

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

**Cilt XXII, Ekim 2018, Sayı 4
Vol. XXII, October 2018, No. 4**

Ankara 2019

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi: Owner:

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*: Editor in Chief:**

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Editörler*: Editors:**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları*: Deputy Editors:**

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board:**

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Bu dergi yılda dört defa yayımlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN 2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Hazar Reklam

Basım Yeri: Hazar Reklam Matbaacılık

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler/ANKARA Tel: 0312 341 22 06-07

Basım Tarihi: Şubat 2019

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri, halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 20 72 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>
e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Merhaba Saygıdeğer Okuyucular,

Kısa bir aradan sonra dergimizin 22. cildiyle yeniden karşınızdayız. Bilindiği üzere, 7141 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 183 Numaralı Ek Maddesi ile Gazi Üniversitesi ikiye bölünmüş ve diğer sosyal bilimler alanındaki fakültelerle birlikte Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi de Gazi Üniversitesi'nden ayrılarak 18 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi adında kurulan yeni bir üniversiteye devredilmiştir. Fakültemiz bundan böyle Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi bünyesinde aynı kadro ve hevesle akademik faaliyetlerine devam edecektir.

1997 yılından beri faaliyette olan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi de bundan sonra Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamı olarak yayın hayatına kaldığı yerden devam edecektir. Değişen sadece adımız olacaktır.

Dergimizin bu yılki sayılarının yayımlanması, bölünme sürecindeki bürokratik işlemlerden dolayı biraz gecikmiştir. Ancak 2018 yılına ait bütün sayılarımızın bu yıl sona ermeden okuyucuyla buluşacağını memnuniyetle belirtmek isteriz.

Dergimizin bu sayısının da hukuk dünyasına önemli katkılar sağlamasını umar; iyi okumalar dileriz...

Editörler Kurulu Adına

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Dear Readers,

After a short break we are glad to meet you in the 22nd Volume of our Law Review. According to Law Nr. 7141, which divides specified universities, Gazi University Faculty of Law was also separated from Gazi University along with other faculties of social sciences and on 18 May 2018 it has been transferred to a new established University, named Ankara Hacı Bayram Veli University. Hence, our faculty will continue its academic activities within the body of Ankara Hacı Bayram Veli University with the same staff and enthusiasm.

Gazi University Faculty of Law Review, which has been published since 1997, will continue to be published as a continuation of Gazi University Faculty of Law Review under the name of Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review. Only the name of our review has changed.

The publication of this year's issues are a bit delayed because of the bureaucratic procedures arising from division process. However, we would like announce that all our issues for 2018 will be published before the end of this year.

Lastly, we would like to thank all law professionals who contributed to our journal as writers, referees and readers. We wish to meet you in the new issues.

With affection and respect...

On Behalf of Board of Editors

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “*Microsoft Word*” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmınının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha öz eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumun-

da yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Sai-be, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almazdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (.) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örnek: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı kaynağa daha sonra yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metrostationu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>

e-posta: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com,
hukukdergi@gazi.edu.tr.

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-HFD) is published four times per year as a “*peer-reviewed journal*” and indexed by ULAKBİM. Since July 2016 “*double peer-review*” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “*Microsoft Word*” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. The main language of the Journal is Turkish; however articles in English, German or French are also published.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English, German or French must also be supplemented. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in Turkish.
7. Names of the authors, their institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “*Article ID*” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand

corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (<http://www.hukuk.gazi>).

edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Example: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.

Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metroyu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 20 72

Fax: +90 312 215 01 69

web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>

e-mail: hukukdergi@hbv.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com,
hukukdergi@gazi.edu.tr.

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**

Cilt XXII

Ekim 2018

Sayı 4

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Limited Şirket Hisselinin Haczi ve Haczin Sonuçları

Aziz Serkan ARSLAN3-36

Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin
Sistematik Açından Borçlar Kanunundaki Yeri
ve 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki Durum

H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL.....37-66

Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 27/A Çerçevesinde Yabancı
Ülkelerde Verilen Boşanma Kararlarının İdarî Yoldan Tanınması

Lâle AYHAN İZMİRLİ.....67-126

KAMU HUKUKU

Doktrin ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesinde
Hakimin Tarafsızlığı ve Görev Yasakları

Faruk TURHAN 129-172

Gelir Vergisi Kanunu'na Göre Binaların Çatı ve Cephelerinde
Yenilenebilir Enerji Kaynaklarından Üretilen
Elektriğe Getirilen Vergi Muafiyeti

N. Münci ÇAKMAK..... 173-196

İdare Hukukunun Kısa Tarihçesi

Hayrettin YILDIZ..... 197-224

ÇEVİRİ

Soruşturma Reformu (Özellikle: İfadenin Görüntülü Kayıt
Altına Alınması) ve Japonya'da İddia Pazarlığının Kanuna Girişi

İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI / Gökhan ÖLMEZ227-234

* Makaleler, birinci yazarlarının unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXII

October 2018

Number 4

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Attachment Of The Share In The Limited Liability Company And Results

Aziz Serkan ARSLAN3-36

*The Place Of Unreal Acting Without Authority In The Systematic
Code Of Obligation And Status Of 2020 Switzerland Draft Of Obligations*

H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL37-66

*Administrative Recognition Of Foreign Divorce Decisions
Within The Frame Of The Article 27/A Of The
Law On The Civil Registration Services*

Lâle AYHAN İZMİRLİ.....67-126

PUBLIC LAW

*Impartiality Of Judge And Mandatory Reasons For A Judge's
Disqualification From A Case In The Criminal
Proceedings In The Light Of The Doctrine And The Case Law*

Faruk TURHAN 129-172

*Tax Exemption According to Income Tax Act, for the
Electricity Which Is Generated From Renewable
Energy Resources on Rooftops and Facades of Buildings*

N. Münici ÇAKMAK..... 173-196

Une Breve Histoire Du Droit Administratif

Hayrettin YILDIZ..... 197-224

TRANSLATION

*Soruşturma Reformu (Özellikle: İfadenin Görüntülü Kayıt
Altına Alınması) ve Japonya'da İddia Pazarlığının Kanuna Girişi*

İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI / Gökhan ÖLMEZ227-234

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the first authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

LİMİTED ŞİRKET HİSSESİNİN HACZİ VE HACZİN SONUÇLARI

Aziz Serkan ARSLAN*

ÖZ

Sermaye şirketleri arasında yer alan limited şirketlere ilişkin hükümler 6102 sayılı TTK'da yeniden ele alınmıştır. Bu hükümler arasında yer alan ve "Ortakların Kişisel Alacaklıları" başlığı altında kaleme alınan 133. madde düzenlemesi ile, şirket hisselerinin haczine ilişkin önemli yenilikler yapılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar; alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından alabilecekleri gibi, borçlularına ait olan, senede bağlı olan veya olmayan payların, İİK'nun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesi ve paraya çevrilmesi yolu ile de alabileceklerdir. Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde olduğu gibi limited şirkette de alacakları için, ortağın şirketten olan diğer alacaklarına da haciz yaptırabilme yetkisine sahiptirler. TTK m. 133 ile limited şirketlerde haczin ve paraya çevrilmenin hangi hükümlere göre yapılabileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre limited şirketlerde borçlu ortağın payı İİK'nun taşınırlara dair hükümlerine göre haczedilebilecektir. Çalışmamızda TTK hükümlerindeki yenilikler ışığında limited şirket hissesinin haczi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Haciz, Türk Ticaret Kanunu, Hisse, Borçlu

ATTACHMENT OF THE SHARE IN THE LIMITED LIABILITY COMPANY AND RESULTS

ABSTRACT

Provisions regarding limited companies, which are among the capital companies, have been rearranged in the Turkish Commercial Code No. 6102. Important amendments have been made in the provisions of m. 133 which is written under the heading of the shareholders in İİK.

According to the new regulation, creditors in the capital companies may take their receivables from the profit or liquidation share that belongs to that partner, and may request that their shares, which are related to the debtors, which are not related to the year, be confiscated and converted into cash. The foreclosure is filed in the share register upon request. In addition, creditors have the authority to obtain from the other receivables of the partner company and foreclosure for all of the receivables

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul, İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (E-posta adresi: azizserkanarslan@hotmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/12/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01/02/2019

in all trading companies. TTK m. 133 is to clarify which terms and conditions can be made. According to this, the share of the debtor in the limited companies will be confiscated according to the provisions of the İİK. In the light of the innovations in the provisions of the Turkish Commercial Code, the liability of the limited company share will be examined.

Key words: *Limited Company, Distraigned, Turkish Commercial Code, Share, Debtor*

GİRİŞ

Limited şirketler ülkemizde en yaygın sermaye şirketi türüdür. 6102 sayılı TTK, limited şirketlerin genel özelliklerini muhafaza etmekle birlikte önemli değişiklikler de öngörmüştür. Bu değişiklikler arasında limited şirket hisselerinin haczine ilişkin hükümlerde bulunmaktadır. 6102 sayılı TTK’da “Ortakların Kişisel Alacaklıları” başlığı altında kaleme alınan 133. madde düzenlemesi şirket hisselerinin haczine ilişkin önemli yenilikler içermektedir.

Çalışmamızda öncelikle limited şirket kavramı kısaca tarif edildikten sonra, limited şirket ortağının hacze konu olabilen payları ele alınacaktır. Kanunda her ne kadar hacze konu olabilen payların haciz ve satış usulü arasında ayrıma gidilmeden bunlara taşınırlara ilişkin usulün uygulanacağı belirtilmiş ise de Yargıtay uygulaması ve doktrin görüşü ışığında bu paylara uygulanacak farklı haciz usulleri ve sebepleri belirtilecektir. Son bölümde ise haczedilen payların paraya çevrilmesi ve payı ihale sonucunda alan yeni paydaşın hukuki durumu incelenecektir.

I. LİMİTED ŞİRKET KAVRAMI

Güncel ihtiyaçlara karşılık vermemesi nedeniyle 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yerini, 13 Ocak 2011’de kabul edilen ve 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa bırakmıştır¹. 6102 sayılı TTK şirketler hukuku alanında önemli yenilikler içermektedir. 6102

¹ Limited ortaklık hakkındaki 6762 sayılı TTK hükümlerinin bazılarının değiştirilmesinde zorunluluk vardır. Değişiklik ihtiyacı iki grup oluşturan sebeplerden doğmaktadır. Birinci gruptaki sebepler, doğrudan Türkiye’nin duyduğu ve yakın bir gelecekte duyacağı ihtiyaçlardan kaynaklanmaktadır. İkinci grupta ise dış etkenler yer almaktadır. Bkz. Ünal TEKİNALP, **40. Yılında TTK**, İstanbul-1997, s. 212; Değişiklik sebepleriyle ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları I-II-III, TBB Yayınları, Ankara-2008; Hasan PULAŞLI, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanuna Göre Şirketler Hukuku**, C.II, Ankara-2010, s. 1993.

sayılı TTK'da, ticaret şirketleri, şahıs ve sermaye şirketi olarak iki grupta sınıflandırılmıştır. Bu ayırıma göre kollektif ve komandit şirketler şahıs; limited, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketi olarak adlandırılır².

Sermaye şirketleri arasında yer alan limited şirketlere ilişkin hükümler 6102 sayılı TTK'da, 6. Kısımda 573 ve 644. maddeleri arasında beş bölüm halinde düzenlenmiştir³. TTK'nın 573. maddesindeki tanımına göre limited şirket; bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulan, esas sermayesi belirli olan ve bu sermayesi esas sermaye paylarının toplamından oluşan bir şirket türüdür⁴.

² Bu hüküm yeni olup doktrinde yerleşmiş bulunan, klasikleşmiş bir ayrımı yansıtmaktadır. Bu ayrımın kanuni anlamı ve değeri de vardır. Kanununun 133, 137 ve 160. maddeleri gibi hükümlerde bu ayırıma göndermede bulunulmuştur. Kooperatifler ise, 5146 sayılı Kanun'la şirket, 124. maddenin birinci fıkrası hükmü ile ticaret şirketi kabul edilmesine rağmen, ölçülere uymadığı için bu ayrımın dışında tutulmuştur..." 6102 sayılı TTK Genel Gereğişi.

