslararası hukukta “müdahale etmeme ilke-

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-posta: ndabanlioglu@erzincan.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3896-9787>

Makale Geliş Tarihi:19.01.2024

Makale Kabul Tarihi:21.03.2024

⇒ Atıf Şekli: Nesrin Dabanlıoğlu Alanur “Davetle Müdahale Bağlamında Kuvvet Kullanmaya Verilen Rızanın Kuvvet Kullanma Yasağı ile Nasıl Bağdaştırılacağı Sorunsalı” *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 335-376.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



si”nin ya da Birleşmiş Milletler Şartı’nın 2/4. maddesinde yer verilen uluslararası ilişkilerde “kuvvet kullanma yasağı”nın ihlali olarak görülebilecek bu doktrinin hiçbir bağlayıcı uluslararası belgede yer almasına rağmen uluslararası toplumda genel kabulü ve yaygın uygulaması karşısında hangi hukuki dayanakla meşrulaştırılabileceğinin ele alınması önemlidir. Bu çalışmada, devletlerin kendi yetki sınırları dahilinde kuvvet kullanılmasına verdikleri rızanın kuvvet kullanmayı hukuka uygun hale getirme üzerindeki etkisi ve uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* statüsü ile rıza üzerine kuvvet kullanılmasının nasıl bağdaştırılacağı sorunu irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Davetle Müdahale, Kuvvet Kullanma Yasağı, Jus Cogens Norm, Uluslararası Hukuk, Birleşmiş Milletler Şartı, Madde 2/4

EXTENDED ABSTRACT

Research Problem

The Article 2/4 of the UN Charter obliges all UN members to refrain from resorting to the threat or use of force in their international relations, either against the territorial integrity or political independence of any other state or in any manner inconsistent with the purposes of the UN. This means that an armed intervention with these characteristics is prohibited. Intervention by invitation is also a form of using military force by a state on the territory of another state, even though it is based on the permission of the host state. However, although the doctrine of intervention by invitation is a form of use of force, it is generally accepted internationally in state practices and in the decisions of UN bodies. In this case, the question arises of what the legal basis of the doctrine of intervention by invitation is and whether it is contrary to the prohibition of the use of force, which is accepted as a *jus cogens* norm.

Purpose

The aim of this study is to reveal whether the doctrine of intervention by invitation conflicts with the prohibition of the use of force which is described as a jus cogens norm in generally, and with Article 2/4 of the UN Charter in particular.

Method

In this study, decisions of UN bodies (General Assembly, Security Council, International Court Of Justice Decisions) and opinions of lawyers are used, indicating that intervention by invitation is generally accepted. In the study, first of all, the concept of intervention by invitation is tried to be explained in the context of basic international law concepts and principles such as the concept of intervention, the prohibition of intervention in internal affairs and the prohibition of the use of force. In particular, By examining the content of the regulation on the prohibition of the use of force in the Article 2/4 of the UN Charter, it is tried to reveal whether intervention by invitation is a form of use of force within the scope of this article and, in this context, to determine the extent of the jus cogens norm nature of the prohibition on the use of force. In addition, the different views put forward as the basis for why intervention by invitation, which is accepted both in the actions and opinions of sovereign states and in the decisions taken by the most important UN bodies, does not constitute a violation of international law are discussed. Among the approaches discussed in this context, first of all, the idea that intervention by invitation is outside the scope of the Article 2/4 of the UN Charter because it does not meet the qualifications in the article, in other words, the idea that it does not have an international character and is not against the territorial integrity or political independence of the inviting state, is discussed, and then the opinion of the intervention by invitation doctrine can be considered lawful since it is not clearly considered unlawful in the UN Charter is being examined.

Finally, the approach that looks at the issue from the perspective of the rules regarding the responsibility of the state is discussed, and in this context, "Draft Articles On Responsibility Of

States For Internationally Wrongful Acts” adopted by the UN International Law Commission in 2001, which contains the conditions that prevents an act of a state that will not comply with the international obligations of the state from being unlawful. is referenced. This study focuses on whether the “consent” element, which is one of these conditions, can be applied as a reason that eliminates unlawfulness in the case of the use of force. In addition, a conclusion is reached as to on what legal grounds this type of use of force, which is used upon consent, can be reconciled with the prohibition of the use of force, as opposed to the general acceptance of intervention by invitation.

Conclusions

As a result of the study, It is concluded that preemptory aspect of the prohibition of the use of force is only limited to the qualifications listed in the Article 2/4 of the UN Charter, in other words, there will be a violation of the preemptory aspect of the prohibition on the use of force only if the use of force aims at aggressive actions targeting the territorial integrity and political independence of a state.

Although the doctrine of intervention by invitation is a form of use of force, it is concluded that the prohibition on the use of force is not violated because it does not meet the qualifications in this article, therefore there is no violation of the article in question and the doctrine of intervention by invitation should be accepted as a category in itself.

Keywords: Intervention by Invitation, Prohibition of Use of Force, Jus Cogens Norm, International Law, United Nations Charter, Article 2/4

GİRİŞ

Birinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar, bir devletin kuvvete başvurma hakkı, yaygın olarak devlet olmanın ve dolayısıyla bizzat egemenliğin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmekteydi. Bu dönemde devletlerin kuvvet kullanmaları 'haklı savaş doktrini' ile açıklanmaya çalışılmış ve buna göre savaşın hukuki olabilmesi için haklı gerekçeler

veya sebepler olması yeterli görülmüştür. Haklı savaş doktrinine göre, savaş devletin egemenliğinden doğan doğal bir haktır ve dolayısıyla bu dönemde uluslararası hukuk kuvvet kullanma ile ilgili herhangi bir sınırlama getirmemektedir.¹ Ancak haklı savaş doktrini 1. Dünya Savaşı'nın ardından Milletler Cemiyeti'nin kurulmasıyla terk edilmiş, Örgütün kurucu andlaşması olan Milletler Cemiyeti Misakı ile kuvvet kullanma açıkça yasaklanmasa da bu yola başvurmadan önce mutlaka barışçıl yolların denenmesi öngörülmüştür. Kuvvet kullanmanın yasaklanması ise 2. Dünya Savaşı'nın yaşattığı acı tecrübelerin etkisi ile Birleşmiş Milletler'in (BM) kurucu belgesi olan BM Şartı ile mümkün olmuştur. Uluslararası barışı sürekli hale getirmeyi amaçlayan Şart'ın 2/4. maddesi hükmüne göre, tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı gerek BM'nin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınmakla yükümlü kılınmıştır.

Kuvvet kullanımına ilişkin tartışmaların çoğu, devletlerarası ilişkilere odaklanır. BM Şartı ile kurulan sistemin temel amacı da devletler arasında kuvvet kullanımının sınırlandırılmasıdır. Ancak devlet egemenliği ile kuvvet kullanımı arasındaki ilişki yalnızca dış meselelerle sınırlı değildir. Akademik incelemeyi de hak eden bir iç boyutun varlığı inkar edilemez. Bu bağlamda bir devletin ülkesinde en azından iç savaş eşliğine gelen derin bir kriz durumunda bu devletin yabancı silahlı müdahaleyi davet etme ihtiyacı ve bu doğrultuda egemen devletin bu krizle mücadele edebilmek için yabancı devletin desteğiyle kuvvet kullanılması durumunun ele alınması gereklidir.

Uluslararası hukukta genellikle davetle müdahale doktrini olarak ifade edilen ev sahibi devletin izniyle kuvvet kullanılması durumu, BM Şartı'ndan önceki dönemlerde hukuki açıdan çok fazla tartışmalı değildir.² Bu durum, dünyadaki en güçlü devletlerin öncülüğünü yaptığı

¹ Enver Bozkurt, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal, *Devletler Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021) 305; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019) 114

² Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Brill Nijhoff, 1991) 114; Antonio Cassese, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005) 368-369.

politikaların normatif olarak dağılık olmasından kaynaklanmaktadır.³ 2. Dünya Savaşı sonrası kalıcı barışı sağlamak amacıyla BM Şartı'nın kabul edilmesi ve bu amaç doğrultusunda Şart'ta kuvvet kullanmanın açıkça yasaklanması, bu doktrinin kuvvet kullanma yasağına aykırılık teşkil edip etmeyeceği sorununun ortaya çıkardığından konuyu tartışmalı hale getirmiştir.

Bir devletin kendi ülkesindeki iç silahlı çatışmalarla mücadele edebilmek için yabancı bir devletin silahlı kuvvetlerinden yardım talep etmesi ve bu çerçevede gerçekleşecek müdahalelere onay vermesi ile ilgili olan davetle müdahale fikri, BM Şartı'nın temel ilkelerinden olan ve aynı zamanda *jus cogens* (emredici norm) niteliğinde olduğu kabul edilen kuvvet kullanma yasağıyla (md. 2/4) ve yine Şart'ta yer verilen iç işlerine müdahale yasağıyla (md.2/7) ilk bakışta çatışır görünmektedir. Ancak belli ihtiyaçlar karşısında ortaya çıkan ve uzun yıllar devletler tarafından uygulanan bu doktrin ile uluslararası hukukun belli temel kural ve ilkeleri arasında dengenin kurulabilmesi, özellikle kuvvet kullanmanın *jus cogens* norm etkisiyle davetle müdahalenin nasıl uzlaştırılabileceği meselesi ele alınması gereken bir husustur.

Davet yoluyla müdahalenin, hukuki bir doktrin olduğu kadar, Soğuk Savaş'ın bir süper güç politikası olduğu da rahatça söylenebilir. Davetle müdahale, süper güçler tarafından uygulamaya konulduğunda, daha güçsüz olan devletler tarafından sıklıkla eleştirilmiş olmasına rağmen, küresel toplum bu doktrinin modern uluslararası hukukta var olmasına izin vermiştir.⁴ Birleşmiş Milletler'in kuruluş konferansı olan San Francisco Konferansı'nda ve BM'nin kuruluşuna giden süreç-

³ Max Byrne, "Consent and the Use of Force: An Examination of 'Intervention by Invitation' as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen", *Journal on the Use of Force and International Law*, (2016) 3 (1) 98,101-102, 124-125

⁴ *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice Judgment, 1986, para. 246 (*Nicaragua v. U.S.A.*), Bkz. Aslan Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013); BM Genel Kurulu "Saldırımın Tanımı Kararı" (Definition of Aggression, GA Res. 3314 (XXIX), 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3316(XXIX) md. 3 (e). Karar için bkz. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 141; BM Güvenlik Konseyi Mali kararı, S/RES/2100 (2013) (*Mali, SC Res.*), Preamble; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012) 769-770; Antonio Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict* (Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1993) 17-19

te, uluslararası barış ve güvenliğin kalıcı hale getirilmesi hedeflenmiş olsa da daha sonradan devletlerin süper güç siyasetine dönüş yapması, bu idealist yaklaşımı gölgede bırakmıştır. Çünkü Şart'ın hazırlanması sürecinde devletlerin yaşadığı kaygı ve korkular daha sonradan yüzeye çıkmış, dünya siyaseti kutuplaşmaya başlamış ve BM düzeninin işlemlerini zorlaştıran durumlar doğmuştur. Özellikle, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından başlıca sorumlu organ olarak tanımlanan BM Güvenlik Konseyi'ndeki daimi üyelerin çıkar çatışmaları ile Güvenlik Konseyi'nin karar alma yapısı bir araya gelince, bu durum daimi üyelerin davetle müdahale de dahil olmak üzere diğer bazı askeri girişimler yani silahlı kuvvet kullanma biçimleri için arayışlar⁵ içine girmelerinin önünü açmıştır. Bir başka ifadeyle, süper güç ilişkilerindeki kutuplaşmanın neden olduğu felç sebebiyle Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyinin küresel çapta dikkat çekmeye başlayan iç savaş gibi çeşitli iç krizlere bir çözüm sunmasının zorlaşması davet yoluyla müdahaleyi bu tür durumlara çözüm olarak ortaya çıkarmıştır.⁶ Günümüze kadar da kolektif güvenliğin eksik ve yetersiz uygulanmasından kaynaklanan boşluk davetle müdahaleler için zemin oluşturmaya devam etmektedir.⁷

Her ne kadar bu kavram BM'nin kuruluşundan sonraki yıllarda gelişmeye devam etse de devletler ve diğer aktörler rızaya dayalı kuvvet kullanımının ardındaki kesin hukuki gerekçeyi araştırma ve ayrıntılı olarak açıklama konusunda bugüne kadar isteksiz davranmışlardır. Devletlerin bu tutumu günümüzde de hâlâ geçerlidir. Bu nedenle bu özel doktrin uluslararası hukuktaki dayanağı ve konu-

⁵ Davet yoluyla müdahale hiçbir şekilde Şart'a meydan okuyan tek hukuki sorun değildir. Tek taraflı insani müdahale ve yurtdışındaki vatandaşların korunması gibi diğer argümanlar da öne sürülmüş, ancak bunların davetle müdahale ile kıyaslandığında uluslararası hukukta kabul edilebilirlik noktasında yeterince başarı elde edemediği görülmektedir. Davet yoluyla müdahalenin belirsiz temelleri göz önüne alındığında bunun ilginç bir durum olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

⁶ Louise Doswald-Beck, "The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government", *British Yearbook of International Law*, (1986) 56 (1), 189, 189-190.

⁷ Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 5-7; Christine Gray, "The Use of Force and the International Legal Order in International Law" içinde *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, (Oxford: Oxford University Press 2010), 67-68, 84-85; Erika de Wet, "The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force", *European Journal of International Law*, (2015) 26 (4), 998.

muyla ilgili pek çok karmaşıklık devam etmektedir.⁸ BM Şartı'na meydan okuyan diğer girişimler daha sert tepkilerle karşılaşırken davetle müdahalenin neden konumunu sağlamlaştırılmayı başardığının anlaşılabilmesi için öncelikle bu uygulamanın belirsiz dayanağının ortaya konulması, bunun için de doktrinin uluslararası hukukun temel kural ve ilkeleriyle bağlantılı olarak hukuka uygunluğuna verilen yanıtların tartışılması gereklidir.

I. DAVETLE MÜDAHALE KAVRAMI

Davetle müdahalenin tanımına ve bu türden bir müdahalenin hukuka uygunluğuna yönelik görüşlere geçmeden önce, bağlantılı temel kavramları tanımlamak gerekir. Davet yoluyla yapılacak müdahalenin kuvvet kullanımını da içerebildiği göz önünde bulundurulursa literatürde sıklıkla birbirinin yerine ve ayırım gözetmeksizin kullanılabilen müdahale ve kuvvet kullanma terimleri arasındaki ayırım doğru terimin kullanılması açısından önem arz etmektedir.

Müdahale kavramı, ilk bakışta en geniş anlamda başkalarının müdahaleci eylemleri olarak algılanacaktır. Uluslararası hukukta ise üzerinde uzlaşılan net tanımı bulunmadığından müdahaleye ilişkin birçok farklı tanım yapmak mümkündür. Müdahale, bir devletin başka bir devletin iç işlerine, diğer devlete belirli davranış veya sonuçlar dayatmak amacıyla zorla (o devletin rızası hilafına) karışması olarak tanımlanabilir.⁹ Benzer başka bir tanıma göre müdahale kavramı, devletlerin uluslararası ilişkilerinde diğer bir devleti etkilemek amaçlı, o devletin iç veya dış işlerine karışarak siyasi otoritesi üzerinde etki etmeye çalışması veya karar alma mekanizmalarına nüfuz etmesi şeklinde tanımlanabilir.¹⁰ En genel ifadeyle esasında müdahale, bir bağımsız devletin başka bir bağımsız devle-

⁸ Karine Bannelier ve Theodore Christakis, "Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict", *Leiden Journal of International Law*, (2013) 26 (4), 860; de Wet, *The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force*, 980.

⁹ Robert Jennings ve Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law Volume I, Peace: Introduction and Part I*, (Longman, 1992), 430

¹⁰ Faruk Sönmezoglu, *Uluslararası Politika ve Dış Politika Analizi* (İstanbul: Filiz Kitabevi 1989), 374

tin münhasır yetkisinde bulunan hususlara yani egemenlik yetkisi dahilindeki konulara o devletin isteği dışında karışmasıdır. Bir müdahale, siyasi, ekonomik, askeri (veya silahlı) olmak üzere farklı biçimlerde olabilir.

Devletlerin başkalarının işlerine müdahalesi tarih boyunca sık sık yaşanmıştır. Fakat bu devletlerin bu davranışı çağdaş uluslararası hukukta kabul edilen bir eylem değildir. Müdahale etmeme ilkesi veya bir başka ifadeyle iç işlerine müdahale yasağına BM Şartı'nın 2/7. maddesinde şu şekilde yer verilmiştir: *"İşbu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler'e herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi yeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz..."*.

Grldğu gibi, bu madde BM'nin tek tek ye devletlerine değil, bir örgüt olarak kendisinin müdahale etmemesine doğrudan atıfta bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, BM Şartı'nın 2/7. maddesinin düzenleniş biçimine bakıldığında müdahale etmeme ilkesinin veya iç işlerine müdahale yasağının, BM Şartı'nda, devletler için açıkça belirtilmediği, bu yasağın sadece Birleşmiş Milletler organları bakımından bir yükümlülük olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak, çeşitli BM Genel Kurul kararlarında, "hiçbir devletin, her ne sebeple olursa olsun, başka bir devletin iç veya dış işlerine doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etme hakkına sahip olmadığı" belirtilerek esasında devletler arasında müdahale etmeme ilkesinden söz edilmiştir.¹¹ Bir görüşe göre, BM Genel Kurul kararlarının tüm üyelerin desteğiyle kabul edilmesi ve devletlerin uygulamalarıyla da konuya ilişkin karara çoğunlukla saygı duyulduğu dikkate alındığında, bu tür kararların, belirli bir konudaki uluslararası teamül hukukunun kanıtı olduğu sylen-

¹¹ 2131 (XX), 21 Aralık 1965'te kabul edilen Devletlerin İç İşlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliğine ve Bağımsızlıklarının ve Egemenliklerinin Korunmasına İlişkin Bildiri, UN Doc. A/RES/20/2131, md. 1; Aynı hüküm 2625 (XXV), 24 Ekim 1970 tarihinde kabul edilen Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesinde de yer almaktadır. UN Doc. A/RES/25/2625, İlke 3; Aynı husus UAD, tarafından Nikaragua davasında da tekrarlanmıştır. Bkz. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. U.S.A*) (Merits), Judgment of 27 June 1986, ICJ Rep 14 (*Nicaragua v. U.S.A*) para. 205.

bilir.¹² Bir devletin diğer bir devletin işlerine zorla müdahalesini yasaklamak olarak müdahale etmemeye ilişkin olan ve devletlerin ülkesel egemenliğine saygı kavramı üzerine kurulmuş olan bu uluslararası teamül hukuku kuralı uzun süredir kabul edilmektedir.¹³

Ancak, tüm müdahaleler hukuka aykırı değildir. Nikaragua davasında UAD, müdahalenin haksız olması için zorlama yöntemlerinin kullanılması gerektiğini belirtmiştir¹⁴. Kuvvet kullanılan bir müdahale durumunda bu durum açıktır. Dolayısıyla bu türden eylemler hem kuvvet kullanma yasağı hem de müdahale etmeme ilkesi ışığında hukuka aykırılık teşkil edecektir. Görüldüğü gibi, müdahale yasağı ile kuvvet kullanma yasağı arasında açık bir bağlantı bulunmaktadır. Bir devlet hukuka aykırı kuvvet kullanırsa her iki yasağı da ihlal etmiş olur.¹⁵ Her kuvvet kullanımı aynı zamanda uluslararası hukuka göre bir müdahale teşkil etmektedir, ancak her müdahale kuvvet kullanımı teşkil etmemektedir.¹⁶

Uluslararası hukukun en önemli ilkelerinden bir diğeri de kuvvet kullanma yasağıdır. Bu kural BM Şartı'nın 2/4. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Tüm üyeler uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar”.

Madde 2/4, bir BM üyesi devletin başka bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı BM'nin amaçlarına aykırı olarak kuvvet kullanamayacağını ve tehdit yoluna başvuramayacağını

¹² Bkz. Maziar Jamnejad ve Michael Wood, “The Principle of Non-intervention”, Leiden Journal of International Law, (2009) 22 (2), 348

¹³ Malcolm N. Shaw, Uluslararası Hukuk, Çev. İbrahim Kaya (Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi 2018) 837; Yargıç Schwebel'in Nikaragua davasındaki Muhalif Görüşü, bkz. (Nicaragua v. U.S.A) para. 98; Ayrıca, uluslararası teamül hukukunda müdahale etmeme ilkesine atıfta bulunan görüş için bakınız. (Nicaragua v. U.S.A) para. 242

¹⁴ UAD'nın müdahaleye ilişkin tanımı için bkz. (Nicaragua v. U.S.A) para. 205.

¹⁵ (Nicaragua v. U.S.A) para. 109-110.

¹⁶ Bkz. Sertaç Hami Başeren, Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları (Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003), 100

öngörmektedir. Her ne kadar madde 2/4'te 'silahlı' veya benzer bir kelime kullanılsa da bu madde bağlamında kuvvet kullanımı kavramının kapsamına ekonomik ve siyasi baskı ve tedbirlerin dahil edilmeyerek bu terimin yalnızca askeri yani silahlı kuvvet kullanımına atıfta bulunduğu, yani maddenin sadece askeri gücü yasakladığı genel olarak kabul edilmektedir.¹⁷

Davetle müdahale kavramı, "bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devletin talebi üzerine talepte bulunan devlete gönderilmesi yoluyla doğrudan askeri yardımda bulunulması" anlamına gelir.¹⁸ "Davetle müdahale" ifadesi çoğunlukla, ilgili devlet hükümetinin daveti üzerine yabancı birliklerin bir iç silahlı çatışmaya yaptığı askeri müdahaleyi kastetmek için kullanılır.¹⁹ Bu tanıma göre, davet yoluyla yapılan müdahale, siyasi veya ekonomik nitelikteki müdahaleleri ifade etmemekte, aksine açıkça askeri bir unsurun varlığını, yani silahlı kuvvetlerin veya birliklerin konuşlandırılmasını ve bunlar tarafından yapılan askeri müdahaleyi kapsamaktadır.²⁰ Bu haliyle davet yoluyla

¹⁷ Gündüz, Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar, 144; Tom Ruys, "The Meaning Of "Force" And The Boundaries Of The *Jus Ad Bellum*: Are "Minimal" Uses Of Force Excluded From UN Charter Article 2(4)?" , *The American Journal of International Law*, (2014) 108 (2), 163; Olivier Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law* (Oxford: Hart Publishing, 2010), 52; Konu ile ilgili gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin yaklaşımları birbirinden farklıdır gelişmiş devletler kuvvet kullanımını askeri anlamda yorumlayarak, ekonomik ve siyasi baskının kuvvet kullanma anlamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürerken, gelişmekte olan devletler her türlü baskıyı kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak kabul etmektedir. Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, 120-121; Bkz. Fatih Tosun, "Uluslararası Hukuk'ta Kuvvet Kullanma ve Karışma Kavramlarının Değişen Anlamı", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, (2009) 9 (9), 106.

¹⁸ Uluslararası Hukuk Enstitüsü kararı (Institut de Droit International (IDI), 10th Commission, Present Problems of the Use of Force in International Law: Sub-Group C – Military Assistance on Request, (2011), Resolution Session of Rhodes, Tenth Commission, Rapporteur: M. Gerhard Hafner, Art. 1(a)) https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2011_rhodes_10_C_en.pdf; Askeri bi(2003) 35 r yardım talebi içermesi, kendi ülkesinde kuvvet kullanılmasına izin verilmesi ve yabancı devletin askeri güçlerinin davet edilmesini içermesi nedeniyle talep, rıza, davet kavramları davetle müdahale bağlamında aynı şeyi ifade etmektedir.

¹⁹ Georg Nolte, "Intervention by Invitation", *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law* (Oxford: Heidelberg and Oxford University Press, 2011), 1

²⁰ Laura Visser, "May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation", *Netherlands International Law Review*, (2019) 66, 24

yapılan müdahale kuvvet kullanımı teşkil etmektedir. Bununla amaçlanan, talep eden devlete kendi topraklarındaki devlet dışı aktörlere veya bireylere karşı mücadelesinde yardımcı olmaktır.²¹

Davetle müdahale kapsamında başka bir devletin toprakları içerisinde onun talebi üzerine gerçekleştirilen askeri faaliyetler, talepte bulunan devletin topraklarında, üçüncü bir devletin dahil olmadığı ayaklanma, isyan, iç çatışma, iç savaş veya diğer türdeki karışıklıklar dolayısıyla uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar sırasında gerçekleştirilebilir.²² Sonuç olarak, davetle müdahale iki veya daha fazla devletin birbiriyle çatıştığı uluslararası silahlı çatışmaları kapsamaktadır.²³

Uluslararası hukukta kuvvet kullanma teriminin en genel anlamda bir devletin askeri kuvvetlerinin bilerek ve isteyerek başka bir devlet ülkesinde kuvvet kullanması şeklinde tanımlandığı²⁴ dikkate alınırsa davet yoluyla müdahalenin aynı zamanda kasıt şartını da karşıladığı görülecektir. Davet edilen silahlı kuvvetlerin açıkça kuvvet kullanma niyeti vardır, aslında davet edilmelerinin nedeni de budur.

²¹ Institut de Droit International Resolution, Art 2(b).

²² Nolte, *Intervention by Invitation*, 1; Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 24 vd.; Tarihsel olarak 'iç savaş' terimi sıklıkla, bir devlet içindeki şiddeti tanımlamak için kullanılan üç kategoriden biri olan saldırganlık durumlarıyla ilişkili olarak kullanılmıştır; diğer ikisi isyanlar ve ayaklanmalardır. İsyandar, sınırlı güç kullanımıyla kontrol altına alınabilecek münferit olaylardır. Ayaklanmalar, belirsiz bir sonucu ve bastırmadaki zorlukları beraberinde getiren, isyancılar tarafından daha fazla süren şiddete işaret etmektedir. "İç savaş" halinin ilan edilebilmesi için ise, genel bir düşmanlık halinin olması ve toprakların önemli bir bölümünün muhalif güçler tarafından kontrol edilmesi ve yönetilmesi gerekmektedir. Sandesh Sivakumaran, *The Law of International Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press 2012), 11; Christopher Le Mon, "Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested", *New York University Journal of International Law and Politics*, (2003) 35, 746.

²³ Esasında tüm bu unsurlar davetle müdahaleyi kolektif meşru müdafaaan da ayıran hususlardır. Kolektif meşru müdafaa, BM üyesi bir devletin hukuka aykırı bir silahlı saldırıya maruz kalması durumunda kendisini savunmasına başka bir üye devletin yardım etmesini ya da savunma hakkını diğer devletlerle birlikte kullanmasını ifade etmektedir. Erdem Denk, *Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kurallar*, 238; Davetle müdahale ve kolektif meşru müdafaa arasındaki farklar bakımından daha detaylı bilgi için bkz. Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 27 vd, 42

²⁴ Benzer tanım için bkz. Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, 121

Bir başka ifadeyle, davet edilen devletin yabancı birlikleri muhalefete karşı mücadelesinde yardıma ihtiyacı olan bir devletin ülkesinde tam da bu nedenle yani kuvvet kullanma niyetiyle bulunmaktadır.²⁵

Bu durumda, fiili silahlı faaliyetler içermesi nedeniyle davet yoluyla yapılacak müdahale de her zaman kuvvet kullanma kapsamına girecektir. Bu nedenle kavram, yalnızca müdahaleye ilişkin kurallardan ziyade, kuvvet kullanma kurallarına daha uygundur. Dolayısıyla davet yoluyla müdahale yerine davet yoluyla kuvvet kullanımından bahsetmek de mümkündür, zira ikincisinin kapsamı birinciye göre çok daha geniştir. Ancak literatüre uyum sağlamak amacıyla bu makalede de davet yoluyla müdahale kavramı kullanılacaktır.

İç işlerine müdahalenin bir devletin rızası hilafına gerçekleşen bir durum olduğu açık olduğuna göre ev sahibi devletin kendi talebi veya rızasıyla gerçekleşen davetle müdahale uygulamasının müdahale yasağına aykırılık teşkil etmeyeceği konusunda şüphe yoktur. Bir başka ifadeyle, müdahalenin hukuka aykırılığı, diğer devletin iradesi dışında gerçekleşmesine bağlı olduğundan, egemen varlığın geçerli rızasıyla gerçekleştirilen eylemlerin ilkeye tehdit oluşturmaması gerekir.²⁶ İç işlerine müdahale yasağı ile davetle müdahale kavramı arasındaki ilişkinin ortaya konulması bir silahlı müdahale olan davetle müdahale doktrininin²⁷ kuvvet kullanma yasağı ile ilişkisine göre daha kolaydır.

Davet yoluyla müdahalenin kuvvet kullanımına ilişkin olduğunu belirtmek, kuvvet kullanımına ilişkin kuralların devreye girmesi anlamına gelir. Dolayısıyla önce bunun bir kuvvet kullanma biçimi olduğunu kabul ettikten sonra mevcut kurallar bağlamında özellikle yasağın düzenlendiği BM Şartı'nın 2/4. maddesi çerçevesinde söz konusu doktrine dayalı uygulamanın hukuka uygun olup olmadığını belirlemek gereklidir.

²⁵ Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 27

²⁶ Jennings ve Watts, *Oppenheim's International Law Volume I, Peace: Introduction and Part I*, 345; David Wippman, "Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent", *Duke Journal of Comparative & International Law*, (1996) 7 (1), 210.

²⁷ Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 17-18

II. DAVETLE MÜDAHALEYE İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARI

Davet yoluyla müdahale doktrini yazılı ve bağlayıcı kurullarla kodifiye edilmiş değildir. Uluslararası hukukun en temel belgelerinin başında gelen BM Şartı'nda bir devletin rızasıyla kendi ülkesinde bir başka devletin kuvvet kullanımından söz edilmemektedir. Aynı şekilde başka bir uluslararası belgede de davet yoluyla yapılan müdahale uygulaması özel olarak düzenlenmemiştir. Buna rağmen ikincil nitelikteki çeşitli uluslararası hukuk kaynaklarından yararlanmak konuyu değerlendirmek açısından faydalı olabilir. Bu konuda referans alınabilecek kaynakların başında BM organlarının uygulamaları ve kararları gelmektedir. BM Şartı, üye devletlerin yanı sıra kendi organları tarafından yürütülen gelişmelere yanıt veren, gelişen bir araçtır. BM organlarının ise bu konuyla ilgili dikkate değer kararları mevcuttur.²⁸

BM Genel Kurulu'nun 1974 tarihli ve 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının Tanımına İlişkin Karar"ının saldırı eylemi olarak nitelendirilebilecek fiilleri sıraladığı 3/e. maddesinde²⁹ davetle müdahaleye dolaylı olarak yer verildiği görülmektedir. Kararın 3/e maddesinde "bir devletin başka bir devletle yaptığı bir anlaşmaya dayanarak o devletin ülkesinde bulunan silahlı kuvvetlerinin, anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin ülkedeki varlığının anlaşmanın sona ermesinin ötesine uzatılması" saldırı olarak ifade edilmiştir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, Genel Kurul ulusal yardım taleplerine dayalı olarak geçerli askeri müdahalelere zımni destek sağlamıştır.³⁰ Bu Karar, davet yoluyla müdahalenin, ulusal egemenliğe ilişkin yerleşik BM kurallarını ihlal etmediği veya bunlarla çelişmediği sonucunu desteklemektedir.

1981 tarih ve 36/103 sayılı Genel Kurul Kararı ile kabul edilen "Devletlerin İç İşlerine Karışmanın ve Müdahalenin Kabul Edilemezliğine İlişkin Bildiri"si, ulusal rızaya dayalı müdahalelerin zımni olarak

²⁸ (*Nicaragua v. U.S.A.*) para. 246; Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), (*DRC v. Uganda*) I.C.J. Judgement 2005, para. 42-54; Saldırının Tanımı Kararı md. 3(e); Mali, SC Res. Preamble.

²⁹ Gündüz, Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar, 142

³⁰ Michael Dressler Jr. "I Have No Mouth, and I Must Scream: Interventions by Invitation in the Aftermath of Coup D'etats", Penn State Law Review, (2022) 127 (1), 251

tanındığı ve desteklendiği şeklinde yorumlanabilir. Söz konusu kararda, her üye devletin “başka bir devletin topraklarında kendi rızası olmadan herhangi bir ekonomik, siyasi veya askeri faaliyetten kaçınma görevi”ne sahip olduğu belirtilmiştir (md. II/o). Bu maddenin mefhumu muhalifinden bir devletin topraklarında o devletin rızası olması koşuluyla ekonomik, siyasi veya askeri bir faaliyetin mümkün olabileceği sonucu çıkarılabilir.

Daha sonra, UAD'nin 1986'da Nikaragua davasındaki “hükümetin talebi üzerine müdahaleye izin verilebilir” şeklindeki hükmü davet yoluyla yapılan müdahalelerin geçerliliğini daha da güçlendirmiştir.³¹ BM Genel Kurulunun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2131 (XX) sayılı Devletlerin İç İşlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliğine ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunmasına İlişkin Bildiri³² ve 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı Birleşmiş Milletler Şartı Uyarınca Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi'nde³³ yer alan maddeler, yabancı birliklerin hükümetin daveti üzerine müdahalesinin kabul edilemezliğini ileri sürdüğü şeklinde yorumlanmış olsa da³⁴ UAD'nin söz konusu hükmü 1960'larda ve 1970'lerdeki bu mutlakiyetçi tutumdan bir geri dönüşü yansıtmaktadır.

³¹ (*Nicaragua v. U.S.A*) para. 246

³² BM Genel Kurulu'nun 21 Aralık 1965 tarihli ve 2131 (XX) sayılı Devletlerin İç İşlerine Müdahalenin Kabul Edilemezliğine ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunmasına İlişkin Bildiri'nin 1. maddesine göre, hiçbir devlet, başka bir devletin rejimini şiddetle devirmeye yönelik yıkıcı, terörist veya silahlı faaliyetleri örgütleyemez, destekleyemez, kışkırtamaz, finanse edemez, teşvik edemez veya hoşgörü gösteremez veya başka bir devletteki iç kargaşaya müdahale edemez. Ayrıca, herhangi bir müdahale biçiminin Birleşmiş Milletler Şartı'nın ruhunu ve lafzını ihlal edeceği belirtilmiştir (md. 4)

³³ BM Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 (XXV) sayılı Birleşmiş Milletler Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirisi'nde “Hiçbir devletin veya devletler grubunun, herhangi bir nedenle, başka bir Devletin iç veya dış işlerine doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etme hakkı yoktur” denilmektedir.

³⁴ Ancak, kanımızca söz konusu Bildirilerde devletlerin uluslararası ilişkilerinde, herhangi bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletlerin amaçlarıyla bağdaşmayan herhangi bir şekilde tehdit veya kuvvet kullanımından kaçınmalarından, saldırı amacından, işgal yoluyla toprak kazanılması gibi zorla kuvvet kullanılmasına yönelik hususlardan söz edilmesi davetle müdahalenin amacından farklı olduğundan Bildirinin bu yönde yorumlanması uygun değildir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün (UHE) 2011 yılında aldığı "Talep Üzerine Askeri Yardım Kararı"nda "talep üzerine askeri yardım", bir devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devletin talebi üzerine bu devlete gönderilmesi yoluyla gerçekleşen doğrudan askeri yardım olarak tanımlanmıştır (md.1/a). İlgili maddenin devamında "talep" ifadesinin, talepte bulunan devletin iradesini özgürce ifade etmesini ve askeri yardımın şart ve usullerine rızasını yansıtan bir talep anlamına geldiği belirtilmiştir (md. 1/b).

Ayrıca, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen "Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri"nin³⁵ "Haksızlığı Önleyen Durumlar" başlıklı 5. bölümü, bir devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı bir davranışının uluslararası hukuka aykırılığını ortadan kaldıran koşulları sıralamakta ve bunlardan biri olarak bir devletin verdiği "rıza"yı ele almaktadır. Taslak Maddeler içerisinde "rıza" durumunu düzenleyen 20.maddenin kuvvet kullanma bakımından da değerlendirilmesi halinde, bir rıza üzerine kuvvet kullanma durumu olan davetle müdahale bakımından da referans alınması konunun analizi açısından faydalı olabilecektir.

³⁵ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Supplement No. 10 (A/56/10), November 2001, UN Doc. A/56/10. Taslak Maddeler ve Yorumu için bkz. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (E.T: 14.11.2023) Bu Maddelerin henüz uluslararası bir andlaşmada (veya başka herhangi bir bağlayıcı yasal belgede) yer almadığını belirtmek gerekir. Teamül hukukunu yansıtıp yansıtmadığı hakkında tartışmalar için bkz. Fernando Lusa Bordin, "Reflections on Customary International Law. The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law", *International & Comparative Law Quarterly*, (2014) 63 (3), 535-567; Anastasios Gourgourinis, "General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System", *European Journal of International Law*, (2011) 22 (4), 993-1026; Devletin sorumluluğuna ilişkin bu kurallara genel olarak uluslararası hukukun ikincil kuralları adı verilmektedir. Taslak 20.madde yorumu, 72; Ayrıca bkz. James Crawford, "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *American Journal of International Law*, (2002) 96(4), 876-879; Bu maddeler, kodifiye etme ve tedrici gelişim yoluyla, devletlerin uluslararası hukuka aykırı fiillerinden doğan sorumluluklarına ilişkin uluslararası hukukun temel kurallarını formüle etmeyi amaçlamaktadır. Devletin haksız eylemlerden veya ihmallerden sorumlu kabul edilmesi için uluslararası hukuk kapsamındaki genel koşullar ve bunlardan kaynaklanan hukuki sonuçlara yer verilmektedir. Taslak Maddeler ve Yorumu, 31, para. 1.

Davet yoluyla müdahale uygulamasının pek çok devlet tarafından başvuru bir yol olması karşısında devletler tarafından meşru kabul edilmiş gibi görünmesi, bu müdahale türüne önemli bir itirazdan çoktan vazgeçildiği anlamına gelmektedir.³⁶ Uygulamanın hukuka aykırı olduğunu öne sürmek, yalnızca devlet uygulamasına ve *opinio juris*'e (kural olduğu düşüncesine) değil, aynı zamanda en önemli BM organlarının tutumlarına da açıkça aykırı olacaktır.³⁷ Bu önermeye rağmen, doktrinin hukuki konumuyla ilgili pek çok karmaşıklık devam etmektedir. Çünkü devletler ve diğer aktörler, uygulamanın ardındaki hukuki gerekçeyi ayrıntılı olarak açıklamak konusunda neredeyse isteksizdir. Bu nedenle en büyük sorun, doktrinin kesin hukuki temeli ve bunun BM Şartı hükümleriyle nasıl bağlantılı olduğu ile ilgilidir. Oldukça kafa karıştırıcı olan bu durum, davet yoluyla müdahalenin kesin gerekçesinin ve uluslararası hukuktaki yerinin incelenmesini gerektirmektedir.

III. BM ŞARTI 2/4. MADDESİ BAĞLAMINDA DAVETLE MÜDAHALE

Davetle müdahale bir kuvvet kullanma biçimi olduğundan söz konusu doktrine dayalı uygulamanın kuvvet kullanma kurallarına uyup uymadığının özellikle BM Şartı madde 2/4'teki kuvvet kullanma yasağıyla ilişkisinin ne olduğunun ele alınması gerekliliğinden söz edilmişti. Çünkü, her halükarda davet yoluyla müdahalenin gerekçelendirilmesiyle ilgili konuların çoğu, davetle müdahale doktrininin genel olarak Şart'ın içeriğiyle, özellikle de kuvvet kullanma yasağı ile bağlantısıyla ilgilidir.³⁸

³⁶ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 769-770; de Wet, *The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force*, 980-981; André de Hoogh, "Jus cogens and the Use of Armed Force", içinde *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Marc Weller (ed), (Oxford: Oxford University Press, 2015), 1167

³⁷ (*Nicaragua v. U.S.A*) para. 246; (*DRC v. Uganda*), para. 42-54; Saldırının Tanımı Kararı md. 3(e); (Mali, SC Res.)

³⁸ Kuvvet kullanımına ilişkin teamüli hükümler, Şart'la tamamen aynı olmasa da aynı genel çizgiyi izlemektedir, bkz. (*Nicaragua v. U.S.A*) para. 181, 188.

BM Şartı, söz konusu yasağın istisnalarını açıkça belirtmeyi tercih etmiştir. Bunlar ise bir devletin silahlı bir saldırıyla karşı karşıya kalması nedeniyle kullanabileceği meşru müdafaa hakkı (BM Şartı, md. 51) ve Şart'ın 7. Bölümünde kendisine tanınan yetkiler çerçevesinde uluslararası barışın ihlal edildiğine veya tehdit edildiğine BM Güvenlik Konseyi'nin karar vermesi halinde kolektif güvenliği harekete geçirecek şekilde kuvvet kullanılması durumudur. Bu iki durum dışında Şart, kuvvet kullanma yasağına başka bir istisna kabul etmemiştir. Buna bağlı olarak davetle müdahalenin BM Şartı md. 2/4'ün yasakladığı kuvvet kullanımına aykırı olduğu söylenebilecektir. Ancak böyle bir sonuca davetle müdahale şeklinde ortaya çıkan kuvvet kullanımının madde 2/4'deki kuvvet kullanma biçimiyle aynı olduğunun (aynı nitelikleri taşıdığı) tespit ve kabulü halinde varılabilecektir. Hem egemen devletlerin eylem ve görüşlerinde hem de en önemli BM organlarının aldığı kararlarda kendini gösteren³⁹ davet yoluyla müdahalenin bugüne kadar uluslararası hukuka aykırılık teşkil etmemesinin dayanağı olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür.

A. Doktrinin BM Şartı Madde 2/4'deki Nitelikleri Taşımamasından Ötürü Maddenin Kapsamı Dışında Kaldığı Düşüncesi

Bu maddenin içeriğinde yer alan niteliklerin davetle müdahaleye uymaması nedeniyle bu türden bir müdahalenin madde kapsamı dışında kalmasından ötürü hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğini ileri sürmek mümkündür. Bu bağlamda ortaya konulacak görüş de farklı hususlara dayandırılarak açıklanabilir.

Bunlardan biri BM Şartı madde 2/4'ün bir devlet içindeki çatışmalarla değil, devletler arasındaki çatışmalarla ilgili olduğunun açık olması ve davet edilen devlet tarafından kullanılan kuvvetin uluslararası ilişkilerde kullanılmaması nedeniyle davet yoluyla müdahalenin madde 2/4'ün kapsamı dışında kaldığı düşüncesidir. Madde 2/4'ü devletler arasındaki ilişkiler alanıyla sınırlı olarak yorumlayan bu görüşe göre ev sahibi devletin rızası ile yani davet yoluyla yapılan müdahalelerin uluslararası ilişkiler alanına ait olmadığı ileri sürül-

³⁹ (Nicaragua v. U.S.A) para. 246; Saldırının Tanımı Kararı, md. 3(e); Mali, SC Res. 2100, Preamble.

mektedir. Dolayısıyla müdahale eden ülke, ev sahibi devletin izniyle hareket ederek uluslararası ilişkilerinde kuvvet kullanmamaktadır.⁴⁰ Bir başka ifadeyle, davet yoluyla müdahalenin madde 2/4'ün kapsamı dışında kalmasının nedeni, uluslararası çatışmalarla (bir veya birden fazla devletin birbirlerine yönelik saldırıları) ilgili olan Şart hükmünün uluslararası nitelik taşımayan iç çatışma veya iç savaş durumunda uygulanamamasıdır. Pazarıcı bu durumu şöyle izah etmektedir: "BM Şartı'nın 2/4. maddesi ile kuvvet tehdidi ve kullanılmasının yasaklanması, uluslararası ilişkiler çerçevesinde öngörülmüş olup bir devletin ülkesi içinde örneğin ayaklanma ve iç savaş durumunda kuvvet kullanması bu hükmün dışında kalmaktadır".⁴¹

Shaw da benzer yönde bir görüş bildirerek, BM Şartı'nın 2/4. maddesinin, ulusal durumlarda değil, uluslararası ilişkilerde tehdit veya kuvvet kullanımını yasakladığını, uluslararası hukukta iç çatışmalara karşı bir kuralın söz konusu olmadığını, bunun, devletlerin ulusal yetkisi içerisinde olduğunu belirterek konunun iç hukuk tarafından ele alınması gerektiğini dile getirmiştir.⁴²

Davetle müdahalenin BM Şartı madde 2/4'ün kapsamı dışında kalmasının dayanağı olarak gösterilen bir başka düşünce, davet edilen devlet tarafından kullanılan kuvvetin, daveti yapan devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı kullanılmamasına ilişkindir.⁴³ 2/4. madde, tüm üyelere uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı⁴⁴ gerek Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kulla-

⁴⁰ Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 32.

⁴¹ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 4. Kitap (Ankara: Turhan Kitabevi, 2020), 126

⁴² Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 838; Aksine, madde 2/4'ün uygulama kapsamı dikkate alındığında, davet edilen devletin kendi toprakları dışında kuvvet kullanması nedeniyle mantıken aslında uluslararası ilişkiler alanında hareket ettiğini ileri süren görüş için bkz. Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 20-21

⁴³ Bkz. Gündüz, *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 144

⁴⁴ Aynı zamanda, BM Şartı md.2/4'te yer alan yasağın sadece bir devletin toprakları dışında kullanılan kuvveti değil, başka bir devlete karşı kullanılan kuvveti yasakladığı şeklinde yorumlamak da uygun olacaktır. Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 89

nılmasına başvurmaktan kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir. Davetle müdahale ise bir devletin kendi toprakları dışında başka bir devletin toprak bütünlüğünü veya siyasi bağımsızlığını hedef almayan kuvvet kullanma biçimlerinden biridir. Bu görüşü savunanlara göre, ilgili devletin hükümetince yapılan davet (askeri yardım talebi), BM Şartı'nın 2/4. maddesinde korunan "toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığı" desteklemek ve güçlendirmek için verildiğinden kuvvet kullanma yasağının dışında kalmaktadır.⁴⁵

Esasında buradaki mesele söz konusu hüküm ile getirilen yasağın hangi eylemleri kapsadığı sorusuna verilecek yanıt ile ilgilidir. Kuvvet kullanma yasağına uygunluk için gereken iki koşuldan birisi amaçsal nitelikli olup kuvvet kullanmanın ya da kuvvet kullanma tehdidinin bir devletin ülke bütünlüğüne karşı veya siyasi bağımsızlığına karşı ya da BM'nin amaçlarına karşı olmamasıdır. Bir devletin ülke bütünlüğünü ya da siyasi bağımsızlığını değiştirmeyi hedeflemeyen bazı kuvvet kullanmak durumlarında durum çok açık değildir.⁴⁶ Müdahil devletin davet eden devletin izniyle hareket etmesi nedeniyle, davet eden devletin toprak bütünlüğünün ve siyasi bağımsızlığının ihlal edilmediği ileri sürülmektedir.⁴⁷ İzin geçerli bir şekilde verilmişse, ev sahibi devlete karşı madde 2/4'deki kuvvet kullanımının söz konusu olma-

⁴⁵ Le Mon, Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested, 753; Wipman, Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent, 212; Bu görüşü savunanlara göre, BM Şartı'nın üye devletlere açıkça uluslararası ilişkilerde herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet kullanmaktan kaçınma yükümlülüğünü yükleyen 2/4. maddesinden, kuvvet kullanımının devletlerin toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına aykırı olmaması koşuluyla yasal olarak kabul edilebileceği sonucunun mantıksal olarak çıkarılabileceğini ileri sürmektedir. Bu açıdan bakıldığında davetle müdahale bağlamında kullanılan kuvvet, o devletin toprak bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığının bir yansıması olarak görülmekte ve hukuka uygun kabul edilmektedir. John A. Perkins, "The Right of Counterintervention", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, (1986) 17 (2), 183; Byrne, Consent and the Use of Force: An Examination of "Intervention by Invitation" as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen, 99.

⁴⁶ Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, 4. Kitap, 127

⁴⁷ Bu sonuç kuvvet kullanma yasağının geniş yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, 138; Başeren, Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, 50; de Wet, *The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force*, 980

dığı, eylemin de rıza gösteren devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına aykırı olmadığı, bu tür bir kuvvet kullanımının ev sahibi devletin siyasi bağımsızlığının bir tezahürünü temsil edeceği ileri sürülmektedir. Bu varsayım, bir devletin, diğer uluslar tarafından yapılacak olan askeri operasyonlar da dahil kendi topraklarında gerçekleştirilen tüm faaliyetleri yönetebileceğini kabullenen BM Şartı'ndaki egemenlik anlayışına dayanmaktadır.⁴⁸

Davetle müdahalenin kuvvet kullanma yasağının kapsamı dışında kalmasının dayanağı olarak insani amaçlarla veya müdahaleci devletin yurt dışında yaşayan vatandaşlarını korumak gibi uluslararası hukukta açıkça düzenlenmeyen farklı gerekçelerle bir devletin başka bir devletin toprak bütünlüğünü veya siyasi bağımsızlığını hedef almadığı iddiasına dayanarak ortaya konulan bu düşünce, kendi toprakları dışında kuvvet kullanabileceği fikrinin bazı devletlerce ileri sürülebilmesine neden olmaktadır. Fakat BM Şartı bu durumları kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak kabul etmemektedir. Uluslararası toplumun pek çok üyesi, devletlerin bu gerekçeleri uygunsuz amaçları gizlemek veya kendi çıkarlarını korumak için öne sürebileceğini düşünmektedir.

B. BM Şartı'nda Açıkça Yasaklanmadığı İçin Davetle Müdahalenin Hukuka Aykırı Olmadığı Düşüncesi

Analiz edilmesi gereken argümanlardan biri de BM Şartı'nın davetle müdahaleyi yasaklayacak şekilde tasarlanmadığı için bu türden bir müdahaleye hukuki olarak izin verildiğini savunan argümandır. Bir başka ifadeyle, bu görüş, madde 2/4'te ayrıntıları verilen yasağın, ev sahibi devletin rızasıyla silahlı kuvvet kullanılmasını kapsamadığını, ki bunun da bu tür bir uygulamanın kuvvet kullanımına ilişkin normatif çerçeveyi ihlal etmediği anlamına geldiğini savunmaktadır.⁴⁹ Davet edilen müdahalelerin hukuka uygunluğuna yönelik bu yaklaşım oldukça basittir ve meselenin çözümü noktasında birçok hukukçunun işini kolaylaştıracaktır. Çünkü bu argümana göre davet yoluyla müdahaleye izin verilmekte-

⁴⁸ Byrne, Consent and the Use of Force: An Examination of "Intervention by Invitation" as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen, 99

⁴⁹ de Wet, The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force, 980

dir, çünkü hiçbir zaman yasaklanmamıştır.⁵⁰ Dolayısıyla davetle müdahalelerin varlığı, Şart tarafından oluşturulan düzenin herhangi bir şekilde zayıflatıldığı anlamına gelmemektedir. Söz konusu doktrin, hiçbir zaman açıkça hukuka aykırı ilan edilmemiş bir uygulamadır; bu da Şart'ın planına sadık kalarak uygulanabileceği anlamına gelir.⁵¹

Davetle müdahale uygulamasına bakıldığında, argümanın bazı aktörler tarafından bir derecede destek kazandığı düşünülebilir.⁵² Davetle müdahale kapsamında kuvvet kullanan devletler bunların başında gelmektedir. Ancak bu düşünceye yönelik evrensel destek, konuyla ilgili genellikle sessiz kalmayı tercih eden birçok devletin varlığı nedeniyle henüz sağlanamamıştır. Kuvvet kullanımını yasaklayan düzenleme olarak BM Şartı'nın belirli sınırları vardır ve davet yoluyla yapılan silahlı müdahale bu sınırlamaların dışında kalmaktadır. Başka bir ifadeyle, davetle müdahale kavramı, uluslararası toplumda ortaya çıkan normları esneten gelişmelerin bir sonucu değil; daha çok, birçok hukukçunun başvurduğu yaklaşım olan katı bir şekilcilik örneğidir. Esasında, hukukçuların BM Şartı'nın genel planı ve düzenleniş şekli baz alınarak davet yoluyla müdahalenin hukuka uygunluğu konusundaki bu argümanı neden ileri sürdüğünü anlamak çok zor değildir. Çünkü bu argüman, söz konusu kavram için daha kolay bir şekilde bir hukuki çerçeve sunuyor gibi görünmektedir.

Daha önce belirtildiği gibi, BM Şartı, bir devletin rızasıyla onun ülkesinde kuvvet kullanılmasından söz etmemektedir. Bu, burada incelenen yaklaşımın ağırlıklı olarak madde 2/4'te tanımlanan yasağın tam lafzına odaklandığı anlamına gelmekte ve yasağın kapsamının davetli müdahaleleri kapsamadığını göstermektedir.⁵³ Ancak bu yaklaşım, Şart'ın genel planını dikkate almıyor gibi görünmektedir. Sonuçta Şart'ın amacı sadece tek tek devletler tarafından kuvvet kullanımının yasaklanması değil; aynı

⁵⁰ Wippman, *Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent*, 214
⁵¹ James Crawford, *Brownlie's Principles*, 769; de Wet, *The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force*, 980
⁵² Geoffrey Marston, "United Kingdom Materials on International Law", *British Yearbook of International Law*, (1986) 57 (1), 616
⁵³ Wippman, *Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent*, 214; de Wet, *The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force*, 980

zamanda bu tür silahlı önlemlerin Birleşmiş Milletler ve onun ana siyasi organı olan Güvenlik Konseyi'nde merkezileştirilmesidir. Bu merkezileşmenin dikkat çekici şekilde başarısız olduğu göz önünde bulundurulduğunda, kolektif güvenliğin Şart'ın planına tam bir uyum içinde uygulandığı bir dünya düzenini hayal etmek çok zor olsa da bu plan az da olsa başarılı olsaydı davet yoluyla müdahalenin gerekçesi bu kadar basit olabilir miydi? Özellikle de kolektif güvenlik BM Şartı'nın 43. maddesinde öngörülen kurallara tam manasıyla uyum içinde uygulansaydı, böyle bir dünyada davetle müdahale doktrini kendisini mutlaka kolektif güvenlikle çelişki içinde bulacaktı. Ancak mevcut durumda, davet yoluyla müdahale ve kolektif güvenlik birbiriyle çelişmemektedir.

Davetle müdahalenin meşruluğu hususunda bir dayanak noktası olarak doktrinin BM Şartı tarafından hiçbir zaman yasaklanmadığı düşüncesi ne kadar basit bir çözüm sunsa da bu argüman tamamen sorunsuz değildir. Ancak, Şart'ın ev sahibi devletin rızasıyla kuvvet kullanımına ilişkin bir düzenlemeye doğrudan yer vermeyerek bu uygulamayı hiçbir zaman yasaklamayı amaçlamadığını kolayca kabul etmek, Şart'ta açıkça yasaklanmayan diğer silahlı kuvvet biçimlerinin, sırf sadece Şart tarafından açıkça yasaklanmadığına dayanarak geçerli, meşru silahlı tedbirler olarak ortaya çıkmasına izin veren bir kapının açılmasına neden olabilir. Bir başka ifadeyle, davet yoluyla müdahalenin meşruluğunun, bunu açıkça yasaklamayan Şart'a dayandığını kabul etmek, devletler için uygulamada daha sonradan sorunlu durumlar yaratacak bazı fırsatların önünü açmaktadır. Bu nedenlerden dolayı burada tartışılan yaklaşımın davet yoluyla müdahalenin hukuka uygunluğu konusunda sürdürülebilir cevaplar sunması pek ihtimal dahilinde değildir. Şart'ın davet yoluyla müdahaleyi hiçbir zaman yasaklamadığı iddiası yüzeyde yeterince basit görünmekle birlikte daha yakından incelendiğinde sorunlu görünmektedir.

C. Rızayı Haksızlığı Ortadan Kaldıran Bir Durum Olarak Sunan Devletin Sorumluluğu Doktrini

Buraya kadar ele alınan yaklaşımlarda, davetle müdahalenin uluslararası nitelik taşımaması, davet eden devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı olmaması ya da Şart'ta açıkça

hukuka aykırı olarak kabul edilmemesi gibi nedenlerle doktrinin hukuka uygun görülebileceği görüşleri ele alındı. Bu üç durumda da rızanın ele alınmasına ihtiyaç duyulmamıştır. Ancak, müdahalenin madde 2/4'ü ihlal ettiği söylenebildiği takdirde, rızanın verilmiş olması (askeri yardım talebinde bulunulmuş olması veya müdahaleye davet edilmesi durumu değiştirecektir. Bu bağlamda davet yoluyla müdahalenin BM Şartı md. 2/4'ün neresinde yer aldığına ilişkin bir başka düşünce, diğerlerinden farklı olarak konuya devletin sorumluluğuna ilişkin kurallar perspektifinden bakan yaklaşımdır. Buna göre, davetle müdahale bir kuvvet kullanma teşkil etmesi nedeniyle madde 2/4'ün kapsamına girmektedir ancak müdahaleye rıza verilmesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.⁵⁴

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından 2001 yılında kabul edilen “Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri”nin “Haksızlığı Önleyen Durumlar” başlıklı 5. bölümü, normal şartlarda ilgili devletin uluslararası yükümlülüklerine uygun olmayacak bir davranışın hukuka aykırı olmasını engelleyen altı koşulu ortaya koymaktadır. Bunlar; rıza (mad. 20), meşru müdafaa (mad. 21), karşı önlemler (mad. 22), mücbir sebep (mad. 23), tehlike (mad. 24) ve zorunluluktur (md. 25). Bu bölüme göre, belirli bir olayda hukuka aykırılığı engelleyen söz konusu koşullardan birinin varlığı, uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edildiğine ilişkin sağlam temellere dayanan bir iddiaya karşı bir kalkan sağlamaktadır.⁵⁵ Uluslararası Hukuk Komisyonunun kabul ettiği bu belge henüz bağlayıcı bir uluslararası andlaşma metnine dönüşmemiş olsa da konuya ilişkin bir referans kaynağı olması açısından önemlidir.

Taslak Maddeler'in 20. maddesine göre “*bir devletin başka bir devlet tarafından yapılan belirli bir davranışa verdiği rıza, rızanın geçerli olması ve davranışın verilen rızanın sınırları dahilinde kalması koşuluyla, rıza veren devlet açısından bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır*”.

⁵⁴ Le Mon, Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested, 742; Wippman, Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent, 210; Bannelier ve Christakis, Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict, 860

⁵⁵ Taslak Maddeler ve Yorumu, 71

Bu madde rızaya ilişkin temel uluslararası hukuk ilkesini yansıtmaktadır.⁵⁶ Maddeye göre, bir devletin başka bir devlet tarafından yapılan belirli bir davranışa verdiği rıza, rızanın geçerli olması ve davranışın verilen rızanın sınırları dahilinde kalması koşuluyla, rıza veren devlet açısından bu davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldırır.⁵⁷ Bir başka ifadeyle, rıza olmaması halinde hukuka aykırı olacak bir davranışa rıza gösterilmesi onun hukuka aykırılığını engellemektedir.⁵⁸ Bu yaklaşımın kuvvet kullanımı konusunda da geçerli olduğu ve böylece davetle müdahalelerin uygulanmasına olanak sağladığı ileri sürülmüştür.⁵⁹

Esasında burada ele alınan görüş, davetle müdahale çerçevesinde kullanılan kuvvetin Şart'ın 2/4. maddesi kapsamında bir kuvvet kullanma şekli olduğunu kabul etmekte ve fakat ev sahibi devletin geçerli⁶⁰ rızasının uluslararası haksızlığı ortadan kaldıran bir durum olarak sunan devletin sorumluluğu doktrini çerçevesinde davetle müdahalenin kuvvet kullanma yasağının bir istisnası olarak ortaya çıktığını ileri sürmektedir.⁶¹ Dolayısıyla bu yaklaşım, davetle müdahale kapsamında kuvvet kullanımı halinde madde 2/4'teki yasağın ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varmaktadır. Bunun önemli bir sonucu, talep

⁵⁶ Taslak Maddeler ve Yorumu, 72, para. 1

⁵⁷ Taslak Maddeler ve Yorumu, 72, para. 1

⁵⁸ Taslak Maddeler ve Yorumu, 72-73

⁵⁹ Tanca, Foreign Armed Intervention in Internal Conflict, 17-19

⁶⁰ Söz konusu 20. maddede "geçerli" rızadan söz edilmektedir. Maddeye ilişkin Yorum ise, geçerli bir rıza için rızanın "özgürce verilmesi ve açıkça ortaya konması" gerekliliğine atıfta bulunmaktadır. Yorum ayrıca bunun "devletin bunu kabul edeceği temelinde varsayılmak yerine, açıkça fiilen devlet tarafından ifade edilmesi" gerektiğini açıklamaktadır. Geçerlilik aynı zamanda rızanın devlet adına bunu yapmaya yetkili bir temsilci veya kişi tarafından verilmesini de gerektirir. Son olarak, rıza önceden ya da davranış gerçekleştiği anda verilebilir. Eylemin gerçekleşmesinden sonra verilen rıza halleri ise bir feragat veya zımnî muvafakat şeklindedir. Rızanın geçerliliği hususu ayrı bir çalışmayı gerektirecek kadar detaylı ele alınması gereken bir konu olduğundan bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bkz. Taslak Maddeler ve Yorumu, 73 para. 4, 6; Rızanın unsurlarının geniş bir taslağı, Devlet Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin 20. maddesinde ve buna eşlik eden Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun yorumunda bulunabilmektedir. Bu nedenle UHK tarafından hazırlanan Taslak maddeler ve bunlara ilişkin yorumlara konuyla ilgili analiz için genel bir çerçeve olarak başvurulabilir.

⁶¹ de Wet, The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force, 980; Tanca, Foreign Armed Intervention in Internal Conflict, 3-16

üzerine yapılan müdahalelerin niteliği gereği, bu eylemlerin başlı başına hukuka uygun sayılmasıdır.⁶²

Ancak, davet yoluyla müdahale andlaşma hukuku kapsamında bir istisna olarak görülemez. Çünkü, yasağın istisnaları, Şart'ta sınırlı şekilde açıkça belirtilmiştir. Bunlar, Güvenlik Konseyi'nin izni ile kuvvet kullanma ve meşru müdafaa amacıyla kuvvet kullanmadır. Şart'ta ise davet yoluyla müdahaleye ilişkin herhangi bir atıf bulunmamaktadır. Fakat teamüli bir istisna bir seçenek olabilir. Bunu belirlemek için de davet yoluyla müdahalede bulunan devletlerin eylemlerini fiilen yasağın bir istisnası olarak değerlendirip değerlendirmediklerini tespit etmek için devlet uygulamalarının analiz edilmesi gereklidir. Bu ise, teamül hukuku kuralının unsurları bağlamında ilgili devlet uygulaması ve *opinio juris* hakkında kapsamlı bir çalışma yapılmasını gerektireceğinden bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.

20. madde, rızanın sorumluluğu ortadan kaldıran bir sebep mi yoksa haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep mi olduğuna yönelik muhtemel bir tartışmanın da önünü kapatarak rızayı kelimenin tam anlamıyla sorumluluğu hafifleten veya kaldıran değil, haksızlığı/hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak ele almaktadır. Ancak, rızanın yarattığı bu türden bir sonucun BM Şartı'ndaki kuvvet kullanma yasağı bakımından da uygulanacağına kabul edilmesi başka soru işaretlerini gündeme getirmektedir.

IV. DAVETLE MÜDAHALE BAĞLAMINDA VERİLEN RIZANIN BİR *JUS COGENS* NORMA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRIP KALDIRMAYACAĞI SORUNALI

Bir görüşe göre madde 2/4'ün, devletlerin, bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına yönelik olmadığı ve Birleşmiş Milletlerin amaçlarıyla tutarlı kaldığında tek taraflı kuvvet kullanabileceği şeklinde geniş yorumlanması, yasağın asıl amacını göz ardı etmektedir. Bu görüşe göre, meşru müdafaa dışında BM onayı olmaksızın tek taraflı kuvvet kullanımı BM'nin kendi amaçlarına zarar

⁶² Visser, May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation, 32-33.

vereceğinden, niyet ve amaç ne olursa olsun BM Şartı her türlü tek taraflı kuvvet kullanımını yasaklamaktadır.⁶³ Bu esasında kuvvet kullanma yasağına ilişkin maddenin dar yorumlanmasıdır.⁶⁴ Bunun yanında, yasağın doğası gereği “her şeyi kapsayan kuvvet” olarak yorumlanması durumunda da bir başka ifadeyle, uluslararası ilişkilerde her türlü kuvvet kullanımının yasaklanması olarak yorumlanması halinde de birtakım sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Madde 2/4’ün uluslararası hukukun emredici bir normu olduğu, başka bir deyişle kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* statüsünde olduğu yaygın olarak ileri sürülmektedir.⁶⁵ Uluslararası hukukun emredici normunun ne anlama geldiği 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*jus cogens* norm, bir bütün olarak devletlerin uluslararası toplum tarafından, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul edilen ve tanınan bir normdur. Maddede aynı zamanda *jus cogens* normla çelişen herhangi bir uluslararası andlaşmanın geçersiz olduğu belirtilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu, VAHS’nin son taslağında, *jus cogens* normların somut örneklerini sıralamaktan kasıtlı olarak vazgeçmiştir. Bunun gerekçesini de “genel bir uluslararası hukuk kuralının *jus cogens* niteliğe sahip olduğunu belirleyecek basit bir kriter yok” şeklinde belirtmiştir.⁶⁶ Bu nedenle, emredici norm kavramı sü-

⁶³ Patrick M. Butchard, “Back to San Francisco: Explaining the Inherent Contradictions of Article 2(4) of the UN Charter”, *Journal of Conflict and Security Law*, (2018) 23 (2), 249, 261

⁶⁴ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, 133.

⁶⁵ Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II*, 133; Erdem Denk, “Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus cogens* Kurallar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, (2001) 56 (2), 54 vd.; Natalino Ronzitti, “Use of Force, *Jus cogens* and State Consent” içinde *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, ed. Antonio Cassese, (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), 150

⁶⁶ *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, 13 April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682, para. 374, https://digitallibrary.un.org/record/574810/files/A_CN.4_L.682-EN.pdf?ln=en (E.T: 14.11.2023); Lord McNair benzer yönde fikrini şu sözlerle ifade etmiştir: “Bu kuralları (*jus cogens* normları) örneklemek suretiyle açıklamak onları tanımlamaktan daha kolaydır. Lord A.D. McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press, 1961), 215

rekli bir kargaşa içindedir. Bu tür normların kapsamını, sınırlarını belirlemek, konuyla ilgili pek çok görüş mevcut olduğundan çok kolay görünmemektedir. Bugün çeşitli yargı organlarının veya diplomatik organların nelerin *jus cogens* norm olarak kabul edilebileceğine dair fikir veren bir dizi beyanı bulunmaktadır. UHK, 2001 yılında Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin Yorumunda saldırganlığın, köleliğin, soykırımın, ırk ayrımcılığının, işkencenin yasaklanması, silahlı çatışmalarda uygulanan uluslararası insancıl hukukun temel kurallarının, insanlığa karşı suçların ve kendi kaderini tayin hakkının *jus cogens* örnekleri olduğunu belirtmiştir.⁶⁷ Birçok hükümet de VAHS taslağına ilişkin Konferansta hukuka aykırı kuvvet kullanımını ve saldırı yasağını *jus cogens* norm olarak nitelendirmiştir.⁶⁸

Emredici bir norm veya bir *jus cogens* kuralı fikrinin, uluslararası hukuki bir düzenlemede tam olarak açık bir şekilde yer almaması sonucu, bu tür normların içeriği ve hukuki etkileri hala tartışılmakta ve uygulamadaki yerleri biraz belirsiz kalmaktadır.⁶⁹ Bu durum doğrudan silahlı kuvvet kullanımı ile bağlantılıdır. Şöyle ki, genel olarak emredici normlar fikri tartışmalı olduğundan, kuvvet kullanımına ilişkin emredici yasağın kesin içeriği de aynı derecede belirsizdir.⁷⁰ Kesin bir *jus cogens* norm listesi bulunmamakla birlikte, yine de 2/4.maddede yer alan yasağın kısmen emredici bir norm olduğu yorumu yapılmaktadır.⁷¹ Ancak yasağın emredici boyutunun tam kapsamı belirlenmemiştir ki bu da esasında konu açısından büyük önem taşımaktadır. Bir başka ifadeyle, kuvvet kullanma yasağı genel olarak

⁶⁷ 26. madde yorumu için Taslak Maddeler ve Yorumu, 84-85 para. 5

⁶⁸ Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March to 24 May 1968, summary records of the plenary meeting and of the meetings of the Committee of the Whole (United Nations publication, Sales No. E.68.V.7), 52nd meeting, para. 3, 31, 43; Bkz. Fatma Taşdemir, Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi (Ankara: USAK Yayınları, 2006), 105

⁶⁹ Antonio Cassese, International Law (Oxford: Oxford University Press, 2005), 209-210.

⁷⁰ Ronzitti, Use of Force, Jus cogens and State Consent” içinde The Current Legal Regulation of the Use of Force, 150

⁷¹ Fragmentation of International Law, para. 374.

jus cogens norm olarak kabul edildiğine göre⁷², davet edilen askeri müdahalelere ilişkin olarak rızaya başvurulmasının bu türden bir normun ihlalini hukuka uygun hale getirip getirmediği normun statüsü bağlamında ele alınması gereken bir husustur.⁷³

Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddelerin 20. maddesi, bir devletin rızasının, o devlete karşı borçlu olunan bir yükümlülüğe ilişkin bir eylemin hukuka aykırı olmasını engelleyebileceğini kabul etmiş olmakla birlikte, devamında gelen 26. madde bunu açıkça kısıtlamaktadır. 26. madde, “Bu bölümün (“Haksızlığı Önleyen Durumlar” başlıklı 5. bölüm) hiçbir hükmü, uluslararası hukukun emredici bir kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı herhangi bir devlet fiilinin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, rıza ve Taslak Maddelerde ana hatlarıyla belirtilen haksızlığı önleyen diğer koşullar, yalnızca bu koşullar altında gerçekleştirilen eylemlerin uluslararası hukukun emredici normlarına uygun olması durumunda ileri sürülebilir. Bu durum Taslak Maddelerin 26. maddesine göre zorunludur. Bu madde, söz konusu düzenleme kapsamında yer alan hükümlerin, uluslararası hukukun emredici bir normu kapsamında ortaya çıkan bir yükümlülüğe uymayan bir eylemin herhangi bir şekilde haksızlığını engellemesini yasaklamaktadır. UHK, Taslak Maddelere ilişkin yorumunda şunu belirtmektedir: “Bir devlet diğerini ister antlaşmayla ister başka bir yolla, emredici bir norma uyma yükümlülüğünden muaf tutamaz”. Buna göre örneğin, bir devlet, diğerini, soykırım veya işkenceyle ilgili olarak, bir anlaşma veya başka bir şekilde, *jus cogens* niteliğindeki bir norma uyma yükümlülüğünden kurtaramaz.⁷⁴ Bu yorumla, UHK, rızanın bir *jus cogens* normun uygulanmasını ortadan kaldıramayacağını öne sürmektedir. Buna göre, bir *jus cogens* norm ile yasaklanan bir eyleme geçici olarak rıza gösterilmesi de hukuka

⁷² Nikaragua Davasında UAD da bu tür bir kabule atıfta bulunmuştur. (*Nicaragua v. U.S.A.*) para. 190; Olivier Corten da bu görüşü doğrulayan görüşlerin kapsamlı bir açıklamasını sunmuştur. Bkz. Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, 200-213; Taşdemir, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, 104

⁷³ Bkz. Ronzitti, *Use of Force, Jus cogens and State Consent*, 150

⁷⁴ Taslak maddeler ve Yorumu, 85, para. 6

aykırı olarak değerlendirilebilir.⁷⁵ Bu durumda, kuvvet kullanma yasağının emredici norm statüsü göz önüne alındığında, rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir durum olarak uygulanması sorunlu görünmektedir.

Ayrıca, müdahale talebinin “Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir” şeklinde düzenlenen BM Şartı’nın 103. maddesi uyarınca da hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek mümkün olabilir. Çünkü bu madde, genel olarak Şart’a dolayısıyla da Şart’ın 2/4. maddesine öncelik vererek, söz konusu madde anlamında bir anlaşma anlamına gelen her türlü rızayı geçersiz kılmaktadır. Bunun yanında BM Genel Kurulu 26.09.2019 tarihli ve 42/22 sayılı “Uluslararası İlişkilerde Tehdit veya Kuvvet Kullanımından Kaçınılması İlkesinin Etkililiğinin Artırılmasına İlişkin Kararı”nda açıkça şunu belirtmektedir: “Şart’ı ihlal edecek şekilde kuvvet kullanımına veya kuvvet kullanma tehdidinde başvurulmasını haklı çıkarmak için niteliği ne olursa olsun hiçbir değerlendirmeye başvurulamaz.” Eğer askeri müdahale kuvvet kullanmanın bir biçimi ise ve kuvvet kullanma yasağı da emredici bir norm ise, tüm bunlar ışığında rızanın, askeri müdahalede haksızlığın önlenmesi için geçerli bir gerekçe yani hukuki dayanak olamayacağı söylenebilecektir.

Ancak bu argüman, ne bilimsel yazırlarla⁷⁶ ne de devlet uygulamalarıyla⁷⁷ uyuşmamaktadır. Çünkü bunların her ikisi de davetle yapılan müdahalelerin genel olarak izin verilebilir olarak kabul edildiğini göstermektedir. Daha önce belirtildiği gibi, UAD dahi devletlerin dışarıdan askeri yardım talep etme hakkını doğrulamıştır.⁷⁸ Bu durumda bu tür müdahaleler *jus cogens* normla nasıl bağdaştırılır?

⁷⁵ Butchard, Back to San Francisco: Explaining the Inherent Contradictions of Article 2(4) of the UN Charter”, 241-243

⁷⁶ Christine Gray, International Law and the Use of Force (Oxford: Oxford University Press, 2008) 67; Corten, The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law; Gregory H. Fox, “Intervention by Invitation” içinde The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law, ed. Marc Weller (Oxford: Oxford University Press, 2015)

⁷⁷ Davetle müdahale konusunda devlet uygulamaları örnekleri için bkz. Nolte, Intervention by Invitation, 1-3

⁷⁸ (Nicaragua v. U.S.A) para. 209.

Bazıları, rıza üzerine kuvvet kullanımının meşruluğunun, devlet sorumluluğu hukukundaki (Taslak Maddeler, md. 20) haksızlığı önleyen koşullar gibi ikincil bir kural tarafından sağlanmak yerine, rızanın birincil kuralın (BM Şartı'nın 2/4. maddesinin) kendisinde yer aldığını öne sürerek açıklamaya çalışmaktadır.⁷⁹ Gerçekten de, o zamanki Özel Raportör James Crawford, Devlet Sorumluluğuna İlişkin Maddelerin taslağının hazırlanması sırasında, rıza ile emredici normlar arasındaki ilişki hakkında şunları belirtmiştir:

“Bazı emredici normlar ‘içsel’ bir rıza unsuru içerir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2/4. maddesinde yer alan uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmamasına ilişkin kural, bir devletin kendi topraklarında başka bir devlet tarafından kuvvet kullanımına rıza gösterdiği bazı durumlarda geçerli değildir. Ancak bir devlet, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımına ilişkin kuralı başka bir devletle ilişkilerinde rıza yoluyla ortadan kaldıramaz”.⁸⁰ Esasında bu görüş daha önce davetle müdahalenin meşruluğunun dayanaklarından bahsedilirken belirtilen madde 2/4 ün lafzı itibariyle sadece uluslararası ilişkilerde uygulanabileceği, davetle müdahale kapsamındaki kuvvetin ise uluslararası ilişkilere ilişkin değil bir iç mesele olduğu görüşünden başka bir şey değildir.

Kuvvet kullanımına ilişkin mevcut düzenlemenin birçok boyutu bulunmaktadır. Birçok uluslararası yorumcu sıklıkla bu ilkenin (kuvvet kullanma yasağının) bir dereceye kadar uluslararası hukukun emredici bir normu olduğunu ileri sürmektedir.⁸¹ Örneğin, genel kabul kuvvet kullanma yasağının emredici bir norm olarak sınıflandırılması yönünde olmasına rağmen, James Green, bu durumu tamamen yok saymamakla birlikte normun bu statüsünü eleştirmektedir.⁸² “Yasağın bir *jus cogens* normu olarak yaygın ve eleştirmeden kabul edilmesinin endişe verici olduğunu” belirtmektedir⁸³. Bunu destekleyen

⁷⁹ Bkz. Seyfullah Asar, *State Consent to Foreign Military Intervention during Civil Wars*, (Brill 2022), 34

⁸⁰ Corten, *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, 252

⁸¹ *Fragmentation of International Law*, para. 374.

⁸² James A. Green, “Questioning The Peremptory Status Of The Prohibition Of The Use Of Force”, *Michigan Journal of International Law*, (2011) 32 (2), 257

⁸³ Green, *Questioning The Peremptory Status Of The Prohibition Of The Use Of Force*, 217

bir başka görüş, belirli bir konu hakkında çoğunluk görüşünü oluşturmak için bilim adamlarının sıklıkla aynı kaynaklara başvurduğu, aksini ortaya koyan kaynakları göz ardı ettiği konusunda uyarıda bulunmaktadır.⁸⁴

Bir görüşe göre, Şart'ta özellikle belirtilmeyen her türlü silahlı kuvvet kullanımının otomatik olarak Şart'ın emredici yönünü ihlal edeceğinin iddia edilmesi, özellikle de davetle müdahale gibi bazı eylemlerin uluslararası toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından kabulü göz önünde bulundurulursa basiretsiz görünmektedir.⁸⁵ Yasa dışı silahlı önlemlerin emredici kuralları ihlal ettiği durumlarda ev sahibi devletin kuvvet kullanımına rıza göstermesi eylemin meşruluk kazanması için elbette yeterli değildir.⁸⁶ Ancak bununla birlikte, yasağın emredici boyutu da her türlü silahlı kuvveti kapsamamaktadır. Sonuçta konuyla ilgili genel hukuki düzenleme olan madde 2/4, düzenli bir kuvvet kullanımı ile (davetle müdahaledeki) saldırı/saldırganlık eylemleri arasında bir ayırım yapmaktadır.⁸⁷ Devletlerin silahlı kuvvet kullanma biçimlerinin kapsamını genişletme girişimleri, ister başarılı ister başarısız olsun devletlerin madde 2/4'ün tamamını bir *jus cogens* kuralı olarak kabul etmediklerini göstermektedir. Dolayısıyla yasağın emredici niteliği; mevcut devletlerin toprak bütünlüğüne ve egemenliğine zarar veren, mağdur devletin meşru müdafaa hakkını tetikleyebilecek silahlı saldırılar ve eylemler gibi silahlı kuvvetin en aşırı biçimlerini kapsamaktadır.⁸⁸ Sadece bu tür fiiller yasağın emredici alanının ihlali olarak nitelendirilebilir.⁸⁹ Buna göre ev sahibi devletin rızasına dayalı kuvvet kullanımına, bu tür eşikleri aşmadığı süre-

⁸⁴ Bkz. Lianne J.M. Boer, "The Greater Part Of Jurisconsults': On Consensus Claims And Their Footnotes In Legal Scholarship", *Leiden Journal of International Law*, (2016) 29 (4), 1021-1042

⁸⁵ Ronzitti, "Use of Force, Jus cogens and State Consent" içinde *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, 150

⁸⁶ Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 20-21

⁸⁷ Bkz. Saldırının Tanımı Kararı, (*Nicaragua v. U.S.A.*), para. 191.

⁸⁸ Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status* (Finnish Lawyers' Publishing Company, 1988) 356.

⁸⁹ Hannikainen, *Peremptory Norms (jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, 356; de Hoogh, *Jus cogens and the Use of Armed Force*, 1173; Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 21-22; *Fragmentation of International Law*, para. 374.

ce izin verilmelidir. Çünkü bu gibi durumlarda yasağın emredici yönü ihlal edilmez.⁹⁰

Taslak Maddelerin 26. maddesine ilişkin yorum ilginç bir noktaya değinmektedir. Yorum, “bazı emredici normların uygulanmasında belirli bir devletin rızası uygun olabilir. Örneğin, bir devlet, yasal bir amaç için kendi topraklarında yabancı bir askeri gücün varlığına geçerli bir şekilde rıza gösterebilir. Hangi durumlarda rızanın geçerli bir şekilde verildiğinin belirlenmesi yine uluslararası hukukun diğer kurallarının meselesidir” şeklindedir.⁹¹ Bir devletin rıza gösterdiği herhangi bir şeyin o devlete karşı olduğunun kabul edilemeyeceği makul olarak varsayılabilir. Rızanın olduğu yerde zorlama yoktur. Bu mantık, hukukun iyi bilinen genel ilkesi olan *volenti non fit injuria*'yı özetlemektedir.⁹² Rızayı her devletin doğal hakkı, egemenliğinin bir yönü olarak anlamak doğru görünmektedir. Bu rıza, temel kuralın içine yerleştirildiği için kullanılacak kuvveti hukuka aykırı olmaktan çıkararak şeydir. Bunun mantığı döngüselidir: Saldırgan veya hukuka aykırı kuvvet, *jus cogens* norm olarak yasaktır, ancak rıza, kuvvet kullanımını saldırgan veya yasa dışı olmaktan çıkartır ve bu nedenle de yasak değildir. Bu durumda 26. maddedeki hüküm ile kuvvet kullanımına rıza verilmesinin bağdaştırılmasında herhangi bir sorun yoktur.⁹³ Bir başka ifadeyle, rıza bu şekilde anlaşıldığı sürece, BM Şartı'nın 2/4. maddesinde yer alan kuvvet kullanma yasağından etkilenmez ve rızaya dayalı müdahalelerin Taslak Maddelerin 26. maddesine uygunluğu tartışılmaz.

Ancak bunun, müdahaleci devletin kuvvet kullanımına ilişkin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağını da belirtmek gerekir. Özellikle davet yoluyla müdahale kapsamındaki askeri faaliyetler

⁹⁰ Tanca, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, 20-22.

⁹¹ Taslak Maddeler ve Yorumu, 85, para. 6

⁹² Bu kavrama zaman zaman *volenti non fit injuria*, yani hiçbir zararın gelmemesi anlamına gelen bir ifadeyle atıfta bulunulur. Bu durum, bir devletin belirli bir eyleme rıza göstermesi durumunda hukuki anlamda bu eylemden zarar göremeyeceğini göstermektedir. Visser, *May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation*, 36; Théodore Christakis ve Karine Bannelier, 'Volenti Non Fit Iniuria? The Effects of Consent to Military Intervention', *Annuaire Français de Droit International*, (2004) 50 (1), 102

⁹³ Taslak Maddeler ve Yorumu, 74, 85

ev sahibi devletin rızası dahilinde gerçekleştiği sürece müdahale eden devletin sorumluluğunun ortadan kaldırılması gerektiği anlamına gelir. Normal şartlarda mağdur bir devlet, başka bir egemen devletin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan zararın tam olarak tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olmalı ve bu devlet de zararı onarma yükümlülüğü altında olmalıdır.⁹⁴ Mağdur, yasa dışı eyleme geçerli bir şekilde rıza gösterdiğinde, diğer devletin sorumluluğuna başvurma hakkını kaybedecektir.⁹⁵ Ancak, rızanın sınırlarını aşan bir müdahalede, bunun sonucunda gerçekleştirilen kuvvet kullanımı, müdahale etmeme yükümlülüğünün yanı sıra silahlı kuvvet kullanma yasağının da ihlali olacaktır. Bu gibi durumlarda rıza unsuru olarak haksızlığın önlenmesi uygulanamaz. Böyle bir durumda, mağdur devlet bunun sonucunda meydana gelen zararın tazminini talep edebilmesi gerekir. Davetin kapsamının aşılması birçok şekilde gerçekleşebilir. Müdahale için belirlenen sürenin aşılması, konuşlandırılacak asker sayısı ve belirli askeri operasyonların biçim ve kapsamı örnek olarak sayılabilir.⁹⁶ Özetle bu durum davetle müdahalede bulunan devletin ancak rızada bulunan devletin rızası kapsamında kuvvet kullanması halinde hukuka uygunluktan söz edilebileceğini, rıza kapsamının dışına çıkılması halinde ise uluslararası hukuka göre sorumluluğun doğacağı anlamına gelmektedir.

SONUÇ

Bazı hukukçular davetle müdahalenin yalnızca mevcut kuvvet kullanma düzenine girmeyi başaran teamül hukukunun bir kalıntısı olarak görürken, bazıları da bunun 1945 sonrası dönemin tamamen meşru, ancak sorunlu bir aracı haline geldiğini ileri sürmektedir. Birleşmiş Milletler'in kuruluşunun ilk birkaç on yılı boyunca, örgütün üye devletlerin iç krizleri konusunda ne kadar ileri gidebileceğinin belirsizliğini koruduğunu unutmamak gerekir. BM Şartı ile kurulan düzeninin mevcut kuralları itibarıyla Örgütün ulaşamayacağı bir nokta olması sebebiyle büyük çaplı iç savaşların görünüşe göre kalıcı ol-

⁹⁴ Taslak Maddeler, md. 31.

⁹⁵ Taslak Maddeler, md. 20.

⁹⁶ Saldırının Tanımı Kararı, md. 3 (e).

ması gerekiyordu. Güvenlik Konseyi gerektiği gibi çalışmadığı için bu yönde tartışmalar Soğuk Savaş'ın sonuna kadar cevapsız kalmıştır, bu da davetle müdahalenin önünü daha da açmıştır.

Mevcut düzende kabul edildiğine dair veya uygulama biçimine ilişkin açık ve net kurallar bulunmamasına rağmen iç krizlere davet yoluyla müdahalenin uygulanması tamamen karşı çıkılan bir durum olmamıştır. Aslında rızaya dayalı kuvvet kullanımı Soğuk Savaş'ın yarattığı krize katkıda bulunurken aynı zamanda ilişkilerdeki kutuplaşmayı da yönetilebilir kılmıştır. Başka bir deyişle, süper güç niteliğindeki devletlere güçlerini kullanmaları için bir araç tanınması, Soğuk Savaş'ın fiili bir çatışmaya dönüşmesini engellemiştir. Dolayısıyla davetle müdahale, yalnızca bir devlet içerisindeki ayaklanma, isyan veya iç savaşın sona erdirilmesine yardımcı olmakla kalmamış aynı zamanda bu türden bir durumun küresel ölçekte bir savaş boyutuna varmasını da engellemiştir. Sonuç olarak, davet yoluyla müdahalenin yeniden canlanması, inkâr edilemeyecek olumsuz gelişmelerin sonucu olmasına rağmen, Soğuk Savaş'ın siyasi ortamında olumlu, hatta rahatlatıcı bir etki yarattığı ileri sürülebilir.

Birleşmiş Milletler Şartı'nda bir devletin rızası ile kuvvet kullanımından söz edilmemektedir. Dolayısıyla daha önce belirtildiği gibi bu belge ne kadar irdelenirse irdelensin bu tür davetli müdahalelerin hukuki dayanağını Şart'tan açıkça çıkarmak mümkün değildir. Ancak, Şart üye devletlerin yanı sıra kendi organları tarafından yürütülen gelişmelere yanıt veren, gelişen bir araçtır. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler organlarının konu ile ilgili dikkate değer uygulamaları mevcuttur. Fakat, üç büyük organın (Uluslararası Adalet Divanı, Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi) geçerli bir doktrin olarak davet yoluyla müdahale konusunda şu veya bu şekilde bir tavır ortaya koymasına rağmen, organların uygulamaları ve kararları meselenin çözümünde pek yararlı olamamıştır. Bir başka ifade ile bu organların hiçbiri kavramı ayrıntılı bir şekilde çözememiş, bunun yerine davet yoluyla müdahaleyi vakıta bazında incelemeyi tercih etmiştir. Örneğin Nikaragua davasında Uluslararası Adalet Divanı uygulamanın günümüz uluslararası hukukunda 'izin verilebilir' olduğu yönünde karar vermiştir. Ancak bu iddia için çok az açıklama yapmıştır. Bir başka Uluslararası

Adalet Divanı davası olan ve davetle müdahalenin uygulamadaki sınırlarını çok daha ayrıntılı bir biçimde tartışan Demokratik Kongo Cumhuriyeti-Uganda davası, doktrinin gerekçesi hakkında fikir sunma konusunda yetersiz kalmaktadır. Divan, önündeki davayı çözmek için mutlak surette gerekli olmayan hukuki konularda bir duruş sergileme konusunda genellikle isteksizdir. Genel Kurul ve Güvenlik Konseyinin davetle müdahalelere ilişkin yaklaşımları hakkında da benzer gözlemler yapılabilir. Her ikisi de davetle müdahale doktrinini kabul ettiklerini ifade etmiş olsalar da bunu ya oldukça muğlak bir şekilde ya da belirli olaylara atıfta bulunarak yapmışlardır. Genel Kurul 'Saldırının Tanımı Kararı'nda doktrini tanıırken bunu sadece dolaylı şekilde yapmıştır. Genel Kurul içinde davetli müdahalelere ilişkin daha sonraki açıklamalar ve kararlar da benzer şekilde belirsiz bir yapıya sahip olma eğilimindedir ki bu durum Genel Kurul uygulamasının davetle müdahalelerin ardındaki hukuki gerekçeyi incelemek için en iyi kaynak olmadığı anlamına gelir. Güvenlik Konseyi doktrinin uygulandığı belli durumları müzakere etmek üzere sıklıkla toplandığından davet yoluyla müdahaleyi birçok kez tartışma fırsatına sahip olmuştur. Ancak bu durumlarda Konsey, kavramı ve hukuki durumu tartışmamış konuyu daha genel olarak ele almıştır. Bu nedenle konu ile ilgili yorumları belli bazı olaylarla ve bunların ilgili siyasi bağlantılarıyla sınırlıdır ve bu olaylardan tutarlı bir tablo çıkarmak oldukça zordur. Elbette Birleşmiş Milletler Şartı kuvvet kullanımına ilişkin normların tek kaynağı değildir. Silahlı faaliyetlere ilişkin uluslararası teamül hukuku Şart'la birlikte varlığını ve gelişimini sürdürmektedir. Ancak kuvvet kullanımı konusunda uluslararası teamül hukukunda yer alan kurallar genel olarak Şart'ın kurduğu düzene benzemektedir. Bu durum davet yoluyla müdahaleye yönelik hukuki duruşa kısmen yansımaktadır.

Davetle müdahale konusundaki normatif belirsizliğin sebebi olarak siyasi stratejiyi göstermek mümkündür. Zira doktrin için kesin çizgiler çizmek doktrinin uluslararası politikalarda kullanımını engelleyebilmektedir. Bu nedenle söz konusu belirsizlik sadece hukuki bir zafiyet değil aynı zamanda büyük bir siyasi güçtür ve bu da onu bazı devletler için cazip bir seçenek haline getirmektedir. Netice itibarıyla davet yoluyla müdahaleye ilişkin hem devlet hem de Birleşmiş Millet-

ler uygulamalarının oldukça zengin olmasına rağmen her ikisinin de doktrinin gerekçesi konusunda kesin bulgular sunmadığı görülmektedir. Davetle müdahalelerin gerekçelendirilmesine ilişkin sorun hakkında bilim camiasında henüz fikir birliğine varılamamıştır. Devletlerin uygulamalarına göre kafa karışıklığının giderilmesi özellikle askeri açıdan aktif devletlerin çıkarına değildir. Davetle müdahalelerin normatif belirsizliği ve esnetilebilir sınırları doktrini bazı devletler için uygulamada çekici kılmaktadır. Çünkü bu durum onlara daha fazla hareket alanı sağlamaktadır. Doktrinin hukuki dayanağı konusunda sert bir duruş sergilemek gelecekteki tartışmalara ve davet edilen müdahalelerin uygulanmasına çok fazla kısıtlama getirebilir.

Konuya bakış açısı ne olursa olsun hukuki gerekçe ve dayanaklar bakımından tüm belirsizliklere rağmen davetle müdahale doktrininin günümüz uluslararası hukukunda kabul edilebilir durumda olduğu açıktır. Bu durumda uluslararası hukuk doktrininde, devlet uygulamalarında, BM kararlarında ve hatta UAD kararlarında kendisine yer bulan davet yoluyla müdahalenin hukuki dayanağının ne olduğunun ve bu doktrinin mevcut düzenle çatışma göstermeden ne şekilde kabul edilebileceğinin belirlenmesi önem arz etmiştir.

Bir silahlı müdahalenin gerçekten ev sahibi devletin iradesine uygun olarak gerçekleştirilmesi durumunda, bu devletin iç işlerine zorla bir müdahale teşkil etmeyeceğinin kabulü kolay olmakla birlikte bu durumda kullanılan kuvvetin bir *jus cogens* norm kabul edilen kuvvet kullanma yasağıyla çelişip çelişmediğini belirlemek asıl önemli olan husustur. Çünkü rıza çerçevesinde olsa dahi bu türden bir müdahalenin en başta uluslararası hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması gerekir. İşte bu nokta da genel kabul gören bu uygulamanın hukuka uygunluğunun dayanağı olarak kuvvet kullanma yasağının *jus cogens* niteliğinin kapsamının netleştirilmesi gerekir. Kuvvet kullanma yasağının emredici yönünün sadece md. 2/4 te sayılan niteliklerle sınırlı olduğu kabul edilerek her ikisi arasında dengenin kurulması mümkün olabilir.

Rıza üzerine kullanılan kuvvetin BM Şartı md. 2/4'deki yukarıda bahsedilen nitelikleri taşımadığı göz önünde bulundurulursa, bir başka ifadeyle davet üzerine müdahalenin bir devletin toprak bütünlüğünü ve siyasi bağımsızlığını hedef alan saldırgan eylemleri amaçla-

madığı dikkate alınır, kuvvet kullanma yasağının ihlal edilmediği kabul edilebilecektir. Çünkü kuvvet kullanma yasağına *jus cogens* nitelik kazandıran temel özellik de kuvvetin bu amaçlarla kullanılmamasıdır. Bu çerçevede bu tür müdahalelerin, kuvvet kullanımını içermesine rağmen, BM Şartı'nın kuvvet kullanımını yasaklayan 2/4 maddesinin kapsamı dışında kaldığı yaygın olarak kabul edilmektedir. Genel olarak izin verilebilir durumda olmasına rağmen, uygulamada gerçekleşen davet yoluyla yapılan müdahalelerin çoğunluğunun hukukiliği konusundaki şüphenin ise bu özel durumlarda ya rızanın bunu vermeye yetkili olmayan bir makam tarafından verilmesine ya rızanın fiilen açıkça verilmek yerine verildiği varsayılmasına ya da geçerli rıza için başka bir şartın eksik olduğuna dayanarak çeşitli sebeplerle rızanın geçerliliğine itiraz edilmesi olduğunu belirtmek gerekir.

Çağdaş uluslararası hukukta mevcut haliyle davetle silahlı müdahale başlı başına bir kategori olarak kabul edilmelidir. Ancak askeri olarak aktif ve güçlü konumdaki bazı devletlerin söz konusu doktrini suistimalini engellemek açısından uygulamada kabul edilen bu doktrinin yazılı kurallarla şartlarının ve sınırlarının belirlenmesi konuyu daha tartışmasız ve net bir konuma taşıyacaktır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf. Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Ankara: Seçkin Yayınevi 2019.
- Bannelier, Karine, Christakis Theodore, "Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict". *Leiden Journal of International Law*. 26/4 (2013): 855-874
- Başeren, Sertaç Hami. Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 2003
- Boer, Lianne J.M, "The Greater Part Of Jurisconsults': On Consensus Claims And Their Footnotes In Legal Scholarship", *Leiden Journal of International Law*. 29/4 (2016): 1021-1042
- Bordin, Fernando Lusa. "Reflections on Customary International Law. The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law", *International & Comparative Law Quarterly*, 63/3, (2014): 535-567
- Bozkurt, Enver, Yasin Poyraz ve Selcen Erdal. Devletler Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021
- Butchard, Patrick M. "Back to San Francisco: Explaining the Inherent Contradictions of Article 2(4) of the UN Charter", *Journal of Conflict and Security Law*, 23/2 (2018): 229-267
- Byrne, Max. "Consent and the Use of Force: An Examination of "Intervention by Invitation" as a Basis for US Drone Strikes in Pakistan, Somalia and Yemen". 3/1 (2016) *Journal on the Use of Force and International Law* 97-125
- Cassese, Antonio. *International Law*. 2nd edn, Oxford: Oxford University Press, 2005
- Christakis, Thodore ve Bannelier Karine. "Volenti Non Fit Iniuria? The Effects of Consent to Military Intervention", *Annuaire Franęais de Droit International*. 50/1 (2004): 102-137
- Corten, Olivier. *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010

- Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th edn. Oxford: Oxford University Press, 2012
- Crawford James., "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect". *American Journal of International Law*. 96/4 (2002): 874-890
- André de Hoogh, "Jus cogens and the Use of Armed Force", içinde *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Marc Weller (ed), (Oxford: Oxford University Press, 2015)
- de Wet, Erika. "The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and Its Implications for the Prohibition of the Use of Force", *European Journal of International Law*, 26/4 (2015): 979-998
- Denk, Erdem. "Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda *Jus Cogens* Kuralları". *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*. 56/2 (2001): 43-70
- Doswald-Beck, Louise. "The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government". *British Yearbook of International Law*. 56/1 (1986): 189-252
- Dressler Jr., Michael, "I Have No Mouth, and I Must Scream: Interventions by Invitation in the Aftermath of Coup D'etats". *Penn State Law Review*. 127/1 (2022): 237-266
- Gourgourinis, Anastasios. "General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System". *European Journal of International Law*. 22/4 (2011): 993-1026
- Gray, Christine. "The Use of Force and the International Legal Order in International Law" içinde *International Law*, ed. Malcolm D. Evans, Oxford: Oxford University Press, 2010
- Gray, Christine. *International Law and the Use of Force*. Oxford: Oxford University Press, 2008
- Gündüz, Aslan. *Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013
- James A. Green, "Questioning the preemptory status of the prohibition of the use of force". *Michigan Journal of International Law*. 32/2 (2011): 215-257
- Jamnejad, Maziar, Jamnejad, Michael Wood. "The Principle of Non-intervention. *Leiden Journal of International Law*". 22/2 (2009): 345-381

- Jennings, Robert, Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law Volume I, Peace: Introduction and Part I*. 9th edn, Longman, 1992
- Le Mon, Christopher. "Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested" (2003) 35 *New York University Journal of International Law and Politics* 741-793
- Lord A.D. McNair, *The Law of Treaties*. 2nd edn, Clarendon Press, 1961
- Marston, Geoffrey. "United Kingdom Materials on International Law". *British Yearbook of International Law*. 57/1 (1986): 487-654
- Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 4. Kitap (4. Baskı, Turhan Kitabevi 2020)
- Perkins, John A. "The Right of Counterintervention", *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, 17/2 (1986): 171-224
- Ronzitti, Natalino. "Use of Force, Jus cogens and State Consent" içinde *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, ed. Antonio Cassese, 147-166. (Martinus Nijhoff Publishers, 1986)
- Ruys, Tom, "The Meaning Of "Force" And The Boundaries Of The *Jus Ad Bellum*: Are "Minimal" Uses Of Force Excluded From UN Charter Article 2(4)?" , *The American Journal of International Law*, 108/2 (2014): 159-210
- Schachter, Oscar. *International Law in Theory and Practice*. Brill Nijhoff, 1991
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*, Çeviren İbrahim Kaya, Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi, 2018
- Sivakumaran, Sandesh. *The Law of International Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2012
- Sönmezoğlu, Faruk. *Uluslararası Politika ve Dış Politika Analizi*. İstanbul: Filiz Kitabevi 1989
- Tanca, Antonio. *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict* (Netherlands, Kluwer Academic Publishers, 1993)
- Taşdemir, Fatma. *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*. USAK Yayınları, 2006

Tosun, Fatih. "Uluslararası Hukuk'ta Kuvvet Kullanma ve Karışma Kavramlarının Değişen Anlamı". *Güvenlik Stratejileri Dergisi*. 9/9 (2009): 89-118

Visser, Laura. "May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation", *Netherlands International Law Review*. 66 (2019): 21-45

Wippman, David. "Military Intervention, Regional Organisations, And Host-State Consent. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 7/1, (1996): 209-240

Birleşmiş Milletler Belgeleri

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 13 April 2006, UN Doc. A/CN.4/L.682.

Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Supplement No. 10 (A/56/10), November 2001, UN Doc. A/56/10.

Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, GA Res. 2131, 21 December 1965, UN Doc. A/RES/2131(XX).

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625, 24 October 1970, UN Doc. A/RES/2625(XXV).

Definition of Aggression, GA Res. 3314 (XXIX), 14 December 1974, UN Doc. A/RES/3316(XXIX).

Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, GA Res. 36/103, 9 December 1981, UN Doc. A/RES/36/103.

Mali, SC Res. 2100, 25 April 2013, UN Doc. S/RES/2100.

Diğer belgeler

Institut de Droit International, Present Problems of the Use of Force in International Law, Tenth Commission — Sub-Group C Resolution (10 RES-C EN PLENIERE), 8 September 2011.

DAVETLE MÜDAHALE DOKTRİNİ VE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI'NIN JUS AD BELLUM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ: TÜRKİYE'NİN LİBYA VE SURİYE MÜDAHALELERİ

*The Evaluation of the Doctrine of Intervention by Invitation and the
Right to Self-Defence in terms of Jus Ad Bellum: Turkish Interventions in
Libya and Syria*

Dr. Baransel MIZRAK *

ÖZET

Jus ad bellum kavramı, kuvvet kullanımının uluslararası hukuka uygunluğunu yorumlayan önemli bir kavramdır. Müdahale hukukunun eş anlamlısı olarak ele alınabilecek olan bu kavram, bir müdahalenin

* Dr., Bağımsız Araştırmacı, baranselmizrak@gmail.com ORCID: 0000-0001-7671-2504.

Makale Geliş Tarihi:23.12.2023

Makale Kabul Tarihi:20.03.2024

- ⇒ Atıf Şekli: Baransel Mızrak "Davetle Müdahale Doktrini ve Meşru Müdafaa Hakkı'nın Jus Ad Bellum Açısından Değerlendirilmesi: Türkiye'nin Libya ve Suriye Müdahaleleri", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 377-412.
- ⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



hukuka uygun olup olmadığı konusunda araştırmacılara yol göstermektedir. Mezkûr kavram, BM Andlaşması'nın meşru müdafaa hakkından bahseden 51. maddesi ile aynı andlaşmanın kuvvet kullanım yasağında söz eden 2/4. maddesi arasındaki hassas dengeler üzerine kurulu olup gerçekleştirilen müdahalelerin hukuki analizi olabildiğince bu iki önemli maddeye göre şekillendirilmektedir. Devletler egemenlik hakkına dayanarak bir devleti veya devlet dışı aktörü ülkesine davet edebilmekte ve bu yolla meşru müdafaa hakkına başvurabilmektedir. Ancak davete dayanmamakla birlikte meşru müdafaa hakkına dayandığı ifade edilen müdahaleler, jus ad bellum açısından önemli bir tartışma konusudur. Türkiye'nin Libya ve Suriye müdahaleleri ise davetle müdahale doktrini ve meşru müdafaa hakkının karşılaştırmalı olarak ele alınabileceği müstesna örneklerdendir. Bu çalışma da Türkiye'nin davete değil müdafaa hakkına dayanan Suriye müdahaleleri ile davete dayanan Libya müdahalelerini jus ad bellum açısından karşılaştırmalı olarak ele almayı amaçlamaktadır. Söz konusu çalışmada konuya ilişkin mümkün olduğu ölçüde uluslararası hukukun temel kaynakları öncelenerek bir yorum getirilmesi ve Türkiye'nin olası sorumluluğuna ilişkin bir kanaate varılması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: jus ad bellum, meşru müdafaa hakkı, davetle müdahale doktrini, Libya müdahalesi ve Suriye müdahalesi

EXTENDED ABSTRACT

Jus ad bellum is a vitally important concept that determines whether the use of force conforms to international law. This concept guides researchers in determining the legality of an intervention and in this aspect, can be deemed as synonymous with the law of intervention. This concept depends on the delicate balance between Article 51 of the UN Charter, which deals with the right of self-defence, and Article 2/4 of the same Charter, which prohibits the use of force. These articles are crucial sources of jus ad bellum and form the fundamental basis for states' use of force within the contexts of intervention by invitation and the right to self-defence. While the key criterion in the doctrine of intervention by invitation is the boundaries set by the host country, the fundamental conditions for the use of force in self-defence rely on the criteria of "urgency, necessity and propor-

tionality”, which have been recognized as customary rules since the Caroline Incident. In intervention by invitation, it is seen that not only states, but also non-state actors can be invited by host country. On the other side, inviting states in non-international conflicts by a non-state actor under the claim of self-defence is not an adopted practice in international law. Indeed, the legal basis for states that intervened in Syrian territory without Damascus’s invitation is primarily based on the right to self-defence rather than the invitation from Syrian oppositions. In Libya, several states objected to Turkish intervention on the grounds that it was not in accordance with international law despite the fact that the intervention was conducted upon the request of the Government of National Accord of Libya. Most of the objections are stemmed from the argument that the Libyan Government of National Accord is not qualified to issue such an invitation and that Türkiye has no legitimate right respond to it. Furthermore, the nature of the intervention has altered, due to the violation of Turkish essential interests amidst the geopolitical conflicts in the Mediterranean. Therefore, this paper will assess the Turkish intervention by considering the premise that it was an action grounded in collective self-defence for Türkiye and Libya. On the other hand, interventions that are not based on an invitation, but are justified by the right of self-defence, remain a contentious issue in jus ad bellum. Given that Türkiye’s interventions in Syria based on the right to self-defence instead of invitation, it will be vitally important to evaluate these interventions within the context of “necessity, urgency and proportionality” criteria of the right to self-defence. Thus, during our assessments regarding Turkish interventions in Syria, we will consider various factors such as ungoverned territories, the substantial presence and terror attacks of illegal non-state actors as well as the documented and egregious violation of humanitarian law by the Syrian regime. Beyond these factors, Turkish interventions in the north of Syria are primarily justified by mass exodus of migration and the statehood ambitions of illegal non-state actors. However, Turkish interventions in Syria have sparked significant debate within the international community. Criticism has predominantly centered on their proportionality, rather than their necessity and urgency. In a nutshell, Turkish interventions in Libya and

Syria serve as exceptional examples for discussing the comparative aspects of jus ad bellum. Therefore, this article aims to analyze Turkish interventions in Syria, based on the right of self-defence, and its intervention in Libya, relying on the invitation of the Government of National Accord comparatively within the context of jus ad bellum. This article is also to interpret the subject by giving precedence to the main sources of international law as much as possible and to reach a conclusion regarding Türkiye's responsibility as a state.

Keywords: jus ad bellum, self-defence right, intervention by invitation, Libya intervention, Syria intervention

GİRİŞ

Meşru müdafaa hakkı, tarihte haklı savaş öğretisi (just war) kavramıyla iç içe geçmiş bir haktır. Bu hakka başvurma motivasyonları tarih boyunca değişiklik göstermiş ve BM Andlaşması'nın 51. maddesiyle¹ bu hak, kuramsal bir çerçeveye oturtulmuştur.² Ancak değişen düzen ve ihtiyaçlar doğrultusunda güncellenmesi gerektiği düşünülen bu hakkın, devlet dışı aktörlere karşı başvurulacak meşru müdafaa hakkı konusunda bir çıkmazda olduğu görülmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Nikaragua'ya Karşı Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetlere İlişkin Davası'nda da (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua)³ devlet dışı aktörlerin illegal faaliyetlerinin sadece bir devlete atfedilmesi durumunda meşru müdafaa hakkının kullanılabileceği yönünde bir kararı mevcut-

¹ Söz konusu madde şu şekildedir: "Bu Andlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu andlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez", Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, (Erişim: 15.08.2023), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Sayfa_Dokuman/2212020141836bm_01.pdf.

² Anthony C. Arend ve Robert J. Beck, *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, (London: Routledge 1993), 13.

³ Bundan sonra söz konusu davadan Nikaragua Davası olarak bahsedilecektir.

tur.⁴ Ancak DEAŞ'in⁵ yönetilemeyen alanlardan gerçekleştirdiği tehdit ve saldırıları bir devlete isnat etmek zordur ve meşru müdafaa hakkının nasıl yorumlanacağı şeklinde tartışmalara sebebiyet vermektedir. Her ne kadar Türkiye'nin Libya müdahalesinde bu tarz bir eleştirinin gelmediği görülsede Suriye müdahalelerinde bu güncel tartışma örnekleri yaşanmaktadır. Bu nedenle, çalışmada Türkiye'nin meşru müdafaa hakkından söz edilirken dar yorum tekniği kullanılacak ve yaşanan saldırılardan sonra meşru müdafaa hakkına başvurulduğunun altı çizilecektir.

Bununla beraber, hem BM Güvenlik Konseyi hem de ev sahibi devlet saldırgan devlet dışı aktörlere karşı müdahale etmeyebilmektedir. Bundan güç alan saldırgan devlet dışı aktörler diğer devletlere saldırılarda bulunmaktadır. Bu durum karşısında, mağdur devletin meşru müdafaa hakkına başvurusu, kuvvet kullanım ihlali olarak değerlendirilmeyebilmektedir. Ancak bu kuvvet kullanımına meşru müdafaa hakkının aciliyet, gereklilik ve orantılılık şartlarına uygun bir şekilde başvurulması önemli görünmektedir. Diğer taraftan, aciliyet ve gereklilik şartlarını karşılarsa da orantılılık şartını karşılamayan kuvvet kullanımı "zararla karşılık" olarak değerlendirilecektir.⁶ Gereğinden fazla kuvvet kullanımını içeren ve çoğunlukla insancıl hukuka aykırı eylemlerle neticelenen bu meşru müdafaa hakkının, zararlar karşılığa dönme riski bulunmaktadır. Zararla karşılık ise uluslararası hukukta yasaklanan bir eylemdir. Ancak bu standartlara uygun bir şekilde icra edilecek meşru müdafaa eylemi, 51. maddede de işaret edildiği üzere BM Güvenlik Konseyi kendisinden beklenen gerekli önlemleri alana kadar devam edecektir. Çünkü topraklarında egemenlik hakkını kullanamayan ve illegal devlet dışı aktörlerin sığınağı haline gelen aciz devletin vermeyi reddettiği rıza karşısında, mağdur devletin BM Güvenlik Konseyi'ne başvurmaktan başka çaresi yoktur. Fakat bu sefer de konuyu sadece BM Güvenlik Konseyi'nin inisiyatifine

⁴ International Court of Justice, "Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)", Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, para. 195.

⁵ "İŞİD, İD, ISIL, ISIS, IS, DAİŞ, Daesh, Daesh, Da'esh" gibi farklı isimlerle anılan bu örgüt için bu çalışmada DEAŞ ismi tercih edilecektir.

⁶ Zararla karşılık: Bir devletin hukuka uygun olmayan bir fiiline karşı yine hukuka uygun olmayan bir şekilde mukabele edilmesidir.

birakmak, çözümlü daimî üyelerin çıkarlarına endekslemekte ve adil bir çözümlü bulunmasını zorlaştırmaktadır. Bu durum hali hazırda kolektif güvenlik sisteminin müzminleşen en temel sorunudur. Çalışma da tam olarak bu senaryonun yaşandığı Suriye'deki Türk müdahalelerini jus ad bellum açısından değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

Davetle müdahale doktrini ise uluslararası hukukta uzun süredir tartışılabilen bir doktrin olmuştur. Temel olarak bu doktrine göre devletler, kendi ülkelerinde yaşadığı ihtilaf veya çatışmalar karşısında diğer devletlerden yardım talep edebilmektedir. Literatürde bu daveti o devletin uluslararası alanda temsil eden hükümetinin yapabileceği konusunda bir mutabakat varken, devlet dışı aktörlerin daveti uluslararası hukukta kabul edilen bir uygulama değildir.⁷ Dolayısıyla, BM tarafından tanınan Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti'ni devirmeyi alenen ilan eden ve Libya'nın doğusunda konuşlanan Hafter güçlerinin başka bir devleti Libya'ya daveti söz konusu olmayacağı gibi, Suriye muhalefeti'nin de bir diğer devleti Suriye'ye daveti mümkün olmayacaktır. Bu tarz bir davete mukabele etmek, BM Andlaşması'nın 2/4. ve 2/7. maddesine⁸ aykırı olacaktır. Davetle müdahale doktrininde en kritik mesele hangi tarafın meşru bir şekilde devletleri veya devlet dışı aktörleri ülkesine davet edebileceği konusunda düğümlenmektedir. Bu nedenle Türkiye'nin Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin davetine dayanan Libya müdahalesi ile Suriye devletinin davetine değil, meşru müdafaa hakkına dayanan müdahalesi konu açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Daha çok BM Andlaşması ve kararlarının temel alınarak yorumların yapılacağı bu çalışmada, müdahale hukukunun (jus ad bellum) tartışma yaratan davetle müdahale ve meşru müdafaa hakkı kavramları Türkiye örneği üzerinden karşılaştırmalı olarak değerlendirilecek ve devlet sorumluluğuna ilişkin çıkarımda bulunulacaktır.

⁷ Baransel Mızrak, Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk, (Ankara: Akçağ Yayınları, 2022), 222.

⁸ Söz konusu madde şu şekildedir: "İşbu Andlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu andlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz; ancak, bu ilke VII. Bölümde öngörölmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engelleyemez." Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, (Erişim: 25.01.2024), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf.

Çalışma üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde davetle müdahale doktrini ve meşru müdafaa hakkından bahsedilecek ve karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır. İkinci bölümde de Türkiye'nin Libya ve Suriye'ye gerçekleştirdiği askeri müdahalelerde ortaya koyduğu hukuki gerekçeler ve bunlara yönelik getirilen eleştiriler analiz edilecektir. Üçüncü bölümde ise bahsi geçen iki tartışılmalı kavram ışığında, Türkiye'nin müdahaleleri karışığında devlet olarak sorumluluğunun ne olabileceği değerlendirilecektir.

I. Meşru Müdafaa Hakkı ve Davetle Müdahale Doktrini

Meşru müdafaa hakkı, BM Andlaşması'nın öncesine dayanan tartışmaya açık bir haktır. Özellikle 1832 yılında yaşanan Caroline Olayı⁹ sonrasında ortaya konulan gereklilik, aciliyet ve orantılılık kriterleri bu hakkın hukuki çerçevesinin çizilmesinde önemli bir rol oynamış ve bu kriterler o günden bu yana uluslararası toplum tarafından teamül kuralı olarak benimsenmiştir. BM düzeni de bu hakkın gelişimine önemli bir katkı sağlamıştır. BM Andlaşması'nın 51. maddesi'nde ifadesini bulan meşru müdafaa hakkına, ancak kuvvet kullanma yasağından bahseden 2/4. maddenin¹⁰ çizdiği sınırlar dairesinde başvuru-
labileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla kuvvet kullanımının uluslara-

⁹ Caroline isimli ABD bandıralı geminin İngiliz güçleri tarafından ele geçirilmesi, mürettebatının öldürülmesi ve geminin yakılarak Niagara Şelalesi'nden aşağı atılmasıyla ortaya çıkan krizdir. Bu olay, meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin önemli bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu olayda İngiliz tarafı kendisini meşru müdafaa hakkıyla savunmuştur. Ancak dönemin ABD Dışişleri Bakanı Daniel Webster, İngiliz Özel Müzakereci Lord Ashburton'a yazdığı notada meşru müdafaanın ancak durumun ivedi, başa çıkılmaz ve başka seçenek bırakmayacak derecede olduğu zaman başvurulabileceğini belirtmiş ve bu savını İngiliz tarafına benimsetmiştir. O günden bu yana bu kriterler uluslararası toplum tarafından teamül kuralı olarak kabul edilmektedir. The Caroline Case, The Avalon Project, Documents in Law, History and Diplomacy, (Erişim: 15.08.2023), http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#ash1.

¹⁰ BM 2/4. maddesi şu şekildedir: "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar." Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, (Erişim: 15.08.2023), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf.

rası hukuka uygunluğunu tartışmaya açan jus ad bellum kavramı açısından değerlendirildiğinde bu iki maddenin öngördüğü hususlar arasındaki dengeye dikkat etmek önemlidir.

Meşru müdafaa hakkının BM Andlaşması'nın 51. maddesiyle hukuki çerçevesi çizilse de sınır ve uygulamaları konusunda uzun zamandır tartışmalar devam etmektedir. 51. madde'den meşru müdafaa hakkına sadece devletlerden saldırı gelmesi durumunda başvurulabileceği yorumu çıkarılsa da ABD'ye karşı gerçekleştirilen 11 Eylül saldırılarından sonra uluslararası toplumun terör örgütlerine karşı da meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi yönündeki temayülü güçlenmiştir.¹¹ Fakat bu hakkın nasıl ve nerede kullanılabilmesi konusu muğlaklığını korumaktadır.¹² Her halükarda, devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkına başvurma gereği doğarsa, 2/4. madde'ye uygun bir şekilde bu hakka başvurulması gerekmektedir.¹³ Ayrıca kuvvet kullanımını içeren bir hak söz konusu olduğundan, meşru müdafaa hakkına aciliyet, gereklilik ve orantılılık kriterlerine uygun şekilde ve son çare olarak başvurulması gerekmektedir.

Meşru müdafaa hakkı ile ilintili olarak "Zaruriyet Doktrini" de değinilebilecek önemli bir doktrindir. Bu doktrin Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Taslağı'nın 25. maddesinde belirli bir çerçeveye oturtulmaya çalışılmıştır.¹⁴ Bu doktrine göre kuvvet kullan-

¹¹ S/RES/1368 (2001), (Erişim tarihi: 22.01.2024), UN Security Council, 12 September 2001, <https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/sc1368.pdf>.

¹² Gareth D. Williams, Piercing The Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test, *The University of New South Wales Law Journal*, 36, 2, (2013): 619-641.

¹³ BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen 24 Ekim 1970 tarihli ve 2625 sayılı 'Dostça İlişkiler' bildirisinde üye devletlerin topraklarında terör örgütlerini barındırmaması ve diğer ülkelere saldırıda bulunmak üzere topraklarını kullanmaması gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, (Erişim tarihi: 22.01.2024), <https://digitallibrary.un.org/record/202170>.

¹⁴ Mevzubahis madde şu şekildedir:

1. "Eylem aşağıdaki gibi olmadıkça uluslararası bir yükümlükle uyumlu olmayan bir eylemin yanlışlığını ortadan kaldırmak için bir devlet tarafından gerekçe olarak ileri sürülemez. (a) Eylem bir devlet için ağır ve yakın bir tehlikeye karşı temel bir çıkarı korumada tek yol ise ve (b) Kendilerine karşı yükümlülüğün bulunduğu Devlet veya Devletlerin ya da bir bütün olarak uluslararası toplumun bir temel çıkarını ciddi olarak zedeliyorsa.

maktan kaynaklanan sorumluluğun çeşitli nedenlerle ortadan kalkması söz konusudur. Bu nedenler arasında devlet onayı, karşı önlemler, zorlayıcı neden, acz ve zaruriyet (gereklilik) gibi faktörler bulunmaktadır. Dolayısıyla bu tür zaruriyet durumlarında ev sahibi devlet nezdinde kuvvet kullanmadan önce tüm çarelerin tüketilmesi ve kuvvet kullanımının orantılı şekilde gerçekleştirilmesi önemli görünmektedir. Ev sahibi devletin egemenlik itirazı, elle tutulur ve inandırıcı kanıtlara sahip mağdur devletin önlemler almasını engellemeyecektir.¹⁵ Bu gerekçeyle Suriye'de yönetilemeyen alanlarla ilgili ev sahibi devlet ile iş birliği imkânlarının tüketilmesi/mümkün olmaması ve saldırıların süreklilik arz etmesi halinde bahsi geçen kriterlere uygun olarak zaruriyet haline başvurulmasında bir sakınca olmayacağı düşünülmektedir.

Saldırgan devlet dışı aktörlere destek olan ve yönlendiren bir devletin olması halinde ise destekçi devletin mağdur devlete karşı hukuki sorumluluğu oluşacaktır. Nitekim bu konu Nikaragua Davasında da gündeme gelmiş ve UAD, saldırgan devlet dışı aktörlere destek sağlayan devletlerin bu aktörler üzerindeki kontrolüne göre hukuken sorumluluğun izafe edilebileceğine hükmetmiştir.¹⁶ Yine bu kapsamda ABD'nin Nikaragua'daki isyancılara sağladığı lojistik desteği UAD, BM Andlaşması'nın 2/4. maddesine aykırı olarak değerlendirilmiştir.¹⁷ BM Genel Kurulu'nun "Saldırı'nın (Tecavüzün) Tanımı" başlıklı 3314 sayılı kararı da bu anlamda yol göstericidir. Mezkûr kararın 3(g). maddesi'nde BM Andlaşması'nın 2/4. maddesine göre saldırı suçu olarak değerlendirilebilecek eylemlere devlet dışı aktörlerin karışması durumunda bu devlet dışı aktörlere destek olan devletlerin

2. Her halükârda gereklilik, yanlışlığı ortadan kaldırmada bir gerekçe olarak bir devlet tarafından ileri sürülemez eğer: (a) Söz konusu uluslararası yükümlülük gerekliliğin öne sürülmesi olasılığını dışlıyorsa veya (b) Devlet gereklilik durumuna katkı yapmış ise." Bkz. Hakan Hakkı Erkiner, Tercüme - "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri", Responsibility of States - Responsabilité de l'État, Academia, (Erişim tarihi: 02.4.2023), <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.

¹⁵ Mızrak, Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk, 41.

¹⁶ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports (1986), para.102-114.

¹⁷ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports (1986), para.106.

saldırı suçu işlemiş olacağı ifade edilmektedir. 2/4. madde'nin bir nevi resmi yorumu olarak değerlendirilebilecek bu karar, terör örgütleri başta olmak üzere devlet dışı aktörlerin diğer devletlerin egemenliğini ve güvenliğini tehlikeye düşürecek faaliyetlerine destek olunmaması gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁸ ABD tarafından Suriye'de devletleşme çabası içerisinde olan PKK/YPG'ye sağladığı desteği de bu kapsamda ele almak doğru görünmektedir. Bu örgüte sağlanan destek, Türkiye'nin Suriye'nin kuzeyine gerçekleştirdiği askeri operasyonların temel sebeplerinden birisini oluşturmuştur. Her ne kadar PKK ve YPG ayrımı yapılsa da ABD resmi kanalları YPG'nin terör örgütü PKK'nın Suriye kolu olduğunu açık bir şekilde bildirmektedir. Bu sebeple, söz konusu desteğin gerçekleştirilecek müdahalelerin aciliyetini ve gerekliliğini artırdığı ve ABD'nin Türkiye'ye karşı BM Andlaşması'nın 2/4. maddesini ihlal ettiği söylenebilir.¹⁹ Hatta Nikaragua'da sağlanan desteğe göre Suriye'de verilen ABD desteği, daha açık ve saklamaya beis görülmezsizin sağlanmıştır. Dolayısıyla Nikaragua'daki duruma göre daha ağır bir ihlalin olduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak 8. maddesi'nde bir grup kişinin yaptığı eylemlerin bir devletin emri ve kontrolü altında yapılması halinde o devletin sorumlu olacağı ifade edilmektedir.²⁰ Diğer taraftan, devletin kendi topraklarından gerçekleştirilen saldırılarla ilgisi olmaması halinde mağdur devletin saldırıları engellemesi için ev sahibi devletinden söz konusu saldırıları engellemesini isteyebilir veya mağdur devletin müteceviz devlet dışı aktörlere karşı müdahalesine rıza gösterebilir. Ancak aciz veya isteksiz ev sahibi devlet, kendi topraklarında barınan devlet dışı aktörlerin saldırılarına rağmen mağdur devletin meşru müdafaa hakkına başvurmasını reddederse veya mağdur devletin operasyon yapamayacağı kararını alırsa kendi

¹⁸ Saldırının (Tecavüzün) Tanımı : Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3314 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Karar, (Erişim tarihi: 25.01.2024), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095336bm_31.pdf

¹⁹ Mızrak, Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk, 265-293.

²⁰ Erkiner, Tercüme - "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri", Responsibility of States - Responsabilité de l'État, Academia, (Erişim tarihi: 02.4.2023), <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.

topraklarından kaynaklanacak saldırılar karşısında sorumluluğu da üstlenmiş olacaktır.²¹ Olası bir saldırı durumunda, mağdur devlet sadece saldırgan devlet dışı aktöre karşı değil aynı zamanda bu aktörün saldırılarını kolaylaştıran veya yardım eden ev sahibi devletine karşı da meşru müdafaa hakkına başvuracaktır.

Davetle müdahale doktrini ise BM Andlaşması öncesine dayanan ve devlet uygulamaları neticesinde teamül kuralına dönüşen bir doktrindir.²² Bu doktrin sıklıkla bir devletin ülkesinde bir iç karışıklık vuku bulması üzerine diğer devleti/devletleri veya tartışmalı bir şekilde devlet dışı aktörü davet etmesiyle uygulanmaktadır. Rızaya dayanması hasebiyle BM Andlaşması'nın 2/4. maddesinde belirtilen kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bununla beraber, devletlerin daveti söz konusu iken devlet dışı aktörlerin de davette bulunup bulunamayacağı tartışma yaratmaktadır. Ancak devlet dışı aktörün çatışma yaşadığı hükümete karşı başka devleti davet etmesi benimsenen bir uygulama değildir ve o devletin egemenliğine aykırı bir fiil olarak değerlendirilmektedir.²³ Davetle müdahalede karışmayı yasallaştıran ev sahibi devletin çizdiği sınırlar dâhilinde hareket edilmesidir. *Volenti non fit injuria* (rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır) ilkesi gereği ev sahibi ülkenin, rıza gösterdiği sınırlar dâhilinde zarar gördüğünü iddia etmesi haliyle söz konusu olmayacaktır.²⁴ Çizilen sınırların dışına çıkılması ise gerçekleştirilen müdahalenin saldırganlık olarak değerlendirilmesine neden olacaktır.²⁵ 1999

²¹ Williams, *Piercing The Shield of Sovereignty: An Assesment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test*, 628.

²² Mızrak, *Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk*, 218.

²³ George Nolte, "Intervention by Invitation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2010, (Erişim: 15.08.2023), <https://shorturl.at/dgk36>.

²⁴ Gökhan Albayrak, "Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale: Mali Örneği", Erişim Tarihi: 22.01.2024, https://acm.klu.edu.tr/dosyalar/birimler/acm/dosyalar/dosya_ve_belgeler/24407633.pdf.

²⁵ BM'nin "Saldırı'nın Tanımı" konusunda aldığı kararın 3(e). maddesi bu konuda kanaate varmak için yol göstericidir. Söz konusu maddede "Bir Devletin başka bir Devlette sonuncusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürmesi" saldırı kapsamında ele alınmıştır. Saldırı'nın (Tecavüzün) Tanımı: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3814 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Kararı, (Erişim: 15.08.2023), <https://shorturl.at/grtx6>.

yılında UAD tarafından karara bağlanan “Kongo Topraklarındaki Silahlı Faaliyetler Davası” bu konunun hukuki mahiyetiyle ilgili önemli detaylar içermektedir. Bu davada Kongo Demokratik Cumhuriyeti’nin (KDC) Uganda’ya ülkesindeki devlet dışı aktörlere karşı önlem alması için verdiği rızayı geri çekmesiyle beraber mahkeme Uganda’nın devam eden askeri faaliyetlerini KDC’nin egemenliği ve toprak bütünlüğüne aykırı olarak değerlendirmiştir.²⁶

Davetle müdahale konusunda tartışılan bir diğer husus ise tam teşekküllü (full-fledged) bir iç savaşın yaşandığı devletlerin davetine cevap verip verilemeyeceğidir. Suriye örneğinde görüldüğü üzere tam teşekküllü bir iç savaş halinde devletlerin tarafsız kalması gerektiği ve barışçıl halk hareketlerinin olduğu yerlerde silahlı bir müdahalede bulunulamayacağı belirtilmektedir. Aksi takdirde bunun uluslararası hukukun temel ilkesi olan “self-determinasyon” hakkına aykırı olacağı öne sürülmektedir.²⁷ Diğer taraftan da devlet egemenliğinin öncelikli olarak dikkate alınması gerektiği öne sürülerek tam teşekküllü iç savaş halinde devletlere destek verilmeyeceği iddiasının devlet uygulamasında yerinin olmadığı ifade edilmektedir. Hangi devlet dışı aktörün gerçekten halk adına savaştığını belirlemenin zor olduğu dikkate alınırsa uluslararası hukuka göre merkezi hükümetin dikkate alınmasının daha uygun olabileceği vurgulanmaktadır.²⁸ Ancak yine de merkezi hükümetin kendi halkına karşı insancıl hukuku ihlal edeceğini bilerek ve isteyerek destek vermenin de mümkün olmayacağı belirtilmelidir. Nitekim Cenevre Sözleşmeleri’nin ortak 1. maddesi gereği devletler insancıl hukuku uygulamak ve uygulatmakla mükel-

²⁶ UAD, Uganda’ya Kongo Demokratik Cumhuriyeti tarafından verilen rızanın çekilmesi sonucunda Uganda’nın askeri faaliyetleri kuvvet kullanım yasağının (BM 2/4. Madde) ve iç işlerine karışmazlık ilkesinin (BM 2/7. Madde) ihlali olduğuna işaret etmiştir. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports, 2005, p. 92-104.

²⁷ Christopher J. Le Mon, “Unilateral Intervention by Invitation In Civil Wars: The Effective Control Test Tested”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 35, (2003): 741-793.

²⁸ Raphael Van Steenberghe, “The Alleged Prohibition on Intervening in Civil Wars Is Still Alive after the Airstrikes against Islamic State in Iraq: A Response to Dapo Akande and Zachary Vermeer”, *Ejil:Talks!*, (Erişim tarihi: 02.09.2023), www.ejiltalk.org/the-alleged-prohibition-on-intervening-in-civil-wars-is-still-alive-after-the-airstrikes-against-islamic-state-in-iraq-a-response-to-dapo-akande-and-zachary-vermeer/.

leftir.²⁹ Aynı şekilde İnsanlığa Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına ilişkin Taslak 23. maddesi'ne (Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity) göre de insancıl hukukun ihlali buyruk kurala (jus cogens) aykırı olarak değerlendirilmektedir.³⁰ Buna ilaveten BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kaleme alınan Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Taslağı'nın (Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts) 16. maddesi gereği de bir devletin haksız fiil koşullarının varlığını bilerek ve isteyerek diğer devlete davetle bile olsa yardım etmesi, uluslararası hukuka uygun değildir. Bu emredici kuralın yükümlülüğünden doğacak ihlallerin meşru olarak tanınmaması ve bu durumun devamına destek verilmemesi yine aynı taslak maddelerinin 40. ve 41. maddelerinde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu nedenle Suriye rejimine insancıl hukuku ihlal edeceğini bilerek destek veren devletlerin söz konusu maddeleri ihlal ettiği sonucuna varmak mümkündür.³¹

Davetle müdahale doktrini ile kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak görülmeyen meşru müdafaa hakkı karşılaştırmalı olarak değerlendirildiğinde ise konunun tartışmalı mahiyeti artmaktadır. Bahsi geçtiği üzere savunma önlemleri çerçevesinde mağdur devlet, bir diğer devleti ülkesine davet edebilmekte ve saldırgan devlet veya devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkına başvurabilmektedir. Ancak devlet dışı aktörler başka bir devleti veya devlet dışı aktörü meşru müdafaa iddiasıyla ülkesine davet edememektedir. Davetle meşru müdafaa hakkında alınabilecek en önemli kıstaslardan birisi de uluslararası insancıl hukuka riayet edilmesidir. İfade edildiği üzere tüm tarafların bu hususa dikkat etmesi olmazsa olmaz (sine qua non) bir kaide olarak değerlendirilmektedir (Cenevre Sözleşmesi Ortak 1. madde).

²⁹ Galatasaray Üniversitesi ve ICRC, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Erişim: 22.08.2023), <https://www.icrc.org/en/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>.

³⁰ United Nations International Law Commission. (2022). Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity. (Erişim tarihi: 02.4.2023), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf.

³¹ Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme - "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri", Responsibility of States - Responsabilité de l'État, Academia, (Erişim tarihi: 02.4.2023), <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.

Diğer taraftan, saldırıya uğrayan bir mağdur devlet, saldırganlıkta bulunan ve bir başka devletin yönetilemeyen alanlarında konuşlanan devlet dışı aktöre karşı meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için egemenlik hakları gereği ev sahibi devletten müsaade alması gerekmektedir. Aksi takdirde bu, BM Andlaşması'nın 2/7. maddesinde ifadesini bulan iç işlerine karışmazlık yasağın yanında kuvvet kullanma yasağından bahseden BM Andlaşması'nın 2/4. maddesine aykırı olacaktır.³² Ev sahibi devlet nezdinde sonuç alınamaması durumunda mağdur devlet, BM Güvenlik Konseyi'nin konuya müdahil olmasını talep edebilir. Ancak siyasi sebeplerle BM Güvenlik Konseyi her zaman ihtiyaç duyulan kararı alamamaktadır. Bu tür bir durumda BM Andlaşması'nın 51. maddesinde ifadesini bulduğu üzere BM Güvenlik Konseyi gerekli önlemleri alana kadar mağdur devletin meşru müdafaa hakkına başvurusu mümkündür. Literatürde de davete dayanmayan ancak gereklilik, aciliyet ve orantılılık kriterlerine uygun bir şekilde başvurulacak olan bu meşru müdafaa hakkı, hukukun ülke dışında uygulanması (extraterritorial law enforcement) olarak nitelendirilmektedir.³³

II. Türkiye'nin Libya ve Suriye Müdahaleleri: Gerekçeler ve Eleştiriler

Davetle müdahale doktrininin konusunu meşru müdafaa hakkı oluştururken meşru müdafaa hakkının konusunu her zaman davetle müdahale doktrini oluşturamayabilmektedir. Türkiye'nin davete değil meşru müdafaa hakkına dayanan Suriye müdahaleleri ile davete dayanan Libya müdahalesi bu anlamda önemli bir örnek teşkil etmektedir. Mevzubahis müdahalelerin gerekçe ve eleştirilerini ise aşağıdaki gibi derlemek mümkün gözükmektedir:

³² BM Genel Kurulu'nun 1965 tarih ve 2131 sayılı Devletlerin İç İşlerine Karışılmanın Yasaklanması ve Bağımsızlık ve Egemenliklerinin Korunması Bildirisi ile 1970 tarihli Devletler Arasında Dostça İlişkiler Bildirisi de bu durumu teyit etmektedir. Bu bildiri hiçbir devletin başka bir egemen devletin işlerine karışmayacağı ve müdahalede bulunamayacağını vurgulamaktadır. A/RES/2131(XX), UN General Assembly, Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, 21 December 1965.

³³ Yoram Dinstein, *War, Agression and Self Defence*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 216.

A. Libya Müdahalesi

Libya'da siyasi çözüm çabalarının sürdüğü bir dönemde Libya'nın doğusunda bulunan isyancı Halife Hafter³⁴ güçleri, 4 Nisan 2019 tarihinde BM tarafından tanınan Ulusal Mutabakat Hükümeti'ne (UMH) yönelik saldırılarda bulunarak Trablus'u ele geçirme girişiminde bulunmuştur. Bu girişimiyle Hafter, BM Güvenlik Konseyi'nin 2259 sayılı kararıyla desteklenmesi gerektiği ifade edilen Libya'nın tek meşru hükümetini ortadan kaldırmayı ve Libya'da kontrolü ele almayı amaçlamıştır.³⁵ Bu gelişmelerin gölgesinde 27 Kasım 2019 tarihinde Türkiye ve UMH arasında "Güvenlik ve Askeri İşbirliği" Mutabakat Muhtırası imzalanmış ve bu muhtıra Türkiye'nin Libya'ya sağlayacağı askeri ve siyasi desteğinin hukuki temelini oluşturmuştur.³⁶ Trablus'u kaybetme tehlikesi yaşadığı bir esnada UMH, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu beş ülkeden acil yardım talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine 2 Ocak 2020 tarihinde TBMM'den alınan tezkereyle Türkiye, UMH'nin davetini kabul etmiş ve gayrimeşru silahlı gruplara karşı talep edilen desteği vermek üzere Türk Silahlı Kuvvetleri'ne gereken yetkiyi vermiştir.³⁷ 2259 sayılı Güvenlik Konseyi kararına uygun olarak Türkiye, UMH'nin Hafter güçleri tarafından gerçekleştirilen saldırı-

³⁴ 79 yaşında olan Halife Hafter, Libya'nın doğusunda bulunan ve Libya Ulusal Ordusu olarak belirtilen milis gücünün başkomutanı olarak tanınmaktadır. Kasım 2021 tarihinde Aralık 2021 Libya Cumhurbaşkanlığı seçimlerine aday olduğunu açıklamıştır. Hafter 2020 yılında BM çerçevesindeki inisiyatiflerin başarısız kaldığını iddia ederek tek taraflı olarak kendisini Libya Devlet Başkanı ilan etmiştir. Hafter'e bağlı milislerin çok sayıda savaş suçu işlediği iddia edilmektedir. Hafter milislerinin komutanlarından olan Mahmud el-Verfell de bu kişilerden birisi olduğu öne sürülmekte olup kendisi hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yakalama kararı çıkarılmıştır. Bu kişi uğradığı suikast sonucu öldürülmüştür. Bkz. Libya'daki savaş suçlusu Verfelli'yi uluslararası baskıları bertaraf etmek için Hafter'in öldürttüğü düşünülüyor, *Anadolu Ajansı*, 25.03.2021, (Erişim tarihi: 02.09.2023), <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/libyadaki-savas-suclusu-verfelli-yi-uluslararasi-baskilari-bertaraf-etmek-icin-hafterin-oldurttu-gu-dusunuluyor/2187979>

³⁵ S/RES/2259 (2015), (Erişim tarihi: 02.05.2023), <https://press.un.org/en/2015/sc12185.doc.htm>.

³⁶ Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of National Accord-State of Libya on Security and Military Cooperation, Resmi Gazete, (Erişim tarihi: 02.5.2023) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>.

³⁷ TBMM Tutanak Dergisi, 41. Birleşim, 2 Ocak 2020, (Erişim tarihi: 02.09.2023) <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b04101h.htm>.

rıları durdurmasına yardım etmiştir. Bu sayede sadece saldırılar durmamış, ateşkes girişimleri ve siyasi sürecin yeniden başlaması için de uygun zemin yaratılmıştır.³⁸ Ancak birtakım devletler gerçekleştirilen müdahalelerin uluslararası hukuka uygun olmadığını iddia etmiştir. Gelen eleştiriler özetle şu şekildedir:

- Türkiye'nin Libya'ya asker yollaması Libya Siyasi Andlaşması'na uygun değildir. Libya Başkanlık Konseyi ve Libya Temsilciler Meclisi'nin onayı alınmamıştır. UMH Türkiye'yi davet etmeye yetkili değildir.³⁹
- Türkiye'nin desteği BM Güvenlik Konseyi'nin 1970 sayılı kararının 9. paragrafında belirtilen silah ambargosu kararına aykırıdır.⁴⁰
- Türkiye'nin Libya'ya asker konuşlandırma kararı iç savaşla uğraşan bu ülkede tehlikeli bir tırmanışa neden olabilir ve istikrarı bozabilir.⁴¹
- Libya'ya yabancı savaşçı getiren Türkiye, bu eylemiyle Libya'nın içişlerine karışmakta ve bölgesel güvenliği tehlikeye sokmaktadır.⁴²

Öncelikle, Türkiye'nin davetle müdahalesinin hukukiliğine yönelik eleştirilerin çoğunlukla Fransa, Mısır, Birleşik Arap Emirlikleri ve Yunanistan'dan geldiği görülmektedir. Ancak Türkiye'nin UMH'ye

³⁸ Libya'nın Siyasi Görünümü, T.C. Dışişleri Bakanlığı, (Erişim tarihi: 11.09.2023), <https://www.mfa.gov.tr/libya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>.

³⁹ Seyfullah Hasar, *Foreign Military Intervention during Civil Wars*, (Leiden & Boston: Brill Nijhoff, 2022), 259.

⁴⁰ Söz konusu itirazlar Mısır tarafından dile getirilmiştir. Bkz. Note Verbale dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/74/628. *Website of the Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea*.

⁴¹ Mısır'ın dile getirdiği itirazların aynısını dile getiren Yunanistan, İsrail ve GKRY tarafından dile getirilmiştir. Greece, Israel and Cyprus call Turkey's planned Libya deployment 'dangerous escalation', *Reuters*, 3 January 2023, (Erişim tarihi: 02.09.2023) <https://www.reuters.com/article/us-libya-security-turkey-reaction-idCAKBN1Z20CI>.

⁴² Arap Ligi de benzer ifadelerle Türkiye'nin müdahalesine karşı çıkmıştır. The Arab League delegitimizes Turkey's intervention in Libya, *Atalayar*, 24 June 2020, (Erişim tarihi: 02.5.2023), <https://www.atalayar.com/en/articulo/politics/arab-league-delegitimizes-turkeys-intervention-libya/20200624105457146318.html>.

desteği daha söz konusu değil iken, Hafter güçlerine bu devletlerin güçlü bir şekilde destek verdiği bilinmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından savaş suçları işlediğine yönelik soruşturmaya konu olan Hafter güçlerine bu ülkelerin verdiği desteğin yeterince sorgulanmadığı görülürken, Türkiye'nin BM tarafından tanınan UMH'ye sağladığı desteğin uluslararası hukuka uygunluğu tartışmaya açılmaktadır.⁴³ 2259 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararıyla Libya'nın tek meşru otoritesi kabul edilen UMH, Hafter güçleri tarafından saldırıya uğradığında, bu devletlerin sessiz kalması da dikkate alınacak bir husus olarak değerlendirilebilir.⁴⁴ Bununla ilgili UMH temsilcisi, BM Güvenlik Konseyi'nde alınan silah ambargosu kararına rağmen Avrupa Birliği'nin (AB) bu kararı sadece denizlerde uygulamaya çalıştığını, karada ve havada bu kararın uygulanamamasından dolayı Hafter güçlerinin kontrol ettiği alanların denetlenmediği ve Hafter'e birçok devlet tarafından gelişmiş silahların sevk edildiğini belirtmiştir. Hafter güçlerinin hava ve karadan almış olduğu silah desteğiyle ilgili BM Güvenlik Konseyi'nin müteaddit kereler uyarıldığını ancak sonuç alınmadığını da hatırlatmıştır. Ayrıca BM'nin ambargo kararını denetleme konusunda 2292 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararının 3. paragrafında açık bir şekilde belirtilmiş olmasına rağmen AB'nin hiçbir şekilde kendileriyle danışma görevini yerine getirmediğini vurgulamıştır.⁴⁵ Buradan Hafter güçlerinin gerçekleştirdiği saldırıların UMH varlığına yönelik esaslı bir tehdit oluşturduğu, BM Güvenlik Konseyi'nin veya diğer tarafların bu saldırılara karşı harekete geçmediği ve saldırılar karşısında UMH ile iş birliği şartını yerine getirmek bir yana savaş suçlusunu olduğu iddia edilen Hafter güçlerine destek verdiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Hafter güçlerine destek sağlayan devletlerin de Libya'ya karşı BM Andlaşması'nı (2/4. madde ve 2/7. madde) ihlal

⁴³ General accused of war crimes courted by west in Libya, *The Guardian*, 25 September 2017, (Erişim tarihi: 02.5.2023), <https://www.theguardian.com/world/2017/sep/25/khalifa-haftar-libyan-general-accused-of-human-rights-abuses>.

⁴⁴ Seyfullah Hasar, "Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Noncompliance with Domestic Law", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/45, (2021): 237-238.

⁴⁵ S/2020/269, Letter dated 1 April 2020 from the Permanent Representative of Libya to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 2 April 2020.

ettiği görülmüştür. Bu cihetle, kendisine tehdit oluşturan Hafter güçlerine karşı UMH'nin Türkiye'nin müdahalesini talep etmesi meşru bir talep olarak değerlendirilmelidir. Nitekim UMH davetiyle Türkiye'nin gerçekleştirdiği müdahalenin devlet uygulamasında ve opinio juris (örf ve adet hukuku kuralı haline gelmesi) noktasında yeterli düzeyde yeri mevcuttur.⁴⁶

Türkiye'nin müdahalesinden sonra Trablus'taki tehlike geçici olarak bertaraf edilse de Hafter güçlerinin tehdit ve saldırıları sonlanmamıştır. Özellikle birtakım devletler, Hafter'e destek sağlamaya devam etmiş ve Libya aleyhine Doğu Akdeniz'de birtakım girişimlerde bulunmaya başlamıştır. Bu durum Türkiye-Libya iş birliği sürecinin daha da güçlenmesine vesile olmuştur. Bu nedenle, davetle müdahale sonrasında Türkiye - UMH arasında gelişen ilişkileri ve andlaşmaları bir bütün olarak ele almak doğru gözükmemektedir. 27 Kasım 2019 tarihinde Türkiye - UMH arasında yapılan "Akdeniz'de Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası" da bu sürecin önemli bir ürünüdür. 5 Aralık 2019 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen ve 7 Aralık 2019 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren bu muhtıra, Libya ve Türkiye'nin Akdeniz'deki karşılıklı olarak deniz alanları konusundaki çıkarlarını koruyan bir muhtıra statüsündedir. Bir diğer muhtıra ise 3 Ekim 2022 tarihinde imzalanan "Türkiye ve Libya Arasında Hidrokarbon Alanında Mutabakat Muhtırası"dır. Bu muhtıra ile hidrokarbon kaynakların aranması ve işletilmesi dâhil olmak üzere bir iş birliği çerçevesi oluşturulmuştur.

Yunanistan ve Mısır ise Türkiye ile Libya arasında imzalanan bu andlaşmaların geçersiz olduğunu iddia ederek UMH'nin bu tarz bir andlaşmayı Türkiye ile imzalama yönündeki yetkisini tartışmaya açmıştır. Hatta daha sonra harekete geçen Yunanistan ve daha az bir deniz alanı elde edecek olmasına rağmen garip bir şekilde Mısır, 6 Ağustos 2020 tarihinde Türkiye ve Libya deniz sınırını dikkate almayan bir sınırlandırma andlaşması imzalamıştır. Ancak ifade edilmelidir ki Türkiye ve Libya arasında imzalanan deniz sınır muhtırasıyla öncesinden Libya ve Türkiye'nin deniz alanlarındaki hak ve çıkarlarının ihlal edil-

⁴⁶ Hasar, Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Noncompliance with Domestic Law, 227.

mesine yönelik girişimlerin önü kesilmiş; deniz alanlarının sınırlandırılması ve doğal kaynakların aranması için hukuki ve siyasi bir çerçeve çizilmiştir. Bu muhtırayla beraber 3 Ekim 2022 tarihinde “Türkiye Cumhuriyeti ve Libya Ulusal Birlik Hükümeti Arasında Hidrokarbon Alanında İşbirliğine Dair Mutabakat Muhtırası” da imzalanmıştır. Bu muhtıraya karşı Yunanistan, Mısır ve AB açıklamalarda bulunmuştur.⁴⁷ Fakat bu muhtırayla iç savaş halinde bulunan Libya'nın bu durumundan istifade edebilecek diğer bazı bölge devletlerinin deniz alanlarında Libya aleyhine hareket etmesinin önüne geçildiği gibi sahip olduğu deniz alanlarındaki haklarının korunması ve istifadesinde önemli bir aşama kaydedilmiştir. Dolayısıyla bu tarafların itirazları sadece bu devletler açısından sonuç doğuracak olup Türkiye ve Libya açısından hukuki bir etkisi bulunmamaktadır. Özellikle Libya Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmaması hasebiyle, Türkiye-Libya arasında imzalanan andlaşmaların kabul edilemeyeceği konusu uluslararası hukuku değil Libya iç hukukunu ilgilendiren bir konudur. İç hukuka uygun olmadığı varsayılsa dahi Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesi gereği iç hukuk düzenlemeleri gerekçe gösterilerek muhtıraların geçersiz sayılmasının söz konusu olamayacağı belirtilmelidir.⁴⁸

Bu arada, Libya Temsilciler Meclisi tarafından onaylanmadığı için Türkiye-Libya arasında imza edilen muhtıraların BM Andlaşması'nın 102. maddesi gereği tescil edilmemesi ve BM Okyanus İşleri ve Deniz Hukuku Dairesi tarafından yayınlanmaması için Yunanistan itiraz etmiştir.⁴⁹ Benzer bir itirazı Mısır da dile getirmiş ve hukuka uygun olarak yapılmadığını iddia ettiği muhtıraların BM tarafından tescil

⁴⁷ Yücel Acer, “Türkiye-Libya Hidrokarbon Mutabakatı – Önemi ve Hukuki Yansımaları”, SETA Perspektif, 346 (2022): 1-2.

⁴⁸ Madde 46 - İç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümleri
1. Bir Devlet, bir andlaşmayla bağlanma rızasının iç hukukunun andlaşma akdetme yetkisiyle ilgili hükümlerini ihlal etmek suretiyle açıklandığı vakasına rızasını geçersiz kılan bir gerekçe olarak başvuramaz, meğerki ihlal aşikâr ve iç hukukunun temel önemi haiz bir kuralı ile ilgili olsun.
2. Bir ihlal, söz konusu meselede normal uygulamaya göre ve iyi niyetle hareket eden herhangi bir Devlet için objektif olarak açık görünüyorsa, aşikârdır. Bkz. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, İnsan Hakları Ortak Platformu Etkiniz AB Programı, (Erişim tarihi: 22.09.2023), https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438.

⁴⁹ A/74/706, Letter dated 14 February 2020 from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, 19 February 2020.

edilmemesi gerektiğini açıklamıştır.⁵⁰ Söz konusu mutabakatların BM tarafından tescil edilmemesi konusunda çağrıda bulunan bir diğer devlet ise Suriye rejimidir. Bu muhtıraların diğer ülkelerin haklarını gasp ettiğini iddia eden Suriye rejimi, BM'nin tescil işlemini yapmaması için çağrıda bulunmuştur.⁵¹ Ancak BM Genel Sekreterliği, yapılan itirazları uygun görmeyerek BM Andlaşması'nın 102. maddesi gereği muhtıraların tescil edilmesine karar vermiştir. Bu da Türkiye-Libya arasında imzalanan muhtıraların hukuken geçersiz olduğuna ilişkin itirazcı devletlerin iddialarını zayıflatmıştır.⁵² Bu antlaşmaların gerçekleştirilmesinde davetle müdahale doktriniyle hukuki altyapısı desteklenen Türk müdahaleleri etkili olmuş ve stratejik olarak iki ülkenin Doğu Akdeniz'de hak ve çıkarları tatmin edilmiştir. Dolayısıyla bu antlaşmalarla Türkiye'nin gerçekleştirdiği müdahale arasında uyum ve meşruiyet ilişkisinin olduğu ifade edilmelidir.

Türkiye'nin Libya'daki müdahalelerine itiraz eden devletlerle olan gerginlik sahaya da yansımıştır. AB, BM kararı çerçevesinde hareket ettiğini iddia ederek Libya'da uygulanan askeri ambargonun denetlenmesi amacıyla IRINI ismiyle bir misyon başlatmıştır. Bu misyon gücü dahilinde hareket eden bir Alman savaş gemisi, 22 Haziran 2020 tarihinde seyir halindeki bir Türk ticaret gemisini durdurarak mürettebatı sorgulamış ve yük konteynerlerini açarak incelemiştir. 2292 sayılı Güvenlik Konseyi kararına dayanan ve ambargoyu delegecek şekilde silah yollandığı şüphesi üzerine hareket eden Alman güçleri, herhangi bir silah bulamamıştır. Türkiye'nin sert tepkisine yol açan bu girişimin, Yunanistan'ın yönlendirmesiyle gerçekleştirildiği anlaşılmış, AB ve Almanya ile gerginliğe sebebiyet vermiştir. Gemi personeline sert davranılarak suçlu muamelesinin yapılması da bu gerginliği artıran sebeplerden birisi olmuştur. Bayrak ülkesi olan Türkiye'nin izni dâhilinde yapılması gerektiği gerçeğini göz ardı eden bu operasyon sonucunda şüphenin doğrulanamaması nedeniyle geminin dur-

⁵⁰ A/74/628, Note verbale dated 23 December 2019 from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General, 24 December 2019.

⁵¹ A/74/831, Letter dated 29 April 2020 from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General, 29 April 2020.

⁵² Yücel Acer. "Türkiye-Libya Deniz Sınırı Andlaşması'nın Birleşmiş Milletler Tarafından Tescilinin Önemi", SETA Perspektif, 298, (2020): 1-5.

durulmasından doğan zararların giderilmesi için Türkiye tarafına tazmin hakkı doğmuştur.⁵³ Almanya ise söz konusu olayda iyi niyetli davrandığını; 4 saat boyunca bayrak devleti olan Türkiye'nin rızasını almaya çalıştığını; Türk makamlarının cevap vermemesini zımni rıza olarak değerlendirdiklerini açıklamıştır. Hatta Türkiye'nin daha sonra aramayı reddetmesi üzerine ise operasyonu durdurduklarını belirtmiştir.⁵⁴ Ancak bu iddialar Türk tarafınca kabul edilmemiştir. Türk Dışişleri Bakanlığı, IRINI operasyonunun 2292 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı gereği UMH'ye istişare yapılması gerektiği kuralına uygun şekilde yürütülmeyen ve Hafter güçlerine yönelik herhangi bir denetlemeyi öngörmeyen tek taraflı bir operasyon olarak değerlendirmiştir.⁵⁵ Dolayısıyla bu operasyonun, UMH davetiyle Türkiye tarafından sağlanan insani ve askeri yardımları engelleme ve Libya'nın illegal devlet dışı aktörlere karşı savunmasını sekteye uğratma amacı taşıdığı görülmektedir. Bu özelliğiyle operasyonun hukuki değil siyasi bir gündeme sahip olduğu söylenebilir. Haliyle IRINI Operasyonu'nun AB'nin tek taraflı ve sadece çıkarlarını korumaya yönelik bir operasyon olduğu ve bu operasyonla birlikte uluslararası hukukun temel ilkesi olan "iyi niyet" ilkesini ihlal edildiği sonucuna varılabilir.⁵⁶

⁵³ Alaeddin Yalçinkaya, "AB'nin Türkiye Gemisine Müdahalesi", Turkish Forum, 2 Aralık 2020, (Erişim Tarihi: 20.02.2024), <https://www.turkishnews.com/tr/content/2020/12/02/abnin-turkiye-gemisine-mudahalesi/>

⁵⁴ Stefan Talmon and Mary Lobo, The intricacies of maritime boundary delimitation: Germany's one-sided response to the Turkey-Libya MoU on delimitation of the maritime jurisdiction areas in the Mediterranean, GPIL – German Practice in International Law, 09 March 2020, (Erişim tarihi: 19.03.2024), <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2020/03/the-intricacies-of-maritime-boundary-delimitation-germanys-one-sided-response-to-the-turkey-libya-mou-on-delimitation-of-the-maritime-jurisdiction-areas-in-the-mediterranean/>.

⁵⁵ SC-115, 23 Kasım 2020, Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un, Türk Bayraklı bir Ticari Geminin Irini Harekâtı Kapsamında Ülkemizin Rızası Olmadan Denetime Tabi Tutulması Hakkındaki Soruya Cevabı, (Erişim tarihi: 08.09.2023), https://www.mfa.gov.tr/sc_-115_--turk-bayrakli-bir-ticari-geminin-irini-harekati-kapsaminda-ulkemizin-rizasi-olmadan-denetime-tabi-tutulmasi-hk-sc-tr.mfa.

⁵⁶ Yücel Acer, "5 Soru: Türk Ticaret Gemisine Müdahale ve Uluslararası Hukuk", SETA, 26 Kasım 2020, (Erişim tarihi: 18.09.2023), <https://www.setav.org/5-soru-turk-ticaret-gemisine-mudahale-ve-uluslararasi-hukuk/>

B. Suriye Müdahaleleri

Türkiye'nin Suriye'deki müdahaleleri ise Libya'daki müdahalenin aksine davetle müdahale kapsamında gerçekleştirilmemiştir. Davetle müdahaleye dayanmayan bu tarz müdahaleler hukuken tartışmaya açık müdahalelerdir. Suriye rejiminin davetine dayanmaması hasebiyle sıklıkla bu müdahalelerin hukuka uygunluğu tartışılmıştır. Türkiye ise resmi olarak müdahalelerini meşru müdafaa hakkına dayandırmaktadır.⁵⁷ Davete değil, meşru müdafaa hakkına dayanan müdahalelere ise son çare olarak başvurulması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, sadece tehdide dayanarak başvurulacak meşru müdafaa hakkı, eğer bu tehdit somut kanıtlara dayanmıyorsa meşruiyeti tartışılmalı hale gelecektir. Ancak Suriye'ye müdahale etme kronolojisi incelendiğinde Türkiye'nin tehdit ve saldırılar akabinde harekete geçtiği görülmektedir. Ayrıca, Suriye'deki isyan sonrasında Suriye rejiminin BM tarafından teyit edilen ağır insancıl hukuk ihlalleri⁵⁸, Türkiye'ye yönelen artan sığınmacı sayısı, Suriye'nin kuzeyinden Türkiye'ye yönelen silahlı saldırı tehdidi ve saldırıları Türkiye'nin gerçekleştirdiği operasyonların temel sebebi olarak gösterilmiştir.⁵⁹

Benzer durumlarla ilgili uluslararası hukukçu Danie Bethlehem, ev sahibi devletinin aciz veya isteksiz olması halinde devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen yakın veya fiili silahlı saldırılara karşı mağdur devletin makul bir şekilde ve mümkün olan etkili araçlarla kendini savunmaya hakkı olduğuna işaret etmektedir.⁶⁰ Dolayısıyla Suriye rejimi ile işbirliği imkânının olmayışı nedeniyle son çare olarak "zaruriyet doktrini"nin işletilmesi söz konusu olmuş ve Türkiye, Suriye topraklarında konuşlanan saldırgan devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa

⁵⁷ S/2019/804, Letter dated 9 October 2019 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 9 October 2019.

⁵⁸ Örneğin bkz. OPCW Releases First Report by Investigation and Identification Team, *OPCW Official Website*, (Erişim tarihi: 09.09.2023) <https://www.opcw.org/media-centre/news/2020/04/opcw-releases-first-report-investigation-and-identification-team>.

⁵⁹ Mızrak, Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk, 358.

⁶⁰ Danie Bethlehem, Principles Relevant to the Scope of a State's right of Self-Defence Against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors, *AJIL* 769, 775-77 (2012): 1-3.

hakkını kullanmıştır. Suriye rejimi ise Türkiye'nin eylemlerini egemenliğine aykırı olarak nitelendirmektedir. Ancak Suriye rejimi ile iş birliği içerisinde Türkiye'nin kontrol ettiği bölgeleri devretmesi tartışmalıdır. Çünkü krizin bir parçası olan Suriye rejimine Türkiye'nin kontrol ettiği bölgeleri teslim etmesi durumunda tekrar yeni bir sığınmacı akınının oluşmamasını ve insancıl hukukun ihlal edilmemesini kimse garanti edemeyecektir. Daha önce de kısaca bahsedilen Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 1. maddesi gereği tüm devletler insancıl hukuku uygulamak ve uygulatmakla mükelleftir. Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Taslağı'nın 16. maddesine göre de bir devletin haksız fiil koşullarının varlığını bilerek ve isteyerek bir tarafla iş birliğine gitmesi uluslararası hukuka uygun bir işlem değildir. Suriye rejimiyle iş birliği ancak bölgedeki sivillerin güvenliğinin garanti edilmesi durumunda söz konusu olabilecektir. Bu da BM Güvenlik Konseyi kararıyla mümkündür. Dolayısıyla konseyin bu kararına kadar Türkiye'nin bu bölgeden doğan saldırı ve tehditlere karşı gereken önlemleri alabilecektir.

Bu süreç içerisinde tercihen uluslararası toplumla beraber, Türkiye'nin Suriye'nin kuzeyinde sosyo-ekonomik kalkınmayı ve beşerî sermayeyi güçlendirecek inisiyatifleri ele alması, gerçekleştirilen müdahalelerin meşruiyetine olumlu etkisi olacaktır. Buna ilişkin Nikaragua Davası'nda alınan kararda UAD'ın bu tür durumlar karşısında alınması gereken insani tedbirlere ilişkin uygunluk görüşü verildiği bilinmektedir.⁶¹ Bu inisiyatifler, BM Güvenlik Konseyi kendisinden beklenen gerekli önlemleri alana kadar geçici ve bölgede istikrarsızlığı sürdürülebilir bir şekilde engelleyecek önlemler olarak addedilebilir. Kısaca alınan bu askeri olmayan önlemleri de meşru müdafaa hakkı çerçevesinde değerlendirmek mümkün görünmektedir.⁶²

Bu arada, Türkiye'nin Suriye egemenliğini ihlal ettiğini açıklayan ve Suriye topraklarını terk etmesini talep eden Suriye rejimi, kendi

⁶¹ UAD'ın Nikaragua Davasında alınan kararın orijinali şu şekildedir: "There can be no doubt that the provision of strictly humanitarian aid to persons or forces in another country, whatever their political affiliations or objectives, cannot be regarded as unlawful intervention, or as in any other way contrary to international law", *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) ICJ Report 1986*, para. 242.

⁶² Murat Aslan, "Yeniden Yapılandırma: Türkiye'nin Suriye'deki Modeli", (Ankara: SETA Rapor 2019), 37-48.

topraklarından kaynaklanan saldırıları kendisinin gerçekleştirmediğini ve sorumlu tutulamayacağını iddia etmesi söz konusu olabilir. Bu durumla alakalı olarak Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri'nin 9. maddesi yol göstericidir.⁶³ Bu maddede devlet dışı aktörlerin diğer devletlere karşı gerçekleştirdiği ihlallerden dolayı ev sahibi ülkenin sorumluluğunun oluşacağı ifade edilmektedir. Her ne kadar uluslararası toplumla ve mağdur devletle tam bir iş birliği içinde olması ev sahibi devletin sorumluluğunu kaldırsa da Suriye rejimi açısından bunun geçerli olamayacağı rahatlıkla söylenebilir.

III. Türkiye'nin Libya ve Suriye Müdahaleleri Karşısındaki Olası Sorumluluğu

Devletlerin sorumluluğuna ilişkin en fazla başvuru temel kaynaklardan birisi de BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan "Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemlerden Dolayı Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeleri"dir.⁶⁴ Uluslararası veya uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda önemli bir başvuru kılavuzu olma özelliğini taşıyan bu taslak maddelerine UAD kararlarında sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla BM Andlaşması'nın yanında Türkiye'nin müdahalelerini bu taslak maddeleri çerçevesinde de ele almak önemli görünmektedir.

Öncelikle uluslararası nitelikte olmayan çatışma kategorisinde değerlendirilebilecek Suriye ve Libya iç savaşlarındaki Türkiye'nin müdahaleleri, devlet dışı aktörlere karşı gerçekleştirilmiştir.⁶⁵ Türki-

⁶³ Söz konusu madde aynen şu şekildedir: "Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şâyet bu kişi ya da grup, resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği hâlinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir." Lütfen bkz. Erkiner, Tercüme - "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri", Responsibility of States - Responsabilité de l'État, Academia, (Erişim tarihi: 02.4.2023), <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.

⁶⁴ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission, (Erişim tarihi: 06.11.207), 2005, http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf

⁶⁵ Fatma Taşdemir, "Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku", (Ankara: Adalet Yayınları, 2009), 5-14.

ye'nin bu iki müdahalesi de çeşitli vehelerle kınanmı veya desteklenmiştir. Ancak, davete dayanmasına rağmen özellikle siyasi gerekçelerle Libya müdahalesi eletirilmitir. Burada Türkiye'nin Libya'da UMH'nin davetine icap etmekle, Libya'daki tüm taraflara ambargoyu ngren BM Güvenlik Konseyi'nin 1970. sayılı kararını ihlal ettiği iddia edilmiştir. BM Güvenlik Konseyi oturumunda UMH temsilcisi bu iddialara cevap vererek Hafter Trablus'a saldırırken ve diğer devletlerden ağır silah desteği alırken neden bu ihlale ilişkin kararın gündeme gelmediğini sorgulamıtır.⁶⁶ Buna ilaveten deniz yoluyla Türkiye'nin ambargoyu ihlal ettiği sıklıkla dile getirilirken kara ve hava yoluyla Hafter'e sağlanan destekle ilgili bir itirazın olmaması da ifte standartlı bir yaklaşım olarak yorumlanmıştır.⁶⁷ Dolayısıyla Trablus'a yönelik Hafter güçlerinin devam eden saldırıları ve kanıtlanabilir insancıl hukuk ihlalleri, uluslararası toplumun her sorumlu yesinin UMH'ye desteğini gerektirmiştir. UMH'nin Libya Bakanlık Konseyi ve Libya Temsilciler Meclisi'nin onayını almaksızın Türkiye'yi davet ettiği ve bu nedenle Libya Siyasi Andlaşması'na uygun davranmadığı iddiası da daha önce de vurgulandığı üzere uluslararası hukukun değil Libya i hukukunun bir meselesidir. İlgili devletlerin bu konuda ısrarcı olarak Libya i hukukuna müdahil olması, BM Andlaşması'nın 2/7 maddesinde ifadesini bulan iilerine karımazlık ilkesine aykırıdır.