³ Türk ekonomisinde sayı itibariyle en fazla olan şirket türü limited şirketlerdir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığının verilerine göre ülkemizde yaklaşık 700.000 civarında limited şirket bulunmaktadır. Ancak bunların ne kadarının aktif olduğu bilinmemektedir. Bu önemine münhasıran limited şirkete ilişkin düzenlemeler 6762 sayılı eski Ticaret Kanununun 503-556 maddeleri arasında, 53 madde'de yer almışken, 6102 sayılı TTK'da bu sayı 71'e çıkarılmış ve 573-644 maddeleri arasında düzenleme yapılmıştır. Limited şirketler, Almanya ve İsviçre'de de en çok tercih edilen şirket tipidir. Bkz. Hasan PULAŞLI, **Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar**, BATİDER, Haziran 2009, C.XXV, s. 2, s. 38; Fatih BİLGİLİ / Ertan DEMİRKAPI, **Ticaret Hukuku Dersleri**, Bursa-2012, s. 571; Reha POROY/ Ünal TEKİNALP/ Ersin ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul-2005, s. 869.

⁴ Doktrinde, Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu limited şirketi, iki veya daha fazla gerçek kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulup, iktisadi konularda faaliyet gösteren, ortaklık borçlarından sadece ortaklığın malvarlığı ile sınırlı bulunduğu, esas sermayesi muayyen ve bu sermaye ortakların esas sermaye paylarının toplamına eşit olan ortaklık olarak tarif etmiştir. Bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 873; Çağa, limited şirketi; kolektif şirketle anonim şirket arasında bir geçiş basamağı, başka bir deyişle bu iki şirketin kaynaştırıldığı karma bir ortaklık olarak tanımlamıştır. Bkz. Barbaros ÇAĞA, **Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri**, BATİDER, C. 7, S. 3, 1974, s. 587. Karayalçın ise, limited şirketi "sermaye şirketi vasfı galip karma şirket" olarak tanımlamıştır. Bkz. Yaşar KARAYALÇIN, **Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku**, C.II, Ankara-1973, s. 344. Diğer tanımlar için bkz. İbrahim ARSLAN, **Şirketler Hukuku Bilgisi**, Konya-2010, s. 340; Ersin ÇAMOĞLU, **İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXVIII, s. 1-4, İstanbul-1973, s. 499; Abuzer KENDİGELEN, **Limited Şirket Paylarının Haczi**, GSÜHFD, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), 2002/1, (s. 409-416), s. 410; Halil ARSLANLI/ Hayri DOMANIÇ, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.III, İstanbul-1989**, s. 298; BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 572; Umut YENİOCAK, **Anonim Şirket ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi**, Ankara-2009, s. 77; Murat DÖNMEZ, **Anonim ve Limited şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul-2011, s. 386.

II. TÜRK TİCARET KANUNUNDA LİMİTED ŞİRKET HİSSESİNİN HACZİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

6102 sayılı TTK’da limited şirket ve diğer şirket hisselerinin haczine ilişkin esaslar “Ortakların Kişisel Alacaklıları” başlıklı 133. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu TTK’nın 133. madde fıkralarında şirket türüne göre bir ayrıma gitmiştir⁵.

TTK m. 133/1 fıkrası, şahıs şirketlerinde ortakların kişisel alacaklılarının alacaklarını ortaklıktan nasıl alabileceğini düzenlemiştir⁶. Buna göre “(1) Bir şahıs şirketi devam ettiği sürece ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, hakkını şirketin bilançosu gereğince o ortağa düşen kâr payından ve şirket fesholunmuşsa tasfiye payından alabilir. Henüz bilanço düzenlenmemişse alacaklı bilançonun düzenlenmesi sonucunda borçluya düşecek kâr ve tasfiye payı üzerine haciz koydurabilir”. Bununla birlikte TTK m. 133/4’e göre şahsi alacaklılar, ortağın şirket dışındaki hacze elverişli malvarlığına da genel hükümlere göre her zaman başvurma hakkına sahiptir. Dolayısıyla, bir şahıs şirketi türünde ortaklardan birisinin kişisel alacaklısı, alacağını o ortağa düşecek kâr payından veya ortaklık sona ermiş ve tasfiye aşamasına geçmiş ise tasfiye payından alabilecektir. Alacaklının doğrudan haciz ve satış uygulatabileceği bir ortaklık payı bulunmayacaktır.

TTK m. 133/1’de şahıs şirketlerinden bahsedildiği için bu madde, kollektif şirketlerde “Haciz ve Şirketin Feshini İsteme” başlıklı TTK m. 249 ile birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre şahıs şirketlerinde alacaklı, öncelikle ortağın kâr payına ve şahsi mallarına haciz koydurabilir. Bunlar borcu karşılamaz ise şahsi alacaklı, tasfiye sonucundan borçlu ortağa düşecek paya haciz koydurmaya ve altı ay önce ihbarda bulunmak ve hesap yılı sonu için hüküm ifade etmek üzere mahkemeden ortaklığın feshini istemeye yetkilidir. Mahkemece feshe karar verilmeden önce borcun ortaklık veya diğer ortaklarca ödenmesi durumunda fesih davası düşer. Bu ilke ve esaslar TTK m.

⁵ “Ortakların Kişisel Alacaklıları” başlığı altında kaleme alınan 6102 sayılı TTK’nın 133. maddesi önceki TTK da “Ortakların Şahsi Alacaklıları” başlığı altında düzenlenen 145. maddeye karşılık gelmektedir.

⁶ 6102 sayılı TTK’nın 133. maddesinin 1. fıkrası 6762 sayılı TTK m. 145 hükmünden farklı olarak fıkra düzenlemesinin şahıs şirketlerine yönelik olduğunu açıkça ifade etmiştir. Esasen önceki TTK’nın 145. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa dahi maddenin 1. fıkrası sadece şahıs şirketlerinde uygulama alanı bulmaktaydı. Buna karşılık 6102 sayılı TTK m. 133/1 fıkrası ile “bu fıkra hükmünün sadece şahıs şirketlerinde uygulanacağını belirtilmesi” kanun fıkrasının uygulama alanını daha anlaşılır ve belirgin hale getirmiştir.

328 gereğince adi komandit şirketlerde de uygulanır⁷. Sonuç olarak kanun koyucu TTK m. 133/1 ile şahıs şirketlerinde güven unsurunun önemli olması nedeniyle çıplak payın haczi ve satışı suretiyle üçüncü bir kişinin doğrudan şahıs şirketlerine ortak olmasını istememiş, bunun yerine alacaklının kâr payına yahut şirketin tasfiyesi suretiyle borçlu ortağa düşecek olan tasfiye payına haciz koydurabileceğini düzenlemiştir⁸.

TTK m. 133/2 fıkrası ise sermaye şirketlerinde ortakların kişisel alacaklılarının alacaklarını ortaklıktan nasıl alabileceğini düzenlemiştir. Fıkra'ya göre; “(2) Sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından alabilecekleri gibi, borçlularına ait olan, senede bağlı olan veya olmayan payların, İİK'nın taşınurlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, talep halinde pay defterine işlenir. Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacakları için, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdirler”.

Limited şirketler de sermaye şirketi olması nedeniyle TTK m. 133/2 fıkrası hükmüne tâbidir. Bu durum özellikle eski TTK düzenlemesinden oldukça farklıdır. Zira eski TTK döneminde alacaklının tıpkı şahıs şirketlerinde olduğu gibi şirketin feshini talep etmesi gerekmektedir. Alacaklı, tasfiye sonucunda borçlu ortağa düşecek tasfiye payından alacağını elde edebilme imkânına sahipti. Dolayısıyla, esasen bu ihtimalde haczedilen ortaklık payı değil tasfiye payı olmaktadır⁹. Yeni düzenleme ise, limited şirketlerde doğrudan ortaklık payının hazine ve satışına izin vermektedir. Düzenleme bu yönüyle aslında anonim şirketlerde çıplak payın haczi ve satışına benzemektedir. Dolayısıyla, yeni düzenleme ile anonim şirketlerde çıplak payın haczi için doktrindeki eserler ve yargı içtihatları, limited şirket hisse haczi için de limited şirketin bünyesine uyduğu ölçüde uygulanma imkânı bulabilecektir¹⁰.

Türk Ticaret Kanunu m. 133/2 hükmüne göre limited şirket ortaklarının kişisel alacaklıları, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış

⁷ Oruç Hami ŞENER, **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara-2017, s. 121.

⁸ Hakan ALBAYRAK, **Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Limited Şirket Hisse Haczi Konulu Tebliğ**, Ankara-2017, s. 4.

⁹ YENİOCAK, s. 88.

¹⁰ ALBAYRAK, s. 5.

payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İİK'nın taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesi ve paraya çevrilmesi suretiyle de alabilme imkânına kavuşmuşlardır. Emredici bir dil kullanılarak kaleme alınan TTK 133/2 madde düzenlemesinde eski kanundan farklı olarak senede bağlanmış ve bağlanmamış paylar arasında bir fark görülmeden bunların haczedilebileceği ve paraya çevrileceği düzenlenmiş olduğundan, alacaklı şirketin tasfiyesini isteme ve ortağın tasfiye payına katılmadan kaynaklanan alacağının kendisine verilmesi yerine, payın cebri icra yolu ile satılması ve elde edilen paranın kendisine verilmesini isteme imkânına sahip kılınmıştır¹¹. Bu, alacaklı bakımından alacağına daha çabuk ulaşma imkânı sağlayan bir düzenleme olmuştur¹². Şirket bakımından ise şirketin devamlılığı ilkesine ve kurulu tezgâhı tahrip etmeme amacına daha uygun bir düzenleme olmuştur¹³.

¹¹ 6102 sayılı TTK m. 133/2 düzenlemesi doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Kendigelen, anonim şirketlerde senede bağlanmış pay ile senede bağlanmamış (çıplak) pay haczi arasında bir ayırım yapılmadığını, her iki durumda da haczin ve paraya çevirmenin taşınırlara ilişkin hükümler uyarınca yapılacağına öngörüldüğünü, bu düzenlemenin İİK m. 94 hükmü ile çelişkili olduğunu belirtmiştir. Zira İİK m. 94 düzenlemesi anonim şirkette çıplak payların haczini özel olarak düzenlemiştir. Bir başka ifade ile İİK m. 94'teki özel düzenleme nedeni ile çıplak payın haczi taşınır hükümlerine göre değil İİK m. 94 hükmü esas alınarak gerçekleştirilmelidir. Kendigelen, ayrıca İİK m. 88 kapsamında bir taşınırın haczedilmiş sayılabilmesi için, icra dairesinin istediği anda bu mallara el koyabilmek olanağına sahip olması şart olduğundan ve çıplak paya da bu hüküm anlamında el konulması düşünülemeyeceğinden çıplak payların haczinde taşınırlara ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Abuzer KENDİGELEN, **6102 sayılı TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul-2011, s. 106; KENDİGELEN, Haciz, s. 387; DÖNMEZ, s. 405; Bu konuda Tekinalp/ Poroy/ Çamoğlu ise, senede bağlanmamış (çıplak) payın haczinde İİK m. 94'ün uygulanabileceğinin düşünülebileceğini ve bu halde payın İİK m. 121 uyarınca paraya çevrilebileceğini belirtmiş olmakla birlikte daha uygun olanın çıplak paya da kıyasen taşınır hükümlerinin uygulanması olduğu görüşündedirler. Buna gerekçe olarak 'Çıplak pay gerçekte taşınır değer değildir ancak İİK m. 106/2 yardımı ile onun da taşınır hükmünde sayılması mümkün ve isabetlidir. Çünkü çıplak pay alacağın temlik hükümlerine göre devredildiğine göre taşınırlar gibi haczedilip paraya çevrilebilir' ve dolayısıyla çıplak paya taşınır hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedir. Bkz. POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 443.

¹² 6102 sayılı TTK ile kanuna giren bu düzenlemeye ilişkin ilk düşünce 1963 yılında Arslanlı/ Domaniç tarafından TTK m. 522 hükmüne ilişkin şerhin ilk satırlarında dile getirilmiştir. Nitekim yazar, Türk hukukunda limited şirket ortaklarının sorumluluğunun anonim şirketlerden pek farklı olmadığı gerekçesiyle, anonim şirketlerdeki düzenlemeye paralel bir biçimde payın cebri icra yolu ile iktisabına cevaz verilerek TK m. 418/4 hükmüne benzer bir çözümün öngörülebileceğini ileri sürmüştür. Bkz. ARSLANLI/ DOMANIÇ, s. 297; Ayrıca bkz. KENDİGELEN, Haciz, s. 415.