Suriye'de ise Türkiye, kendisine yönelen tehdit ve saldırılara karşı Suriye'nin kuzeyine müdahalelerde bulunmuş ve hukuken meşru müdafaa hakkına başvurduğunu açıklamıştır. Suriye'nin kuzeyinde Türkiye'nin devam eden kontrolü, Suriye rejimi tarafından işgal olarak nitelendirilmiştir.⁶⁸ Ancak Türkiye ise bölgedeki insani güvenliğin bozulmasından kaynaklı olarak yaşadığı tehdit ve saldırılar nedeniyle bölgede muhalif gler marifetiyle yürüttüğü kontrolü kendi güvenliği

⁶⁶ S/2020/269, Letter dated 1 April 2020 from the Permanent Representative of Libya to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 2 April 2020.

⁶⁷ Hasar, Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Noncompliance with Domestic Law, 234.

⁶⁸ Foreign Ministry : Turkish regime's aggressive threats pose violation of international law, sovereignty and safety of Syrian territories, SANA, 4 June 2022, (Erişim tarihi: 19.03.2024), <https://sana.sy/en/?p=273614>.

için zaruri görmektedir. 2254 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararının⁶⁹ uygulanmaması veya bölgede insani güvenliğin sağlanarak Türkiye'ye karşı oluşan güvenlik tehditlerinin giderilmemesi, Türkiye'nin muhalif güçlere sağladığı desteğin temel gerekçesini oluşturduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Suriye'nin kuzeyindeki yönetilemeyen alanların ve bu alanlardaki terör örgütlerinin devam eden tehdit ve saldırıları; Türkiye'nin Suriye rejimi ile iş birliği yapmasının imkânsız gözükmesi ve BM Güvenlik Konseyi'nin krizi sonlandıracak önlemleri yeterli düzeyde alamaması Türkiye'nin müdahalelerine giden yolu açmıştır. Jus ad bellum açısından gelen eleştiriler ise müdahalelerin aciliyet ve gerekliliğinden ziyade orantısız olduğu noktasında düğümlenmektedir.⁷⁰ Meşru müdafaa hakkına başvurulduğunda orantısızlık durumu söz konusu olursa bu müdahalenin "zararla karşılık" kapsamında değerlendirilmesine sebebiyet verebilecektir.⁷¹ Ancak Suriye'de muhalif güçler tarafından gerçekleştirilen birtakım yağma olayları dışında Türkiye'nin müdahalelerinin meşruiyetini etkileyecek ağırlıkta (gravity) bir eylemin olmadığı görülmektedir.⁷²

Libya müdahalesi ise Suriye müdahalelerine göre gayet sınırlı bir müdahale olup sadece UMH güçlerine sağlanan askeri ve lojistik des-

⁶⁹ 2254 sayılı karar uluslararası görüşmelerde sıklıkla dile getirilen bir karardır. Mezkûr karar gereği Suriye'de muteber, kapsayıcı ve mezhepçi olmayan bir yönetimin kurulması için anayasa çalışmalarına başlanması, diasporada yaşayan Suriyelilerin de dâhil olacağı bir seçimin gerçekleştirilmesi ve söz konusu seçimin uluslararası şeffaflık ve hesap verilebilirlik kaideleri çerçevesinde icra edilmesinin hedeflendiği vurgulanmıştır. Bkz. S/RES/2254 (2015), UN Security Council, 18 December 2015.

⁷⁰ Stefan Talmon, Difficulties in Assessing the illegality of the Turkish intervention in Syria, GPIL-German Practice in International Law, (Erişim tarihi: 24.01.2024), <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessing-illegality-turkish-intervention-syria/>.

⁷¹ Daha önce kısaca bahsedildiği üzere "Zararla Karşılık" uluslararası hukuka göre yasaklanan eylemlerdir. Nitekim 24 Ekim 1970 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen BM Andlaşması Doğrultusunda Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Konusundaki Bildirgesinde "Devletlerin güç kullanımını içeren misilleme hareketlerinden kaçınma konusunda bir yükümlülükleri vardır." ibaresi de bu durumu teyit etmektedir. Derek Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", The American Journal of International Law, 66, 1, (1972): 1-36.

⁷² ÖSO'dan Afrin'de yağma suçu işleyenlere yaptırım, TRT Haber, 19 Mart 2018, (Erişim tarihi: 12.09.2023), <https://www.trthaber.com/haber/dunya/osodan-afrinde-yagma-sucu-isleyenlere-yaptirim-356083.html>.

teği içermektedir. Libya'da Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından gerçekleştirildiği tespit edilen bir insancıl hukuk ihlali bulunmamaktadır. Meşru hükümetin daveti ile gerçekleştirilen bir müdahale olması sebebiyle Türkiye'nin sorumluluğunun Suriye müdahalelerinde olduğu kadar gündeme gelmeyeceğini ve bu aşamadan sonra daha çok Doğu Akdeniz'de yaşanabilecek deniz alanları konusunda tartışmaların olabileceğini öngörülmektedir. Türkiye'nin UMH ile deniz alanlarına ilişkin imzaladığı andlaşmalar nedeniyle devlet olarak sorumluluğunun oluştuğunu ise iddia etmek güçtür. Nitekim mezkûr andlaşmaların BM Andlaşması'nın 102. maddesi gereği BM Genel Sekreterliği tarafından tescil edilmesi önemli bir gelişmedir. Bu andlaşmaların hukukiliğine ilişkin tartışmalarda, Libya ve Türkiye tarafının elini güçlendiren bir argüman olmuştur.

Sonuç olarak, "gereklilik" ve "aciliyet" kriterleri yönüyle incelendiğinde konusu meşru müdafaa olan her iki müdahalede de gerçekleşen saldırı ve devam eden tehditler, Türkiye'nin argümanlarını güçlü kılmaktadır. Eleştirilerin daha çok "orantılılık" kriteri üzerine yoğunlaştığı ve yoğunlaşacağını öngörmek zor değildir. Suriye'de "orantılılık" kriteri açısından vurgulanan husus, meşru müdafaa hakkı kapsamında başvuru güç kullanımında aşırıya kaçılması ve bunun neticesinde uluslararası insancıl hukukun ihlal edilmesidir. Aynı şekilde, UMH davetiyle verilen gerçekleştirilen Türk müdahalesinin Libya Siyasi Antlaşması'na uygun olmadığı, ülkedeki istikrarı tehdit ettiği ve uluslararası insancıl hukukun ihlal edilmesine neden olduğu öne sürülmektedir. Muhakkak Türkiye'nin devlet olarak sorumluluğuna ilişkin ifade edilen bu eleştiriler, bölgedeki siyasi atmosfere ve dengelere bağlı olarak değişecektir. Ancak uluslararası hukukun mevcut (lax lata) düzenleme ve kaynaklarına göre, Türkiye'nin sorumluluğunu oluşturacak ağırlıkta (gravity) bir fiilin bulunmadığı ifade edilmelidir.

SONUÇ

Türkiye'nin Suriye ve Libya'da gerçekleştirdiği müdahalelerin konusunu devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa hakkı oluşturmaktadır. Çalışmada bu iki müdahalenin de meşru müdafaa hakkının "gereklilik, aciliyet ve orantılılık" şartlarına uygun bir şekilde icra

edilmesi gerektiği ifade edilerek orantısız olabilecek eylemlerin uluslararası hukukta yasaklanan “zararla karşılık” kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır. Bahsi geçen bu orantısız müdahaleler ise genellikle insancıl hukukun ihlaliyle sonuçlanan eylemlerdir. Libya’dan ziyade Türkiye’nin Suriye’de gerçekleştirdiği müdahalelerde insancıl hukukun ihlal edildiğine ilişkin eleştirilerin sıklıkla yapıldığı görülmüştür. Ancak konuya dair BM raporları incelendiğinde ağırlık (gravity) açısından Türk müdahalelerinin meşruyetine etki edebilecek bir vaka tespit edilememiştir.

Çalışmada, BM Güvenlik Konseyi’nin Suriye krizinin çözümüne ilişkin karar alamadığı ve Türkiye’nin krizin parçası olan Şam yönetimiyle kontrol altına alınan yerlerle ilgili iş birliğine girmesinin sakıncalı olabileceği belirtilmiştir. Bu sakınca ise Cenevre Sözleşmelerinin ortak 1. maddesi ve Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Taslağı’nın 16. maddesi örneklerine dayanılarak savunulmuştur. Bu cihetle, mevzu bahis düzenlemeler gereği uluslararası insancıl hukuku ağır bir şekilde ihlal ettiği kanıtlanan Şam yönetimiyle Suriye’nin kuzeyinde insani güvenliğin garanti edilmeden iş birliğinin mümkün olmayacağı sonucuna varılmıştır. Ayrıca çalışmada, BM Güvenlik Konseyi’nin 2254 sayılı kararında Suriye’de kapsayıcı bir serbest seçim yapılmasının ve BM çatısı altında krizin çözümüne yönelik girişimlerin önemine işaret edilerek konunun çözümündeki adres olarak BM Güvenlik Konseyi gösterilmiştir. Siyasi sebeplerle BM Güvenlik Konseyi’nin karar alamamasının Türkiye’nin meşru müdafaa hakkına başvurmasına hanel getirmeyeceği ve BM Andlaşması’nın 51. maddesi’nde ifadesini bulan “Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek” ibaresi gereği Türkiye’nin müdahalelerini orantılı bir şekilde devam ettirebileceği kanaatine varılmıştır. Ayrıca, Türkiye’ye yönelik sığınmacı akını ve güvenlik tehditlerinin neden olduğu sorunlar da dikkate alındığında bölgedeki insani güvenliğin sağlanması ve terör tehditlerinin engellenmesi için “zaruriyet doktrini” gereği müdahalelerin devam edebileceği değerlendirilmiştir.

Libya müdahalesinde ise Türkiye’nin insancıl hukuku ihlal ettiğine dair kanıtlayıcı bir bulgunun olmadığı görülmüştür. Türkiye’nin Libya müdahalesi, başka devletlerin güçlü desteğiyle saldırılar başlatan Hafter güçlerine karşı var oluş mücadelesi veren UMH’nin meşru mü-

dafaasına destek olunması amacıyla yürütülmüştür. Söz konusu müdahale Libya'da uluslararası toplum tarafından tanınan hükümete yönelik saldırıları engellemeyi ve Libya'nın özellikle deniz alanlarına yönelik gerçekleştirdiği andlaşmalarla bölgedeki çıkarlarını korumayı amaçlamıştır. Bununla beraber çalışmada UMH'nin Türkiye'yi davet etmeye hukuken yetkili olmadığı iddiasının geçerli bir iddia olmadığı ve bunun Libya iç hukukun bir konusu olduğu vurgulanmıştır. İç hukukun gerekçe gösterilerek muhtıraların geçersiz olduğu iddiasında olursa dahi Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesi gereği iç hukuk düzenlemeleri gerekçe gösterilerek Türk hükümeti-UMH arasında imzalanan muhtıraların geçersiz sayılmasının söz konusu olamayacağı bildirilmiştir. Diğer devletlerin bunu uluslararası hukukun konusu haline getirmesinin mümkün olmayacağı ve bu devletlerin ısrarı durumunda Libya'ya karşı BM Andlaşması'nın 2/7. maddesine aykırı davranmış olacağı neticesine varılmıştır.⁷³ Çalışmada Türkiye'nin Libya'da gerçekleştirdiği askeri müdahalelerle bu andlaşmalar arasında organik bir bağın bulunduğu kanaatiyle hareket edilmiştir.

Bununla beraber, Hafter güçlerinin UMH'yi ortadan kaldırma amacını açık bir şekilde dile getirmesi ve bazı devletlerin bu güçlere alenen destek sağlaması *ipso facto* olarak bu devletlerin Libya'ya karşı kuvvet kullanım yasağını ihlal etmesine sebebiyet vermiştir. Tüm bunlar Türkiye'nin BM tarafından meşru hükümet olarak tayin edilen ve zor durumda kalan UMH'ye desteğini zaruri kılmıştır. Çalışmada, BM Andlaşması'nın 102. maddesi çerçevesinde müdahalelerin hukuki çerçevesini oluşturan andlaşmaların BM Genel Sekreterliği tarafından tescil edilmesi de Türkiye ve Libya'nın hukuki anlamda elini kuvvetlendiren gelişmeler olarak değerlendirilmiştir. BM Güvenlik Konseyi'nin Libya'da uygulanmasını öngördüğü ambargo kararına Türkiye'nin uygun davranmadığı eleştirilerin ise daha çok Hafter güçlerine

⁷³ Bununla ilgili BM Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kaleme alınan Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Taslağı'nın 3. maddesi şu şekildedir: "Devletin bir fiilinin, uluslararası nitelikte bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, uluslararası hukuktan ileri gelir. Böyle bir nitelendirme, aynı fiilin iç hukukta, hukuka uygun olarak nitelendirilmesinden etkilenmez." Bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme- "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri", Responsibility of States - Responsabilité de l'État, (Erişim tarihi: 22.09.2023) <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.

destek sağlayan devletlerden geldiği ve bu eleştirilerin hukukiliğinden ziyade siyasi bir özellik taşıdığına işaret edilmiştir. Bununla birlikte çalışmada, Türkiye desteği söz konusu değil iken ambargo kararına en başından itibaren bu devletlerin uygun davranmadığı ve bu kararı çıkarlarına uygun şekilde yorumlayarak sadece denizde ambargo kararının denetlenmesinde ısrar ettiği vurgulanmıştır. Bu devletlerin hava ve karadan açık bir şekilde Hafter güçlerine destek verdiği ve bu desteğin denetlemediği de vurgulanmıştır. Ayrıca denizlerde ambargo kararını uygulama amacı güttüğünü söyleyen söz konusu devletlerin, BM Güvenlik Konseyi'nin 2259 sayılı karar gereği saldırıya uğrayan UMH ile iş birliği görevini yerine getirmediği ve hatta saldırgan unsurlara destek olduğu ifade edilmiştir. Bu devletlerin BM kararına uygun hareket etmemesi ve UMH'ye Hafter güçlerinin saldırması, Türkiye'nin gerçekleştirdiği müdahalenin meşru bir zemine kavuşmasını sağlamıştır. Nitekim bu müdahalenin olumlu bir etkisinin olduğu açık bir şekilde görülmüş ve müdahale neticesinde taraflar tekrar müzakere masasına oturmuştur. Netice olarak çalışmada, Türkiye'nin davetle gerçekleştirdiği bu müdahalenin jus ad bellum kapsamında öngörülen 51. madde ve 2/4. madde arasındaki hassas dengeyi gözetilerek yapıldığı sonucuna varılmıştır.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- A/74/628, Note verbale from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General, (23 December 2019), <https://digitallibrary.un.org/record/3841139>.
- A/74/706, Letter from the Permanent Representative of Greece to the United Nations addressed to the Secretary-General, (14 February 2020), <https://digitallibrary.un.org/record/3853066>.
- A/74/831, Letter from the Permanent Representative of the Syrian Arab Republic to the United Nations addressed to the Secretary-General, (29 April 2020), <https://digitallibrary.un.org/record/3862113>.
- A/RES/2131(XX), UN General Assembly, Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty, (21 December 1965), https://legal.un.org/avl/ha/ga_2131-xx/ga_2131-xx.html.
- Acer, Yücel. "5 Soru: Türk Ticaret Gemisine Müdahale ve Uluslararası Hukuk". SETA, 26 Kasım 2020. (Erişim tarihi: 18.09.2023). <https://www.setav.org/5-soru-turk-ticaret-gemisine-mudahale-ve-uluslararasi-hukuk/>.
- Acer, Yücel. "Türkiye-Libya Deniz Sınırı Antlaşması'nın Birleşmiş Milletler Tarafından Tescilinin Önemi", SETA Perspektif, 298, (2020): 1-5.
- Acer, Yücel. "Türkiye-Libya Hidrokarbon Mutabakatı – Önemi ve Hukuki Yansımaları", SETA Perspektif, 346, (Ekim 2022): 1-2.
- Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı, (Erişim: 25.01.2024), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf.
- Albayrak, G. (2013). Uluslararası Hukukta Davetle Müdahale: Mali Örneği, (Erişim Tarihi: 2.01.2024), http://acm.klu.edu.tr/dosyalar/birimler/acm/dosyalar/dosya_ve_belgeler/24407633.pdf.
- Arend Anthony C. ve Robert J. Beck. International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm, London: Routledge 1993. 13.

- Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005, p 92-104. <https://www.icj-cij.org/case/116>.
- Aslan, Murat. "Yeniden Yapılandırma: Türkiye'nin Suriye'deki Modeli", SETA Rapor, Ankara, (2019): 37-48.
- Atalayar, "The Arab League delegitimizes Turkey's intervention in Libya" 24 June 2020, (Erişim tarihi: 02.5.2023), <https://www.atalayar.com/en/articulo/politics/arab-league-delegitimizes-turkeys-intervention-libya/20200624105457146318.html>.
- Bethlehem, Daniel. "Principles Relevant to the Scope of a State's right of Self-Defence Against an Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors, AJIL! 769, 775-77 (2012): 1-3.
- Bowett, Derek. "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", The American Journal of International Law, 66, 1, (1972): 1-36.
- Commission, (Erişim tarihi: 06.11.207), 2005, [http:// legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf).
- Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (Erişim tarihi: 22.01.2024), <https://digitallibrary.un.org/record/202170>
- Dinstein, Yoram. War, Aggression and Self Defence, Cambridge: Cambridge University Press. 2003.
- Erkiner, Hakkı Hakan, "Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri" Responsibility of States - Responsabilité de l'État, (Erişim tarihi: 02.4.2023), <https://marmara.academia.edu/Hakk%C4%B1HakanErkiner>.
- Foreign Ministry: Turkish regime's aggressive threats pose violation of international law, sovereignty and safety of Syrian territories, SANA, 4 June 2022, (Erişim tarihi: 19.03.2024), <https://sana.sy/en/?p=273614>.
- Galatasaray Üniversitesi ve ICRC, 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, (Erişim: 22.08.2023), <https://www.icrc.org/en/download/.../sozlesmeleri-protokolleri-conventions-protocols.pdf>.

- Hasar, Seyfullah. "Turkish Intervention by Invitation in Libya: Intervention in Civil Wars, the Violation of Ineffective Arms Embargoes and Noncompliance with Domestic Law", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/45, (2021): 237-238.
- Hasar, Seyfullah. *Foreign Military Intervention during Civil Wars*, Leiden & Boston: Brill Nijhoff, 2022.
- İnsan Hakları Ortak Platformu Etkiniz AB Programı, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, (Erişim tarihi: 22.09.2023) https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=438.
- Libya'nın Siyasi Görünümü, T.C. Dışişleri Bakanlığı, (Erişim tarihi: 11.09.2023) <https://www.mfa.gov.tr/libya-siyasi-gorunumu.tr.mfa>.
- Memorandum of Understanding Between the Government of the Republic of Turkey and the Government of National Accord-State of Libya on Security and Military Cooperation, (26.12.2014), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/12/20191226-3.pdf>.
- Mızrak, Baransel. *Türkiye'nin Irak ve Suriye'deki Müdahaleleri ve Uluslararası Hukuk*, Ankara: Akçağ Yayınları, 2022.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v United States of America) ICJ Report 1986, para. 242.
- Mon, C. Le. "Unilateral Intervention By Invitation In Civil Wars: The Effective Control Test Tested", *New York University Journal of International Law and Politics*, 35, (2003): 741-793.
- Nolte, George. "Intervention by Invitation", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (Erişim: 15.08.2023), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1702>.
- Note Verbale from the Permanent Mission of Egypt to the United Nations addressed to the Secretary-General. A/74/628. Website of the Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea. (23 December 2019).
- OPCW Official Website, OPCW Releases First Report by Investigation and Identification Team, <https://www.opcw.org/media-centre/news/2020/04/opcw-releases-first-report-investigation-and-identification-team>.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law

Reuters, Greece, Israel and Cyprus call Turkey's planned Libya deployment 'dangerous escalation', 3 January 2023, (Erişim tarihi: 02.09.2023) <https://www.reuters.com/article/us-libya-security-turkey-reaction-idCAKBN1Z20CI>.

S/2020/269, Letter dated 1 April 2020 from the Permanent Representative of Libya to the United Nations addressed to the President of the Security Council, (Erişim tarihi: 17.10.2023), <https://digitallibrary.un.org/record/3856400>.

S/RES/1368 (2001), UN Security Council, 12 September 2001, (Erişim tarihi: 22.01.2024), <https://www.ilsa.org/jessup/jessup08/basicmats/sc1368.pdf>.

S/RES/2259, Unanimously Adopting Resolution 2259 (2015), Security Council Welcomes Signing of Libyan Political Agreement on New Government for Strife-Torn Country, (Erişim tarihi: 11.09.2023), <https://press.un.org/en/2015/sc12185.doc.htm>.

S/2019/804, Letter dated 9 October 2019 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 9 October 2019.

Saldırı'nın (Tecavüzün) Tanımı: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 3814 (XXIX) sayılı ve 1974 Tarihli Kararı, BM Enformasyon Merkezi, Ankara, (Erişim tarihi: 11.09.2023), https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020095336bm_31.pdf.

SC-115, 23 Kasım 2020, Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Hami Aksoy'un, Türk Bayraklı bir Ticari Geminin Irini Harekâtı Kapsamında Ülkemizin Rızası Olmadan Denetime Tabi Tutulması Hakkındaki Soruya Cevabı, (Erişim tarihi: 08.09.2023), <https://shorturl.at/qBCEO>.

Steenberghe, Raphael, Van. "The Alleged Prohibition on Intervening in Civil Wars Is Still Alive after the Airstrikes against Islamic State in Iraq: A Response to Dapo Akande and Zachary Vermeer", Ejlil:Talks!, February 12, 2015, (Erişim tarihi: 02.09.2023), www.ejiltalk.org/the-alleged-prohibition-on-intervening-in-civil-wars-is-still-alive-after-the-airstrikes-against-islamic-state-in-iraq-a-response-to-dapo-akande-and-zachary-vermeer/.

- Talmon, Stefan. Difficulties in Assessing the illegality of the Turkish intervention in Syria, GPIL-German Practice in International Law, (Erişim tarihi: 24.01.2024), <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2018/01/difficulties-assessing-illegality-turkish-intervention-syria/>.
- Talmon, Stefan and Mary Lobo. The intricacies of maritime boundary delimitation: Germany's one-sided response to the Turkey-Libya MoU on delimitation of the maritime jurisdiction areas in the Mediterranean, GPIL – German Practice in International Law, 09 March 2020, (Erişim tarihi: 19.03.2024), <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2020/03/the-intricacies-of-maritime-boundary-delimitation-germanys-one-sided-response-to-the-turkey-libya-mou-on-delimitation-of-the-maritime-jurisdiction-areas-in-the-mediterranean/>
- Taşdemir, Fatma. Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Ankara: Adalet Yayınları, 2009, 5-14.
- TBMM Tutanak Dergisi, 41. Birleşim, 2 Ocak 2020, (Erişim tarihi: 02.09.2023) <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b04101h.htm>.
- The Caroline Case, The Avalon Project, Documents in Law, History and Diplomacy, (Erişim: 15.08.2023), http://avalon.law.yale.edu/19th_century/br-1842d.asp#ash1.
- The Guardian, General accused of war crimes courted by west in Libya, 25 September 2017, (Erişim tarihi: 02.5.2023), <https://www.theguardian.com/world/2017/sep/25/khalifa-haftar-libyan-general-accused-of-human-rights-abuses>.
- TRT Haber, Libya'yla yeni muhtıra: Türk şirketlere hidrokarbon yetkisi, 04.11.2022, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/libyayla-yeni-muhtira-turk-sirketlere-hidrokarbon-yetkisi-713376.html>.
- TRT Haber, ÖSO'dan Afrin'de yağma suçu işleyenlere yaptırım, 19 Mart 2018, (Erişim tarihi: 12.09.2023), <https://www.trthaber.com/haber/dunya/osodan-afrinde-yagma-sucu-isleyenlere-yaptirim-356083.html>.

- United Nations International Law Commission. (2022). Draft Articles on Prevention and Punishment of Crimes against Humanity. (Erişim tarihi: 02.4.2023), https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_14_2022.pdf.
- United Nations, Charter of the United Nations, 24 October 1945, (Erişim: 15.08.2023), <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf>.
- Williams, Gareth D. "Piercing The Shield of Sovereignty: An Assesment of the Legal Status of the 'Unwilling or Unable' Test", The University of New South Wales Law Journal, 36, 2, (2013): 619-641.
- Yalçınkaya, Alaeddin "AB'nin Türkiye Gemisine Müdahalesi", Turkish Forum, 2 Aralık 2020, (Erişim Tarihi: 20.02.2024), <https://www.turkishnews.com/tr/content/2020/12/02/abnin-turkiye-gemisine-mudahalesi/>

HAKİMLERİN ÖZNEL BAĞIMSIZLIĞI: HAKİMLİK TEMİNATI

Subjective Independence of Judges: The Guarantee of Judgeship

Dr. Öğr. Üyesi Cansu Büşra ÖLMEZ*

ÖZET

Yargının bağımsız olması hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve adil yargılanmanın temel güvencesidir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması bakımından bireylerin adalete olan güveninin tesisinde yargının bağımsız olması zorunludur. Yargının bağımsızlığının sağlanabilmesi için hâkimlerin bağımsız ve teminatlı olmaları gerekir. Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı birbirinin tamamlayıcısı olan unsurlardır. Hâkimlerin yargısal görevlerini icra ederken herhangi bir etki ve baskı altında olduğunu hissetmeden, korkmadan,

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD, cansuolmez@selcuk.edu.tr, ORCID 0000-0002-5950-839X.

Makale Geliş Tarihi:16.01.2024

Makale Kabul Tarihi:17.03.2024

⇒ Atıf Şekli: Cansu Büşra Ölmez "Hakimlerin Öznel Bağımsızlığı: Hakimlik Teminatı", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 413-463.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



endişe etmeden hukuka uygun vicdani kanaatlerine göre karar verebilmeleri gerekir. Bunu sağlamanın yolu anayasal veya yasal boyutuyla hâkimlere çeşitli teminatların tanınmasıdır. Hâkimlik teminatının sağladığı güvence ülkeler arasında farklılık göstermekle birlikte genel olarak benimsenmiş bazı standart güvenceler bulunmaktadır. Bu çalışma bu güvencelerin yoğunluk derecesi arasındaki farklılıkları bazı örnek ülkeler üzerinden incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Yargı Bağımsızlığı, Hâkimlik Teminatı, Özel Bağımsızlık, Kurumsal Bağımsızlık

EXTENDED ARSTRACT

In democratic legal systems, the judicial power is one of the three basic components of the state. The quasi-judicial power must be a separate and independent structure from the other components, namely the legislative and executive powers. This is because the judiciary is the mechanism that will supervise the legislative and executive powers to fulfil their duties and powers in accordance with the constitution. The independent and impartial identity of the judiciary is at the basis of individuals' trust in the state. Otherwise, the loss of independence of the judiciary causes the society to lose faith in justice and to seek justice through extra-legal means. Therefore, it is not possible to say that rights and freedoms are secured in political systems where the independence of the judiciary cannot be ensured. In such a system, the principle of the rule of law will lose its importance and meaning.

Although ensuring the independence of the judiciary is so important and necessary, how to ensure independence is also an important issue. The prerequisite for ensuring the independence of the judiciary is institutional independence. Institutional independence means that the judiciary has equal power and value vis-à-vis the other branches of the state, that there is no hierarchical relationship between them, and that they are not subject to any interference or pressure from other branches. Institutional independence of the judiciary can be realised by ensuring the

independence of the judiciary as a whole from the legislature, the executive, the press, the parties to the case and the judiciary itself. Institutional independence is necessary but not sufficient to ensure judicial independence. In this sense, ensuring individual independence is also very important. It is possible for judges not to be subjected to any individual pressure and interference by ensuring individual independence. In order to ensure judicial independence, a number of guarantees have been introduced to ensure the independence of individual judges. Although these guarantees differ in scope between countries, it is generally seen that certain standard professional guarantees are introduced for judges. The prohibition of impeachment is one of the most important of these professional guarantees characterised as the guarantee of judgeship. In the constitutions of almost all democratic countries, judges are prevented from being dismissed without a legal and legitimate reason. It is highly probable that a judge who thinks that he/she will be dismissed due to his/her decision will not be able to make an independent and impartial decision and will be open to pressure and interference. For this reason, it is an important guarantee for judges that they cannot be dismissed or be subjected to mobbing in such a way that they are unable to perform their duties. Another important professional guarantee for judges is the inability to be ex officio retired. Judges should not be able to be ex officio retired by law or administrative action against their own will before the retirement period expires. Constitutions or laws stipulate a certain term of office for judges. This period is the retirement age. Although the retirement age varies from country to country, it is common for this age limit to be in the range of 65-70 years. The general tendency is to increase these age limits. The justification for this is that it is very important to utilise the experience of judges with significant legal and judicial experience for a longer period of time.

Although the guarantees of prohibition of impeachment and ex officio retirement for judges are regulated in a secure manner, it is clear that they are not sufficient on their own. Because leaving the salaries, allowances and other financial rights of judges open to interference would jeopardise the independence of judges. The use of the financial

rights of judges as a means of threat to their decisions will also create a very dangerous situation for the independence of the judiciary. For this reason, it is very important that financial security, which is an important element of independence, is recognised for judges. Situations such as the abolition of a court or a cadre, or the relocation of a judge should not be seen as a reason for depriving judges of their financial rights. Adequate salaries and allowances of judges are also within the scope of financial security. Providing judges with a welfare level of living and determining their salary levels in line with economic developments will strengthen the independence of judges as a requirement of their duties and responsibilities.

Among the guarantees to strengthen the independence of judges is the geographical guarantee. Geographical guarantee means that a judge cannot be relocated against his/her will, even for promotion purposes. It is clear that this guarantee constitutes an important professional security. Because the absence of this guarantee may cause judges to make decisions under pressure due to the fear of frequent changes of duty. However, this guarantee does not mean that a judge may retire from the place of appointment. In many democratic countries, it is common practice to change the place of assignment within reasonable periods of time. What is important here is that the change of duty station should not be turned into a means of pressure on the judge to decide in a certain direction.

An important guarantee for ensuring the independence of judges is the prevention of judges from doing work that is incompatible with this profession. It is a constitutional principle in western democracies that a judge should not undertake a task that is incompatible with his/her duty. What should be taken into consideration here is to prevent the judge from being under any pressure and interference while performing his/her profession. This is because judges may, of course, carry out duties that are compatible with the profession of judgeship. In accordance with the legislation of democratic western societies, judges giving lectures at universities and conducting scientific researches are considered among the tasks compatible with their duties.

This study analysing the subjective independence of judges has tried to demonstrate that professional guarantees are an important step in ensuring judicial independence. For this reason, judicial guarantees are an important issue emphasised in democratic societies and international legal documents on judicial independence. The conclusion of the research on the subjective independence of judges is that states should provide professional guarantees to judges simultaneously in practice and theory. Just as the absence or deficiency of these guarantees can become a threat to the independence of the judiciary, the violation of the guarantees in practice despite the inclusion of detailed guarantees in the legislation will pose a threat to the independence of the judiciary to the same extent.

Keywords: Rule of Law, Judicial Independence, Judicial Guarantee, Subjective Independence, Institutional Independence

GİRİŞ

Hâkimlik teminatı, yargının bağımsız olmasını sağlayan temel unsurlardan biridir. Adil ve hukuka uygun bir karar tesis etmesi gereken hâkimlerin hiçbir kişi, makam ya da merciden çekinmeden özgürce kararlarını verebilmeleri kendilerine sağlanan güvenceler sayesinde mümkündür. Teminatların hâkimlerin özel bağımsızlığını sağlayabilmesi için hâkimin dürüst, olgun, bilgili ve faziletli olması ön koşuldur. Ancak hâkimlerin yalnızca bu nitelikleri taşıması ile özel bağımsızlığının sağlanması pek mümkün değildir. Nihayetinde hâkimler de bir insandır ve üzerlerinde herhangi bir kişi, makam ya da merciin tasarruf edebilme serbestisine sahip olması hâkimin bağımsızlığını dolayısıyla da yargının bağımsızlığını tehlikeye düşürecektir. Bundan dolayı, hâkimin görevini icra ederken gerçekten bağımsız olabilmesi için kendisine hukuk düzeni tarafından çeşitli teminatların tanınması gerekir.

Hâkimlik teminatı hâkimlere tanınan kişisel bir ayrıcalık olarak yorumlanmamalıdır¹. Hâkimlerin icra ettiği yargılama faaliyetinin niteliği gereği bu teminatlar hâkimlere tanınmaktadır. Hâkimlere ta-

¹ Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 732.

nınan teminatların özünde yargıda adaletin sağlanması, toplumun adalete olan güveninin pekişmesi için hâkimlerin bağımsız olarak yargılama faaliyetlerini gerçekleştirmeleri yer almaktadır. Dolayısıyla hâkimlik teminatı kişisel bir yarardan ziyade kamu yararını sağlama-ya hizmet etmektedir. Yargı bağımsızlığına ve hâkimlik teminatına ilişkin güvenceler genel olarak anayasal düzenlemelerde yer almakta, konuya ilişkin ayrıntılar ise kanunlarla düzenlenmektedir. Kimi zaman da hâkimlik teminatının doğrudan kanunlarla düzenlendiği görülmektedir. Ülkeler arasında farklı kapsam ve usullerle düzenlenen hâkimlik teminatı kurumu bu çalışmada İngiltere, ABD, Almanya, Fransa ve Türkiye üzerinden incelenmiştir.

İngiltere’de yargının bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı tarihsel süreçte gelişen olaylar neticesinde kendiliğinden ortaya çıkan iki önemli kurumdur. Yazılı bir anayasa geleneğine sahip olmayan İngiltere’de yargının bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı kapsamında sağlanan güvenceler teamüller ve kanunlarla sağlanmaktadır. Bu hususta 1701 tarihli Act of Settlement ile getirilen güvence 2005 tarihli Anayasal Reform Kanunu ile birlikte kuvvetlendirilerek bugünkü halini almıştır.

ABD Anayasası 3. maddesinin 1. bölümünde yargıya Kongre’den bağımsız bir kurumsal kimlik tanımaktadır. Hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına ilişkin esasların da yer aldığı bu madde aynı zamanda Kongre’yi hâkimlerin bağımsızlığını ve çalışmalarını etkileyecek bir güce de sahip kılmaktadır. Kongre, hâkimlerin görev süresine müdahale etme ya da mahkeme oluşumunu değiştirme gücüne sahiptir. Uygulamada Kongre’nin bu türden kararlar almasının oldukça nadir rastlanılan bir durum olduğunu ifade etmek gerekir². ABD geleneğinde hâkimlerin bağımsızlığı mali teminat ve azledilmeme yoluyla güvence altına alınmıştır. Buna karşılık Kongre’ye tanınan yetkilerle bağımsızlığın ortadan kaldırılmasına da zemin hazırlandığı dikkat çekmektedir.

Hâkimlik teminatına ilişkin Alman hukukundaki temel düzenlemeler Anayasa’da ve Federal Hâkimler Kanunu’nda yer almaktadır.

² Charles H. Franklin, “Behavioral Factors Affecting Judicial Independence”, in *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, ed. Stephen B. Burbank, Bary Friedman (Sage Publication, 2002): 157.

Anayasadaki düzenlemeler kapsamında hâkimler azledilmeme, re'sen emekliye sevk edilmeme, coğrafi teminat bakımından güvence altına alınmaktadır. Bununla birlikte yasama ve yürütme erklerinin kısmen de olsa hâkimler üzerinde etki yapacak imkânlarla da sahip olduğunu görmek mümkündür. Federal Hâkimler Kanunu'nda yer alan yürütmenin ihtiyaç durumunda hâkimlerin görevlerinde değişiklik yapabilmesi ile hâkimlere düşük maaşlı başka bir görev teklif edebilmesi bunun bir örneğini teşkil etmektedir.

Fransız Anayasası yargı bağımsızlığının cumhurbaşkanının garantörlüğünde olduğunu düzenlemektedir. Böylece cumhurbaşkanının teminatına bırakılan yargı bağımsızlığının siyasi etkilere açık olabileme potansiyeli taşıdığı görülmektedir. Anayasa hâkimler için yalnızca azledilmeme güvencesi getirirken hâkimlerin statüsüne ilişkin konuların organik kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. Bu açıdan yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak yasama erkinin geniş bir yetki alanına sahip olduğu da dikkat çeken bir başka husustur.

Türk hukukunda yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı Anayasa'nın 138. ve 139. maddelerinde düzenlenmektedir. 138. madde hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduğu ifade edilerek bunun ölçütü hiçbir organ, merci, makam veya kişiden emir, talimat, tavsiye alamayacakları şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenleme, bağımsızlığın yasama, yürütme, yargı ve çevresel faktörlerden gelebilecek baskılara karşı korunması şeklinde en geniş anlamıyla anlamak gerektiğine işaret etmektedir³. Ancak bu noktada hâkimlerin karar verirken kendilerini bağımsız hissedebilmeleri için kendilerine birtakım kişisel güvencelerin sağlanması gerekir. Bu amaçla Anayasa'nın 139. maddesinde hâkimlik teminatı düzenlenmiştir.

I. HAKİMLİK TEMİNATININ TANIMI VE NİTELİĞİ

Yargı erkinin her dönem toplumsal yaşam ve devlet hayatında önemli bir yer işgal etmesi yargı alanında görev yapan hâkimlerin kamu görevi yapan diğer personellerden farklı olarak korunması gerekti-

³ Yüksel Metin, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri". *Anayasa Yargısı Dergisi*, 27 (2010): 220-221.

ğini ortaya koymuştur⁴. İfa ettiği görev ve üstlendiği ağır sorumluluğun bir gereği olarak hâkimlere özel bir statü tanınmıştır⁵. Bu açıdan hâkimlerin görevlerini ifa ederken bağımsız ve tarafsız davranabilmelerini fiilen gerçekleştirebilmek için kendilerine birtakım teminatlar tanınması zarureti ortaya çıkmıştır. Hâkimlerin yüksek ahlak ve sağlam bir karaktere sahip olmaları bu teminatın ilk koşulu olarak gözükse de iktidar karşısında bağımsızlığının sağlanması için bunun yeterli olmadığı söylenebilir. Neticede hâkimlerin de birer insan oldukları göz önünde bulundurulduğunda, iktidarın kendileri üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilme imkânına sahip olmalarının bağımsızlıklarını zedeleyeceğini kabul etmek gerekir⁶. Bu nedenle hâkimlerin tam anlamıyla kendilerini bağımsız ve tarafsız hissedebilmeleri kendilerine anayasa ve kanunlarla tanınan teminatlar sayesinde mümkün olabilecektir.

Hâkimlik teminatını dar ve geniş anlamlarıyla ifade etmek mümkündür. Dar anlamda hâkimlik teminatından kasıt hâkimlerin azledilmemeleridir. Geniş anlamda teminat, kanunla düzenlenen istisnai haller dışında hiçbir şekilde görevden alınamamaları, rızaları olmaksızın yerlerinin değiştirilmemesi, emekliye ayrılmamaları ve mali haklarından mahrum bırakılmamalarını ifade eder⁷. Hâkimlik teminatını geniş anlamıyla yorumlamak gerekir. Zira hâkimlerin azledilmeleri dışında çeşitli yollardan mesleki hayatları ve özlük haklarına etki edilmesinin mümkün olması, teminatın amacına aykırı olacaktır⁸. Hâkimlik teminatının getirilme amacı, hâkimlerin, yürütme karşısında kendilerini güvende hissetmesi ve kararlarını her türlü endişe ve korkudan uzak olarak verebilmesidir⁹. Hâkimlik teminatı, hâkimlerin bağımsız olması amacına hizmet eden müesseseler içinde en önemlisidir¹⁰.

⁴ Atilla Özer, Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 22.

⁵ Şeref Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı (Ankara: TBMM Kültür Sanat Yayınları, 1994), 21.

⁶ Münci Kapani, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali (Ankara: AÜHF Yayınları No: 93, 1956), 83.

⁷ Kapani, İcra Organı, 84.

⁸ Gürsel Özkan, “Yargı Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı” (Ankara: Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Sayı 10, Temmuz-Ağustos, 1996), 437.

⁹ Kapani, İcra Organı, 85.

¹⁰ Baki Kuru, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı (Ankara: AÜHF Yayınları, 1966), 6.

Hâkimlik teminatı, niteliği itibarıyla hâkimin şahsına tanınmış bir imtiyaz olmayıp adaletin sağlanması için tanınmış güvenceleri içermektedir. Bu teminatların sağlanmasındaki amaç hâkimin yararı değil, kamunun yararının sağlanmasıdır. Teminatlar, hâkimlerin nüfuz ve saygınlığının artması ve huzurlarının sağlanmasından ziyade bağımsız ve tarafsız hüküm tesis etmeleri ve adaletin sağlanması konusunda topluma güven telkin etmeleri açısından önemlidir¹¹.

II. YARGI BAĞIMSIZLIĞI - HAKİMLİK TEMİNATI İLİŞKİSİ

Devletin yasama, yürütme ve yargı erkleri aracılığıyla işlevlerini yerine getirdiği düşünüldüğünde, yargının bu düzen içindeki yeri şüphesiz diğerlerinden farklıdır¹². Yasama ve yürütme erklerinin devletin siyasi sistem tercihiyle bağlı olarak fonksiyonlarını gerçekleştirirken birbirlerinin alanına müdahale etmesi mazur görülebilirse de yargının bağımsız olması esastır. Bağımsız yargı, hukukun genel bir ilkesi aynı zamanda erkler ayrılığının da bir gereğidir¹³. Öğretide yargı erki, yasama ve yürütme erkleri karşısında denetleme ve hukukun ne olduğunu söyleyebilme gücüne sahip olması açısından eşitler arasında birinci erk olarak ifade edilmektedir¹⁴. Yargı, yürütmenin hesap verebilirliğini sağladığı gibi kanunların uygulanmasını, kanunların anayasa ile uluslararası antlaşmalara da uygunluğunu sağlamaktadır¹⁵. Yargının yasama ve yürütme karşısındaki bu önemi onun bağımsız ve tarafsız olması ile yakından ilişkilidir. Yargının bağımsız olması yargılama faaliyetinin doğasından kaynaklanmaktadır. Yargının bağımsızlığı, adaletin sağ-

¹¹ Kapani, İcra Organı, 85-86.

¹² Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 78.

¹³ International Commission Of Jurists, International Commission of Jurists, "International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors", Practitioners Guide No. 1, 2007: 18, (Erişim Tarihi 09.10.2023), <https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf>.

¹⁴ Sami Selçuk, Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne, (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998), 2.

¹⁵ Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı Ve Hâkimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 (2001) Sayılı Görüş (Strazburg, 23 Kasım 2001), (Erişim Tarihi 06.10.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Ekleniler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf>.

lanması bireyler için tarafsız ve güvenilir yargı sisteminin oluşturulması için sağlanmalıdır¹⁶. Bu açıdan yargının bağımsızlığını gözetmek ve ona saygı göstermek bir devletin kurum ve kuruluşlarının öncelikli vazifesidir¹⁷. Yargı bağımsızlığına ilişkin temel uluslararası belgelerde yargı bağımsızlığının devletler tarafından güvence altına alınması gerekliliğine işaret edilmektedir. Bu konu özellikle, BM Genel Kurulu, 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanan “Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı”¹⁸, 1994 tarihli “Avrupa Konseyi, Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Rolü Konusunda Tavsiye Kararı”¹⁹, 2010 tarihli “Venedik Komisyonu, Yargıçların Bağımsızlığı Raporu”nda açıkça belirtilmiştir²⁰.

Yargı bağımsızlığını sağlamanın farklı yöntemleri vardır. Bunlardan ilki yargı bağımsızlığının ön şartı olarak görülen kurumsal bağımsızlıktır²¹. Kurumsal bağımsızlık bir bütün olarak yargı erkinin bağımsızlığını zedeleyecek müdahalelere karşı korunmasını ifade etmektedir²². Başka bir ifadeyle yargılama faaliyetini gerçekleştiren hâkimin

¹⁶ Sadi Çaycı, “Hukukun Üstünlüğü, Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi”. Stratejik Analiz Dergisi. 8/93 (2008): 68.

¹⁷ Levent Gönenç, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı (Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011), 135.

¹⁸ Yargı Bağımsızlığı İlke 1: “Yargı bağımsızlığı devlet tarafından güvence altına alınır ve anayasada veya iç hukukta yargı bağımsızlığına yer verilir. Yargı bağımsızlığına saygı göstermek ve gözetmek bütün hükümet kurumlarının ve diğer kurumların görevidir”. BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı, (Erişim Tarihi 25.09.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>.

¹⁹ Birinci İlke - Hâkimlerin Bağımsızlığı Genel İlkeleri, “1. Hâkimlerin bağımsızlığını korumak, geliştirmek ve saygı göstermek için gerekli bütün tedbirler alınmalıdır. 2(a) Hâkimlerin bağımsızlığı, Sözleşme ve anayasal ilkelerin ışığı altında özel hükümlerin, mesela, anayasalara veya diğer kanunlara konulması veya bu Tavsiye Kararı'nın iç hukuka aktarılması suretiyle güvence altına alınmalıdır”. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://www.anayasa.gov.tr/media/3665/cmrec199412trjudgesindependenccefficiencyresponsibilities.pdf>.

²⁰ Yargı Bağımsızlığının Belirli Yönleri, 1. Yargı bağımsızlığının teminat altına alınma seviyesi, “Yargı bağımsızlığını teminat altına alan temel ilkeler Anayasa veya denge belgelerinde düzenlenmelidir”. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Venedik Komisyonu CDL-AD (2010) 004, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Raporu, (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://rm.coe.int/0900001680700e13>.

²¹ Anayurt, 734.

²² Gönenç, 2.

yasama, yürütme, yargı erkinin iç dinamiklerine ve basına karşı kendisine yöneltilebilecek her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak olacak şekilde karar vermesine olanak tanınması demektir²³. Yargının bağımsızlığının sağlanması için siyasi aktörlerden biri olan yasama erki karşısında bağımsız olması gerekir²⁴. Demokratik toplumlarda bunu sağlayacak bazı tedbirler kabul edilmektedir. Bunların başında, görülmekte olan davalarla ilgili olarak parlamentolarda herhangi bir yorum yapılamaması, doğrudan ve dolaylı olarak tavsiye ve telkinde bulunulmaması gelmektedir. Bununla birlikte yargının bağımsızlığını zedeleyebilecek müdahaleler genellikle yasama erkinden kaynaklanmamaktadır. Zira yargı bağımsızlığına yönelik tehdidin çoğunlukla yürütme ve yargı erkleri arasındaki çatışmalardan kaynaklandığı görülmektedir. Bu nedenle elindeki güç ve imkânlarla yargıya müdahale edebilme potansiyeli daha fazla olan yürütme erkine karşı yargı bağımsızlığının korunması çok daha önemli hale gelmektedir²⁵. Yargının kendisini yürüten bir memuru olarak görmesi ve devleti koruma görevi üstlenmesi, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecektir²⁶.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi yürütme ve yargı erklerinin oluşum ve fonksiyonlarının farklılaşması gerektiğini vurgulasa da kimi zaman yürütme ve yargıyı sürekli bir ilişki içinde olmaya zorlayan bazı unsurların var olduğu görülmektedir. Bunlar, yargı mensuplarının mesleğe alımı, disiplin işlemleri, özlük hakları, kolluk hizmetlerinin sağlanması, yargı kararlarının yürütme aracılığıyla yerine getirilmesidir. Bu unsurlar açısından yargı-yürütme ilişkisinde yürütme erkinin belirleyici bir konumda olması yargı bağımsızlığı için bir tehdit olarak yorumlanabilir.

Hâkimlerin mesleğe alınmalarında objektif ve tarafsız mekanizmalar yerine siyasi referansların dikkate alınması, atama ve tayin,

²³ Anayurt, 734.

²⁴ Peri Uran Murphy, *Teorik Çerçeve Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016), 85.

²⁵ Anayurt, 736.

²⁶ Thomas Giegerich, “Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler”, içinde *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyum* (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009), 28.

mesleki ilerleme ve disiplin işlerinde yürütmenin etkili olması yargıyı yürütmeye bağımlı kılmaktadır²⁷. Bu hususa dikkat çeken BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı “... Yargısal göreve seçim yöntemleri düzenlenirken uygunsuz saiklerle atama yapılmasına karşı koruyucu tedbirler getirilir. Hâkimlerin seçiminde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve statü gibi nedenlerle bir kimseye karşı ayrımcılık yapılamaz. Yargısal görev için adayların o ülkenin vatandaşı olma şartı aranması, ayrımcılık yapılması şeklinde anlaşılabilir”²⁸ ifadelerine yer vermektedir.

Yargının bağımsızlığı hâkimin yargı içi dinamiklerine karşı da bağımsız olmasını gerektirir. Kurumsal bağımsızlığın yargının bizzat kendisine karşı bağımsızlığını iki açıdan değerlendirmek mümkündür. Birincisi, yargı düzeninde çeşitli yargı kollarının birbirine karşı veya alt derece mahkemelerinin üst derece mahkemelere karşı bağımsızlığının sağlanmasıdır²⁹. İkincisi, hâkimlerin davanın taraflarına karşı bağımsızlığının sağlanmasıdır. Böylece hâkimin tarafsızlığı konusunda, taraflarda muhtemel bir şüphe uyanması engellenmiş olur. Bunu sağlamak amacıyla hâkime çeşitli imkânlar sunulmaktadır. Hâkimin kendisi veya yakınları ile ilgili davalarda kendisine çekinme hakkının tanınması ya da davanın taraflarının gerektiğinde hâkimin reddini isteyebilmesi yargı bağımsızlığının taraflara karşı korunmasını sağlayıcı düzenlemelerdir³⁰.

Kurumsal bağımsızlığın başka bir boyutu ise bağımsızlığın, basın karşı sağlanmasıdır. Gerek geleneksel gerek sosyal medyada yargıda devam eden davalar hakkında yapılan yorum ve değerlendirmelerle yargı yetkisini kullananlar etki altına alınabilmektedir. Günümüz teknolojik gelişmeleri ile daha da artan basının gücü dikkate alındığında yargıya intikal etmiş olaylar hakkında yorum ve değerlendirme yasağı getirilmesi, yargı bağımsızlığını korumaya yönelik önlemler

²⁷ Anayurt, 736.

²⁸ BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı, Hâkimlerin Nitelikleri, Göreve Seçilmeleri ve Eğitimleri, (Erişim Tarihi 06.11.2023), https://www.etik.gov.tr/media/ctlhclpey/yargi_etigine_iliskin_uluslararası_temel_standartlar.pdf.

²⁹ Anayurt, 737.

³⁰ Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 17.

arasında yer almaktadır. Bu tür önlemler, anayasalarda güvence altına alınan basın hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü basın hakkı, devam eden davalar hakkında yorum ve değerlendirme yapma yetkisini içermemektedir³¹.

Kurumsal bağımsızlık, yargının bağımsızlığının sağlanması için gerekli ancak yeterli bir unsur değildir. Yargı bağımsızlığını sağlamak için aynı zamanda hâkimlerin öznel bağımsızlığını da sağlamak gerekir. Bireysel (öznel) bağımsızlık, hâkimlerin öznel olarak baskı ve müdahalelerden uzak kalmasını amaçlamaktadır³². Öznel bağımsızlığın sağlanmasının birinci koşulu, hâkimlerin teminatlı olmalarıdır³³. Zira hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı birbirini tamamlayan ve yargı bağımsızlığı için olmazsa olmaz öğelerdir. Bir devlet düzeni içinde bu unsurlardan birinin bulunmaması durumunda yargı bağımsızlığından bahsetmek mümkün olmayacağı gibi adaleti gerçekleştirmek de olanaksızdır³⁴. Adaletin sağlanmasında hâkimlerin özgürce karar verebiliyor olmaları yani bağımsız olmaları yargı bağımsızlığının sağlanmasında etkilidir. Ancak yargının tam anlamıyla bağımsızlığının sağlanması için hâkimlerin kişisel bağımsızlığını temin eden güvencelerin de düzenlenmiş olması gerekir. Bu güvenceler hâkimlerin bağımsızlığının hayata geçirilmesini sağlayan güvencelerdir. Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin meslekleri ve varlıkları ile ilgili endişe ve korku duymadan görevlerini ifa etmelerini kolaylaştıracak kişisel teminatların tanınması ile sağlanacaktır. Bu amaçla hâkimlik mesleğinin bağımsızlık içinde icra edilmesine yönelik mali ve özlük haklarına ilişkin koşulları içeren hâkimlik teminatı anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur³⁵.

³¹ Anayurt, 735.

³² Gönenç, 3.

³³ Hasan Dursun, "Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı". TBB Dergisi, 80 (2009): 81.

³⁴ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, 6.

³⁵ Christian Rumpf, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, çev. Burak Oder (Ankara: Turhan Kitabevi, 1995), 111.

III. HAKİMLİK TEMİNATININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Hâkimlik teminatı, ilk defa yazılı bir kanunla 1701'de İngiltere'de güvence altına alınmıştır. Bu tarihe kadar hâkimlerin hukuki manada bir teminata sahip olmadıkları görülmektedir. Nitekim bu zamana kadar iktidarın, hâkimleri istediği gibi azledebilmesi, kararlarına sık sık müdahale etmesi mümkündür. İktidarın istediği şekilde hüküm tesis etmeyen, bağımsız olarak hareket eden hâkimlerin uzun süre görevde kalamamaları bunun kanıtıydı. 1701 tarihli Act of Settlement ile hâkimlerin bağımsızlığını temin etmek üzere keyfi azli engelleyen bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, hâkimler iyi halleri devam ettiği müddetçe görevlerinden alınamayacaklardı. Bunun anlamı hâkimlerin kaydı hayat şartı ile atanmaları demektir. Hâkimlerin suihalde bulunup bulunmadıklarına ilişkin tespitin Parlamantonun her iki kanadı tarafından yapılarak, kararın monarka arz edilmesi üzerine azledilmeleri mümkündür³⁶. Hâkimlerin keyfi olarak azledilmelerini engelleyen bu düzenleme, o günden bugüne kadar hâkimlerin yürütme erki karşısındaki bağımsızlığının temin edilmesinde yeterli gelmiştir³⁷. Aynı zamanda haklarında azil talebi olmadığı müddetçe Parlamento'da eleştirilmeleri dahi mümkün olmadığından yasamaya karşı da bağımsızlıklarının temin edilmiş olduğu görülmektedir³⁸. İngiltere ile oldukça benzer bir düzenlemeye yer veren ABD, 1787 Anayasası'nda hâkimlere iyi halleri devam ettiği müddetçe görevlerini sürdürecekleri ve görevde kaldıkları müddetçe hizmetleri karşılığında belli zamanlarda, azaltılamayacak bir maaş alacakları yönünde teminatlar tesis etmiştir³⁹.

Fransa'da hâkimlik teminatı ilk defa 1790 yılında bir kanunla düzenlenmiştir. I. İmparatorluk zamanında hâkimlerin 5 senelik bir tecrübe süresinden sonra ömür boyu görevde kalmak şartıyla atanacakları hükme bağlanmıştır. Hâkimler için azledilmeme güvencesi getiren

³⁶ Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 22-23; Kapani, İcra Organı, 90.

³⁷ Kapani, İcra Organı, 91.

³⁸ R. M. Jackson, The Machinery of Justice in England (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 233.

³⁹ ABD Anayasası, (Erişim Tarihi 01.06.2023), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.

bu düzenleme pratikte olanaksız hale gelmiştir. Zira bu dönemde hiçbir hâkim tecrübe sürecini tamamlayamamış ve azledilmeme teminatına kavuşamamıştır. III. Cumhuriyet döneminde anayasada hâkimlik teminatından bahis dahi edilmemiştir. IV. Cumhuriyet Anayasası'na kadar Fransa'da zaman zaman hâkimlik teminatları kanunlarla ve anayasalarla benimsenmiş fakat hiçbir zaman tam anlamıyla uygulanamamıştır⁴⁰. Nihayet 1946 Anayasası ile hâkimlik teminatı anayasal bir güvenceye kavuşturularak kıymet ve mahiyetini kazanmıştır.

Almanya'da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı hâkimlerin iktidarla uzun süren mücadelelerin sonucunda elde edilmiştir. Hükümdarın yargıya müdahalesinin engellenmesine yönelik ilk adım 1495 tarihli İmparatorluk Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'yla atılmıştır. Ancak henüz hâkimlik teminatı kurumundan bahsetmek mümkün değildi. Nitekim bu düzenlemeye rağmen hükümdar tutum ve davranışlarını beğenmediği hâkimleri azledebiliyordu. 1877 tarihli Mahkemeler Teşkilatı Kanunu hâkimlik teminatına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir. Kanuna göre, hâkimler mahkeme kuruluşlarında yapılacak değişiklikler dolayısıyla maaş ve ödenekleri ödenmek suretiyle görevlerinden uzaklaştırılabilmekte veya başka bir göreve atanabilmekteydiler. Emekliye sevk edilmeleri mesleki açıdan yetersiz bulunmaları nedeniyle ve mahkeme kararı ile olmaktadır. Yürütmenin mecburi izinle hâkimleri görevden uzaklaştırmaları ise mümkün değildir. Bu hükümler sonrasında aynı şekilde 1919 Weimar Anayasası'na aktarılmıştır⁴¹.

Türk anayasal tarihinde hâkimlik teminatı ilk kez 1876 Anayasası ile düzenlenmiştir. Mutlakiyet döneminde hâkimlerin herhangi bir güvenceye sahip olmadıkları görülmektedir⁴². 1876 Anayasası 81. maddesi ile hâkimlik teminatının önemli bir unsuru olan azil yasağı güvence altına alınmış hâkimlerin ancak bir suçtan mahkûm olmaları halinde azledilebilecekleri ifade edilmiştir. Bu madde aynı zamanda hâkimlerin terfi, nakil, emekliye ayrılma ve azil işlerinin bir kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna istinaden 1878'te kabul

⁴⁰ Kapani, İcra Organı, 92.

⁴¹ Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakimlik Teminatı, 25.

⁴² Kapani, İcra Organı, 92.

edilen Teşkilat-ı Mehâkim Kanunu Anayasa'ya ilaveten hâkimler için ek güvenceler öngörmüştür. Örneğin, hâkimlerin rızası olmadan başka göreve atanamayacakları ancak kendi talepleri halinde aynı derecedeki başka bir mahkemeye nakledilebilecekleri düzenlenmiştir. Anayasa ile güvence altına alınan hâkimlik teminatının ayrıntılarının özel bir kanunla düzenleneceğinin öngörülmesi hâkimlik teminatı açısından son derece önemli gelişmelerdir. Zira yürütme müdahalesi olmadan hâkimlerin tayin, terfi, teftiş ve azil işlemlerinin yasama işlemi ile gerçekleştirilecek olması yargı bağımsızlığının sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır.

1924 Anayasası hâkimlik teminatına ilişkin unsurların özel bir kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Hâkimlerin statüsü önce 1926 yılında kabul edilen 766 sayılı Kanun ile sonrasında da bu Kanunu yürürlükten kaldıran 2556 sayılı Hâkimler Kanunu ile düzenlenmiştir. 2556 sayılı Kanun, hâkimlerin nakil, tayin ve görev yerlerinin değiştirilmesi yetkisini Adalet Bakanına vermiştir. Kanun'un 79. maddesinde hâkimlik teminatına ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Buna göre, hâkimliğin üçüncü sınıfın yedinci derecesine gelmiş olanlar hâkimlik teminatını kazanmaktadırlar. Hâkimlik teminatı kapsamında sağlanan güvenceler ise şu şekildedir: Bir hâkim mahkemenin ilgası veya kadronun tenkisi sebebiyle olsa dahi maaşından mahrum edilemez; hâkimlerin rızaları olmaksızın, terfi suretiyle de olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez; hâkimler vekalet emrine alınamaz; Kanunda yer alan hükümler dışında emekliye ayrılamaz. Kanunun güvence altına aldığı teminatlara rağmen bunların yetersiz olduğu, bu konularda çoğunlukla yürütmenin söz sahibi olduğu ve suiistimallerin yapılabilmesinin önünün açık olduğu görülmektedir⁴³. Ayrıca Kanun'un bazı maddelerinde yer alan düzenlemeler yargı bağımsızlığını zedeleme potansiyeline sahiptir. Kanun'un 80. maddesinde hâkimlik teminatını kazanmış olanların bir mahkemenin ilgası veya kadrosunun tenkisi sebebi ile görevsiz kalması durumunda ilga veya tenkis zamanında mevcut bulunan yahut ilk açılacak olan maaş ve derecesine eşit bir hâkimlik teklif edileceğini ve hâkimin birinci ve ikinci teklifi reddetme imkânı olmasına rağmen üçüncü teklifi kabul etmediği takdirde maaşından kesinti olabileceği belirtil-

⁴³ Yener Ünver, "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu". İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1/1-4 (1998-1990): 171.

miştir. Bu hükmün, 79. maddede düzenlenen teminatları bertaraf edebilecek nitelikte olduğu açıkça görülmektedir. 1924 Anayasası'nda yer alan yargı ile ilgili düzenlemeler ve 2556 sayılı Kanun hükümleri incelendiğinde yasama ve yürütme erki karşısında yargı lehine tam anlamıyla bir güvence oluşturulamaması dikkat çekmektedir. Anayasa'nın 55. maddesi ile yargı bağımsızlığının temel unsuru sayılan azil yasağına kanunla istisna getirilmiş, takdir yasama erkine bırakılmıştır. Aynı şekilde 56. maddede hâkimlerin özlük haklarına ve bağımsızlığına ilişkin temel ilkelerin çıkarılacak olan kanuna tabi kılınması, pratikte yargının bağımsızlığının sağlanmasını zorlaştırmıştır⁴⁴.

1961 Anayasası hâkimlik teminatını kanunlara bırakmadan bizzat düzenlemeyi tercih etmiştir. 133. maddede hâkimlere azil yasağı, re'sen emekliye sevk etmeme, bir mahkeme veya kadro ilga edilmiş olması durumunda dahi aylıklarından yoksun kılınamayacakları şeklinde mali bir teminat getirilmiştir. Aynı zamanda 1961 Anayasası dönemine kadar hâkimlerin özlük işleri, atama, terfii ve görev değişikliklerinde yürütmenin etkin rolü ve yürütmenin sahip olduğu bu yetkinin hâkimler üzerinde potansiyel bir baskı aracı olarak kullanılması tehdidine karşı Yüksek Hâkimler Kurulu kurulmuştur. Hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ile ilgili hükümleri incelendiğinde 1961 Anayasası'nın Batılı ülkelerin düzenlemelerinden hiç de geri kalmadığı görülmektedir⁴⁵. 1961 Anayasası'nın yargı ile ilgili düzenlemelerinden yargıyı bağımsız hale getirdiği, yürütme erkinin hâkimiyetinden uzak tuttuğu anlaşılmaktadır.

IV. HAKİMLİK TEMİNATININ TEMEL İLKELERİ

A. Azilden Bağışıklık

Anayasa veya kanunlarda hâkimler için getirilen azil yasağı güvencesi, hâkimlerin mesleğe başladıktan sonra yasal ve meşru bir sebep olmaksızın görevine son verilmemesi anlamına gelmektedir⁴⁶. Bu teminat oldukça önemlidir. Yargının yasama ve yürütme işlemleri-

⁴⁴ Fatih Özkul, "Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı". Ankara Barosu Dergisi 3 (2016): 221.

⁴⁵ Kuru, Hâkim ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, 4.

⁴⁶ Anayurt, 738.

ni denetleme ve yaptırım uygulama gücü dikkate alındığında hâkimin vereceği kararın ardından görevine son verilebileceğini düşünmesi bağımsız ve tarafsız kalabilmesini güçleştirir⁴⁷. Aynı şekilde hâkimler üzerinde mobbing uygulamak suretiyle onları görevini ifa edemeyecek bir hale getirme ve istifa veya emeklilik isteme durumunda bırakma da aynı sonucu doğurmaktadır⁴⁸. Bununla birlikte görevden alınamama hâkimler için mutlak bir teminat olarak da görülmemelidir. Azil yasağının bazı meşru ve evrensel sınırlarının olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sınırların başında hâkimin mesleğiyle bağdaşmayan çeşitli suçlardan mahkûmiyet alması gelmektedir⁴⁹. Hâkimlerin hangi sebeple hangi usulle azledilebileceği anayasa ve kanunlarda açıkça düzenlenmektedir⁵⁰. Burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus bir hâkimin görevini sonlandıran ve niteliği itibarıyla ağır bir müeyyide olan meslekten çıkarma işleminin tartışmaya mahal bırakmayacak ölçüde açık ve belirgin nedenlere dayanması gerektiğidir⁵¹. Bu durum mesleki güvence açısından önem taşımakta ve hukuki bir güvenceye sahip olan hâkimlerin keyfi biçimde görevlerine son verilebilmesinin önüne geçmektedir. Zira bu güvencenin amacı, hâkimlerin herhangi bir baskı altında kalmadan hukuka uygun, objektif karar vermelerini sağlamaktır.

İngiltere’de azil güvencesi yüksek mahkeme hâkimleri ve diğer mahkeme hâkimleri bakımından farklılaşmaktadır. Azil güvencesinin ilk defa tanındığı 1701 tarihli Act of Settlement, bir hâkimin Parla-
mentonun her iki kanadının ortak talebi üzerine Kral tarafından görevden alınabileceğini düzenlemektedir. Kanunda yer alan bu düzenleme, ABD’de uygulanan impeachmenttan farklı bir özelliğe sahiptir. İngiltere’de uygulanan bu sistemde bir yargılama yapılmamakta, hâkim suçlamadan haberdar olma ve dinlenme haklarına sahip olsa da hâkimin impeachment sisteminde olduğu ölçüde savunma haklarına sahip olduğu söylenememektedir. Ayrıca bu uygulama sonucunda Parlamentoda oy verenlerin partizan eğilimlerle oy kullanmaları teh-

⁴⁷ Anayurt, 738.

⁴⁸ Bülent Yavuz, Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 149.

⁴⁹ Anayurt, 739.

⁵⁰ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, 23.

⁵¹ Anayurt, 739.

likesi muhtemeldir⁵². Söz konusu Kanunla getirilen bu güvence esas olarak yüksek mahkeme üyelerine (High Court ve Court of Appeal) tanınmaktadır. Kanun, yüksek mahkeme hâkimlerinin iyi hallerini sürdürdükleri müddetçe görevden alınamayacaklarını düzenlemektedir. Mahkemeler Kuruluş Kanunu da yüksek mahkeme hâkimleri için aynı güvenceyi getirmekle birlikte bu güvenceye istisna getirerek hâkimlerin Parlatentonun her iki kanadının talebi üzerine Kral tarafından görevden alınabileceklerine yer vermektedir⁵³. Alt derece hâkimleri ise diğer kanunlarla getirilen sınırlı bir güvenceye sahiptirler. Alt derece hâkimlerinin hâkimlik teminatı konusunda baş aktör, hâkimleri azletme yetkisine sahip olan Lord Şansölye⁵⁴ (Lord Chancellor)dir⁵⁵. Ancak yargı sisteminde önemli değişiklikler getiren 2005 tarihli Anayasa Reformu Kanunu (Constitutional Reform Act) ile birlikte Lord Şansölye'nin yargı ile ilgili yetkilerinde bazı değişiklikler olmuştur. Lord Şansölye artık yargının başı olmayıp, bu sorumluluğu Adalet Baş Lordu'na⁵⁶ (Lord Chief Justice) devretmiştir⁵⁷. Adalet Baş Lordu, yargının üyelerinin istihdamından, iş dağılımı da dahil olmak üzere mahkemelerin yargı işlerinden eğitim, refah ve yargı rehberliğinin sağlanmasından sorumludur. Bununla birlikte bazı konularda karar verilirken birinin diğerine danışma yükümlülüğü Lord Şansölye ile Adalet Baş Lordu'nun bir çalışma ilişkisi içinde olmasını gerektir-

⁵² Edward J. Schoenbaum, "A Historical Look at Judicial Discipline". Chicago-Kent Law Review, 54/ 1 (1977): 3.

⁵³ Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 36.

⁵⁴ Lord Şansölye, geçmişi eskilere dayanan en eski devlet makamlarından biridir. Lord Şansölye, Başbakan'ın tavsiyesi üzerine Monark tarafından atanır ve Kabinenin kıdemli bir üyesidir. Adalet Bakanı olarak Adalet Bakanlığının başıydı. Lord Şansölye, 2005 tarihli Anayasa Reform Kanunu'ndan önce yargının başı, ve Lordlar Kamarası'nın yargı yetkisi bağlamında, en kıdemli hâkimiydi. Kanunun kabulünün ardından artık yargının başı, Lord Chief Justice'dır. (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chancellor/>.

⁵⁵ G. R. Y. Radcliff/ Geoffrey Cross/ G. D. G. Hall, The English Legal System (London: Butterworths, 1964), 390.

⁵⁶ Adalet Baş Lordu, İngiltere ve Galler bakımından yargının başı olan kişi. Ayrıca İngiltere ve Galler Mahkemelerinin de başkanıdır ve yargının görüşlerinin Parlatmento ve Hükümete karşı temsiliyle görevlidir. Bkz. UK Parliament, Lord Chief Justice, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/lord-chief-justice/>.

⁵⁷ Robert Hazell, "The Continuing Dynamism of Constitutional Reform". Parliamentary Affairs, 60/1 (2007): 17.

mektedir⁵⁸. Bu düzenleme ile yargı bağımsızlığını temin etmek üzere Lord Şansölye'nin hâkimleri kendilerinden ve politikacılardan gelebilecek baskılardan korumaya yönelik sorumlulukları Adalet Baş Lordu'na geçmiştir. Bununla birlikte pek çok yargısal işlevi devreden Lord Şansölye'nin hâkimlere yönelik siyasi kaynaklardan doğabilecek baskılara karşı yargı bağımsızlığını koruma sorumluluğunun yine de devam ettiği görülmektedir⁵⁹.

Hâkimlerin azledilmeleri konusunda Lord Şansölye alt dereceli mahkeme hâkimlerini azletme yetkisine sahip olup bu yetkisini artık Adalet Baş Lordu'nun onayı ile kullanabilecektir⁶⁰. Alt derece hâkimleri kural olarak görevlerini kötüye kullandıklarında ya da yerine getirmediklerinde azledilebilmektedirler. Circuit Hâkimleri⁶¹, District Hâkimleri⁶² ve Sulh Mahkemelerinde (Magistrates Court) görev yapan District hâkimleri yetersizlik veya kusurlu davranış nedeniyle Lord Şansölye tarafından görevden alınabilmektedir (Courts Act 1971 m.17/4⁶³, County Courts Act 1984⁶⁴ m.11, Courts Act 2003 m.22/5).

⁵⁸ Judiciary of England and Wales, The Accountability of the Judiciary, (2019): 1-11, (Erişim Tarihi 08.07.2023), <https://www.judiciary.uk/wpcontent/uploads/JCO/Documents/Consultations/accountability.pdf>.

⁵⁹ D. Woodhouse, "United Kingdom The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence the English Way". International Journal of Constitutional Law 5/1 (2007): 155.

⁶⁰ Ronald J. Walker/ Michael G. Walker, The English Legal System (London: Butterworths, 1980), 219.

⁶¹ Circuit Hâkimleri, Crown Court veya County Court'larda ve bazen de High Court'un özel alt dairelerinde (Technology and Construction Court gibi) yargılama faaliyetini gerçekleştiren, sürekli, maaşlı ve teminatlı hâkimlerdir. Hiyerarşik bakımdan High Court hâkimlerinin altında ama District hâkimlerinin üstünde yer alırlar. (Erişim Tarihi 07.07.2023), <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-in-detail/roles-within-the-judiciary/judges/circuit-judge>.

⁶² District Hâkimi, iki farklı grup hâkimden oluşmaktadır. Birinci grup District Hâkimleri, County Court'lardaki davaların çoğunluğuna bakan tam zamanlı hâkimlerdir. Çok değişik türden medeni hukuk ve aile hukuku davalarına bakarlar. Belirli bir bölgeye yani circuit'e atanırlar ve bu circuit'deki County Court'da ya da High Court'un o circuit'deki "district registry (bölge bürosu)"sinde görev alırlar. Diğer grup ise Magistrates' Court'larda görev yapan ve daha önceleri "Stipendiary Magistrates" olarak anılan hâkimlerdir. Bu gruba ait hâkimler resmi olarak "District Judge (Magistrates' Courts)" olarak anılırlar. (Erişim Tarihi 07.07.2023), <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-in-detail/roles-within-the-judiciary/judges/district-judge-role>.

⁶³ Courts Acts 1971, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/23/section/17>.

Sulh mahkemelerinin hukukçu olmayan üyeleri ise kusurlu davranış ve yetersizlik nedeniyle, Lord Şansölye tarafından belirlenen yeterlilik kriterlerini sağlayamama veya sulh hâkimi olarak görevini layıkıyla yerine getirmekte zorlanma veya görevinde ihmal sebebiyle azledilebilmektedirler (Courts Act 2003, m.11/2)⁶⁵. Lord Şansölye genellikle azil yetkisini kullanmak yerine hâkimi aleni bir şekilde kınama veya hâkime ihtarda bulunma yolunu tercih etmektedir⁶⁶. İngiltere’de hâkimlerin azledilmeleri için yargılama yapılması zorunluluğu bulunmasa da Lord Şansölye’nin azil yetkisini sık sık ve kötüye kullanmadığı ileri sürülmektedir⁶⁷.

ABD Anayasası’nda hâkimler için azil yasağı güvencesi 3. madde- nin 1. bölümü ile düzenlenmektedir. Bu hüküm, Yüksek Mahkeme ve alt mahkeme hâkimlerinin iyi halleri devam ettiği sürece görevde kalmalarını garantilemektedir. Zaman zaman hâkimlerin özellikle de Yüksek Mahkeme hâkimlerinin görev sürelerinin kısıtlanması gündeme gelse de bu yönde bir anayasa değişikliği için gerekli çoğunluk sağlanamamıştır⁶⁸. Hâkimlerin “iyi halleri” süresince görevde kalma güvencesi, görevi kötüye kullanmak gerekçesiyle suçlanıp mahkûmiyet almadıkları takdirde, ömür boyunca görevlerinin devam edeceği anlamına gelmektedir. Bu düzenleme, hangi hükümet döneminde olursa olsun kanunların istikrarlı, güvenilir ve tarafsız bir şekilde uygulanmasında tasarlanabilecek en iyi yöntem olarak ifade edilmiştir⁶⁹.

⁶⁴ County Court Act 1984, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/28/section/11>.

⁶⁵ Courts Act 2003, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/39/section/11>.

⁶⁶ Robert Stevens, “Judicial Independence in England: A Loss of Innocence”, in *Judicial Independence in the Age of Democracy Critical Perspectives from around the World* University Press of Virginia, ed. Peter H. Russel/ David M. O’Brain (Charlottesville and London: 2001), 159.

⁶⁷ Mary L. Volcansek, “England”, in *Judicial Misconduct*, ed. Mary L. Volcansek (Florida: 1996), 81-82.

⁶⁸ John Paul Jones, “Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum”, *Demokrasi ile İlgili Meseleler Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi: Ülkedeki En Yüksek Mahkeme*, 10/1 (Nisan 2005), s. 13, (Erişim Tarihi 08.07.2023), https://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf.

⁶⁹ A. Hamilton, “The Judiciary Department” in *The Federalist Papers*, ed. J. Madison, A. Hamilton/ J. Jay (New York: 1788), (Erişim Tarihi 14.08.2023), http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html.

Başka bir deyişle bu kural görev süreleri içinde, kendilerini atayanların görevden alma tehditlerine karşı hâkimleri korumayı amaçlayan önemli bir düzenlemedir⁷⁰.

ABD Anayasası'nda azil yasağı güvencesinin istisnası impeachmenttır⁷¹. ABD'de hâkimler federasyonun bir memuru olarak görüldüklerinden impeachment usulüne tabidirler. Bu anlamda hâkimleri azletme yetkisinin de Kongre'ye verildiği görülmektedir⁷². Anayasa'nın 2. maddesine göre Başkan, başkan yardımcısı ve diğer bütün memurlar hakkında rüşvet, vatana ihanet veya diğer ağır cürüm ve kabahatler nedeniyle impeachment usulü işletilmektedir. Eyaletlerde bu nedenlere ek olarak başka nedenlerle de hâkimler için impeachment usulünün işletilmesi mümkündür. Görevi kötüye kullanma, görevi ağır ihmal, ağır ahlaksızlık, kötü yönetim, sarhoşluğu alışkanlık haline getirme vb bu nedenler arasındadır⁷³. Bahsedilen fiillerle hâkimleri suçlandırma yetkisi Temsilciler Meclisi'ne, yargılama yetkisi ise Yüksek Mahkeme Başkanı başkanlığında Senato'ya verilmektedir⁷⁴. Yargılamayı gerçekleştiren Senato'nun üçte iki çoğunluğu ile bir hâkim görevden alınabilmektedir. Impeachment usulü, zaman israfına neden olan hantal bir yöntem olarak görülmekte ve sadece ağır yargısal kusurlu davranışlar söz konusu olduğunda uygulanabilmektedir. Bu yöntemle 15 federal hâkim Temsilciler Meclisi tarafından suçlanmış bunlardan sadece 8'i Senato tarafından mahkûm edilmiş ve görevden alınmıştır⁷⁵. Bu usulün olumsuz bir yanı sürecin

⁷⁰ ABD Anayasası, (Erişim Tarihi 23.06.2023), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.

⁷¹ Impeachment hakkında yazılı bir suçlama ile başlatılan kamu görevlisinin yarı siyasi bir mahkeme tarafından yargılanmasıdır. Drew E. Edwards, "Judicial Misconduct and Politics in the Federal System: A Proposal for Revising the Judicial Councils Act". 75 Cal Review (1987): 1071.

⁷² Kasım Erdem, "Anayasal Organlar ve Kuvvetler Ayrılığı", içinde ABD Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, ed. Semra Gökçimen (Ankara: TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlığı Yayınları, 2019), 2.

⁷³ James J. Alfini/ Steven Lubet/ Jeffrey M. Shaman/ Charles G. Geyh, Judicial Conduct and Ethics, (USA: LexisNexis, 2013), 15-5.

⁷⁴ John P Sahl, "Secret Discipline in the Federal Courts – Democratic Values and Judicial Integrity at Stake". Notre Dame Law Review 70/2 (1994): 202.

⁷⁵ Douglas Keith, Impeachment and Removal of Judges: An Explainer, Brennan Center for Justice, (Erişim Tarihi 23.10.2023), <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/impeachment-and-removal-judges-explainer>.

siyasi etkiye açık olma olasılığı taşınması ve hâkimlerin siyasi nedenlerle görevden alınmalarına yol açmasıdır⁷⁶. Bir diğer olumsuz yanı impeachmentın sadece iyi hali sürdürmeyen hâkimlerin görevden alınmasına izin vererek suç işlememekle birlikte sağlık durumu iyi olmayan ya da çok yaşlı kişilerin görevlerini sürdürmelerine imkân tanımasıdır⁷⁷. Örneğin, Oliver Wendell Holmes, ABD Yüksek Mahkemesinden emekli olduğunda 90 yaşındaydı⁷⁸. Uzun bir süre Yüksek Mahkeme üyeliği görevini sürdürmüş olan Yargıç Ruth Bader Ginsburg görevde iken kanserle mücadele etmiş, 18 Eylül 2020'de 87 yaşında ölene kadar mahkemede hizmet vermeye devam etmişti⁷⁹.

Impeachment usulü dışında bazı Eyaletler hâkimlerin görevden alınmasına yönelik farklı usuller benimsemişlerdir. Hâkimin suç teşkil eden eylemi impeachment usulünün işletilmesi için yeterli görülmediğinde Eyaletin yasama erkinin Eyalet valisinden talep etmesi üzerine hâkimin azledilmesi mümkündür. Adress metodu⁸⁰ (Resolution of Address) olarak nitelendirilen bu usul resmi bir soruşturma niteliğinde olmasa da hâkim bilgilendirilmekte ve sözlü savunma haklarına sahip olmaktadır. Bu metot, pek çok Eyalette benimsenmekle birlikte nadiren uygulanmaktadır⁸¹. Buna rağmen bu metodun uygulandığı ve hâkimin azli ile sonuçlanan örneklerinden anlaşılmaktadır ki bu metot hâkimlerin popüler karar vermeye zorlandığı, üzerlerinde baskı kurulduğu bir araç haline gelme riski taşımaktadır. Bu açıdan yargı bağımsızlığını zedelediği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmaktadır⁸².

⁷⁶ Schoenbaum, 5.

⁷⁷ Schoenbaum, 7.

⁷⁸ Elliot Bulmer, *Judicial Tenure, Removal, Immunity and Accountability*, (International IDEA Constitution-Building Primer 5, 2017), 7.

⁷⁹ Robert Longley, "US Supreme Court Retirement Benefits", ThoughtCo, Apr. 16 (2022), (Erişim Tarihi 17.08.2023), <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>.

⁸⁰ Hakimlerin görevden alınmasına izin veren az sayıdaki eyaletten on beşi, yasama organının yürütme organına yargıçların görevden alınması için dilekçe verdiği bu metod, Arkansas, Connecticut, Maine, Maryland, Massachusetts, Mississippi, New Hampshire, Güney Carolina, Texas ve Wisconsin eyaletlerinde uygulanmaktadır. John T Nugent, "Removal of Judges". *Journal of Legislation*, Vol.6/ 140 (1979):142.

⁸¹ Alfini/Lubet/Shaman/Geyh, 15-9.

⁸² Alfini/Lubet/Shaman/Geyh, 15-10.

Federal Almanya’da hâkimler mevcut kanunlara kasti olarak aykırı davranmadıkça görevlerinden azledilememektedir. Anayasa’nın 97. ve 98. maddeleri⁸³ azil yasağına ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Anayasa’nın 97/2. maddesi kesin ve asıl görevli olarak kadroya atanan hâkimlerin görev süreleri sona ermeden ancak mahkeme kararıyla ve kanunların öngördüğü neden ve usulle azledilebileceğini düzenlemektedir. Anayasa’nın 98/2. maddesinde hâkimlerin azledilmesine yönelik talebin Federal Meclis’ten geleceği yer almaktadır. Hâkimlerin azline karar veren mercii ise yüksek yargı mercii olan Federal Anayasa Mahkemesidir. Mahkeme, bir hâkimin azil kararını nitelikli bir çoğunluk olan üçte iki çoğunlukla verebilmektedir. Federal Hâkimler Kanunu’nun 24. maddesinde hâkimlerin ceza kanununda düzenlenen ağır hapis, vatana ihanet dolayısıyla hapis, kasten işlenmiş bir fiil dolayısıyla bir yıl ve daha fazla hapis, kamu haklarından yasaklanma, memur olma hakkından mahrumiyete yol açan mahkumiyet ile Anayasa’nın 18. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kararı ile hâkimin temel haklarını kaybetmesine ilişkin mahkeme tarafından verilen hükmün kesinleşmesi durumlarında re’sen görevinden azledilebilmektedir⁸⁴.

Fransız Anayasası’nın 64/4. maddesi hâkimlere azil yasağı güvencesi getirmektedir. Bu güvencenin istisnaları ise ağır cezayı gerektiren bir suçtan dolayı hâkimin hüküm giymesi, görevinin gereğini yerine getiremeyecek düzeyde sürekli bir hastalığa yakalanması; hâkimlik şerefi ve itibarı ile bağdaşmayacak bir hayat tarzına sahip olmasıdır. Hâkimlerinde görevden azledilmeleri kararını Yüksek Hâkimler Konseyi vermektedir. 22 Aralık 1958 tarih ve 58-1271 sayılı, Kanun’un 45. maddesinin 6 ve 7. bendlerine göre, hâkimin azli üç şekilde gerçekleştirilebilmektedir: Bakanlık emrine alınma, emeklilik hakkı etkilenmeden görevden uzaklaştırılma veya emeklilik hakkından mahrum edilmek suretiyle görevden uzaklaştırılmadır⁸⁵. Adalet

⁸³ Federal Alman Anayasası, (Erişim Tarihi 05.07.2023), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>.

⁸⁴ Seibert-Fohr, Anja, “Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany” in *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, ed E. Riedel, R. Wolfrum, (Springer Berlin/Heidelberg/New York: 2006), 284.

⁸⁵ Loi Organique No 58-1270 of 22 decembre 1958, (Erişim Tarihi 06.07.2023), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000339259>.

Bakanı, hakkında şikâyet veya kovuşturmayı haklı gösterecek bir ihbarın yapılması halinde hâkimi soruşturmanın sonuçlandırılmasına kadar görevden uzaklaştırabilmekte ve soruşturma dosyasını Konsey'e göndermektedir. Konsey, bir üyesini raportör olarak soruşturmayı yürütmekle görevlendirmektedir. Hakkında soruşturma başlatılan hâkimin savunması alınmaktadır. Hâkimin geçerli bir mazereti bulunmadıkça Konsey'de bizzat bulunmak zorundadır. Bulunmaması halinde karar huzurunda verilmiş sayılmaktadır. Konsey'in disiplin kurulu olarak verdiği kararlar kesin nitelikte olup, bu kararlara karşı itiraz mümkün değildir⁸⁶.

1982 Anayasası'nın 139. maddesinde hâkimler için azledilmeme güvencesi getirilmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu güvenceye getirilen istisnalar düzenlenmiştir. Anayasada yer alan bu düzenleme 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda benzer ifadelerle yerini almıştır. Buna göre, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymek Anayasada ve Kanunda azil yasağına getirilen bir istisnadır⁸⁷. Azli gerektiren bir diğer istisna, Kanun'un 69. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında yer almaktadır. Buna göre, disiplin cezasının uygulanmasını gerektiren fiil, suç teşkil etmese ve mahkumiyeti gerektirmese bile mesleğin onurunu ve şerefini, memuriyetin nüfuz ve itibarını bozacak nitelikte görüldüğü takdirde meslekten çıkarılmasına karar verilir. Meslekten çıkarma kararı Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından alınmaktadır. Bu fıkranın öncekilerden farkı, diğer fıkralarda azil için bir mahkeme kararı gerekirken bu fıkrada mahkeme kararı aranmaksızın Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na azil gibi önemli bir konuda geniş bir takdir yetkisi verilmesidir. Bu noktada hâkimlik mesleğinin şeref ve onurunun korunması için aykırı bir tutum ve davranış gösteren hâkimlerin görevden alınması yerinde olmakla birlikte istisnai olarak uygulanması oldukça mühimdir. Aksi halde bu hüküm

⁸⁶ Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, 33.

⁸⁷ HSK m. 69/2: "68 inci maddenin (e) bendinde yazılı hallerden dolayı hangi sınıf ve derecede olursa olsun iki defa, diğer hallerden dolayı bir derecede iki veya derece ve sınıf kaydı aranmaksızın üç defa yer değiştirme veya derece yükselmesinin durdurulması cezası almış olmak veya taksirli suçlar hariç olmak üzere, altı aydan fazla hapis veya affa uğramış olsa bile 8 inci maddenin (h) bendinde yazılı suçlardan biri ile kesin hüküm giymek meslekten çıkarılmayı gerektirir".

hâkimlik teminatının önemli bir unsuru olan azil yasağı ilkesini zedeleyebilecek bir düzenleme haline gelebilecektir. Diğer yandan yüksek dereceli hâkimlerden oluşan ve bağımsız bir Kurul⁸⁸ tarafından azil kararının verilmesi hâkimler için güvence teşkil etmektedir⁸⁹.

B. Emekliye Sevk Edilememe

Hâkimlerin göreve başladıktan sonra belirli bir yaştan önce ve kendisi tarafından görevden ayrılma isteği olmaksızın emekliye sevk edilememesi gerekir. Bu güvencenin hâkimler açısından büyük bir önem taşıdığına şüphe yoktur⁹⁰. Hâkimlerin kendileri istemedikçe anayasada veya kanunlarda belirtilen yaştan önce re'sen emekliliğe sevk edilememeleri hâkimlik teminatının bir gereğidir. Her ülke kendi şartlarına göre emeklilik yaş sınırını belirlemede bazılarında yüksek mahkeme hâkimleri ömür boyu görevde kalabilmektedir.

İngiltere'de 1993 Judicial Pensions and Retirement Act'in⁹¹ 26. maddesine göre mahkeme üyeleri 70 yaşında emekli olmaktadır. Bu yaş sınırının yeniden gözden geçirilmesine yönelik çeşitli girişimler olmuştur. Bu girişimlerden biri Yargı Atama Komisyonu Başkanının (Chair of the Judicial Appointments Commission) 70 yaş olarak belirlenen emeklilik yaşının yeniden gözden geçirilmesi için çağrıda bulunmasıdır. Başkan bu çağrısının gerekçesinde, yargıda tecrübe edinmiş mahkeme üyelerinin güvence altına alınması ve korunması gerektiğini

⁸⁸ HSK'nın bağımsız nitelikte olup olduğu hususu tartışmalıdır. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında HSK'nın yapılanması büyük ölçüde değiştirilmiştir. Kurulun 7 üyesi TBMM tarafından seçilirken 4 üyesi Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Değişikliğe karşın Kurul üyesi olarak bırakılan Adalet Bakanını ve Bakanlık müsteşarını da Cumhurbaşkanının atadığı düşünüldüğünde Cumhurbaşkanına 6, TBMM'ye 7 üyelik bırakıldığı söylenebilir. Sistemin Cumhurbaşkanının TBMM'ye de hâkim olması düşüncesi üzerine kurulduğu da göz önünde bulundurulduğunda seçilmiş cumhurbaşkanı ve aynı partiden seçilmiş milletvekillerinin belirleyeceği kurul üyelerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışmalıdır. 2017 Anayasa değişikliği ile öngörülen seçim usulü seçme yetkisini siyasi makamlara vermesi açısından eleştiriye açıktır. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (Bursa: Ekin Yayınları, 2020), 1183.

⁸⁹ Ünal, *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*, 31.

⁹⁰ Anayurt, 739.

⁹¹ Judicial Pensions and Retirement Act 1993, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/8/contents>.

böylece yaptıkları işte teşvik edilmeleri ve mümkün olduğunca uzun bir süre görevde kalmalarının yargı açısından önemli bir kazanım olduğuna işaret etmektedir⁹². Benzer bir görüşe sahip olan eski Yüksek Mahkeme Başkanı, emeklilik yaşının büyük bir tecrübe ve yetenek kaybına neden olduğunu belirtmektedir⁹³. 1993 Kanun, emeklilik yaşını 70 yaş olarak sınırlamakla birlikte Lord Şansölye'nin uygun görmesi ile hâkimlerin 75 yaşına kadar görevde kalmaları da mümkündür.

ABD hukukunda hâkimler görevlerini ömür boyu sürdürmektedirler. Hâkimlerin emekli olması sadece talepleri doğrultusunda mümkündür. ABD'de re'sen emeklilikten bahsetmek mümkün değildir. 65 yaşını doldurdukları ve belirli süre hizmet sağlama şartını⁹⁴ yerine getirdikleri takdirde bu hâkimler emekli olmayı talep edebilmektedir ve bu durumda maaşlarının tamamını almaya devam etmektedirler. Hâkimler emekliye ayrıldıklarında da birçoğu, herhangi bir ek ödeme almaksızın tam veya yarı zamanlı olarak kıdemli hâkim sıfatı ile davalara bakmaya devam etmektedirler⁹⁵.

Alman hukukunda hâkimler önce hâkim yardımcısı olarak atanmakta bu şekilde belirli bir süreyi doldurduktan sonra ömür boyu görev yapmak üzere atanmaktadırlar. Hâkim yardımcıları bu süre içinde kişilik ve mesleki yeterlilik açısından hâkim olmaya layık görülürlerse kesin olarak atanmaktadırlar. Kesin olarak atanan hâkimler 65 yaşına kadar görevlerini sürdürmektedirler. Hâkimin re'sen emekliye sevk edilmesi mümkün değilken Anayasa'nın 98/2. maddesiyle buna bir istisna getirilmektedir. Buna göre "*Bir hâkimin görevde veya*

⁹² Stephen Hardy, "Judicial Retirement Age – Putting The Rationale On Record". Amicus Curiae, Issue 108 (Winter 2016): 23.

⁹³ Owen Bowcot, "Allow judiciary to work until 75, says Britain's most senior judge", (Erişim Tarihi 15.07.2023), <https://www.theguardian.com/law/2017/mar/29/allow-judiciary-to-work-until-75-says-britains-most-senior-judge>.

⁹⁴ Emeklilik yaş ve hizmet süreleri şu şekildedir: 65 yaş-15 yıl hizmet süresi; 66 yaş-14 yıl hizmet süresi; 67 yaş-13 yıl hizmet süresi; 68 yaş-12 yıl hizmet süresi; 69 yaş-11 yıl hizmet süresi; 70 yaş-10 yıl hizmet süresi. 28 U.S. Code. §371 Retirement on Salary; Retirement in Senior Status (c), 28 USC Ch. 17: Resignation And Retirement Of Justices And Judges, (Erişim Tarihi 18.07.2023), <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/371>.

⁹⁵ Elliot Ash/ W. Bentley Macload, Mandatory Retirement For Judges Improved Performance On U.S. State Supreme Courts, NBER WORKING PAPER SERIES, Working Paper 28025, 10, (Erişim Tarihi 25.07.2023) <http://www.nber.org/papers/w28025>.

görev dışında Anayasa'da düzenlenen ilkeleri veya federe devletin anayasal düzenini ihlal etmesi halinde Federal Meclis'in başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi, üçte iki çoğunlukla alacağı karar üzerine söz konusu hâkimin emekliye sevk edilmesine karar verebilir". Bu durumda federal hâkimin re'sen emekliye sevk edilmesi ancak Federal Millet Meclisi'nin talebi ve bu talebin Anayasa Mahkemesi tarafından nitelikli bir çoğunlukla kabulü halinde mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi hâkimleri ise görev süreleri 12 yıl olmakla birlikte 68 yaşına kadar görevlerine devam edebilmektedirler. Ayrıca Federal Hâkimler Kanunu 34. maddesinde ömür boyu veya belirli bir süre için görev yapan bir hâkimlerin, yazılı rızası olmaksızın ancak yasal olarak bağlayıcı bir yargı kararına dayanılarak iş göremezlik gerekçesiyle emekliye sevk edilebileceklerini düzenlemektedir⁹⁶.

Fransız Anayasası hâkimlerin emekliliğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemekte, Anayasa'nın 64. maddesine dayanarak hâkimlerin statüsü kanunlarla düzenlenmektedir. Devlet memurları için geçerli olan emeklilik yaşı, Sivil ve Askeri Emeklilik Kanununun L-2 maddesine göre, Kanunun uygulandığı hâkimler için de geçerlidir. Kanunun L-25 maddesinde öngörülen emeklilik yaşı 2010 tarihli Emeklilik Reformu Kanunu ile 62 olarak belirlenmiştir. Buna göre, hâkimler 62 yaşında kendi isteği ile emekliye ayrılabilen 67 yaşına kadar çalışabilmektedirler⁹⁷. Yüksek Mahkeme hâkimleri için emeklilik yaşı 70'e kadar çıkabilmektedir⁹⁸. Bu açıdan hâkimlerin re'sen emekliye sevk edilmelerinin mümkün olmadığı görülmektedir. 2023 tarihli yeni Emeklilik Reformunda ise yaş sınırı artırılarak asgari emeklilik yaşı 64 olarak belirlenmiştir.

Hâkimlerin belirli bir yaştan önce emekliliğe sevk edilememeye teminatı Türk hukukunda anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 140. maddesine göre hâkimler 65 yaşını bitirinceye kadar görevlerini yerine getirirler. Bu yaştan önce bir hâkimi re'sen emekliye sevk etmek mümkün değildir. Bu yaş sınırı hayat ko-

⁹⁶ Deutsches Richtergesetz (DRiG), <https://www.gesetze-im-internet.de/drig/DRiG.pdf>, (Erişim Tarihi 05.10.2023).

⁹⁷ Ministère de la Justice et des Libertés, *Projet De Loi Organique Relatif A La Limite D'age Des Magistrats De L'ordre Judiciaire*, (Novembre 2011): 5, (Erişim Tarihi 11.07.2023), <https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl4000-ei.pdf>.

⁹⁸ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, 90.

şulları ve çağın gerçeklerine pek de uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmaktadır. 65 yaş sınırının bilgi ve tecrübenin verimli kullanılacağı bir dönem olması nedeniyle artırılması gerektiği keza demokratik devletlerin çoğunda bu sınırın daha yukarı yaşlara çekildiği ifade edilmektedir⁹⁹.

C. Mali Teminat

Hâkimlerin mali açıdan teminatlı olmaları yargının bağımsızlığını temin etmenin önemli bir faktörüdür. Hâkimlerin mali açıdan kendilerini güvende hissetmeleri özne bağımsızlıklarını garanti etmektedir¹⁰⁰. Maddi kaygılar taşıyan bir hâkimin objektif ve adil kararlar vermesini beklemek oldukça güçtür. Hâkimler, vereceği kararlar nedeniyle mali imkânlarından yoksun bırakılma endişesi taşıdıklarında yargının bağımsızlığını sağlamak zorlaşacaktır. Özellikle hâkimlere keyfi maaş kesintilerine karşı yasal bir güvence getirilmesi mali teminatın önemli bir bölümünü oluşturur. Diğer yandan hâkimlerin icra ettikleri yüksek göreve uygun bir hayat seviyesine kavuşturulmaları gerekir¹⁰¹. Uluslararası belgelerde hâkimlerin maaş ve emekli aylığı hakkının siyasi organlar tarafından azaltılması veya askıya alınması suretiyle manipüle edilmesini önleyecek nispette kanunen belirlenmesi, mesleklerinin onuru ve taşıdıkları sorumluluk ile orantılı olması ve ülkenin ekonomik göstergeleri doğrultusunda periyodik olarak gözden geçirilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰². Aynı zamanda mali

⁹⁹ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı, 45.

¹⁰⁰ Dursun, 95.

¹⁰¹ Ünal, Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 39.

¹⁰² Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, para. 26, (Erişim Tarihi 25.09.2023), https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/commentary_on_the_bangalore_principles_of_judicial_conduct/bangalore_principles_turkish.pdf; BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkında Temel İlkeler”, İlke 11, (Erişim Tarihi 25.09.2023); <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, İlke I/2a (ii), (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://www.anayasa.gov.tr/media/3665/cmrec199412trjudgesindependencerefficiencyresponsibilities.pdf>; Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, para. 6.1, 6.2, 6.4, (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf>.

teminat hâkimlerin doğum, hastalık, yaşlılık, ölüm gibi risklere karşı güvende olmasını da kapsamalıdır¹⁰³.

Yargının bağımsızlığını temin eden mali teminatın tam bir güven-
ce anlamına gelebilmesi için aylık ve ödeneklerin tespitinin nasıl yapı-
lacağı oldukça önemlidir. Zira aylık ve ödeneklerin tespiti yargı üze-
rinde baskı aracına dönüşebilmektedir. Hâkimlerin aylık ve ödenekle-
rinin belirlenmesinde yasama veya yürütme erkleri önemli bir role
sahiptir. Yasama hâkimlerin maaş ve ödeneklerinin tespitinde etkin
bir aktördür. Pek çok devlet, hâkimlerin maaşlarını veya en azından
maaşın belirlenmesine ilişkin koşulları kanunla düzenlemektedir.
Kimi zaman da yürütme, maaşların belirlenmesinde rol oynayabil-
mektedir. Örneğin, İngiltere’de hükümetin özel bir görevlisi olan Lord
Şansölye, maaşların belirlenmesinden sorumludur¹⁰⁴.

İngiltere’de hâkimlerin maaşları genel bütçe dışında tutulmakta-
dır. Bu sayede parlamentonun hâkimlere mali yönden baskı yapması
önlenmeye çalışılmıştır. İngiltere’de hâkimlerin maaşları konsolide
bir fondan (Consolidated Fund) ödenmektedir¹⁰⁵. Bununla birlikte
İngiltere’de sulh hâkimleri gönüllülük esasına dayalı olarak görev
yapmakta olup bu nedenle yerine getirdikleri hizmet karşılığında ma-
aş almadıkları yalnızca sosyal yardım (subsistence allowance), yol
masrafı ve görev aldıkları saatler içerisinde ortaya çıkan ekonomik
kayıplarını talep edebilmelerinin mümkün olduğu görülmektedir¹⁰⁶.
Yüksek Mahkeme hâkimlerinin maaşları Lord Şansölye ve Adalet Baş
Lordu’nun ortak görüşü doğrultusunda çıkarılacak bir kanunla belir-
lenmektedir. Diğer hâkimlerin maaşları da Lord Şansölye ve Adalet
Baş Lordu’nun teklifi ile kararlaştırılır.

¹⁰³ Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı., para. 6.3.

¹⁰⁴ Adam Blisa, “Judicial Salaries as a Component of Judicial Independence”, (Diploma Thesis, Masaryk University, Faculty of Law and Legal Science Department of Constitutional Law and Political Science 2015/2016), 32.

¹⁰⁵ The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts (2021-2022), 123, (Erişim Tarihi 28.09.2023), www.gov.uk/official-documents.

¹⁰⁶ Thomas Lundmark, *Charting the Divide Between Common and Civil Law* (New York: Oxford University Press, 2012), 234.

ABD’de Kongre, hâkimlerin maaş derecelerini yaptığı işe göre belirlemektedir. Anayasa’ya göre hâkimler görevde kaldıkları süre içinde hizmetleri karşılığında bir maaş alırlar. Yargının bağımsız olmasını sağlamak ve -en azından teoride- hâkimlerin siyasi partizan baskılara boyun eğmesini önlemek için Anayasa hâkimlerin maaşlarının görevdeyken azaltılmayacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Impeachment ile hakimler suçla itham edilmelerinde dahi ücretlerinden yoksun kalmaktadırlar¹⁰⁸. Hâkimlerin maaş derecesi Kongre üyelerinin maaşlarından az olmamaktadır.

Almanya’da hâkimlerin mali teminatına ilişkin anayasal ve yasal düzeyde düzenlemeler bulunmaktadır. Alman Anayasası’nın 97/2. maddesine göre hâkimler mahkemelerin kuruluş veya yargı çevresinin değiştirilmesi halinde, maaşlarını kesintisiz almak koşuluyla, başka bir mahkemeye atanabilecek veya görevden alınabilecektir. Federal Hâkimler Kanunu’nun 32. maddesindeki düzenlemeye göre ise görevli olduğu mahkemenin veya yargı çevresindeki organizasyonun değiştirilmesi durumunda hâkime aynı temel maaş veya bundan düşük bir temel maaş ile başka bir yargı makamı görevi verilmektedir. Başka bir yargı makamında hâkimin istihdamı mümkün değilse görevden alınabilmektedir.

Fransa’da Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Kanuna Dair Yönetmeliğin 42. maddesine göre, hâkimlerin maaşı Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenmektedir. Böylece hâkimlerin aylık ve ödeneklerinin tespitinde yürütmenin etkili olduğu görülmektedir. Bununla birlikte hukuki düzenlemelerle hâkimlere mali açıdan bazı güvenceler de getirilmektedir. Yönetmeliğin 69. maddesine göre, bir hâkimin sağlık durumu, görevini yerine getirmesine engel teşkil ediyorsa, Adalet Bakanı, uzun süreli hastalık izni verilmesi amacıyla konuyu ulusal sağlık komitesine havale etmektedir. Bu durumda hâkimin görevden uzaklaştırılması mümkün olmakla birlikte maaşında kesinti yapılmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Longley, “US Supreme Court Retirement Benefits”.

¹⁰⁸ Sheldon Goldman, *Constitutional Law and Supreme Court Decision – Making And Essay*. (New York: HarperCollins Publishers, 1982):14.

¹⁰⁹ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, (Erişim Tarihi 30.09.2023), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000339259>.

1982 Anayasası'nın 140/3. maddesinde hâkimlerin aylık ve ödeneklerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esas alınarak kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 102. maddesinde maaş miktarının tespitine¹¹⁰, 103. maddesinde, hâkimlere verilen kıstas aylığın hâkimin Yüksek Mahkeme başkanı ve üyesi olması ile birinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve derecesine göre farklılık göstereceğine yer verilmektedir. Ancak bu düzenlemelerin yargı bağımsızlığı açısından sıkıntı doğurabilecek bir yanı bulunmaktadır. Zira bu düzenlemelere göre hâkimlerin aylık ve ödeneklerinin tespiti yasamanın ve hükümetin takdirindedir. Bu açıdan tam anlamıyla mali güvencenin sağlanamaması ideal anlamda hâkimlik teminatı bakımından eleştirilebilir bir durumdur¹¹¹. Kanundaki düzenlemeye yöneltilebilecek bir eleştiri de hâkimlerin derece ve sınıflara ayrılarak kıstas aylığın belirlenmesidir. Maaşın tespitinde kullanılan bu karmaşık usul yerine hâkimlerin ilk derece mahkemesi, Bölge Yüksek Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi hâkimi olarak üçe ayrılması ve her bir gruba giren hâkime aynı maaşın ödenmesi önerilmektedir. Böyle bir usulün, hâkimin mali teminatını gerçek anlamda sağlayacağı düşünülmektedir¹¹². Mali teminata ilişkin önemli bir güvence de Anayasa'nın 139. maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkimler bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

D. Hâkimlerin Görevleriyle Bağdaşmayan İşleri Yapamaması

Hâkimlerin görevleriyle bağdaşacak başka işler yapmak istemeleri halinde buna imkân tanımak gerekir. Aksi bir durumda yani yaptıkları görevle bağdaşmayacak bir iş yapmak istemeleri durumunda anayasal veya kanuni düzenlemelerle bunu engellemek mümkündür.

¹¹⁰ "Kıstas aylık; en yüksek devlet memuruna mali haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarını", yargı ödeneği ise görevin niteliği ve gereği olarak Kanun'un 106. maddesinde gösterilen oranda hesaplanan tutarı ifade eder".

¹¹¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), 855.

¹¹² Dursun, 96.

Burada önemli olan hâkimler tarafından yapılmak istenen işlerin hâkimin tarafsızlığına gölge düşürmemesidir¹¹³. Uygulamadaki örneklerine bakıldığında hâkimlerin yapabilecekleri ve yapamayacakları işlerin mevzuatla belirlendiği görülmektedir.

Bağdaşmazlık olarak ifade edilen hâkimin göreviyle bağdaşmayan bir görevi üstlenmemesi Batı demokrasilerinde anayasal bir ilke olarak benimsenmektedir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel bir gereği olarak kuvvetler arasında organik ve fonksiyonel ayrılık sağlanmakta ancak bazı durumlarda bu organlarda görev yapan görevliler açısından bu ayrılık sağlanamamaktadır. Bu nedenle kuvvetlerin açık ve net ayrılığının farklı erklerde görev yapan görevliler açısından da sağlanması gerekmektedir¹¹⁴. Nitekim Almanya'da Federal Hâkimler Kanunu'nun 4. maddesi, bir hâkimin aynı anda hem yargı yetkisine hem de yasama ve yürütme yetkisine ilişkin işlevleri yerine getiremeyeceğini düzenlemektedir. Hâkimler adliye yönetimi dışında kamu veya özel sektörde görev alamazlar¹¹⁵. Kanun'un 4. maddesinin 2. fıkrasında bu kurala istisna getirilmekte hâkimlerin yargısal işlevlere ek olarak yapabilecekleri görevler sayılmaktadır. Buna göre, bir hâkimin mahkemenin idari işleri ile kanunla verilmiş diğer işlere bakabileceği belirtilmektedir. Ayrıca hâkim üniversitede, kamu eğitim kurumlarında ders verebilecek veya bilimsel araştırma yapabilecektir. Federal Personel Temsilciliği Kanunu'nun 73. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi kapsamında uzlaştırma organlarının başkanlığını da yürütebilecektir¹¹⁶.

Amerikan Barolar Birliği Yargısal Davranış Kodu (2007) 3.11 (A) maddesinde hâkimin ve aile fertlerinin yatırım yapabileceği belirtilmektedir. 3.11(B) maddesinde hâkimin herhangi bir işyerinin çalışanı, danışmanı, yöneticisi, görevlisi ve partneri olamayacağı belirtil-

¹¹³ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 27.

¹¹⁴ Fritz Decker/ Eric Gerner/ Hans Kaufman, Deutsches Richtergesetz (Köln- Berlin-Bonn- München: 1963), 78.

¹¹⁵ Ferdinnad Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung (München: C. H. Beck, 2005), 9; Konrad Redeker / Hans-Joachim Von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar (Stuttgart: Kohlhammer, 2004), 46.

¹¹⁶ Deutsches Richtergesetz (DRiG), (Erişim Tarihi 05.10.2023), <https://www.gesetze-im-internet.de/drig/DRiG.pdf>.

mektedir¹¹⁷. Hâkimler yürütme erkinde görev alamamaktadırlar. Üniversitelerde hukuk dersleri vermeleri, hukukun gelişmesi ile ilgili çalışmalar yapması mümkündür. Hâkimlik dışında yapılan bu işlerin önemli bir zaman almaması gerekmektedir. Ayrıca bu işlerden elde edilen gelirin hâkimin maaşının %15'inden fazla olmaması önemlidir¹¹⁸.

Fransız hukukunda hâkimliğin bütün kamu görevleri ve ücretli mesleklerle bağdaşmayacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte hâkimin önceden izin almaksızın edebi, ilmi ve sanatsal çalışmaları yapabildiği mümkündür. Bağlı olduğu mahkeme başkanından izin almak suretiyle hukuk dersleri verebilmekte; hâkimlik şerefini ve bağımsızlığını zedelemeyecek faaliyetlere girişebilmektedir. Ayrıca hâkimlerin savaş tazminatı, kamulaştırma, milletvekili seçim komisyonu gibi hukuki ve idari komisyonlarda görevlendirilmeleri mümkündür. Diğer yandan Fransız hukukunda, bir bölgede beş yıldan fazla noter, avukat veya adliye görevlisi olarak görev yapmış olanların o bölgede hâkimlik yapmaları yasaklanmıştır¹¹⁹.

1982 Anayasası'nın 140/5. maddesinde hâkimler ve savcılarının, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel bir görev almaları yasaklanmıştır. 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu 48. maddesinde hâkimlerin hâkimlik göreviyle beraber yürütebilecekleri mümkün olan işler sayılmaktadır. Buna göre, "*Hâkimler bilimsel araştırma ve yayınlar yapabilirler. Davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler... Hâkim ve savcılar, Adalet Bakanının izin vermesi koşuluyla adalet yüksekokulları ile hizmet öncesi, hizmet içi ve bir üst göreve hazırlama kurslarında meslek ile ilgili konularda ders ve konferans verebilirler. Hâkim ve savcılar, kanunlarda belirlenenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar,*

¹¹⁷ Sibel İnceoğlu, "Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler". Türkiye Barolar Birliği Dergisi 95 (2011): 104.

¹¹⁸ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 58.

¹¹⁹ Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, Art. 8-12, (Erişim Tarihi 06.10.2023), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT0000000339259>.

kazanç getirici faaliyetlerde bulunamazlar". Ayrıca Kanun'un 49. maddesine göre hâkimler "bilgi ve görgülerini artırmak, meslekleriyle ilgili staj ve araştırma yapmak, kurs, eğitim ve öğrenim görmek üzere seçilen ya da iç veya dış burstan yararlanan hâkim ve savcılar iki yılı; doktora yapmak üzere görevlendirilenler ise üç yılı aşmamak üzere Bakanlıkça yurtdışına gönderilebilir".

E. Coğrafi Teminat

Coğrafi teminat, hâkimlerin görevlerini yaparken kendilerini huzur ve güven içinde hissetmelerini sağlayan önemli bir güvencedir. Yer teminatı olarak da nitelendirilen coğrafi teminat, hâkimlerin rızası olmaksızın terfi ettirmek suretiyle dahi olsa buldukları yerden başka bir yere nakledilmemeleri anlamına gelmektedir. Bu teminat, hâkimlerin verdikleri kararlar sebebiyle haklarında zorunlu tayin ve nakil işlemleri yapılmasına engel olmayı amaçlamaktadır¹²⁰. Bir hâkimin vereceği karar neticesinde görev yerinin değiştirileceği endişesi taşınması durumunda o hâkimden adil, tarafsız ve objektif kararlar vermesinin beklenmesi oldukça güç olacaktır. Bu açıdan coğrafi teminat adalete, hukuka uygun kararlar verilmesini destekleyecek bir teminatır. Hâkimlerin kendi istekleri dışında görev yaptığı yerden başka bir yere nakledilmelerinin mümkün olması halinde coğrafi teminattan bahsedilemeyeceği gibi böyle bir durumda yargının tam anlamıyla bağımsız olmasından söz etmek de mümkün olmayacaktır¹²¹. Zira, kalkınma düzeyi yüksek, çeşitli imkânlarla erişimin daha kolay olduğu bir yerde görev yapan bir hâkimin daha az elverişli koşullara sahip bir yere naklen atanabilme ihtimali onun üzerinde baskı kurulmasına yol açacaktır¹²².

Coğrafi teminatın kapsamının ne olduğu üzerinde durulması gereken önemli bir ayrıntıdır. Bir ülkenin coğrafi koşulları, iklim değişiklikleri, sosyo-kültürel yaşam, ekonomik faktörler gibi farklılıkları nazara alındığında bu teminatın nasıl sağlanacağı oldukça önemlidir.

¹²⁰ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 26.

¹²¹ Ferman Demirkol, Yargı Bağımsızlığı (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991), 121.

¹²² Murphy, 152.

Zira bu teminat bazı hâkimler için imtiyaz bazıları içinse mahrumiyete katlanma yükümlülüğü getirmemektedir. Çeşitli olanaklar açısından daha avantajlı bir yerde görev yapan hâkimin emekli olana kadar bulunduğu yerde kalması ya da tam aksi bir ifadeyle bir ülkede diğer yerlere nazaran daha dezavantajlı bir yerde görev yapan hâkimin emekli oluncaya kadar bu yerde görevini sürdürmesi coğrafi teminata uygun bir yaklaşım değildir. Nitekim böyle bir durumda bazıları için imtiyaz anlamına gelen teminat bazı hâkimlerin mağduriyetine sebep olabilecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda dengenin sağlanması coğrafi teminatın temel gayesidir. Bunun da yolu hâkimlerin belirli sürelerle ülkenin çeşitli yerlerinde görev yapmalarının sağlanmasıdır¹²³. Ancak burada bu yöntemin her an atanma ve nakledilme endişesi altında hâkimlerin vereceği kararları etkileme potansiyeli taşımasına da dikkat edilmesi gerekmektedir.

Coğrafi teminat kurumu görev yerinin, ölüm, izin ve hastalık nedeniyle boşalması durumunda ve hakkında soruşturma başlatılan hâkimin soruşturmanın selameti açısından gerekli görüldüğü takdirde başka bir yere geçici yetkiyle görevlendirilmesi durumlarında veya yer değiştirme cezası dolayısıyla görev yeri değişikliğinde önem kazanmaktadır. Geçici görevlendirme, hastalık, izin veya ölüm gibi sebeplerle boşalmış bir mahkemedeki hizmetin aksamaması için bir başka hâkimin orada geçici olarak yetkilendirilmesidir. Bu açıdan geçici yetkilendirmenin hizmetin devamı için bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte coğrafi teminat açısından potansiyel bir tehlike içermesi nedeniyle geçici yetkilendirmenin siyasi bir baskı aracı olarak kullanılmaması için objektif esaslara bağlanması oldukça önemlidir¹²⁴.

İngiltere’de hâkimler için tam anlamıyla coğrafi teminatın güvence altına alındığı görülmektedir. Hâkimler emekli olana kadar atandıkları yerde görevlerine devam etmekte, yerlerinin değişmesi ise hemen hemen imkânsız kılınmaktadır¹²⁵. Üst derecedeki hâkimlerin görev yerlerinde bir boşalma olduğu takdirde, genellikle, görevde

¹²³ Kuru, Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı, 43-45.

¹²⁴ Kuru, Hâkim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı, 41.

¹²⁵ Özer, Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı, 99-100.

olan hâkimlerden birinin boşalan yere getirilmesi onun yerine ise dışarıdan yeni bir tayin yapılması usulü uygulanmaktadır¹²⁶.

Almanya coğrafi teminat konusunda anayasal bir düzenleme getirerek hâkimlerin ancak mahkeme kararıyla buldukları yerden başka bir yere atanabileceklerini kabul etmektedir¹²⁷. Anayasa'nın 97/2. maddesinde hâkimlerin görev süreleri sona ermeden ve rızalarına aykırı şekilde ancak mahkeme kararıyla, kanunların öngördüğü sebep ve usule uygun olarak azledilebilecekleri veya sürekli veya geçici olarak işten el çektirilebilecekleri, başka bir yere atanabilecekleri belirtilmektedir. Federal Hâkimler Kanunu'nun 32. maddesi hâkimin yazılı rızası olmaksızın mahkeme teşkilatında bir değişiklik olması durumunda başka bir göreve atanabileceğini belirtmektedir. Kanun'un 37. maddesinde ise geçici görevlendirme kurumuna yer verilmiştir. Bir hâkim ancak kendi rızasıyla belirli bir süre için geçici olarak görevlendirilebilir. Bir hâkimin yerini almak üzere bir hâkim, rızası olmaksızın bir mali yıl içinde en fazla üç ay süreyle aynı yargı kolundaki diğer mahkemelerde görevlendirilebilir.

Fransa'da Yargıçların Statüsüne İlişkin Kanuna Dair Yönetmeliğin 4. maddesine göre hâkimler için coğrafi teminat tanınmış, hâkimlerin rızası olmaksızın terfi için bile olsa başka bir yere atanamayacakları güvence altına alınmıştır.

Türk hukukunda hâkimler için coğrafi teminat bir güvence olarak tanınmamıştır. Yalnızca Anayasa'nın 140/3. maddesinde hâkimlerin geçici veya sürekli şekilde görev yerlerinin değiştirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 35. maddesine göre hâkimler, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun hazırlayacağı Atama ve Nakil Yönetmeliği'ne uygun olarak başka yerlerdeki eşit ve daha üst görevlere kazanılmış hak, aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanabileceklerdir. Aynı Kanun'un 77. maddesine göre ise

¹²⁶ Saim Üstündağ, "Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları". İBD XLVIII/ 4-8, İstanbul, (1977): 278.

¹²⁷ Mehmet Hakkı Gürpınar, "Almanya ve Avusturya'da Hâkimler ve Savcıların Atanma, Tayin ve Terfi İşlemleri ile Denetimleri ve Haklarında Yapılan Disiplin ve Ceza Kuvuşturmaları ya da Soruşturmalara Dair Esaslar". Adalet Dergisi, 33 (2009): 186.

hakkında soruşturma yapılan hâkimin göreve devam etmesinin, soruşturmaya yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, Hâkimler ve Savcılar Kurulunca geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına veya soruşturmanın sonuçlanmasına kadar geçici görevlendirme ile bir başka yargı çevresinde görevlendirilmesine karar verilebilmektedir. Coğrafi teminatla ilgili önemli bir düzenleme geçici yetkilendirme kurumudur. Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 20. maddesine göre, Adalet Bakanı gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda bir hâkimi geçici yetki ile 4 ay süreyle bir başka yargı çevresinde görevlendirebilmektedir. Bu usulün izin, hastalık, ölüm gibi bir sebeple boşalan mahkemenin işlerinin aksamaması gerekçesiyle getirilmiş olduğu kabul edilse de yargı bağımsızlığını tehlikeye düşüren sakıncaları içerdiği gözden kaçırılmamalıdır.

Coğrafi teminatın önem kazandığı bir başka husus, hâkimlerin seçim kurullarında yer almasına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Seçim kurullarında görev alan bir hâkimin görevi sebebiyle iktidar partisiyle veyahut diğer siyasi partilerle seçime ilişkin hususlarda alınan kararlar yüzünden sorun yaşaması muhtemeldir. Özellikle Adalet Bakanının aynı zamanda HSK Başkanı olması göz önünde bulundurulduğunda hâkimin rızası dışında başka bir yere nakledilmesi ihtimali söz konusudur. Bu noktada coğrafi teminatın güvence altına alınması hâkimin kendini güvende hissetmesini ve hukuka, adalete uygun bir tavır sergilemesini sağlayacaktır¹²⁸.

Coğrafi teminatın güvence altına alınmasına yönelik ülkemizde yaşanan somut gelişme Yargı Reformu Strateji Belgesinde yer almıştır. Buna göre, hâkimlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamak için güvencelerin artırılması gerekliliğinden bahsedilmiş, bu kapsamda anayasal ve kanuni düzeyde coğrafi teminatın belirli bir kıdeme sahip hâkim ve savcılar için kabul edilebileceği belirtilmiştir.

Doktrinde süreli coğrafi teminatın yargı bağımsızlığını sağlamak açısından daha elverişli olduğu düşünülmektedir¹²⁹. Bu düşüncenin gerekçelerinden biri uzun bir süre belirli bir yerde görev yapan hâkimin burada yaşayan insanlarla ilişki düzeyini zaman içinde artırması

¹²⁸ Demirkol, 125.

¹²⁹ Demirkol, 121-126.

ve yoğunlaştırmasıdır ki böyle bir tehlike mesleki faaliyetlerin olumsuz etkilenmesi potansiyeline sahiptir. Ayrıca bu risk içinde kişiler haksız olduklarında dahi haklarında verilen karara rıza göstermeyecek o yerde görev yapan hâkimlerin kendilerine karşı haksız bir tavır içinde oldukları düşüncesine kapılacaklardır. İkinci gerekçe ise meslek içi barışın sürdürülmesi açısından önemlidir. Buna göre sosyo-ekonomik açıdan farklı düzeylere sahip yerleşim yerlerinde görev yapan hâkimler arasında imkânlarla ulaşma bakımından ortaya çıkan eşitsizlik meslek içi barışı da tehdit edecektir¹³⁰.

V. Uluslararası Hukuk Belgelerinde Hâkimlik Teminatı

Yargı bağımsızlığının önemli bir unsuru olarak görülen hâkimlik teminatı, uluslararası hukuk belgelerinde de önemli bir yer işgal etmektedir. Uluslararası hukuk belgeleri hâkimlik teminatının standart ilkeleri ve kapsamı konusunda devletlere çeşitli tavsiyelerde bulunmaktadır.

2010 Hâkimlerin Bağımsızlığına ilişkin Venedik Komisyonu Raporu'nda hâkimlerin zorunlu emeklilik yaşına veya görev sürelerinin dolmasına kadar hâkimlik teminatına sahip olmaları gerektiğine yer vermektedir¹³¹. Venedik Komisyonu sürekli olarak hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilememesi ilkesinin anayasal olarak güvence altına alınmasını desteklemektedir. Bununla birlikte coğrafi teminatın mutlak nitelikte olmadığını ancak istisnai hallerde yer değiştirmenin mazur görülebileceği belirtilmiştir. Bu istisnai hallerden olan disiplin işlemlerinin Komisyonun Adli Atamalara Dair Raporu'nda yargı konseyleri veya disiplin mahkemelerince yürütülmesi gerektiğine işaret edilmektedir. Bununla birlikte, Komisyon disiplin mercilerinin kararlarının yargı denetimine açık olması gerektiğini savunmuştur.

¹³⁰ Demirkol, 126.

¹³¹ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Bölüm I: Hâkimlerin Bağımsızlığı Raporu, Edilmiştir (Venedik, 12-13 Mart 2010), (Erişim Tarihi 25.12.2023), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)004-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)004-tur).

Venedik Komisyonu, Raporda hâkimlerin mali teminatı konusunda maaşlarının kanunla teminat altına alınması ve maaş seviyelerinin hâkimlerin mesleki onurları ve sorumluluklarının ağırlığına uygun olması gerektiğini belirtmektedir. Komisyonun dikkat çektiği bir husus da maaşların hâkimlerin bireysel performanslarının ölçülmesine dayalı olarak değil belirli bir standarda sahip şeffaf, objektif kıstaslara dayalı olarak belirlenmesi gerektiğidir. Buna göre, dağıtımı, takdir marjına bağlı olan ikramiyelerin ve aynı yardımların kademeli olarak ortadan kaldırılması tavsiye edilmektedir. Eski sosyalist rejimler başta olmak üzere bazı ülkelerde hâkimler araç, lojman gibi aynı imkânlardan yararlandırılmaktadırlar. Hâkimlere tanınan bu imkânların temelde iki kaynağı vardır: birincisi merkezi planlama esasına göre malların sosyalist usul çerçevesinde dağıtım sistemidir. Bu sistemde hâkimler sahip oldukları makamın avantajı gereği konut gibi belirli imkânların temininde öncelikli gruplar arasında gelmektedir (para 47). İkincisi, sosyalizm sonrasında pazar ekonomisine geçiş dönemidir. Bu dönemde gayrimenkul fiyatlarında ciddi oranlarda artış yaşanmış, hâkimlerin kendilerine uygun konut edinme imkânı ortadan kalkmıştır. Bu nedenle konut tahsisi hâkim olmanın bir avantajı olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Özellikle mesleğe yeni başlayan hâkimlerin konut satın almalarının pek mümkün olmaması hâkimlere yönelik konut tahsisi uygulamasının sürdürülmesine yol açmıştır (para 48). Konut tahsisinin hâkimlerin özel durumları ve bireysel ihtiyaçları göz önünde bulundurularak yapıldığı gerekçe gösterilse de hâkimler arasındaki farklılık oluşturabilecek bu uygulamanın kolaylıkla usulsüz ve subjektif kıstaslara dayanan uygulamalara yol açabileceği göz önünde tutulmalıdır (para 49). Bu tür imkânların kanunla düzenlenmesi öngörülse dahi dağıtımları konusunda bir takdir marjının bulunması, yargı bağımsızlığına yönelik potansiyel bir tehdit kaynağı haline gelebilmektedir. Bazı ülkelerin sosyal adaleti temin etmek için aynı yardımların gerekli olduğu yönünde bir kanaate sahip olması, kısa sürede bu uygulamaya son verilmesini zorlaştırmakla birlikte Venedik Komisyonu bu tür imkânların kademeli olarak ortadan kaldırılmasını ve yerine uygun seviyede maaşlar ödenmesini tavsiye etmektedir.

Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulu (CCJE), zorunlu emeklilik yaşını doldurana kadar veya kanunla belirlenen görev süresi sona erene kadar hâkimlik teminatının sağlanmasını yargı bağımsızlığının temel unsurlarından biri olarak görmektedir. Hâkimlerin rızası dışında görev yerlerinin değiştirilmesi bir disiplin yaptırımı olarak uygulanmalıdır. Bu durumda hâkimlerin savunma haklarının tam olarak teminat altına alınması önemli görülmektedir. Ayrıca mahkeme veya görev yeri değişikliğinde herhangi bir disiplin işlemi veya statü değişikliğini gerektirecek fiilleri tanımlayan standartların geliştirilmesi önerilmektedir¹³².

CCJE, hâkimlerin mali teminatının sağlık ödemeleri ile emekli maaşını da kapsayacak şekilde genişletilmesini tavsiye etmektedir. CCJE 1 no.lu Görüşünde, yargı mensuplarının maaşlarının kesintilere karşı korunması gerektiği ve ekonomik göstergelere paralel bir şekilde maaş artışlarını sağlamak üzere gerekli hukuki düzenlemeler yapılmasının önemli olduğunu değerlendirmektedir.

Avrupa Şartı R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında hâkimlerin zorunlu emeklilik yaşı veya eğer varsa belirli bir hizmet süresinin doldurulmasına kadar devam edecek şekilde hâkimlik teminatından yararlanmaları gerektiği belirtilmektedir. Hâkimlerin azledilmelerinin ancak geçerli bir sebebe dayanması halinde mümkün olacağı belirtilmektedir. Buna göre, kanunda açıkça tanımı yapılmak kaydıyla bir suç işlenmesi veya disiplin hükümlerinin ihlali gibi sebeplerin varlığı halinde görevden alınmaları mümkündür.

Avrupa Şartı R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararında hâkimlerin maaşlarının mesleki onur ve taşıdıkları sorumluluk ile uyumlu olması ayrıca kanunen güvence altına alınması gerektiği belirtilmektedir¹³³. Avrupa Şartı, hâkimlerin kararlarını veya genel anlamda davranışlarını

¹³² Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı Ve Hâkimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 (2001) Sayılı Görüş (Strazburg, 23 Kasım 2001), (Erişim Tarihi 26.12.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf>.

¹³³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği Ve Rolü Hakkında Üye Devletlere Yönelik R (94) 12 Sayılı Tavsiye Kararı (I(2)(a)(ii) ve III(1)(b) sayılı ilkeler), (Erişim Tarihi 26.12.2023), [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR\(94\)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/hsykkanunteklifi/recR(94)12%20T%C3%BCrk%C3%A7e.pdf).

hedef alan baskıların önlenmesinde maaşların hatta iş göremezlik ödemesi teminatı ile emeklilik ödemelerinin yeterli olmasının önemli bir rolü olduğuna dikkat çekmektedir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec (2010)12 Tavsiye Kararında hâkimlerin iki gerekçe ile kendi rızası olmaksızın görev yerinin değiştirilebilmesinin mümkün olduğundan söz etmektedir: Birincisi disiplin cezası, ikincisi ise yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılmasıdır¹³⁴.

Hâkimlerin Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'nda, üç durumda hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilebileceği belirtilmektedir. Bu istisnai durumlar; disiplin soruşturması, mahkeme organizasyonunda hukuka uygun olarak yapılan değişiklik ve azami süresi kanunla belirlenmiş olmak kaydıyla yakın bir mahkemeye destek olmak amacıyla yapılan geçici görevlendirmedir. Ayrıca Şart'ta hâkimlerin rızası hilaflına yapılan yer değiştirmelere karşı bağımsız bir mercie itiraz yolunun bulunması gerektiği böylece işlemin hukukilik denetiminin yapılabileceği belirtilmektedir¹³⁵.

Hâkimlerin hastalık, istifa, belirli bir yaş sınırına ulaşmak veya görev süresinin dolması ve kanunda açıkça öngörülen görevlerinden birini ihmal etmesi durumunda meslekten ihraç yollarıyla sürekli bir şekilde görevi sona erdirilmektedir. Şart'ta böyle bir durumun öngörülmesi halinde en az yarısının seçilmiş hâkimlerden oluştuğu bir kurul tarafından, ilgili hâkimin kendisini savunma hakkına riayet edilerek cezalandırılmasının mümkün olacağı belirtilmektedir. Cezai tedbirlerin niteliğinin kanunda açıkça belirtilmesi ve uygulanacak tedbirlerin orantılılık ilkesine uygun olması aynı zamanda bu kararların temyiz yolunun açık olması gerektiği tavsiye edilmektedir.

Şart'ta hâkimlerin mali teminatına ilişkin getirilen güvencelerin kapsamı şu şekilde belirtilmiştir: Hâkimlerin maaşları bağımsızlık ve tarafsızlıklarının zedelenmesine sebep olacak baskıların önlenmesi için

¹³⁴ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında üye devletlere yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, para. 52, (Erişim Tarihi 25.09.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf>.

¹³⁵ İnceoğlu, 256.

belirli bir düzeyde olmalıdır. Maaşları hizmetin uzunluğuna, atandıkları görevin niteliğine ve önemine göre şeffaf bir şekilde değişebilmelidir. Hastalık, yaşlılık, hamilelik ve ölüm gibi sosyal risklere karşı güvenceler öngörülmelidir. Belirli bir süre hizmet ederek emekliliğe hak kazanmış hâkimlere, mümkün olduğunca, görevde iken ödenmekte olan son ücret seviyesine yakın bir emekli maaşı ödenmesi önerilmektedir¹³⁶.

SONUÇ

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin bir gereği olarak hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturur. Yargının bağımsız olmasını sağlayacak tedbirler almak her devletin görevidir. Bu tedbirlerden biri kuşkusuz hâkimlere tanınan güvencelerdir. Tüm demokratik ülkelerin anayasaları belirli ölçülerde hâkimlere bu güvenceleri sağlamaktadır. Bu çerçevede kapsam ve içerikleri ülkeden ülkeye farklılık gösteren belirli standart mesleki güvenceler hâkimlere tanınmaktadır. Bu standart mesleki güvenceler azil yasağı, re'sen emekliye sevk edilmeme, mali teminat, hâkimlikle bağdaşan işlerin yapılabilmesi, coğrafi teminat şeklindedir. Hâkimlerin bağımsızlığı ve teminatına ilişkin güvenceler konusunda ülkemiz, incelenen örneklerle kıyasen küçümsemeyecek bir hukuki düzenleme alanına sahiptir. Hâkimlik teminatının sağlanmasına yönelik temel esaslar anayasal ve kanuni düzenlemelerde yerini almıştır. Buna rağmen Türk hukuk düzeninde öngörülen teminatların önemli bir kısmına yer vermeyen kimi yerleşik demokrasilerde yargının bağımsızlığı konusunda ciddi sorunlar yaşanmamasına rağmen, ülkemizde hâkimlik teminatının ve yargı bağımsızlığının sıklıkla tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmalarda mevzuatta yer alan eksikliklerin, yargıya müdahaleye olanak sağlayan açık kapıların bulunmasının etkisi büyüktür. Bunun yanı sıra fiili bağımsızlığın sağlanmasını güçleştiren siyasi sistem, siyasi-toplumsal parametreler de eklenince hâkimlerin teminatlı olmalarının yargı bağımsızlığını sağlamadaki gücü azalmaktadır¹³⁷.

¹³⁶ Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı (Strasbourg, 8-10 Temmuz 1998), (Erişim Tarihi 26.12.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Ekklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf>.

¹³⁷ Fazıl Hüsnü Erdem, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Mevzuattan Kaynaklanan Sorunları Ve Çözüm Önerileri". DÜHFD 27 / 47 (2022): 318.

Mevzuatta karşılaşılan ve uzun süredir gündeme getirilen eksikliklerden biri coğrafi teminattır. Yargı bağımsızlığının önemli bir unsuru olan coğrafi teminatın uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak hâkimlere tanınması gerekmektedir. Mutlak bir güvence olarak kabul edilmeyen coğrafi teminata hâkimin iradesi hilafına ancak yargı sisteminin organizasyonunda reform yapılması ve hâkime disiplin cezası verilmesi durumlarında istisna getirilmesi önerilmektedir. Bunun yanı sıra 2802 sayılı Kanun'un (m. 47/3) Adalet Bakanına tanıdığı hâkimleri geçici olarak görevlendirme yetkisi hâkimlerin kendilerini güven ve huzur içinde hissetmedikleri bir düzenlemedir. Coğrafi teminatın tanınması ile birlikte bu düzenlemede de değişiklik yapılmasının hâkimlerin bağımsızlığına katkı sunacağı düşünülmektedir. Hâkimlerin re'sen emekli edilmelerini yasaklayan bir düzenleme yer almasına rağmen emeklilik yaşının 65 yaş sınırına sahip olması belirli bir hukuki bilgi ve tecrübeye sahip hâkimlerin tecrübelerinden yararlanmayı zorlaştırmaktadır. Son dönemlerde çeşitli ülkelerin hâkimlerin emeklilik yaş sınırını yükseltmeye yönelik girişimleri belirli bir yaşa ulaşmış hâkimlerin tecrübelerinden yararlanmanın ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Bu nedenle Anayasadaki emeklilik yaşından daha yüksek bir yaş sınırının öngörülmesi önerilmektedir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Alfini, James J./ Lubet, Steven/ Shaman, Jeffrey M./ Geyh, Charles G..
Judicial Conduct And Ethics. USA: Lexisnexis, 2013.
- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram
Ve Kurumlar). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Blisa, Adam. "Judicial Salaries As A Component Of Judicial
Independence". Diploma Thesis. Masaryk University,
2015/2016.
- Bulmer, Elliot. Judicial Tenure, Removal, Immunity And
Accountability. International IDEA Constitution-Building Primer
5, 2017.
- Çaycı, Sadi. "Hukukun Üstünlüğü, Anayasa Mahkemesi Ve Demokrasi".
Stratejik Analiz Dergisi. 8/93 (2008): 68-73.
- Decker, Fritz/ Gerner, Eric/ Kaufmann, Hans. Deutsches
Richtergesetz. Köln- Berlin-Bonn- München: 1963.
- Demirkol, Ferman. Yargı Bağımsızlığı. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayın-
ları, 1991.
- Dursun, Hasan. "Erkler Ayrılığı Ve Yargıç Bağımsızlığı". TBB Dergisi.
80 (2009): 29-104.
- Edwards, Drew E.. "Judicial Misconduct And Politics in The Federal
System: A Proposal For Revising The Judicial Councils Act". 75
Cal Review. (1987): 1071-1092.
- Erdem, Fazıl Hüsnü. "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığının Mevzuattan
Kaynaklanan Sorunları ve Çözüm Önerileri". DÜHFD. 27/ 47
(2022): 315-355.
- Erdem, Kasım. "Anayasal Organlar ve Kuvvetler Ayrılığı". İçinde ABD
Kongresinde Yasama, Denetim ve Bütçe Süreçleri, ed. Semra
Gökçimen. 1-58. Ankara: TBMM Araştırma Hizmetleri Başkanlı-
ğı Yayınları, 2019.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin. Anayasa Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları,
Ankara, 2015.

- Franklin, Charles H.. "Behavioral Factors Affecting Judicial Independence". In *Judicial Independence At The Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, ed. Stephen B. Burbank, Bary Friedman, 134-148. United Kingdom: Sage Publication, 2002.
- Giegerich, Thomas. "Yargının Bağımsızlığı-Kavramsal Çerçeve, Tarihsel Gelişim, Tarafsızlıkla İlişkisi ve Türkiye Üzerine Gözlemler". İçinde *Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Etkililiği Uluslararası Sempozyum*, 21-30. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2009.
- Goldman, Sheldon. *Constitutional Law and Supreme Court Decision – Making And Essay*. New York: HarperCollins Publishers, 1982.
- Gönenç, Levent. *Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*. Ankara: TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları, 2020.
- Gözübüyük, Şeref. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Gürpınar, Mehmet Hakkı. "Almanya ve Avusturya'da Hâkimler Ve Savcılarının Atanma, Tayin Ve Terfi İşlemleri İle Denetimleri Ve Haklarında Yapılan Disiplin Ve Ceza Kovuşturmaları ya da Soruşturmalara Dair Esaslar". *Adalet Dergisi*. 33 (2009): 180-196.
- Hardy, Stephen. "Judicial Retirement Age – Putting The Rationale On Record". *Amicus Curiae*. 108 (Winter 2016): 23-24.
- Hazell, Robert. "The Continuing Dynamism Of Constitutional Reform". *Parliamentary Affairs*. 60/1, (2007): 3-25.
- İnceoğlu, Sibel. "Yeni Anayasada Bağımsız Bir Yargı İçin Neler Yapmalı? Uluslararası Belgeler Işığında Öneriler". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 95 (2011): 235-268.
- Jackson, R. M.. *The Machinery Of Justice in England*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Kapani, Münci. *İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklali*. Ankara: AÜHF Yayınları 93, 1956.

- Kopp, Ferdinad. *Verwaltungsgerichtsordnung*. München: C. H. Beck, 2005.
- Kuru, Baki. *Hâkim Ve Savcıların Bağımsızlığı Ve Teminatı*, Ankara: AÜHF Yayınları, 1966.
- Lundmark, Thomas. *Charting The Divide Between Common And Civil Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Metin, Yüksel. “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”. *Anayasa Yargısı Dergisi*. 27 (2010): 217-272.
- Nugent, John T. “Removal of Judges”. *Journal of Legislation*, Vol.6/ 140 (1979): 140-152.
- Özer, Attila. *Türkiye’de ve Çeşitli Ülkelerde Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkim Teminatı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Özkan, Gürsel. “Yargı Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı”. Ankara: *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*. 10 (Temmuz-Ağustos, 1996): 437-442.
- Özkul, Fatih. “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”. *Ankara Barosu Dergisi*. 3,(2016): 199-263.
- Radcliff, G. R. Y./ Cross, Geoffrey/ Hall, G. D. G.. *The English Legal System*, London: Butterworths, 1964.
- Redeker, Konrad / Von Oertzen Hans-Joachim, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*. Stuttgart: Kohlhammer, 2004.
- Rumpf, Christian. *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*. Çeviren Burak Oder, Ankara: Turhan Kitabevi, 1995.
- Sahl, John P.. “Secret Discipline In The Federal Courts – Democratic Values And Judicial Integrity At Stake”. *Notre Dame Law Review*. 70/ 2 (1994): 193-258.
- Schoenbaum, Edward J.. “A Historical Look At Judicial Discipline”. *Chicago-Kent Law Review*. 54/1, (1977): 1-27.

- Seibert-Fohr, Anja. "Constitutional Guarantees Of Judicial Independence In Germany". In *Recent Trends in German And European Constitutional Law*, ed. E. Riedel, R. Wolfrum, 267-287. Springer Berlin/Heidelberg/New York: 2006.
- Selçuk, Sami. *Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne*. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1998.
- Stevens, Robert. "Judicial Independence In England: A Loss Of Innocence", In *Judicial Independence in The Age Of Democracy Critical Perspectives From Around*. Ed. Peter H. Russel/ David M. O'Brain, 155-172. Charlottesville And London: The World University Press Of Virginia, 2001.
- Uran Murphy, Peri. *Teorik Çerçeve de Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2016.
- Ünal, Şeref. *Anayasa Hukuku Açısından Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hâkimlik Teminatı*. Ankara: TBMM Kültür Sanat Yayınları, 1994.
- Ünver, Yener. "Yargı Bağımsızlığı Açısından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 1/1-4 (1998-1990): 153-196.
- Üstündağ, Saim. "Yargı Organlarının Sorunları ve Çözüm Yolları". *İBD*. XLVIII/ 4-8 (1977): 5-8.
- Volcansek, Mary L.. "England". In *Judicial Misconduct*, ed. Mary L. Volcansek, 67-86. Florida: 1996.
- Walker, Ronald J./ Walker, Michael G.. *The English Legal System*. London: Butterworths, 1980.
- Woodhouse, D.. "United Kingdom The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence The English Way". *International Journal Of Constitutional Law*. 5/1 (2007): 153-165.
- Yavuz, Bülent. *Kuruluş Ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı Ve Tarafsızlığı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

- (Erişim Tarihi 07.07.2023), <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-in-detail/roles-within-the-judiciary/judges/circuit-judge>.
- ABD Anayasası, (Erişim Tarihi 01.06.2023), <https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf>.
- ASH, Elliot/ MACLOAD, W. Bentley, Mandatory Retirement For Judges Improved Performance On U.S. State Supreme Courts, NBER WORKING PAPER SERIES, Working Paper 28025, (Erişim Tarihi 25.07.2023), <http://www.nber.org/papers/w28025>.
- Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi (CCJE), Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin Yargı Bağımsızlığı Ve Hâkimlerin Azledilememesine İlişkin Standartlar Konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunduğu 1 (2001) Sayılı Görüş (Strazburg, 23 Kasım 2001), (Erişim Tarihi 06.10.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/40622f91-9de4-40a6-89a8-ea044a5b9711.pdf>.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R(94) 12 Tavsiye Kararı, (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://www.anayasa.gov.tr/media/3665/cmrec199412trjudgesindependenceefficiencyresponsibilities.pdf>.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Hâkimlerin Bağımsızlığı, Etkinliği ve Sorumlulukları hakkında Üye Devletlere Yönelik CM/Rec(2010)12 sayılı Tavsiye Kararı, (Erişim Tarihi 25.09.2023), <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/21ade48c-e4e6-4122-846b-4c4f61511f96.pdf>.
- Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri Yorumu, (Erişim Tarihi 25.09.2023), https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/commentary_on_the_bangalore_principles_of_judicial_conduct/bangalore_principles_turkish.pdf.
- Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Venedik Komisyonu CDL-AD (2010) 004, Yargı Sisteminin Bağımsızlığı Raporu, (Erişim Tarihi 27.09.2023), <https://rm.coe.int/0900001680700e13>.

- BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı, (Erişim Tarihi 25.09.2023).
<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/51159f30-8d0e-4bb4-becc-1446b51d1a5d.pdf>.
- BM Yargı Bağımsızlığı Temel İlkeler Şartı, Hâkimlerin Nitelikleri, Göreve Seçilmeleri ve Eğitimleri, (Erişim Tarihi 06.11.2023),
https://www.etik.gov.tr/media/cthlcpay/yargi_etigine_iliskin_uluslararası_temel_standartlar.pdf.
- BOWCOTT, Owen, “Allow judiciary to work until 75, says Britain's most senior judge”, (Erişim Tarihi 25.09.2023),
<https://www.theguardian.com/law/2017/mar/29/allow-judiciary-to-work-until-75-says-britains-most-senior-judge>.
- County Court Act 1984, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/28/section/11>.
- Courts Act 2003, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/39/section/11>.
- Courts Acts 1971, (Erişim Tarihi 07.07.2023), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/23/section/17>.
- Deutsches Richtergesetz (DRiG), (Erişim Tarihi 05.10.2023),
<https://www.gesetze-im-internet.de/drig/DRiG.pdf>.
- Federal Alman Anayasası, (Erişim Tarihi 05.07.2023), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>.
- Hâkimlerin Statüsüne İlişkin Avrupa Şartı, (Erişim Tarihi 27.09.2023),
<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/6b93439f-7312-4e49-a52d-7e0e2790845a.pdf>.
- HAMILTON, A., “The Judiciary Department”. In The Federalist Paper, ed. J. Madison, A. Hamilton/ J. Jay New York: 1788, (Erişim Tarihi 14.08.2023), <http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed78.html>.
- International Commission Of Jurists, International Commission of Jurists, “International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors”, Practitioners Guide No. 1, 2007, (Erişim Tarihi 09.10.2023),
<https://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf>.

JONES, John Paul, “Yüksek Mahkeme Benzersiz Bir Kurum”, Demokrasi ile İlgili Meseleler Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi: Ülkedeki En Yüksek Mahkeme, 10/1 (Nisan 2005), (Erişim Tarihi 08.07.2023), https://usa.usembassy.de/etexts/turkish/Supreme_Court.pdf.

Judicial Pensions and Retirement Act 1993, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1993/8/contents>, (Erişim Tarihi 07.07.2023).

Judiciary of England and Wales, The Accountability of the Judiciary (2019): 1-11, (Erişim Tarihi 08.06.2023), <https://www.judiciary.uk/wpcontent/uploads/JCO/Documents/Consultations/accountability.pdf>.

KEITH, Douglas, Impeachment and Removal of Judges: An Explainer, Brennan Center for Justice,, (Erişim Tarihi 23.10.2023), <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/impeachment-and-removal-judges-explainer>.

Loi Organique No 58-1270 of 22 December 1958, (Erişim Tarihi 06.07.2023), <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000339259>.

LONGLEY, Robert, “US Supreme Court Retirement Benefits”, ThoughtCo, Apr. 16, 2022,, (Erişim Tarihi 17.08.2023), <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>.

Ministère de la Justice et des Libertés, Projet De Loi Organique Relatif A La Limite D’age Des Magistrats De L’ordre Judiciaire, Novembre 2011, (Erişim Tarihi 11.07.2023).<https://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/projets/pl4000-ei.pdf>.

The Supreme Court and Judicial Committee of the Privy Council Annual Report and Accounts 2021-2022, (Erişim Tarihi 28.09.2023), www.gov.uk/official-documents.

PARİS SÖZLEŞMESİ VE 7381 SAYILI KANUN TEMELİNDE İDARENİN NÜKLEER GÜÇ SANTRALLERİNİN KURULMASI VE İŐLETİLMESİNDE KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

*The Administrative Responsibility Arising from the Establishment and
Operation of Nuclear Power Plants on the Basis of the
Paris Convention and Law No. 7381*

Dr. Öğr Üyesi Güven SÜSLÜ*

ÖZET

Çağımızın en önemli sorunları arasında yer aldığı konusunda oybirliği bulunan küresel ısınma ve buna bağlı iklim değişikliğinin etkilerinin azaltılması, uluslararası alanda fosil yakıtlara alternatif bulunması çabalarını ortaya çıkarmıştır. Her ne kadar fosil yakıt kaynaklı bir enerji türü olsa da karbon salınımı konusundaki avantajı, nükleer enerjiyi de bu anlamda ön plana çıkarmaktadır. Bu avantajına rağ-

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi; Dr. Öğr. Üyesi, ORCID: 0000-0002-3628-9032, guven.suslu@yasar.edu.tr

Makale Geliş Tarihi: 18.12.2023

Makale Kabul Tarihi:29.01.2024

⇒ Atıf Şekli: Güven Süslü, Paris Sözleşmesi ve 7381 Sayılı Kanun Temelinde İdarenin Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Sorumluluğu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 465-556.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



men nükleer enerji faaliyetinin bünyesinde taşıdığı risklerin büyüklüğü, ihtiyatlı bir bakış açısını da beraberinde getirmektedir. Bu faaliyet esnasında meydana gelebilecek tahribat, geçmişte yaşanan örneklerden de görüleceği üzere bir devletin sınırlarını aşabilmektedir. Durumun hassasiyeti, uluslararası alanda nükleer tesislerin sebep olabileceği zararlardan sorumluluğun milletlerarası sözleşmelere konu olmasını sonuçlamıştır. Sorumluluk sahibi olarak nükleer tesis işleteni belirlenmiş olsa da nükleer tesisin bulunduğu devletin idari makamlarının sorumluluğunun da ayrıca irdelenmesi gerekmektedir. Zira olası zararın önlenmesi konusunda idarenin yükümlülüklerinin bulunması ve işletenin sorumluluğunun miktar yönünden sınırlı olması, idarenin sorumluluğunun var oluş sebepleridir. Çalışmamız bu kapsamda Türk hukukunda idarenin sorumluluğunu temel sorumluluk şekli olan kusur sorumluluğu ve akabinde kusursuz sorumluluk çerçevesinde ele almaktadır. Bu yapılırken Türkiye'nin taraf olduğu Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanun temel alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nükleer Enerji, Paris Sözleşmesi, İdarenin Sorumluluğu, İşleten, 7381 Sayılı Kanun

EXTENDED ABSTRACT

Reducing the effects of global warming and related climate change, which is unanimously agreed to be among the most important problems of our age, has revealed efforts to find alternatives to fossil fuels in the international arena. Although it is a fossil fuel-sourced energy type, its advantage in reducing carbon emissions also brings nuclear energy to the fore in this sense. Despite this advantage, the severity of the risks involved in nuclear power activity brings with it a prudent point of view. The damage that may occur during this activity can exceed the borders of a state, as can be seen from the examples in the past. The sensitivity of the situation has resulted in the international conventions being the subject of liability for damages that may be caused by nuclear facilities in the international arena. Although the nuclear facility operator has been identified as the responsible person, the responsibility of the administrative authorities of the state where the nuclear facility is located should

also be examined separately. The reason for the existence of the responsibility of the administration is that the administration has obligations to prevent possible damage and the liability of the operator is limited in terms of quantity. The responsibility of the administration essentially appears to be administrative responsibility. However, there are also cases of liability for the administration subject to private law.

The issue of liability arising from the establishment and operation of nuclear power plants is regulated by the Paris Convention, the 2004 Protocol and Law No. 7381. The common point of all three regulations is that they recognize a private law liability for the operation of a nuclear power plant for which the operator is exclusively responsible. This liability, which is exclusive to the operator, also envisages a limited liability in terms of amount. The damages arising from the establishment and operation of nuclear power plants are not only impossible to foresee, but are also likely to be very large in quantity. This situation raises the question of who will be responsible for the damages exceeding the monetary limits stipulated in the Paris Convention, the Protocol of 2004 and Law No. 7381, since the operator is not liable for such damages. On the other hand, the operator of a nuclear power plant does not necessarily have to be a private legal person; it is also possible for a state legal entity or administrative units with separate public legal personalities to be the operator. In this case, the title of the administration as the executor of the public service of establishing and operating a nuclear power plant and the title of the operator are combined. In cases where the administration is the operator, the basic liability is the liability based on private law and stipulated in the Paris Convention, the 2004 Protocol and Law No. 7381 in terms of amount. However, in cases where the prescribed monetary limits are exceeded, the responsibility of the administration as the executor of the public service will come to the agenda. If the operator is a private law person, the administration becomes the sole addressee for damages exceeding the limit and its administrative liability arising from the execution of public service will be in question.

The main form of administrative liability for the administration is fault liability. The establishment and operation of a nuclear power plant was undertaken by the administration as a public service under Law No. 5710 on the Establishment and Operation of Nuclear Power Plants and Energy Sales. This undertaking constitutes the basis for the defect of service of the administration due to the service defect arising in the form of poor functioning, late functioning or non-functioning of the public service. If the administration, in its capacity as the undertaker, fails to duly fulfill the duties it has undertaken during the establishment and operation of nuclear power plants, its liability for damages arising therefrom will come to the fore. Another issue is the existence of cases where the operator is not held liable under the Paris Convention, the 2004 Protocol or Law No. 7381. In these cases where the operator cannot be held liable, the administration will be held liable for the damages incurred in its capacity as a public service undertaker.

The most exceptional form of administrative responsibility is the strict liability of the administration. In order for the administration to be held strictly liable, the conditions for fault-based liability must not be met. In cases where there is no fault attributable to the administration regarding the establishment and operation of a nuclear power plant, strict liability will come to the fore. In fact, since the existence of a causal link between the damage and the administrative action is not sought within the framework of the social risk principle, responsibility may be imposed on the administration for damages for which the operator is not responsible or which exceed the limit of liability, even if the activity is carried out by a private law person and the damage is caused as a result of this activity.

The establishment and operation of nuclear power plants may also cause environmental damage. This situation raises the possibility of applying Environmental Law No. 2872 to such damages. This is because the Environmental Law is a special law in terms of environmental damages. In this case, it is necessary to determine which and how the provisions of the Paris Convention, the Protocol of 2004, Law No. 7381 and the Environmental Law will be applied to the

environmental damages caused by the establishment and operation of nuclear power plants.

Keywords: Nuclear Energy, Paris Convention, Administrative Responsibility, Operator, Law No: 7381

GİRİŞ

Fosil kökenli enerji kaynaklarının sebep oldukları sorunların en başında karbon salınımına dayalı iklim değişikliği gelmektedir. Bu durum alternatif enerji kaynaklarına yönelimi sağlamıştır. Seçenekler arasında yer alan nükleer enerji kaynaklarına ise bünyelerinde taşıdıkları potansiyel tehlike sebebi ile karbon salınımı konusundaki avantajlarına rağmen ihtiyatla yaklaşılmaktadır. Konu uluslararası sözleşmelerle düzenlenerek olası tehlikelerin ulus üstü boyutu da ortaya konulmuştur. Çalışmamız, nükleer güç santrallerinin kurulması ve işletilmesine ilişkin ayrı irdelemeler yaparak kurulma ve işletilme sırasında ortaya çıkabilecek nükleer zararın giderilmesinde idarenin sorumluluğu konusunu ele almaktadır. Paris Sözleşmesi ve onu kapsamlı olarak tadil eden 2004 Protokolü ile NGS işletilmesinden kaynaklanan zararlara ilişkin kusura dayanmayan işletenin sorumluluğu ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilkenin Türk hukukunda idarenin hem idari hem özel hukuka ilişkin sorumluluğu kapsamında irdelenmesi amaçlanmaktadır. İdare NGS kurma ve işletme kamu hizmetini işleten olarak sunmakta ise işleten sıfatı ile sorumluluğu öncelikle uygulama alanı bulacaktır. Ancak işleten olduğu durumlarda dahi öngörülen sorumluluk limitlerinin aşıldığı ve işletenin sorumlu tutulmadığı hallerde, kamu hizmetini üstlenen olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. İdarenin işleten olmadığı hallerde ise NGS kurma ve işletme kamu hizmetine ilişkin, hizmeti üstlenen ve gereği gibi sunulmasına ilişkin denetleyen sıfatı ile idari sorumluluğu karşımıza çıkacaktır. Sorumluluk konusunda NGS kurma ve işletme faaliyetlerinin hukuki niteliği belirlenerek idarenin bu faaliyetlerden kaynaklanan idari ve özel hukuka ilişkin sorumluluğu irdelenecektir. Son olarak sorumluluk konusunda ülkemizin de taraf olduğu ve iç hukukumuzun bir parçası olan Paris Sözleşmesi hükümleri 7381 sayılı Kanun hükümleri ile karşılaştırılarak değerlendirme yapılacaktır.

I. NGS KURMA VE İŞLETME FAALİYETİNİN ORGANİK VE İŞLEVSEL OLARAK İDARİ FAALİYETLER AÇISINDAN İRDELENMESİ

(NGS) kurma ve işletilmesinin idarenin sorumluluğunu doğurabilmesi, idare ve ilgili faaliyet arasında öncelikle organik, sonrasında ise maddi bir bağın varlığını gerekli kılmaktadır. Organik bağ NGS kurma ve işletme faaliyetinin bir idari makamın sorumluluğuna verilmesini, maddi bağ ise bu sorumluluğun kaynağını oluşturan faaliyetin niteliğini ifade etmektedir. Bu bağlamda maddi bağ NGS kurma ve işletme faaliyetinin idare işlevi içerisinde yer almasını sağlayacak unsurdur. İdari fonksiyon ya da işlev yasama ve yürütme tarafından belirlenen çerçevede ve hukuk sınırları dahilinde toplumun yaşamını idame ettirmesi için yürütülen kamusal etkinliklerdir.¹ Türkiye’de NGS kurma ve işletme faaliyetinin de devlet idaresi faaliyetlerinden² herhangi birisinin kapsamına girip girmediği belirlenmelidir.

Nükleer güç santrali (NGS) kurma ve işletmenin ayrı değerlendirilmesi Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliğine³ dayanmaktadır. Nitekim Yönetmeliğin 6/1-h maddesi “Kuruluş” kavramını “bir nükleer tesis kurmak, işletmek veya işletmeden çıkarmak için Kuruma niyet bildiriminde bulunan, onay almak veya yetkilendirilmek üzere başvuran ya da yetkilendirilen ve düzenleyici kontrol kapsamında bulunan Türkiye Cumhuriyeti mevzuatına göre kurulmuş tüzel kişi” olarak tanımlamış ve madde 5/4’de de nükleer tesisler için verilen saha hazırlama, inşaat ve işletmeye alma izinlerinin işletme

¹ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar C.1 (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 17. Bir diğer tanımla idari fonksiyon yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütme organının siyasi fonksiyonu dışındaki, günlük toplumsal yaşamın sürmesi ve bu sayede kamu yararının gerçekleştirilmesi için devlet ve diğer kamu tüzel kişilerin yürütülen fonksiyondur. Kemal Gözler, İdare Hukuku C.1 (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 52.

² Öğretide Türk devlet idaresinin görevleri; a) milli güvenliğin korunması, b) kolluk faaliyetleri, c) kamu hizmetleri, ç) özendirme ve destekleme faaliyetleri, d) içdüzen faaliyetleri e) planlama faaliyetleri olarak sayılmıştır. Metin Günday, İdare Hukuku (Ankara: İmaj Yayınevi, 2015), 18-23. Kamu hizmeti okulu ise devletin işlevleri ile kamu hizmetlerini eşit kabul etmekte ve idare hukukunu kamu hizmetleri hukuku olarak kabul etmektedir. Onur Karahanoğulları, Kamu Hizmeti (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 18

³ 17.03.2023 tarih ve 32135 sayılı Resmî Gazete.

lisansı verilene kadar geçerli olduğunu belirterek kurma ve işletme faaliyetlerini hukuki olarak ayırmıştır.

A. NGS Kurma ve İşletme Faaliyetinin İşlevsel Olarak İdari Faaliyet Niteliği

İdari makamların verilen görevleri ifa etmeleri sonucu karşımıza çıkan idari faaliyetler başlangıçta tamamen kamu hizmeti niteliğinde görülmüştür.⁴ İdari faaliyet sahasının genişlemesi sonrası “kamu hizmeti” ve “kolluk” şeklindeki temel ayrıma ilaveten “özendirme-destekleme”, “planlama” ve “özyönetim” faaliyetleri ayrımı yapılmaktadır.⁵

Bir faaliyetin devlet tarafından üstlenilerek kamu hizmeti niteliği taşıyabilmesi, o faaliyetin tamamen veya kısmen siyasallaştırılmasıyla gerçekleştirilir. Kamu hizmeti niteliğinin varlığı, faaliyet özel kişilerce yerine getirilse dahi hizmetin asıl sahibinin idare olmasını⁶ ve idarenin denetim ve gözetim görevini ifa etmek suretiyle faaliyet sonucu kamu yararının sağlanmasının sorumluluğunu taşımasını gerekli kılmaktadır.⁷ Bu bağlamda NGS kurma ve işletme faaliyetinin asıl sahibinin idare olup olmadığının, idare tarafından bu faaliyetlerin üstlenilip üstlenilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Üstlenilme ile faaliyetin yerine getirilmesi farklı konulardır.⁸ Bu bağlamda üstlenme kamu tüzel kişisinin hizmeti doğrudan doğruya yürütmekle ya da kendi denetiminde

⁴ Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. I* (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 13

⁵ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 247; Günday, *İdare Hukuku*, 21-23; Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku C. 1* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 68-72; Ulusoy idarenin faaliyetleni kamu hizmeti, kolluk ve özendirme, destekleme ve sübvansiyon faaliyetleri olarak sınıflandırmaktadır. Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 499 vd. Gözler ise idarenin faaliyetlerinin konu olarak çok çeşitli olduğu vurgulamakla beraber genellikle kolluk ve kamu hizmeti olarak iki grupta toplandığını ifade etmektedir. Kemal Gözler, *İdare Hukuku C.2* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 251. İdarenin faaliyet türlerini kamu hizmeti ve kolluk olarak iki başlıkta inceleyen Gözübüyük ve Tan ise kamuya yararlı faaliyetlerin özendirme ve destekleme olarak üçüncü bir faaliyet türü olarak incelendiğini de kabul etmektedir. Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 567-568.

⁶ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 582.

⁷ Günday, *İdare Hukuku*, 331.

⁸ Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 65.

özel kişilere gördürmekle görevli ya da yetkili kılınmasını ifade eder.⁹ Kamu hizmeti niteliğinin varlığı, faaliyet özel kişilerce yerine getirilse dahi hizmetin asıl sahibinin idare olmasını¹⁰ ve idarenin denetim ve gözetim görevini yaparak faaliyet sonucu kamu yararının sağlanmasının sorumluluğunu taşımasını gerekli kılmaktadır.¹¹ Bu bağlamda NGS kurma ve işletme faaliyetinin asıl sahibinin idare olup olmadığının, idare tarafından faaliyetin üstlenilip üstlenilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. NGS kurma ve işletme idareye görev olarak verilmişse bu husus NGS kurma ve işletmenin kamu hizmeti olarak kabulü için elzem olan üstlenilme iradesine delalet etmektedir. Zira bir mal ve hizmet üretim ve sunumu faaliyeti kanunla idareye görev olarak verilmemiş ise, bu faaliyet özel girişim özgürlüğü kapsamında piyasaya bırakılmış bir özel faaliyet olarak kabul edilmekte, kamu hizmeti niteliği taşımamaktadır.¹² Kamu hizmetinin ortaya çıkması toplumsal ihtiyaçları karşılayacak belirli faaliyetlerin devlet tarafından üstlenilmesi ile gerçekleşir.¹³ Öte yandan üstlenme iradesinin varlığı tespit edildikten sonra kamu hizmeti olarak üstlenilen bu faaliyetin kimin tarafından yerine getirileceği ayrı bir başlıktır¹⁴ ve faaliyetin kamu hizmeti olma niteliğini etkilemeyecektir.¹⁵ Yeter ki faaliyet bir kamu tüzel kişisi tarafından doğrudan yerine getirilmese bile onun denetimi altında ve ondan alınan yetki ile sunulsun¹⁶ ve hizmetin asli sorumluluğu idari makamda olsun.¹⁷ Bu konuda kamu hizmeti için yapılan şu tanım bu hususu ifade etmektedir: “Kamu yararı içermesi ve özel faaliyet olarak gereği gibi sunulmasının mümkün olamaması nedeniyle, yasama organı tarafından özel faaliyetler için söz konusu olamayacak bir ayrıcalıklar

⁹ Gözler, İdare Hukuku C.2, 256

¹⁰ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, 582.

¹¹ Günay, İdare Hukuku, 331.

¹² Taner Ayanoglu, İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), s.30.

¹³ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 57.

¹⁴ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 285.