¹³ 6102 sayılı TTK'nın limited şirketlerde eski TTK sisteminden farklı bir sistem öngördüğüne ve limited şirketler için de şirketin **devamlılığı** ilkesini gözetdiğine ilişkin bir diğer dayanak ise "Miras, Eşler Arasındaki Mal Rejimi ve Cebri İcra" başlıklı TTK m. 596 düzenlemesidir. Madde gereğince esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hüküm-

III. LİMİTED ŞİRKET HİSSESİ HACZİNİN KONUSU

Limited şirket ortağının hacze konu olabilen değerlerini belirlerken ortaklık sözleşmesi göz önünde bulundurulmalıdır. Ortaklık sözleşmesi, limited şirket ortağının hak ve borçlarının kaynağıdır. Ortaklık sözleşmesi, ortakla, ortaklık tüzel kişisi arasında bir hukuki ilişki tesis eder ve bu ilişki uyarınca, ortak, ortaklık tüzel kişisine karşı katılma payı, kararlaştırılmış ise yan edimlerin borçlusu; ortaklıktan kâr payı, kararlaştırılmışsa, ücret, faiz ve tasfiye payı alacaklıdır¹⁴. Ortaklık sözleşmesiyle yüklendiği katılma (sermaye) borcu ortağın asli borcudur¹⁵. Limited şirketlerde, şirket sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadıkça, her ortak, şirket payını üçüncü kişiye devredebileceğine göre, payın haczi de mümkündür (TTK m. 595, m. 133)¹⁶.

TTK'nın 596. maddesinde esas sermaye paylarının cebri icra yolu ile geçmesi halinde, tüm hakların ve borçların, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçeceği kabul edilmektedir. Madde hükmüne göre haczin konusu borçlu ortağın şirket hissesidir. Limited şirketlerde hisse haczinin konusunu ortaklık ilişkisinden doğan tüm hak ve yükümlülükleri ifade eden ortaklık anlamındaki şirket hissesi olduğu için ve ortaklık payı, sermaye payı ile bölünmez nitelikte olduğu için, borçlu ortağın ortaklık sıfatından doğan hakları da hisse haczinin konusuna girer¹⁷.

ler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçecektir. Bununla birlikte şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir. Bunun için, şirketin, payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi şarttır. Şirketçe alınan red kararı, devrin gerçekleştiği günden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkilidir. Şirketçe red kararı alınması halinde red kararı, bu konudaki kararın verilmesine kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez. Şirket, üç ay içinde esas sermaye payının geçişini açıkça ve yazılı olarak reddetmemişse onayını vermiş sayılacaktır.

¹⁴ Ersin ÇAMOĞLU, **Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi**, BATİDER, C. 6, S. 1, 1971, (s. 57-68), s. 57.

¹⁵ ÇAMOĞLU, s. 57; Ahmet Cahit İYİLİKLİ, **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, Ankara-2011, s. 173.

¹⁶ **TEKİNALP/POROY/ ÇAMOĞLU**, s. 443.

¹⁷ Gökçen TOPUZ, **Hisse Haczi ve Satışı**, Ankara-2009, s. 291.

Haczin konusunu oluşturan şirket hissesinin içerdiği ortaklık hakları genel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu haklar, malvarlığı hakları ile idari haklar veya katılma haklarıdır. Malvarlığı haklarının başlıcaları, kâr ve tasfiye bakiyesinden pay alma hakkı, şirketten çıkma halinde tazminat talebi gibi haklardır. İdari veya katılma hakları ise, ortaklar toplantısına katılma hakkı, oy hakkı, bilgi alma hakkı, iptal hakkı gibi haklardır.

Borunun sadece taşınır ve taşınmaz malları, üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları haczedilebildiği için ortağın sadece mali nitelikteki hakları haczin kapsamına girer. Ortağın idari nitelikteki hakları ise, haczin kapsamına girmez. Zira haciz, alacaklıya haczedilen malın veya hakkın paraya çevrilmesini isteme ve satış sonucunda elde edilecek paradan alacağını alma hakkı verir. Ancak idari nitelikteki hakların paraya çevrilmesi ise mümkün değildir. Bu nedenle de borçlu ortağın idari nitelikteki ortaklık hakları haczin kapsamına girmez. Fakat borçlu ortağın da idari nitelikteki haklarını kullanırken cebri icra alacaklısının haklarına zarar vermemesi gerekir¹⁸.

Limited şirketlerde ortaklardan birisinin şahsi alacaklısı alacağını elde etme adına, borçlu şirket ortağının şahsi mallarını haczettirebileceği gibi o ortağa hissedarlık sıfatı gereğince düşecek olan kâr payını, tasfiye payını, şirketten diğer alacaklarını ve ortaklık payını da haczettirebilir.

A. Kâr Payı

Kâr payı, şirketlerin usulüne uygun olarak düzenledikleri yıllık bilançoya göre tespit ettikleri safi kârdan, ortakların (ana sözleşmede aksine hüküm olmadıkça) sermaye koyma borçlarını yerine getirdikleri oranda elde ettikleri malvarlıksal hakları ifade eder¹⁹.

Türk Ticaret Kanunu m. 133/2 hükmüne göre kâr payı, tasfiye payı ve ortaklık payı ayrı ayrı haczin konuları içerisinde olabilmektedir. Bu hükümlerle kastedilen, alacaklının sadece kâr payının veya şirket tasfiye halinde ise tasfiye payının da haczedebileceğidir. Dolayısıyla kanunun kastettiği, kâr payının ayrı olarak da haczedilebileceğidir. Yoksa ıplak payın haczinin kapsamı dışında

¹⁸ TOPUZ, s. 291; Baki KURU, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 401.

¹⁹ KENDİGELEN, Haciz, s. 135; YENİOCAK, s. 81.

olduğunu belirtmek değildir. Alacaklı ayrı olarak, sadece kâr payını İİK m. 89 hükmüne dayalı olarak haczettirebilir²⁰.

Esasen alacaklıların talebi üzerine şirket hisse hacizlerinde (çıplak payın haczinde) şirkete gönderilen haciz ihbarnamelerine, kâr payının da haczedildiğini, bundan sonra borçluya ödenecek olan kâr payının icra dairesine ödenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda Yargıtay'ın ve doktrinin kabul ettiği üzere kâr payının hissenin ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilerek hisse haczinin kapsamına sokulması, daha pratik ve tutarlı bir çözümdür²¹. Aksi halde yani kâr payı haczinin çıplak payın haczinin kapsamına girmediğinin kabulü halinde kâr payının İİK m. 89 hükümlerine göre ayrıca haczedilmesi gerekecektir. Ancak çıplak payın haczinin kâr payını kapsadığı kabul edilirse, bu durumda çıplak payın İİK m. 94'e göre haczi zaten kâr payını kapsadığından ayrıca İİK m. 89'a göre haciz gerekmeyecektir²².

B. Tasfiye Payı

Limited şirkette tasfiye payı limited şirketin sona erdirilmesi amacıyla şirketin tüm malvarlığı değerlerinin paraya çevrilmesi, borçlarının ödenmesi ve alacaklarının tahsil edilmesinden sonra ortaklara kalacak olan pay miktarıdır²³. Bu tanım TBK m. 643'te "Ortaklığın borçları ödendikten ve ortaklardan her birinin ortaklığa verdiği avanslar ile ortaklık için yaptığı giderler ve koymuş

²⁰ Albayrak'a göre limited şirketlerde hisse haczinin kapsamına hissenin en önemli malvarlığı hakkı olan kâr payının da girmesi gerekir. Bu şekilde birçok sorun daha kolay şekilde halledilebilecektir. Aksi halde alacaklı, hisse haczini gerçekleştirdikten sonra ayrıca kâr payının haczini de İİK m. 89 hükmüne göre gerçekleştirmek zorunda kalacaktır. Bir an için hissenin haczedildiğini ancak kâr payının da bir başkası tarafından haczedildiğini düşündüğümüzde, hisse haczini gerçekleştiren taraf o hisseye düşecek kâr payından bir şey alamazken kâr payını haczettiren tarafın alacağını kâr payından alabilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla hacizli bir çıplak pay söz konusu iken o hisseye düşecek kârın bir başkası tarafından alınması durumu gibi çelişkili durumlar ortaya çıkabilecektir. Bkz. ALBAYRAK, s. 8.

²¹ Yargıtay, anonim şirketlerde pay senedinin haczi ile ilgili vermiş olduğu bir kararda hisse haczinin kapsamına kâr payının da girdiğine hükmetmiştir. Söz konusu karara göre; "Anonim şirketlerde pay senedinin haczi İİK'nın 88. maddesine göre, payı temsil eden kıymetli evrak niteliğinde olan hisse senedine el konulmak suretiyle haczedilebilir. Bu şekilde haczedilen pay karşılığında, borçlu ortağa ödenecek olan kâr payı da haczedilir". Yargıtay 12. HD.,1992/8071E.,15080K., 30.11.1992 T.; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²² ALBAYRAK, s. 9.

²³ BİLGİLİ/ DEMİRKAPI, s. 301; YENİOCAK, s. 44; Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, tasfiye payı ve iştirak payı aynı anlamı taşır. Ortaklar şirkete koymuş oldukları sermaye payları karşılığında ortaklık malvarlığında bir paya sahip olurlar. İşte ortakların sermaye payları karşılığında ortaklık malvarlığı üzerinde sahip oldukları mali taleplerin tümüne tasfiye (ayrılma) payı denir. Bkz. POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 106.

olduğu katılım payı geri verildikten sonra bir Şey artarsa, bu kazanç, ortaklar arasında paylaşılır. Ortaklığın, borçlar, giderler ve avanslar ödendikten sonra kalan varlığı, ortakların koydukları katılım paylarının geri verilmesine yetmezse, zarar ortaklar arasında paylaşılır” Şeklinde ifade edilmiştir.

TTK m. 133/1 hükmüne göre limited Şirket ortağının Şahsi alacaklısı, Şirket fesholunmuşsa ortağın tasfiye payına da haciz koydurabilir ve Şirketin tasfiyesi sonucunda tasfiye payının paraya çevrilmesini isteyebilir. Ancak Şirket fesholunmamışsa eski TTK m. 145’ten farklı olarak TTK m. 133/2 hükmü, alacaklıya Şirketin feshini isteme ve tasfiye payına haciz koyma imkânı tanımamıřtır²⁴.

Tasfiye payı pay sahibinin Şirketten isteyebileceği bir alacak hakkı niteliğindedir. Bu nedenle de tasfiye payı İİK’nın 89. maddesi anlamında borçlunun üçüncü kişilerdeki alacakları kapsamında değerlendirilip, bu madde hükmüne göre haczedilebilir. Nitekim ortağın diğer malvarlığı haklarının,

²⁴ 6102 sayılı TTK m. 133/2’de sermaye Şirketlerinden olan limited Şirketin ortağından alacaklı olanların alacaklarını ortağa düşen kâr veya tasfiye payından yahut senede bağlı veya bağlı olmayan payların haczi yolu ile alabilecekleri belirtilmiş olup esasen tasfiye payının da haczedilebilecek değerler arasında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu 6762 sayılı TTK’dan farklı olarak senede bağlı veya bağlanmamış payların haczine izin vererek aslında tasfiye payına haciz konulmamasını, Şirketin sif bu yolla tasfiyesine yol aılmamasını amaçlamıştır. Yargıtay da kanun değişikliğinden sonra vermiş olduğu kararlarda kanun koyucunun amacını doğru yorumlayarak her ne kadar kanun maddesinde tasfiye payının haczinden söz edilse de madde de Şirketin fesih ve tasfiyesini isteme hakkından söz edilmediği gerekçesiyle tasfiye payının haczine izin vermekte ancak sif bu nedenle Şirketin fesih ve tasfiyesini isteme taleplerini reddetmektedir. “Dava, limited Şirket ortağının Şahsi borcu sebebiyle alacaklının Şirketin fesih ve tasfiyesi istemine ilişkindir. Ortaklardan birinin payını haczettirmiş olan alacaklının Şirketin fesih ve tasfiyesini isteyebilme imkânını tanıyan mülga 6762 Sayılı TTK’nın 522 maddesi dava tarihi itibariyle yürürlükte değildir. Ortakların kişisel alacaklıları başlıklı 6102 Sayılı TTK’nın 133. maddesi “ (1) Bir kişi Şirketi devam ettiği sürece ortaklardan birinin kişisel alacaklısı, hakkını Şirketin bilançosu gereğince o ortağa düşen kâr payından ve Şirket fesholunmuşsa tasfiye payından alabilir. Henüz bilanço düzenlenmemişse alacaklı bilançonun düzenlenmesi sonucunda borçluya düşecek kr ve tasfiye payı üzerine haciz koydurabilir. (2) Sermaye Şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan senede bağlanmış veya bağlanmamış payların 9.6.1932 tarihli ve 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun taşınırlara dair hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, istek üzerine, pay defterine işlenir.” hükmünü haiz olup, adı geçen yasada limited Şirket ortağının Şahsi borçları sebebiyle alacaklının Şirketin fesih ve tasfiyesini isteme hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumda, dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 Sayılı TTK’da ortağın payının kendisinin alacağı sebebiyle haczi fesih nedeni olarak düzenlenmediği halde davalı Şirketin fesih ve tasfiyesine karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 11.HD. 2014/6624E.; 2014/12965K.; 8.7.2014T. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

örneğin kâr payının da haczedilebileceği ve haciz işleminin İİK m.89'a göre yapılacağı TTK'nın 133. madde hükmünde açıkça belirtilmiştir²⁵.

Türk Ticaret Kanunu m. 640 hükmü limited şirket ortaklarına ortaklık tasfiye edilmeden de payı haczedilen ortağın tasfiye payını belirleyerek ortağı çıkarma ve şirketi devam ettirme imkânı vermiştir²⁶. Haklı sebep olarak kabul edilen ortağın hissesinin haczi durumunda TTK m. 255 hükmü kıyasen uygulanabilmelidir²⁷. Madde hükmüne göre; bir ortağın kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği durumlarda, diğer ortakların tümü o ortağın şirketten çıkarılmasına ve şirketin devamına karar verebilir. Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınması öngörülebilir. Çıkarılan ortak, bu kararın noter aracılığıyla tebliğinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde şirkete karşı çıkarılmanın iptali davasını açabilir. Birinci fıkra uyarınca çıkarma kararı alınmadığı takdirde,

²⁵ Fahiman TEKİL, **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul-1996, s. 73; TOPUZ, s. 44; Hasan PULAŞLI, **6102 Sayılı TTK'ya Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C. I, Ankara-2011, s. 100.

²⁶ 6102 sayılı TTK m. 640 gereğince şirket sözleşmesinde, bir ortağın genel kurul kararı ile şirketten çıkarılabileceği sebepler öngörülebilecektir. Çıkarma kararına karşı ortak, kararın noter aracılığıyla kendisine bildirilmesinden itibaren üç ay içinde iptal davası açabilir. Şirketin istemi üzerine ortağın mahkeme kararıyla haklı sebebe dayanılarak şirketten çıkarılması hâli ise madde metninde saklı tutulmuştur. Madde gerekçesine göre ise birinci fıkrada bir ortağın şirketten çıkarılabileceği sebeplerin şirket sözleşmesinde öngörülmesine olanak tanınmıştır. Bu suretle bir taraftan şirkete, kendisi yönünden önemli olan sebeplerin varlığında şahsında bu sebepler gerçekleşen ortağı şirketten çıkarma ve istediği ortamı yaratma hakkı tanınmış diğer taraftan da ortaklar açısından hukuk güvenliği sağlanmıştır. Ortaklar hangi hallerde şirketten çıkarılacaklarını bilerek hareketlerini ona göre ayarlayacaklardır. İkinci fıkra, ortağa çıkarmaya karşı dava açma hakkı bahşederek bir diğer güvence vermiştir. Üçüncü fıkrada şirkete haklı sebeplerin varlığında ortağı şirketten çıkarma davası açma hakkı tanınarak denge sağlanmıştır. Ortağın şirketten çıkarılması için birinci fıkrada öngörüldüğü üzere esas sözleşmede hüküm bulunmayabilir veya öngörülen hükümlere rağmen haklı bir sebep oluşmuş bulunabilir. Bu hallerde çıkarma davası şirketin devamını, huzur içinde çalışmasını sağlar. TTK m. 640 Gereğesi

²⁷ “Ortaklardan birinin, ortaklık payını haciz ettiren alacaklının, TTK'nın 522. maddesine dayanarak, limited ortaklığın feshini istemek hakkı vardır. Buna karşı, aynı Kanun'un 523. maddesinde yazılı şartlar dairesinde payı haciz edilen ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilmek suretiyle şirketin fesih ve tasfiyesi önenebilir. Ancak, bu takdirde ortaklıktan çıkarılmasına karar verilen ortağa ait pay bedelinin iflas idaresine veya icra dairesine verilmesi, TTK'nın 523. maddesinin son fıkrası gereğince şarttır.” Yargıtay TD., E.3578/ K.3703, 23.09.1966 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Limited şirketin payı hacze konu olan borçlu ortağının, bu ortaklıktan çıkarılması hali de ayrı bir tasfiyeyi önleme nedenidir. Bu halde, ortağın tasfiyeye ilişkin gerçek payı hesap edilerek icra dairesine ödenmek suretiyle şirketin infisahının önlenmesi mümkündür. Bkz. DÖNMEZ, s. 284; Aynı yönde bkz. Başak BEŞOK, **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması**, İstanbul-2010, s. 74.

her ortak, Şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden söz konusu ortağın Şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir.

ıkan veya çıkarılan ortağın tasfiye payı, ortaklık sıfatının sona erdiği tarih itibarıyla, mali işlerde uzman bir kişiye hesaplatılır. Tarafların uzman kişi üzerinde anlaŐamamaları durumunda bu kişi, hâkim tarafından atanır. Ortaklık sona ermeden tasfiye payının içeriği belirlenirken Şirketin tasfiyesi sonucunda tasfiye bakiyesinde her bir ortağa düşecek olan talepler dikkate alınır. Bu talepler arasında sermayenin iadesi talebi, bakiyeyi paylaŐma ve tasfiyenin yapıldığı sırada mevcut ve bağımlı hesap kalemleri, Şirket sözleşmesinden kaynaklanan Şirketten olan alacaklar bulunabilir²⁸.

C. Ortağın Şirketten Olan Diğer Alacakları

Türk Ticaret Kanunu m. 133/3 fıkrası gereğince ‘‘Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret Şirketlerinde alacaklarını, ortağın Şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini de haizdir.’’ Fıkra hükmüne göre limited Şirket ortağından alacaklı olan Şahıs, alacağını aynı zamanda ortağın Şirketten olan diğer alacaklarından da tahsil edebilir. Buna ilişkin haczin İİK m. 89 gereğince alacaklar ve nc Şahıs elinde hacedilen mallara ilişkin hükümler çerçevesinde yapılması mümkündür. Bu bağlamda bir alacaklı, ortağın Şirketten olan ayrılma akçesi üzerine, limited Şirkete verdiği borç ve masraf alacağı varsa veya kararlaştırılmış ise ücret alacağı bulunuyorsa bunlara İİK m. 89 kapsamında haciz uygulatabilecektir²⁹. Zira bunlar borçlunun nc kişideki alacağı niteliğindedir.

D. Ortaklık (Hisse) Payı

Limited Şirkette sermaye payına sahip olan kişilere ortak denir. Ortak ile Şirket arasında ortak olmaktan doğan bütün hukuki iliŐkiler ortaklık payı adı altında ifade edilir. Ortaklık payları ve haklarından kasıt paya bağlı malvarlığı, yönetim, denetim, inceleme ve devrolunan Şirketteki Şirkete katılma payı haklarıdır. Diğer bir deyişle ortaklık payı, Şirketteki hakların ve

²⁸ Peter ULMER, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, München-2004, B.5, s. 498; TOPUZ, s. 57.

²⁹ Eğer borçlu ortak, Şirket işleri için ödünç para vermiş ya da masraf yapmış ise, bunları Şirketten talep edebileceğinden, bu ortağın kişisel alacaklıları da bu hakların haczini İİK m. 89 uyarınca Şirkete haciz ihbarnamesi göndererek talep edebilir. Bkz. Talih UYAR, **İcra Hukukunda Haciz**, Manisa-1990, s. 439.

yükümlülüklerin tamamını, yani yönetime, kâra, tasfiye mevcuduna katılmayı ifade eder³⁰.

Türk Ticaret Kanunu m. 596'da, esas sermaye payının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçların, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçeceği belirtilmiştir. Buna göre esas sermaye payının icra takibine konu olabileceği kanun hükmünden açıkça anlaşılabilir. Aynı şekilde TTK m. 133/2'de alacaklıların, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından almak yanında, borçlularına ait olan, senede bağlanmış veya bağlanmamış payların, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesi ve paraya çevrilmesi yoluyla isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Türk Ticaret Kanunu 133/2 maddesindeki düzenlemede yer alan haczin ve satışın senede bağlanmış veya bağlanmamış pay ayrımı yapılmaksızın taşınırlara ilişkin hükümler uyarınca yapılması doktrinde ortada kıymetli evrak niteliğinde bir senet bulunmuyorsa, artık taşınır niteliğinde bir şeyden bahsedilemeyeceği dolayısıyla çıplak payların varlığı halinde haczin taşınırların haczine ilişkin hükümlere göre yapılmasının mümkün olamayacağı gerekçesiyle eleştirisi konusu olmuştur³¹.

Türk Ticaret Kanunu 133/2 maddesindeki düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu sermaye payının nama yazılı olması veya nama yazılı olmaması arasında herhangi bir ayrıma gitmeden haczine ve paraya çevrilmesine izin vermiştir. Bununla birlikte TTK'nın 596. maddesi İsviçre sisteminde olduğu gibi limited şirketlere, şirket payını haciz veya icra ihalesi yoluyla devralan kişiye payın gerçek karşılığının önerilmesi şartıyla payın iktisap edildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren üç aylık süre içinde açıkça ve yazılı olarak onu reddetme imkânını sunmuştur³². Buna göre ortağın esas

³⁰ PULAŞLI, C. II, s. 1020.

³¹ KENDİGELEN, Yenilikler, s. 106.

³² 6102 sayılı TTK m. 596/2 gerekçesi şu şekildedir, "Payı, yukarıdaki üç halden biri ile kazanan kişi, şirket yönünden uygun olmayabilir. İkinci fıkra, bu sebeple, şirkete, payı kazanan kişiyi reddetmek yetkisini tanımıştır. Böylece menfaatler dengesi kurulmuştur. Red, tek başına yapılamaz; başka bir deyişle, şirket sadece payı edinen kişiyi reddederek süreci sona erdiremez. Şirketin söz konusu kişiyi reddedebilmesi, yani ortak olarak kabul etmediğini bildirebilmesi için, payı kazanan kişiye payı gerçek değerinden almayı önermesi ve alacak kişiyi de göstermesi gerekir. Şirket kendisi alabileceği gibi ortağını veya üçüncü kişiyi de önerebilir. Bu hükümle, şirketin red yetkisini kullanıp payı eski ortağı bakımından iktisaden

sermaye payının icra yoluyla bir başkasına geçmesi hâllerinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer. Bu durumda Şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiye onaylamayı reddedebilir. Ancak bunun için, Şirketin, payları kendi veya ortağı ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişi hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi Şarttır.

Şirkete tanınan bu hakla, haczedilen payın cebri icra yoluyla satılarak yabancı üçüncü bir kişinin Şirkete ortak olması engellenmek istenmiştir. Bunun için Şirket, kendisinin veya yine kendisinin belirleyeceği bir üçüncü kişinin veya ortaklardan birinin payı gerçek değeri üzerinden almasını sağlayacaktır. Şirket menfaatlerini koruyan bu düzenlemeler payı haczedilen ortağın alacaklısı bakımından da herhangi bir sakınca doğurmayacaktır. Zira Şirket, nc bir kişinin payı devralmasını engellemekle yetinemeyecek, payı gerçek değeri üzerinden ya kendisi alacak ya da başka bir üçüncü kişiye belirleyerek payı satın alacak bu bedelle de alacaklı alacağına kavuşmuş olacağından, payı kimin aldığı ile ilgilenmeyecektir³³.