¹⁵ Hatta üstlenme ve yerine getirme aşamalarının birbirini takip etmesi zorunlu aşamalar olmadığı, Devletin üstlenmeye yönelik açık bir iradesi olmadan kamusal örgütlenmeye giderek toplumsal ihtiyacı karşılayıcı faaliyetlere girişmesinin de örtülü bir üstlenme iradesi açıklaması olduğu belirtilmiştir. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 258-259

¹⁶ Gözler, İdare Hukuku C.2, 258.

¹⁷ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 508.

ve yükümlülükler rejimine (spesifik hukuki rejim) tabi tutulan ve sorumluluğu ile denetimi son tahlilde bir kamu otoritesi tarafından üstlenilen faaliyet kamu hizmetidir.”¹⁸

Bir faaliyetin kamu hizmeti haline getirilmesi yetkisi yasama organındadır.¹⁹ Keza Anayasanın idarenin kanuniliğini düzenleyen 123/1. maddesi de bu durumun anayasal dayanağını oluşturmaktadır.²⁰ NGS kurma ve işletme faaliyetinin kamu hizmeti olup olmadığı sorusu yanıtını 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanunun²¹ (5170 sayılı Kanun) 6/2. maddesinde bulmaktadır. Öte yandan 7381 sayılı Kanunun 14/7. maddesi işletenin 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu²² uyarınca merkezî yönetim kapsamında kamu idaresi olması ya da sermayesinin tamamının kamuya ait olması hâlini düzenlemektedir. Dolayısıyla hüküm NGS işletme kamu hizmetinin idare tarafından yerine getirilmesinden bahsettiğinden böyle bir halde hizmetin idare tarafından üstlenildiği söylenebilecektir. Aşağıda detaylarına değinileceği üzere anılan düzenleme ile NGS kurma ve işletme faaliyeti bir kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ve daha önce özel teşebbüs tarafından hiç ifa edilmeyen faaliyet kamu hizmeti niteliği kazanmıştır.

Kamu hizmeti, tatmin edilmesinde kamu yararı olan faaliyetler olup²³ NGS kurma ve işletme faaliyetinin kamu yararına olup olmadığının da irdelenmesi gerektiği düşünülebilse de neyin kamunun yararına olduğunun belirlenmesi ve kamu hizmet etiketi verilmesi, yer ve zaman koşulları çerçevesinde yetkili kamu organlarının takdirinde olup değişken bir konudur.²⁴ Hangi faaliyetlerin kamu yararına oldu-

¹⁸ Ali Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri (İstanbul: Ülke Kitapları, 2004), 13.

¹⁹ Gözler, İdare Hukuku C.2, 358, Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 510.

²⁰ 2017 Anayasa değişikliğinden sonra CBK'larla kamu hizmeti kurulmasının ancak özel teşebbüs tarafından yürütülmemen ve yürütülme ihtimali olmayan faaliyetler için mümkün olduğu fikri ileri sürülmüştür. Gözler, İdare Hukuku C.2, 360. Öte yandan 2017 Anayasa değişikliği sonrası da idarenin kanuniliği ilkesi Anayasada varlığını koruduğundan, Anayasanın 104/17. maddesindeki CBK'lara ilişkin sınırlamalar da dikkate alındığında CBK'lar ile kamu hizmeti kurulmasının mümkün olmadığı dile getirilmiştir. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 510-511.

²¹ 21.11.2007 tarih ve 26707 sayılı Resmî Gazete

²² 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmî Gazete.

²³ Günay, İdare Hukuku, 330.

²⁴ Duran, İdare Hukuku, 305.

ğunu belirleme yetkisi devletin yetkili organlarındadır.²⁵ Hizmet sunumunun temel kurallarının tespiti ve denetimi bir kamu otoritesi tarafından üstlenilmişse²⁶ faaliyetin kamu hizmeti olduğu ve idare işlevi içerisinde yer aldığı söylenmelidir.

B. NGS Kurma ve İşletme Faaliyetinin Organik Açıdan İdari Faaliyet Niteliği

NGS kurma ve işletme faaliyetinin kamu hizmeti niteliği, bu faaliyeti üstlenmiş bir idari teşkilatlanmanın varlığını gerekli kılmaktadır.²⁷ Bu husus kamu hizmetinin görülme şekline bağlı olarak bağımsız olarak hizmete yön verme, daimî gözetim ve denetim yapma yetkisinin Devlet ya da kamu idarelerine ait olmasını ifade etmektedir.²⁸ Kamu hizmetinin kurulması için Devletin iradesi şart olup bu irade olmaksızın hukuken kamu hizmeti kurulması -özel kişilerin kamu hizmeti kurması- mümkün değildir.²⁹

1. Ngs Kurma ve İşletme Faaliyetinin Kamu Hizmeti Olarak Üstlenilmesi

a. Cumhurbaşkanlığı

5710 sayılı Kanununun 6/2. maddesi ile Cumhurbaşkanınca, yurt içinde veya yurt dışında santral kurmak, kurdurmak, işletmek ve/veya işlettirmek ve üretilen elektriğin satışını yapmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi şirket kurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanına doğrudan santral kurmak yetkisi verilmemesi bir an için kamu hizmeti faaliyetinin üstlenilmesi olgusu karşısında itiraz konusu yapılacak olsa bile bu itiraz kabul edile-

²⁵ Gözler, İdare Hukuku C.2, 264.

²⁶ Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 509.

²⁷ Öte yandan AB Hukukunda son dönemlerde savunulan düşüncenin kamu hizmetlerinin yürütülme bir yana üstlenilmesinin bile zorunlu unsur olmadığı, faaliyetin sunulmasına ilişkin özel ticari faaliyetlerden farklı, kısmi ya da tam bir kamu hukuku rejiminin varlığının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 509.

²⁸ Duran, İdare Hukuku, 304.

²⁹ Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 257.

bilir görülmemektedir. Zira kamu hizmeti niteliğinin kazanılmasında temel unsur faaliyetin idare tarafından üstlenilmesidir. Cumhurbaşkanına şirket kurulmasına karar verme yetkisinin verilmesi üstlenilme iradesini ortaya koymaktadır. 5710 sayılı Kanunla Cumhurbaşkanına verilen yetki, idare hukukunda görevsiz salt bir yetkiden söz edilemeyeceğinden³⁰ NGS kurma ve işletme görevini kapsamakta ve faaliyet bir kamu hizmeti olarak üstlenilmektedir. Öte yandan kurulmasına karar verilebilecek olan şirketin özel hukuk hükümlerine tabi olması da faaliyetin kamu hizmeti niteliğini ortadan kaldırma açısından yeterli bir dayanak olamaz. Keza özel hukukun “şirket” formatında kurulsada dahi bir tüzel kişi kamu kesiminde yer alarak kamusal bir faaliyet üstlenebilir.³¹ Aslolan yerine getirilen faaliyetin gözetim ve denetiminin, faaliyetin asıl sorumluluğunun idarede olup olmadığıdır.

b. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile düzenlenen Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının merkez teşkilat birimleri arasında Kararnamenin 168/1-b maddesinde Nükleer Enerji ve Uluslararası Projeler Genel Müdürlüğü de yer almaktadır. Müdürlüğün görev ve yetkileri arasında doğrudan NGS kurulması ve işletilmesi sayılmakta, koordinasyon sağlanması ve bilgilendirme görevi öne çıkmaktadır. Ancak 5710 sayılı Kanunun 6/2. maddesi Bakanlığın görev vermesi halinde kamu şirketlerinin bu Kanun kapsamındaki santralleri yapabileceğini, yurt dışında benzer yatırımları yapabileceğini veya yatırımlara iştirak edebileceğini düzenlemektedir. 1 sayılı CBK'nın 166. maddesinde Bakanlığın görevleri arasında Kanunlarla ve CBK'larla verilen diğer görevleri yapmak da sayılmış, 5710 sayılı Kanunun 6/2. maddesi ile Bakanlığa NGS “kurmak” üzere kamu şirketlerini görevlendirme yetki ve vazifesi verilerek NGS kurma faaliyetinin Bakanlık tarafından bir kamu hizmeti olarak üstlenilmesi sağlanmış-

³⁰ S. Burak Açıoğuran, “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1-2 (1999): 1.

³¹ Melikşah Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı Dergisi, 336/1 (2019): 321. Yazar bu duruma örnek olarak 4 No'lu CBK'nın 384.maddesi ile özel hukuk hükümlerine tabi olarak kurulan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketini göstermektedir.

tır. Bakanlıkça üstlenilen NGS kurma kamu hizmetinin ifası için kamu şirketlerinin görevlendirmesinin mahiyetini aşağıda incelenecektir.

5710 sayılı Kanunun 6/2. maddesi Bakanlığın görev vermesi halinde kamu şirketlerinin bu Kanun kapsamındaki santralleri yapabileceğini, yurt dışında benzer yatırımları yapabileceğini veya yatırımlara iştirak edebileceğini düzenlemektedir. Kanun, NGS “işletilmesi” noktasında bir farklılık arz etmektedir. Kanun Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görev vermesi halinde kamu şirketlerinin bu Kanun kapsamındaki santralleri yapabilmesini öngörürken, santralleri işletmesinden bahsetmemektedir. O halde 5710 sayılı Kanun kapsamında NGS işletme faaliyetinin Bakanlık tarafından üstlenilmesinden bahsedilemez. Zira Bakanlığa 5710 sayılı Kanun tarafından işletme faaliyeti açısından verilmiş bir görev ve yetki bulunmamaktadır. 7381 sayılı Kanunun 14/7. maddesinin³² Bakanlığın NGS işletme faaliyetini üstlenmesinin dayanağı olması ise mümkün değildir. Madde NGS işleticisinin 5018 sayılı Kanun uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi olması halinden bahsetmekte ve bu idareler arasında sayılan 5018 sayılı Kanuna ek I nolu cetvelde Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı yer almakta ise de madde bir görev verme düzenlemesi içermemektedir. Keza 1 sayılı CBK Bakanlığa NGS işletme şeklinde bir görev de vermemiştir. Bakanlığa NGS işletme bir görev olarak verilse idi o halde 7381 sayılı Kanunun 14/7. maddesi Bakanlık açısından bir üstlenme dayanağı olarak kabul edilebilirdi.

2. NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetinin Yerine Getirilmesi

a. Cumhurbaşkanınca Kurulmasına Karar Verilen Şirket

Cumhurbaşkanlığı tarafından üstlenilen faaliyetin yerine getirilmesi için Cumhurbaşkanınca kurulmasına karar verilen şirketin hu-

³² Md. 14/7: “İşletenin 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi olması ya da sermayesinin tamamının kamuya ait olması hâlinde, işleten sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulabilir. Bu durumda nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararın Devlet tarafından ne şekilde taahhüt edileceğini ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenir.

kuki niteliğinin ele alınması gerekir.³³ Burada kurucu işleme dayanak iradeyi ortaya koyan işlem – kurma işlemi ayrımının yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Kurma işlemine dayanak irade, Cumhurbaşkanının iradesini açıklama biçimine göre şekillenecektir. Nitekim 5710 sayılı Kanun şirketin kurulmasına Cumhurbaşkanınca “karar verilmesinden” bahsetmektedir. Cumhurbaşkanı iradesinin açıklanma biçimi yani “karar verilme” ifadesi “Cumhurbaşkanı kararı” şeklinde bir işleme değil, şirketin kurulmasına ilişkin iradeye işaret etmektedir. Bu bağlamda kurma işlemine dayanak irade “Cumhurbaşkanlığı kararı” ya da “CBK” şeklinde bir idari işlem niteliğinde tezahür edebilir. 1982 Anayasasında CBK ile özel hukuk tüzel kişisi kurulmasına karar verilmesini yasaklayıcı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.³⁴ Cumhurbaşkanının karar biçimindeki bir idari işlemle şirket kurma iradesini açıklama yetkisinin dayanağı ise 5710 sayılı Kanunda yer almaktadır. Özel hukuka ait şirket formunda kurulmasına ilişkin iradenin idari işlem ile açıklanmasındaki amaç, bu şirketin yürüttüğü faaliyetin üstlenilmesine ilişkin idare-yani Cumhurbaşkanı- ile organik bağının

³³ 233 sayılı KHK’da düzenlenen kamu iktisadi teşebbüslerinin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu öğretide ağırlıkla kabul edilmiştir. Duran, İdare Hukuku, 203., Gözler, İdare Hukuku C.1, 651. Günay, İdare Hukuku, 544. Ramazan Çağlayan, “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7 (2016): 382. Anayasa Mahkemesi de KİT’lerin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğuna hükmetmiştir. “Kamu iktisadî teşebbüsleri, 233 sayılı KHK’nin 4. maddesinde de öngörüldüğü gibi, ticarî esaslara, yani özel hukuk hükümlerine göre faaliyette bulunan ve kamu yararı amacıyla çalışan kamu tüzel kişileridir.” Anayasa Mahkemesi, 22.12.1994, E. 1994/70, K. 1994/65-2, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22185.pdf>, 11.11.2023.

³⁴ Anayasanın 123.maddesi ile Cumhurbaşkanına verilen kamu tüzel kişisi kurma yetkisinin özel hukuk kişilerini de kapsadığı zira anayasada ne bir kamu tüzel kişiliği tanımının ne de kamu tüzel kişiliğinin nitelikleri veya ölçütlerine ilişkin anayasal ilkeler veya sınırlamalar olduğu belirtilmiştir. Yasin, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin”, 321. Bu minvalde hukukumuzda kanunla kurulan ancak özel hukuk tüzel kişisi olan kuruluşlar bulunmaktadır. Bu kuruluşlara “Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı” örnek gösterilebilir. Nitekim 3388 sayılı Kanunun (RG:25.06.1987-19498) 2/1. maddesinde “Bu Kanunla Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı kurulur. “ düzenlemesi yer almaktadır. Kanunun 2/3. maddesinde “Vakfın senedi, Milli Savunma Bakanı tarafından Türk Kanunu Medenisindeki hükümlere göre tescil ettirilir.” hükmü Kanunda bu tescilin tüzel kişilik kazanmaya delalet edeceğine dair bir hükmün bulunmaması sebebi ile bildirici bir tescil olarak addedilebilir. Vakfın özel hukuk tüzel kişisi olduğu ise bizzat vakfın web sayfasında “5737 sayılı Vakıflar Kanunu’na göre faaliyet gösteren bir “özel hukuk tüzel kişisi”dir.” şeklinde ifade edilmiştir. <https://www.tskgv.org.tr/tr/Sss>, (Erişim Tarihi: 01.01.2024)

sağlanmasıdır. Bu sayede yetki ve usulde paralellik ilkesi doğrultusunda şirket tüzel kişiliğinin kaldırılması ya da şirkete ilişkin pay değişikliği işlemleri de kurucu idari işlemle aynı nitelikte işlemle yapılabilecektir. Nitekim 5710 sayılı Kanunun 6/2. maddesi kurulacak şirkette özel sektör şirketlerinin hisse sahibi olmasına izin verilebileceğini ifade ederken bu hususu ortaya koymuştur.

Özel hukuka ait şirket formunda kurulan tüzel kişiliğin türüne ilişkin olarak öğretide bir şirketin, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak kurulması halinde idarenin bu şirketi kurmaya ilişkin iradeyi içeren bir idari işlemi bulursa da bu şirketi özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulünün gerektiği belirtilmiştir.³⁵ Burada Cumhurbaşkanı'nın şirketin kurulmasına ilişkin iradesinin ne şekilde tezahür ettiğinin belirleyici olduğu kanaatindeyiz. Şayet irade Cumhurbaşkanı kararı ile açıklanmışsa bu şirketin kamu tüzel kişisi olduğunu kabule Anayasanın 123/3. maddesi engeldir zira anılan madde gereği kamu tüzel kişiliği, kanunla veya CBK ile kurulur. Bu irade CBK ile açıklanırsa kurulan şirketin kamu tüzel kişiliği olacağı söylenebilir. Bahsi geçen şirketin gerek CBK gerekse Cumhurbaşkanı kararı ile özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmasına imkân yoktur. Zira 233 sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin³⁶ (KHK) Ek 2. maddesi Cumhurbaşkanı'nca anonim şirket şeklinde kurulan kamu sermayeli şirketlerin Türk Ticaret

³⁵ Fatma Didem Sevgili Gençay, "Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü", TBB Dergisi, 134 (2018): 158. Öğretide kamusal faaliyeti yürütmek üzere Cumhurbaşkanı'nın özel hukuk tüzel kişisi kurabileceği de ifade edilmiştir. Yasin, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin", 321. Öte yandan KİT'lerin kamu tüzel kişiliğinin Anayasadan kaynaklandığı ve buna dayanak olarak Anayasanın madde 47/3 ve 4, 128/1 ve 161/1 hükümlerinin belirtilebileceği, Cumhurbaşkanı'nca bir teşebbüsün kurulma iradesinin herhangi bir idari işlem şeklinde ortaya konulabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Selman Sacit Boz, "Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?", [³⁶ 18.06.1984 tarih ve 18435 \(Mükerrer\) sayılı Resmî Gazete.](https://www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm#:~:text=Başka%20bir%20ifadeyle%20Cumhurbaşkanı%20hangi,123%2F3%20maddesine%20aykırı%20değildir.(ErişimTarihi:13.10.2023)KanaatimizceKİT'lerkamu tüzel kişiliklerini anayasadan almamakta ve fakat anayasal dayanağı bulunmaktadır. KİT'lerin kamu tüzel kişiliği üniversiteler, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi açıkça zikredilmemekte, sadece anayasal bir dayanak yorum yolu ile çıkarılmaktadır. KİT'ler kamu tüzel kişiliği açısından anayasal dayanağa sahip olsa da anayasadan almamaktadır. Dolayısıyla bir KİT kurulmak istendiğinde kamu tüzel kişiliği anayasadan gelmemekte, bu kamu tüzel kişiliğinin Anayasanın 123/3. maddesi gereği kanun ya da CBK ile oluşturulması gerekmektedir.</p></div><div data-bbox=)

Kanunu'nun kuruluş ve tescile ilişkin hükümlerinden muaf tutulacağını hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının kuruluşu ilişkin iradesi ister karar ister kararname biçiminde ortaya çıksın, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun bir kurulmadan bahsedilemez. Türk Ticaret Kanunu'na uygun bir kurulma, Kanunun 355. maddesinde yer alan "Şirket ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır." hükmü gereği tescil işlemi gerekli kılmaktadır. Oysa 233 sayılı KHK Cumhurbaşkanınca anonim şirket şeklinde kurulan kamu sermayeli şirketlerini, kuruluşun temelini oluşturan bu tescilden muaf tutmuştur. Bu minvalde 6741 sayılı Kanunun 2/2. maddesinde Türkiye Varlık Fonu Yönetimi A.Ş. hakkında "Şirket, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın ticaret siciline resen tescil olunur." düzenlemesinin Cumhurbaşkanı kararı ya da CBK ile kurulacak olan şirket açısından mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira 233 sayılı KHK Ek 2. maddesi "Bu şekilde kurulanlar, esas sözleşmelerinin imzalanmasını müteakip yapılacak tescil ve ilan ile faaliyete geçer." hükmü ile Cumhurbaşkanınca kurulan anonim şirketler açısından kuruluşu yönelik tescilden muafiyet getirmiştir. Şirketin faaliyete geçmesi için ise esas sözleşmenin imzalanması ve bunu müteakiben tescil ve ilan yapılması gereklidir. Esas sözleşme imzalanmadan Ticaret Sicil Müdürlüğüne re'sen tescil yapılabilmesi mümkün değildir.

5710 sayılı Kanunun 6/2. maddesinde bahsi geçen "Cumhurbaşkanınca kurulmasına karar verilen şirketin" türü ile ilgili olarak bir açıklık bulunmamaktadır. 233 sayılı KHK Geçici madde 4'te "Bu Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlüğe girdiği tarihte sermayelerinin %51'inden fazlası Devlet veya teşebbüslere ait bulunan limited şirketlerin, bağlı ortaklık olarak faaliyetlerinin devamına veya tasfiyesine Koordinasyon Kurulunca karar verilir. Birinci fıkra gereğince faaliyetlerinin devamına karar verilen limited şirketler Bakanlar Kurulu kararıyla anonim şirket statüsüne dönüştürülür ve bağlı olduğu teşebbüs belirtilir." Düzenlemesi yer almaktadır. Düzenleme çoğunluğu Devlet ya da KİT'lere ait olan limitet şirketler açısından tasfiye ya da anonim şirket statüsü ile faaliyete devam etme seçenekleri düzenlemekle "Cumhurbaşkanınca kurulmasına karar verilen şirketin" anonim şirket türünde olmasının zorunluluk olduğu söylenmelidir.

Kurulacak şirkette, kurucu işleme dayanak iradeyi açıklayan işlem ile kurucu işlem bir ve tek bir idari işlem olmakta, şirket Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun olarak kurulmadığından da özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü mümkün olmamaktadır.³⁷ İdari teşkilatlanma içerisinde özel hukuka ait teşkilat biçimlerinden yararlanılarak oluşturulan kuruluşlar olabilir ve bu amaçla da çoğu kez bu tür şirketler, anonim şirket olarak kurulmaktadır.³⁸ Ve fakat yukarıda belirtilen gerekçeler ışığında Cumhurbaşkanınca kurulmasına karar verilecek şirketin kamu tüzel kişiliği olarak kurulabileceği ve kurucu işlemin de CBK olacağı kanaatindeyiz. Nitekim Anayasa Mahkemesi 7451 sayılı Kanunla³⁹ 4646 sayılı Kanunun geçici 2. maddesini değiştiren 14. Maddesi hakkında verdiği iptal kararında⁴⁰ 233 sayılı KHK ile düzenlenen KİT'lerin kamu tüzel kişiliğini haiz olduğunu, iktisadi devlet teşekkülü niteliğinde bir KİT olan BOTAŞ'ın yürüttüğü faaliyetlerin ayrıştırılarak yatay bütünleşmiş tüzel kişi olarak yeniden yapılandırılması sırasında kurulacak şirketlerin de 233 sayılı KHK'ya tabi KİT olması gerektiği, iptali istenen kurulla BOTAŞ'ın faaliyetlerinin ayrıştırılması ve yeniden yapılandırılması amacıyla kurulacak şirketlerin işletme konusu, ticaret unvanı, sermayesi ve ortaklık yapısı ile bu kapsamda gerçekleştirilecek devir ve benzeri işlemlere dair hususların Cumhurbaşkanı kararı ile düzenleneceğinin öngörüldüğü, bu durumun Anayasanın 123/3. maddesinde düzenlenen kamu tüzel kişiliğinin kanun ya da CBK ile kurulacağı kuralına aykırı olduğunu belirtmiştir.

Cumhurbaşkanı tarafından kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz şirket, Cumhurbaşkanınca üstlenilen NGS kurma ve işletme kamu hizmetini ifa etmek için 7381 sayılı Kanunun⁴¹ 4/3. maddesi gereği Nükleer Düzenleme Kurumundan izin almak zorundadır. Zira 7381 sayılı Kanun izin alma yükümlülüğü açısından tüzel kişilerin niteliği bakımından bir

³⁷ Öğretide bu tür tüzel kişiler için "sui generis tüzel kişiler" isimlendirmesi yapılmaktadır. K. Begüm İsbir, Kamu Tüzel Kişiliği (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), s.473-479.

³⁸ A. Şeref Gözübüyük, Türkiye'nin Yönetim Yapısı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 23.

³⁹ 10.04.2023 tarih ve 32159 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 08.11.2023, E. 2023/97, K. 2023/192, K. <https://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarikh=2023-12-08.11.11.2023>.

⁴¹ 08.03.2022 tarih ve 31772 sayılı Resmî Gazete.

ayırma gitmemiştir. Öğretide idarenin tek taraflı bir işlemle yetkilendirmesine ruhsat (idari izin) ile yetkilendirme denilmekte olup kamu hizmetini görmekle yetkilendirilen kişinin özel hukuk kişisi olabileceği gibi kamu tüzel kişisi de olabileceği ileri sürülmektedir.⁴² NGS kurma ve işletme kamu hizmetini üstlenen makam Cumhurbaşkanlığı, kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz şirkete NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin ifası için izin veren makam ise NDK'dır. Kamu hizmetinin nihai sorumlusu üstlenen sıfatı ile Cumhurbaşkanlığıdır.

b. Bakanlık Tarafından Görev Verilen Kamu Şirketi

Bakanlık tarafından NGS kurmak için yapılan görevlendirmenin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Görevlendirme için kamu şirketi ile sözleşme mi imzalanacağı yoksa Bakanlık tarafından tek taraflı bir idari işlemle görevlendirme mi yapılacağı 5710 sayılı Kanununun madde 6/2 hükmünden anlaşılamamaktadır. 1982 Anayasasının 47/4. maddesi "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmü kamu hizmetinin özel hukuk sözleşmesi ile yaptırılmasını kanuni düzenleme koşuluna bağlamıştır. 5710 sayılı Kanun bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Keza 3996 sayılı "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun"⁴³ kapsamına⁴⁴

⁴² Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 550-551. Buna karşılık öğretide ruhsattaki tek yanlılığın yaptırma şeklinde değil, yapmasına izin verme şeklinde olacağı ve talep gerekeceği de ileri sürülmüştür. Karahanoğulları, Kamu Hizmeti, 324.

⁴³ 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁴ 3996 sayılı Kanun md. 2: "Bu Kanun, köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyey tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, milli park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında

giren yatırım ve hizmetler arasında “NGS kurma” yer almamaktadır. Bu bağlamda NGS kurma konusunda yapılacak görevlendirme sözleşme ile gerçekleşse dahi bu özel hukuk sözleşmesi olamayacaktır. İki kamu tüzel kişinin bir kamu hizmetinin (NGS kurma) görülmesine yönelik ve bu amaçla sözleşme yapabilecekleri ve bu sözleşmenin idari sözleşme niteliği taşıyabileceğinin yargı organlarınca kabul edildiği görülmektedir.⁴⁵

233 sayılı KHK 35/2. maddesi uyarınca “Cumhurbaşkanı; teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklıkları faaliyet alanlarıyla ilgili olarak görevlendirebilir.” Bu düzenlemeye binaen yayınlanan 2018/10 sayılı Genelgede⁴⁶ “görevlendirmeye ilişkin karar taleplerinin Cumhurbaşkanlığına sevkinden” bahsetmektedir. Bu doğrultuda Bakanlıkça yapılan görevlendirmenin bir sözleşme ile değil “görevlendirme kararı” şeklinde tek taraflı bir idari işlemle yapılabileceği kanaatindeyiz. Belirtmek gerekir ki NGS kurma faaliyetinin kamu hizmeti olarak kabulüne esas aldığımız 5710 sayılı Kanun, NGS işletme noktasında bir farklılık arz etmektedir. Kanun Bakanlığın yukarıda açıklanan usulle görevlendirmesi halinde kamu şirketlerinin bu Kanun kapsamındaki santralleri kurmasını öngörürken, santralleri işletmesinden bahsetmemektedir. Oysa Kanun madde 6/2 Cumhurbaşkanınca, yurt içinde veya yurt dışında santral *kurmak, işletmek* ve üretilen elektriğin satışını yapmak üzere özel hukuk hükümlerine tabi şirket kurulmasına karar verilebileceğini belirtmektedir. Anılan düzenlemeden Bakanlık tarafından görev verilen kamu şirketinin sadece NGS *kurma* kamu hizmetini ifa edebileceği, NGS *işletme* faaliyetini ise yerine getiremeyeceği sonucu çıkmaktadır.

planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesine ilişkin usul ve esasları kapsar.”

⁴⁵ Danıştay 12. Dairesi, 02.11.1976, E. 1974/1958, K. 1976/2141, Ayhan Tekinsoy, “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55/2 (2006), 193.

⁴⁶ KİT’lerin Görevlendirilmelerine İlişkin Karar Talepleri ile İlgili Genelge, www.mevzuat.gov.tr

Bakanlığın üstlendiği NGS kurma kamu hizmetini yerine getirmek üzere görev vereceği kamu şirketleri tespiti yapılırken bu şirketlerle Bakanlık arasında organik bir bağın bulunması elzemdir. Zira Bakanlıkların ayrı tüzel kişiliği olan birimler üzerinde yetkileri, aralarında bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluş olarak bir bağ varsa söz konusudur. Nitekim 3046 sayılı Kanunun⁴⁷ 19/A maddesine göre bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Bu kuruluşların özel kanunlarında veya CBK'larında bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir. Benzer şekilde 1 sayılı CBK'nın⁴⁸ 503/1. maddesinde de "Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup, bakanlık icraatından ve emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu, bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir." hükmüne yer verilmiştir. O halde Bakanlığın görev vereceği bu kamu şirketinin Bakanlıkla arasında bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluş niteliğinde bir bağın varlığı zorunludur. Kamu şirketi ifadesi belirsiz gibi görünse de bir özel hukuk tüzel kişisine kendi iradesi dışında bir faaliyeti yürütme görevi verilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu açıdan kamu şirketinin kamu tüzel kişiliği haiz ve fakat özel hukuk hükümlerine de tabi bir kimliği bulunabileceği söylenmelidir.⁴⁹ Bu kamu şirketi ile Bakanlık arasında yukarıda bahsedilen türde bir bağ aranacak olup bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluşlara ilişkin mer'i düzenleme olan 4 sayılı CBK'da⁵⁰ düzenleme altına alınmayan bağlı, ilgili ve ilişkili kuru-

⁴⁷ 09.10.1984 tarih ve 18540 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁸ 10.07.2018 tarih ve 30474 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi de kamu tüzel kişilerinin nitelik ve özellikleriyle bağdaştığı ve statülerinin elverdiği ölçüde, özel hukuk tüzel kişileri gibi genel hükümlere göre bazı yetkileri kullanmalarının mümkün olduğunu ancak bu durumun açık bir hüküm bulunmadıkça onların hukuk rejimi olan idare hukuku ve kamu kanunlarına bağlılık ilkesini ortadan kaldırmayacağını karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi, 28.11.1985, E. 1985/7, K. 1985/22, K. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18995.pdf>. 12.11.2023.

⁵⁰ 15.07.2018 tarih ve 30479 sayılı RG.

luşlar da bulunmaktadır.⁵¹ Buna örnek Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilgili kuruluşu olan “Elektrik Üretim Anonim Şirketi” gösterilebilir.⁵² 5710 sayılı Kanun kapsamında Bakanlığın üstlendiği bir kamu hizmetini, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu şirketine görev olarak vermesi söz konusudur. Ancak kamu tüzel kişiliğini haiz olan bu kamu şirketinin NGS kurma kamu hizmetini görebilmesi için 7381 sayılı Kanununun 4/3. maddesi gereği NDK’dan izin alması zorunludur. NGS kurma kamu hizmetini üstlenen makam Bakanlık, NGS kurma kamu hizmetinin ifası için izin veren makam ise NDK’dır.

Kamu şirketi ifadesi irdelenirken kamu şirketi ifadesini de vurgulaması açısından 7330 sayılı Kanunla⁵³ kurulan Makine ve Kimya Endüstrisi Anonim Şirketi örnek verilebilir. 7330 sayılı kanunun gerekçesinde Türk Ticaret Kanunu’na hükümlerine tabi, Millî Savunma Bakanlığına bağlı bir kamu şirketi statüsünde yapılandırma amacından bahsedilmektedir.⁵⁴ Anayasa Mahkemesi de 7330 sayılı kanuna karşı açılan iptal davasında şirketin anayasal anlamda kamu iktisadi teşebbüsü niteliğinde kamu kurumu olarak hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşu vasfında olduğu sonucuna varmıştır.⁵⁵

⁵¹ Ceren Şakar, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27/3 (2023): 477. Öğretide kamu şirketi tabirinin kullanılması sebebi ile 233 sayılı KHK’ya tabi olmayan kamu şirketlerinin de NGS kurulumu için görevlendirilebileceği dile getirilmektedir. H. Eyüp Özdemir, Nükleer Güç Santrallerinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Esaslar (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012), 15.

⁵² Elektrik Üretim Anonim Şirketi Ana Statüsü, madde 4/7, 07.10.2020 tarih ve 31267 sayılı Resmî Gazete. Ana Statünün 5/1-e maddesinde Şirketin amaç ve faaliyet konuları arasında “Nükleer enerji üretim tesisi yapımı için ilgili mevzuat gereğince ilgili mercilerden kuruluş yeri, inşaat, işletme ve benzeri izinler ve lisans alınmasıyla ilgili işlemleri yapma...” nın da sayılması dikkat çekicidir.

⁵³ 03.07.2021 tarih ve 31530 sayılı Resmî Gazete.

⁵⁴ “7330 Sayılı Kanun Gereğçesi” (13.11.2023) <https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y4/T2/WebOnergeMetni/befb2340-ce06-4974-868a-aa190da33617.pdf>

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi 16.02.2023, E. 2021/92, K. 2023/27, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2023-27-nrm.pdf>. 11.11.2023.

c. Merkezî Yönetim Kapsamındaki Kamu İdaresi ya da Kamu Sermayeli Kuruluş

7381 sayılı Kanununun 14/7. maddesi “işletenin” 5018 sayılı “Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu” uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi ya da sermayesinin tamamının kamuya ait olması halinden bahsetmektedir. 5018 sayılı Kanun merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerini Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri olarak tanımlamıştır. I sayılı cetvel genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerini, II sayılı cetvel özel bütçeli idareleri ve III sayılı cetvelde düzenleyici ve denetleyici kurumları listelemektedir. İşletenin sermayesinin tamamının kamuya ait olması kavramı 233 sayılı KHK doğrultusunda ele alınabilir. KHK madde 2/2’de iktisadi devlet teşekkülünü sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsü olarak tanımlamış olup NGS işleticisinin de böyle bir görevin mevzuatla verilmesi koşulu ile iktisadi devlet teşekkülü niteliğinde bir kamu iktisadi teşebbüsü olabileceği kanaatindeyiz. NGS işletme kamu hizmeti özel hukuk şirketlerince de ifa edilebileceği için NGS işleticisi tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan *kamu iktisadi kuruluşu* olamaz.

7381 sayılı Kanununun 14/7. maddesi tek başına merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin ya da KİT’lerin bu görevi ifa etmesine dayanak oluşturamaz. Bunun için gerek merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gerekse KİT’lerin NGS işletmelerine ilişkin mevzuatlarında bir görev düzenlemesi olması gerekmektedir. Anayasanın 123. maddesinde yer alan İdarenin kanuniliği ilkesi organik anlamda idare kabul edilen organların fonksiyonel açıdan idare kavramına dahil olan görevlerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.⁵⁶

ç. Özel Hukuk Şirketleri

NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin gördürülme usulüne ilişkin 5710 sayılı Kanununun 3. maddesi gereği NGS yapılmasına ilişkin se-

⁵⁶ Emre Akbulut, Türk Hukukunda Kanuni İdare İlkesi (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 155.

çim süreci Bakanlık tarafından kanundaki usuller uygulanmak suretiyle başlatılacak olup Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK) tarafından NGS kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütler yayınlanacak, Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketi (TETAŞ)⁵⁷ (EÜAŞ) tarafından yarışma ilanı yapılacak ve yarışmaya TAEK'in uygun bulunduğu şirketler girebilecektir. 4 sayılı CBK'nın 690. maddesi ile mevzuatta TAEK'e yapılan atıfların Türkiye Enerji, Nükleer ve Maden Araştırma Kurumuna (TENMAK) yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir. 4 sayılı CBK'dan daha sonra yürürlüğe giren 7381 sayılı Kanunun 26/2. maddesi ise mevzuatta nükleer enerji ve radyasyonun kullanımını içeren faaliyetlerin düzenleyici kontrolü ile ilgili olarak kapatılan TAEK'e yapılan atıfların NDK'ya yapılmış sayılacağını hükme bağlamaktadır. Kanun düzenleyici kontrol kavramını madde 2/1-ç ile NDK'nın yürüttüğü düzenleme, değerlendirme, yetkilendirme ve denetleme faaliyetleri ile yaptırımların uygulanması olarak tanımlamıştır. Bu düzenlemeler ışığında 5710 sayılı Kanunda NGS kurma ve işletmeye ilişkin TAEK'e yapılan atıfların NDK'ya yapıldığı kabul edilecektir.

Yapılan yarışma sonucunda sonra en uygun teklif belirlenerek, EÜAŞ tarafından ilgili şirketle sözleşme imzalanmasına izin alınmak üzere Cumhurbaşkanının onayına sunulacak, Cumhurbaşkanının izninin ardından Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından, sözleşme imzalanması uygun görülen şirkete ilgili mevzuat çerçevesinde lisans verilerek lisans verilmesini müteakip, ilgili şirketle EÜAŞ arasında, santralin işletmeye girmesinden itibaren onbeş yılı aşmayan *enerji satışını düzenleyen sözleşme* imzalanacaktır.

Anılan düzenleme NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin ihale usulü bir yüklenici belirlenerek bu yüklenici ile sözleşme imzalanması sonucu gördürüleceği yanlıgsı yaratmaktadır. Belirtmek gerekir ki "*ihale usulü*" ile yüklenicinin belirlenmesi, yüklenici ile santralin işletmeye girmesinden itibaren 15 yılı aşmayan enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanması halinde uygulanacaktır. Dolayısıyla NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin özel hukuk şirketlerine gördürülmesini ikili bir ayrımla irdelemek şarttır:

⁵⁷ 703 sayılı KHK'nın 9. maddesi ile 6446 sayılı Kanuna eklenen geçici 22. madde uyarınca TETAŞ ve EÜAŞ, EÜAŞ bünyesinde birleştirilmiş, geçici 24. maddesi ile de mevzuatta mülga TETAŞ'a yapılan atıfların EÜAŞ'a yapılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

-EÜAŞ ile enerji satış sözleşme yapmak isteyen şirketler

-EÜAŞ ile enerji satış sözleşmesi yapmak istemeyen şirketler

aa. -EÜAŞ ile Enerji Satış Sözleşme Yapmak İsteyen Şirketler

NGS yapılmasına ilişkin seçim süreci Bakanlık tarafından kanundaki usuller uygulanmak suretiyle başlatılarak NDK tarafından NGS kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütler yayınlanır. Akabinde EÜAŞ tarafından yarışma ilanı yapılır ve bu yarışmaya NDK'nın uygun bulunduğu şirketler girebilir. 5710 sayılı Kanunun 3. Maddesinde düzenlenen bu yarışmanın ayrıntıları Kanuna dayalı olarak çıkarılan “Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul Ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik” ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 11/1. maddesi uyarınca “Yarışma kapalı teklif usulü ile yapılır. Yarışma, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi değildir.” Gerek 5710 sayılı Kanun gerekse Yönetmelik yarışmanın hukuki niteliğine dair bir hüküm içermemektedir. Danıştay yapılan yarışma için “yarışma ihalesi” ifadesini kullanarak yapılan yarışmayı bir ihale olarak gördüğünü ortaya koymuştur.⁵⁸ Mevzuatta idarenin sözleşme yapma usulüne ilişkin 2886 ve 4734 sayılı iki temel kanun olsa da bu kanunlar idare tarafından yapılacak bütün sözleşmeler için genel kanun niteliği taşımamaktadır.⁵⁹ Kanunda ve Yönetmelikte belirtilen yarışmaya ne 2886 sayılı Kanunun ne de 4734 sayılı Kanunun

⁵⁸ Danıştay 13. Dairesi, 16.05.2022, E. 2022/2248, K. 2022/2040, [https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2022-,2248.htm&kw='kullan%C4%B1m+hakk%C4%B1+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi'&r=danistay#fm,01.01.2024](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2022-,2248.htm&kw='kullan%C4%B1m+hakk%C4%B1+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi'& r=danistay#fm,01.01.2024)

⁵⁹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, c.2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.108. 2886 sayılı Kanun açısından aksi görüş için Murat Sezginer, İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2000), 147. Sadece 2886 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, idarenin taraf olduğu sözleşmelerde sözleşmenin oluşum aşamasını düzenleyen kuralların genel nitelikte kabul edilmesi gerektiği ve farklılaşan usullerin ayrıca ilgili yasadaki açıkça düzenlenmesi gerektiği görüşü için Meltem Kutlu, İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermeye İşletmesi Yayınları No:75, İzmir, 1997, s.45. Kamusal harcama gerektiren kamu ihalelerini 4734 sayılı Kanunla sınırlandırmanın doğru olmadığı da ifade edilmiştir. Toprak Eren, Kamu İhale Hukuku (Türkiye’de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi), Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.28

uygulanması mümkündür. Zira Yönetmelik yarışmanın 4734 sayılı Kanuna tabi olmadığını açıkça vurgulamıştır. Anılan yarışmaya 2886 sayılı Kanunun uygulanması da mümkün olmayıp Kamu İhale Kurumu bu konuda vermiş olduğu bir kararda “4734 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile Kanun kapsamındaki idarelerin her türlü kaynaktan karşılanan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin bu Kanun hükümlerine göre yürütüleceğinin ve madde 68/a hükmünde ise bu Kanun kapsamında yer alan işlerin ihalelerinde, 2886 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağına düzenlendiğini belirterek idarelerin kamu harcaması gerektiren işlemlerinin hukukî rejiminin 4734 sayılı Kanunla çizildiğini, kamu kaynağının kullanıldığı bütün ihalelerde bu Kanun’un uygulanması gerektiğini öte yandan kamu harcaması gerektirmeyen gelir getirici faaliyetler için ise 2886 sayılı Kanun’un belirlediği esas ve usullerin kullanılacağını belirtilmiştir.⁶⁰ Bu minvalde ihale mevzuatından daha geniş ve genel bir tanıma sahip olan ihale kavramı idari hizmet sözleşmeleri dışında idarenin tüm sözleşmeleri için geçerliliği haizdir.⁶¹ Danıştay da ihale kavramını “*idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, karşılığı idare tarafından ödenmek üzere gerekli mal ve hizmetlerin alınmasına veya işin, mevzuatta öngörülen usul kurallarına uymak suretiyle oluşturulan rekabet ortamı içerisinde katılan adaylardan maliyet ve kalite bakımından en uygun teklifi sunan özel bir kişiye yaptırılmasına yönelik olarak imzalanacak sözleşmelerin oluşum sürecindeki idarenin yaptığı bir dizi işlemler*” olarak tanımlamaktadır.⁶² Bu bağlamda 5710 sayılı Kanunun özel bir ihale usulü düzenlediği söylenmelidir. Fakat 2886 ve 4734 sayılı Kanunlarla kabul edilen ihale hukukuna ilişkin genel ilkelerin idare tarafından bu Kanunlara tabi olsun ya da olmasın yapacağı ihalelerde uyulması zorunlu ilkeler olduğu da belirtilmiştir⁶³.

⁶⁰ Kamu İhale Kurulu, 24.10.2011 Tarihli ve 2011/UY.I-3552 No.lu Uyuşmazlık Kararı, <https://ekap.kik.gov.tr/EKAP/Vatandas/KurulKararSorgu.aspx>, 01.01. 2024.

⁶¹ Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 213-214.

⁶² Danıştay 13. Dairesi, 10.02.2010, E. 2007/1724, K. 2010/1168, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2007-1724.htm&kw=`2007/1724`&cr=danistay#fm>, 01.01.2024

⁶³ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 535. Ulusoy, Türk İdare Hukuku, 668. 2886 sayılı Kanun açısından da Kanunun 2. maddesinde düzenlenen ilkelerin Kanunun uygulanması

Yapılan yarışma sonucunda EÜAŞ tarafından bu Kanun ve çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde değerlendirildikten sonra en uygun teklif belirlenerek, ilgili şirketle sözleşme imzalanmasına izin alınmak üzere Cumhurbaşkanının onayına sunulur. EÜAŞ tarafından gönderilen teklifin uygun görülmesi halinde, Cumhurbaşkanınca ilgili şirketle EÜAŞ arasında sözleşme imzalanması hususunda izin verilir. EPDK tarafından, sözleşme imzalanması uygun görülen şirkete ilgili mevzuat çerçevesinde lisans verilir. EPDK tarafından lisans verilmesini müteakip, ilgili şirketle EÜAŞ arasında, santralin işletmeye girmesinden itibaren onbeş yılı aşmayan enerji satışını düzenleyen sözleşme imzalanır. Görüldüğü üzere burada yarışma sonucunda imzalanan sözleşme enerji satışına ilişkin sözleşmedir. NGS kurma ve işletme hizmetinin ifasına ilişkin değildir. Kaldı ki yarışma sonucu en uygun teklif sahibi şirket NGS kurma ve işletme için gerekli olan lisansları almakla yükümlüdür. Nitekim Yönetmeliğin 20. maddesi “EPDK ve TAEK (NDK) tarafından alınacak olan lisans bedelleri, ilgili mevzuatı çerçevesinde bu kuruluşlar tarafından belirlenir.” düzenlemesi ile lisans alma zorunluluğuna vurgu yapmıştır.

bb. -EÜAŞ ile Enerji Satış Sözleşme Yapmak İstemeyen Şirketler

5710 sayılı Kanun madde 4/2 EÜAŞ ile enerji satışına ilişkin sözleşme yapmayı talep etmeyen şirketlerin elektrik piyasası ve nükleer tesislere ilişkin mevzuata uymak kaydıyla bu Kanunun şirket seçimi ve ikili anlaşmalara ilişkin 3. maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 4. maddesinin birinci fıkrası hariç diğer hükümlerine tabi olacaklarını öngörerek NGS kurma ve işletme ile enerji satışını birbirinden ayırmıştır. Enerji satışı sözleşmesi yapmak istemeyen bir şirket 5710 sayılı Kanunda madde 3/2'den⁶⁴ muaf tutulmadığından NDK tarafından belirlenen ölçütleri karşılamak şartı ile 7381 sayılı Kanun ve Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği kapsa-

ile sınırlı olmadığı ve genel olarak kamu ihaleleri için geçerli kabul edilmeleri gerektiği zira bu ilkelerin Anayasada yer alan anayasal kurallar olduğu ifade edilmiştir. Meltem Kutlu, İhale Süreci, 172.

⁶⁴ 5710 sayılı Kanun md 3/2: TAEK, Kanunun yürürlük tarihinden itibaren nükleer santral kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütleri bir ay içinde yarınlr.

mında gerekli izinleri alarak NGS kurabilecek ve işletebilecektir. Bu bağlamda 5710 sayılı Kanun EÜAŞ ile sözleşme yapmayı talep etmeyen şirketlerin de NDK tarafından NGS kurup işletecek şirketlerin uymak zorunda oldukları ölçütlere ilişkin madde 3/2 hükmüne tabi olduklarını öngörmekte ancak Bakanlık tarafından başlatılan ve ayrıntıları madde 3/3 doğrultusunda "Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik"⁶⁵ ile düzenlenen seçim sürecine ilişkin hükümlere tabi olmadıklarını düzenlemektedir. Dolayısıyla bu tür şirketler için yarışma usulü uygulanmayacaktır.⁶⁶ Bu tür şirketlere NGS kurma ve işletme kamu hizmeti yarışma yapılmaksızın ruhsat usulü ile gördürülebilir.

7381 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliğinde ruhsat usulü, kurma ve işletme için iki ayrı yetkilendirme olarak düzenlenmiştir. 7381 sayılı Kanunun 4/3-a maddesinde "Kurumdan [NDK] nükleer tesis için sahanın hazırlanması, Kurum tarafından belirlenen ekipmanın imal edilmesi, tesisin inşa edilmesi, işletmeye alınması, işletmeden çıkarılması, yeniden işletmeye geçilmesi ile tesiste güvenlik ve emniyeti ilgilendiren değişiklik yapılması [...] için izin alınması zorunludur." düzenlemesi yer almakta olup NGS *kurma* aşaması için izin adı altında bir yetkilendirme gerekmektedir. Kanunun 4/2. maddesinde ise "Kurumdan; nükleer tesis, radyasyon tesisi, radyoaktif atık tesisi işletmek ve radyasyon uygulamalarını yürütmek için lisans alınması zorunludur." Denilerek NGS işletme için lisans adı altında yetkilendirme gerekmektedir. NGS kurma için "izin", NGS işletme için "lisans" olarak zorunlu kılınan bu yetkilendirmeler, kamu hizmeti gördürme ruhsatı niteliğindedir.

5710 sayılı Kanun enerji satışına ilişkin sözleşme yapılmadan önce şirkete EPDK tarafından lisans verilmesini öngörmektedir ki bu lisans 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda düzenlenen üretim lisansıdır. 6446 sayılı Kanun ayrıca madde 6/10'da nükleer enerji üretim tesisleri için alınacak yapı ruhsatı ve diğer mevzuattan kay-

⁶⁵ 19.03.2008 tarih ve 26821 sayılı Resmî Gazete.

⁶⁶ Aynı görüş için bkz. Necip Kağan Kocaoğlu, "Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi" Ankara Barosu Dergisi, 2 (2010): 61.

naklanan inşaata ilişkin izin, onay, lisans, ruhsat ve benzeri belgeler ile üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgelerin üretim lisansı verilmesinden sonra olmak üzere, EPD Kurulu tarafından belirlenen süre içinde EPDK'ya sunulması gerektiğini, Kurulun belirlediği süre içinde istenen belgelerin mücbir sebepler veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında Kuruma sunulmaması hâlinde üretim lisansının iptal edileceğini, bu üretim tesislerinde, diğer mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla üretim lisansı alınmadan önce üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmayan yapıların inşasına başlanabileceğini hüküm altına almıştır. Enerji satış sözleşmesi yapan şirketler için ise farklılık ruhsat usulüne tabi olmanın yanı sıra enerji satışına özgü bir sözleşme imzalamalarıdır. Nitekim "Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun Kapsamında Yapılacak Yarışma ve Sözleşmeye İlişkin Usul ve Esaslar ile Teşvikler Hakkında Yönetmelik" in bazı maddelerinin iptali istemi ile açılan davada Danıştay 5710 sayılı Kanun kapsamında TETAŞ tarafından gerçekleştirilecek ihalenin TETAŞ açısından enerji alım yarışması olduğuna ve TETAŞ ile şirket ile arasında enerji satışına ilişkin sözleşme imzalandığına karar vermiştir.⁶⁷

II. NGS KURMA VE İŞLETME KAMU HİZMETİNİN YERİNE GETİRİLMESİNDE ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMUNUN ROLÜ

4628 sayılı Kanunla⁶⁸ düzenleyici ve denetleyici kurum olarak oluşturulan EPDK, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektrik enerjisi piyasası faaliyetleri de dahil olmak üzere çeşitli enerji kaynaklarına dayalı piyasa faaliyetleri konusunda görevli ve yetkilidir. Elektrik piyasasında yürütülebilecek üretim faaliyetinde önlisans ve lisans alma zorunluluğu açısından⁶⁹ lisans vermeye yetkili olan idari birimin tespiti önemlidir. Yakın zamanda yürürlükten kaldırılan

⁶⁷ Danıştay 13. Dairesi, 04.03.2011, E. 2009/333, K. 2011/876, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2009-333.htm&kw=`2011/876`&cr=danistay#fm>, 19.06.2023

⁶⁸ 03.03.2001 tarih ve 24335 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

⁶⁹ 6446 sayılı Kanun [madde (4), (5) ve (6)].

“Nükleer Tesislere Lisans Verilmesine İlişkin Tüzük”⁷⁰ lisans aşamalarını a) yer lisansı b) inşaat lisansı c) işletme lisansı olarak düzenlemekte ve bu lisansların verilme yetkisini TAEK’e vermekte idi. Tüzüğün yürürlüğe giriş tarihinde 6446 sayılı Kanun henüz yürürlükte olmadığı için “işletme lisansının” nükleer tesisin elektrik enerjisi üretimine ilişkin izni de içerdiği söylenebilirdi. Zira işletme terimi yine yürürlükten kaldırılan “Nükleer Tanımlar Yönetmeliğinde”⁷¹ “bir nükleer tesisin işletme sırasındaki denetimi, bakımı ve reaktörlerde yakıt değiştirme faaliyetlerini de içerecek şekilde, tesisin kuruluş amacına yönelik tüm faaliyetlerin güvenli olarak yürütülmesi” şeklinde tanımlanmış idi. Halihazırda durum ise 6446 ve 7381 sayılı Kanunların birlikte değerlendirilmesi ile açıklanabilir. 7381 sayılı Kanun kapsamına giren NGS kurmaya ilişkin yetkilendirme NDK’nın görevidir. NGS kurma aşamasında EPDK’ya verilmiş bir görev söz konusu değildir. NGS’nin işletilmesi konusunda NGS’nin işletilmesi ile NGS’nin işletilmesi suretiyle elektrik üretimi farklıdır. NGS’nin işletilmesine ilişkin NDK’nın verdiği lisans, NGS’nin işletme sürecinde NDK tarafından denetimini sağlamaktadır. Nitekim 7381 sayılı kanunun 7/1. maddesi kanun kapsamındaki faaliyetler ve yetkilendirilen kişilerin NDK denetimine tabi olduğunu açıkça belirtmektedir. NGS’nin işletilmek suretiyle elektrik üretilmesi konusunda ise yetki EPDK’dadır. Nitekim 5710 sayılı Kanun madde 3/5, NGS yapılması için sözleşme imzalanması uygun görülen şirkete EPDK tarafından lisans verileceğini hükme bağlamıştır. Bahsi geçen lisans 6446 sayılı Kanunda düzenlenen elektrik üretim lisansıdır.⁷² Nükleer enerjiye dayalı üretim tesislerinin 6446 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılan Elektrik Piyasası

⁷⁰ 19.12.1983 tarih ve 18256 sayılı Resmî Gazete. Tüzüğün yürürlükten kaldırıldığı gün aynı Resmî Gazetede “Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği” yayımlanarak konunun ayrıntıları düzenlenmiştir. 17.03.2023 tarih ve 32135 sayılı Resmî Gazete.

⁷¹ 09.09.1991 tarih ve 20986 sayılı Resmî Gazete.

⁷² Elektrik Piyasası Yönetmeliğinde yer alan nükleer enerjiye dayalı üretim tesisine ilişkin inşaat lisansı ve/veya işletme lisansı başvurularının olumlu sonuçlanmaması ya da mevcut inşaat lisansı ve/veya işletme lisansının iptal edilmesi durumunda, ilgili üretim lisansının (6446 sayılı Kanun kapsamında EPDK tarafından verilen lisans) iptal edileceği hükmünde yer alan inşaat ve işletme lisansı ifadelerinin de 7381 sayılı Kanunda belirtilen izin olarak anlaşılması gerekmektedir.

Lisans Yönetmeliğinde⁷³ yer alan önlisans alma yükümlülüğü olup olmadığı, yükümlü ise yetkili idari birimin belirlenmesi önemlidir. 6446 sayılı Kanun madde 6/1 önlisans verme yetkisini EPDK'ya vermiştir. Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin madde 12/5-b'de nükleer enerjiye dayalı üretim tesisi kurulması için yapılan önlisans başvurularında şirket asgari sermayesinin, EPDK tarafından öngörülen toplam yatırım tutarının yüzde birine artırıldığına ilişkin şirket esas sözleşmesinin sunulması zorunluluğunun öngörülmesi ve madde 12/8'de nükleer enerjiye dayalı üretim tesisi kurulması için yapılan önlisans başvurusunda ilgili kurumdan alınacak yer lisansının EPDK'ya ibrazının zorunlu olduğunun düzenlenmesi dikkate alındığında NGS işletilerek elektrik enerjisi üretimünde önlisans verme yetkisinin EPDK'ya ait olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁴

Özetle NGS'nin saha belirleme ile başlayıp işletmeye alınması aşamasına kadar evrede EPDK'nın bir yetkisi bulunmamaktadır. İşletme aşamasında ise NGS'nin denetiminin sağlanabilmesi için NDK'dan işletme lisansı; işletme suretiyle elektrik üretebilmesi için ise EPDK'dan önlisans ve lisans alması gerekmektedir.

III. NGS KURULMASI VE İŞLETİLMESİ FAALİYETLERİNE İLİŞKİN İDARENİN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak İdarenin Sorumluluğu

1982 Anayasasının 125/son maddesi ile anayasal temeli belirlenen idarenin mali sorumluluğu önceleri tek ve asli sebep olarak kusura dayanmakta iken sonraları artan bir şekilde kusursuz sorumluluk halleri ortaya çıkmıştır.⁷⁵ İdarenin sorumluluğuna ilişkin ilkeler yasalarla belirlenmeyip yargı kararları ile geliştirilmekte ve bu sayede her somut olayda idarenin sorumluluğu temelinde idare hukuku kavram ve ilkelerinin tartışılmasını, değerlendirilmesini ve sonuca varılmasını sağlamaktadır.⁷⁶

⁷³ 02.11.2013 tarih ve 28809 sayılı Resmî Gazete.

⁷⁴ Nitekim Türkiye'de yapımı devam eden nükleer santralin işleticisi olan Akkuyu Nükleer A.Ş'ye EPDK tarafından 2015 yılında önlisans verilmiştir. "Projenin Tarihçesi", (Erişim Tarihi 20.02.2023), <http://www.akkuyu.com/projenin-tarihcesi>.

⁷⁵ Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, (Ankara, Sevinç Matbaası, 1974),24.

⁷⁶ Meltem Kutlu, "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu", Amme İdaresi Dergisi, 32/4, (1999): 27.

1982 Anayasası 125/son maddesi gereği “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” Anayasal bu ilkenin Paris Sözleşmesi ve onu tadil eden 2004 Protokolü ile 7381 sayılı Kanunda öngörülen NGS kurma ve işletmeden kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluk ilkeleri ile bağdaştırılması, idarenin sorumluluğunun ortaya çıkması ve sorumluluğun tabi olacağı hukuki rejimi belirleme açısından zorunludur. İdarenin mali sorumluluğu ile ilgili olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından verilen bir kararda idare mahkemeleri, Danıştay ve AYİM’de açılabilen tam yargı davalarında sorumluluğun tespitinde ve tazminat ile ilgili diğer hükümleri uygularken Borçlar Kanunu ya da Medeni Kanunun üst norm olarak kabul edildiği, idare hukukunun kendine has özelliklerinin doğal sonucu olarak Anayasanın emredici hükümleri kapsamında bahsi geçen Kanunların bünyesine uygun olduğu ölçüde doğrudan uygulandığı tespiti yapılmıştır.⁷⁷ İdarenin mali sorumluluğunda aslolan idari sorumluluk olsa da idarenin özel hukuka tabi sorumlu olması da mümkündür. Bu bağlamda idarenin “işleten” olduğu hallerde, işleten sıfatı ile tabi olduğu Paris Sözleşmesi, 2004 Protokolü ve 7381 sayılı Kanunun koşulları çerçevesinde, idare hukukuna tabi olmayan, kusursuz sorumluluğu söz konusudur ki bu sorumluluk özel hukuka tabi bir sorumluluktur.⁷⁸ Bir diğer deyişle bu durumda idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açan durumlar arasında yer alan⁷⁹, Kanunla özel hukuka tabi kılınmış sorumluluğu bulunmaktadır. Yukarıda bahsedilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında da zikredildiği üzere sorumluluğun tespiti ve tazminatın belirlenmesi bir üst norm tarafından düzenlenmişse idarenin sorumluluğu bu norm çerçevesinde ele alınacaktır. NGS kurma ve işletme kamu hizmetinde idare işleten ise üst norm Paris Sözleşmesi, 2004 Protokolü ve 7381 sayılı Kanun’dur. Ayrıca 7381 sayılı Kanunun 16/1. maddesinde “nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarı kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkeleri esas alınarak” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre gerçekleşeceği

⁷⁷ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, 29.12.1992, E. 1991/74, K. 1992/913, Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, s.157 dn.380.

⁷⁸ Agah Kürşat Karauz, “Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu” Nevşehir Barosu Dergisi, 1 (2014): 15.

⁷⁹ Gözler, İdare Hukuku C. 2, 1049.

hükme bağlanarak bu üst norm ilişkisi Türk Borçlar Kanunu ile, zararın tazmin şekli ve tutarı yönünden kurulmuştur. İdarenin işleten olmadığı ancak özel hukuk kişilerine bu hizmeti gördürdüğü hallerde NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin asli sahibi ve üstlenicisi sıfatı ile idarenin idari sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak idarenin “kendi eylem ve işlemi” ifadesinden, idarenin işleten olduğu hallerde dahi, işletenin sorumluluğu için öngörülen parasal limitlerin aşıldığı hallerde artık idarenin işleten sıfatının değil “idare” sıfatının devreye gireceği ve kendi eylemi sonucu ortaya çıkan “aşan kısım” için idari sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmelidir.

NGS kurma ve işletme kamu hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmininde öncelikle idarenin işleten sıfatı ile sorumluluğu ele alınmalıdır. Ayrıca işleten sıfatından bağımsız olarak idarenin hizmeti üstlenen, kamu hizmetini yerine getiren sıfatının yanı sıra denetleyen sıfatı ile sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

İdarenin sorumluluğu irdelenirken sorumluluğun türü açısından da ikili bir ayrıma gidilmelidir. İdarenin işleten olduğu hallerde Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanun kapsamında özel hukuka dayalı sorumluluğu söz konusu olacaktır. İdarenin işleten sıfatını haiz olmadığı hallerde ise idari sorumluluğu irdelenecektir. İdari sorumluluk ise Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanun hükümlerinden kaynaklanabileceği gibi idarenin kamu hizmetini üstlenen, yerine getiren veya denetleyen sıfatından da doğabilmektedir. NGS kurma ve işletme kamu hizmetinde hizmeti üstlenen sıfatını bahsedildiği üzere Cumhurbaşkanlığı ya da sadece NGS kurma kamu hizmeti için Bakanlık haiz olmaktadır.

Kurma ya da işletme aşamasında meydana gelen bir nükleer zarardan Cumhurbaşkanlığı ya da Bakanlık kamu hizmetini üstlenen ya da denetleyen olarak sorumlu olabilecek, hizmetin ifasında ise idari makamların “işleten” ve “kamu hizmetini yerine getiren” olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır.

B. NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetinde İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu

İdarenin özel hukuk sorumluluğu idarenin özel hukuk ilişkilerinden, idarilik niteliğini yitirmiş, başta mülkiyet hakkı olmak üzere kamu hürriyetlerine ağır ve hukuka aykırı saldırı şeklindeki fiili yol niteliğindeki eylemlerinden ve kanunlarda adli yargıda görüleceği sarahahten belirtilmiş uyuşmazlıklardan doğmakta ve istisnai bir karakter arz etmektedir.⁸⁰ NGS kurma ya da işletme kamu hizmetinin idare tarafından ifası halinde “işleten idare” olarak sorumluluk söz konusu olabilecektir. “İşleten idare” halleri şu şekilde ortaya çıkabilecektir:

-İşletenin 5710 sayılı Kanununun 6/2. maddesi gereği NGS kurma ve işletme kamu hizmetini yerine getirmek üzere kurulan ya da NGS kurmak üzere görev verilen kamu tüzel kişiliğini haiz şirket olması

-İşletenin, 7381 sayılı Kanununun 14/7. maddesi gereği 5018 sayılı “Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu” uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi ise ya da işletenin sermayesinin tamamı kamuya ait olması

Bu hallerde idare 7381 sayılı Kanununun 2/2. maddesi gereği Paris Sözleşmesinde yer alan “işleten” sıfatı ile sorumlu olacaktır. Sözleşmenin 1/a-vi maddesi işleteni “yetkili resmî makamca o tesisin işleteni olarak atanmış veya tanınmış kimse” olarak tanımlamıştır. NGS kurma ve /veya işletme kamu hizmetini yerine getiren ve işleten niteliği taşıyan idari makamlar 7381 sayılı Kanununun 12/1. maddesi gereği nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında öncelikle 7381 sayılı Kanuna, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesine göre sorumlu olacaklardır.⁸¹

NGS’lerin kurulma ya da işletilmesinden kaynaklanan sorumluluk konusunda ülkemiz Paris Sözleşmesi’ne taraftır. İşleten için tehlike ilke-

⁸⁰ Siddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları C III (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 1691.

⁸¹ 7381 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce işletenin sorumluluğu bakımından Paris Sözleşmesinin öncelikle uygulanacağı görüşü geçerliğini yitirmiştir. Anılan görüş için bkz. Başak Başoğlu, “Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, Legal Hukuk Dergisi, 187 (2018): 3215.

sine dayalı sorumluluğu benimseyen⁸² 1960 tarihli Sözleşme ülkemiz iç hukukuna 299 sayılı kanunla aktarılmış⁸³, en son 2004 yılında Ek Protokol ile çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Anılan Protokol ülkemiz tarafından imzalanarak 7337 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve yürürlüğe girmiştir.⁸⁴ 7381 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce 5710 sayılı Kanunun 5/5. maddesinde “Nükleer yakıt, radyoaktif madde veya radyoaktif atık taşınırken veya santralde bir kaza olması durumunda 29/7/1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Kanuni Sorumluluk Hakkındaki Paris Sözleşmesi ve ek değişiklikleri ile diğer ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri uygulanır.” hükmü ile NGS’lerin kurulma ya da işletilmesinden kaynaklanan sorumluluk konusu düzenlenmekte ve anılan düzenlemeye binaen doğrudan uygulanabilir hükümlerin ağırlıkla yer aldığı Paris Sözleşmesinin Türk hukukunda doğrudan uygulama alanı bulacağı ifade edilmekteydi.⁸⁵

Gerek Paris Sözleşmesi madde 3/a gerekse 7381 sayılı kanunun 12/4 maddesi işleten açısından kusursuz sorumluluk hali öngörmektedir. 7381 sayılı Kanunun 12/1. maddesi, nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını düzenlemenin yanı sıra 12/6. maddesinde işletenin, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararların tazminine ilişkin olarak sadece Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanunun beşinci bölüm hükümleri kapsamında sorumlu olduğunu belirterek her iki düzenlemenin de sorumluluk açısından uygulanmasını mümkün kılmıştır.⁸⁶ Sözleşmede yer alan

⁸² İlhan Ulsan, “Türk Hukukunda Nükleer Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluk”, içinde Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996), 555.

⁸³ 13.05.1961 tarih ve 10806 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁴ 17.10.2021 tarih ve 31631 sayılı Resmî Gazete.

⁸⁵ İlhan Ulsan, “Türk Hukukunda”, 554.

⁸⁶ Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu dile getirilmiştir. Arda İnal, “Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi’ni Değiştiren 2004 Protokolü’nün Türk Hukukuna Uygulanması”, (Uzmanlık Tezi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, 2017), 67. Nitekim 7381 sayılı Kanun nükleer madde ve nükleer zarar kavramlarını tanımlasa da beşinci bölümün uygulanmasında nükleer madde ve nükleer tesis ifadeleri için Paris Sözleşmesinde yer alan tanımların geçerli olduğunu, yine beşinci bölüm uygulamasında Kanunda yer almayan tanımlar için Paris Sözleşmesinde yer alan tanımların geçerli olduğunu düzenlemektedir. [madde 2 (2)]

ancak Kanunda düzenlenmeyen hususlarda Sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

7381 sayılı Kanuna paralel olarak Paris Sözleşmesi ile de nükleer enerji tekniklerinin karmaşık yapısı, olası bir kusurun belirlenmesini zorlaştırdığından mutlak sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir ve sorumluluk, kural olarak kusurla ilgisiz olarak doğmaktadır. Bu doğrultuda nükleer tesisi işleten, nükleer kaza meydana geldiğinde mutlak sorumluluğu haizdir.⁸⁷ Dahası öğretilerde nükleer zararların büyüklüğü ve önlenemez niteliği dikkate alındığında bu zararlardan “sert bir sorumluluk ilkesi”ne göre sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁸

7381 sayılı Kanun nükleer hadise ya da nükleer zararın tanımını yapmamıştır. Bunun yerine Kanun, “Nükleer Zararlara İlişkin Hukuki Sorumluluk” başlıklı beşinci bölümün uygulanmasında Paris Sözleşmesinde yer almakla birlikte Kanunda yer almayan tanımlar için Paris Sözleşmesinde yer alan tanımların geçerli olduğunu düzenlemiştir. Kanunun 2/2. maddesi ayrıca “nükleer madde” ve “nükleer tesisin” tanımlarını yapmakla birlikte beşinci bölümün uygulanmasında “nükleer madde” ve “nükleer tesis” ifadeleri için Paris Sözleşmesinde yer alan tanımların geçerli olduğunu hükme bağlamıştır.⁸⁹

⁸⁷ Kocaoğlu, Hukuki Sorumluluk, 90.

⁸⁸ Ulsan, “Türk Hukukunda”, 551.

⁸⁹ Öğretilerde Paris Sözleşmesinin 6/c-ii maddesinde “nükleer hadiseden kaynaklanan zararlar” sebebi ile işletene bu Sözleşme kapsamı dışında hiçbir sorumluluk yüklenmeyecektir” düzenlemesinden hareketle nükleer kazadan kaynaklanan ancak Paris Sözleşmesi kapsamında yer almayan zararlar için de işleten yönünden Paris Sözleşmesi ile sınırlı bir sorumluluk olduğu ileri sürülmüş ve bu görüşe dayanarak da Paris Sözleşmesinde düzenlenmeyen çevre zararları açısından işletenin Çevre Kanunu uyarınca sorumluluğuna gidilemeyeceği, bu sebeple Paris Sözleşmesinin münhasıran uygulanması kuralının dar yorumlanarak farklı talep dayanaklarına olanak tanınması gerektiği dile getirilmiştir. Başoğlu, “Nükleer Santral”, 3215. Ancak öğretilerde haklı olarak dile getirildiği gibi 2004 Protokolü ile anılan madde “nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zararlar” şeklinde değiştirilmiş ve bu ihtimale yol açabilecek belirsizlik açıklığa kavuşturulmuştur. Onur Görmez, “Nükleer Santral İşletenin Kusursuz Sorumluluğu”, Kadir Kas Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1 (2014): 121. Kaldı ki 2004 Protokolü ile zarar görmüş çevrenin eski hale dönüştürülmesi için alınan önlemlerin maliyeti de nükleer zarar kapsamına dahil edilmiştir.

Paris Sözleşmesini değiştiren 2004 tarihli Protokol madde 1/a-i nükleer hadiseyi “nükleer zarara neden olan aynı menşeli bir hadise ya da hadiseler dizisi” olarak tanımlamıştır. Nükleer zarar ise başta can kaybı ve yaralanmalar ile malvarlığı kaybını içerecek şekilde oldukça uzun bir tanım olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹⁰ Nükleer hadise sonucu oluşan zararlar arasında tazmin bakımından bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamakta olup Sözleşmenin 11. maddesinde⁹¹ “tazminatın cinsi, şekli, şümulü ve tazminatın âdil şekilde taksimi, bu Sözleşme ile öngörülen sınırlar içinde millî hukukla tanzim edilecektir.” hükmüne yer verilmiştir. Öğretide şahsa ve mala yönelik zararların birlikte talep edildiği hallerde öncelikle şahsa yönelik zararların tazmini gerektiği, şahsa yönelik zararlar için ayrılan fonlardan arttığı ölçüde mala verilen zararların tazmininin söz konusu olacağı iddia edilmişse de⁹² gerek Sözleşme gerekse Türk mevzuatında tazminde önceliğe dair bir kural bulunmadığından⁹³ şahsa verilen zararlara öncelik tanımaya imkân yoktur.⁹⁴ 7381 sayılı Kanununun 18/4. maddesinde yer alan “usulüne uygun olarak başvuruda bulunanlara ödenecek tazminatların toplam tutarının sorumluluk miktarı sınırını aşan durumlarda Komisyon, sorumluluk miktar sınırını teşkil eden meblağı paylaştıracak bir ödeme planı yapar. Ödeme planında, can kaybı veya kişilerin sağlığına verilen zararlar öncelikle tazmin edilir.” düzenlemesi, işletenin sorumluluğu kapsamında şahsa yönelik zararlara öncelik veren bir düzenleme olarak yorumlanamaz zira anılan hüküm nükleer zararın işletenin sorumluluk limitini aştığı hallerde uygulanabilmekte ve Komisyona bir ödeme planı hazırlama ödevi yüklemektedir.

⁹⁰ 2004 tarihli Protokolün tam metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/12/20211210-10.pdf>

⁹¹ Paris Sözleşmesinin 299 sayılı Kanunla onaylanmasında 11. madde unutulmuş, 12. madde 11. madde olarak yayımlanmış, daha sonra farkedilen bu durum üzerine 11. madde 1414 sayılı Kanunla onaylanmıştır. *Ulusan*, “Türk Hukukunda”, 552, dn.2

⁹² Gülin Güneysu, “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 41/1 (1990): 218.

⁹³ Murat Aydoğdu, *Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009), 234, Kocaoğlu, 87.

⁹⁴ Benzer yönde Mustafa Halit Korkusuz, *Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu* (İstanbul: Beya Yayınları, 2012), 113.

Nükleer tesis hakkında Protokol ile yapılan tanım⁹⁵ 7381 sayılı Kanunla yapılan tanımdan farklıdır.⁹⁶ Bunun önemi Kanununun 2/2. maddesinde beşinci bölümün uygulanmasında nükleer tesis ifadesi için Paris Sözleşmesinde yer alan tanımın geçerli olacağına düzenlenmiş olmasıdır.

7381 sayılı Kanun madde 12/6 bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararların tazminine ilişkin olarak işletenin sadece Paris Sözleşmesi ve Kanununun beşinci bölüm hükümleri kapsamında sorumlu olduğunu düzenlemektedir. Paris Sözleşmesi ise madde 5/d ile hiçbir koşulda işleticilerden hiçbirisinin bir nükleer hadiseyle ilgili olarak kendisi için Sözleşmenin 7. maddesinde belirlenenden daha yüksek bir tutar ödemeye mecbur tutulamayacağını öngörmektedir. Bu bağlamda nükleer zarar sebebi ile işletenin miktar olarak sınırlı bir sorumluluğa tabi tutulduğu söylenmelidir.⁹⁷ 7381 sayılı Kanun da işletenin sorumluluğu açısından Paris Sözleşmesine benzer şekilde parasal bir sınır koymuştur. Kanununun 13/1-a maddesi her bir nükleer hadise için işletenin sorumluluk miktarlarını ayrı ayrı belirlerken temel sorumluluk miktarını termal gücü 10 megavatın üzerinde olan nükleer reaktörler ile Kurum tarafından nükleer tesis işletmek için verilecek lisans öncesi yapılacak değerlendirme ile belirlenecek diğer nükleer tesisler için 700 milyon avro ile sınırlamıştır. Sözleşmenin 7/a maddesinde ise 700 milyon avro alt sınır olarak belirlenmiştir. O halde Kanununun üst sınır olarak kabul ettiği rakamı Sözleşme alt sınır olarak kabul etmiştir. Bu sınır işletenin idare olduğu durumlarda da geçerli olacaktır.

⁹⁵ Madde 1/a-ii

⁹⁶ 7381 sayılı Kanun nükleer tesisi, nükleer madde çıkarmak, üretmek, işlemek, kullanmak, bulundurmak, yeniden işlemek veya depolamak amacıyla kurulmakta olan veya işletilen tesis olarak tanımlamıştır. [madde 2 (1) (I)] Görüldüğü üzere Kanun nükleer atık tesisleri ile işletimden çıkarılmış tesisleri nükleer tesis kapsamına sokmamıştır.

⁹⁷ Söz konusu limitler 7381 sayılı Kanunda şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu Bölüm kapsamında her bir nükleer hadise için işletenin sorumluluk miktarları;
a) Termal gücü on megavatın üzerinde olan nükleer reaktörler ile Kurum tarafından nükleer tesis işletmek için verilecek lisans öncesi yapılacak değerlendirme ile belirlenecek diğer nükleer tesisler için yedi yüz milyon avro, b) (a) bendi kapsamına girmeyen nükleer tesisler için yetmiş milyon avro,
c) Nükleer maddelerin taşınması için seksen milyon avro,
ç) Nükleer maddelerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dâhilinde yapılacak transit geçişleri için yedi yüz milyon avro, ile sınırlıdır.”

İşleten idare sıfatıyla sorumlu olunan hallerde sorumluluğun dayanağını 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesi oluşturmaktadır. Zira Kanun ve Sözleşmede işletenin idare olmasını engelleyen bir hüküm olmadığı gibi idarenin işleten olması haline özgü sorumluluk kuralları da yer almamaktadır. Bu hallerde idare “işleten” olarak kusursuz sorumluluk taşımaktadır ve bu sorumluluk özel hukuka tabi bir sorumluluktur.⁹⁸ Yani idarenin ortaya çıkan zarara ilişkin Kanunla özel hukuka tabi kılınmış sorumluluğu söz konusudur ki bu hal, idarenin özel hukuk sorumluluğuna yol açan durumlar arasındadır.⁹⁹ 7381 sayılı Kanununun 16/1. maddesinde “*nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarı kusursuz ve münhasır sorumluluk ilkeleri esas alınarak*” 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre gerçekleşeceği hükme bağlanmıştır. İşletenin burada tehlike sorumluluğu ilkesine göre sorumlu olacağı¹⁰⁰ ve sorumluluk için uygun illiyet bağının aranacağı öğretide kabul edilmektedir.¹⁰¹ Ayrıca Ek Protokol madde 3/a işletenin sorumluluğu bakımından nükleer zararın nükleer tesisteki bir hadiseden kaynaklandığının ispatını yani illiyet bağının varlığını şart koşmaktadır.¹⁰² Belirtmek gerekirse idarenin 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesine dayalı kusursuz sorumluluğu özel hukuktaki tehlike sorumluluğunun özel bir hali niteliğindedir. İşleten açısından Türk Borçlar Kanunu’nun 71. maddesinde düzenlenen “tehlike sorumluluğu” hükümlerinin işleten hakkında nükleer kazadan kaynaklanan nükleer zararlar sebebi ile uygulanma imkânı yoktur. Zira 7381 sayılı Kanununun 12/6. maddesi gereği “*İşleten, bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararların tazminine ilişkin olarak sadece Paris Sözleşmesi ve bu Bölüm hükümleri kapsamında sorumludur.*”¹⁰³ Paris Sözleşmesi de nükleer kazadan do-

⁹⁸ Karauz, “İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, 15.

⁹⁹ Gözler, İdare Hukuku C. 2, 1049.

¹⁰⁰ Burak Hekim, “Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67/2 (2018): 367.

¹⁰¹ Aydoğdu, Nükleer Santral, 245-246. Amerikan Hukukunda işletenin sorumluluğunun, kurtuluş beyyinesi getirme imkanı tanınmaması sebebi ile tipik tehlike sorumluluğu türü olduğu ifade edilmiştir. Güneysu, “Nükleer Reaktörlerin”, 208. Korkusuz, Nükleer Santral İşletenin, 127.

¹⁰² Görmez, “Nükleer Santral”, 118.

¹⁰³ Bu bağlamda öğretide işletenin hukuki sorumluluğu hakkında Paris Sözleşmesinde öngörülen tehlike sorumluluğunun uygulanmayıp Türk Borçlar Kanunu 71. maddesindeki tehlike sorumluluğu düzenlemesine göre sorumluların belirlenmesinin daha

ğan zararlardan işleten dışında hiç kimsenin sorumluluğunun bulunmayacağını kabul etmektedir.¹⁰⁴ 7381 sayılı Kanunda Türk Borçlar Kanunu'na yapılan atıf sadece *nükleer zararın tazmininin şekli ve tutarı* içindir.

Öğretide işletenin mutlak sorumluluğunun illiyet bağına kesen klasik sebeplere tabi olmadığı, işletenin sorumluluğu için bu sebeplerin öngörülebilir olması ya da engellenebilirliği ile ilgilenilmediği, işletenin nükleer kazayı önlemeye yönelik bütün gerekli önlemleri alabilecek konumda olduğu ve sadece silahlı çatışma, iç savaş ve isyan gibi olağanüstü nitelik taşıyan ve bütün ulusun sorumluluğunda olan olayların illiyet bağına kesebilecek olan sebepler olduğu, bu sebepler hariç hiçbir olayın illiyet bağına kesemeyeceği ifade edilmiştir.¹⁰⁵ İşletenin sorumluluğunun varlığı illiyet bağına varlığı ve ispatına bağlı olup, Sözleşmede öngörülenler dışındaki sebeplerin illiyet bağına kesmeyeceğinin kabulü de illiyet bağına aranacağını göstermektedir. Bir bağına kesilip kesilmeyeceğinin tartışılabilmesi, o bağına evleviyetle varlığını kabul ile mümkündür. Nükleer kazanın mağdurları, işletenin kusurunu ispat etmek zorunda olmayıp illiyet bağına ispat etmeleri yeterli¹⁰⁶ ve gereklidir.¹⁰⁷

İdarenin sorumluluğunun dayanağı işleten olarak Kanun ve Paris Sözleşmesi olmakla birlikte sorumluluk sınırı olarak Kanun hükmü geçerli olacak ve Kanunla belirlenen 700 milyon avroluk üst sınır geçerli olacaktır. Zira 7381 sayılı Kanunun 12/1. maddesinde nükleer

doğru bir yaklaşım olacağı görüşü artık kabul edilemez. Anılan görüş için bkz. Nazlı Çoban, "Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK m. 71'in Karşılaştırılması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 23/3-4, (2019): 388.

¹⁰⁴ Ulsan, "Türk Hukukunda", 555, Bu husus "*Nükleer kazadan işleten dışında, hiç kimsenin sorumlu olmaması ilkesi*" olarak adlandırılmıştır." Kocaoğlu, "Hukuki Sorumluluk", 91, dn.328.

¹⁰⁵ Kocaoğlu, "Hukuki Sorumluluk", 94.

¹⁰⁶ Karauz, "İşletenin Hukuki Sorumluluğu", 16. Özellikle "ışınım zararları" olarak adlandırılan ve etkisi uzun zaman sürecinde ortaya çıkan zararlarda illiyet bağına ispatının güç olduğu dile getirilmiştir. Kocaoğlu, Hukuki Sorumluluk,100; Başoğlu, "Nükleer Santral", 3227. Bu konuda Sözleşmede ve iç hukukta bir hüküm bulunmaması sebebi ile ispat kolaylıkları getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Başoğlu, "Nükleer Santral", 3227.

¹⁰⁷ V. Boulanenkov ve Boulanenkov B. Brands, "Nuclear Liability: Status and Prospects", *IAEA Bulletin*, 4 (1988), 6 (5-9)

hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmekle Kanun hükmüne öncelik tanınmıştır.