IV. ORTAĞIN LİMİTED ŞİRKET KÂR PAYI, TASFİYE PAYI, ŞİRKETTEN OLAN DİĞER ALACAKLARI VE ORTAKLIK PAYINA UYGULANACAK HACİZ USULÜ

Türk Ticaret Kanunu'nun 133. maddesinin ikinci fıkrası ile limited Şirket payının hangi usulle haczedileceği ve paraya çevrileceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hüküm uyarınca borçlunun limited Şirketteki hissesi ister senede bağlansın ister bağlanmasın hacze konu olabilir. Haczin TTK düzenlemesinde belirtilmesine rağmen kanun koyucunun amacı göz önünde bulundurulduğunda taşınırlara ilişkin İİK m. 89 hükmüne göre değil İİK m. 94'de yer alan çıplak pay haczi hükümlerine göre yapılması gerekmektedir.

değersiz bir konuma getirmesine engel olunmuştur. Hüküm nesnel adaleti sağlamakta ve paya ekonomik değer kazandırmaktadır. Hüküm, İsviçre n tasarısından alınmıştır. Öntasarı Parlamentoda değişikliğe uğramıştır. Değişikliğe göre, paylara bağlı hak ve borçların tümünün kazanan kişiye 'ipso iure' geçmesine rağmen, bu kişinin oy haklarını kullanabilmesi için Şirket tarafından oy kullanmaya yetkili ortak olarak tanınması gerekir. Böylece oy hakkı diğer haklardan ayrılmakta, yani kanun bağlam bu hakta varlığını sürdürmektedir. Sistem bu ayrılık üzerine kurulmaktadır. Emredici nitelik taşımayan bağlama bu derecede bağlı kalarak payları kanunen kazanan kişiye korumak güçtür. Tasarı daha açık ve menfaatler dengeesine daha uygun bir düzenlemeyi tercih etmiştir. Payı kanunda öngörülen hallerde iktisap eden kişi, ayrıca Şirkete, onayını vermeyi belli bir süre ( ay) içinde reddetmesi zorunluluğu yüklenerek de korunmuştur".

³³ BEŞOK, s. 80.

Ancak ortaklık hissesi haczi yapılmadan sadece kâr payı veya tasfiye payı haczedilecek ise İİK m. 89 hükmü uygulanacaktır³⁴.

A. Ortağın Limited Şirket Kâr Payı, Tasfiye Payı ve Şirketten Olan Diğer Alacaklarına Uygulanacak Haciz Usulü

İcra ve İflas Kanunu m. 89 uygulanarak ortağın kâr payı, tasfiye payı ve şirketten diğer alacaklarının haczinde borçlunun üçüncü kişideki alacağı borçlunun mal beyanında bulunurken üçüncü kişideki alacağını belirtmesi veya alacaklının bunu iddia etmesi ile ortaya çıkar. Alacaklının, borçlunun üçüncü kişideki alacağını iddia etmesi üzerine, icra müdürü bu alacağı haczeder, alacağın haczedildiğini haciz tutanağına geçirir ve taşınır mal veya alacak haczedilmiş olur³⁵. Fakat icra müdürünün, alacaklının iddia ettiği alacağın gerçekten var olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur. Bu nedenle üçüncü kişideki taşınır mal ve hakların varlıklarına kesin gözüyle bakılamaz, bunların üçüncü kişide gerçekten var olup olmadığının tespiti gerekir. Bununla beraber üçüncü kişi ile borçlunun anlaşıp alacaklının koydurmuş olduğu haczi etkisiz bırakmalarına da kanun koyucu müsaade etmemiş bazı tedbirler düzenlemiştir.

İcra ve İflas Kanunu m. 89 hükmü borçlunun üçüncü kişilerdeki mal ve alacaklarının haczinde, alacaklı, borçlu ve üçüncü kişi arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacını gütmektedir³⁶. İİK m. 89 prosedürü

³⁴ ALBAYRAK, s. 7.

³⁵ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ/ Sema TAŞPINAR AYVAZ, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Baskı, Ankara-2017, s. 256; Hakan PEKCANİTEZ/ Oğuz ATALAY/ Meral SUNGURTEKİN ÖZKAN/ Muhammet ÖZEKES, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, İstanbul-2017, s. 165 vd; Kamil Mehmet YILDIRIM/ Nevhis DEREN YILDIRIM, **İcra Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul-2009, s. 163 vd; Baki KURU, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Ankara-2018, s. 176 vd.; Timuçin MUŞUL, **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, 5. Baskı, Ankara-2013, s. 592 vd.; Murat ATALI/ İbrahim ERMENEK, **İcra İflas Hukuku**, Ankara-2018, s. 123 vd.; KURU, El kitabı, s. 460 vd. Borçlunun üçüncü kişideki alacakları, talep hakları yahut taşınır mallarının, icra memurunun haciz iradesini açıklaması ve alacağın haczedildiğinin haciz tutanağına geçirilmesi ile haczedilmiş olur. Ayrıca üçüncü kişiye durumun ihbarı (bildirilmesi) haczin tamamlanmasında rol oynamaz. İcra ve İflâs Kanunu m. 89'da düzenlenen hususlar, haczedilmiş olan alacak için bir muhafaza tedbiridir. Bu konuda uygulamanın görüşü de aynı yöndedir. "Borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının haczinin talep edilmesi ile haciz işlemi tamamlanmış sayılmaz. Alacak icra memurunun haciz iradesini açıklaması ile yani haciz talebinin kabulü ile haczedilmiş olur". Yargıtay 12. HD. 16978E. /1239K. 17.1.2000T., Baki KURU, **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, İstanbul-2002, s. 16.

³⁶ İcra İflas Kanunu'nun 89. maddesinde düzenlenen haciz usulü, genel haciz teorisine göre

gereğince, icra müdürü limited şirket ortağından alacaklı olan kişinin talebi üzerine alacağın haczedildiğini haciz tutanağına geçirdikten sonra limited şirkete birinci haciz ihbarnamesini gönderir. Limited şirket, kendisine gönderilen birinci haciz ihbarnamesine, tebliğden itibaren yedi gün içinde, takibin yapıldığı icra dairesine başvurarak itiraz edebilir. Kendisine haciz ihbarnamesi tebliğ olunan şirket 89. maddenin ikinci fıkrasına göre ortağına böyle bir borcu olmadığı, kişinin şirket ortağı olmadığı, malın yedinde bulunmadığı veya haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş, mal istihlak edilmiş yahut kusuru olmaksızın telef olmuş veya malın borçluya ait olmadığı veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu veya alacak borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir itirazda bulunabilir³⁷. Üçüncü kişi konumundaki limited şirketin birinci haciz ihbarnamesine yedi gün içerisinde itiraz etmesi halinde, istenen borcun limited şirketin zimmetinde sayılmasına imkân yoktur; yani şirket kendisinden istenen parayı ödemekten kurtulur. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edilmesi üzerine, ikinci haciz ihbarnamesi gönderilemez, hatta tekrar birinci haciz ihbarnamesi veya herhangi bir muhtıra gönderilemez. Ancak limited şirketin ortağının borcuyla ilgili icra dairesine yanlış bilgi vermesi veya yalan ifade ile itiraz etmesi halinde İİK m. 338/1 gereğince cezai sorumluluğu ve tazminat sorumluluğu doğar³⁸.

Üçüncü kişi, birinci haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmezse; mal yedinde borç zimmetinde sayılır (İİK m. 89/3). Yani limited şirket, birinci haciz ihbarnamesine itiraz etmemekle, kendisinden istenilen alacak miktarını, takip borçlusuna borçlu olduğunu kabul etmiş sayılır³⁹.

farklılık arz eder. Şöyle ki icra müdürü ödeme emrinin kesinleşmesinden sonra alacaklının isteği üzerine 89. maddeye göre borçlunun üçüncü kişide bulunan alacağına haciz koymaktadır. Yani üçüncü kişinin mal veya alacağı sadece takip alacaklının iddiasına göre haczedilmektedir. Oysaki genel haciz teorisine göre haciz konusuna belirli olması ve haczedilen şeye icra dairesinin el koyabilme olanağına sahip olması gerekir. Borçlunun üçüncü kişilerde bulunan mal ve alacaklarının haczinde ise bu belirlilik ve el koyabilme olanağı her zaman, hiç değilse, haciz kararının verildiği safhada yoktur. Bkz. ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 259; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 165; KURU, El Kitabı, s. 460 vd.

³⁷ İcra ve İflâs Kanunu m. 89/2’de geçen üçüncü kişinin itiraz sebepleri sayılırken, ‘... olduğu gibi bir iddia da ise’ ibaresinden 3. şahıs konumundaki limited şirketin kanunda belirtilen itiraz sebeplerinden başka itirazlarda bulunabileceği kanunda örnek olarak gösterilen bu hallerin sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır. Bkz. UYAR, Haciz, s. 242; KURU, El Kitabı, s. 467 vd.

³⁸ PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 166 vd.; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 260 vd.; KURU, El kitabı, s. 483.

³⁹ PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 167; ARSLAN/ YIL-

Limited şirketin birinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmemesi üzerine icra dairesince üçüncü kişi niteliğinde sayılan limited şirkete ‘ikinci haciz ihbarnamesi’ gönderilir. Birinci haciz ihbarnamesine itiraz edemeyen limited şirket, ikinci haciz ihbarnamesine itiraz edebilir. İtiraz süresi, birinci haciz ihbarnamesindeki gibi, tebliğden itibaren yedi gündür. Üçüncü kişi, kendisine gönderilen ikinci haciz ihbarnamesine, ihbarnamenin tebliğinden itibaren takibi yapan icra dairesine yedi gün içinde itiraz edebilir. İkinci haciz ihbarnamesine itiraz sebepleri, birinci haciz ihbarnamesine itiraz sebepleri ile aynıdır (İİK m. 89/3). Buna göre; limited şirket, İİK m. 89/2’de belirtilen sebeplerle itiraz edebilir. Limited şirket, itirazını yazılı veya sözlü olarak bildirebilir (İİK m. 89/2). İkinci haciz ihbarnamesi ile birinci haciz ihbarnamesi, tüm sonuçlarıyla tekrar edilmektedir. İkinci haciz ihbarnamesine süresi içinde itiraz eden limited şirket, aynen birinci haciz ihbarnamesine itirazda olduğu gibi ihbarnamede belirtilen borcu icra dairesine ödemekten veya yedinde sayılan malı teslim etmekten kurtulur⁴⁰.

Üçüncü kişi sayılan limited şirket ortağının borcuna karşı İİK m. 89 gereğince başlatılan takipte, ikinci haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmezse malın yedinde, borcun zimmetinde sayılması kesinleşir. Şirket kendisine gönderilen ikinci haciz ihbarnamesine süresinde (yedi gün içinde) itiraz etmez ve zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemezse veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmezse; kendisine ‘üçüncü haciz ihbarnamesi’ gönderilir⁴¹. Üçüncü haciz ihbarnamesini tebellüğ eden limited şirket, ya onbeş gün içinde zimmetinde sayılan borcu ödeyerek veya yedinde sayılan malı teslim ederek borcundan kurtulabileceği gibi onbeş gün içinde menfi tespit davası açarak borcu olmadığını ispatlayabilir.

Limited şirket onbeş gün içinde menfi tespit davası açmazsa borcun zimmetinde, malın yedinde sayılması kesinleşir. Bu durumda limited şirket aynı onbeş gün içinde icra dairesine, zimmetinde sayılan borcu ödemek veya yedinde sayılan teslim etmek zorundadır. Buradaki onbeş günlük süre hak düşürücü nitelikte olup sürenin geçirilmesi halinde, limited şirket zimmetinde sayılan borcu ödemekten veya yedinde sayılan malı teslim etmek

MAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 259; KURU, El Kitabı, s. 469.

⁴⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 304; KURU, El Kitabı, s. 470; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 258.

⁴¹ KURU, El Kitabı, s. 471; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 170.

zorundadır⁴². Limited Şirket onbeş günlük süresi içersinde menfi tespit davası aarsa dava açtığına dair belgeyi, üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren yirmi gün içinde icra dairesine teslim etmek zorundadır (İİK m. 89/3). Şirket onbeş günlük süre içinde menfi tespit davasını açar ve dava açtığını gösteren belgeyi süresi içinde (yirmi gün) icra dairesine teslim ederse; kendisi hakkında yürütülen cebr icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleŐmesine kadar durur (İİK m. 89/3). Bu durumda üçüncü kişi, menfi tespit davası sonuçlanıncaya kadar, zimmetinde sayılan borcu ödemeye veya yedinde sayılan malı teslimde zorlanamaz⁴³.

B. Ortağın Limited Şirket Ortaklık (Hisse) Payına Uygulanacak Haciz Usulü

İcra ve İflas Kanunu m. 94 hükmü uygulanarak ortaklık payının haczinde, ortağın Şirket payı için pay senedi veya pay ilmühaberi ıkarılmamıŐsa, borunun Şirketteki payı icra dairesi tarafından Şirkete tebliğ olunarak haczedilir. Bu haczin Şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, Şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile Şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır. Haciz, icra dairesi tarafından tescil edilmek üzere Ticaret Siciline bildirilir. Bu durumda haczedilen payların devri, alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıldır⁴⁴. Haczedilen payların satışı, taşınır malların satışı usulüne tabidir.