7381 sayılı Kanununun 17/1 ve 17/2. maddesine göre nükleer zarar gören kişiler idarenin işleten olduğu hallerde idareye nükleer zararın karşılanması talebi ile başvurabilecek ya da doğrudan dava açabileceklerdir. Bu bağlamda idarenin işleten olduğu hallerde 7381 sayılı Kanun kapsamında özel hukuka dayalı kusursuz sorumluluk hali kapsamında ya işleten sıfatını taşıyan idareye başvuru yapılabilecek ya da adli yargıda doğrudan dava açılacaktır. Dava açılması halinde yetkili mahkemeler Kanununun 20/2. maddesi uyarınca Ankara mahkemeleridir ve bu yetki kesin yetkidir. Yapılacak olan başvuru 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesi kapsamında idari eylemden doğan zararın tazmini için yapılan idari bir zorunlu ön başvuru olarak değerlendirilemez zira zarar gören kişiler idareye başvurmadan doğrudan dava açma hakkına da sahip kılınmışlardır. 7381 sayılı Kanunla özel hukuka dayalı kusursuz sorumluluk hali esas alındığından idareye karşı davanın adli yargıda açılması gerekmektedir. Zira burada idarenin adli yargıya tabi bir idari sorumluluğu değil, adli yargıya tabi bir özel hukuk sorumluluğu düzenlenmiştir.

“İşleten idarenin” sorumluluğu zaman itibari ile de sınırlandırılmıştır. 7381 sayılı Kanununun 19/3-4. maddelerinde *“nükleer zararların karşılandığı hâller hariç, bu Bölümde belirlenen sorumluluğa ilişkin tazminat talepleri nükleer zarar gören kişinin zararı ve sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren dördüncü fıkrada belirlenen zamanaşımı süresi henüz tamamlanmamışsa üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Can kaybı ile kişilerin sağlığına verilen zararlarla ilgili tazminat talepleri herhâlde nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren otuz yılın, diğer nükleer zararlarla ilgili tazminat talepleri nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”* düzenlemesi yer almakta olup anılan düzenlemeler 2004 Protokolü ile tadil edilen Paris Sözleşmesi 8. maddesi ile uyumludur. 2004 Protokolü 8/a maddesinde yaptığı değişiklikle taraf devletlere bu süreyi zamanaşımı ya da hak düşürücü süre olarak belirleme imkânı tanımış olup¹⁰⁸ 7381 sayılı

¹⁰⁸ Kocaoğlu, “Hukuki Sorumluluk”, 100; Aydoğdu, Nükleer Santral, 270.

Kanunun belirtilen düzenlemesi ile bu sürelerin zamanaşımı süresi olarak tercih edildiği anlaşılmaktadır. Bu sayede 2004 Protokolü ile değişiklik yapılmadan önce öğretilerdeki sürenin zamanaşımı ya da hak düşürücü süre olduğuna dair tartışmalarda sona ermiş bulunmaktadır.¹⁰⁹ Düzenlemeler uyarınca nükleer zarara ilişkin tazminat talepleri nükleer zarar gören kişinin zararı ve sorumlusunu öğrendiği tarihten itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacak ancak öğrenmenin de nükleer hadisenin gerçekleştiği tarihten itibaren, can kaybı ile kişilerin sağlığına verilen zararlarla ilgili tazminat taleplerinde otuz yıl, diğer nükleer zararlarla ilgili tazminat taleplerinde ise on yıl içerisinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Nükleer kaza sonucu oluşan bedensel zararların çok sonraları ortaya çıkması mümkün olup¹¹⁰ bu tür durumlara ilişkin Sözleşmede tazminata ilişkin düzenlemenin bulunmaması haklı olarak eleştirilmiştir.¹¹¹ Sözleşme ulusal mevzuatta aksi belirtilmedikçe¹¹² nükleer kaza sonucu zarar gören kişinin belirtilen süreler içerisinde yasal yollara başvurmuş ve mahkemece nihai kararın verilmemiş olması şartı ile belirtilen süreler sona erse de zararının kötüleşmesi halinde iddiasını değiştirme imkanını 8. maddede 2004 Protokolü ile yapılan değişiklikle tanımıştır.

¹⁰⁹ Sürelerin zamanaşımı süresi olduğuna ilişkin Korkusuz, Nükleer Santral İşletenin, 151; Görmez, “Nükleer Santral”, 140; Aydoğdu, Nükleer Santral 270; Başoğlu, “Nükleer Santral”, 3236. Hak düşürücü süre olduğuna ilişkin Karauz, “İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, 22; Kocaoğlu, “Hukuki Sorumluluk”, 100.

¹¹⁰ Başoğlu, “Nükleer Santral”, 3222-3223.

¹¹¹ International Atomic Energy Agency, “Overview of the Modernized IAEA Nuclear Liability Regime”, GOV/INF/2004/9-GC(48)/INF/5, 2 (2004): 2, https://www.iaea.org/sites/default/files/gc/gc48inf-5_en.pdf, 05.01.2024, İsviçre’de “Federal Nuclear Energy Liability Act 2008” ile mağdurun 30 yıllık yasal zaman aşımı süresi dolduktan sonra nükleer zararın farkına varması halinde zararın Federal Nükleer Zarar Fonu tarafından karşılanacağı düzenleme altına alınmıştır. Swiss Federal Office of Energy, Nuclear Energy Liability, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/en/home/supply/nuclear-energy/nuclear-energy-liability.html>, 05.01.2024

¹¹² 7381 sayılı Kanunda bu düzenlemenin aksine bir hüküm yer almamakta olup Kanunun 12/1. maddesinde yer alan “Nükleer hadiselerden kaynaklanan nükleer zararlar hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde Paris Sözleşmesi hükümleri uygulanır.” Düzenlemesi doğrultusunda Sözleşmenin bu hükmü Türk hukukunda da uygulanabilir niteliktedir.

C. NGS Kurma ya da İşletme Kamu Hizmetinde İdarenin İdari Sorumluluğu

İdarenin kişilere verdiği zararların kamu hukuku kuralları çerçevesinde ve idari yargı organları önünde çözümlendiği sorumluluk türü olan idari sorumluluk¹¹³ kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ayrımı ile incelenmektedir. İdari sorumlulukta aslolan idarenin kusur sorumluluğudur. Nitekim Danıştay öncelikle idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılmasının, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına belirlenmesinin gerektiğine hükmetmiştir.¹¹⁴ İdari sorumluluk sebebi olarak kusur, temel itibari ile idarenin kurulma, düzenlenme ve işleminde meydana gelen bozukluğu ifade etmektedir.¹¹⁵

NGS kurma ve işletme kamu hizmetinde bu hizmeti üstlenen, yerine getiren ve de denetleyen sıfatı ile idarenin idari sorumluluğunun ayrı ayrı irdelenmesi gerekmektedir. Bu irdeleme yapılırken idarenin sorumluluğuna yol açan hizmet kusurunun ortaya konulması elzemdir. Ayrıca kusurun bulunmadığı durumlarda idarenin kusursuz idari sorumluluğu olup olmayacağı da ele alınmalıdır.

1. NGS Kurma ya da İşletmede “İşleten İdarenin” “Kamu Hizmetini Yerine Getiren İdare” Olarak Sorumluluğu

İdarenin işleten olduğu hallerde 7381 sayılı Kanunla belirlenen 700 milyon avroluk üst sınırı aşan kısım için Kanun ve Paris Sözleşmesine dayalı sorumluluğuna başvurulamaz zira Kanun madde 12/6 bir nükleer hadisenin neden olduğu nükleer zararların tazminine ilişkin olarak işletenin sadece Paris Sözleşmesi ve Kanunun beşinci bölüm hükümleri kapsamında sorumlu olduğunu düzenlerken Paris Sözleşmesi madde 5/d de hiçbir koşulda işleticilerden hiçbirisinin bir nükleer hadiseyle ilgili olarak kendisi için Sözleşmenin 7. maddesinde

¹¹³ Gözler, İdare Hukuku C.2, 1060.

¹¹⁴ Danıştay 15. Dairesi, 22.04.2016, E. 2013/4226, K. 2016/2798, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2013-4226.htm&kw='2013/4226'&cr=danistay#fm>, 22.11.2023.

¹¹⁵ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 26.

belirlenenden daha yüksek bir tutar ödemeye mecbur tutulamayacağını öngörmektedir. Bu durumda idarenin işleten sıfatından bağımsız ve kamu hizmetini yerine getiren idare sıfatıyla idari sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Zira idare teşkil edilen örgütün ve tanzim edilen hizmetlerin işlememesinden kaynaklanan zararları ödemekle mükelleftir.¹¹⁶ NGS kurma ve işletme kamu hizmetini yerine getirmek üzere kurulan ya da görev verilen “işleten idare”, işleten sıfatından bağımsız olarak ifa ettiği kamu hizmetindeki kusur sebebi ile sorumlu olacaktır. Bu noktada “işleten idare”nin faaliyetlerinin iyi düşünülüp planlanmaması, örgüt olarak düzgün tanzim edilmemesi, faaliyetlerin gereği gibi ya da hiç yürütülmemesi sebebi ile objektif olarak yanlış, eksik, yetersiz ya da kötü sayıldığı hallerde kusur söz konusu olur.¹¹⁷ Danıştay da idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini yerine getirirken gerekli örgütü kurmak, bu teşkilatın aynı, şahsi ve mali imkan ve araçlarını hizmete hazır tutmak, hizmetin ifası sırasında hizmetin zamanında ve gereği gibi işlemesine devamlı olarak nezaret etmek ve hizmetin işleyişini kontrol etmekle sorumlu olduğunu, gerek hizmetin aynı, şahsi ve mali imkan ve araçlarının temin ve ifasındaki kusurun gerekse temin edilen bu araçlarla ifa olunan hizmetin geç işlemesi, gereği gibi veya hiç işlememesi hallerinin idareye bu sebeplerle doğan zararları tazmin sorumluluğunu yükleyeceğine hükmetmiştir.¹¹⁸

7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesi, işleten açısından özel hukuka dayalı bir kusursuz sorumluluk hali öngörmekte ise de Paris Sözleşmesi madde 3/a işletenin sorumluluğu bakımından nükleer zararın nükleer tesisteki bir hadiseden kaynaklandığının ispatını yani illiyet bağının varlığını şart koşmakta ve idarenin 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesine dayalı kusursuz sorumluluğu uygun illiyet bağının varlığını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan nükleer hadise ile nükleer zarar arasındaki illiyet bağının ispatı elzemdir. İşte bu uygun illiyet bağının kurulamadığı hallerde işleten idarenin işleten sıfatın-

¹¹⁶ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 33.

¹¹⁷ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 26.

¹¹⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 03.11.2014, E. 2012/1657, K. 2014/3421, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fm=iddgk-2012-1657.htm&kw=`2012/1657`&cr=danistay#fm>, 22.11.2023.

dan bağımsız, kamu hizmetini yerine getiren idare sıfatı ile sorumluluğu söz konusu olacaktır. Konu aşağıda işletenin sorumlu olmadığı haller başlığı altında incelenecektir.

2. NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Ya da Bakanlığın Üstlenen Sıfatıyla Sorumluluğu

NGS kurma ve işletme kamu hizmetine ilişkin olarak üstlenen sıfatıyla Cumhurbaşkanlığının 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesi kapsamında sorumluluğu ele alınacak akabinde Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlığın denetim yetkisinden kaynaklanan sorumlulukları değerlendirilecektir.

a. Cumhurbaşkanlığının 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesi Kapsamında Sorumluluğu

NGS kurma ve işletme kamu hizmetini üstlenen Cumhurbaşkanlığının 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesinde idari sorumluluğunun doğabileceği durumlar ayrı ayrı ele alınmalıdır.

aa. Nükleer Zarar Tespit Komisyonu Kurulması

Paris Sözleşmesinin 15/b maddesinde taraf Devletlere nükleer zarar durumunda ödenecek tazminat tutarı Sözleşmede öngörülen 700 milyon avrodan fazla olduğu hallerde, şekli ne olursa olsun Sözleşme hükümlerinden sapma oluşturan koşullar ile herhangi bir tedbir uygulama yetkisi tanınmıştır. Sözleşmenin bu hükmüne paralel olarak 7381 sayılı Kanunun 18/1. maddesi uyarınca nükleer zararın Kanunun 13. maddesinde öngörülen sorumluluk miktarı sınırlarını aşmasının beklendiği durumlarda nükleer hadisenin meydana geldiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde, Cumhurbaşkanı tarafından, nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararların tazmini için nükleer zarar görenler tarafından yapılan başvuruları değerlendirmek ve başvurular hakkında karar vermek üzere Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulur. Nükleer zararın Kanunda öngörülen sorumluluk limitlerini aşmasının beklendiği hallerde komisyonun kurulması zo-

runludur. Nitekim Kanun madde 17/1 ve 17/2’de nükleer zarar gören kişilerin zararlarının tazminini, *sorumluluk sınırları içinde* doğrudan işletenden ya da sigortacıdan, nükleer sigorta havuzundan ve diğer teminat verenlerden talep edebilecekleri gibi tazminat talebiyle doğrudan dava da açabileceklerini düzenlerken madde 18/2’de yer alan “...Komisyon kurulması hâlinde, nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararlar Komisyon marifetiyle tazmin edilir. İşletenin sorumluluk sınırına giren tutar Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından işletenden veya onun sigortacısından ya da işleten tarafından gösterilen teminatın paraya çevrilmesi suretiyle tahsil edilir.” hükmünü saklı tutmuştur. Dolayısıyla komisyon kurulması halinde nükleer zararın tazmini sadece komisyon aracılığı ile gerçekleştirilebilecektir. Kanununun 18/3. maddesi de nükleer zarar gören kişiler tarafından Komisyon kurulmadan önce nükleer zararların tespiti veya tazmini amacıyla açılmış olan davalarda, mahkemece karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına dosya üzerinden kesin olarak karar verileceğini ve vekâlet ücretine hükmedilmeyeceğini, bu dosyaların yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere Komisyona gönderileceğini düzenleme altına almıştır.

Nükleer zararın sorumluluk sınırlarını aşması beklenen hallerde kurulacak olan komisyon *Kanunda öngörülen sorumluluk sınırları içerisinde* görev yapmaktadır. Komisyon, 7381 sayılı Kanunla görevli kılınmış, işletenin Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanuna dayalı kusursuz sorumluluğu ilkesine göre “*sorumluluk miktar sınırını teşkil eden meblağı*” paylaşılacak bir ödeme planını, can kaybı veya kişilerin sağlığına verilen zararların öncelikle tazmin edilmesi esası ile yapmak üzere oluşturulmuş bir idari makamdır. Komisyonun nükleer zararın tazminine yönelik bir ödeme planı hazırlaması ve bu plana dayalı olarak tazmin kararları birer idari işlemdir. Komisyona “zorunlu idari başvuru” usulü öngörülmüş olup Kanununun 18/3. maddesinde Komisyonun yapacağı ilanlarla en az bir yıllık süre tanıyarak ve sürenin bitiş tarihini belirleyerek, nükleer zarar gören kişilerin komisyona veya belirleyeceği diğer makamlara başvurmalarını isteyeceğini düzenlenmiştir. Usulüne uygun olarak başvuruda bulunanlara ödenecek tazminatların toplam tutarının sorumluluk miktarı sınırını aşan durumlarda komisyon, sorumluluk miktar sınırını teşkil eden meblağı paylaşılacak bir ödeme

planı yapar. Komisyona öncelikle “sorumluluk miktarı ile sınırlı olarak” sorumluluk miktarını aşan zararlara ilişkin başvurular hakkında bir ödeme planı hazırlama görevi verilmiştir. Hazırlanan ödeme planının tespit edici bir hazırlık işlemi niteliği taşıdığı kanaatindeyiz. Zira ödeme planı, işletenin sorumluluk sınırını aşan zararlara ilişkin olarak yapılan bütün başvuruların karşılanmasına yönelik alınacak birel-işlem niteliğindeki kararlar için tespit içeren zorunlu bir hazırlık işlemi niteliği taşımaktadır. Ödeme planının başvuranlara tebliğ edileceğine dair Kanunda bir hüküm bulunmadığı gibi Kanunun 18/5. maddesi Komisyon tarafından verilen kararlara karşı Ankara idare mahkemelerinde dava açılabilceğini düzenleyerek ödeme planına dayalı olarak tesis edilen ve başvuruların zararlarının tazminine yönelik taleplerine ilişkin birel- işlem niteliğindeki kararlara karşı dava imkânı tanımıştır. Bu bağlamda bir zincir işlem olarak nihai işlem niteliği taşıyan birel-işlem ile onu önceleyen ödeme planı hazırlama işlemi arasında belirli bir amaca yönelik olmaktan kaynaklanan bir bağlılık bulunmakta ve öncül ödeme planı hazırlama işleminin nihai işlemten ayrı ve bağımsız bir varlığı bulunmamaktadır.¹¹⁹ Nitekim Danıştay hazırlık işlemlerinin idarelerin, kesin ve icrai işlemleri tesis etmeden önce yaptıkları ön çalışmalar olarak bireyler üzerinde herhangi bir hukuksal etki yaratmayan, hazırlayıcı işlem niteliğini taşıyan ve tek başına dava konusu edilemeyecek işlemler olduğunu, ön çalışma niteliği taşıyan hazırlık işleminin tek başına dava konusu edilemeyeceği gibi, bu işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasının da hazırlık işlemi sonucunda tesis edilecek esas işleme karşı açılacak davada ileri sürülebileceğini karara bağlamıştır.¹²⁰ Ancak yapılan bir başvurunun değerlendirilmediği bir ödeme planına karşı eksik tespit yapıldığı iddiası ile iptal davası açılabilir. Bu imkânı sağlayan ise, bir araya gelmiş işlemleri nihai işlemin bir unsuru görmeyerek, her bir işlemi tek tek ele alarak hukuki yapıları ve etkileri itibarıyla ayrıma tabi tutmayı öngören “ayrılabilir işlem kuramıdır”.¹²¹ Zincir işlem şeklinde ortaya çıkan idari işlemlerin aşamalarını oluşturu-

¹¹⁹ Onur Kaplan, İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021), 87.

¹²⁰ Danıştay 2. Dairesi, 20.01.2022, E. 2021/18908, K. 2022/115, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=2d-2021-18908.htm&kw='2022/115'&cr=danistay#fm>, 23.11.2023.

¹²¹ Sezginer, Ayrılabilir İşlem Kuramı, 58.

ran işlemler, hazırlık işlemi olarak nitelendirilmiş ve bu tür işlemlerin dava konusu yapılabilmeleri muhataplarının durumlarını etkileyerek sürecin dışına çıkmaları koşuluna bağlanmıştır. Bu minvalde nihai işlemin önceki aşamalarında yapılan usuli işlemlerden herhangi birisi muhatabın hukuki durumunu belirleyerek saf dışı kalmasına yol açmışsa muhatap, nihai işlemi beklemeden kendisine yönelik bu ara işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla dava edebilir.¹²² Uğranılan nükleer zararın tazmini için Komisyona yapılan başvurusu değerlendirilmeyen kişi de, hazırlanan ödeme planında başvurusunun değerlendirilmemesi halinde, başvuruların karşılanmasına yönelik birel-işlem niteliğindeki nihai işlemi beklemeden hazırlık işlemi niteliğindeki ödeme planına karşı iptal davası açabilecektir.¹²³ Danıştay da eksik düzenleme içeren bir düzenleyici işleme karşı eksik düzenleme sebebi ile açılan iptal davasında eksik düzenlemenin iptaline karar vermiştir.¹²⁴

NGS kurma ve işletme sonucu oluşan nükleer zarar, 7381 sayılı Kanunda belirlenen sorumluluk sınırını aşarsa, NGS kurma ve işletme kamu hizmetine ilişkin sorumluluk idari nitelikte olup kamu hizmetinin gereği gibi kurulmaması veya işletilmemesi nedenine binaen idare aleyhine bir tam yargı davası açılabilir. Ancak bahsedildiği üzere bu dava açılmadan önce komisyona başvuru zorunludur ve komisyon, zararın karşılanması talebini reddeder ya da zarar görenin talebinin altında bir miktarın ödenmesine karar verirse muhatap, ödeme planının gereği gibi düzenlenmemesi şeklinde tezahür eden hizmet kusuruna binaen zararın tazminine yönelik idari dava açabilir. Danıştay bu konuda vermiş olduğu bir kararda düzenlenmesi gerekli olduğu halde düzenleme altına alınmayan hususun zarara yol açması halinde bu durumun hizmet kusuru oluşturduğunu ve oluşan zararın idarece tazmininin gerektiğini karara bağlamıştır.¹²⁵

¹²² Duran, İdare Hukuku, 399.

¹²³ 7381 sayılı Kanun md. 18/5: "Komisyon tarafından verilen kararlara karşı Ankara idare mahkemelerinde dava açılabilir.

¹²⁴ Danıştay 8. Dairesi, 14.09.2022, E. 2020/730, K. 2022/4736, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2020-730.htm&kw=idarenin+d%C3%BCzenleme+yapabilme+yetkisi++&cr=danistay#fm>, 23.11.2023.

¹²⁵ Danıştay 11. Dairesi, 27.12.2010, E. 2010/4718, K. 2010/11636, Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması, 104.

Komisyonun ödeme planına dayalı olarak zararın tazminine ilişkin birel-işlem niteliğindeki kararlara karşı açılacak davalar, işletenin sorumluluğundan bağımsız, Komisyona verilen görevden kaynaklanan davalardır. Bir başka deyişle bu dava Komisyonun ödeme planını hazırlama ve buna dayalı olarak zararın tazminine ilişkin birel işlem yapma görevini gereği gibi yapıp yapmadığının yani bir hizmet kusuru olup olmadığının denetimi amaçlamakta ve varsa hizmet kusurundan kaynaklanan zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Bu bağlamda Komisyon bir başvuru hakkında 7381 sayılı Kanundaki esaslara uygun olmayan bir karar vermişse ya da hiçbir karar almayarak zımni red işlemi tesis etmişse, kararın yol açtığı zararın hizmet kusuruna dayalı olarak giderilmesi talep edilecektir. Nitekim Danıştay da zımnen red işleminin hukuka aykırılığının yargı kararı ile tespiti halinde bu işlemin sebep olduğu zararın tazmini gerektiğine karar vermiştir.¹²⁶

bb. Sorumluluk Sınırını Aşan Zararlarda Fon Sağlama Yükümlülüğü

7381 sayılı Kanun madde 18/4 nükleer zarar sonucu Kanundaki sorumluluk miktarı sınırının aşıldığı kısım için Cumhurbaşkanının uygun göreceği tedbirleri alacağını düzenlemektedir. Paris Sözleşmesi de madde 10/c hükmü ile taraf Devletleri nükleer zarar durumunda doğacak tazminat taleplerinin ödenmesini güvence altına almak için, sigorta ya da mali güvencenin bulunmadığı ya da yetersiz olduğu ölçüde Sözleşmede öngörülen parasal sınırlardan az olmamak üzere gerekli fonları sağlamakla yükümlü kılmıştır. Nükleer hadise sonucu oluşan ve Kanunda öngörülen sorumluluk sınırını aşan nükleer zararlarda idarenin sorumluluğunun dayanağı bu hükümlerdir. Bu halde artık işletenin sorumluluk miktarı sınırı aşıldığı için işleten açısından bir sorumluluk halinin öngörülmesi mümkün değildir. Sözleşmede işleten açısından öngörülen sorumluluk miktarından bağımsız, işleten tarafından sunulan teminat ya da sigortanın Sözleşmedeki parasal sınırı karşılmasına rağmen sorumluluk sınırını aşan zararların söz konusu olduğu hallerde Cumhurbaşkanlığına zararı tazmin edecek tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Cumhur-

¹²⁶ Danıştay 6. Dairesi, 24.06.2021 tarih, E. 2021/3213, K. 2021/8810, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=6d-2021-3213.htm&kw=idarenin+d%C3%BCzenleme+yapmamas%C4%B1&cr=danistay#f> m, 23.11.2023

başkanlığınca zararı tazmin etme yükümlülüğünün 7381 sayılı Kanun ile Cumhurbaşkanlığına verilmiş bir görev olduğu anlaşılmaktadır. Bu görev 7381 sayılı Kanun ve Paris Sözleşmesinden kaynaklanmakta ise de işlemin sorumluluk sınırını aşan zararların tazmini öngörüldüğünden 7381 sayılı Kanunda benimsenen kusursuz ve münhasır özel hukuk sorumluluğu değil, hizmet kusuruna dayalı bir idari sorumluluk söz konusudur. İdarenin buradaki sorumluluğunun kaynağı nükleer zararın meydana gelmesi değil bu zarara ilişkin sorumluluk sınırlarını aşan zararları karşılamaya yönelik yükümlü olduğu tedbirleri almamasıdır.

Cumhurbaşkanına verilen aşan zararlar için uygun göreceği gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün tespitinde 7381 sayılı Kanun ve Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cumhurbaşkanının uygun göreceği gerekli tedbirler, aşan zararlardan uygun göreceğinin karşılanmasını değil, aşan zararların tamamını karşılayacak uygun tedbirleri belirlemeye dair bir takdir yetkisini vurgulamaktadır. Ancak Sözleşmenin 10/c maddesi Akit Devletlere nükleer zarar durumunda doğacak tazminat taleplerinin ödenmesini güvence altına almak için, sigorta ya da mali güvencenin yetersiz olduğu ölçüde Sözleşmede öngörülen parasal sınırlardan az olmamak üzere gerekli fonları sağlama yükümlülüğü öngörmüştür. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığının üstlenen sıfatı ile buradaki sorumluluğunun aşan zararları karşılamaya yönelik 700 milyon avrodan az olmamak koşulu ile uygun göreceği tedbirleri almak olduğu, bu tedbirleri almaya yönelik gerekli düzenlemeleri yapmamasının bir hizmet kusuru oluşturacağı kanaatindeyiz. Öte yandan 7381 sayılı Kanunun 18/son maddesi “nükleer zararın tespiti, nükleer zararların tazmininde öncelik sırasının belirlenmesi, tazminatın ödenmesi, Cumhurbaşkanı tarafından alınacak acil ekonomik tedbirlere ilişkin usul ve esaslar ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar, Cumhurbaşkanlığı tarafından yönetmelikle belirlenir.” hükmü ile Cumhurbaşkanına yönetmelik ile düzenleme yapma yükümlülüğü getirmiş olup yönetmeliğin çıkarılmaması da idare açısından hizmet kusuru olacaktır.¹²⁷ İdarenin düzenleme yetkisini kullanmamasından dolayı mey-

¹²⁷ Karahanoğulları, Yasallık, 197. Eski tarihli bir Danıştay kararında hiçbir yasal düzenleme olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içerisinde düzenlemelerde bulunma zorunluluğundan bahsedilmiştir. Anılan karar ve eleştirisi için bkz. Duran, İdare Hukuku, 392, dn.1

dana gelen zararlardan idarenin sorumlu olduğuna yargı organlarınca hükmedilebilecektir.¹²⁸

cc. Sorumluluk Limitlerinin Karşılammaması Hali

İşleten tarafından sunulan teminat ya da sigortanın bir nükleer hadise gerçekleşip nükleer zarar ortaya çıktığında öngörülen sorumluluk limitlerini karşılamaması hali Kanunun 15/4. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Kanun burada teminat ya da sigortanın belirlenen limitlerden az olmasını değil, belirlenen limitleri karşılamamasını düzenlemektedir. 7381 sayılı Kanunun 14/1. maddesi gereği NGS kurma ya da işletme faaliyeti başlamadan önce Kanunda belirlenen ana limit olan 700 milyon avronun teminat ya da sigorta olarak sağlanması zorunluluktur. Sağlanan teminat ya da sigorta nükleer hadise gerçekleşip nükleer zarar ortaya çıkmasına rağmen bu zararı karşılamayabilir.¹²⁹ Örneğin sigorta şirketi iflas etmiş ya da teminat mektubu veren bankanın faaliyetleri sonlandırılmış olabilir. İşte bu olasılıklarda var olan sigorta ya da teminatın nükleer zararı karşılamaması hali söz konusu olur. Kanunun 15/4. maddesine göre bu halde sigorta ya da teminatın üst limit olan 700 milyonluk kısma kadar karşılamadığı zarar, Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslara göre karşılanacaktır. Düzenlemenin gereği olarak Cumhurbaşkanına zararın karşılanma usul ve esaslarını belirleyecek düzenleme yapma yetkisinin ve yükümlülüğünün verilmesinin yanı sıra işletene rücu edilmesinden bahsedilmesi zararı karşılamamanın idarenin sorumluluğunda olduğunu ortaya koymaktadır.

İdarenin sorumluluğu işleten tarafından sunulan teminat ya da sigortanın bir nükleer hadise gerçekleşip nükleer zarar ortaya çıktığında Kanunda öngörülen sorumluluk limitlerini karşılamaması halinde üst limit olan 700 milyonluk kısma kadar karşılanamayan kısmı karşılayacak usul ve esasları belirleyecek düzenleme yapma görevin-

¹²⁸ Gözler, İdare Hukuku C.1, 1299.

¹²⁹ 2004 Protokolünden önce Paris Sözleşmesinde, sigorta ya da teminatın elverişsiz olduğu hallerde dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Roland Dussart Desart, "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention - An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions", in International Nuclear Law in the Post- Chernobyl Period, A Joint Report by the Organisation for Economic Co-operation and Development (Nuclear Energy Agency, 2006), 228.

den kaynaklanan bir sorumluluktur. Bu usul ve esasları tespit edecek düzenlemelerin yapılmaması, düzenleme yapılmasına rağmen zararın hiç ya da gereği gibi karşılanmaması hallerinde Cumhurbaşkanlığının hizmet kusuruna dayanan ancak 700 milyon avro ile sınırlı bir idari sorumluluğu söz konusu olacaktır.

dd. İdarenin İşletene Ait Teminat ya da Sigorta Yükümlülüğünü İkame Etmemesi

7381 sayılı Kanun işletenin sigorta ve teminat yükümlülüklerinin sağlanması amacı ile bir nükleer sigorta havuzu kurulmasını öngörmektedir.¹³⁰ Kanun madde 15/1 ve 15/2 uyarınca işleten nükleer zarardan kaynaklı hukuki sorumluluğu kapsamındaki sigorta ya da teminat yükümlülüklerini yurt içinden veya uluslararası piyasalardan kısmen veya tamamen sağlayabileceği gibi nükleer sigorta havuzundan da sigorta yapılmasını talep edebilir. Burada idarenin sorumluluğunu ortaya çıkaran ilk husus işletenin sigorta ya da teminat bulamaması ya da sunduğu teminat ya da sigortanın Kanunda belirtilen (ana kural olarak 700 milyon avro) miktarlardan az olması halidir. Belirtmek gerekir ki sunulan sigorta ya da teminatın 700 milyon avrodan az olması kanunen mümkün değildir. İşleten, Kanunun 14/3. maddesine göre sigorta sözleşmeleri ya da teminata ilişkin ibraz ettiği belgeler NDK tarafından uygun bulunmadan ilgili faaliyetlere başlayamaz. Ayrıca işleten sigorta ya da teminat bulamazsa veya limitin altında bir sigorta ya da teminat sunarsa eksik kalan miktar Kanunun 15/3. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek usul ve esaslara göre karşılanacaktır. O halde sigorta ya da teminat ana limit olan 700 milyon avroyu içermek zorundadır. İdarenin işleten tarafından sağlanamayan ya da eksik sağlanan sorumluluk limitini temin etmesi gerekmektedir. Bu husus 7381 sayılı Kanunda öngörülen işletenin sorumluluğu hali değildir zira işletenin sorumluluğu bir nükleer hadiseye dayalı

¹³⁰ Kanun uyarınca nükleer sigorta havuzunun işleyişine ilişkin usul ve esaslar Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve NDK görüşü alınarak Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından yönetmelikle belirlenecektir. [madde 15 (1)] Yapılan mevzuat taramasında henüz böyle bir yönetmelik bulunamamıştır.

nükleer zararın varlığını gerekli kılmaktadır. Burada idarenin NGS kurma ya da işletme faaliyeti başlamadan önce sigorta ya da teminatı sağlama görevi söz konusudur. Kanunun madde 14/3 hükmü ile verilen bu görevin ihlali halinde olası bir nükleer zararın 7381 sayılı Kanuna göre değil, hizmet kusuruna dayalı sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir. Nitekim idarenin yürütmekle görevli olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk hizmet kusuru teşkil etmektedir.¹³¹ Cumhurbaşkanlığına, üstlenmiş olduğu NGS kurma ve işletme kamu hizmetine ilişkin 7381 sayılı Kanunla verilen sigorta ya da teminatı sağlama görevi, hizmetin kurulması aşamasında bir aksaklığı işaret etmektedir. Burada idarenin mali sorumluluğu için varlığı şart olan illiyet bağı¹³² idarenin yapmakla yükümlü olduğu bir işlem ile oluşan zarar arasında bulunmaktadır.

ee. İşleten İdareye Sağlanan Muafiyet Kapsamında Sorumluluk

7381 sayılı Kanunun 14/7. maddesine göre işleten 5018 sayılı “Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu” uyarınca merkezî yönetim kapsamındaki kamu idaresi ise ya da işletenin sermayesinin tamamı kamuya ait ise sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulabilecektir. Bu durumda nükleer hadise sonucu meydana gelen nükleer zararın Devlet tarafından ne şekilde taahhüt edileceğine ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenecektir. 5018 sayılı Kanunun 3/b maddesi merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerini, Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri olarak tanımlamıştır. I sayılı cetvel genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerini, II sayılı cetvel özel bütçeli idareleri, III sayılı cetvel ise

¹³¹ Danıştay 10. Dairesi, 17.01.2023, E. 2021/7078, K. 2023/153, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2021-7078.htm&kw=%C3%B6rg%C3%BCt+ve+i%C5%9Fleyi%C5%9Fteki+bozukluk&cr=danistay#fm>, 24.11.2023.

¹³² Danıştay 10. Dairesi, 28.05.1998, E. 1996/9113, K. 1998/2308, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1996-9113.htm&kw=`1998/2308`&cr=danistay#fm>, 24.11.2023.

düzenleyici ve denetleyici kurumları içermektedir. Öte yandan işletenin sermayesinin tamamı kamuya ait olması halinde de sigorta yaptırma veya teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulabilecektir.

Düzenleme, 5018 sayılı Kanunda yer alan merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri olarak tanımlanması sebebi ile genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin, özel bütçeli idarelerin ve düzenleyici ve denetleyici kurumların NGS işleteni olabileceği intibayı yaratmaktadır. Oysa düzenleme bir olasılıktan bahsetmektedir. Bu olasılık işleten idareyi belirleme noktasında hukuk devletinin ön koşullarından olan belirlilik ve idarenin kanuniliği ilkesine uygun bir görev yükleme ile somutlaşmalıdır. Binaenaleyh idarenin amacı ve faaliyet alanı konusunda ayrıntılar, idarenin görev ve yetkileri somutlaştırılarak belirlenecektir.¹³³ Nitekim Anayasa Mahkemesi de belirlilik ilkesini hukuk devletinin ön koşullarından kabul ederek bu ilkenin, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ifade ettiğini belirlemiştir.¹³⁴

Kanunun 14/7. maddesi muafiyete ilişkin kararı vermeye yetkili merciye ilişkin hüküm içermemektedir. 95 sayılı CBK'nın¹³⁵ 9/1-a maddesi NDK'nın karar organı olan Nükleer Düzenleme Kurulunun görevleri arasında "7381 sayılı Kanun, bu CBK ve ilgili diğer mevzuat kapsamına giren faaliyetlere ilişkin yönetmelikleri çıkarmak, diğer düzenleyici işlemler, yetkilendirmeler ve onaylar ile ilgili kararlar alma" yı da saymış olduğundan muafiyet konusunda karar verme yetkisinin NDK'ya ait olduğu söylenebilir.

Muafiyete dair karar alındıktan sonra nükleer hadise sonucu meydana gelen zararın karşılanmasına ilişkin usul ve esasları bir kararla belirleme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Oluşan zararın Devlet tarafından taahhüt edilmesinden bahsedilmesi sebebi ile nü-

¹³³ Akbulut, Kanuni İdare İlkesi, 187

¹³⁴ Anayasa Mahkemesi, 26.06.2014, Başvuru No. 2013/1752, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1752>, 24.11.2023.

¹³⁵ 08.03.2022 tarih ve 31772 sayılı Resmî Gazete.

leer zararın Devletin sorumluluğunda olduğu, buna ilişkin usul ve esasları belirlemenin Cumhurbaşkanlığının yükümlülüğünde bulunduğu, bu yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmemesinin ise bir hizmet kusuruna yol açacağı söylenmelidir. Zira idarenin mer'i yasalara ve hukuk kurallarına aykırı işlem yapması ve bunu uygulaması kusur niteliği taşır.¹³⁶ Burada 7381 sayılı kanunda yer alan hükmü uygulamaya geçirmek için konulan, öğretide uygulayıcı kurallar¹³⁷ olarak da adlandırılan "Usul ve Esaslar" adında bir düzenleyici işlem söz konusu olup Cumhurbaşkanı kararı, usul ve esasları yürürlüğe koymayı amaçlamaktadır.¹³⁸ Nükleer zararın Devlet tarafından taahhüt edilmesine dair bu Usul ve Esasların idari dava konusu yapılması mümkün olduğu gibi usul ve esaslara dayalı olarak yapılan ve nükleer zararın karşılanmasına yönelik olarak bireysel işlem niteliğinde tesis edilen¹³⁹ uygulama işlemi de dava konusu yapılabilir. Öte yandan İYUK madde 7/4 hükmü, sadece uygulama işlemine, düzenleyici işlemle birlikte uygulama işlemine veya sadece düzenleyici işleme karşı dava açma imkânı olmak üzere üçlü bir seçenek sunar.¹⁴⁰ Dava hangi işleme karşı ve ne şekilde açılırsa açılın özünde nükleer zararın Devlet tarafından karşılanma taahhüdünün gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde tezahür eden hizmet kusurundan kaynaklanmaktadır.

¹³⁶ Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku* (İstanbul: Beya Yayınları, 2009), 465.

¹³⁷ Karahanoğulları, *Yasallık*, 173

¹³⁸ Mutlu Kağıtçıoğlu, "Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Ve Denetimi", içinde *Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı*, ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019), 118.

¹³⁹ Uygulama işleminin bireysel işlem niteliği taşıdığına ilişkin Danıştay kararı için Danıştay 10. Dairesi, 24.02.2021, E. 2021/641, K. 2021/714, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2021-641.htm&kw=uygulama+i%C5%9Flemi`+`birel+i%C5%9Flem`&cr=danistay#fm,09.11.2023>. Ancak uygulama işleminin düzenleyici işlem niteliği taşımasının da mümkün olduğu belirtilmelidir. Çınar Can Evren, "İdari Yargıda Uygulama İşlemi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17/1-2 (2013): 1413.

¹⁴⁰ Celal Erkut, "İYUK Çerçevesinde İdari Dava Türleri Ve Bazı Usuli Değişiklikler", *İÜHF*, 51/1-4 (1985): 229.

b. Cumhurbaşkanlığı Ya da Bakanlığın Kamu Hizmetini Üstlenen Sıfatıyla Denetim Yetkisinden Kaynaklanan Sorumluluğu

1982 Anayasasının 165. maddesi “Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir.” hükmünü getirmekle kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimini düzenleme altına almıştır. Hüküm “Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi” başlığını taşısa da sadece kamu iktisadi teşebbüslerine yönelik bir denetime hasredilemez. Nitekim Danıştay da Anayasanın 165.maddesinin “Kamu İktisadi teşebbüslerinin denetimi” başlığını taşımasına rağmen, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan ortaklıkları da kapsadığını ve bu kuruluşların sermayelerini Devlet bütçesinden, Devlet bankalarından, Devlet ortaklıklarından sağlamakta olduğunu, kuruluş amaçlarına göre faaliyetleri, fonksiyonları ve işlevleri bakımından KİT’lerin niteliklerini taşıdıklarını karara bağlamıştır.¹⁴¹ Gerek Cumhurbaşkanınca kurulan şirketin gerekse Bakanlık tarafından görev verilen kamu şirketinin denetiminin anayasal dayanağını oluşturan bu hüküm çerçevesinde 233 sayılı KHK denetimin ayrıntılarını düzenlemektedir.

233 sayılı KHK’nın 39/1. maddesi teşebbüsler, müesseseler ve bağlı ortaklıkların, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun mali, idari ve teknik yönden sürekli denetimine tabi olduğunu düzenleme altına almaktadır. Düzenlemede bahsi geçen Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu 6085 sayılı Sayıştay Kanununun¹⁴² 82/1-b maddesi ile kapatılmış, aynı Kanunun geçici madde 4/6 hükmü ile de 233 sayılı KHK’da Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıfların Sayıştaya yapılmış sayılacağı düzenleme altına alınmıştır. O halde denetim görevinin Sayıştay’a verildiği söylenebilir. Nitekim 6085 sa-

¹⁴¹ Danıştay 1. Dairesi, 08.06.1990, E. 1990/73, K. 1990/90, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=1d-1990-73.htm&kw=`kamu+iktisadi+te%C5%9Febb%C3%BCslerinin+denetimi`&cr=danistay#fm>, 08.11.2023.

¹⁴² 19.12.2010 tarih ve 27790 sayılı Resmî Gazete.

yılı Kanununun 5/1-ç naddesi de Sayıştayın görevleri arasında Kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmayı sağlamıştır.

233 sayılı KHK'nın 40/1. maddesi ise ilgili bakanlığın; teşebbüs, müessese ve bağlı ortaklık faaliyetlerinin ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak yürütülmesini gözetmekle görevli olduğunu öngörmektedir. Bu bağlamda gerek Cumhurbaşkanlığı tarafından kurulan kamu tüzel kişiliğini haiz şirketin gerek Bakanlık tarafından görev verilen kamu şirketinin faaliyetlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak gözetim altında bulundurulması söz konusudur. Bu gözetim görevi de kurulan şirket açısından Cumhurbaşkanlığının,¹⁴³ görev verilen kamu şirketi açısından da Bakanlığın sorumluluğundadır. Bu doğrultuda hizmet kusuru gözetim görevinin gerektirdiği örgütlenmenin yapılması ya da yetersiz ve hatalı yapılmasından kaynaklanabilir.¹⁴⁴ İdarenin sahip olduğu kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirmekle yükümlü olduğu denetimi gereği gibi yapıp yapmadığının ilgili mevzuatla konulan ölçütlere göre tespiti gerekmektedir.¹⁴⁵ Cumhurbaşkanlığı ve Bakanlığa verilen bu gözetim yetkisi, kamu tüzel kişiliğini haiz olmaları hasebiyle bu şirketler açısından hiyerarşik değil idari vesayete dayalı bir yetkidir.¹⁴⁶ Anayasa Mahkemesince idari vesayet denetimi için aranan¹⁴⁷

¹⁴³ 233 sayılı KHK 40/1. maddesinde "ilgili Bakanlık" ibaresi kullanılmakta ise de 3046 sayılı Kanununun 19/A maddesinde "Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlar (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil), Cumhurbaşkanınca, Cumhurbaşkanlığı veya bakanlıklarla ilgilendirilebilir. Söz konusu kuruluşların özel kanunlarında veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde bağlı, ilgili ve ilişkili olunan bakanlığa ya da bakana verilen yetki ve görevler ilgilendirilen bakanlık veya bakan tarafından kullanılır ve yerine getirilir. Bakan, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların (5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumlar dahil) her türlü faaliyet ve işlemlerini denetlemeye yetkilidir." düzenlemesine yer verilmekle 233 sayılı KHK 40/1. maddesinin, ilgilendirme yetkisi ile donatılan Cumhurbaşkanınca kamu tüzel kişiliğini haiz şirket için bu yetki kullanılırsa ilgilendirilen Bakanlık, kullanılmazsa Cumhurbaşkanlığı olarak anlaşılması gerekmektedir.

¹⁴⁴ Kazım Yenice ve Yüksel Esin, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü (Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983), 85.

¹⁴⁵ Süheyla Alica, "Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15/4 (2011): 99.

¹⁴⁶ İdarenin bütünlüğünü sağlama amacı ile kurulan idari vesayet ilişkisi farklı tüzel kişiler arasında gerçekleşen ve Devlet tarafından kamu yararı amacı ile gerçekleşen bir denetimdir. Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, 152.

“kanunda belirtilen hallerde ve usullerde yapılması gerekliliği” 233 sayılı KHK ile sağlanmakta olup faaliyetlerin mevzuata uygun yürütülmesini gözetme görevinin varlığı kabul edilmelidir. Cumhurbaşkanlığının gözetim görevi kapsamında Devlet Denetleme Kurulunun (DDK) denetim faaliyeti de bu minvalde irdelenmelidir. 5 sayılı CBK ile düzenlenen DDK madde 4/1-a gereği “İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında ve sermayesinin yarısından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta [...] her türlü idari soruşturma, inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapma” görevini haiz olup maddenin birinci fıkrası gereği Cumhurbaşkanının emri ile çalışmaktadır. Cumhurbaşkanınca kurulmasına karar verilen kamu tüzel kişiliğini haiz şirketin, idarenin hukuka uygun, düzenli ve verimli çalışması amacı ile faaliyette bulunup bulunmadığı DDK tarafından Cumhurbaşkanının emri ile denetlenebilecektir. Devlet Denetleme Kurulunun Teşkilat Görev ve Çalışma Düzeni Hakkında Yönetmeliğin¹⁴⁸ 3. maddesinde “denetim”, kanunların yükümlülükler yüklediği kamu görevlilerinin ve kuruluşların, bu görevleri mevzuata uygun biçimde yerine getirip getirmediğinin ve hizmetlerin amaç, plân, bütçe, personel, örgütlenme, kadro, araç, gereç ve metotlar yönünden etkinlikle yürütülüp yürütülmediğinin ve idari, hukuki veya mali bir sorumluluğun bulunup bulunmadığının saptanması olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda NGS kurma ve/veya işletmek üzere Cumhurbaşkanlığınca kurulmasına karar verilen şirketin personel, örgütlenme, araç ve gereçler itibari ile üstlendiği faaliyeti mevzuata uygun biçimde yürütüp yürütmediğinin denetimi mümkündür. DDK denetimi Cumhurbaşkanının emri ile gerçekleşen bir denetim olup anılan şirketin denetimine ilişkin emir verilmesi halinde 233 sayılı KHK’nın 40/1. maddesi ile yüklenen gözetim ödevinin ihlali gündeme gelecektir. Nitekim Danıştay idarelere kanunlarla verilen görev ve yetki gereği yapılması gereken denetimlerin yapılmaması, denetlenmesine rağmen gerekli yaptırımların uygulanmaması veya bu konularda geç harekete geçilmesi, gerekli ve etkili

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 01.03.1985, E. 1984/12, K. 1985/6. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1985/6?EsasNo=1984%2F12> (03.01.2024)

¹⁴⁸ 05.11.1981 tarih ve 17505 sayılı Resmî Gazete

tedbirlerin zamanında alınmaması veya alınmasına rağmen ilgili kişilerce, söz konusu tedbirlere uyulmasını sağlamaya yönelik mekanizmaların oluşturulmamasının idare açısından hizmet kusuru teşkil ettiğine karar vermiştir.¹⁴⁹

1982 Anayasasının 165. maddesinin “Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi” başlığını taşısa da sadece kamu iktisadi teşebbüslerine yönelik bir denetime hasredilemeyeceği ve Danıştay’ın da madde nin sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan ortaklıkları da kapsadığını ve bu kuruluşların da KİT’lerin niteliklerini taşıdıklarını karara bağladığını ifade etmiş-tik.¹⁵⁰ 233 sayılı KHK’nın 4/4. maddesi uyarınca “*Teşebbüslerin sorumlulukları sermayeleri ile sınırlıdır.*” Her ne kadar NGS kurmak ve/veya işletmek üzere Cumhurbaşkanlığınca kurulmasına karar verilen şirket ya da Bakanlıkça görevlendirilen kamu şirketinin, işleyen sıfatı ile 7381 sayılı Kanununun 13. maddesinde belirlenen parasal limitlerle sorumlu olduğu iddia edilebilirse de NGS işleteni sıfatı ile sorumluluğ un KİT niteliğinden kaynaklanan sorumlulukla çatışması halinde “*sermaye ile sınırlı sorumluluk*” kuralı, bu şirketlerin sermayelerini aşan zarardan sorumlu olmayacakları çıkarımını doğurmaktadır. 233 sayılı KHK’nın 40/2. maddesinde yer alan “ilgili bakanlık, gerekli hal-lerde teşebbüslerin hesaplarını ve işlemlerini teftiş ve tahkike tabi tutmaya ve bunların iktisadi ve mali durumlarını tespit ettirmeye yetkilidir.” düzenlemesi de dikkate alındığında bahsi geçen şirketlerin NGS işleteni olarak olası bir zararı karşılayacak “iktisadi ve mali du-ruma” haiz olup olmadıklarını tespit ettirme görevinin yapılmaması ve bunun sonucunda sermaye yapılarının eksik kalması, Cumhurbaş-

¹⁴⁹ Danıştay 10. Dairesi, 03.03.2015, E. 2013/7812, K. 2015/854, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2013-7812.htm&kw=denetim+g%C3%B6revinin+ihtimali+%&cr=danistay#fm>, 08.11.2023. Benzer bir kararında Danıştay, idarenin özel kişilere gördürdüğü bir hizmet sırasında zararın meydana gelmesinin yürütülen hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmeyeceğini; idarenin bu hizmetin görülmesinde sürekli bir gözetim ve denetiminin olması gerektiğini, bu denetimin yokluğunun hizmetin kötü iş-lemesi sayılacağını ve idarenin bundan sorumlu tutulacağını ifade etmiştir. Danış-tay 10. Dairesi, 16.12.2003, E. 2002/7475, K. 2003/5193, Çınar Can Evren, “Hiz-met Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 95 (2011): 182.

¹⁵⁰ Bkz. yuk. dn.138.

kanlığı ve Bakanlık açısından bir diğer hizmet kusuru olarak karşımıza çıkacaktır.

Cumhurbaşkanlığı ya da Bakanlığın üstlenen sıfatı ile sahip oldukları denetim yetkisini kullanmamaları, oluşan zararın bu denetim eksikliğinden kaynaklandığının ortaya konulması şartıyla sorumluluklarını doğuracaktır.¹⁵¹ Burada irdelenmesi gereken husus zararın karşılanması için açılan davada gerek işleten sıfatı ile zarara karşılık yapılan ödemelerin, gerek Komisyon kararı ile zararı karşılamaya yönelik yapılan ödemelerin gerekse yasal düzenlemeler gereği önceden yapılan diğer ödemelerin, dikkate alınıp alınmayacağıdır.

7381 sayılı Kanununun 16/2. maddesi “Nükleer zarar gören kişiye sosyal sigortalar, özel sigortalar ve genel sağlık sigortasına ilişkin mevzuat uyarınca ayrıca yapılan ödemeler nükleer zarar görenin bu Bölümde yer alan hükümler uyarınca alacağı tazminat tutarından düşülür.” düzenlemesini içermektedir. İdari faaliyet sonucu ortaya çıkan zararı karşılama amacı bulunmayan, prim ödenerek ve yasal koşulların gerçekleşmesi ile zorunlu olarak yapılan sosyal sigorta ödemelerinin¹⁵² tazminat tutarından düşürülmesini öngören düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim Danıştay da ödenen primlerin karşılığı niteliği taşıyan sosyal güvenlik mevzuatınca bağlanan aylıklarının tazminat miktarından indirilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵³

Düzenlemenin lafzi yorumundan “sosyal sigortalar”, “özel sigortalar” ve “genel sağlık sigortası” uyarınca yapılan ödemeler dışında diğer ödemelerin tazminat tutarından mahsup edilmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak Danıştay hukuka aykırı müsadere edildiğine

¹⁵¹ İdarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu, kamu hizmeti sunumuna ilişkin idarenin kusurlu bir eylem veya işlemi, ilgilinin zarara uğramış olmasını ve bu zarar ile idarenin kusurlu eylemi veya işlemi arasında uygun illiyet bağı olmasını gerektirmektedir. Danıştay 8. Dairesi, 23.12.2022, E. 2022/2775, K. 2022/8059, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2022-2775.htm&kw='hizmet+kusuru'+uygun+illiyet'&cr=danistay#fm,03.01.2024>

¹⁵² Danıştay 10. Dairesi, 26.10.1995, E. 1995/3321, K. 1995/4995, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1995-3321.htm&kw='1995/4995'&cr=danistay#fm03.01.2024>

¹⁵³ Danıştay 10. Dairesi, 28.05.1998, 1996/10146, K. 1998/2344, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1996-10146.htm&kw='1998/2344'&cr=danistay#fm03.01.2024>.

ve sahibine iadesine karar verilen ancak satış işlemi bu sırada tamamlanmış olan eşyanın satış bedelinin idare tarafından iade edilmiş olması sebebi ile, iade edilen tutarın mahsubunun gerekli olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁴ Benzer şekilde Yüksek Mahkeme 5233 sayılı Kanun kapsamında kurulan Hasar Tespit Komisyonu tarafından tespit edilen ve ödenen hasar tutarının mahkemece hükmedilen tazminat tutarından mahsup edilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁵ Dolayısıyla maddeden lafzi yorumla varılan sonuç doğru olmayıp “tam tazmin ilkesi” gereği tazminat miktarı uğranılan zararın miktarına denk olmalıdır.¹⁵⁶ Meydana gelen yağışlar sonucu ortaya çıkan zararın sigorta şirketince karşılanması sonucu sigortalıya yapılan ödemenin rücu hizmet kusuru bulunan idareden tahsili için açılan davada da Danıştay sigorta primlerinin zarardan mahsup edilerek *tahsilde tekerrüre yol açmayacak şekilde* karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁷ Bu bağlamda 7381 sayılı Kanununun 18. maddesi kapsamında Nükleer Zarar Tespit Komisyonu kurulması halinde komisyona yapılan başvuru üzerine yapılan ödemelerin, dava sonucu hükmedilecek tazminat tutarından mahsubu gerekmektedir. Kaldı ki Kanununun 18/4. maddesinde yer alan “*ödeme planında, can kaybı veya kişilerin sağlığına verilen zararlar öncelikle tazmin edilir.*” hükmünden de Komisyon tarafından hazırlanan ödeme planı kapsamında öncelikli tazmin edilecek zararlar için yapılan ödemelerin, bu nitelikte görülmeyerek tazmin edilmeyen ya da bu nitelikte olsa da tam olarak karşılanmayan zararların giderilmesi için açılarak davalarda mahsup edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

¹⁵⁴ Danıştay 8. Dairesi, 14.06.2022, E. 2019/4752, K. 2022/4116, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2019-4752.htm&kw=`mahsup`+`tam+yarg%C4%B1+davas%C4%B1`+&cr=danistay#fm,03.01.2024>

¹⁵⁵ Danıştay 10. Dairesi, 06.02.2023, E. 2020/3084, K. 2023/231, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2020-3084.htm&kw=`hasar+tespit+komisyonu`+`mahsup`&cr=danistay#fm03.01.2024>, Benzer bir karar için Danıştay 10. Dairesi, 06.04.2022, E. 2019/9353, K. 2022/1900, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/10-d-e-2019-9553-k-2022-1900-t-6-4-2022> 03.01.2024

¹⁵⁶ Gözler, İdare Hukuku, C.2, 1397.

¹⁵⁷ Danıştay 8. Dairesi, 03.04.2017, E. 2015/8819, K. 2017/2276, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2015-8819.htm&kw=`mahsup`+`tam+yarg%C4%B1+davas%C4%B1`+&cr=danistay#fm03.01.2024>

7381 sayılı Kanununun 20/son maddesi “Komisyonun kurulmaması hâlinde mahkeme, bu Bölüm kapsamında belirlenen sorumluluk sınırını aşmayacak şekilde, 6098 sayılı Kanununun 76. maddesi uyarınca nükleer zarar gören kişilere geçici ödeme yapılmasına karar verebil[ceğini]” düzenlemektedir. İdareye karşı idari sorumluluk kapsamında nükleer zararın tazmini için açılan bir tam yargı davasında anılan maddenin uygulanma olasılığı bulunmamaktadır. Hüküm, Türkiye Cumhuriyeti egemenlik alanında gerçekleşen bir nükleer hadise sebebi ile Türk mahkemelerinde, Paris Sözleşmesi ve 7381 sayılı Kanuna dayalı sorumluluğu çerçevesinde işletene karşı açılan davalarda uygulanabilir. Zira düzenlemede yer alan “*bu Bölüm kapsamında belirlenen sorumluluk sınırını aşmayacak şekilde*” ifadesi de bu hususu ortaya koymaktadır. İdareye karşı idari sorumluluğa dayalı açılan tam yargı davasında, işletenin sorumluluğu ile ilgili getirilen bu hükmün uygulanması ve zarar görene idare tarafından geçici ödeme yapılması mümkün değildir.

c. İşletenin Sorumluluğunun Olmadığı ve Hizmet Kusurunun Bulunmadığı Hallerde İdarenin Sorumluluğu

NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin ister özel hukuk kişileri isterse idare tarafından sunulduğu hallerde idarenin, işletenin sorumluluğundan bağımsız olarak, kamu hizmetini üstlenen ya da yerine getiren sıfatı ile hizmet kusurunun bulunmadığı hallerde mesuliyetinin belirlenmesi gerekmektedir. İşletenin idare olduğu hallerde idarenin işleten sıfatından ve bu sıfattan kaynaklanan sorumluluğundan bağımsız, kamu hizmetini yerine getiren idare olarak hizmet kusuru olmasa dahi sorumluluğunun irdelenmesi gerekirken, işletenin özel hukuk kişisi olduğu hallerde ise Cumhurbaşkanlığı ya da Bakanlığın kamu hizmetini üstlenen sıfatı ile hizmet kusuru olmasa dahi sorumluluğunun tespiti gerekir.

Paris Sözleşmesinin 9. maddesi doğrudan bir silahlı çatışma, hasmane hareketler, iç savaş ya da ayaklanmadan dolayı meydana gelen bir nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarardan işleticinin sorumlu olmayacağını düzenlemektedir. Bu hüküm aynı şekilde 7381

sayılı Kanunun 12/5. maddesinde de yer almaktadır. Bu haller nükleer zarardan işletenin sorumluluğu için aranan uygun illiyet bağıni kesen sebeplerdir. Sözleşmede yer alan bu haller sınırlayıcı olarak sayılmışlardır.¹⁵⁸ O halde bu durumlardan kaynaklanan nükleer zarardan kimin sorumlu olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra nükleer tesislerin bu tür saldırılara maruz kalma ihtimali, sigorta şirketlerinin, terör saldırılarını kapsam dışı bırakmayan Paris Sözleşmesinin gözden geçirilmesini talep etmelerine yol açmıştır.¹⁵⁹ Belirtmek gerekir ki 2004 Protokolünde terör saldırıları illiyet bağıni kesen sebepler arasında yer almamaktadır¹⁶⁰ ve bu tür olaylarda zararın büyüklüğünün Devletin de sorumlu olmasını gerektirdiği ifade edilmiştir.¹⁶¹ Konu ile ilgisi olan “Nükleer Terörizmin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme”¹⁶² (NTÖUS) hükümlerinin Paris Sözleşmesi ve 2004 Protokolü ile irtibatının da irdelenmesi gerekir. NTÖUS 2/1. maddesi uyarınca eğer bir kişi, yasadışı bir biçimde ve kasten ölüme veya vücutta ciddi yaralanmaya sebep olma niyetiyle veya mülke veya çevreye maddi hasar vermek niyetiyle herhangi bir şekilde radyoaktif maddeyi veya cihazı kullanırsa veya radyoaktif maddeyi yayacak veya yayma riski taşıyacak bir şekilde nükleer bir tesisi kullanırsa veya zarar verirse, bu Sözleşme çerçevesinde

¹⁵⁸ Aydoğdu, Nükleer Santral, 253. Öğretide lafzi yorumla ileri sürülen bir düşünceye göre “düşmanca (hasmane) hareketler” sadece savaş halini kastetmektedir. Hekim, Hukuki Sorumluluk, 372. Sözleşmede geçen “silahlı çatışma” ve “savaş halleri” ile uluslararası çatışmaların; “iç savaş” ve “ayaklanmalar” ile ise ülke içi çatışmaların ifade edildiğinin açık olduğu, ancak silahlı çatışmaların modern yöntemleri düşünüldüğünde bu kategorilerin tüm olayları kapsama alma noktasında belirsiz olduğu, özellikle siyasi motivasyona dayanan terörist eylemlerin bu kategorilerden hiçbirisine sokulamayacağı, oysa Sözleşmenin ilgili maddesinin başta gelen amacı ve görevinin bu tür eylemleri kapsama sokmak olduğu ileri sürülmüştür. Norbert Pelzer, “On Modernising the Paris Convention”, Nuclear Law Bulletin, 12 (1973): 55.

¹⁵⁹ Desart, Nuclear Energy, 219.

¹⁶⁰ Aydoğdu, Nükleer Santral, 254; Karauz, “İşletenin Hukuki Sorumluluğu”, 20; Aksi yönde görüş için Korkusuz, Nükleer Santral İşletenin, 131; Görmez, “Nükleer Santral”, 134.

¹⁶¹ Aydoğdu, Nükleer Santral, 254

¹⁶² 14.09.2005 tarihinde imzalanan sözleşmenin onaylanması 6277 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve 02.04.2012 tarihinde Bakanlar Kurulunca onaylanması kararlaştırılmıştır. 08.05.2012 tarih ve 28286 sayılı Resmî Gazete, Sözleşmenin İngilizce resmi metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/source/Recent_Texts/English_18_15.pdf 04.01.2024

suç işlemiştir. NTÖUS'nin bu maddesi ile 4. maddesinin birlikte değerlendirilmesi, Paris Sözleşmesi ile olan irtibatı somut bir şekilde ortaya koymaktadır. 4. maddenin ikinci fıkrası "*Silahlı bir çatışma sırasında silahlı kuvvetlerin faaliyetleri, sözkonusu koşullar uluslararası insancıl hukuk¹⁶³ çerçevesinde anlaşıldığı ve bu hukuk tarafından düzenlendiği cihetle, bu Sözleşme tarafından düzenlenmez ve bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından resmi görevin icrası olarak üstlenilen faaliyetler, diğer uluslararası hukuk kurallarınca düzenlendiği ölçüde bu Sözleşme kapsamı dışında kalır.*" düzenlemesi ile Paris Sözleşmesinin 9. maddesi ile doğrudan bağlantı kurmakta, devam eden üçüncü fıkrası ise "*Bu maddenin 2. paragrafının (fıkrasının) hükümleri, kanunsuz eylemlere göz yumulacağı veya yasal hale getirileceği veya diğer haklar uyarınca kovuşturmayla tabi tutulmasının engelleneceği şeklinde yorumlanmayacaktır.*" hükmü ile ikinci fıkra kapsamındaki durumlar için diğer hukuk kurallarının uygulanmasının engellenmeyeceğini öngörmektedir. Maddenin ilk fıkrası ise "*Bu Sözleşmedeki hiçbir husus, Devletlerin ve bireylerin uluslararası hukuktan, özellikle Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası insancıl hukuktan kaynaklanan diğer haklarını, yükümlülüklerini ve sorumluluklarını etkilemeyecektir.*" düzenlemesi ile devlet ve bireyler (bu arada Paris Sözleşmesi kapsamında işleten) için Paris Sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğun etkilenmeyeceğini ortaya koymaktadır. NTÖUS'nin 18/7. maddesi ise nükleer zarar sorumluluğuna doğrudan değinmektedir. Madde uyarınca "*2. maddede ortaya konan suçlardan biriyle ilişkili bir yayılma durumunda, bu maddede yer alan hiçbir husus, nükleer zarar sorumluluğunu düzenleyen uluslararası hukuk kurallarını veya diğer uluslararası hukuk kurallarını etkilemeyecektir.*" 18. madde bir Taraf Devletin, 2. maddede yer alan suçlardan birinin işlenmesini müteakiben ele geçirme veya başka suretle radyoaktif madde, cihaz veya nükleer tesislerin kontrolünü sağladığı takdirde bunların zararsız hale getirilmesi ve barışçıl kulla-

¹⁶³ Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışmaya katılmayanların korunmasına ve savaş yöntemlerinin insancıl açıdan yumuşatılmasına yönelik, bu çatışmaların olumsuz etkilerini insancıl nedenlerle sınırlandırmayı hedefleyen ve gerek devletler arası savaşlarda gerek iç çatışmalarda geçerlilik taşıyan savaş ya da silahlı çatışma hukukunu ifade etmektedir. Oğuz Demiralp, "Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi", Uluslararası Suçlar ve Tarih / International Crimes and History, 22 (2021): 23.

nımını düzenlemektedir. 2. madde kapsamında bir suçun işlenmesi sonucu bir radyoaktif yayılma oluşması halinde nükleer zarar sorumluluğuna ilişkin sorumluluk kurallarının geçerli olacağı madde ile açıkça vurgulanmıştır.

NTÖUS'nin anılan hükümleri Paris Sözleşmesi ve 2004 Protokolü ile birlikte değerlendirildiğinde NTÖUS kapsamında bir suçun işlenmesi halinde nükleer zarar sorumluluğunun Paris Sözleşmesi kapsamında ele alınacağı sonucuna varılmaktadır.

Kusursuz sorumluluk, meydana gelen bir olayda idarenin kusuru bulunmamasına rağmen şartları gerçekleştiğinde oluşan zararı ödemekle yükümlü olmasını ifade etmektedir.¹⁶⁴ İdarenin kusursuz sorumluluğu tamamlayıcı niteliği haiz bir sorumluluk türü olup¹⁶⁵ idarenin hizmet kusuru ya da başka bir usulle zararı karşılamaının mümkün olup olmadığının araştırılması ve bu yollarla giderilemiyorsa kusursuz sorumluluğa başvurulması gerekecektir.¹⁶⁶ Paris Sözleşmesinde işletenin sorumlu tutulmadığı bu durumlarda öncelikle idarenin somut olay çerçevesinde bir hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının ve illiyet bağının araştırılması gerektiği kanaatindeyiz. Nükleer zarar ve idari faaliyet arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı araştırılarak bu bağ kurulabiliyorsa idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyecektir. İdarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu, Danıştay tarafından da karara bağlandığı üzere kamu hizmeti sunumuna ilişkin idarenin kusurlu bir eylem veya işleminin mevcut olmasına, ilgilinin zarara uğramış olmasına ve bu zarar ile

¹⁶⁴ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 47.

¹⁶⁵ Gözler, İdare Hukuku C.2, 1188

¹⁶⁶ Ramazan Çağlayan, Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleri ile İdarenin Kusursuz Sorumluluğu (Ankara: Asil Yayıncılık, 2007), 152-153. "İdare Mahkemesince, davalı idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken hem hizmet kusuru ilkesine hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılmıştır. Oysa hem kusur hem de kusursuz sorumluluk ilkesine dayanılarak idarenin tazmin sorumluluğuna gidilmesi hukuken mümkün değildir. Olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip önce hizmet kusuru araştırılarak, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı incelenmek suretiyle idarenin tazmin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir." Danıştay 10. Dairesi, 10.04.1996, E. 1995/53, K. 1996/1913, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1995-53.htm&kw='1996/1913'&cr=danistay#fm,03.03.2023>.

idarenin kusurlu eylemi veya işlemi arasında uygun illiyet bağı olmasına bağlıdır.¹⁶⁷

Meydana gelen zararlarla idarece ifa edilen görev arasında bağlantı olmasının, herhangi bir hizmet kusuru bulunmasa dahi kusursuz sorumluluk gereği zararın giderilmesi için yeterli sayıldığına ilişkin yargı kararları da bulunmaktadır. Bu doğrultuda Danıştay idarenin hizmet kusuru bulunmama ile birlikte yürütülen hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, özel ve olağanüstü zararların kusursuz sorumluluk ilkesi gereği tazmini gerektiğine hükmetmiştir.¹⁶⁸

Danıştay bir başka kararında kusursuz sorumluluğu “sosyal risk ilkesi” temelinde ele alarak illiyet bağının varlığının belirlendiği durumlarda bu ilkeye başvurulamayacağına hükmetmiştir. Anılan kararda Yüksek Mahkeme “*sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulmaması gerekmektedir. Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Olayda zararın güvenlik kuvvetlerince mevzi güvenliği amacıyla döşenen mayına basılması sonucu davacıların çocuğunun sakat kalması nedeniyle meydana geldiği, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında olduğu, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında sosyal risk ilkesine dayanılarak hüküm kurulmasına olanak bulunmamaktadır.*” demekle bu duruma işaret etmektedir.¹⁶⁹ NGS kurma ve işletme

¹⁶⁷ Danıştay 8. Dairesi, 23.12.2022, E. 2022/2775, K. 2022/8059, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2022-2775.htm&kw=`hizmet+kusuru`+`uygun+illiyet`&cr=danistay#fm>, 30.11.2023.

¹⁶⁸ Danıştay 15. Dairesi, 18.10.2012, E. 2012/189, K. 2012/7048, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2012-189.htm&kw=`2012/7048`&cr=danistay#fm>, 09.03.2023.

¹⁶⁹ Danıştay 10. Dairesi, 25.02.2003, E. 2001/4795, K. 2003/696, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2001-4795.htm&kw=`2003/696`+&cr=danistay#fm>, 09.03.2023.

kamu hizmetine ilişkin olarak “sosyal risk” ilkesine idarenin hizmet kusurunun tespit edilemediği¹⁷⁰ ve hizmet ile zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı durumlarda başvurabileceği kanaatindeyiz.¹⁷¹ “Sosyal risk” ilkesinin temelinde çağımızın toplumsal şartlarının yol açtığı kitlesel olaylar ile savaşların halk üzerinde yol açtığı zararların kusuru olmayan bu kişilere yüklenmesinin kabul edilemezliği yatmaktadır.¹⁷² Burada zarara idareye yabancı kişilerin eylemi yol açmaktadır. Buna dayalı olarak da diğer kusursuz sorumluluk hallerinden farklı olarak zarar ile idarî faaliyet arasında illiyet bağı aranmamaktadır.¹⁷³ İlliyet bağının yokluğu sebebi ile idare aslında sorumlu tutulamayacağı bir zarardan, toplumsal bir faydanın sağlanması için sorumlu tutulmaktadır.¹⁷⁴ Ancak sosyal risk ilkesine dayalı idarenin sorumluluğu, zarara sebep olan davranışları önleme konusunda idarenin yükümlü olmasına rağmen kusuru olmaksızın önleyememesine veya daha büyük zararlara yol açmamak için önlemekten kaçınmış olmasına bağlıdır.¹⁷⁵

Sosyal risk ilkesinin bu özellikleri, işletenin sorumlu olmadığı hallerde idarenin nükleer hadise sonucu oluşan zararlardan sorumlu tutulması bakımından uygulanabilir niteliktedir. İdarenin NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin örgütlenmesi, işleyişi ve denetimi ile ilgili yükümlülüklerinde bir aksaklık olmaksızın, idarenin dışında ve idareye yabancı kişilerin birtakım eylemleri sonucu ortaya çıkan nükleer zararın karşılanmasında toplum açısından fayda bulunmaktadır. Nükleer hadiselerin yol açabileceği zararlar düşünüldüğünde illiyet bağı yokluğu sebebi ile idarenin sorumsuzluğunu kabul etmek, zararın

¹⁷⁰ Öğretide sosyal risk ilkesinde idarenin, bir başkasının eyleminden değil, bizzat kendi eyleminden sorumlu olduğu, idarenin kişilerin can ve mal güvenliğini sağlama ödevini yerine getiremeyerek bunlara yönelik tehdit ve saldırılara engel olamaması halinde hizmet kusuru gereği sorumlu olması gerektiği, idarenin bu ödevini ifa edememesinin hizmetin kötü işlemesi ya da hiç işlememesi biçiminde ortaya çıkan bir hizmet kusuru olduğu ileri sürülmüştür. Günay, *İdare Hukuku*, 381

¹⁷¹ Benzer görüş bir için bkz. Utku Ütük, “KBRN Tehdit ve Tehlikelerden Kaynaklı Zararlar Nedeniyle İdarenin Risk İlkesine Dayalı Sorumluluğu”, *Dirençlilik Dergisi*, 2/1 (2018): 39-56.

¹⁷² Ali Ülkü Azrak, *İdarenin Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980), 136-137.

¹⁷³ Bahtiyar Akyılmaz, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1-2 (2004): 188.

¹⁷⁴ Onar, *İdare Hukuku C. III*, 1744

¹⁷⁵ Azrak, *Kusursuz Sorumluluğu*, 138

sahipsiz bırakılması demektir. Topluma zarar veren davranışlarda ise son tahlilde sorumluluk, toplumun düzenini koruma ödevini yüklenen idareye ait olmalıdır. Danıştayın da belirttiği üzere sosyal risk ilkesinde zararın sebebi, toplumun bir bireyi olmaktır.¹⁷⁶ Fransa ve Almanya'da savaş, ayaklanma ve kargaşa olaylarının sosyal risk kapsamında kabul edilerek ortaya çıkan zararın idare tarafından giderilmesi kanunlarla kabul edildiğinden, isyan ya da savaş sebebi ile oluşan zararların tazmininde bu ilkenin kullanıldığını iddia edilmiştir.¹⁷⁷

Ülkemizde Danıştay özellikle terör olayları sebebi ile oluşan zararların idarece tazmininde sosyal risk ilkesine başvurmaktadır. Danıştayın bu tutumu kavramların ortaya çıkış dönemlerindeki anlamlarına sıkı sıkıya bağlı kalınması gerekçesi ile eleştirilmiştir. Buna göre risk kavramı sosyalleştiğinden asayiş olaylarının yanı sıra bulaşıcı hastalıklar ve bunların tedavilerindeki büyük hatalar, depremlerin ortaya koyduğu yapı sorunları, hastalıklı kanın nakli ve çevre sorunlarının yol açtığı zararlı etkiler gibi pekçok konu bu ilke kapsamına girebilmektedir.¹⁷⁸ Danıştay idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlenmekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerektiğini, terör eylemlerinin devlete yönelik, devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçlayan, eylemlerden zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmeyen nitelikte olduğunu, bu eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine her hangi bir şekilde katılmamış olan kişilerin kendi kusur ve eylemleri sonucu değil toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar gördüklerini, toplumun birer parçası olmak sıfatıyla zarar gören kişilerin belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağandışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektiğini karara bağlamıştır.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Danıştay 10. Dairesi, 13.10.1993, E. 1992/3372, K. 1993/3777, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1992-3372.htm&kw='sosyal+risk'&cr=danistay#fm,08.03.2023>.

¹⁷⁷ Onar, İdare Hukuku C. III, 1744-1745.

¹⁷⁸ Hasan Nuri Yaşar, "İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler", İÜHFM, 66/1 (2008): 218.

¹⁷⁹ Danıştay 10. Dairesi, 04.10.1996, E. 1995/1102, K. 1996/5774, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-1995-1102.htm&kw='sosyal+risk'&cr=danistay#fm,08.03.2023>.

Anılan kararda idarenin hizmet kusuru bulunmamakla birlikte, idari faaliyet alanıyla ilgili, toplum içinde ortaya çıkan terör eyleminin sonucu olarak uğranılan özel ve olağandışı zararın sosyal risk ilkesi uyarınca tazminin belirtilmesi, öncelikle hizmet kusurunun aranması gerekliliğine işaret etmektedir.

3. Nükleer Düzenleme Kurumunun NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetlerinde Sorumluluğu

a. Genel Olarak NDK'nın NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetlerindeki Görev ve Yetkileri

95 sayılı CBK ile kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının ilişkili kuruluşu olan, düzenleyici ve denetleyici kurum statüsünde Nükleer Düzenleme Kurumu tesis edilmiştir. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar kamusal alanların hassas sektörlerinde düzenleme ve denetleme işlevini de üstlenmişlerdir.¹⁸⁰ NGS kurma ve işletme faaliyeti de bu hassasiyeti bünyesinde barındırmaktadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların belirli bir kamu hizmetini görmek üzere kurulmuş kurumlar olmayıp¹⁸¹ kolluk yetkisi kullandıkları¹⁸² öğretide dile getirilmiştir. Duyarlı alan olarak kabul edilen faaliyetlerin düzenlenmesi ve denetlenmesi için kurulan bu kamu tüzel kişilerinin hizmet yerinden yönetim idaresi olarak kabule hukuki bir engel olmadığı gibi¹⁸³ yürüttükleri faaliyetin mal ya da hizmet üretimi olmaması, düzenleme ve denetleme niteliğinde kamu hizmeti sundukları¹⁸⁴ kabulünü de engellemez. Nitekim Danıştay elektrik dağıtım tesis ve varlıklarına ilişkin her türlü işletme ile yatırım planlaması ve uygulamasında onay, değişiklik ve denetim yetkisinin EPDK'ya ait

¹⁸⁰ Ender, Ethem Atay, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/1-2 (2006): 260.

¹⁸¹ Turgut Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler", İçinde Perşembe Konferanları, (Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000), 14-15. M. Zahid Sobacı, "Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler", AÜHFD, 55/2 (2016): 171 (157-180).

¹⁸² Tan, "Bağımsız İdari Otoriteler", 15.

¹⁸³ Turan Yıldırım vd., İdare Hukuku, (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018), 110.

¹⁸⁴ Gözler, İdare Hukuku C. 1, 663.

olduğunu ve denetim yetkisinin asli ve sürekli bir kamu hizmeti niteliği taşıdığını karara bağlamıştır.¹⁸⁵ Keza Sermaye Piyasası Kuruluna dair vermiş olduğu bir kararda Kurulun sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulduğuna ve kamu hizmeti yaptığına hükmetmiştir.¹⁸⁶

NGS kurma ve işletme kamu hizmetini temelde Cumhurbaşkanı üstlenmiş ise de hizmetin sunulması yetkilendirmeye tabi tutulmuş, yetkilendirme görevi NDK'ya bırakılarak hizmetin denetiminin her tür etkiden bağımsız olarak yerine getirilmesi amaçlanmıştır.¹⁸⁷ Nitekim sosyal hayatta teknolojik ilerlemelere açıklık ve temel hak ve özgürlüklerle sıkı bağlantıları sebebiyle hassas alanlar olarak kabul edilen alanların politikacıları ve sektördeki aktörlerin etki ve baskılarından arındırmanın bu kurumların temel amacı olduğu vurgulanmalıdır.¹⁸⁸ NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin NDK'nın yetkilendirmesi ile görülmesi mümkün olup yetkilendirmenin yapılması aynı zamanda geniş bir denetim yetkisi vermektedir.¹⁸⁹ Yetkilendirme yapılarak kamu hizmetinin yetki verilen kişilere gördürülmesi bu kamu hizmetine ilişkin idarenin sorumluluğunu kaldırmamaktadır.¹⁹⁰

aa. NDK'nın NGS Kurma Kamu Hizmetindeki Görev ve Yetkileri

95 sayılı CBK madde 4/1-c ve ç uyarınca Kurum nükleer tesis, radyasyon tesisi veya radyoaktif atık tesislerinin kurulmasına, işletilmesine, işletmeden çıkarılmasına veya kapatılmasına ilişkin tüm faaliyetler ile nükleer maddelerin çıkarılması, üretilmesi, taşınması, depolanması, ihracatı, ithalatı, ticareti, bulundurulması, devri, işlenmesi, yeniden işlenmesi ve kullanılması

¹⁸⁵ Danıştay 13. Dairesi, 22.05.2009, E. 2007/4056, K. 2009/5656, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=13d-2007-4056.htm&kw=`2009/5656`&cr=danistay#fm>, 10.12.2023.

¹⁸⁶ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 26.06.1998, E. 1998/355, K. 1998/277, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=iddgk-1998-355.htm&kw=`1998/277`&cr=danistay#fm>, 10.12.2023

¹⁸⁷ Nitekim bu bağımsızlık 95 sayılı CBK'nın 3/3. Maddesinde vurgulanmıştır.

¹⁸⁸ Ali Ulusoy, Bağımsız İdari Otoriteler, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2003), 5.

¹⁸⁹ Günay, İdare Hukuku, 326

¹⁹⁰ Gözler, İdare Hukuku C. 2, 399

konularını düzenleme yetkisini haizdir. NGS kurma ile ilgili olarak NDK'ya verilen bir diğer selahiyet ise yetkilendirme yapmaktır. Kararname yetkilendirme kavramını tanımlamasa da madde 2/1-f “yetkilendirilen kişi” kavramını “7381 sayılı Kanun kapsamındaki bir faaliyetin yürütülmesi için Kurum tarafından kendisine lisans, izin veya yetki belgesi verilen gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır. Bu kapsamda yetkilendirmenin Kurum tarafından 7381 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilecek bir faaliyetle ilgili lisans, izin ya da yetki belgesi verilmesi olduğu anlaşılmaktadır. 7381 sayılı Kanun NGS ile ilgili yetkilendirmeyi lisans, izin ve yetki belgesi olarak ayırma tabii tutmuştur.

7381 sayılı Kanununun 4/3-a maddesinde nükleer tesis için sahanın hazırlanması, Kurum tarafından belirlenen ekipmanın imal edilmesi, tesisin inşa edilmesi, işletmeye alınması için Kurumdan izin alınması şart koşulmaktadır. O halde NGS kurma kamu hizmetinin NDK iznine tabi olduğu söylenmelidir. NGS kurma ve işletme kamu hizmetlerindeki ayırım Kanuna dayalı olarak çıkarılan “Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği” madde 5/4 ile, saha hazırlama, inşaat ve işletmeye alma izinlerinin işletme lisansı verilene kadar geçerli olduğunun düzenlenmesiyle daha açıkça vurgulanmaktadır.

Kanununun 4/4-c ve ç maddesinde Kanun kapsamına giren faaliyetlerden Kurumun belirlediği faaliyetlerde görev alacak personel ile ekipman imalatı yapacak kişilerin Kurumdan yetki belgesi alması zorunlu olduğu düzenlenmiştir. O halde personel NGS kurulumunda görev yapacak ise ya da NGS kurulumu için gerekli olan ekipmanı imal eden bir kişi ise bu hususlar NGS kurma hizmeti kapsamına girmekte ve Kurumdan yetki belgesi alınmasını gerekli kılmaktadır.