Limited Şirketlerde borçlu ortağa ait esas sermaye payı nama yazılı senede bağlı değilse borçluya ait bu pay anonim Şirketlerdeki ıplak payın haczini düzenleyen İİK m. 94'teki hükümlere kıyasen, bizzat mahallinde memur vasıtası ile haczedilebileceği gibi, İİK m. 89 gereğince Şirkete gönderilecek bir haciz ihbarnamesi ile ya da Şirkete yine doğrudan tebliğ edilecek bir haciz müzekkeresi ile de (İİK m. 85/1, m. 94/1, c. 3) haczedilebilecektir⁴⁵.

⁴² "İcra İflas Kanunu m. 89/3 uyarınca üçüncü kişi, takip alacaklısına karşı açacağı menfi tespit davasını ikinci ihbarnamenin tebliğinden başlayarak yedi gün içinde açmak ve davanın açıldığını belirleyen belgeyi aynı süre içinde icra dairesine göstermek zorundadır. Bu kural, buyurucu niteliktedir. Anılan maddedeki yedi günlük süre hak düşürücü süre olup geçirildiğinde, olumsuz hali, üçüncü kişiyi zimmetinde sayılan borcu ödemekten veya yedinde sayılan malı teslim etmek yükümünden kurtarmaz." Yargıtay 12. HD, 7024E. /7181K. 12.10.1982 T. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴³ PEKCANİTEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 170; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 260 vd.

⁴⁴ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 251; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 164.

⁴⁵ "Türk Ticaret Kanunu'nun 533. maddesi gereğince limited Şirket ortağının yıllık kr pa-

İcra ve İflas Kanunu m. 94 gereği, icra memuru, şirket merkezine giderek bir tutanak tanzimi ile borçlu ortağın kâr payını haczedebileceği gibi, borçlu limited şirket fesih olunmuşsa tasfiye hissesini, İİK m. 89 gereği şirkete haciz ihbarnamesi tebliği suretiyle de haczedebilecektir. İİK m. 133/2 hükmüne göre haczedilen pay istek üzerine şirket pay defterine şerh edilecektir. TTK m. 133/2 gereğince istek üzerine şirket pay defterine şerh edilen bu kaydın niteliği konusu doktrinde, pay defterinin bildirici nitelikte olduğu yönündedir⁴⁶. Yargıtay ise bazı kararlarında kaydın kurucu⁴⁷, bazı kararlarında ise açıklayıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir⁴⁸.

Kanaatimizce TTK m. 133/2’de kaleme alınan, “Haciz, istek üzerine pay defterine işlenir” hükmü madde gerekçesinde de belirtildiği üzere haczin aleniyet kazanması, bu yolla şeffaflığın sağlanması ve üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarına karşı haczi koruyucu bir mekanizma olarak düzenlenmiştir⁴⁹. Buna ilave olarak İİK m. 94’te yer alan haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır hükmü, bu kanaatimizi

yının haczi mümkün olduğundan, bu konudaki icra müdürlüğü işlemi doğru ise de; ortakların hisselerinin haczi mümkün olmadığından ve doğrudan haciz müzekkeresi ile de bu işlem yapılabileceğinden, mercice sadece icra müdürlüğünce ticaret sicil memurluğuna yazılan haciz müzekkeresi yazısındaki ortaklık payının haczine ilişkin ibarenin iptal sureti ile şikâyetin kabulüne karar vermek gerekirken, yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir.” Yargıtay 12. H.D./ 2003/22237E./ 2003/26533K./ 06.12.2003T., Talih UYAR, **Gerekçeli İçtihatlı İcra İflas Kanunu Şerhi**, C. 5, Ankara-2006, s. 7686; DÖNMEZ, s. 397.

⁴⁶ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, s. 889.

⁴⁷ “Türk Ticaret Kanunu’nun 520. maddesinde pay devrinin limited şirket hakkında ancak bildirilmek ve pay defterine kaydedilmek şartı ile hüküm ifade edeceği kabul edilmiştir. Dava konusu olayda her ne kadar hisse devir sözleşmeleri noterce düzenlenmiş ve de gerekli çoğunlukla ortakların devre muvafakatleri sağlanmış ise de yanlar arasında da ihtilafsız olduğu üzere, devirler pay defterine işlenmemiştir. Bu durumda yasanın açık ve emredici nitelikte hükmü karşısında, TTK’nın 520. maddesine uygun geçerli bir devrin varlığından söz edilemez”. Yargıtay 11. HD. 2002/8371E.; 2003/864K.; 28.01.2003T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁸ “Yazılı şekilde yapılmış ve noterde düzenlenmiş pay devir sözleşmesi bulunduğu göre pay defterine diğer ortakların muvafakatine ilişkin 14.04.1997 ve 05.05.1999 tarihli ortaklar kurulu kararlarının değerlendirilmesi ve elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken bu belgeler ve davacı delilleri üzerinde durulmadan ve hisse devrinin pay defterine kaydının amaçlandığı halde, bu hususun mutlak geçerlilik şartı gibi değerlendirilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır”. Yargıtay 11.HD., 1607E. /3872K./ 03.05.2001T. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴⁹ Aynı yönde Erol ULUSOY, **Gerekçeli Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu**, Ankara-2012, s. 158.

destekler mahiyettedir. Yine haczin, icra memurluğu tarafından tescil edilmek üzere ticaret siciline bildirilmesi ve haczedilen payların devrinin, alacaklının haklarını ihlal ettiği oranda batıl olacağına ilişkin düzenleme, kaydın tedbir niteliğinde olduğunu, haczin şirkete tebliğ ile gerçekleştiğini göstermektedir.

Esasen TTK m. 133/2 hükmü, anonim şirketlerdeki çıplak pay haczini düzenleyen İİK'nın 94. maddesinde yer alan; "Bu haczin şirket pay defterine işlenmesi zorunludur; ancak haciz, şirket pay defterine işlenmemiş olsa bile şirkete tebliğ tarihinde yapılmış sayılır." hükmünden farklı bir düzenlemedir. Aynı konuda hem TTK'da hem İİK'da yer alan kanun maddeleri, uygulamada şirket hisselerinin taşınır hazine göre mi yoksa İİK m. 94'teki haciz prosedürüne göre mi yapılması konusunda çelişki yaratmaktadır. Buna göre 6102 sayılı TTK m. 133/2 de yer alan "Haciz istek üzerine pay defterine işlenir." hükmü İİK m. 94'te yer alan ancak yazım şekli ile tereddüt doğuran, aynı zamanda İİK'nın mahiyetine uygun düşmeyen bir düzenleme yerine hem açık ifade tarzı hem de olayın içeriği açısından daha yeni bir düzenlemedir⁵⁰. Ancak TTK'daki bu düzenleme ile İİK m. 94'te yer alan düzenleme arasındaki çelişkinin giderilmesi açısından TTK'daki düzenlemeye paralel olarak İİK m. 94'te de aynı yönde bir düzenleme yapılması gerekmektedir⁵¹.

Limited şirket ortağının getirdiği veya getirmeyi vaat ettiği sermaye borcu şirket malvarlığına dâhil bir alacak hakkıdır. Limited şirketten alacaklı olan birinin, borçlu ortağın şirkete getirdiği veya getirmeyi taahhüt ettiği sermaye borcu nedeniyle şirkete İİK m. 89'a göre ihbarname göndermesi mümkündür⁵². Zira İİK'nın 89. maddesi gereğince borçlunun üçüncü kişideki alacağının haczi mümkündür. Limited şirketin kendisine sermaye borcu olan ortağından olan alacağını bu bağlamda limited şirketten alacaklı olan başka birisinin İİK m. 89 hükmüne göre takibe koyması mümkün olmalıdır. Mevzuatta İİK'nın 89. maddesinin sermaye alacaklarına veya borçlarına uygulanmasını engelleyen bir kural mevcut olmadığına göre, sermaye

⁵⁰ Türk Ticaret Kanunu m. 133/2'de anonim şirket paylarının haczinde bu haczin istek üzerine sadece pay defterine işleneceğinin belirtilmesi ile yetinilmesi ve İİK m. 94'te olduğu gibi ayrıca haczin ticaret siciline bildirilmesiyle bunun sonuçlarına yönelik hükümlere yer verilmemesi isabetli olmuştur. Ancak yapılan bu düzenlemenin İİK m. 94/1'de öngörülen anonim ortaklık çıplak paylarına ilişkin hükümleri zımnen ilga edip etmediği, üzerinde yeni tartışılacak sorunlardan biridir. Bkz. KENDİGELEN, Yenilikler, s. 129.

⁵¹ TOPUZ, s. 293 vd.; DÖNMEZ, s. 403.

⁵² Gökçen TOPUZ, **Limited Şirketin Sermaye Alacağının Haczi**, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara-2010, (s.2105-2113), s. 2110; İYİLİKLİ, s. 176.

alacaklarının da haczi mümkün olmalıdır⁵³. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre ise bu mümkün değildir. Çünkü limited şirketten alacaklı olan biri, şirket malvarlığı aktifinde yer alan ancak henüz ödenmemiş ortağın sermaye payının tahsil edilmesini şirket yönetiminden veya tasfiye memurundan beklemelidir. Bu durumda şirket alacaklısının, sermaye borcunu ödemiş ortağı doğrudan doğruya dava ve takip hakkı olmamalıdır⁵⁴. Zira sermaye koyma borcu iç ilişki ile ilgilidir⁵⁵.

Bu konuyla ilgili Yargıtay kural olarak, şirket borcundan dolayı şirket ortağının şirkete göre üçüncü kişi sayılamayacağı gerekçesi ile şirketin kendi ortağına karşı giriştiği takipte İİK m. 89 yolu ile haciz ihbarnamesi gönderemeyeceğini ifade etmiş ise de⁵⁶, ortakların, şirkete sermaye borcu gibi şahsi borçları bulunması halinde, 3. kişilerin şirket ortağına İİK m. 89/1'e dayalı haciz ihbarnamesi çıkarılabilesine imkân tanımıştır⁵⁷.

⁵³ ÇAMOĞLU, s. 62; UYAR, Haciz, s. 441; Seniha DAL, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı**, İstanbul-2013, s. 13.

⁵⁴ Sermaye şirketleri ile kooperatiflerde şirket alacaklılarının, ödenmemiş sermaye borcu dolayısıyla ortaklara müracaat hakkı yoktur. Zira sermaye koyma borcu iç ilişki ile ilgilidir. Bu itibarla bu şirketlerde ortakların dış ilişkide sorumlulukları ikinci derecede dahi söz konusu değildir. Anonim şirkette sermaye koyma borcunun yerine getirilmesini yalnız yönetim kurulu talep edebilir (6762 sayılı TTK 405-408). Şirket alacaklısı alacağını şirketten tahsil edemez ise şirketin iflâsını talep edebilir. Limited şirketlerde de durum anonim şirketlerdeki benzemektedir (6762 sayılı TTK m. 532/3). Bkz. İYİLİKLİ, s. 176.

⁵⁵ KARAYALÇIN, s. 83; İYİLİKLİ, s. 177.