NGS kurulumu ile ilgili olarak Kanununun 6/1. maddesinde Kuruma verilen bir diğer yetki ise nükleer tesisin kurulacağı sahanın Kurum onayına tabi olduğudur.

bb. NDK'nın NGS İşletme Kamu Hizmetindeki Görev ve Yetkileri

7381 sayılı Kanununun 2/1-1 maddesinde “nükleer madde çıkarmak, üretmek, işlemek, kullanmak, bulundurmak, yeniden işlemek veya depolamak amacıyla kurulmakta olan veya işletilen tesis” olarak tanımlanan nükleer tesisin işletilmesi için Kanununun 4/2. maddesine göre lisans alınması zorunludur. O halde NGS kurmak için için izin, işletilmesi için NDK lisansı gereklidir. NGS işletme lisansı verilme koşulları ise Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği madde 26'da düzenlenmiştir. Ayrıca 5710 sayılı Kanun madde 3/2 NGS kurup işletecek şirketlerin karşılaması gereken ölçütleri bir ay içinde yayınlama görevini NDK'ya vermiştir.

b. NDK'nın NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetlerindeki Denetim Görevi

Kamu hizmetinin özel kişilerce ifası sırasında idare tarafından yapılan denetim, kamu düzenini korumaya yönelik dışsal bir denetim olan kolluk denetimi olmayıp, ilgili faaliyetin her bir noktasına nüfuz edebilen “içselleştirilmiş” bir denetim olduğundan¹⁹¹ NDK'ya denetim yetkisi veren izin ya da lisansın kamu hizmeti izni/lisansı olduğu anlaşılmaktadır. Benzer şekilde özel kişilerce yerine getirilen kamu hizmetlerini denetleme yetkisinin kamu hizmetinin özel kişiye devrini sağlayan işleme dayandığı ve bu denetimin kolluk yetkisini ve denetim sınırlarını aşan bir denetim olduğu ifade edilmiştir.¹⁹² Özel hukuk kişilerinin izin almak suretiyle ifa ettikleri kamu hizmetlerinde faaliyetin asıl sahibi ve sorumlusunun idare olması değişmeyen tek ilke olup idarenin hizmeti düzenleme ve gereken değişiklikleri yapma görev ve yetkisi de bulunmaktadır.¹⁹³ Teknolojik gelişmelerin temel

¹⁹¹ Ulusoy, Kamu Hizmeti İncelemeleri, 15-16. Öğretide ruhsatın sağladığı denetimin içeriğinden hareketle yürütülen faaliyete kamu hizmeti niteliği verilemeyeceği görüşü de dile getirilmiştir. Sedat Çal, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Değerlendirmeler”, <https://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>. 51-58. (Erişim Tarihi: 01.12.2023).

¹⁹² İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, İdare Hukuku (İstanbul: Der Yayınları, 2008), 847.

¹⁹³ İl Han Özyay, Günışığında Yönetim (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 250.

hak ve özgürlüklere ilişkin sebep oldukları ihlal tehditleri ve risklerini önlemek bağımsız idari kurumların kuruluş esasları arasında yer almaktadır.¹⁹⁴ NGS kurma ve işletme faaliyetinin denetimi de NGS kurma ve işletmenin teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olması itibarı ile, izin verme yetkisi ile donatılmış olan NDK'ya bırakılmıştır. 95 sayılı CBK madde 5/1-c ve ç'de kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurulan NDK'nın görev ve yetkileri arasında yetkilendirme yapmak ile yetkilendirme öncesinde ve sonrasında faaliyetleri ve yetkilendirilen kişileri denetlemek ve yerinde incelemek de sayılmıştır. NDK, 5018 sayılı Kanun III sayılı cetvel uyarınca düzenleyici ve denetleyici kurum niteliğindedir. Düzenleyici kurumların yürüttükleri faaliyetlerin kolluk faaliyeti niteliğinde¹⁹⁵ olduğu, kolluk faaliyetinin kamu düzenini korumayı hedeflediği, kamu düzeninin dışsal olduğu¹⁹⁶, kolluk denetiminin dışsal bir denetimle yetindiği görüşünün teknolojik gelişmeler karşısında kabulü tartışmalı hale gelmiştir. NGS kurma ve işletmek gibi yüksek tehlike riski taşıyan faaliyetlerde bir bağımsız idari otorite niteliği taşıyan NDK'nın denetiminin dışsal nitelikte bir kolluk denetimi olduğu söylenemez. NDK faaliyetin her alanına nüfuz eden içsel bir denetim yapmakta ve düzenleyici kontrol faaliyeti ile işletmeden çıkarılma sürecinin sonuna kadar olan faaliyetleri içeren NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin denetimi, yetkilendirme görevini haiz olan NDK tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁹⁷

NDK'nın yaptığı yetkilendirmeyi kolluk ruhsatından ayırmanın sadece yaptığı denetimin yoğunluğu olduğu da söylenemez. NDK yetkilendirmesi, koşulları sağlayan kişilerin bu alana girişini sağlayan ve bu alanı serbestleştiren bir izin olarak ele alınmamalı, bu alana kişilerin girişini sağlamaktan ziyade bu hassas alana herkesin girişini önlemek amacı taşıdığı söylenmelidir. Düzenleyici kurumlar ile kolluk faaliyeti arasındaki ilişki, bir alanın özel girişime açılması ile bu alandaki faaliyetlerin piyasa mekanizmaları içerisinde kendi kendilerini

¹⁹⁴ Lütfi Duran, "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler", *Amme İdaresi Dergisi*, 30/1 (1997): 4.

¹⁹⁵ Metin Günday, *Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi*, İçinde *Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu* (Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 1999), 61.

¹⁹⁶ Giritli, Bilgen ve Akgüner, *İdare Hukuku*, 740.

¹⁹⁷ Bu izinlerin kolluk denetimi yetkisi verdiği görüşü için bkz. Özdemir, *Nükleer Güç Santrallerinin*, 155.

düzenleme yeteneklerinin olup olmadığı sorusunun olumsuz yanıtlanması sonucu¹⁹⁸ ortaya çıkmıştır. Düzenleyici kurumların kolluk faaliyetinde bulunduğu yaklaşımı, ekonomik kamu düzeni noktasından hareketle bu düzenin korunması amacı ile yasak olan faaliyetin ruhsat yolu ile serbestleştirilerek kamu düzenini bozmayacak bir faaliyet olarak kabul edildiğini ileri sürmektedir.¹⁹⁹ NGS kurma ve işletme açısından salt ekonomik kamu düzeni noktasından bakmak sakıncalı bir yaklaşım olacaktır. NDK'nın izinleri, bu alanı ekonomik faaliyet anlamında serbestleştirmek amacı taşımamaktadır. 7381 sayılı Kanun nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunması amacıyla bahsetmektedir. Bu açıdan kanunla yetkili kılınan NDK'nın sadece ekonomik kamu düzenini korumayı amaçladığı söylenemez. Öğretide yer alan bir görüşte de ifade edildiği üzere "hassas" alanlarda kolluk düzenlemelerinin yetersizliği, kolluk yetkilerini aşan bir regülasyon ihtiyacını doğurmuştur.²⁰⁰ NGS kurma ve işletmenin hassasiyeti üzerinde ise konuşmaya gerek yoktur kanaatindeyiz. Bu bağlamda NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin içerdiği hassasiyet ve yoğun teknik bilgi ve uzmanlık gereksinimi, bu kamu hizmetinin gereği gibi ifa edilip edilmediğinin her anının denetimini içeren bir kamu hizmeti yetkilendirmesi ile karşılanmaktadır.

7381 sayılı Kanun madde 4/3-a NGS kurma ve işletmede izne tabi faaliyetleri; a) nükleer tesis için sahanın hazırlanması, b) NDK tarafından belirlenen ekipmanın imal edilmesi, c) tesisin inşa edilmesi, ç) işletmeye alınması, d) işletmeden çıkarılması, e)yeniden işletmeye geçilmesi, f) tesiste güvenlik ve emniyeti ilgilendiren değişiklik yapılması olarak saymıştır. Ayrıca Kanun madde 6/2 ve Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği madde 5/5 uyarınca nükleer tesisler NDK'nın saha onayına tabidir. NGS kurma ve işletme hizmeti ile bağlantılı olarak denetlemeye yönelik pekçok Yönetmelik yürürlükte bulun-

¹⁹⁸ Sedat Çal, Türk İdare Hukukunda Ruhsat (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 60.

¹⁹⁹ İsmail Çekiç, İdare Hukuku Açısından Ruhsat (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019), 111-112

²⁰⁰ Aydın Gülan, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri (İstanbul: Lamure Yayıncılık, 2008), 174 vd.

maktadır. Bu Yönetmeliklerin bir kısmında TENMAK'ın görevli kılındığı görülmektedir.²⁰¹ Bu yönetmeliklerle 7381 sayılı Kanun ve Nükleer Tesislere İlişkin Yetkilendirmeler Yönetmeliği hükümleri karşılaştırıldığında NGS kurma ve işletme aşamasında denetim yetkisinin hangi idari makama ait olduğu konusunda belirsizlik doğmaktadır. 7381 sayılı Kanun madde 26/2 gereği mevzuatta nükleer enerji faaliyetlerinin düzenleyici kontrolü ile ilgili olarak kapatılan Türkiye Atom Enerjisi Kurumuna (TAEK) yapılan atıflar NDK'ya yapılmış sayılacağından yukarıda ele alınan mevzuatın yetki ile ilgili hükümlerinin zımnen ilga edildiğini, NGS kurma ve işletmenin düzenleyici kontrolü ile ilgili olarak görev ve yetkinin artık NDK'ya ait olduğunu düşünmekteyiz. 7381 sayılı Kanunun, normlar hiyerarşisindeki yerinin yanı sıra kapsamının genişliği,²⁰² Kanunun 3/7. maddesi ile diğer mevzuatın güvenlik, emniyet ve nükleer güvence gerekliliklerini karşılayamayan hükümlerinin bu Kanun kapsamındaki faaliyetlere uygulanmasının yasaklanması ve nükleer enerji ve radyasyona ilişkin faaliyetleri bu Kanun kapsamı dışındaki alanlarda düzenleyen ya da denetleyen diğer kamu kurum ve kuruluşlarının güvenlik, emniyet ve nükleer güvenceyi zaafiyete uğratacak şekilde idari işlem ve eylem tesis edemeyeceklerinin madde 3/6 ile hükme bağlanması karşısında NGS kurma ve işletmede denetim yetkisinin NDK'ya ait olduğu söylenmelidir.

c. NDK'nın NGS Kurma ve İşletme Kamu Hizmetlerindeki Denetim Görevinden Kaynaklanan Sorumluluğu

NGS kurma ve işletme faaliyetlerinin kamu hizmeti niteliğini haiz olması, idarenin bu hizmetlerin gereği gibi yürütülmesi noktasında denetimini zorunlu kılmaktadır. Bu alanda NGS'nin kurma sahasının belirlenmesi ile başlayan inşa süreci, ekipman imali, işletmeye alınma, işletilme ve işletmeden çıkarılma süreçleri mevzuatla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.²⁰³ NGS kurma ve işletme faaliyetleri ile ilgili mevzuat-

²⁰¹ Örnek olarak Nükleer Güç Santrali Sahalarına İlişkin Yönetmelik, Nükleer Güç Santrallerinin Proje ve Kabul Yönetmeliği, Nükleer Santrallerin Yapı Denetimi Yönetmeliği

²⁰² Kanun nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetler ve bu faaliyetlerle ilgili kişi, tesis, cihaz ve maddeleri kapsamaktadır. [madde 1 (2)]

²⁰³ Bu alanda başlıca düzenlemeler şunlardır: "Kimyasal, Biyolojik, Radyolojik, Nükleer Tehdit ve Tehlikelere Dair Görev Yönetmeliği" 01.10.2020 tarih ve 31261 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Enerji Ve İyonlaştırıcı Radyasyona İlişkin Denetimler

tın bir kısmında düzenleyici denetim yetkisinin TENMAK'a verildiği görülmektedir. Denetime ilişkin bütün mevzuatı kapsayacak şekilde 7381 sayılı Kanununun 26/2. maddesi ise mevzuatta nükleer enerji ve radyasyonun kullanımını içeren faaliyetlerin düzenleyici kontrolü ile ilgili olarak kapatılan TAEK'e (TENMAK) yapılan atıfların NDK'ya yapılmış sayılacağını düzenleme altına almış olup mevzuatın yetki ile ilgili hükümlerinin zımnen ilga edildiğini, nükleer enerji ve radyasyon kullanımı içeren faaliyetlerin düzenleyici kontrolü ile ilgili olarak görev ve yetkinin artık NDK'ya ait olduğunu belirtmek gerekir.

İdarenin 5710 sayılı Kanun ile bir kamu hizmeti olarak üstlendiği NGS kurma ve işletme faaliyetinin NDK yetkilendirmesi ile özel kişilere gördürmesi halinde bu yetkilendirme kapsamında hizmetin gereği gibi sunulup sunulmadığı NDK tarafından denetlenmektedir. NDK tarafından yapılan denetim ise yukarıda bahsedildiği üzere yetkili kılındığı kamu hizmeti yetkilendirmesinden kaynaklanan, kolluk denetimini aşan, içsel denetim yetkisini haiz bir denetimdir. NDK bir kamu hizmeti görmek üzere yaptığı yetkilendirmeden kaynaklanan denetim görevini hiç yapmaz, geç veya eksik yaparsa hizmet kusuru doğabilecektir.

İdarenin NGS kurma ve işletme kamu hizmetini denetlemesi hem mevzuatla yapılması emredilen hem de yasaklanan hususların denetimidir. O halde idarenin sorumluluğu bu denetimin hiç yapılmaması, kötü yapılması ya da geç yapılması şekillerinde ortaya çıkabilecektir. Belirtmek gerekir ki idare sadece işlem ve eylemlerinden değil, ilgililerin haklarını zedeleyen olumsuz tutum ve davranışlarından da,

Yönetmeliği" 05.03.2021 tarih ve 31414 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Güç Santrali Sahalarına İlişkin Yönetmelik 21.03.2009 tarih ve 27176 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Güç Santrallerinin Proje ve Kabul Yönetmeliği" 18.01.2019 tarih ve 30659 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Santrallerin Yapı Denetimi Yönetmeliği" 31.03.2017 tarih ve 30024 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Güç Santrallerinin Güvenliği İçin Tasarım İlkeleri Yönetmeliği" 17.10.2008 tarih ve 27027 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Güç Santrallerinin Güvenliği İçin Özel İlkeler Yönetmeliği" 17.10.2008 tarih ve 27027 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Tesislerin ve Nükleer Maddelerin Emniyetine İlişkin Yönetmelik", 08.08.2020 tarih ve 31207 sayılı Resmi Gazete, "Radyasyon Acil Durumlarının Yönetimine Dair Yönetmelik" 18.06.2020 tarih ve 31159 sayılı Resmi Gazete, "Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği" 29.05.2018 tarih ve 30435 sayılı Resmi Gazete, "Radyasyon Güvenliği Tüzüğü" 07.09.1985 tarih ve 18861 sayılı Resmi Gazete.

mevzuatta öngörülün ya da öngörülmesin, sorumludur.²⁰⁴ İdarenin eylemleri icrai ya da ihmali tarzda ortaya çıkabilmektedir.²⁰⁵ Bu bağlamda idarenin sahip olduğu kamu gücüne dayalı olarak gerçekleştirmekle yükümlü olduğu denetimi gereği gibi yapıp yapmadığının ilgili mevzuatla konulan ölçütlere göre tespiti gerekmektedir.²⁰⁶ Nitekim Danıştay idarenin denetim yetkisi çerçevesinde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğine hükmetmiştir.²⁰⁷ NGS kurma ve işletme faaliyetine benzer boyutta zararlara sebep olan 17 Ağustos depremi ile ilgili olarak verilen bir kararda ilk derece mahkemesi, kurtarma faaliyetlerinin yetersizliği sonucu uğrılan zararın idarenin doğal afetlere karşı plan ve programının olmaması, diğer bir ifadeyle önceden hazırlanmış idari düzenlemelerinin bulunmamasına dayandırıldığı, dolayısıyla idarenin bu nitelikteki yükümlülüklerinin zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle kurtarma faaliyetlerinde yetersiz duruma düşmesi sonucu oluşan zararın temelinde idari işlemlerin yattığı ve bunun da deprem ile ortaya çıktığı gerekçesi ile 17.08.1999 tarihinden itibaren işlemeye başlayan 60 günlük dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Kararın temyizden incelemesini yapan Danıştay, bir idari işlem veya bir idari sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden veya hareketsiz kalmasından, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz mallarının veya tesislerinin işletilmesinden dolayı oluşan zararların idari eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemi de sonuç

²⁰⁴ Lütfi Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 74.

²⁰⁵ Alica, "Çevre Denetiminde", 102.

²⁰⁶ Alica, "Çevre Denetiminde", 99.

²⁰⁷ Danıştay 10. Dairesi, 13.05.2013, E. 2009/6921, K. 2013/4338, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2009-6921.htm&kw=`denetim+yetkisi`+`hizmet+kusuru`&cr=danistay#fm, 01.03.2023>. Danıştay'ın süre aşımı yönünden bozma kararı verdiği bir diğer davada ise yerel mahkeme davalı idarenin izinsiz ve ruhsatsız taşımacılık yapan araçlar üzerinde denetim yetkisi olduğu ve zorunlu sigortaları yaptırmadan ve ruhsat ve izin almadan taşımacılık yapan araçlara karşı gerekli yaptırımları uygulaması gerektiği, dava konusu olayda ise gerekli denetim yapılmadığından mevzuat gereğince davalı idarenin sorumluluğunun bulunduğu tespitinde bulunmuştur. Danıştay 15. Dairesi, 25.05.2017, E. 2015/9233, K. 2017/3053, (Yerel Mahkeme kararı Van 1. İdare Mahkemesi, 12.06.2015, E. 2014/1126, K. 2015/943) <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15d-2015-9233.htm&kw=`denetim+yetkisi`+`hizmet+kusuru`&cr=danistay#fm, 01.03.2023>.

olarak idari eylem kavramı içerisinde kabul etmek gerektiğini, dava konusu olayda davacıların, depremde yakınlarını kaybetmeleri nedeniyle uğradıklarını ileri sürdükleri manevi zararı, davalı idarenin deprem sonrasında yapması gereken kurtarma faaliyetlerinin ve koordinasyon çalışmalarının yetersizliğine dayandırdıklarını, bu bağlamda manevi zararın söz konusu hizmetlerin geç veya hiç işlememesi şeklinde oluşan fiil ve hareketlerle somutlaştığından, bu şekilde oluşturduğu ileri sürülen zararın idari işlemlerden değil, idari eylemlerden kaynaklandığı sonucuna ulaşıldığını, somut olayda idarenin hareketsizliğinin söz konusu olduğunu öğretide de kabul edildiği üzere idarenin bu hareketsizliğinin ""olumsuz eylem"" olarak kabulünün gerektiğini, meydana geldiği iddia edilen manevi zararın, idarenin olumsuz eyleminden kaynaklandığı sonucuna ulaşıldığından, idare mahkemesinin dava açma süresini bu yönden değerlendirmesi gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir.²⁰⁸ İdarenin denetim yükümlülüğü ve olumsuz eylemini ortaya koyan bir diğer kararda ise Danıştay deprem nedeniyle cami minaresinin davacının taşınmazının üzerine yıkılması sonucu uğranıldığı belirtilen zararların tazmini istemiyle Diyanet İşleri Başkanlığı'na karşı açılan davada, davalı idarenin cami ve minaresinin yapımı ve hizmete alınması konusunda yasal bir görevinin olup olmadığı, yapının üzerinde bulunduğu zeminin özelliği, zemin durumuna göre depreme dayanıklılığının kontrolü, yapı ruhsatı ve ekleri ile yapı kullanma izni bulunup bulunmadığı, yapının imar açısından denetlenmesi konusunda hangi idarenin üzerlerine düşen görev ve yetkileri yerine getirip getirmediği, denetim ve kontrol görevlerini yapıp yapmadığı hususlarının ayrı ayrı irdelenerek idarece gerekli önlemlerin alınıp alınmadığının belirlenip sonuca göre idarenin belli bir hareket tarzı izleyip izlemediği veya hareketsiz kalıp kalmadığının ortaya konulması gerektiğini, somut olayda idarelerin hareketsizliği söz konusu olduğundan öğretide de kabul edildiği gibi idarenin bu hareketsizliğinin "olumsuz eylem" olarak kabulü gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁹

²⁰⁸ Danıştay 11. Dairesi, 30.04.2004, E. 2001/4552, K. 2004/2026, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2001-4552.htm&kw=`2004/2026`&cr=danistay#fm,01.03.2023>.

²⁰⁹ Danıştay 11. Dairesi, 13.05.2008, E. 2006/5120, K. 2008/5262, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2006-5120.htm&kw=`2008/5262`&cr=danistay#fm,01.03.2023>.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme anılan kararlarında idarenin denetim yükümlülüğünün mevzuat çerçevesinde tespiti ile bu denetimin yerine getirilmemesinin olumsuz eylem olduğunu belirterek idarenin sorumluluğunun tespiti gerektiğini kabul etmektedir.

İdarenin denetim yükümlülüğünün ihmali şeklindeki olumsuz eyleminden kaynaklanan sorumluluğunun mücbir sebep kabul edilen durumlarda ortadan kalkıp kalkmayacağı da irdelenmelidir. Mücbir sebep idarenin irade ve eylemlerinin tamamen dışında kalan ve önlenmesi mümkün olmayan hadiseler olup idareye atfı ve isnadı kabil olmadığından meydana gelen zararlardan idare sorumlu tutulamaz.²¹⁰ Hatta mücbir sebebin kusursuz sorumluluğu dahi ortadan kaldırdığı söylenmelidir.²¹¹ Ancak Danıştay deprem nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini istemiyle açılan bir davada, “olumsuz eylem ile ilgili yukarıda bahsedilen tespitleri yaptıktan sonra “mücbir sebebin”, sezilmesi ve karşı konulması mümkün olmayan bir olayı ifade ettiğini, bu sebebin zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararlar idari faaliyet arasındaki illiyet bağıını kesen dış bir etken olarak doğal, toplumsal veya hukuki bir olaydan kaynaklanabileceğini, sezilememelik, karşı konulamamazlık, kusursuzluk ve gerçeklik hallerinin mücbir sebebin ayırt edici öğelerini oluşturduğunu, deprem kuşağında yer alan bölgede, deprem gerçeğinin bir veri alınması suretiyle yerleşmelerle ilgili alanların belirlenmesi, bu alanlardaki yapılaşmaya ilişkin kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesiyle ilgili idari faaliyetlerin bütünündeki olumsuzluklardan oluşan idarenin "olumsuz eyleminin" bulunması durumunda, depremin mücbir sebep olarak değerlendirilerek zararlar illiyet bağıını kestiğini kabule olanak bulunmadığını ve oluşan zararın oluşumunda idarenin hizmet kusuru bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirlemiştir.²¹²

²¹⁰ Onar, İdare Hukuku, C. III, 1718-1719

²¹¹ Turgut Tan, İdare Hukuku (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) 486.

²¹² Danıştay 11. Dairesi, 29.06.2007, E. 2005/1353, K. 2007/6248, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2005-1353.htm&kw='2007/6248'&cr=danistay#fm>, 01.03.2023. Öte yandan Danıştay deprem sonucu enkaz altında kalarak vefat edenlerin ölümünden gerekli önlemleri almayarak ve üstlendiği görevleri ifa etmeyerek idarenin sorumlu olduğu sebebi ile açılan bir davada, meydana gelen deprem sonucunda davacının yakınları

Yetkilendirilen kişinin faaliyetlerinden ötürü idarenin sorumlu olmayacağına dair mevzuatta düzenlemelere yer verilmesi de değerlendirilmeye muhtaçtır. Örneğin “Nükleer Tesisler İçin Ekipman Tedarik Sürecine ve İmalatçıların Onaylanmasına İlişkin Yönetmelik” madde 4/9 nükleer tesiste kullanılacak ekipmanın tedarik ve imalatına TENMAK tarafından onay veya izin verilmesinin veya denetim yapılmasının kurucunun veya onaylı imalatçının sorumluluklarına ortak olmuş sayılmayacağını ve eylemlerinden sorumlu tutulamayacağını düzenlemektedir. Benzer şekilde “Nükleer Tesislerde Radyasyondan Korunma Yönetmeliği” madde 11/4 TENMAK tarafından yetkilendirilmenin ve denetlenmenin tesisi işleten kuruluşun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını belirterek kuruluşun sorumluluklarına TENMAK’ın ortak olmayacağını, işlem ve faaliyetlerinden sorumlu tutulamayacağını düzenlemektedir. Bu düzenlemeler idareye yüklenen denetleme görevi ile ilgili olmayıp, NGS kurma ve işletme faaliyetini yürütmek için yetkilendirilen kişinin faaliyetlerinden bizzat sorumlu olmasını öngörmektedir. Bu durumda zaten idareye yüklenen görev NGS kurma ve işletme faaliyetini yürütmek değil bu faaliyeti yürütmek üzere yetkilendirilen kişiyi denetlemektir. Bir örnek vermek gerekirse özel aracı ile trafik kazasına yol açan kişi elbette başkalarına verdiği zarardan kendisi sorumlu olacaktır ancak kazada karayolunun denetimlerinin ihmal edilmesinin etkisi varsa idarenin sorumlu olacağı açıktır. Mevzuatta yer alan bu tür hükümlerin idarenin

nın enkaz altında kalarak vefat ettiği anlaşılrsa da davacının yakınlarının enkaz altında sağ olduğu halde, deprem sonrası yürütülen arama ve kurtarma hizmetinin gereği gibi yürütülmemesi nedeniyle vefat ettikleri yolunda herhangi bir tespit bulunmadığını, davacının yakınlarının ölümünün, idarenin arama kurtarma faaliyetine bağlı olarak gerçekleştiğine dair bir tespit olmadığından tazmin sorumluluğu için bulunması gereken; zararı doğuran olay ile kamu hizmeti (arama-kurtarma) faaliyeti arasındaki nedensellik bağının kurulamaması karşısında idarenin tazmin sorumluluğundan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir. Anılan kararda ilginç olan bir husus da yaşanan depremin etkilediği coğrafi alanın büyüklüğü, nüfus yoğunluğu ve oluşturduğu hasar nedeniyle diğer kamu hizmeti faaliyetlerinin de yürütülmesini etkilediği, arama-kurtarma hizmetinin özelliği ve zaman açısından kısıtlı bir müdahale yöntemi olması nedeniyle gelişmiş ülkelerin dahi bu tip doğal afetler dolayısıyla arama kurtarma faaliyetleri için uluslararası yardım aldığı da göz önünde bulundurulduğunda, arama ve kurtarma faaliyetlerinin yürütülmesindeki güçlüğün idare açısından beklenilmeyen hal olduğu sonucuna varılmış olmasıdır. Danıştay 11. Dairesi, 19.12.2005, E. 2003/2027, K. 2005/5962, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11d-2003-2027.htm&kw=`2005/5962`&cr=danistay#fm,01.03.2023>.

sorumsuzluğuna dayanak teşkil etmesi mümkün değildir zira idare kendi denetim görevini bizzat kendisi yerine getirmekle yükümlüdür. Öte yandan Anayasa madde 125/son gereği idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. O halde birtakım düzenlemeler, düzenledikleri konuda NGS kurma ve işletme faaliyetinin yol açacağı zararlar için işleticiyi sorumlu tutup idarenin o konuda sorumsuzluğunu öngörse de bu durum, denetim görevi ile yüklenmiş idari makamın sorumsuzluğunu sonuçlayamaz. Aksi tutum, idareyi sadece gerekli düzenlemeyi yapan ancak bu düzenlemenin gereğinin yapılmasını NGS kurma ve işletme faaliyetini yürüten işleticinin iradesine bırakan bir konuma sokar ki bu husus idarenin sadece işlem ve eylemlerinden değil, gerekli işlem ve eylemleri yapmayarak eylemsiz kalmasından da sorumlu olacağı²¹³ anlayışına ters düşmektedir. Ayrıca bu alandaki temel düzenleme olan 7381 sayılı Kanun 1. maddesinde Kanunun amaçları arasında “NDK’nın yetki ve sorumluluklarını belirlemek” de sayılarak idarenin sorumluluğunun varlığı açıkça kabul edilmiştir.

Yukarıda bahsedilen kararlar dikkate alındığında özellikleri gereği mücbir sebep niteliği taşıdığından şüphe olmayan deprem olayında dahi idarenin mevzuatla yüklendiği denetim ve gerekli önlemleri alma faaliyetini icra etmemesinin hizmet kusuru olarak kabul edildiği ortadadır. NGS kurma ve işletme faaliyetini yürüten işleticinin, idarenin denetim yükümlülüğü faaliyeti karşısında durumu “üçüncü kişinin davranışı” olarak kabul edilebilir. Bu noktada idarenin hizmet kusurunun varlığı ya da yokluğu, zarar ile buna sebep olan eylem ya da eylemsizlik arasındaki illiyet bağının tespiti ile belirlenebilecektir. Zarar tamamen üçüncü kişi durumundaki işleticinin eyleminden kaynaklanmışsa idare sorumlu tutulamayacak,²¹⁴ zararın oluşumuna üçüncü kişinin yanı sıra idarenin de eylemi-eylemsizliği yol açmışsa

²¹³ Duran, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, 74.

²¹⁴ Üçüncü kişinin kusurunun bulunması halinde idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı ya da kusur ölçüsünde azalacağı yönünde karar için bkz. Danıştay 10. Dairesi, 19.09.2022, E. 2022/4490, K. 2022/3946, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=10d-2022-4490.htm&kw=zarar+g%C3%B6renin+veya+%C3%BC%C3%A7%C3%BCnc%C3%BC+ki%C5%9Ffinin+kusurundan+kaynaklanan+zarar++&cr=danistay#fm,02.03.2023>.

idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda zarar gören kişinin oluşan tüm zararı için idareye dava açmasının ve idare tarafından kusuru oranında üçüncü kişiye rücu edilmesinin, iki farklı yargı koluna dava açılmasının ve olası farklı kusur oranı tespitleri sonucu oluşabilecek olumsuzlukları giderebileceği kanaatindeyiz.²¹⁵ Ayrıca üçüncü kişinin davranışının idarenin kusursuz sorumluluğu açısından bir etkisi de bulunmamaktadır.²¹⁶

D. NGS Kurma ya da İşletme Kamu Hizmetinde Çevre Kanunu 28. Maddesi Kapsamında İdarenin Sorumluluğu

2872 sayılı Çevre Kanunu ile kirleten kavramı faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişiler olarak tanımlanmıştır. Tanım tüzel kişiler bakımından özel ya da kamu tüzel kişisi ayrımı yapmamıştır. Bu sebeple kamu tüzel kişilerinin kirleten olması halinde de Çevre Kanunu hükümleri uyarınca sorumlu olmaları gerektiği ifade edilmiştir.²¹⁷ NGS kurma ve işletme kamu hizmetinin sebep olduğu çevresel zararlarda ise Kanunun 28/1 maddesinde yer alan “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan

²¹⁵ Üçüncü kişinin kusurunun idarenin tazminat sorumluluğunu kaldırmayacağı gibi azalmasına da yol açmayacağı, sadece idarenin üçüncü kişiye rücu hakkının olacağı yönünde bir karşı oy içeren Danıştay kararı için bkz. Danıştay 8. Dairesi, 24.06.2022, E. 2019/5417, K. 2022/4392, [²¹⁶ Gözler, İdare Hukuku C. 2, 1366-1368.](https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=8d-2019-5417.htm&kw=zarar+g%C3%B6renin+veya+%C3%BC%C3%A7%C3%BCnc%C3%BC+ki%C5%9Finin+kusurundan+kaynaklanan+zarar++&cr=danistay#fm,02.03.2023. Belirtilen olumsuzluklar hakkında bilgi ve davanın üçüncü kişiye karşı adli yargıda açılması ve bu kişinin fazla ödediği tazminat tutarı için idareye başvurusu yönünde görüş için bkz. Gözler, İdare Hukuku C. 2, 1367-1368.</p></div><div data-bbox=)

²¹⁷ Haluk Tandoğan, “2872 Sayılı Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi, 12/1-2 (1986): 41, ss.31-56, Lale Sirmen, “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirlenmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, 1 (1990): 26, Yargıtay iktisadi devlet teşekkülü niteliğindeki kamu tüzel kişisi olan EÜAŞ aleyhine açılan bir davada termik santralden kaynaklanan küllerden doğan zararın tazmini talebini eksik inceleme sebebi ile bozmuş, bu anlamda davanın özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 04.12.2008, E. 2008/2143, K. 2008/15114 K., <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/4-hukuk-dairesi-e-2008-2143-k-2008-15114-t-4-12-2008,20.01.2024>

dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.” Hükmünün uygulanabilirliği ve idarenin 28. madde kapsamında sorumluluğu irdelenmelidir. Madde gereği idarenin sorumlu tutulması, çevreyi kirletmesi ve çevreye zarar vermesine bağlıdır. İdarenin işleten olması halinde daha önce de değinildiği üzere idare “işleten” sıfatı ile Paris Sözleşmesi, 2004 Protokolü ve 7381 sayılı Kanun kapsamında sorumlu olacaktır. Ancak oluşan zararın çevresel zarar olması koşulu ile Paris Sözleşmesi, 2004 Protokolü ve 7381 sayılı Kanun kapsamında sorumlu tutulmadığı hallerde idarenin Çevre Kanunu 28. madde kapsamında sorumluluğu gündeme gelebilecektir. İdarenin Çevre Kanunu 28. maddesinden kaynaklanan sorumluluğu ile ilgili olarak zararın bir kamu hizmetinin görülmesi sırasında meydana gelmesi halinde, uyuşmazlığın idari yargı mercileri önünde çözülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.²¹⁸ Bu görüş Yargıtay tarafından verilen bir İçtihadı Birleştirme Kararını²¹⁹ esas almaktadır. Anılan kararda Devlet Karayolları veya Su İşleri Genel Müdürlükleri, belediyeler veya il özel idareleri gibi kamu kurum ve kuruluşlarının verdikleri kararlar sonunda ve plan ve projelere uygun olmak üzere tesisler yaptırmış olmaları veya bu tesisleri kullanmaları veya bu tesislere bakmaları sebebiyle fertlerin uğramış oldukları zararların tazminine ilişkin davaların idari davalardan olduklarına ve bu bakımdan bu davalarda idari yargının görevli olduğuna hükmedilmiştir.

İdarenin Çevre Kanunu 28. maddesine dayalı sorumluluğu konusunda 2872 sayılı Kanunun görevli yargı yeri ile ilgili bir hüküm içermemesi ve Çevre Hukukunun karma hukuk dalı olması²²⁰ sebebi ile hangi yargı kolunun görevli olduğu konusu belirgin değildir. Nitekim Danıştay tarafından verilen bir kararda²²¹ Çevre Kanunu’nun 28. maddesine atıfta bulunularak, çevreye zarar verenlerin kusur şartı

²¹⁸ İlhan Helvacı, “Çevre Kirletilmesinden Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 1989), 47, Başak Başoğlu, Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 245-246

²¹⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 11.02.1959, E. 1958/17, K. 1959/15, <https://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=16224>, 20.01.2024

²²⁰ Ruşen Keleş ve Birol Ertan. Çevre Hukukuna Giriş (Ankara: İmge Kitabevi, 2002), 60

²²¹ Danıştay 6. Dairesi, 31.03.2004, E. 2002/6748, K. 2004/1834, Alıca, “Çevre Dene-timinde”, 110

aranmaksızın sorumlu olacaklarının hükme bağlandığı ancak idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların Çevre Kanunu'nda düzenlenmediğini, Anayasa'nın 125. maddesinde ise idarenin kendi eylem ve işlemlerden doğan zararlardan doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığını ifade ederek Çevre Kanunu 28. maddesinin değil, idari sorumluluk konusundaki genel ilkelerin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim Danıştayın bozma kararı üzerine yerel mahkemece verilen kararda da tam yargı davasında, idarenin eylem veya işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi yapıp idari faaliyet karşısında ilgililerin durumu belirlenerek idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı saptanırken, öncelikle olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı hususunun, hizmet kusurunun bulunmaması halinde ise, kusursuz sorumluluk ilkesinin olayda uygulanıp uygulanamayacağını belirlenmesi gerektiği belirtilerek aynı hususa işaret edilmiştir.²²² Bu sebeple Danıştay ve idari yargının tutumunun idarenin sorumluluğunu Çevre Kanunu 28. maddeye dayandırmamak yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Danıştayın vermiş olduğu karardaki idarenin sorumluluğuna ilişkin esasların Çevre Kanunu'nda düzenlenmediği görüşünü kabule imkân yoktur.²²³ Çevre Kanunu'nun 28. Maddesinde mali sorumluluk düzenlemesi yer almaktadır. Maddede, bu sorumluluk kapsamında idarenin çıkarıldığına ilişkin bir hüküm yer almamakta bilakis, Kanunun 2. maddesinde kirleten tanımında "gerçek ve tüzel kişiler" denilerek kamu tüzel kişileri de kirleten kavramına dolayısıyla "Kirletenin Sorumluluğu" başlığını taşıyan 28. madde kapsamına sokulmaktadır. Danıştay'ın bu tutumunun altında Çevre Kanunu'nun melez yapısının yattığı anlaşılmaktadır. Danıştay idare tarafından sebep olunan çevreye ilişkin zararlarda Çevre

²²² Alica, "Çevre Denetiminde", 111

²²³ Aksine idare hukukunda, özel hukuktaki sorumluluk anlayışından esinlenildiği, idari sorumluluk konusunda uygulanacak idare hukuku ilkesi yoksa hâkimin özel hukuk sorumluluk kurallarından yararlanabileceği ifade edilmiştir. Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri (Bursa: Ekin Yayınevi, 2016), 746. Bu konuda Askeri Yüksek İdare Mahkemesi verdiği bir başka kararda davacının maruz kaldığı zararın BK. 58. maddesinde düzenlenen bina malikinin sorumluluğunun idare hukuku alanına yansıtılarak uygulanması ve kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince davalı idare tarafından giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi, 12.10.1993, E. 1993/555, K. 1993/519, Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku, C. I, 859.

Kanunu 28. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk halini tıpkı idarenin kusursuz sorumluluğu halleri gibi kabul ederek idarenin mali sorumluluğunu kendi görev alanında kabul etmelidir.

SONUÇ

Küresel ısınmaya bağlı iklim değişikliği çağımızda ülkeleri fosil enerji kaynakları yerine karbon salınımı daha az olan kaynaklara yönlentmiştir. Bu kaynaklar arasında olası olumsuz etkilerinin büyüklüğüne rağmen NGS işletiminde kullanılan enerji kaynakları da yer almaktadır. NGS kurma ve işletme faaliyetlerinin yaratabileceği zararların niteliği, bu faaliyetlerin uluslararası sözleşmelere konu olmasını sonuçlamıştır. Bu sözleşmelerden birisi de 1960 tarihli Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Kişilerin Sorumluluğuna İlişkin Paris Sözleşmesidir. Sözleşme önce 1964 tarihli Ek Protokol akabinde 1982 tarihli Protokol ile tadil edilmiştir. Sözleşme en son 2004 tarihli Protokol ile köklü değişikliklere uğramıştır. 2004 Protokolü 04/01/2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ile nükleer hadiseden kaynaklanan nükleer zarardan işleticinin münhasır sorumluluğu öngörülmüştür. Ülkemiz tarafından da imzalanan ve kanunla uygun bulunarak iç hukuka aktarılan Sözleşmenin dışında bu alanda 7381 sayılı Kanunda da önemli düzenlemeler yer almaktadır. Nükleer zarara ilişkin ana sorumluluk hem Sözleşme hem de Kanun ile işleticiye bırakılsa da bu durum idarenin sorumluluğunun bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Herşeyden önce NGS kurma ve işletme faaliyeti bir kamu hizmeti olarak idare tarafından üstlenilmiş olup bu hizmetin yerine getirilmesi ise doğrudan idare tarafından ya da yetkilendirme yolu ile özel hukuk kişileri tarafından yerine getirilebilir. Sözleşme ve 7381 sayılı Kanun kapsamında işletenin idare olmadığı hallerde öncelikle üstlenen ya da kamu hizmetini yerine getiren olarak idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu söz konusu olabilecek, hizmet kusurunun bulunmadığı ahvalde kusursuz sorumluluk gündeme gelecektir. Öte yandan NGS kurma ve işletmeye ilişkin yetkilendirme yapma görevini haiz olan NDK'nın bu yetkilendirmeye dayalı denetim yetkisi de bulunmakta bu denetimin gereği gibi yapılmaması kusura dayalı sorumluluğuna yol açabilmektedir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- Açdoyuran, S. Burak. “İdari İşlemin Yetki Unsuru ve Yetki Unsurundaki Sakatlıklar”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7/1-2 (1999): 1-19.
- Akbulut, Emre. Türk Hukukunda Kanuni İdare İlkesi. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Akyılmaz, Bahtiyar. “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 9/1-2 (2004): 185-211.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Alıca, Süheyla. “Çevre Denetiminde İdarenin Sorumluluğu”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 15/4 (2011): 87-119.
- Atay, Ender, Ethem Atay. “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 10/1-2 (2006): 259-293.
- Ayanoğlu, Taner. İdare Hukuku Yönünden Kontenjan Kısıtlamalarına Tabi Özel Kişi Faaliyetleri. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Aydoğdu, Murat. Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

- Azrak, Ali Ülkü. İdarenin Toplumsal Muhatara Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.
- Başoğlu, Başak. Çevre Zararlarından Doğan Hukuki Sorumluluk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- Başoğlu, Başak. “Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu”. Legal Hukuk Dergisi, 187 (2018): 3209-3249
- Boulanenkov, V. ve Boulanenkov B. Brands. “Nuclear Liability: Status and Prospects”. IAEA Bulletin, 4 (1988): 5-9.
- Boz, Selman Sacit. “Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?”, (Erişim Tarihi:13.06.2023), <https://www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm#:~:text=Başka%20bir%20ifadeyle%20Cumhurbaşkanı%20hangi,123%2F3%20maddesine%20aykırı%20değildir>.
- Çağlayan, Ramazan. Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleri ile İdarenin Kusursuz Sorumluluğu. Ankara: Asil Yayıncılık, 2007.
- Çağlayan, Ramazan. “Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Ve Kıstasları”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi. 7 (2016): 373-398.
- Çal, Sedat. Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Çal, Sedat. “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Değerlendirmeler”, (Erişim Tarihi: 01.12.2023). <https://www.idare.gen.tr/cal-kh-dusunceler.pdf>.
- Çekiç, İsmail. İdare Hukuku Açısından Ruhsat, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çoban, Nazlı. “Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğunda Tazminat Sorumluları Bakımından Paris Sözleşmesi ve TBK m. 71’in Karşılaştırılması”. Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23/3-4, (2019): 361-398.
- Demiralp, Oğuz. “Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kökenleri ve Gelişimi”, Uluslararası Suçlar ve Tarih / International Crimes and History, 22 (2021): 21-28.

- Desart, Roland Dussart. "The Reform of the Paris Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy and of the Brussels Supplementary Convention - An Overview of the Main Features of the Modernisation of the two Conventions". in International Nuclear Law in the Post- Chernobyl Period, A Joint Report by the Organisation for Economic Co-operation and Development. Nuclear Energy Agency, (2006): 215-241.
- Duran, Lütfi. İdare Hukuku Ders Notları. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Duran, Lütfi. Türkiye İdaresinin Sorumluluğu. Ankara: Sevinç Matbaası, 1974.
- Duran, Lütfi. "Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler". Amme İdaresi Dergisi. 30/1 (1997): 3-10.
- Eren, Toprak. Kamu İhale Hukuku (Türkiye'de Kamu İhalelerinin Genel Yapısı ve Hukuki Rejimi). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Erkut, Celal. "İYUK Çerçevesinde İdari Dava Türleri Ve Bazı Usuli Değişiklikler". İÜHFM. 51/1-4 (1985): 221-235.
- Evren, Çınar Can. "İdari Yargıda Uygulama İşlemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17/1-2 (2013): 1405-1422.
- Evren, Çınar Can. "Hizmet Kusuru-Haksız Fiil Ayrımı ve Yargı Düzeni". Türkiye Barolar Birliği Dergisi. 95 (2011): 175-196.
- Giritli, İsmet, Bilgen, Pertev ve Akgüner Tayfun. İdare Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 2008.
- Görmez, Onur. "Nükleer Santral İşletenin Kusursuz Sorumluluğu". Kadir Kas Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2/1 (2014): 109-144.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku C 1. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku C.2. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal ve Kaplan Gürsel. İdare Hukuku Dersleri. Bursa: Ekin Yayınevi, 2016.
- Gözübüyük, A. Şeref ve Tan Turgut. İdare Hukuku Genel Esaslar C. 1. Ankara: Turhan Kitabevi, 2011.
- Gözübüyük, A. Şeref. Türkiye'nin Yönetim Yapısı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Gülan, Aydın. Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri. İstanbul: Lamure Yayıncılık, 2008.

- Günday, Metin. İdare Hukuku. Ankara: İmaj Yayınevi, 2015.
- Günday, Metin. Rekabet Kurulu Kararlarının Yargısal Denetimi. Rekabet Hukuku ve Yargı Sempozyumu, Ankara: Rekabet Kurumu Yayını, 1999.
- Güneysu, Gülin. “Nükleer Reaktörlerin Yol Açtığı Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluk”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 41/1 (1990): 207-223.
- Hekim, Burak. “Nükleer Enerji Alanında Hukuki Sorumluluk”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 67/2 (2018): 355-414.
- İnal, Arda. “Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi ve Paris Sözleşmesi’ni Değiştiren 2004 Protokolü’nün Türk Hukukuna Uygulanması”. Uzmanlık Tezi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, 2017.
- İsbir, K. Begüm. Kamu Tüzel Kişiliği. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kağıtçıoğlu, Mutlu, “Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Kararları, Cumhurbaşkanının İşlemleri Hukuki Niteliği, Normlar Hiyerarşisindeki Yeri Ve Denetimi”. İçinde Kamu Hukukçuları Platformu VIII. Toplantısı Tam Metin Bildiri Kitabı, ed. Oktay Uygun, Egemen Esen, 113-153. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2019.
- Kaplan, Onur. İdare Hukukunda Tespit Edici İşlemlerin Yeri. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2021.
- Karahanogulları, Onur. İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karahanogulları, Onur. Kamu Hizmeti. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Karauz, Agah Kürşat. “Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu”. Nevşehir Barosu Dergisi, 1 (2014): 1-40.
- Keleş, Ruşen ve Ertan Birol. Çevre Hukukuna Giriş. Ankara: İmge Kitabevi, 2002.
- Kocaoğlu, Necip Kağan. “Nükleer Tesis İşletenin Hukuki Sorumluluğu: Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Analizi” Ankara Barosu Dergisi. 2 (2010): 33-112.

- Korkusuz, Mustafa Halit. Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İstanbul): Beya Yayınları, 2012.
- Kutlu, Meltem. İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermeye İşletmesi Yayınları No:75, 1997.
- Kutlu, Meltem. "Deprem ve İdarenin Sorumluluğu". Amme İdaresi Dergisi. 32/4, (1999): 15-27.
- Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları C. I. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay, İl Han. Günışığında Yönetim. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Özdemir, H. Eyüp. Nükleer Güç Santrallerinin Kurulmasına İlişkin Hukuki Esaslar, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012.
- Pelzer, Norbert. "On Modernising The Paris Convention". Nuclear Law Bulletin. 12 (1973): 46-59.
- "Projenin Tarihçesi", (Erişim Tarihi: 20.02.2023), <http://www.akkuyu.com/projenin-tarihcesi>.
- Sevgili Gençay, Fatma Didem. "Belediye Şirketlerinin Hukuki Statüsü". TBB Dergisi. 134 (2018): 153-176.
- Sezginer, Murat. İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Sirmen, Lale. "Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, 1 (1990): 22-30.
- Sobacı, M. Zahid. "Türk İdari Teşkilatındaki 'Adalar': Bağımsız İdari Otoriteler". AÜHFD. 55/2 (2016): 157-180.
- Şakar, Ceren. "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bağlı, İlgili ve İlişkili Kuruluşlar". Ankara Hacı
- Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 27/3 (2023): 463-498.
- Tan, Turgut. İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Tan, Turgut. "Bağımsız İdari Otoriteler". İçinde Perşembe Konferanları, Ankara: Rekabet Kurumu Yayınları, 2000.

- Tandoğan, Haluk. “2872 Sayılı Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Yargıtay Dergisi, 12/1-2 (1986): 31-56.
- Tekinsoy, Ayhan. “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 55/2 (2006): 181-227.
- Ulusan, İlhan. “Türk Hukukunda Nükleer Zarardan Doğan Hukuki Sorumluluk”. içinde Prof. Dr. Halid Kemal Elbir’e Armağan (1996): 551-563.
- Ulusoy, Ali. Kamu Hizmeti İncelemeleri. İstanbul: Ülke Yayınevi, 2004.
- Ulusoy, Ali. Bağımsız İdari Otoriteler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Ulusoy, Ali D. Türk İdare Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Ütük, Utku. “KBRN Tehdit ve Tehlikelerden Kaynaklı Zararlar Nedeniyle İdarenin Risk İlkesine Dayalı Sorumluluğu”. Dirençlilik Dergisi. 2/1 (2018): 39-56.
- Yasin, Melikşah. “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Türk İdari Teşkilat Hukukuna Etkileri”. Anayasa Yargısı Dergisi, 336/1 (2019): 315-333.
- Yaşar, Hasan Nuri. “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”. İÜHFİM. 66/1 (2008): 201-220.
- Yayla, Yıldızhan. İdare Hukuku. İstanbul: Beya Yayınları, 2009.
- Yenice, Kazım ve Esin, Yüksel. Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü. Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yıldırım, Turan vd. İdare Hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. İdare Hukuku C. 1. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Anayasa Mahkemesi. K. 1994/65-2 (11.11.2023). www.resmigazete.gov.tr.
- Anayasa Mahkemesi. K. 2023/192 K. (11.11.2023). www.resmigazete.gov.tr.
- Anayasa Mahkemesi. Başvuru No. 2013/1752 (24.11.2023). <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>.
- Anayasa Mahkemesi. K. 2023/27 (11.11.2023). www.anayasa.gov.tr.
- Anayasa Mahkemesi. K. 1985/22 (12.11.2023). www.resmigazete.gov.tr.

- Danıştay 13. Dairesi. K. 2011/876 (19.06.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 15. Dairesi. K. 2016/2798 (22.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu. K. 2014/3421 (22.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 2. Dairesi. K. 2022/115 (23.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 8. Dairesi. K. 2022/4736 (23.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 11. Dairesi. K. 2010/11636.
- Danıştay 6. Dairesi. K. 2021/8810 (23.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2023/153 (24.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 1998/2308 (24.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2021/714 (09.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 1. Dairesi. K. 1990/90 (08.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2015/854 (08.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2003/5193.
- Danıştay 6. Dairesi, K. 2004/1834.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 1996/1913 (03.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 8. Dairesi. K. 2022/8059 (30.11.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 15. Dairesi. K. 2012/7048 (09.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2003/696 (09.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.

- Danıştay 10. Dairesi. K. 1993/3777 (08.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 1996/5774 (08.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2013/4338 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 15. Dairesi. K. 2017/3053 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 11. Dairesi. K. 2004/2026 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 11. Dairesi. K. 2008/5262 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 11. Dairesi. K. 2007/6248 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 11. Dairesi. K. 2005/5962 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2022/3946 (02.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 8. Dairesi. K. 2022/4392 (02.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 13. Dairesi. K. 2009/5656 (10.12.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 12. Dairesi. K. 1976/2141.
- Danıştay 13. Dairesi. K. 2010/1168 (03.01.2024), <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu. K. 1998/277 (10.12.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Van 1. İdare Mahkemesi. K. 2015/943 (01.03.2023). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 1995/4995 (03.01.2024). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 1998/2344 (03.01.2024). <https://lib.kazanci.com.tr>.

- Danıştay 8. Dairesi. K. 2022/4116 (03.01.2024). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2023/231 (03.01.2024). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Danıştay 10. Dairesi. K. 2022/1900 (03.01.2024). <https://www.lexpera.com.tr>.
- Danıştay 8. Dairesi. K. 2017/2276 (03.01.2024). <https://lib.kazanci.com.tr>.
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi. K. 1992/913
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi. K. 1993/519
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi. K. 2008/15114 (20.01.2024). www.lexpera.com.tr.
- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, K. 1959/15, (20.01.2024). <https://www.turkhukuksitesi.com>.
- Kamu İhale Kurulu. 2011/UY.I-3552 (01.01.2024). <https://ekap.kik.gov.tr>.

YARGI KARARLARI BAĞLAMINDA HUKUKA AYKIRI ARAMA

Unlawful Search in the Context of Judicial Decisions

Muhammed Satuk Buğrahan ATAN*

ÖZET

Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde araştırılması ve değerlendirilmesi, yargılamanın sağlıklı yürümesi ve adaletin tecelli etmesi için büyük önem arz etmektedir. Makale, Türk ceza muhakemesi hukukuna göre yargı kararları çerçevesinde hukuka aykırı arama kavramını detaylı bir şekilde ele alır. Hukuka aykırı aramadan maksat adli ve önleme aramalarının uluslararası ve ulusal mevzuat hükümlerine aykırı olması anlamına gelir. Arama işlemi ceza muhakemesi hukukunda bir koruma tedbidir. Arama işlemi konusu gereği vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine suçun işlendiği hususunda duyulan şüphe ile müdahale eder. Devletin, vatandaşlar üzerinde temel hak ve

* Cumhuriyet Savcısı, satukbugrahanatan@gmail.com, ORCID ID: 0009 0005 5158 1858.

Makale Geliş Tarihi:25.12.2023

Makale Kabul Tarihi:19.01.2024

⇒ Atıf Şekli: Muhammed Satuk Buğrahan Atan “Yargı Kararları Bağlamında Hukuka Aykırı Arama”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19/1 (2024): 557-607.

⇒ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.



özgürlüklerini koruma amacıyla kamu güvenliği ve düzenini sağlama yükümlülüğü koruma tedbirlerinden olan arama işleminin uygulanmasını elzem kılmaktadır.

Ceza muhakemesinde önemli olan unsurlardan birisi de, suçun işlenmesi sırasında meydana çıkan delilleri elde etmek için yapılan işlemlerin, hukukun ortaya koymuş olduğu kurallara uygun olup olmadığıdır. Arama işleminin hangi zamanlarda suçun işlenmesini önleme, hangi zamanlarda ise işlenen suçun delilini araştırma işlemi olduğu, önleme araması ve adli arama ayırımının temel nitelendirmesine ilişkin sorular olduğu gibi, tabii olduğu usul hükümlerini de belirlemektedir. Aramanın tanımı, hukuki niteliği, türleri ve işlemi için gereken şüphe dereceleri üzerinde durulur. Şüphe kavramı; basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak karşımıza çıkmaktadır. Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesidir. Kovuşturulabilir bir fiil değerlendirmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Başlangıç şüphesi olarak da adlandırılmaktadır. Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Şüphenin “makul” sayılabilmesi için, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda tarafsız bir gözlemciyi inandırabilecek bilgi veya belgelerin bulunması gerekmektedir. Yeterli şüphe, hakkında soruşturma yürütülen şahıs hakkında iddianame düzenleyerek kovuşturma aşamasına geçebilmek için gereken şüphe derecesi olarak tanımlanabilir. Kuvvetli şüphe ise hakkında soruşturma yürütülen kişi için ağır olan tutuklama gibi koruma tedbirlerinin uygulanması için gereken şüphe yoğunluğudur. Adli arama işlemine konu olaylarda makul şüphe kavramı önemli bir kriterdir.

Anahtar Kelimeler: Arama, hukuka aykırı arama, hukuka aykırı arama dolayısıyla elde edilen deliller, hukuka aykırı aramanın sonuçları, yargı kararı.

EXTENDED ABSTRACT

Investigating and evaluating the material facts in accordance with the law is of great importance for the proper conduct of the trial and the administration of justice. The article discusses in detail the concept of unlawful search within the framework of judicial decisions

according to Turkish law of criminal procedure. The term "unlawful search" refers to judicial and preventive searches that run counter to the stipulations of international and national legislations. The search process is a protective measure in criminal procedure law. The search process, being a protective measure in criminal procedure law, inherently encroaches upon the fundamental rights and freedoms of citizens under the suspicion of a committed crime. The state's obligation to ensure public security and order to protect the fundamental rights and freedoms of citizens makes it essential to implement the search process. One of the important elements in criminal procedure is whether the procedures carried out to obtain criminal evidence comply with the law.

The fundamental characterization distinguishing between preventive search and judicial search, as well as the procedural provisions to which it is subject, hinges on whether the search process aims to prevent the commission of a crime or to find evidence of a crime already committed. The definition of the search, its legal nature, its types and the search process are decided according to the degree of suspicion. The concept of suspicion encompasses simple suspicion, reasonable suspicion, sufficient suspicion, and strong suspicion. Simple suspicion is the lowest degree of suspicion. It appears as an assessment of a prosecutable act. It is also called initial suspicion. Reasonable suspicion is the suspicion experienced in response to concrete events based on the course of life. In order for the suspicion to be considered "reasonable", there must be information or documents that can convince an impartial observer that the person may have committed a crime. Sufficient suspicion can be defined as the degree of suspicion required to proceed to the prosecution stage by issuing an indictment against the person under investigation. Strong suspicion is the intensity of suspicion required to implement severe protective measures such as arrest, for the person under investigation. The concept of reasonable suspicion is an important criterion in events subject to judicial search.

In addition to legal legislation, judicial decisions pertaining to past events and prosecutions play a guiding role in shaping the execution of search activities by public institutions wielding public power. Judicial decisions help us understand the purpose of the legislator by elucidating certain concepts by the application of national and international legislation to concrete events, and also verify whether the decision made is in accordance with the law.

Errors made in handling concrete events undergo legal scrutiny, resulting in legal and criminal sanctions. Situations in which a search may be deemed unlawful through judicial decisions, situations in which a search warrant must be issued are discussed and legal and criminal consequences are stated. Criminal consequences arise if public officials misuse their authority to ensure public order and security or if immunity of domicile is violated. The legislature has introduced some limitations regarding the place and time of search. Even if evidence obtained from an improperly executed search strongly suggests the person in question committed a crime, it cannot serve as a legal basis due to the illegality of the search.

Another legal consequence of an unlawful search is the liability for compensation, in order to compensate for the damages that occur as a result of an unlawful act. The state, assuming responsibility for compensating damages incurred during the search process, provides legal assurance. To pursue compensation arising from the legal outcome explored in this study, damage must occur due to the excessive execution of the search warrant. For a search to be considered proportional, there must be "proportionality" between the intended purpose and the means employed. Damages stemming from unlawful searches, outside of this context, can be sought through a compensation lawsuit in general courts, following general provisions and principles of compensation law. In instances where the state is obligated to pay compensation due to an unlawful search and requiring restitution, it may seek recourse against the public official who committed the unlawful act. The article explains the criminal and legal consequences resulting from illegal searches by reviewing and examining judicial decisions.

Keywords: Search, illegal search, evidence obtained due to illegal search, results of illegal search, judicial decision.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeği ortaya çıkarmak en önemli amaçtır. Şüphesiz ki maddi gerçekliğe ulaşmak için delil elde etmek gerekir. Delil elde edebilecek en önemli argümanlar ise koruma tedbirleri olarak adlandırılan kamu görevlilerinin kamu gücü kullanarak icra ettikleri faaliyetlerdir. Arama işlemi bir koruma tedbiri türüdür. Vatandaşların sahip olduğu dokunulmazlık haklarının bir kısmı ise arama işlemi sırasında müdahale edilen alan olarak ortaya çıkmaktadır. Vatandaşların sahip olduğu özgürlük ile Devletin sağlamakta yükümlü olduğu güvenlik ikileminde hukuk düzeni bir takım kurallar ve kaideler ile kamu gücünün uygulanışına sınır çizmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda sıkça uygulanan arama işlemi, kişisel hak ve özgürlükler ile kamu düzen ve güvenliği arasında denge kurarak uygulanması gereken koruma tedbir türüdür. Vatandaşların konut dokunulmazlığı ve özel hayatlarının gizliliği gibi haklarının sınırlandırılması sırasında yapılacak işlemler sırasında uyulacak kuralların ihlal edilmesi durumunda hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşılacaktır.

Bu çalışmada, ceza hukuku bağlamında hukuka aykırı aramaların yargı kararları bağlamında değerlendirilmesi esas alınarak, arama kavramının hukuki niteliği, arama işlemlerinin yasal çerçevesi ve bu süreçte karşılaşılan sorular ele alınarak adli ve önleme aramalarının farklılıkları ve uygulamadaki yansımaları örnek kararlar ile izah edilmiştir. Ayrıca bu çalışmada, arama işlemi sırasında mevcut eksiklik ve hataların yargısal boyutta nasıl değerlendirildiği ifade edilerek çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

I. KORUMA TEDBİRİ OLARAK ARAMA VE AMACI

Aramak kelimesi anlam olarak birini veya bir şeyi bulmaya çalışmayı ifade eder.¹ Aynı zamanda gizlenen bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma olarak da nitelendirilir.² Arama işlemi ceza muhakemesi

¹ (Erişim Tarihi 31.12.2023), TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr).

² Yargıtay Ceza Genel Kurul 28.03.2017, E. 2016/7-178, K. 2017/188. Y. CGK 14.05.2019, 2018/52 E. 2019/429 K.

hukukunda şüpheli veya sanığın yakalanması ya da suç delili olabilecek bir nesnenin ortaya çıkartılması amacıyla; konut, kapalı alan, kişi üzeri veya eşyada yapılan araştırma işlemidir.³ Gizli olanın bulunmasını hedef alan bir faaliyettir.⁴

Arama, Anayasal güvence altına alınmış olan konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği, kişi özgürlüğü ve vücut bütünlüğüne müdahale eden koruma tedbiridir.⁵ Arama tedbirinin kendine has olarak öne çıkan iki özelliği göze çarpmaktadır, saklı olan kişi veya eşyaların araştırılması ve kişilerin özel hayatına doğrudan müdahale etmesidir.⁶

Arama, gizli olanı ortaya çıkarmak için yürütülen bir faaliyet olduğundan gözle görülen veya açıkta bırakılan şeyler aramanın konusu olamaz.⁷ Örneğin; bir polis memurunun, yayalar ya da diğer araçlar bakımından tehlike oluşturacak şekilde kullanılması nedeniyle durdurduğu bir aracın arka koltuğunda, uyuşturucu madde veya tabanca görmesi üzerine bunlara el koyması arama olarak kabul edilmemektedir.⁸ Terk veya park yasağına aykırılık nedeniyle park edilen aracın bulunduğu yerden çekilerek götürülmesinden sonra üzerinde incelemeler yapılması arama sayılmaz.

Bir faaliyetin arama olarak nitelendirilebilmesi için özel hayatın başladığı yerin belirlenmesi gerekmektedir. Özel hayatın gizliliğine

³ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Dersleri (Ankara, Adalet Yayınevi, 2019), 463. Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (İstanbul: Beta, 2009) 186.

⁴ Erdener Yurtcan, CMK Şerhi (İstanbul, Beta, 2008), 308.

⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku,(Ankara, Beta Yayınları, 2008), 432. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku - I, (Ankara, Seçkin, 2021), 320.

⁶ Hüseyin Serkan Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma," (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010), s.7.

⁷ Yargıtay 7. CD. 12.09.2023, E. 2022/11386, K. 2023/6369 "Kaçak sigaraların bir kısmı görünür vaziyette iş yerindeki raflarda satışa arz edilmiş halde tespit edilmiş olup, bu tespit karşısında sanığın iş yerinin görünmeyen kısmındakiler dâhil tüm kaçak sigaraları çıkartarak görevlilere rızaen teslim ettiği olayda; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.03.2017 tarih ve 2016/7-178 Esas, 2017/188 Karar sayılı kararında belirtildiği şekilde, "gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma" anlamlarına gelen arama işleminin söz konusu olmadığı"

⁸ Veli Özer Özbek, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama (Ankara, Seçkin, 1999), 18.

bir müdahalede bulunulmuyorsa yapılan işlem arama olarak değerlendirilmemelidir.⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 31.05.2023 Tarihli, 2022/7-514 Esas, 2023/327 Karar sayılı kararında; “Arama; kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel kâğıtları, kullandıkları bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tâbi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir.” demektedir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, koruma tedbiri bağlamında aramanın hangi hallerde, ne şekilde, ne zaman ve kimler tarafından yapılacağına ilişkin olarak Anayasa’nın 20 ve 21. maddeleri ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 116 ila 134. maddeleri, Arama ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 5 ila 17. maddeleri kapsamında düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında adli arama işlemine dair düzenlemeler bulunmaktayken, kolluğun görev ve yetkisini düzenleyen Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu veya Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu gibi mevzuatlarda ise hem adli hem önleme aramasına ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Arama, amacına göre adli arama ve önleme araması olarak ikiye ayrılmaktadır. Arama şüpheli veya sanığı ya da bir delili elde etme amacıyla yapılabileceği gibi, bir suçun işlenmesini veya bir tehlikeyi önlemek amacıyla da yapılabilir.¹⁰ Birinci tür aramaya adli arama, ikinci tür aramaya ise önleme araması denilmektedir. Bu itibarla arama hem koruma, hem de önleme tedbiridir. Her iki tür arama arasında ortak özellikler bulunmakla birlikte hukukî nitelikleri, tâbi olduk-

⁹ Şemsettin Aksoy, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama (Ankara, Seçkin, 2007), 20.

¹⁰ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, 320.

ları kanuni düzenlemeler ve kapsamaları bakımından önemli farklılıklar da bulunmaktadır.¹¹

Açıklamalar ışığında ceza muhakemesi bağlamında önleme araması araştırma ve caydırma amacı güderken, adli arama delillendirme ve aydınlatma amacı gütmektedir. Aramanın kısa süreli oluşu¹², soruşturmanın başlangıç aşamasında değerlendirilen ilk tedbirlerden birisi olması, en sık uygulanan koruma tedbirlerinden birisi olarak ceza muhakemesi hukukunda yerini almaktadır.

Denetleme kavramı ile arama kavramı birbirlerinden farklı anlamları ifade etmektedir. Denetleme, işletmenin uyması gerekli olan kurallara uygun bir şekilde faaliyet gösterip göstermediğinin incelenmesi hususunda yapılan değerlendirme amaçlı eylemdir.¹³

A. Önleme Araması

Önleme tedbiri olarak aramanın hangi hallerde, ne şekilde, ne zaman ve kimler tarafından yapılacağı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa'nın 20 ve 21. maddeleri ile 2559 Sayılı PVSK 9. maddesi ve Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği 18-26. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Önlemeye yönelik bir aramanın, faaliyeti gerçekleştiren kolluk güçlerinin görevlerini düzenleyen kanun kapsamında yer almış olması isabetlidir. Çünkü önleme araması, genel emniyet ve asayişin korunması ve tehlikelerin önlenmesi amacıyla başvuru, kolluğun suç işlenmeden öncesine dair görevleri içerisinde yer alan idari bir kolluk faaliyetidir.¹⁴

Önleme araması, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve/veya taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, bizzat suç unsuru oluşturmakla birlikte suç işlemekte kullanılabi-

¹¹ Yargıtay CGK 31.05.2023, E. 2022/7-514, K. 2023/327.

¹² Faruk Yasin Turinay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(2), (2021), 529.

¹³ Murat Aydın, Arama ve El Koyma (Ankara: Seçkin, 2012), 21.

¹⁴ Ahmet Gökçen vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Adalet Yayınevi, 2023), 464.

lecek (sopa, taş, bozuk para, çakmak, pet şişe, cam gibi) eşyaların bulunması, suç işlenmesinin önlenmesi, toplum için tehlike oluşturabilecek kişilerin yakalanması amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle 2559 Sayılı Kanun 9/1. madde ve AÖAY 19/1. maddede belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kağıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.

Önleme aramasına “idari arama”, “arama-tarama” veya “uygulama” da denilmektedir.¹⁵ Ancak söz konusu önleme araması somut bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapılmaktadır.¹⁶ Aksi takdirde her tehlike, önleme aramasına konu olarak keyfiyete mahal verebilir.

Yurtcan’a göre, önleme araması konusundaki hükümler, kavramın özüne ve amacına uygundur. Temelde hâkim kararı, gecikmede sakınca halinde mülki amirin yetkili kılınması uygun bir çözümdür.¹⁷ Ancak PVSK’da mülki amirin yazılı olarak verdiği arama emrinin hâkim onayına sunulması konusunda düzenleme bulunmaması eksikliklerdir. Anayasa doğrultusunda önleme aramalarına dair verilen idari emrin hâkim tarafından onanması elzemdir. Ancak bu konuda kanuni bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.12.2018 tarihli, 2016/20-1453 esas ve 2018/604 sayılı kararında da belirtildiği üzere; 2559 sayılı Kanun’un 4/A maddesinde polise, kişileri ve araçları tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması hâlinde durdurma ve yoklama biçiminde üstlerinde kontrol yapma yetkileri tanınmıştır.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 27. maddesinde bu yetkinin kullanılması için “umma” derecesinde makul şüphe arandığı, kolluk görevlisinin tecrübesine dayanarak, izlediği davranışlarından, o kişinin bir suç işleyeceği veya işlediği hususunda kanaat elde etmesi veya kişinin silâhlı olduğu ve hâlen tehlike yarattığı kanaatine varma-

¹⁵ Centel/ Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 441.

¹⁶ Gökçen vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, 464. Y. CGK 25.11.2014, 2014/9-610 E. 2014/512 K.

¹⁷ Yurtcan, CMK Şerhi, 311.

sı durumunda kişiyi durdurup yoklama biçiminde kontrol yapabileceği belirtilmiştir.¹⁸

Önleme aramasına karar verilebilmesi için gereken somut ve öngörülebilir tehlike halini PVSK makul sebep olarak ifade etmektedir. Suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut olgulara dayalı makul şüphe ile önleme aramasındaki makul sebep farklı kavramlardır.¹⁹ Makul sebep, tecrübeli, eğitim görmüş bir kolluk mensubunun tecrübelerine göre takdir yetkisini²⁰ kullanacağı bir olgudur.

Önleme aramasına dair kararlarda belirli bir alanı kapsamayan veya sabit arama noktaları kurarak uzun süreli arama ve tarama yapılmasını içeren önleme aramaları hukuka uygun olmayacaktır. Elde edilmesi umulan amacın netliği konusunda somut olaylara dayalı makul şüphe sebebinin bulunması arama işlemini hukuka uygun hale getirecektir.

2559 Sayılı Kanun 9. maddesinde yer alan önleme aramasının yapılabilmesi için hakim kararının gerektiğine ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararı mevcuttur.²¹

¹⁸ Yargıtay 8. CD. E. 2022/5614, K. 2023/7472.

¹⁹ Yargıtay CGK 31.05.2023, E. 2022/7-514, K 2023/327. "Makul sebep konunun uzmanları tarafından ortak görüşle anlaşıldır ve değerlendirilen bir olgu iken makul şüphe çok sayıdaki sıradan insanın somut bir olguyu aynı yönde değerlendirmeleri hâlidir (Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, Seçkin, 4. Baskı, 2016, s. 381-382.)"

²⁰ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul, Beta, 2010) 760.

²¹ Başvuru kararında, Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemenin adli aramalara ilişkin olduğu, 2559 sayılı Yasa'nın 9. maddesindeki aramanın ise, suçun işlenmesi üzerine yargılama önlemlerinden adli aramadan farklı nitelikteki önleme araması olduğu, bu açıdan idari işlem niteliği taşıdığı belirtilerek, bu aramalarda hakim kararı aranmasına ilişkin kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 9., 20. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 2559 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde polis, millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hakim kararı veya bu sebeplere Esas Sayısı : 2003/29 Karar Sayısı : 2006/24 3 bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahal- lin en büyük mülkî amirinin vereceği yazılı emirle suçun önlenmesi amacıyla arama yapabileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 20. maddesi gereğince özel hayatın gizliliği esastır. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine milli güvenlik, kamu düzeni, suç

Önleme aramalarında elde edilen ve adli soruşturmalarda kullanılabilecek bilgi ve bulgular hakkında yapılan işlem sonucunda bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran bir delil elde edilirse delil koruma altına alınarak Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir.²²

işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça dokunulamaz. Özel yaşamın dokunulmazlığı temel haklardandır ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinde "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konusunda, keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu saldırı ve karışmalara karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır.", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de, "1. Herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla sözkonusu olabilir" denilerek özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır. 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasayla Anayasa'nın 20. maddesindeki "Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır" tümcesi madde metninden çıkarılmış, değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hak ve özgürlüklerle ilgili özel sınırlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörölen esaslar çerçevesinde açık olarak belirlenmiştir. Anayasa'nın 20. maddesine göre, bir kişinin üstünün ve özel eşyasının aranması için hakim kararının ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması zorunluluğu ve özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla, özel yaşam alanının korunması güçlendirilmiştir. Anayasa'nın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörölen hakim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez. Kaldı ki, iptali istenilen kuralın 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 20. maddesindeki değişikliğe koşut olarak maddeye eklendiği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2006-24-nrm.pdf>, s.e.t 14.12.2023.

²² Ahmet Gökçen vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara Adalet Yayınevi, 2023), 464. Yargıtay 20. CD. 04.04.2016, E. 2016/425, K. 2016/1841. "2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre "önleme araması", suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılan aramadır. Önleme aramasının muhatapları suç şüphesi altında olmayan kişilerdir. CMK'nın 116 ve 119. maddelerine göre "adli arama" ise, şüphelinin veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilmesi için yapılan aramadır. Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil

II. ARAMANIN ŞARTLARI

Aramanın şartı, aramanın konusunu oluşturan kişi veya şeylerin elde edilebileceğine dair şüpheden ibarettir.²³ Şüphe, bir şeyin olup olmadığı konusunda tereddüt içerisinde kalınan alandır. Diğer bir tanıma göre şüphe; zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmasında duraksamasıdır.²⁴ Başka bir ifadeyle, insan zihni, bir kanıyı destekleyen nedenler, karşı iddiayı destekleyen nedenlerle eşit derecede görününce, bu nedenler arasında kanıya varamayıp şüphe eder.²⁵ Ceza yargılamasının varlık sebebi suç şüphesidir.²⁶ Koruma tedbiri olan arama işleminin uygulanması için kanun koyucu suç şüphesinin varlığını aramaktadır. Arama işlemine ilişkin gereken şüphe makul şüphedir. Makul şüpheyi iyi anlayabilmek için yoğunluk derecelerine göre basit şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüpheyi tanımlamak faydalı olacaktır.

ancak adli arama yapılabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/610, 2014/512, 2013/841, 2014/513 ve 2014/166 - 514 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; adli arama kararının alınmasını gerektiren olayda arama kararı alınmadan arama yapılması hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan ve suçun maddi konusunu oluşturan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olacağından, ikrar bulunsa bile Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamaz. Oluş ve dosya kapsamına göre, yakalanma saatinden önce adı ve suçta kullandığı araç bilgileri verilmek suretiyle uyuşturucu madde ticareti yaptığına dair istihbari bilgi bulunan sanık hakkında başlatılan soruşturma kapsamında, CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" ve "yazılı adli arama emri" alınmadan sanığın aracında yapılan arama sonucunda, suça konu uyuşturucu maddenin ele geçirildiği anlaşılma, hukuka aykırı arama sonucu ele geçirilen uyuşturucu maddenin, "suçun madde konusu" ve "suçun delili" olarak hükme esas, alınamayacağı gözetilerek, sanığın aracında arama yapılmadan önce CMK'nın 116, 117 ve 119. maddesine uygun şekilde "adli arama kararı" veya "yazılı adli arama emri" alıp alınmadığı araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğinin düşünülmeden eksik araştırma ile hüküm kurulması ... bu nedenlerle yerinde olduğundan hükmün BOZULMASINA"

²³ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku - I, 322.

²⁴ Bahri Öztürk vd. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin, 2010), 380.

²⁵ Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Selim Soyer Güleç, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, (Ankara, Seçkin, Eylül 2017), 27.

²⁶ Özkan Gültekin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Kavramı, (Terazi Hukuk Dergisi, S.46, 2010), 121.

CMK 160. maddesinde; " Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." hükmüyle ilk etapta basit şüphe haliyle işin gerçeğini araştırma yükümlülüğü belirlemiştir.

Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesidir. Kriminalistik bilimin verilerine göre, filin kovuşturulabilir bir nitelik arz etmesi halinde "basit şüphe"nin varlığından söz edilir. Somut olaylara dayanmayan ve sadece basit bir tahminden ibaret bulunan ya da akla ve mantığı aykırı olan iddialarda basit bir şüphenin varlığından bahsetmek mümkün değildir.²⁷ Bu gibi durumlar için uygulamada soruşturmaya yer olmadığına dair karar verilerek somut olay neticelendirilmiş olur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.11.2022 Tarihli, 2021/10-429 Esas, 2022/725 Karar sayılı kararında "başlangıç şüphesine" ilişkin olarak; "Ceza muhakemesinin kurallarının uygulanmaya başlaması "Başlangıç şüphesi" ile olmaktadır. Başlangıç şüphesinin, dayandığı deliller basit, diğer aşamalarda elde edilebilecek delillere göre yetersiz ve/veya sayıca az olmakla birlikte en azından belirti düzeyinde delillere dayanıyor olması ve bir suçun işlendiği yolunda akla ve mantığa uygun bir şüphe ortaya koyması gerekmektedir. Bu bakımdan somut olaylara dayanmayan, soyut iddia ve tahminler başlangıç şüphesi olarak kabul edilemeyecek, buna karşılık başlangıç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmesi de gerekmeyecektir. Ortada bu nitelikte bir şüphe yokken ceza muhakemesi soruşturmasının başlatılması ve koruma tedbirlerine müracaat edilmesi hâlinde, bu işlemin kaynağı hukuki olmayacağından keyfilik olarak değerlendirilmesi söz konusu olacaktır (Bahri Öztürk, Ceza Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1991, s.54, Feridun Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta, 1. Bası, Mayıs 1987, s.45.)" demiştir.

²⁷ Ahmet Gökçen vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 400. A. Caner Yenidünya, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi"e- akademi dergisi, S.60, (2007), 13.

B. Makul Şüph

Ceza Muhakemesi Kanunu 116/1 sayılı maddesinde “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüph varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir” şeklinde belirtilmiştir.²⁸

Söz konusu yasa metni incelendiğinde arama işleminin yapılmasını kanun koyucu şüph kavramı ile yetinmeyerek “makul şüph” olarak derecelendirmiştir. Makul şüphenin ne olduğu konusunda CMK tanımlama yapmamıştır ancak AÖAY’nin 6. maddesinde “makul şüph hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir.” şeklinde tanımlanmıştır. Madde metninin devamında ise; “Makul şüph, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşıdığından şüph ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.” düzenlemesi ile somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

Makul şüph kavramı esasında, olayla ilgisi bulunmayan orta zekâya sahip üçüncü bir kişi tarafından da, soruşturmacı birime ulaşmış bilgi ve belgeleri incelediğinde arama yapılacak kişiye ilişkin suçun işlendiğinin tespitine yönelik eşyalara arama sonunda ulaşılabileceği yönünde ihtimal uyandırmış olan şüph denilebilir. Makul şüph Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Labita-İtalya Kararı’nda “kişinin suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek yeterli olgu ve bilginin varlığı” olarak tanımlanmıştır.²⁹ Yine, AİHM içtihatlarına göre, şüphenin “makul” sayılabilmesi için, kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda tarafsız bir gözlemciyi inandırabi-

²⁸ 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunun 9. maddesiyle, arama kararı verilebilmesi için aranan “makul şüph” kavramının yerine “somut delillere dayanan kuvvetli şüph” deyimini getirilmiş, daha sonra 02.12.2014 tarih ve 6572 Sayılı Kanunun 40. maddesiyle “somut delillere dayanan kuvvetli” ibaresi “makul” şeklinde değiştirilmiştir.

²⁹ (Erişim Tarihi 14.11.2023) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3590/19labita-italya.pdf>.

lecek, fiile ait kanıt, belge ya da herhangi bir belgenin bulunması zorunludur.³⁰

Öğretide salt bir ihbarın, arama yapmak için makul şüphe açısından yeterli olmadığı, bazı somut delillerle desteklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.³¹ Salt soyut bir ihbar veya şikâyetin makul şüphe için yeterli olması halinde hak ihlallerine sebebiyet verme ihtimalini güçlendirir. Arama kararı veren kişi veya makam tarafından akla mantığa uygun olayın aydınlatıcı, somut ve doyurucu gerekçeler ile gerekçelendirilmelidir. Bu şekilde gerekçelendirilmeyen makul şüphe, yapılan aramayı hukuka aykırı hale getirecek ve elde edilen delilin kullanılmasını sorunlu hale getirecektir.³²

Araçların durdurulması ve aranması konusunda “makul şüphe kavramı daha geniş yorumlanmaktadır. Yüksek mahkemenin Chadwick v. US davasında, motorlu taşıtların taşıma fonksiyonu görmeleri sebebiyle kişilerin konutu olmadığı için özel hayatın gizliliği alanı daha dar bir yorumlama alanı bulur. Araç seyir halinde iken dahi içindekiler kamuya açık yollarda herkes tarafından görülebildiği için yolculuk eden kişilerin özel hayatlarının korunması bakımından daha az bir beklenti içerisinde oldukları varsayılır. Aracın kapalı yerlerinde ise genel kurallar geçerlidir.³³

Ceza Muhakemesi Kanunu 117/2. maddesinde üçüncü kişilerle ilgili yapılacak aramada, suçun delillerini belirten yerlerde bulunduğu kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığı aranmıştır. Madde metni incelendiğinde üçüncü kişiler için yapılacak aramalarda şüphe kavramına ilişkin bir değerlendirme söz konusu değildir.

Özen ve öğretide bir kısım görüşe göre; ceza yargılamasında şüpheli veya sanık ile üçüncü kişiler, yargılamanın külfetine katlanma

³⁰ Behiye Eker Kazancı, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, TBB Dergisi, 2012, 82. ayrıca bkz (Erişim Tarihi 12.12.2023) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121>.

³¹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Adalet, 2010) 381.

³² Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri 388.

³³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1072.

bakımından eşit olmamalıdır. Üçüncü kişiler, daha az külfet altına sokulmalıdır. Bu kapsamda üçüncü kişiler bakımından yapılacak arama işleminin koşulları, şüpheli veya sanık hakkında yapılacak arama-göre daha ağır olmalıdır. Yani üçüncü kişiler ile ilgili yapılacak arama daha zor koşullara bağlanmalıdır.³⁴ şeklinde görüşler mevcuttur.

Yargıtay 7. CD. 27.11.2013 Tarihli, 2013/5178 Esas, 2013/23749 Karar sayılı kararına göre; "Sanığın sahibi olduğu ... sayılı iş yerinde hakim kararı ile yapılan aramada korsan kitap bulunduğundan bahisle anılan sanık hakkında 5846 sayılı kanunun 81/9. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır. Aşamalarda korsan kitap satmadığını savunan sanığın mahkumiyeti için yeterli ve yasal delil olup olmadığı hususunu irdelemek gerekmektedir. Korsan kitap satmadığını iddia eden sanığın mahkumiyetin asıl kanıtı ele geçen kitaplar ve üzerlerinde yapılan inceleme sonucu verilen bilirkişi raporudur. O halde sözü edilen kitapların nasıl ele geçirildiğini ve bu işlemin hukuka uygun olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Dosyada bir örneği bulunan A. 3. Sulh Ceza Mahkemesinin ... tarih ve ... sayılı değişik iş kararı incelendiğinde; "... İli ... İlçesi ... Bulvarı üzerinde bulunan ... Sokakta 1 numaradan başlayıp 25 numarada biten iş yerlerinde ve müstemilatında arama yapılmasına" karar verilmiştir. Bu karara istinaden sanığın işyerinde arama yapılmış ve dava konusu kitaplar ele geçirilmiştir. Olayımız bakımından yasal düzenlemeler incelendiğinde; Somut olayda katılan vekilinin şikayet dilekçesinde sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikte iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüpheyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphe belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde ... Sokak'ta 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna ulaşan keyfilikle kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden

³⁴ Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 389. Muhammed Sıddık Seyyidoğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021), 38.

yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. O halde; Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesinin adli aramasına ilişkin olarak verdiği karar hukuka aykırı olup, bu karara istinaden aranan iş yerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmaz ve Anayasa'nın 38/6, 5271 sayılı yasanın 206/2-a, 217/2, 230/1.madde ve fıkralarına nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz.” kararı incelendiğinde usulüne uygun olarak verilmiş olan bir karar bulunuyor olsa dahi arama kararı içeriğinde gerekli olan şüphenin bulunmaması dolayısıyla arama işleminin hukuka aykırı hale geldiği belirtilmiştir.

CMK'nun 117/3. maddesinde *“Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir.”* Kanun koyucu söz konusu madde ile suçüstü halinde 117/2 maddesinde düzenlenen koşulu yumuşatmıştır.

CMK'nın 170/2. maddesinde; *“Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”* hükmü gereğince şüpheli hakkında kamu davası açılması için makul şüphenin üzerinde ve kuvvetli şüphe derecesinden aşağıda olacak şekilde en azından yeterli bir şüphenin olması gerektiği anlaşılmaktadır. Mevcut delil durumuna göre yapılacak yargılamada, sanığının mahkûm olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli “yeterli delilden” veya başka bir deyişle “yeterli şüpheden” bahsedilir.³⁵ Soruşturmanın başlaması için gerekli olan şüphenin delillerle kuvvetlenerek fail hakkında verilecek kararı mahkûmiyete yaklaştıran şüphe derecesi de denilebilir.³⁶

Yargıtay, kanun yararına bozma yoluyla değerlendirdiği dosyalarda, “suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe meydana gelip gelmediğinin takdirinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu” belirtmektedir.³⁷

³⁵ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 94.

³⁶ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 13.

³⁷ Erkut Güçlü Kahraman, Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, (2014), 145.

Tüm açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, makul şüphe için gereken yoğunluk, yeterli şüphe ile başlangıç şüphesi arasında bir yerdedir.

III. HUKUKA AYKIRI ARAMA

Vatandaşların Anayasa ile güvence altına alınmış haklarına müdahale kapsamında kalan arama tedbiri yasal mevzuata aykırı olarak yapıldığında hem hukuki hem de cezai olarak yaptırımı bağlanmıştır. Adli veya önleme aramasının hukuk düzenine aykırı olduğunun tespiti halinde, adli arama kararını veya emrini veren, arma işlemini icra eden kolluk güçleri bakımından hukuki ve cezai sorumluluğu doğabileceği gibi aramaya muhatap olan kişinin Devletten tazminat isteme hakkının da doğduğu kabul edilir. CMK hükümlerinde mevcut bulunan arama tedbirlerine ilişkin düzenlemelere aykırı hareket edilerek delil elde edilmesi hukuka aykırılığı tanımlar.³⁸

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013/610-2014-512,2013/841-2014/513 ve 2014/166-514 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş” olacağından, Anayasanın 38. Maddesinin 6. Fıkrası ile CMK’nın 206. Maddesinin 2. Fıkrasının a bendi, 217. Maddesinin 2. Fıkrası, 230. Maddesinin 1. Fıkrasının b bendi ve 289. Maddesinin 1. Fıkrasının i bendi uyarınca hükme esas alınmaz.

A. Hukuka Aykırı Arama İşlemlerine Örnek Yargı Kararları

Bu bölümde icra edilen arama işlemlerinin hangi sebeplerle hukuka aykırı bulunduğuna dair örnek yargı kararları sunulacaktır.

³⁸ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 407.

1. Adli Arama Kararı veya Emri ile Arama Yapılması Gerekirken Hukuka Aykırı Arama Yapılmasına İlişkin;³⁹

Yargıtay 20. CD. 30.05.2016 Tarihli, 2016/877 Esas, 2016/3225 Karar sayılı kararına göre; “Olay tutanağı içeriğine göre, yapılan istihbari çalışmalarda ... İlçesi ... Çocuk Parkı ve civarında "... lakaplı sanık ... ve "... lakaplı sanık ...'in uyuşturucu madde sattıkları yönünde bilgiler alınması sonrasında, olay yerinde bulunan sanıkları gözlemlemeye başlayan emniyet görevlilerinin, ... isimli şahsın sanıkların yanına gelip bir miktar parayı verip sonrasında içeriği görülemeyen bir paketi aldığının görülmesiyle başlatılan operasyon sonucunda, sanıkların bulunduğu bölgeden ayrılan ...'ın başka bir sokak üzerinde durdurulmasından sonra üzerinde yapılan aramada, sanıklardan satın alınan ancak ekspertiz raporu dosya içinde bulunmayan bir adet hap, park önünde beklemekte olan ...'tan 13 adet net 4,4 gram MDMA, sanık ...'den 4 paket net 0,6 gram ADB-FUBINACA ele geçirildiği anlaşılmaktadır. 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre "önleme araması", suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılan aramadır. Önleme aramasının muhatapları suç şüphesi altında olmayan kişilerdir. CMK'nın 116 ve 119. maddelerine göre "adli arama" ise, şüphelinin veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilmesi için yapılan aramadır. Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/610, 2014/512, 2013/841, 2014/513 ve 2014/166 - 514 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; adli arama kararının alınmasını gerektiren olayda arama kararı alınmadan arama yapılması hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan ve suçun maddi konusunu oluşturan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olacağından, ikrar bulunsa bile Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınmaz...”

³⁹ Diğer kararlar için bkz. Yargıtay 7. CD. 22.10.2019, 2015/24421 E. 2019/36153 K. Yargıtay 7. CD. 29.12.2021, 2021/26974 E. 2021/18865 K. Yargıtay 7. CD.20.05.2019, 2015/17778 E. 2019/31769 K. Yargıtay 20. CD 15.11.2016, 2016/2594 E. 2016/5521 K. Yargıtay 20. CD 20.06.2016, 2015/14745 E. 2016/3945 K. Yargıtay 20. CD, 27.04.2016, 2016/844 E. 2016/2525 K.

Karar incelendiğinde; istihbari çalışma neticesinde suç işlediğinden şüphelenilen kişilerin üzerinde idari bir niteliğe sahip⁴⁰ önleme araması ile arama yapılamayacağı, önleme aramasına muhatap olan kişilerin suç şüphesi altında bulunmadıkları, olayda adli arama karar veya emri ile arama yapılmaması sebebiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinin belirtildiğini görmekteyiz.

Uygulamada, arama kararı olmadan durdurulan araç üzerinde suç konusu eşya bulunduğu zaman şüpheliler üzerlerine atılı suçlu ikrar edebilmektedirler. Gülşen'e göre; aramanın hukuka aykırı olduğu kabul edildikten sonra, elde edilen ikrarın da hukuka aykırı sayılması gerekir. Zira zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olması icap eder.⁴¹ Aksi takdirde kişi özgürlükleri açısından arama için şart koşulan hâkim kararı bertaraf edilmiş olacaktır. Bu itibarla, kanuna aykırı şekilde yapılan bir arama sonucunda elde edilen delilin de kanuna ve dolayısıyla hukuka aykırı olacağı açıktır. Aksi durumun kabulü halinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının Ceza Muhakemesi Kanununa aykırı şekilde soruşturma işlemlerinden ve delil elde etme yollarından biri olan aramaya başvurması kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığının korunmasını kaldıran ve önemli ölçüde azaltan bir keyfiliğe yol açılacaktır.⁴²

⁴⁰ Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 464.

⁴¹ Melisa Aydemir "Hukuka Aykırı Arama İşlemi Neticesinde Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılması" Kadir Has Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, (2020), 37. Amerikan Hukukunda katı bir şekilde kabul edilerek uygulanan bu kuralın en önemli kilometre taşı hiç şüphesiz ki Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin Mapp v. Ohio Kararıdır. Bu kararda Yüksek Mahkeme tarafından, kolluk kuvvetlerinin usulüne uygun bir karar verilmeksizin icra ettiği arama ve yakalama işlemlerinin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirildi. "aramalar ve yakalamalar" a dair yapılan "dördüncü ek maddeye" odaklandı ve "Anayasa'yı ihlal etmek sureti ile kolluk tarafından icra edilen yakalama ile arama işlemi neticesinde ele geçirilen kanıtların, devlet mahkemeleri tarafından kabul edilmemesi zorunluluğuna" vurgu yaptı. Ayrıca bkz. Yargıtay 7. CD, 25.04.2022, 2022/3250 E. 2022/8375 K.

⁴² Recep Gülşen " Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi" CHKD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, 238. (Erişim Tarihi 16.12.2023), Yarg_tay Kararlar_ I_____nda Hukuka Ayk_r_ Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde De_erlendirilmesi [#332503]-331515.pdf.

2. Arama Kararında Sanığın Adresinin Bulunmamasına İlişkin

Yargıtay 8. CD. 19.01.2017 Tarihli, 2016/2055 Esas, 2017/504 Karar sayılı kararına göre; “Somut olayda Cumhuriyet Savcılığınca uyuşturucu ticareti yapmak suçundan sanık ile kendisiyle aynı ismi taşıyan ve farklı konutta oturan babası ... hakkında iki ayrı adreste arama yapılmasına karar verilmesi talep edilmesine karşın, mahkumiyet kararında esas alınan ... Sulh Ceza Mahkemesi'nin 24.07.2014 gün ve 2014/50 D.İş sayılı arama kararında, sanık ve babasının üzerinde ve sanığın babasının “...” sayılı ikamet adresinde arama yapılmasına karar verildiği, sanığın babasına ait bu adreste yapılan arama sonucu suç unsuruna rastlanılmadığı; suça konu silahın bulunduğu sanığa ait ... sayılı yerde ise arama yapılabileceğine ilişkin usulüne uygun bir arama kararının bulunmadığı halde, anılan yerde yapılan arama ve elkoyma işlemlerinin hukuka aykırı olduğu, ele geçirilen suç eşyasının hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil olmasından dolayı hükme esas alınamayacağı gözetilmeden, sanık hakkında atılı suçtan yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması...”

Karar incelendiğinde; Kolluk tarafından yapılan çalışma sonrasında meydana gelen şüphe üzerine Sulh Ceza Mahkemesinin arama kararı verdiği, arama kararı içeriğinde bulunmayan sanığa ait bir başka evde arama yapılması dolayısıyla suç eşyalarının ele geçirildiği olaya ilişkin, hakkında arama kararı bulunmayan ikamette yapılan aramanın hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir. CMK 119. maddesine göre konutta kolluk amirinin arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır.

Gecikmesinde sakınca bulunmadığı halde varmış gibi kabul edilerek, Hâkim kararı olmaksızın verilen arama kararı ve buna dayalı olarak yapılan arama sonucunda elde edilen deliller de hukuka aykırı olarak elde edilmiş olur.⁴³

⁴³ Gökçen vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, 468-469. Yargıtay CGK 17.11.2009, E. 2009/7-160, K. 2009/264, Yargıtay 7. CD. 11.10.2021, E. 2021/9784, K. 2021/12185.

3. Önceden Verilen Önleme Araması Kararına İlişkin Yapılan Arama

Yargıtay 20. CD. 20.06.2016 Tarihli, 2015/14745 Esas, 2016/3945 Karar sayılı kararına göre; "Dosya kapsamına göre; uyuşturucu madde ticareti sanıkları hakkında uygulanan iletişim kayıtları ve yapılan fiziki takipler nedeniyle üzerlerinde uyuşturucu madde olduğu bilinen kullanıcılar ... ve ... üzerinde 03.06.2011 tarihinde, ... üzerinde 07.06.2011 tarihinde, ... üzerinde 29.06.2011 tarihinde önleme arama kararlarına göre arama yapılarak suç konusu uyuşturucu maddelerin ele geçirildiği anlaşılmaktadır. 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesine göre "önleme araması", suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi için yapılan aramadır. Önleme aramasının muhatapları suç şüphesi altında olmayan kişilerdir. CMK'nın 116 ve 119. maddelerine göre "adli arama" ise, şüphelinin veya sanığın yakalanması ya da suç delillerinin elde edilmesi için yapılan aramadır. Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2013/610, 2014/512, 2013/841, 2014/513 ve 2014/166-514 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere; adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır. Böyle bir arama sonucu bulunan deliller ya da suçun maddi konusu "hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş" olacağından, Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin 2. fıkrası, 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi ve 289. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendi uyarınca hükme esas alınmaz. Somut olayda gelen ihbar nedeniyle bir suçun işlendiği konusunda şüphe oluşmuştur. CMK'nın 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde "adli arama kararı" alınmadan, olaydan 2 gün önce verilen "önleme araması kararına" dayanılarak sanıkların üzerlerinde arama yapılması hukuka aykırıdır. Bu arama sonucu bulunan uyuşturucu madde ise hem "suçun maddi konusu" hem de "suçun delili" olup "hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden hükme esas alınmaz..."

Karar incelendiğinde; karara konu olay içeriğinde sanıklar hakkında meydana gelen şüphenin mevcut olduğu, söz konusu şüpheye rağmen olaydan 2 gün önce verilmiş olan önleme araması kararı ile sanıkların üzerlerinde arama yapılması hukuka aykırı bulunmuştur.

PVSK m.9/1, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını sınırlayan arama tedbiri yönünden bu derece geniş anlaşılmaya elverişli değildir. Önleme araması sırasında bir suç ve deliline rastlandığında, artık Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri devreye girmeli, bulunan suç delili yönünden elkoyma tedbiri ve devam edecek arama bakımından ise adli arama tatbik edilmelidir. Önleme aramasında; ihtiyaç olan yerlerde muhtemel tehlike ve suçların önüne geçilmesi amaçlandığından, “somut suç şüphesi” veya “makul şüphe” gibi kavramların varlığına bakılmaz. Bu kavramların olduğu yerde adli kolluk devreye gireceğinden, CMK m.116 ile devamı hükümlerine göre hareket edilmelidir.⁴⁴

4. Cumhuriyet Savcısının Sözlü Talimatı İle Yapılan Arama

Yargıtay 9. CD. 08.02.2016 Tarihli, 2015/9234 Esas, 2016/884 Karar sayılı kararına göre; “Kolluk tarafından sanığın kaldığı ikamette yapılan aramada suça konu bıçaklar bulunmuş ise de, söz konusu aramanın Cumhuriyet savcısının sözlü talimatına dayanılarak yapılması nedeniyle aramanın CMK'nın 119/1. maddesine aykırı olduğu, Anayasanın 38/6. maddesinin "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez", CMK'nın 217/2. maddesinin "yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.", aynı Kanununun 206/2-a maddesinin "ortaya konulması istenilen bir delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur" hükümleri nazara alındığında bahsedilen hukuka uygun olmayan arama işlemleri sonucunda elde edilen maddi delillerin hükme esas alınamayacağı, tüm dosya kapsamına göre hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığa yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi”

Karar incelendiğinde; Adli arama emrini Cumhuriyet Savcısının sözlü olarak verdiği, söz konusu talimat uyarınca sanığın ikametinde arama yapıldığı, arama işleminin CMK 119. maddesine aykırılığı sebebiyle aramadan ele geçen delillerin hukuka aykırı hale geldiği anlaşılmaktadır.

⁴⁴ Ersan Şen “Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi” (Erişim Tarihi 16.12.2023) Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık - Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesişmesi (sen.av.tr).

CMK 161/3. maddesinde Cumhuriyet Savcısının kolluk görevlilerine emirleri acele hallerde sözlü olarak da verebileceği düzenlenmektedir. Ancak bu düzenleme genel niteliktedir. Cumhuriyet Savcısının vereceği arama emrinin Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanunu ve yönetmelik maddelerine göre yazılı olması gerektiği düzenlenmektedir.⁴⁵ Bu özel düzenlemeler kapsamında arama emrinin sözlü verilmesi mümkün değildir. Ancak e-mail, sms gibi araçlarla talimat verilmesi mümkündür. Bu şekilde verilen arama emrinin arama tamamlanmadan yazıya dökülmesi gerekmektedir.⁴⁶

Uygulama sırasında dikkat edilmesi gereken bazı hususlar mevcuttur.⁴⁷ Şöyle ki:

1- Cumhuriyet Savcısı tarafından hafta içi mesai saatlerinde resen arama emri verilmemelidir. Verilecekse de gecikmesinde sakınca bulunan halin ne olduğu emirde açıkça belirtilmelidir. Sadece gecikmesinde sakınca vardır şeklinde ifade yeterli değildir. Buna karşın mesai saatleri dışı, hafta sonları ve resmi tatil günleri gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında kaldığı için Cumhuriyet Savcısı bu durumu belirtmek kaydıyla arama emri verebilir.

2- Kolluk görevlileri, herhangi bir arama emri veya kararı olmaksızın şüphelendiği kişinin kaba üst aramasını yapabilir.

3- Önleme aramasına istinaden kişilerin üzerleri ve eşyaları, araçlar ve umuma açık yerler ile iş yerleri aranabilir ancak konut ve umuma açık olmayan işyerleri aranamaz.⁴⁸

⁴⁵ Muhammed Sıddık Seyyidoğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021), 38.

⁴⁶ Adem Irmak “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2016), 28-29.

⁴⁷ A. Hakan Yavuz ve Oktay Bahri Ulgar, Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 366-367.

⁴⁸ Yargıtay 7. Ceza Dairesi 29.12.2021, E. 2021/26974, K. 2021/18865. “Yol kontrol arama noktasında, sanığın yolcu olarak bulunduğu otobüste, Sulh Ceza Mahkemesi’nce verilen ve hukuka uygun olduğu anlaşılan önleme arama kararına istinaden yapılan aramada, bagaj bölümünde bulunan sanığa ait valizde 84 karton kaçak sigara ele geçirilen ve sanığın sigaraların kendisine ait olduğunu belirttiği olayda, ele geçen sigara miktarına göre sigaraların ticari amaçla taşındığının kabulü gerekirken arama kararının usulüne uygun olmadığı yönündeki hatalı kabul ile mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...”

4- Arama kararı olmadan elde bulunan poşete bakılabilir.⁴⁹ Ancak çanta, valiz ve kapalı paketli kutular açılmaz.

5- Suçüstü halinde ayrı bir arama kararına gerek yoktur.⁵⁰ Örneğin; kolluk görevlisi umuma açık bir dükkâna girdiğinde gözle görülür vaziyette kaçak eşya tespit etmişse el koyabilir.

⁴⁹ Yargıtay CGK 17.04.2018, E. 2017/7-466, K. 2018/166. “Önleyici Hizmetler Şube Müdürlüğüne bağlı olarak görev yapmakta olan emniyet görevlilerinin ... Mahallesi ...Caddesi üzerinde, çıplak gözle bakıldığında içerisinde sigara olduğu anlaşılan şeffaf siyah bir poşet ile beklemekte olan sanığı görerek yanına gittikleri, kimlik tespiti yapılan sanığın elindeki poşet kontrol edildiğinde, içinde (70) adet Prestige marka gümrük kaçağı sigara olduğunun tespit edildiği, ayrıca sanığın kaba üst yoklamasında, pantolonunun sağ cebinde üzerinde “10-U.pres: 200, 10-U.pres: 200, 10-Uni: 165, 20-k.pres: 380, 16-k.pres: 304, 10-Uni: 165, 10-U.pres: 200, 10-K.pres: 190, 10-U.pres: 200, 10-Uni: 165, 10-K.pres: 190, 14-K.pres: 266, 5-K.pres: 95 toplam 2720” ibareleri yazılı küçük not kağıdı ile gümrük kaçağı sigaraların satışından elde edildiği değerlendirilen toplam 2355 TL'nin ele geçirildiği olayda; 2559 sayılı PVSK'nun Ek 4. maddesi uyarınca, bir suçla karşılaştığında hizmet branşına bağlı olmaksızın suça el koymak ve delilleri tespit edip, muhafaza altına almak ile görevli ve yetkili olan görevlilerin, olay tarihinde Çankaya Mahallesi İstiklal Caddesi üzerinde gerçekleştirdikleri devriye görevi sırasında, mesleki tecrübelerine ve içinde buldukları durumdan çıkardıkları izlenime göre, elinde siyah bir poşet ile beklemekte olan sanığın durumundan şüphelenip yanına gittikleri, sanığı oluşturan bu makul sebep nedeniyle PVSK'nun 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak durdurdukları, sanığın elindeki poşete bakıldığında içerisinde sigaralar olduğunun görülmesinin işlenmekte olan bir suçun varlığına ilişkin şüpheli arttırdığı, oluşturan bu yeterli şüphe nedeniyle PVSK'nun 4/A maddesinin verdiği yetkiye dayalı olarak alınması gereken tedbirler kapsamında, sanığın elindeki poşet kontrol edildiğinde gümrük kaçağı sigaralar olduğunun görüldüğü, sanığın suç konusu ve delili olan kaçak sigaralar ile birlikte yakalanması nedeniyle CMK'nun 2. maddesinin (j) bendi ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 4. maddesinde tanımlanan “suçüstü” halinin mevcut olduğu, kolluk görevlilerin gerçekleştirdikleri devriye görevi sırasında sanığa ya da suça ilişkin önceden alınmış bir ihbar ya da istihbari bilgi olmaksızın ilk defa işlenmekte olan bir suçla diğer bir anlatımla “suçüstü” hali ile karşılaşmaları nedeniyle CMK'nun 90/4. maddesi ile PVSK'nun 13/1-A ve Ek 6. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, suç delillerinin kaybolmaması için derhal gerekli tedbirleri alıp sigaraları muhafaza altına aldıktan sonra, uyguladığı tedbirler ile somut olay hakkında Cumhuriyet savcısına bilgi verdikleri ve emirleri doğrultusunda soruşturma işlemlerinin başladığı, yine PVSK'nun Ek 6. maddesini açıklayıcı nitelikte olan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de; suçüstü halinde ayrıca bir arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı, kaldı ki sanığın elindeki poşete dışarıdan bakıldığında dahi içerisindeki sigaraların görülmesi göz önüne alındığında, görevlilerce sigaraların bulunduğu yerden çıkarılıp elkonulmasının; “gizlenmiş bir şeyi bulmaya çalışma ve araştırma” anlamlarına gelen arama işlemi olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla suçun delili ve konusunu oluşturan sigaraların ele geçirilip muhafaza altına alınmasının hukuka uygun olduğu”

⁵⁰ Yargıtay 7. CD. 14.09.2021, E. 2021/4090, K 2021/9841. “... 15/07/2014 tarihinde sanığın kullandığı ... plaka sayılı aracın durdurulduğu, araçtan mazot kokusu gelmesi ve bidonların görülmesi üzerine Cumhuriyet Savcılığı ile görüşme tutanağı-

6- Araçların gözle görünür vaziyetteki yerlerinde bulunan, örneğin; arka koltukta görünür vaziyetteki kaçak sigaranın tespiti suçüstü hali olduğundan ayrı bir arama kararına gerek olmaksızın kolluk tarafından el konulabilir. Aracın görünmeyen yerlerinde örneğin; bagajında olan eşyanın bulunması için arama kararı gereklidir.⁵¹

7- Maliye denetiminde arama kararına gerek olmadığından denetimde ele geçirilen eşya hukuka uygun bir şekilde tespit edilmiş suç eşyası olarak kabul edilir.⁵²

na istinaden yapılan aramada marker seviyesi geçersiz 1300 litre kaçak akaryakıtın ele geçirildiği olayda, mazot bidonlarının görülür vaziyette bulunması ve suçüstü hali ve yakalanan akaryakıtın miktar ve niteliğine nazaran ticari mahiyette oluşu değerlendirilerek, eylemin 5607 sayılı Yasa kapsamında bulunduğu anlaşılacakla, sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir...”

⁵¹ Yargıtay 7. CD 06.10.2020, E. 2020/1842, K. 2020/14745. “Olay tutanağına göre; sanığa ait Aktaş market adlı iş yerinde kaçak sigara satışı yapıldığı ihbarı üzerine kolluk görevlilerinin bahsi geçen iş yerine giderek, sanığa kendilerini tanıttıktan sonra, iş yerinde kaçak sigara bulunup bulunmadığını sormaları üzerine; sanığın tezgâhın alt kısmından görünür halde olmayan 130 paket kaçak sigarayı çıkartarak görevlilere rızaen teslim etmesi şeklinde gerçekleşen olayda; sanık savunmalarında sigaraları kişisel kullanım amaçlı aldığını, ticari amacının bulunmadığını beyan etmiştir. 5271 sayılı CMK'nun 119. maddesi uyarınca aramanın, hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın, Cumhuriyet Savcısı'na ulaşılamadığı takdirde kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerince, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı emri ile yapılabileceği yönündeki düzenleme karşısında, sanık ve kaçak eşya konusunda usulüne uygun bir arama kararı olmadığı cihetle, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, bu eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, sanığın sigaraları ticari amaçla bulundurduğuna dair herhangi bir ikrarının bulunmadığı nazara alındığında Anayasa'nın 38/2, 5271 sayılı CMUK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1 madde ve fıkralarına göre hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması...”

⁵² Yargıtay 7. CD 04.11.2021, E. 2021/24544, K 2021/14618.. “Sanığın marketinde vergi denetim memurları ve polisler eşliğinde yapılan rutin denetim esnasında, market tezgahının altından 36 paket yabancı menşeli kaçak tütün, 5 adet yabancı menşeli kaçak puro, 10 paket kaçak sigara, 1 litrelik pet şişede boğma rakı ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; Maliye denetimi sonucu suçta konu kaçak eşyaların yakalanması ve rızaen teslim edilmesi karşısında hukuka aykırı bir arama işleminden bahsedilemeyeceği, kaçak eşyaların bulunduğu yer, yakalanış şekli, ticari iş yerinde yakalanmış olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, ticari kastla söz konusu eşyayı bulundurduğu sabit olan sanığın mahkûmiyeti yerine...”

5. Konutta, İş Yerinde Ve Kamuya Açık Olmayan Kapalı Alanlarda Hâkim Kararı Veya Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri Bulunmadan Yapılan Arama

Yargıtay 7. CD. 19/10/2021 Tarihli, 2021/2274 Esas, 2021/13006 Karar sayılı kararına göre; "Kolluk görevlilerince ... Bayi isimli işyerinde kaçak içki satışı yapıldığına dair istihbari bilginin alınması üzerine, ... Mahallesi ... Caddesi sayılı adresteki işyeri ve işyeri üzerinde bulunan ikametgahın bir süre gözlenmesi neticesinde, işyerinde herhangi bir suç unsuruna rastlanılmaması ancak ikametgahın girişinde bulunan merdiven boşluğunda koliler içerisinde 21 şişe kaçak içki ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda, sanığın aşamalarda savunmalarında, suçla ilgili içkileri aynı zamanda vatandaşı olduğu Bulgaristan' dan içmek amacıyla aldığını beyan ettiği cihetle, sanığın suça konu içkileri içmek amacıyla bulundurduğu ve ele geçen içkilerin kişisel kullanım miktarında olduğu nazara alınarak beraat kararı verilmiş ise de; CMK'nun 119. maddesinde yer alan "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, iş yerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir..." şeklindeki düzenleme karşısında, olay günü sanığın işyerinde ve ikametgâhında arama yapılması için hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri olmadan yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği, Anayasa'nın 38/6, 5271 sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı ve bu gerekçeyle sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi sonuca etkili görülmediğinden, katılan Gümrük İdaresi vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle sonucu itibarıyla doğru olan hükmün ONANMASINA..."

Karar incelendiğinde; ilk derece mahkemesi sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmaması gerekçesiyle beraat kararı vermiş ise de, Yargıtay aramanın hukuka aykırı gerçekleştiğinden bahisle suça konu eşyaların yasal unsur kapsamında kalıp kalmadığının öneminin olmadığını, ikametinde yapılmış olan aramanın, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabileceğini belirterek mahkumiyet hükmünün zaten kurulamayacağını bu sebeple usule ve hukuka aykırılık olduğundan beraat kararını onamıştır. İlk derece mahkemesinin gerekçesini hatalı bulmuştur.

VI. HUKUKA AYKIRI ARAMANIN SONUÇLARI

Hukuka aykırı arama işlemi yargılamanın sonucunda cezai ve hukuki olarak sonuç doğurur: 1- Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Aramanın Suç Oluşturması 2- Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Arama Sonucunda Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılmaması 3- Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Aramanın Tazminat Sorumluluğu Gerektirmesi. Hukuka aykırı olarak yapılan arama işleminin doğurmuş olduğu sonuçlara ilişkin örnek yargı kararları bağlamında irdeleme yapılacaktır.

A. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Aramanın Suç Oluşturması

Türk Ceza Kanunu kapsamında hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi için iki ayrı hüküm mevcuttur. Bunlardan birincisi; TCK 120. maddesi kapsamında düzenlenen “Haksız Arama” başlıklı maddeye göre; *“Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”* hükmü gereğince düzenlenen suçla kişilerin özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkı korunmaktadır.⁵³ Her bir bireyin üzerinin, eşyasının ve özel kâğıtlarının aranması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa ile teminat altına alındığından, hukuka aykırı bir arama kişilerin özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına haksız bir müdahale etmiş olur.⁵⁴ Kişilerin üzerlerinin aranması sırasında vücut dokunulmazlığı haklarına da müdahale söz konusudur.⁵⁵

⁵³ Yeşim Yılmaz, Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama, TBB Dergisi, 2016, S.124, s.255.

⁵⁴ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar (Ankara, US-A yayıncılık, 2016), 221.

⁵⁵ Güçlü Akyürek, Haksız Arama Suçu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, 36.

Haksız arama suçu ile cinsel saldırı suçu arasında ise fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulur. Fail cezası ağır olan suçtan sorumlu olur.⁵⁶ Örneğin üst araması sırasında basit cinsel saldırı suçu da işlenmişse, fail cezası ağır olan suçtan sorumlu olacaktır.⁵⁷

İkincisi ise; TCK 119/1-e. maddesinde düzenlenen ve TCK 116. maddesi kapsamında kalan “Konut Dokunulmazlığını İhlal Etme” suçunun “Ortak Hüküm” başlıklı maddesine göre; “Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,” şeklindeki hüküm gereğince kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kişiler konut veya eklentisine girmesi halini cezai müeyyideye bağlamıştır. Her iki düzenlemenin ortak özelliği kamu görevine haiz kişiler tarafından söz konusu suçun işlenebileceğidir. Yargıtay, yürütülen bir soruşturma kapsamında aranan kişiyi bulmak için failin kardeşinin evinde gece saatlerinde yapılan aramayı konut dokunulmazlığının ihlali olarak nitelendirmiştir.⁵⁸

Hukuka aykırılık ile suç teşkil etme farklı kavramlardır. Her hukuka aykırılık durumu suç oluşturmayacaktır ancak haksız arama suçu da değerlendirilmelidir.⁵⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.06.2019 Tarihli, 2019/464 Esas, 2019/477 Karar sayılı kararında, Adli görev kapsamında işlenen haksız arama suçundan dolayı ilgili kolluk hakkında 4483 Sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni alınmasının zorunlu olmadığı ancak söz konusu suçla birlikte Konut Dokunulmazlığını İhlal Etme, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma veya Görevi Kötüye Kullanma suçlarından birisi işlenmişse ve bu suçlardan dolayı soruşturma izni talep edilmişse talebin sonucu araştırılarak hüküm kurulmalıdır demiştir.⁶⁰

⁵⁶ Recep Gülşen, Haksız Arama Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008, 154.

⁵⁷ Hakan Serdar Çöpoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, 161.

⁵⁸ Yargıtay 4. CD, 19.04.2016, 2004/21680 E. 2006/9696 K.

⁵⁹ Hakan Serdar Çöpoğlu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma, 158.

⁶⁰ “... ili KOM Şube Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliğince, örgüt faaliyeti kapsamında değerlendirilen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticaretinin önlenmesi, şahısların tespiti ile yakalanmalarına yönelik yapılan istihbarat çalışmalarında, uyuşturucu madde ticareti yaptıkları ve suç örgütü içerisinde yer aldıkları değerlendirilen bir takım şahıslar, bu şahısların kullandıkları GSM hatları ile gerçekleştirdikleri eylemlere ilişkin bilgiler elde edilmesi üzerine, şahısların içerisinde

de yer aldıkları suç örgütünün faaliyetlerinin deşifre edilebilmesi, yakalanabilmeleri ve delillerin ele geçirilebilmesi için başkaca suretle delil elde edilmesi imkânı da olmadığından bir takım şüpheliler hakkında iletişimin tespiti kararları alınarak soruşturmaya devam edildiği, ... adı geçen şahısların telefon görüşmelerinde şifreli konuşmalarının tespit edildiği, Şüpheliler hakkında iletişimin tespiti ve kayda alınması tedbirinin uygulanmasına devam edildiği sırada, 06.03.2014 tarihli ve 28933 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair 6526 sayılı Kanun’la CMK’nın 135. maddesinde yapılan iletişimin tespiti ve kayda alınması tedbirinin süresi koşullarındaki değişiklik nedeniyle ... Cumhuriyet Başsavcılığının talimatı üzerine ... tarihinde iletişimin tespiti ve kayda alınması tedbirinin sonlandırıldığı, ... İl Emniyet Müdürlüğünün yazısı ile; sanık ...'nin ... plaka sayılı araçla Van ilinden İstanbul’a yüklü miktarda uyuşturucu madde sevkiyatı yapacağı bilgisinin elde edilmesi nedeniyle bahse konu araç hakkında duyarlı olunması, çalışmaların gizlilik içerisinde yürütülmesi ve yakalanması durumunda KOM Şube Müdürlüğüne bilgi verilmesinin Umum Emniyet Müdürlüklerinden istenildiği, ... İl Emniyet Müdürlüğünün söz konusu yazısı üzerine, ... ili KOM Şube Müdürlüğü görevlilerinin bahsi geçen araç plakasının MOBESE kayıtlarına yazılması için ... tarihinde Muhabere ve Elektronik Şube Müdürlüğünden talepte buldukları, ... tarihinde söz konusu aracın “Plaka Tanıma Sistemi”ne kaydedildiği, 22.03.2014 tarihinde, ... plaka sayılı aracın saat 14.46’da ... istikametine doğru gittiğinin Muhabere ve Elektronik Şube Müdürlüğü görevlilerince bildirilmesi üzerine KOM Şube Müdürlüğü Narkotik Büro Amirliği ekiplerinin, aracın yakalanması için hareket edip, konuyla alakalı olarak ... İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlileriyle irtibata geçerek söz konusu aracın görülmesi durumunda gerekli incelemenin yapılmasını istedikleri, ... plaka sayılı aracın ... ilçesine girişi sırasında Narkotik Büro Amirliği ekiplerinin de araca yetiştikleri, ... İlçe Emniyet Müdürlüğü ve Narkotik Büro Amirliği ekiplerinin saat 15.45 sıralarında ... Mahallesi, Otogar kavşağı, ... üzerinde aracı durdurdıkları, yapılan kimlik kontrolünde sürücünün sanık ... olduğuna tespit ettikleri, ... plaka sayılı araç ile sanığın üzerinde gerekli aramanın yapılabilmesi için görevlilerce nöbetçi Cumhuriyet savcısının telefonla arandığı, ... İl Emniyet Müdürlüğünün 2014 tarihli ve ... sayılı yazısı içeriği okunup şahsın GBT sorgusunda eroin kaçakçılığından sabikasının olduğu da söylenilerek arama kararı talebinde bulunulduğu, ancak Cumhuriyet savcısının sanığın aranan kişilerden olmadığı ve konuyla ilgili somut delil bulunmadığı için arama kararı talebinde bulunamayacağını bildirmesi üzerine, sanığın görevlilerce 22.03.2014 tarihi saat 16.30 sıralarında ... ilçesinde serbest bırakıldığı, Muhabere ve Elektronik Şube Müdürlüğü görevlilerince aynı gün saat 18.04 sıralarında ... plaka sayılı aracın ... ilçesinden ... il merkezine giriş yaptığının bildirilmesi üzerine, ... 2. Sulh Ceza Mahkemesinin değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden ... Mahallesi, şehir merkezi istikametine uygulama yapan ekiplere konuyla alakalı bilgi verilerek saat 18.10 sıralarında aracın durdurulmasının sağlandığı, yapılan kimlik kontrolünde sürücünün sanık ... olduğunun anlaşıldığı, araçta gizli bölmeler içerisine konulmuş uyuşturucu maddeler obaleceğini değerlendiren görevlilerin narkotik köpeği ile yaptıkları kontrol sırasında köpeğin araca yoğun şekilde tepki vermesi nedeniyle detaylı şekilde arama yapılmak amacıyla aracı Bakım Onarım Şube Müdürlüğü tamirhanesine çektikleri, önleme araması kararına istinaden saat 18.30 sıralarında başlayan

B. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Arama Sonucunda Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılmaması

Anayasanın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa’nın “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesine 2001 yılında eklenen 6. fıkrada ise “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez ” ifadesine yer verilerek hukuka aykırı olarak elde

arama sonucunda, aracın sağ ön koltuk alt kısmında sonradan yapıldığı anlaşılan bölmeye gizlenmiş şekilde toplam (60) paket içerisinde suç konusu eroinin ele geçirildiği olayda; Sanığın kullandığı ... plaka sayılı aracın, ... Emniyet Müdürlüğü KOM Şube Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlilerinin bildirmesi üzerine ilk önce ... ilçesi sınırları içerisinde durdurulması, ... İlçe Emniyet Müdürlüğü görevlilerince nöbetçi Cumhuriyet savcısından arama kararı verilmesinin talep edildiği sırada ... Emniyet Müdürlüğü KOM Şube Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlilerinin de aracın durdurulduğu yerde bulunmaları, nöbetçi Cumhuriyet savcısının koşulları bulunmadığı gerekçesiyle arama kararı talebinde bulunmayacağını bildirmesi sonrasında sanığın saat 16.30 sıralarında serbest bırakılması, ... ilinden gelip ... üzerinden İstanbul istikametine gitmekte olan aracın, yoluna devam etmeyerek ... ilçesinden geri dönmek suretiyle ... il merkezine geldiğinin saat 18.04 sıralarında plaka tanıma sisteminden görülmesi, durumun uygulama yapmakta olan görevlilere bildirilerek aracın ikinci defa durdurulmasının sağlanması, ... Emniyet Müdürlüğü KOM Şube Müdürlüğü Narkotik Suçlar Büro Amirliği görevlileri eşliğinde önleme araması kararına istinaden yapılan kontrolde narkotik köpeğin araca tepki vermesi sonrasında yapılan aramada araca gizlenmiş şekilde suç konusu eroinin ele geçirilmesi, sanığın savunmalarında ... ilçesinde durdurulmasının ardından serbest bırakıldığını, ancak görevlilerden birisinin yaptığı telefon görüşmesi sonrasında kendilerini takip etmesi gerektiğini söylemesi üzerine kendi aracı ile görevli polis memurlarının bulunduğu aracı takip ettiğini, ... il merkezinde tekrardan aracının durdurulduğunu, burada yapılan aramada suç konusu uyuşturucu maddenin bulunduğunu söylemesi ile ... Cumhuriyet savcısının somut delil olmaması nedeniyle ... plaka sayılı araç ile sanık hakkında arama emri vermemesi üzerine sanığın aracıyla birlikte ... Bölge Trafik Müdürlüğü önünde bulunan arama noktasına götürüp burada arama işlemini gerçekleştiren Trabzon Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri hakkında "Görevi kötüye kullanma" ve "Hürriyeti Tahdit" suçlarından ... Valiliğinden soruşturma izni istenildiğinin anlaşılması karşısında; bahsi geçen ve arama işlemini gerçekleştiren görevliler hakkında soruşturma izni verilip verilmediğinin, verilmiş ise dava açılıp açılmadığının ve açılmış ise dava sonucunun araştırılarak, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırmaya dayalı olarak hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu kabul edilmelidir."

edilen bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği Anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır.⁶¹

Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi prensibi geçerli olmakla birlikte, mahkeme, hukuka uygun bulunan delilleri dikkate alabilmektedir. Hukuka aykırı delillerin elde edilmesi yasak olduğu gibi hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin de değerlendirilmemesi gerekir.⁶² Bu sebeple hukuka aykırı arama işleminin en önemli yaptırımlarından birisi de arama ile elde edilen bulguların delil değerini yitirmesidir.

1. Arama Kararı Olmadan Araç Bagajında Yapılan Arama

⁶¹ Burçin Şenocak Bayrak "Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Adil Yargılanma Hakkına Etkisi" s.20. (Erişim Tarihi 16.12.2023) <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/4052023132645burcin.pdf>. Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, Başvurucu, aleyhindeki davada delil olarak kullanılan eşyaların, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulmadığı bir arama kararının icrası esnasında ele geçirildiğini, aramanın 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesine aykırı olarak icra edildiğini, bu nedenle ele geçen eşyaların yargılamada delil olarak kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi tarafından başvuru hakkının esas itibarıyla yargılanmanın adil olmadığı ve hukuka aykırı delillere dayanılarak hüküm tesis edilmesiyle ilgili olduğu değerlendirilerek başvuru hakkının iddialarını adil yargılanma hakkı çerçevesinde incelemiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ilk olarak AİHM'in delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak yukarıda özetlenen prensiplerine ve bireysel başvuru incelemesinin kapsamına ilişkin kendi içtihadına yer vermiştir. Kararda olay tarihinde ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kimse hazır bulundurulmadan yapılan aramanın, o tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, yargılanmanın esaslı ve belirleyici delilin, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen post, trofe ve boynuzlar olduğunu, dayanılan diğer delillerin ise, aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğini tespiti ilişkin "bilirkişi raporları" ile kollukça tanzim edilmiş "tespit tutanağı" olduğunu belirtmiştir. Bilirkişi raporlarının, aramada ele geçen delillerin incelenmesine yönelik bir araç olduğu değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisinin kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olduğunu fakat, somut olayda, arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılanmanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki "kanuna aykırılığın" yargılanmanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Bu sebeplerle başvuru hakkının adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Şenocak, 22.

⁶² Tülay Kitapçioğlu Yüksel, Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi, İstanbul Hukuk Mecmuası 76(1),2018, 109-131, 125.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 27.03.2023 Tarihli, 2021/4403 Esas, 2023/1668 Karar sayılı kararına göre; “Durumundan şüphelenilen sanığın kolluk ekipleri tarafından aracıyla durdurulduğu, aracın bagajını sanığın kendisi açması üzerine kabaca bakıldığında valiz üzerinde beyaz poşete sarılı namlu kısmı görünür vaziyette tüfek ve fişekler ele geçirildiği, Sanık hakkında 6136 Sayılı Kanuna Muhalefet suçundan kamu davası açıldığı, İlk derece mahkemesi tarafından cezalandırılmasına ilişkin karar verildiği, Yargıtay tarafından yapılan inceleme sonucunda sanığın bulunduğu araç üzerinde arama yapılmasına dair önleme veya adli arama kararı bulunmaması, gözle görünür bir yerde olmayan bagajın içerisinden suç eşyası elde edilmesinin hukuka aykırı yöntemle elde edilmesi dolayısıyla hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir.”⁶³

Karar incelendiğinde; önleme ve adli arama kararı alınmadan araç bagajı içerisinde suça konu eşyaların ele geçirildiği, hukuka aykırı arama sonucunda ele geçirilen eşyaların hükme esas alınamayacağının belirtildiği,

Uygulamada binek araçlar ile kamyon, kamyonet, tır, traktör, şehirlerarası otobüs, minibüs vb. araçlar hakkında yapılan aramalar genellikle önleme aramasına ilişkin karar usulüne uygun olarak alınmış ve arama işlemi de usulüne uygun yer ve şartlar da gerçekleştirilmiş ise hukuka uygun kabul edilmektedir.⁶⁴ Önleme araması kararına istinaden taşıtlarda yapılacak aramanın örneğin; garajda, kapalı ya da açık otoparkta, yahut özel bir konutun bahçesinde olması durumunda adli arama kararı alınması gerekmektedir.⁶⁵

⁶³ Araç içerisinde gözle görünür vaziyette bulunan kaçak eşya için arama kararı alınmasına gerek olmadığına dair karar için bkz. Yargıtay 7. CD. 28.06.2021, E. 2021/748, K. 2021/8662.

⁶⁴ Yargıtay 7. CD. E. 2023/1578, K. 2023/9409 “Olay tutanağı ve dosya kapsamına göre, kolluk görevlileri tarafından oluşturulan uygulama noktasında, suç tarihinde saat 09.45 sıralarında otoban doğu turnikeleri civarında otoban kenarında park halinde bulunan ve durumundan şüphelenilen 76 AF 333 plakalı aracın yanına gidildiği, aracın yanında şoförü olan sanığın bulunduğu, önleme araması kararına istinaden yapılan aramada, aracın bagajında ve şoför mahalli arkasında bulunan koltuk yanında görünür vaziyette sigaraların bulunduğu, toplam 1088 karton gümrük kaçağı sigara ele geçirildiği anlaşılmıştır.... Yargılama sürecindeki işlemlerin usul ve kanuna uygun olarak yapıldığı...”

⁶⁵ Yavuz ve Ulgar, Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları, 390.

2. Arama Kararı Olmadan Otobüste Yapılan Arama

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 26.12.2019 Tarihli, 2019/7139 Esas, 2019/39616 Karar sayılı kararına göre; “yol emniyet ve kontrol devriyesi esnasında yolcu otobüsünde yapılan kontrolde sanığa ait valiz içerisinde 80 karton sigara ele geçirildiği, sanığın aşamalarda alınan savunmalarında sigaraları içmek için bulundurduğunu beyan ettiği, sanığa ait valizde arama yapılmasına dayanak teşkil eden mahkemece verilmiş usulüne uygun bir arama kararı olmadığı gibi, gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izni ya da Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri de bulunmaması karşısında, hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 38/2., 5271 sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı gözetilerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...”

Araçlarda arama yapılabilmesi için kural olarak hâkim kararı veya yazılı bir emrin bulunması gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yazılı arama emri Cumhuriyet Savcısınca verilir. Ancak Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması halinde adli kolluk amiri de yazılı arama emri verebilir. Arama kararı olmadan araçta yapılan arama sonucu elde edilen deliller daha önce de belirttiğimiz gibi hukuka uygun olmadığı için hükme esas alınmaz.

Örnekler ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapacak olursak; Kıta Avrupa hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri korumak iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemi açısından ise, kolluğu disiplin altına almaktır⁶⁶. Ceza Muhakemesi Kanununun 217. maddesi uyarınca, yüklenen suç ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir. Anayasanın 38/8. maddesine göre de, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Bu kapsamda, suçun hukuka aykırı delillerle ispat edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Böylece, hukuk sistemimizde hukuka aykırı deliller açısından Anglo-Amerikan sisteminde olduğu gibi, mutlak değerlendirme yasağı öngörülmüş olmaktadır⁶⁷.

⁶⁶ Öztürk vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 371-372.

⁶⁷ Centel ve Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 660-661.

3. Hâkim Kararında İçeriğin Belirsiz Olması Dolayısıyla Yapılan Arama

Yargıtay 7. CD. 27.11.2013 Tarihli, 2013/5178 Esas, 2013/23749 Karar sayılı kararına göre; “Sanığın sahibi olduğu ... sayılı iş yerinde hakim kararı ile yapılan aramada korsan kitap bulunduğundan bahisle anılan sanık hakkında 5846 sayılı kanunun 81/9. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır. Aşamalarda korsan kitap satmadığını savunan sanığın mahkumiyeti için yeterli ve yasal delil olup olmadığı hususunu irdelemek gerekmektedir. Korsan kitap satmadığını iddia eden sanığın mahkumiyetin asıl kanıtı ele geçen kitaplar ve üzerlerinde yapılan inceleme sonucu verilen bilirkişi raporudur. O halde sözü edilen kitapların nasıl ele geçirildiğini ve bu işlemin hukuka uygun olup olmadığını belirlemek gerekmektedir. Dosyada bir örneği bulunan A. 3. Sulh Ceza Mahkemesinin ... tarih ve ... sayılı değişik iş kararı incelendiğinde; "... İli ... İlçesi ... Bulvarı üzerinde bulunan ... Sokakta 1 numaradan başlayıp 25 numarada biten iş yerlerinde ve müstemilatında arama yapılmasına" karar verilmiştir. Bu karara istinaden sanığın işyerinde arama yapılmış ve dava konusu kitaplar ele geçirilmiştir. Olayımız bakımından yasal düzenlemeler incelendiğinde; Somut olayda katılan vekilinin şikayet dilekçesinde sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikte iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüpheyi haklı kılan unsurlar yoktur. Şüphe belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde ... Sokak'ta 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel arama boyutuna ulaşan keyfiliğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. O halde; Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesinin adli aramasına ilişkin olarak verdiği karar hukuka aykırı olup, bu karara istinaden aranan iş yerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmaz ve Anayasa'nın 38/6, 5271 sayılı yasanın 206/2-a, 217/2, 230/1.madde ve fıkralarına nazaran hukuka aykırı olarak elde edilen bu delil hükme esas alınamaz.”

Karar incelendiğinde; usulüne uygun olarak verilmiş olan bir karar bulunuyor olsa dahi arama kararı içeriğinde gerekli olan makul şüphenin bulunmaması dolayısıyla arama işleminin hukuka aykırı hale geldiği belirtilmiştir.

Keyfi aramaları önlemek amacıyla, 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 9. maddesiyle CMK'nın 116/1. maddesinde yer alan "makul" ibaresi "somut delillere dayalı kuvvetli" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece, adli aramalar bakımından "makul şüphe" yerine "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" gerekli kılınmıştır. Ne var ki, 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunun 40. maddesiyle yeniden "makul şüphe" kriteri konulmuştur. Böylece, temel hak ve özgürlükler açısından bir geriye gidiş söz konusu olmuştur.⁶⁸

4. İş Yerinde Usulsüz Arama

Yargıtay 7. CD. 14.04.2022 Tarihli, 2021/31455 Esas, 2022/7619 Karar sayılı kararına göre; "Olay tutanağı ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın işlettiği büfede kaçak sigara satıldığı ihbarı üzerine bahse konu yerde yapılan aramada, 11 karton kaçak sigara ele geçirilmesi şeklinde gerçekleşen olayda; CMK'nun 119. maddesinde yer alan "Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir..." şeklindeki düzenleme karşısında, olay günü sanığın çalıştığı iş yerinde arama yapılması için hakim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri olmadan yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, eşyanın kaçak olmasının durumu değiştirmeyeceği gözetilip, Anayasa'nın 38/2, 5271 sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına göre, hukuka aykırı surette elde edilen delillere dayanılarak sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi..."

Karar incelendiğinde; ihbar üzerine kolluk ekiplerinin sanığın işletmesinde yapmış olduğu arama sonucunda kaçak olduğu değerlendirilen sigara ele geçirdikleri, ancak iş yerinde yapılan aramanın hâkim

⁶⁸ Gülşen "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi" 243.

kararına veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emrine dayanmaması sebebiyle ilk derece mahkemesinin mahkûmiyete ilişkin vermiş olduğu kararı hukuka aykırı bulduğunu görmekteyiz.

Umuma açık bir iş yeri olmakla birlikte iş yerinde somut olarak kaçak ürün satışı yapıldığına dair ihbarın bulunması halinde, CMK'nın 2/e-j ve 161. maddesinin 2. fıkrası ile PVSK'nın ek 6. maddeleri uyarınca, edinilen bilgi ve alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan kolluğun olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için "gerekli acele tedbirleri aldıktan sonra durumu derhal Cumhuriyet Savcısına bildirmesi ve Cumhuriyet Savcısının talimatı doğrultusunda gerekli soruşturma işlemlerini yapması gereklidir. Ancak önemle belirtmek gereklidir ki iş yerine gidildiğinde kaçak eşyanın gözle görülür vaziyette olması halinde artık arama kararı alınmasına gerek kalmayacaktır.⁶⁹

Yargıtay 7. Ceza Dairesi 2023/7441- 2023/8952 sayılı kararında; "Anayasa Mahkemesinin 19.11.2014 tarihli ve 2013/6183 başvuru numaralı ve 15.04.2015 tarihli ve 2013/2392 başvuru numaralı kararları ile; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13.03.2012 tarihli ve 278-96 sayılı, 26.06.2007 tarihli ve 147-159 sayılı, 28.04.2015 tarihli ve 464-132 sayılı, 06.02.2020 tarihli ve 1146-68 sayılı kararlarında somut olay farklılıklarından kaynaklandığı değerlendirilen içtihatların mevcut olduğu anlaşılacakla, ... Dairenin istikrarlı ve yerleşmiş içtihatları doğrultusunda Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, iş yeri veya diğer kapalı yerlerde yapılan arama işlemi sırasında o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulmaması halinde, dosya kapsamına göre arama işleminin sıhhatini ve bu işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheli hale getirmeyen ve herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonucunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulunmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmalarının ve mahkumiyet hükmüne dayanak teşkil edememelerinin kabul edile-

⁶⁹ Yavuz ve Ulgar, Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları, 370.

meyeceği şeklinde...” karar verildiğinden bazı eksikliklerin taraflarca sıcağı sıcağına arama işlemine itiraz edilememesinin artık şekli eksiklik halinde kalmasının mahkumiyeti etkilemeyeceğini, muhatabın arama kararına itirazı var ise tutanak altına alınma ya da ifade aşamasında belirtmesinin önem arz ettiğini belirtebiliriz. Anayasa Mahkemesi arama tanıkları bulunmaksızın yapılan arama sonucunda elde edilen delilin hükme katkısına göre değerlendirme yapmaktadır.⁷⁰

Yargı organları arasında arama işlemi sırasında hazır bulunması gereken kişilerin bulunmaması sebebiyle farklı yorumlar yapıp farklı sonuçlara ulaşılması sonucunda 17/10/2023 tarihli karar verilmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki; CMK 119/4. maddesinde arama tanıklarının arama anında hazır olması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa kapsamında güvenlik altına alınmış olan kişilerin sahip olduğu hakların sınırlandırılması sırasında kanun ile yapılmış olan düzenlemeye ilişkin Yargıtay’ın, hukuken elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheli hale getirmeyen ve herhangi bir hak ihlaline neden olmayan arama sonucunda ele geçen delillerin sadece arama tanıklarının hazır bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı sayılmayacağı şeklindeki kararını hatalı buluyoruz. Nitekim öğretilde, konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde ağır sonuç doğuracak bir arama yapmak için Cumhuriyet savcısının teminat olarak hazır bulunması gerektiği, hukuk bilgisinden yoksun sivil kişilerin hazır bulunmasının anlamının bulunmadığı⁷¹ belirtilmişken açıkça kanun ile düzenlenmiş olan arama tanıkları konusunun kanunsal bir düzenleme ile Cumhuriyet savcısının hazır bulunması gereken kişi olarak belirtilerek açıklığa kavuşturulması gerektiğine inanıyoruz. Tanıkların çağrılmasının zaman alacak olması sebebiyle uygulamada kolluk ekiplerinin arma tanıklarını çağıramayabileceklerini ve keyfi uygulamalara yol açılabileceğini⁷² belirtmek isteriz.

⁷⁰ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, 329. Anayasa Mahkemesi, Yaşar Yılmaz, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, p. 58, 59.

⁷¹ Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 194.

⁷² Fahri Gökçen Taner ve Yaprak Öntan, CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İçtihat Dönüşüm, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), (2016), 2445-2469, 2466.

C. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Aramanın Tazminat Sorumluluğu Gerektirmesi

Zarara uğrayan her bir vatandaş zararının giderilmesi için Devlet ile muhatap olma sebebi; Devletin, vatandaşlarının maddi ve manevi varlıklarını korumak ile yükümlü olmasından kaynaklanmaktadır.

Öğretide yer alan yaygın bir görüşe göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına ilişkin ilkeler göz önüne alındığında, kural olarak Devletin yargılama faaliyetinden dolayı mali sorumluluğu kabul bulmamaktadır. Ancak yasa ile düzenlemesi halinde tazminat verilebileceği belirtilmektedir. Koruma tedbirlerine karşı Devletin tazminat sorumluluğunun dayanağı farklı teorilere dayandırılarak şahsi kusur, yardım, kusursuz sorumluluk, haksız fiil, risk teorisi veya organ teorisi gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır.⁷³

Anayasa'nın 40/3. maddesine göre; *“Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”* 125/son maddesinde göre; *“İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.”*

CMK 141/1-i maddesine göre koruma tedbirlerinden sayılan ve hukuka aykırı olan adli arama nedeniyle değil, kanuna uygun olarak alınan bir “arama kararının ölçüsüz bir şekilde gerçekleşmiş olması” tazminat nedeni olarak öngörülmüştür.⁷⁴ Yakalama ve tutuklama tedbirlerinde olduğu hukuka aykırı olarak tedbir uygulanmış olması koşulu aranmışken, arama tedbiri için sadece aramanın ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilmesi şartı aranmıştır.⁷⁵ Aramaya maruz kalan kişi maddi ve manevi zarara uğraması halinde Devlettten tazminat isteme hakkına sahiptir.⁷⁶

Tazminat sorumluluğu hukuki bir sorumluluktur. Dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırmak gerekmektedir. Dar anlamda hukuki sorumluluk: CMK 141/1. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı

⁷³ Erdener Yurtcan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (Ankara, Seçkin, 2019), 468.

⁷⁴ Nabi Özalp, Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, TBB Dergisi, (2019) (145), 117.

⁷⁵ Serdal Baytar, Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması, TBB Dergisi, (2005), S.61, 366.

⁷⁶ Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 235.

koruma tedbirlerine dayalı sorumluluğu, geniş anlamda hukuki sorumluluk ise CMK 141/3. maddesinde düzenlenen ve 141/1. maddesinde düzenlenen koruma tedbirleri dışında kalan “suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk halleri”ne ilişkin sorumluluğu ifade eder.⁷⁷

Adli ve önleme araması ile ilgili olarak yapılan açıklamalar bir bütün gözetildiğinde arama kararının ölçüsüz bir şekilde yerine getirilmesi; arama işleminin faydalı, gerekli ve amaca uygun olmaması ölçüsüz olduğunu⁷⁸, hâkim kararı veya arama emri olmaksızın arama işlemi yapılması, arama kararının veya arama emrinin gecikmesinde sakınca bulunan bir halin bulunmaması veya hâkim kararı olmamasına rağmen arama yapılması sebebiyle hukuka aykırı olması, arama tanıkları hazır edilmeksizin⁷⁹ arama yapılması, arama işleminin gerçekleştirilmesinden önce aramaya muhatap olacak kişinin arama konusunda bilgilendirilmede bulunulmamış olması, arama sırasında muhatabın eşyalarına zarar verilmesi veya aşırılığa kaçılması⁸⁰, askeri mahallerdeki aramalarda Cumhuriyet Savcısının ve/veya askeri yetkilinin bulunmadığı bir zamanda icra edilmesi, Cumhuriyet Savcısı ve/veya baro temsilcisinin bulunmadığı bir halde avukatlık bürosunda arama işleminin yapılması gibi hallerde arama işlemi hukuka aykırı sayılarak tazminata konu olabilmektedir.⁸¹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu konuya ilişkin bir içtihadında, tazminata hükmedilmeden önce, tazminat talep edenin zararının başka yollarla giderilmesi olanaklı ise bu yola gidilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir.⁸²

Yargıtay 12. CD. 24/12/2013 Tarihli, 2013/9105 Esas, 2013/30731 Karar sayılı kararına göre; “Mahkemece tazminat talebinin reddi kararının gerekçesinde “arama kararının bizatihi kendisinin ve içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının tazminat konusu yapı-

⁷⁷ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 581.

⁷⁸ Veli Özer Özbek vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ankara, Seçkin, 2020), 486.

⁷⁹ Özbek vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, 486.

⁸⁰ Erhan Günay, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, (Ankara, Seçkin, 2014) 98.

⁸¹ Yargıtay 12. CD. 10.12.2015, 2015/334 E. 2015/19161 K.

⁸² Süheyl Donay, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (İstanbul: Beta, 2009) 236.

lamayacağı, arama kararının şekil şartları yönünden usule uygun olması halinde hukuka da uygun kabul edilmesi gerektiğini, arama kararının kendisinin CMK 141 ve 142. maddeleri uyarınca tazminata konu olamayacağı, ancak bu kararın uygulanması sırasında ölçülülük ilkesine uyulmadığı takdirde bu durumun tazminata konu olabileceğini, arama kararının ölçüsüz olarak gerçekleştirildiğine dair belge ve delil bulunmadığı, olayda ölçüsüz bir şekilde aramanın gerçekleşmediği, davacının bu arama nedeniyle herhangi bir zararının da olmadığı” gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar verildiği açıklanmıştır. Arama, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda düzenlenen koruma tedbirlerinden biri olup, aynı Kanununun 141-144.maddelerinde koruma tedbirleri nedeniyle zarara uğrayanlar için tazminat ödenmesinin koşulları gösterilmiştir. Tazminat istemini düzenleyen 141.maddenin (1/i) fıkrasında ise suç soruşturması ve kovuşturması sırasında “Hakkında arama kararı ölçüsüz şekilde gerçekleştirilenler” için de tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Fıkra düzenlemesinden genel olarak, tazminat isteminin haksız arama kararı veya hukuka aykırı arama kararına değil, arama kararının ölçüsüz bir şekilde yerine getirilmesine dayanması gerektiği anlaşılmakta ve Dairemiz uygulamaları da bu yönde ise de açıkça hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunulup, bulunulamayacağını da değerlendirilmesi gerekmektedir... Bu ilkeler ve belirlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde, hakkında yapılmakta olan bir soruşturma ve kovuşturmanın bulunması veya suç ihbarı üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda “makul şüphe” değerlendirmesi ve başka suretle delil elde edilme imkânının bulunup bulunmadığı ve buna ait somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle, yukarıda belirtilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararındaki ölçütler de nazara alınarak, arama kararı verilmesi gerekirken davacının “uyuşturucu ticareti ve silah kaçakçılığı” yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine CMK’nın 160.maddesi gereğince yetkili Cumhuriyet Savcılığınca işin gerçeği araştırmaya başlanmadan, ortada makul şüphe olduğuna dair bir delil ve başka kişi veya olaylar hakkında yapılan bir soruşturma da bulunmadığı ve yapılan aramanın AİHM kararlarındaki ölçütlere ve ilkelere uygun olmadığı dolayısıyla hukuka aykırı olduğu anlaşılmakla davacı lehine ma-

kul bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi, kanuna aykırı...”

Karar incelendiğinde; İlk derece mahkemesi tarafından arama kararının bizatihi kendisinin ve içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının tazminat konusu yapılamayacağı, arama kararının şekil şartları yönünden usule uygun olması halinde hukuka da uygun kabul edilmesi gerektiğinden bahisle karar vermesine rağmen Yargıtay arama kararının AİHM kararlarında belirtilen ölçüt ve ilkelere uygun olmaması⁸³ dolayısıyla tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁸³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, (24 Mayıs 2011) arama kararı ile ilgili ilkeleri şu şekilde belirlemiştir. “Sözleşmecı Devletler bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla evlerde arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebilir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin alaka ve yeterliliği ile orantılılık ilkesine uygunluğunu denetlemektedir. Bu noktada AİHM, öncelikle iç hukuktaki yasa ve ilgili uygulamaların bireyleri uygun ve etkili bir şekilde suiistimallere karşı güvence altına aldığından emin olmalıdır. AİHM, daha sonra ihtilaflı müdahalenin, pratikte, izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını incelemelidir. Bunu yaparken AİHM, aramayı gerektiren suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer delil unsurları, yine özellikle arama yapılacak yerin niteliği ve müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almaktadır (Almanya aleyhine Buck davası, no 41604/98, prg. 45, CEDH 2005-IV, ve Smirnov, ilgili bölüm, prg. 44). Mevcut davada AİHM, ilk önce ihtilaflı aramanın ilgili şahıslar hakkında yürütülen bir ceza soruşturması ya da ceza davası kapsamında düzenlenmediğini not etmektedir. Başvuranların herhangi bir suçtan şüpheli oldukları ne ortaya konulmuş ve ne de iddia edilmiştir. Hâkimin hangi delil unsurlarına dayanarak ihtilaflı arama emrini çıkardığı açık bir şekilde ortaya konmamış, sadece emniyet müdürlüğünün Cumhuriyet savcısına gönderdiği yazıda yer alan oldukça genel, kısa ve öz açıklamalarla yetinilmiştir. Bu noktada AİHM, ceza mahkemelerinin ilgili şahısların evlerinde arama yapılmasını gerektirecek somut deliller olmadığı yönündeki tespitlerini kayda geçmektedir. Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını tespit etmektedir. Hâkim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus olduğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polislere oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM’nin kanaatine göre, bir arama emrinin, aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir (Van Rossem, ilgili bölüm, prg. 45). Son olarak, aramanın yürütülme şekli ile ilgili olarak AİHM, arama sırasında bir hâkim/savcı ya da eski Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 97. maddesine göre bir hâkim/savcı olmadığı durumlarda yer alması gereken köy muhtarının da bulunmadığını gözlemlemektedir. AİHM, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilaflı müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır. “(AYDE-MİR - TÜRKİYE DAVASI, Başvuru No: 17811/04)

Arama tedbirinin şartlarından birisi de ölçülülüktür. Ölçülülük ilkesinin temel amaç ve işlevi, arama tedbirine muhatap olacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak için kullanılacak kamu gücünü, hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini ve buna bağlı olarak doğabilecek mağduriyetleri önleyebilmektir.⁸⁴ Araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olmasıdır.⁸⁵

Gecikmede sakınca ve haklı görünüş gibi iki değişken temele dayanarak muhakemeyi zarardan korumak amacı ile hak ve hürriyetlerden fedakârlık pahasına bir koruma tedbiri uygulanmasına karar vermek, bir riski göze almak demektir. Böyle bir tedbirin “haklı” dolaısıyla “caiz” görülebilmesi için, bütün tehlike tedbirlerinde olduğu gibi riski mümkün olduğunca azaltmak, bunun için de amaç ile kullanılacak araç arasında bir denge “ölçülülük” gerekmektedir.⁸⁶ Özetle, daha hafif bir tedbirle elde edilmek istenen amaca ulaşılabilecekse⁸⁷ arama tedbiri uygulanmamalıdır.

Uygulanan arama işleminin ölçsüz bir şekilde gerçekleştiği düşünülmekte ise çeşitli delillendirme yolları ile söz konusu ölçülülüğe sebep olan eylem ispatlanmaya çalışılmalıdır.⁸⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda dava açma süresi ile ilgili olarak eski düzenlemede de mevcut olan üç aylık süre bakımından bir değişiklik yapılmamıştır. Ancak Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında, dava açma süresinin başlangıcı olarak hükmün kesinleşme tarihini aramasının süreyi çok uzatabileceği ihtimali göz önünde bulundurularak bir yıllık bir üst sınır tayin edilmişti.⁸⁹ Nitekim CMK 142/2. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu süreler hak düşürücü süreler oldukları için sürelerin geçmesi durumunda tazminat isteme hakkı da düşer.

⁸⁴ Yargıtay CGK E.2022/7-514, K. 2023/327. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da, Buck/Almanya ile Smirnov/Rusya (07.06.2007; Başvuru No.71362/01) kararlarında; yapılan müdahale ile izlenen meşru amacın orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.

⁸⁵ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, 269.

⁸⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 840.

⁸⁷ Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, s.503.

⁸⁸ Yargıtay 12. CD. 24.09.2012, 2012/21906 E.- 2012/19538 K.

⁸⁹ İlyas Şahin, Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma. (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003), 408.

Tazminat talepleri, zarara uğrayan muhatabın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın ağır ceza mahkemesi incelemeyle yetkili olur.

Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine; kimlik bilgileri, zarar uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğine dair evrakların ve kayıtların eklenmesi gerekmektedir. Başvuru belgeleri arasında yetersizlik var ise mahkeme söz konusu eksikliğin giderilmesi için bir ay süre vermektedir. Mahkeme söz konusu başvuruyu inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve ekine ilişkin evrakları Devlet Hazinesinin temsilcisine tebliğ ederek on beş günlük süre içerisinde varsa itiraz ve beyanları bildirmesini ister.

Arama tedbiri bakımından, tazminat talep edilmesi için tedbirin uygulandığı soruşturma yahut kovuşturma sonucunu etkileyici veya sonucuna bağlı olmadığı için kararın kesinleşmesi gerekmemektedir.⁹⁰

1. Önleme Araması Bağlamında Tazminat Sorumluluğu

Önleme aramasının idari bir arama olduğundan bahsetmiştik. Dolayısıyla önleme aramaları için CMK hükümleri kapsamında tazminat sorumluluğu gündeme gelmeyip idarenin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. İdarenin sorumluluk türleri kusurlu ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır.⁹¹ Kusurlu sorumluluk açısından, İdarenin kusurlu eyleminin veya işleminin mevcut olması, işlemin sonucunda ortaya çıkan zarar ve zarar ile zarara konu idari işlem arasında illiyet bağının mevcut olması gerekmektedir.⁹²

PVSK 9. maddesinin son fıkrasında, “*Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.*” denmektedir. AÖAY 20/4. maddesinde; “*Hâkim tarafından verilen karar-*

⁹⁰ Yargıtay 12. CD. 30.11.2020, 2019/1791 E. 2020/6559 K. Yargıtay 12. CD. 14.12.2015, 2014/19906 E. 2015/19237 K. Yargıtay 12. CD. 01.11.2012, 2012/25534 E. 2012/22659 K. Yargıtay 12. CD. 05.05.2014, 2014/3087 E. 2014/10836 K.

⁹¹ Emine Cin Karagöz, “İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi”, Terazi Hukuk Dergisi, 13(148), 2018, 47.

⁹² Buket Deniz “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 33(153), 2021, 187-234..193

lar aleyhine, mülkî âmir tarafından kanun yollarına başvurulabilir.” hükmü mevcuttur. Önleme araması kararı her ne kadar hakim onayına sunulsa da verilen kararın içeriğinde adli aramaya konu bir şüphe bulunmadığı için idari işlem vasfı değişmemektedir.⁹³ Anayasa ile sınırlandırılabileceği belirtilen kişilerin özgürlük ve vücut bütünlüklerine karşı işlem yapılmasını sağlayan arama işlemlerine karşı kanun yolunun yönetmelikle belirtilmesinin eksiklik olduğunu düşünmekteyiz.

Söz konusu yönetmelik maddesinin hukuka uygun hale gelebilmesi için kanun koyucunun önleme araması kararına karşı başvurulacak idari kanun yolunu açık olarak belirtecek bir kanun maddesi düzenlemesi yapması gerektiği kanaatindeyiz.

Önleme araması idari bir işlem olması dolayısıyla, yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarına aykırı olması hâlinde işlem “hukuka aykırı işlem” olarak nitelendirilir. İdari işlemin hukuka aykırı olması da idarenin tazminat sorumluluğunu meydana getirir ve tam yargı davası açılır.⁹⁴

SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirlerinden birisi olan arama tedbiri, kısa süreli olarak tasnif edilmesi ve soruşturmanın başlaması sırasında delil elde etme amacıyla ilk uygulanan tedbir türlerinden biri oluşu göz önüne alındığında en çok başvuru koruma tedbirlerinden biri olarak kabul edilebilir. Arama koruma tedbiri ile delil elde edilmesi/saklının araştırılıp ortaya çıkarılması amaçlandığından günlük yaşamı ilgilendiren birçok alanda ve mekânda arama yapılabilmektedir. Özellikle kapalı alanlarda yapılan aramalar sonucunda ilgili soruşturma ve kovuşturma bakımından son derece önemli delillere ulaşılabilir. Arama koruma tedbirinin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi ve hukuka uygun yapılan arama ile hukuka uygun delillerin elde edilmesi gerekmektedir. Arama tedbirine başvurulurken hukuka aykırı karar alınması veya arama işlemi sırasında hukuki sınırların dışına çıkılarak hukuka aykırı davranılması, elde edilecek delillerin de hukuka aykırı olmasını sağlayacaktır.

⁹³ Merve Şahin, Önleme Araması, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2021, 123.

⁹⁴ Şahin, Önleme Araması, 121.

Arama koruma tedbiri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi ile Anayasanın 20 ve 21. maddeleri kapsamında düzenlenen insanların özel hayatlarının gizliliği ve konut dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale edilmektedir.

Arama işlemi müdahalenin hukuka uygun olması amacıyla kural olarak hâkim kararı ile gecikmesinde sakınca bulunması durumunda ise Cumhuriyet savcısı ve ona ulaşamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan araştırma işlemidir.

Arama işleminin hukuka uygun olabilmesi için adli arama açısından makul şüphe, ölçülülük ve usulüne uygun olarak alınmış bir arama kararı olması gerekmektedir. İdari/önleme araması için de makul bir sebep ile usulüne uygun olarak alınmış bir karar bulunmalıdır.

Arama işlemine ilişkin usulüne uygun alınmış bir karar yok ise, hukuk devleti olmanın bir gereği olarak elde edilmiş olan deliller hukuka aykırı delil niteliğinde olacaktır. Bunun dışında usulüne uygun olarak alınmış bir kararın bulunduğu ve fakat aramada bulunması gereken “makul şüphenin” olmadığı durumlarda da yapılan aram hukuka aykırı olacaktır. Aynı şekilde, arama koruma tedbiri ile korunan menfaat arasında orantı yok ise arama işlemi yine hukuka aykırı olacaktır. Bu sayılan hallerde hukuka aykırı bir arama ile elde edilen deliller ceza yargılaması bakımından hükme esas alınamayacaktır.

Arama işleminin kamu gücü kullanılması dolayısıyla uygulanması sebebiyle işlemi gerçekleştirenler kamu görevlileridir. Kamu görevlilerinin tedbiri uygularken görevlerini kötüye kullanmaları halinde bir takım cezai sorumlulukları doğacaktır. Hukuka uygun olarak verilmiş olan bir arama kararının ölçüsüz şekilde uygulanması söz konusu olur ise Devletin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Çalışma içeriğinde izah edildiği üzere, Yargıtay’ın bazı konularda somut olayın özelliğine ve farklı gerekçelerle yasal mevzuata esneklik sağladığı görülmektedir. CMK 119/4. maddesinde arama sırasında hazır bulunması gerekenler açıkça sayılmıştır. Arama tanıklarının hazır bulunmaması halinde sanığın haklarını ihlal edip etmediğini kriter olarak belirlemiştir. Ancak bu hususta Bölge Adliye Mahkemeleri arasında karar uyumsuzlukları bulunduğu için giderilmesi adına

Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 17/10/2023 Tarihli, 2023/7441 Esas, 2023/8952 Karar sayılı kararında, arama tanıklarının hazır bulunmaması halinde yapılmış olan aramanın sıhhatini ve bu işlem sonucunda elde edilen delillerin gerçekliğini şüpheli hale getirmeyen ve herhangi bir hak ihlaline neden olmadan yapılan arama sonucunda ele geçen delillerin, sırf arama tanıklarının orada bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil sayılamayacağını belirtmiştir. Ancak Yargıtay'ın bu değerlendirmesi hukuk devleti olmanın gereklerine aykırıdır. Hiçbir vatandaş kanunda açıkça aranan bir şart olarak bulunması gereken arama tanıkları olmadan evinin veya işyerinin aranmasına razı olmayacaktır. Hukuki güvenlik bakımından da bu durum kabul edilebilir değildir. Aramanın kanunda arandığı şekliyle arama tanıkları olmadan yapılmasının kabul edilmesi kolluk uygulamasında keyfilğe neden olabilecektir. Nitekim uygulamada birçok hukuka aykırı aramaya imkân sağlanmış olabilecektir. Bunun bir hukuk devletinde kabulü kanaatimizce mümkün değildir.

Ayrıca önleme araması bakımından da bazı hukuka aykırılıklar bulunmaktadır. Önleme aramasına dair kararlara itiraz açısından kanun kapsamında belirsizlik bulunup yönetmelikle itiraz hususunun belirtilmiş olması doğru değildir. Bu konuda açıkça yeni bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

YAZAR BEYANI	
Mali Destek/Teşekkür Beyanı:	Bulunmamaktadır.
Yazarların Katkıları	Eserin tamamı yazar tarafından kaleme alınmıştır.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı	Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. Yazar eski Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi çalışanıdır. Kurumdan ayrılmıştır.
Etik Kurul Onayı:	Gerekmemektedir.

KAYNAKÇA

- (Erişim Tarihi 14.11.2023) <https://www.anayasa.gov.tr/media/3590/19labita-italya.pdf>.
- (Erişim Tarihi 31.21.2023), TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr).
- Aksoy, Şemsettin. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Uluslararası Yargı ve Yargıtay Kararları Işığında Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara: Seçkin, 2007.
- Akyürek, Güçlü “Haksız Arama Suçu” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/2, 36.
- Aydemir, Melisa “Hukuka Aykırı Arama İşlemi Neticesinde Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Kullanılması” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2020.
- Aydın, Murat. Arama ve El Koyma, Ankara: Seçkin, 2012.
- Bayrak, Burçin Şenocak “Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarında Hukuka Aykırı Delillerin Adil Yargılanma Hakkına Etkisi” s.20. (Erişim Tarihi 16.12.2023) <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/4052023132645burcin.pdf>.
- Baytar, Serdal “Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması” TBB Dergisi, S.61, 2005.
- Centel Nur ve Hamide Zafer. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Beta Yayınları, 2018.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma” Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- Deniz, Buket “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru - Kişisel Kusur Ayrımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 33(153), 2021.
- Donay, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi. İstanbul: Beta, 2009.
- Gökçen, Ahmet vd. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Gülşen, Recep “ Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi” CHKD, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015. (Erişim Tarihi 16.12.2023), [Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi \[#332503\]-331515.pdf](#).

- Gülşen, Recep “Haksız Arama Suçu” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:16-17-18-19, Yıl: 2007-2008.
- Gültekin, Özkan “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüphe Kavramı” Terazi Hukuk Dergisi, S.46, 2010.
- Günay, Erhan. Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, Ankara: Seçkin, 2014.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara: US-A yayıncılık, 2016.
- Irmak, Adem. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2016.
- Karagöz, Emine Cin “İdarenin Sorumluluğunda Karine Kavramı, Uygulama Alanı ve Yargısal Denetimi” Terazi Hukuk Dergisi, 13(148), 2018.
- Kazancı, Behiye Eker, “AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması”, TBB Dergisi, 2012, 82. ayrıca bkz (Erişim Tarihi 12.12.2023) <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121>.
- Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. İstanbul: Beta, 2010.
- Özalp, Nabi “Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat” TBB Dergisi, (145) 2019.
- Özbek, Veli Özer ve Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Seçkin, 2020.
- Özbek, Veli Özer. Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Arama. Ankara: Seçkin, 1999.
- Özen, Mustafa. Ceza Muhakemesi Dersleri. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Öztürk, Bahri vd. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: Seçkin, 2010.
- Öztürk, Bahri/ Behiye Eker Kazancı ve Selim Soyer Güleç. Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara: Seçkin, Eylül 2017.
- Seyyidoğlu, Muhammed Sıddık, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021.

- Şahin, Cumhuriyet ve Gökçürk, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Ankara: Seçkin, 2021.
- Şahin, İlyas. Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003.
- Şen, Ersan “Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesilmesi” (Erişim Tarihi 16.12.2023) Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık - Önleme Aramasının Şartları ve Sınırı ile Adli Arama Kesilmesi (sen.av.tr).
- Taner, Fahri Gökçen ve Öntan, Yaprak “CMK’nın 119/4. Maddesi Uyarınca Adli Aramada Bulundurulması Gereken Tanıklar Konusunda İctihatta Dönüşüm” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2016.
- Turinay, Faruk Yasin “Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirlerinin Sınıflandırılması” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 70(2), 2021.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet, 2013.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. Ceza Muhakemesi Hukuku. Ankara: Adalet, 2010.
- Yavuz, A. Hakan ve Oktay Bahri Ulgar. Uygulamada Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Düzenlenen Kaçakçılık Suçları. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Yenidünya, A. Caner, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi” e-akademi dergisi, 2007, S.60.
- Yıldız, Hüseyin Serkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- Yılmaz, Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama” TBB Dergisi, S.124, 2016.
- Yurtcan, Erdener. Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara: Seçkin, 2019.
- Yurtcan, Erdener. CMK Şerhi. İstanbul: Beta, 2008.
- Yüksel, Tülay Kitapçioğlu “Arama Kararının Hukuka Aykırı Şekilde İcrasından Elde Edilen Delilin Hükme Esas Alınması Sorunu Üzerine Karar İncelemesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası 76(1),2018.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2012/19538 (24.09.2012).
Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2012/22659 (01.11.2012).
Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2014/10836 (05.05.2014).
Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2015/19161 (10.12.2015).
Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2015/19237 (14.12.2015).
Yargıtay 12. Ceza Dairesi. K. 2020/6559 (30.11.2020).
Yargıtay 20. Ceza Dairesi K. 2016/2525 (27.04.2016).
Yargıtay 20. Ceza Dairesi K. 2016/3945 (20.06.2016)
Yargıtay 20. Ceza Dairesi K. 2016/5521 (15.11.2016),
Yargıtay 20. Ceza Dairesi. K. 2016/1841 (04.04.2016).
Yargıtay 4. Ceza Dairesi, K. 2006/9696 (19.04.2016).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi K. 2019/31769 (20.05.2019).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi K. 2021/18865 (29.12.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K 2021/14618 (04.11.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K 2021/9841 (14.09.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2020/14745 (06.10.2020).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2021/12185 (11.10.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2021/18865 (29.12.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2021/8662 (28.06.2021).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2022/8375 (25.04.2022).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2023/6369 (12.09.2023).
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K. 2023/9409
Yargıtay 7. Ceza Dairesi. K.2019/36153 (22.10.2019).
Yargıtay 8. Ceza Dairesi. K. 2023/7472.
Yargıtay Ceza Genel Kurul, K. 2023/327.
Yargıtay Ceza Genel Kurul. K 2023/327 (31.05.2023).
Yargıtay Ceza Genel Kurul. K. 2009/264 (17.11.2009).
Yargıtay Ceza Genel Kurul. K. 2017/188 (28.03.2017).
Yargıtay Ceza Genel Kurul. K. 2018/166 (17.04.2018).