⁵⁶ "Ticari sicil gazetesi fotokopisinden şikâyetçi Osman Tüysüz'ün takip borçlusu şirket ortaklarından bulunduğu tartışmasızdır. İİK'nın 89. maddesinde takip borçlusunun, üçüncü şahıs nezdinde bulunan hak ve alacakları ile menkul mallarının haczedilebileceği düzenlenmiştir. Somut olayda İİK m. 89/1 gereğince haciz ihbarnamesi gönderilen şirket ortağı Osman Tüysüz, borçlu şirket yönünde üçüncü kişi sayılamayacağından sözü edilen haciz ihbarnamesi hukuki sonuç doğurmaz. Yasanın emredici kuralına aykırı olarak yapılan işlemler, kamu düzeniyle ilgili bulunduğundan, İİK'nın 16/2 maddesi uyarınca süresiz şikâyete tabiidir. İcra mahkemesince şikâyetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddine dair hüküm tesisi isabetsizdir." Yargıtay 12. HD 2008/12445E.; 2008/16262K.; 22.09.2008 T.,Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁷ "Davacılar vekili müvekkillerinin ortağı oldukları dava dışı Aygar Oto İnş. Ticaret Ltd. Şti. aleyhine davalı tarafından başlatılan icra takibinde, müvekkillerine İİK'nın 89/1-2 maddeleri uyarınca bir ve ikinci haciz ihbarnameleri gönderildiğini, ancak ihbarnamelerden haberdar olunmadığından itiraz edilemediğini daha sonra İİK'nın 89/3 gereğince üçüncü haciz ihbarnamesi çıkarıldığını, oysa müvekkillerinin takip borçlusu şirkete herhangi bir borçlarının bulunmadığını ve anılan şirketin ortağı olduklarını, bu nedenle müvekkillerine haciz ihbarnamesi tebliği edilemeyeceği belirterek, borçlu olmadıklarının tespitine ve %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın takip borçlusu şirkete yönetilmesi gerektiğini yasal on beş günlük hak düşürücü süre içerisinde açılmadığını, davacıların takip borçlusu şirkete olan borçlarına istinaden haciz ihbarnameleri gönderildi-

Bize göre de doktrindeki görüşe paralel olarak, Şirket ortağının Şirket tüzel kiŐiliđine borcu olması, yani Şirket tüzel kiŐiliđinin, Şirket ortağında mal, hak ve alacağının bulunması halinde bu alacak kalemleri Şirketin Şahsi alacaklıları tarafından TTK m. 133/3 ve İİK m. 89 uyarınca haczedilebilmelidir. Bu hususta TTK m. 133/3 düzenlemesi limited Şirket ortağından alacaklı olanlara alacaklarını, ortağın Şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisini vermektedir. Bununla birlikte Şirket borçlarından dolayı kural olarak ortaklık tüzel kiŐiliđinin sorumlu olması, ortağın, ortaklık tüzel kiŐiliđine göre nc kişi sayılıp sayılmaması ile ilgili değildir. Bizatihi ortak, Şirket tüzel kiŐiliđine göre nc kiŐidir. Bu bağlamda ortaklığın, ortaklardan Şahsi alacağının bulunması halinde Şirket ortağına bu alacaklar için nc kişi sıfatıyla haciz ihbarnamesi gnderebilmelidir⁵⁸.

V. HACZEDİLEN PAYIN PARAYA ÇEVİRİLMESİ

Haciz yoluyla takipte asıl amaç, borçlunun süresi içinde rızası ile borcunu ödemediği takdirde, haczedilen malın icra dairesi aracılığıyla paraya çevrilmesi ve bu yolla elde edilen satış bedelinin alacaklıya ödenmesidir. Borçlunun gerek İİK m. 94'e göre ortaklık hissesi gerekse de ortaklık hissesi haczi yapılmadan sadece İİK m. 89'a göre kâr payı veya tasfiye payı haczedilmiş olsun paraya çevirme taşınırların paraya çevrilmesi hükümlerine göre yapılacaktır⁵⁹.

đini belirterek davanın reddini istemiŐtir. Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan delillere göre menfi tespit davasının süresinde açıldığı, İİK'nın 89. maddesine, haciz ihbarnameleri düzenlenerek tebliğ edilen davacıların takip borçlusu Şirketin ortakları olup nc kişi konumunda buldukları bu nedenle Şirket borcundan dolayı Şirket ortağı olan davacılarla karşı İİK'nın 89. maddesine dayanılarak haciz ihbarnamesi gnderilemeyeceği, davacıların takip alacaklısı davalı Şirkete borçları olmadığı gerekÇesiyle davanın kabulüne, Şartları oluŐmayan kötü niyet tazminat talebinin reddine karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir. Kural olarak dava dışı Şirketin borcundan dolayı nc Şahsi konumunda olmayan Şirket ortaklarına baŐvurulamaz ise de; ortakların Şirkete Şahsi borçları bulunması halinde, anılan alacaklar yönünden, İİK'nın 89. maddesine göre ortaklara haciz ihbarnamesi çıkarılması olanaklıdır". Yargıtay 19. HD., 2006/12000 E., 2007/4475 K., 04.05.2007 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁸ Şirkete karşı haciz yoluyla takipte ortakların bakiye sermaye borçları Şirket bakımından bir alacak hakkı olduğu için, ortaklar ödemedikleri sermaye oranında İİK'nın 89. maddesi anlamında borçlunun borçlusu konumunda olup haciz yoluyla takibe maruz kalabilirler. Zira Şirket ortakları da sermaye borcu bakımından Şirketin borçlusu konumundadır. Limited Şirkete ortaklarca taahhüt edilmiş olup da henüz ödenmemiş olan sermaye alacağı da, Şirket bakımından bir alacak hakkı olup, haczedilebilir. Bkz. İYİLİKLİ, s. 177 vd.; TOPUZ, Sermaye Alacağının Haczi, s. 2112.

⁵⁹ KURU, El kitabı, s. 636; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 316.

Borçlunun üçüncü kişilerden olan alacaklarının paraya çevrilmesi bakımından İİK m. 89, İİK m. 106 ve İİK m. 120’de birbirini tamamlayıcı düzenlemeler mevcuttur⁶⁰. Ayrıca İİK’nın 114. maddesinin birinci fıkrası gereğince, taşınır hükmünde sayılan şirket hisseleri kural olarak açık artırma yolu ile satılır. Ancak İİK’nın 119. maddesindeki hallerden birinin söz konusu olması halinde satış pazarlıkla da yapılabilir⁶¹.

Haczedilen limited şirket hissesinin paraya çevrilmesi de diğer malların paraya çevrilmesi usulünde olduğu gibi kural olarak talep üzerine gerçekleşir. Paraya çevirme talebi alacaklı tarafından yapılabileceği gibi, borçlu da bu yönde talepte bulunabilir. Bunun için paraya çevirme (satış) giderlerinin icra vезnesine yatırılmış olması gerekir. Haczedilen hisse payı için paraya çevirme talebi kural olarak haczin kesinleşmesi halinde bulunulabilir. Satış talebi belli süre içinde icra dairesinden istenmelidir. Bu süre taşınırlarda hacizden itibaren altı ay, taşınmazlarda ise bir yıldır (İİK m. 106). Buna göre borçlunun haczedilen limited şirket hissesinin paraya çevrilmesi, altı ay içerisinde haczi gerçekleştiren icra dairesinden istenmelidir. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup, süresi içinde paraya çevirme talebinde bulunulmadığı takdirde borçlunun limited şirket hissesi üzerinde gerçekleştirilen haciz işlemi düşer. Bu durumda

⁶⁰ İİK m. 121’de de borçlunun haczedilen hissesinin satışına ilişkin düzenleme yer almaktadır. İİK m. 121’in konu başlığı her ne kadar intifa hakkı ve hisse satışı olmasına rağmen bu konuyu düzenleyen 121. maddenin kenar başlığı ‘paraya çevirmenin diğer tarzı, iştirak halinde mülkiyet hisseleri’dir. Ayrıca madde içindeki sayımda sınırlayıcı değildir. Bu sebeple taşınır taşınmaz mallarla alacaklar dışındaki diğer haklar 121. madde hükümlerine göre ‘Bir intifa hakkı veya taksim edilmemiş bir miras veya bir şirket yahut iştirak halinde tasarruf olunan bir mal hissesi gibi yukarıki maddelerde gösterilmeyen başka nevi malların satılması lazım gelirse icra müdürü satışın nasıl yapılacağını icra mahkemesinden sorar. İcra mahkemesi, yerleşim yerleri malûm olan alakadarları davet ve gelenlerini dinledikten sonra açık artırma yaptırabileceği gibi satış için bir memur da tayin edebilir, yahut iktiza eden diğer bir tedbiri alabilir.’ Hükmü göz önünde bulundurularak paraya çevrilebilir. Ancak 6102 sayılı TTK m. 133 hükmü senede bağlanmış olsun olmasın tüm payların haczinde taşınırlara ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirttiği için ve İİK m. 121 hükmü özellikle iştirak halindeki hisse paylarının paraya çevrilmesini esas aldığı için limited şirket hissesinin paraya çevrilmesinde de taşınırlara ilişkin hükümlere müracaat edilecektir.

⁶¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 312; PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 205; İİK m. 119’a göre pazarlıkla satış ancak bütün alakadarlar isterse, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyat teklif edilirse, artırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymet verilirse, 113. maddenin ikinci fıkrasında gösterilen haller bulunursa, mahcuz malın tahmin edilen değeri birmilyar lirayı geçmezse yapılabilir. Pazarlıkla satış bir cebri icra işlemi olup, bu satış hakkında TBK’nın sözleşmelere ilişkin hükümleri değil, kural olarak İİK hükümleri uygulanır. Pazarlıkla satış halinde mülkiyet teslim ile alıcıya geçer.

yeniden paraya çevirme istenebilmesi için yenileme talebinde bulunulması gereklidir (İİK m. 110)⁶².

İcra dairesi, limited Şirket hisselinin paraya çevrilmesi talebinden itibaren iki ay içerisinde paraya çevirme işlemine tamamlamak zorundadır (İİK m.112/I). Bu süre düzenleyici bir süre olup, buna uyulmaması icra müdürünün disiplin sorumluluğunu doğurur. İİK m. 119 gereğince pazarlıkla satışın gerçekleşebilmesi için bütün alkadarlar istemesi, borsa veya piyasada fiyatı bulunan kıymetli evrak veya diğer mallar için o günün piyasasında mukarrer fiyatın teklif edilmesi, artırmada maden kıymetini bulmamış olan altın ve gümüş eşyaya bu kıymetin verilmesi, 113 nc maddenin ikinci fıkrasında gösterilen hallerden birinin bulunması veya mahcuz malın tahmin edilen değerinin bir milyar TL'yi geçmesi Şartları bulunmaktadır. İlgililer pazarlıkla satışın bazı koşullara bağlı olarak yapılmasını da isteyebilirler. Örneğin malın belli bir bedelden aŐaĐıya satılmamasını veya bedelin belli bir miktarının peşin verilmesini isteyebilirler⁶³.

Açık artırma usulü ile satıŐta İİK'daki ihale hükümleri uygulanır. Açık artırma ile satış için öncelikle bazı hazırlık tedbirleri alınır. Bu tedbirlerin başında açık artırma ilnı gelir. İlannda birinci ve ikinci artırmının yapılacağı yer, gün ve saat daha önceden iln edilir (İİK m. 114/1). Bu unsurlardan birinin bulunmaksızın ihalenin yapılması halinde, ihalenin feshi Őikyet yolu ile istenebilir. İlanın Şekli, artırmının tarzı, yer ve gn ve gazete ile yapılıp yapılmayacağı icra dairesi tarafından ilgililerin menfaatlerine en uygun Şekilde belirlenerek iln edilir. İlanın yurt düzeyinde yayımlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi hâlinde bu iln, satış talebi tarihinde tirajı elli binin (50.000) zerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle yapılır (İİK m. 114/2). Satış ilanı elektronik ortamda da yapılır (İİK m. 114/3). Açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla baŐlanır. Elektronik ortamda teklif verme, birinci ihale tarihinden on gün önce baŐlar, ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer; ikinci ihalede ise elektronik ortamda teklif verme birinci ihaleden sonraki beŐinci gün baŐlar, en az on gün sonrası için belirlenecek ikinci ihalenin tamamlanacağı günden önceki gün sonunda sona erer. Elektronik ortamda verilecek teklifler haczedilen

⁶² PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 198; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 306.

⁶³ Ramazan ARSLAN, **İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara-1984, s. 40; İİK m. 119. maddedeki parasal sınır 2019 yılı için 4.560 TL olarak belirlenmiştir.

malın tahmin edilen kıymetinin yüzde ellisinden az olamaz; teklif vermeden önce, haczedilen malın tahmin edilen kıymetinin yüzde yirmisi nispetinde teminat gösterilmesi zorunludur (İİK m. 114/4).

Satışa çıkarılan taşınır üzerinde hakkı olan alacaklının alacağı yukarıdaki fıkrada yazılı oranda ise artırmaya iştiraki halinde ayrıca pey akçesi ve teminat aranmaz (İİK m. 114/5).

Birinci ve ikinci ihale icra memuru tarafından, ilanda belirlenen yer, gün ve saatte, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif üzerinden başlatılır. Satışa çıkarılan mal üç defa bağırıldıktan sonra, elektronik ortamda verilen en yüksek teklif de değerlendirilerek, en çok artırana ihale edilir. Şu kadar ki, artırma bedelinin malın tahmin edilen bedelinin yüzde ellisini bulması ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan diğer alacaklar o malla temin edilmişse bu suretle rüçhanı olan alacakların mecmuundan fazla olması ve bundan başka paraya çevirme ve paraların paylaşılması masraflarını aşması gerekir.

Birinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı miktara ulaşılmazsa satış icra memuru tarafından geri bırakılır. İkinci ihalede, alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer.

Satış peşin para ile yapılır. Ancak icra memuru ihale alıcısına yedi günü geçmemek üzere bir mühlet verebilir. Daire dışında tahsil edilen paralar en geç tahsilatın yapıldığı günü takip eden ilk iş günü çalışma saati sonuna kadar banka hesabına yatırılmak üzere, icra veya mahkeme kasalarında muhafaza edilir. Satılan mal ihale kesinleşmeden teslim olunmaz. İhaleye katılıp daha sonra ihale bedelini yatırmamak suretiyle ihalenin feshine sebep olan tüm alıcılar ve kefilleri, teklif ettikleri bedel ile son ihale bedeli arasındaki farktan ve diğer zararlardan ve ayrıca temerrüt faizinden müteselsilen sorumludurlar. İhale farkı ve temerrüt faizi ayrıca hükme hacet kalmaksızın dairece tahsil olunur. Bu fark, varsa öncelikle teminat bedelinden tahsil olunur⁶⁴.

VI. İCRA YOLU İLE PARAYA ÇEVİRİLEN LİMİTED ŞİRKET PAYININ İHALEYİ KAZANAN KİŞİYE DEVRİ

İcra ve İflas Kanunu m. 118 hükmüne göre satışı yapılan taşınır malların teslimi ihale kesinleştikten sonra yapılır. Ancak limited şirket hissesinin satışında ortada fiziki bir hisse senedi yoktur. Bu nedenle hisse senedinin

⁶⁴ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 311 vd.; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ SUN-GURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 204 vd.; KURU, El Kitabı, s. 624 vd.

ihale alıcısına teslimi taşınır bir malın teslimi gibi olmaz. Bu bağlamda limited şirket hisselinin ihale yolu ile en yüksek bedeli teklif eden alıcıya ihale edilmesi üzerine icra dairesinin yapması gereken işlemler konusunda kanunda açıklık yoktur. Bu durumda İİK m. 135'te düzenlenen taşınmazlara ilişkin tescili düzenleyen hükümler burada da kıyasen uygulanabilir⁶⁵. Buna göre limited şirket hisselinin ihale alıcısı adına tescil edilmesi için şirkete müzekkere yazılarak payın ihale alıcısı adına pay defterine şerh verilerek tescili istenebilir. Satışı gerçekleştiren icra dairesi bu işlemle birlikte ticaret siciline de müzekkere yollayarak şirket ortağının hacizli payının satıldığını ve payın ihaleyi kazanan yeni alıcı adına tescilinin yapılmasını isteyebilir. Ticaret siciline icra dairesi tarafından gönderilecek müzekkere ile yapılacak tescil talebi sicil kayıtlarının son pay durumuna uygun olarak sicilin düzeltilmesini ve güncellenmesini sağlar. Aynı zamanda bu bildirim alıcının haklarının korunmasını, yapılacak genel kurullara katılımını, oy hakkını kullanmasını kötü niyetli girişimlerin önlenmesini sağlayıcı niteliktedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 596. maddesinde de limited şirket hisselinin icra yoluyla başka bir alıcıya geçmesi haline ilişkin özellikle şirketin mevcut hissedarlarının hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenleme mevcuttur. Maddeye göre, esas sermaye paylarının, miras, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin hükümler veya icra yoluyla geçmesi halinde, tüm haklar ve borçlar, genel kurulun onayına gerek olmaksızın, esas sermaye payını iktisap eden kişiye geçer. Şirket, iktisabın öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde esas sermaye payının geçtiği kişiyi onaylamayı reddedebilir. Bunun için, şirketin, payları kendisi veya ortağı hesabına ya da kendisi tarafından gösterilen üçüncü bir kişinin hesabına, gerçek değeri üzerinden devralmayı, payın geçtiği kişiye önermesi şarttır. Red kararı, devrin gerçekleştiği günden itibaren geçerli olmak üzere geriye etkilidir. Red, bu konudaki kararın verilmesine kadar geçen süre içinde alınan genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemez. Söz konusu maddede limited şirkete, icra yoluyla hisselin kazanılmasının öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde hisseyi edinen kişiyi reddetme hakkı tanınmıştır. Ancak limited şirketin bu hakkını kullanabilmesi için, hisseyi edinen kişiye hisselin gerçek değerini önermesi şarttır. Hisselin gerçek değerinin önerilmesi halinde, hisseyi cebri icra yoluyla edinen kişinin bu talebi reddetme hakkı söz konusu olamaz⁶⁶.

⁶⁵ DÖNMEZ, s. 224.

⁶⁶ TOPUZ, s. 319.

VII. İCRA YOLU İLE LİMİTED ŞİRKET PAYINI DEVRALAN PAYDAŞIN DURUMU

Limited şirket hissesini icra yolu ile satın alan ihale alıcısı ihaleyi kazandığı andan itibaren adına henüz teslim veya tescil işlemi yapılmaya dahi İİK m. 131 gereği pay sahipliği sıfatına dayalı olarak mali ve idari haklardan yararlanabilir. Buna ilişkin düzenleme TTK m. 425'te yer almaktadır. TTK m. 425'e göre payı ihale ile alan kimse paylarından doğan haklarını kullanmak için, genel kurula kendisi katılabileceği gibi, pay sahibi olan veya olmayan bir kişiyi de temsilcisi olarak genel kurula yollayabilir. Zira satış sözleşmesinden farklı olarak cebri icrada açık artırmada taşınır bir mal alan kişi, onun mülkiyetini ihale anında kazanır (TBK m. 279, İİK m. 134/1)⁶⁷.

Limited şirket hissesini icra takibi sonucunda açık artırma sonucunda alan yeni paydaş limited şirket genel kurul kararlarına karşı TTK m. 446'da düzenlenen haklardan yararlanabilir. TTK m. 446 hükmü gereğince a) Genel kurul Toplantısında hazır bulunup da karara olumsuz oy veren ve bu muhalefetini tutanağa geçirten, b) Toplantıda hazır bulunsun veya bulunmasın, olumsuz oy kullanmış olsun ya da olmasın; çağrının usulüne göre yapılmadığını, gündemin gereği gibi ilan edilmediğini, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katılıp oy kullandıklarını, genel kurula katılmasına ve oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediğini ve yukarıda sayılan aykırılıkların genel kurul kararının alınmasında etkili olduğunu ileri süren pay sahipleri, c) Yönetim kurulu, d) Kararların yerine getirilmesi, kişisel sorumluluğuna sebep olacaksa yönetim kurulu üyelerinden her biri, iptal davası açabilir'. Yeni paydaşa bu bağlamda TTK m. 446 hükmü gereğince iptal davası açabilecektir.

Limited şirket hissesini ihale ile alan paydaş TTK m. 437'nin ortaklara sunduğu haklardan da yararlanabilir. Madde gereğince; finansal tablolar, konsolide finansal tablolar, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, denetleme raporları ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisi, genel kurulun toplantısından en az onbeş gün önce, şirketin merkez ve şubelerinde, limited şirket hissesini icra yolu ile satın alan yeni paydaşın incelemesine hazır

⁶⁷ ARSLAN, s. 55; Mülkiyetin intikali (ihale) ile birlikte, o malın nef i ve hasarı da alıcıya geçer. Yani, ihale tarihinden sonra, mal henüz alıcıya teslim edilmeden önce telef (meselâ yanmış) olsa, bunun sonucuna alıcı katlanmak zorundadır. İhale ile mülkiyet alıcıya geçerse de, ihale kesinleşmeden satılan mal alıcıya teslim edilmez (İİK m. 118/1, c. 3); KURU, El Kitabı, s. 629 vd.; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 312 vd.; PEKCANITEZ/ ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ ÖZEKES, s. 205 vd.

bulundurulmalıdır. Bunlardan finansal tablolar ve konsolide tablolar bir yıl süre ile merkezde ve şubelerde pay sahiplerinin bilgi edinmelerine açık tutulur.

Limited şirket hissesini icra yolu ile satın alan yeni paydaş, gideri şirkete ait olmak üzere gelir tablosuyla bilançonun bir suretini isteyebilir. Bununla birlikte paydaş genel kurulda, yönetim kurulundan, şirketin işleri, denetçilerden denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi de isteyebilir. Bilgi verme yükümü, TTK 200. madde çerçevesinde şirketin bağlı şirketlerini de kapsar. Verilecek bilgiler, hesap verme ve dürüstlük ilkeleri bakımından özenli ve gerçeğe uygun olmalıdır. Pay sahiplerinden herhangi birine bu sıfatı dolayısıyla genel kurul dışında bir konuda bilgi verilmişse, yeni paydaşın istemde bulunması üzerine aynı bilgi, gündemle ilgili olmasa da aynı kapsam ve ayrıntıda verilir. Bu hâlde yönetim kurulu bu maddenin üçüncü fıkrasına dayanamaz.

Bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının, pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısımlarının incelenebilmesi için, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta kararı gerekir. İzin alındığı takdirde inceleme bir uzman aracılığıyla da yapılabilir⁶⁸.

Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan limited şirket hissesini icra yolu ile satın alan yeni paydaş, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir⁶⁹.

Limited şirket hissesini icra yolu ile satın alan yeni paydaşın bilgi alma ve inceleme hakkı, esas sözleşmeyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılmaz ve sınırlandırılmaz.

⁶⁸ Oğuz ATALAY, **Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 53-76 (Basım Yılı: 2015) s. 64. vd.

⁶⁹ DÖNMEZ, s. 224.

SONUÇ

Ülkemizde son yıllarda gerçekleşen kanun reformlarının önemli bir parçası olan Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi ile şirketler hukukunda önemli yenilikler yapılmıştır. Bu yenilikler arasında limited şirket hisselerinin haczine ilişkin hükümler de bulunmaktadır. 6102 sayılı TTK'da 'Ortakların Kişisel Alacaklıları' başlığı altında kaleme alınan 133. madde düzenlemesi, şirket hisselerinin haczine ilişkin önemli değişiklikler içermektedir.

Yeni düzenlemeye göre, sermaye şirketlerinde alacaklılar, alacaklarını, o ortağa düşen kâr veya tasfiye payından alabilecekleri gibi, borçlularına ait olan, senede bağlı olan veya olmayan payların, İİK'nın taşınırlara ilişkin hükümleri uyarınca haczedilmesini ve paraya çevrilmesini isteyebilirler. Haciz, talep halinde pay defterine işlenir. Bunun dışında, alacaklılar, tüm ticaret şirketlerinde alacakları için, ortağın şirketten olan diğer alacaklarından da alabilme ve bunun için haciz yaptırabilme yetkisine de haizdirler. Yapılan bu değişiklik sonucu, sermaye şirketi olan limited şirketlerde ortaklardan birinin kişisel alacaklısına, eski TTK'nın 145. maddesinin aksine, ortağın ortaklık payının haczini ve paraya çevrilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Buna göre limited şirket ortak payları (hisseleri) artık şirketin feshi istenmeden haczedilebilecektir.

Türk Ticaret Kanunu m. 133 ile getirilen diğer bir yenilik, haczin ve paraya çevrilmenin hangi hükümlere göre yapılabileceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Buna göre limited şirketlerde borçlu ortağın payı İİK'nın taşınırlara dair hükümlerine göre haczedilecektir. Bu durumda, icra müdürlüğü, alacaklı tarafından borçlunun üçüncü kişi limited şirketteki hissesinin haczi istendiğinde, borçlunun hisse hakları şirkete haciz yazısı tebliğ olunarak haczedilebileceği gibi icra memuru şirket merkezine bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmek ve pay defterine işlenmesini sağlamak suretiyle bu hususu tutanakla tespit ederek çıplak pay haczini yapabilecektir.

Türk Ticaret Kanununda limited şirket payına ilişkin 593/2 maddesinde yapılan bir diğer yenilikle limited şirketlerde, esas sermaye payının, ispat aracı olan bir senede veya nama yazılı senede bağlanabilmesine imkân tanınmıştır. Madde gerekçesinde, esas sermaye payını içeren nama yazılı senet çıkarılmasının, paya devir ve dolayısıyla dolaşım kolaylığı sağlamayacağı, TTK m. 595 vd. hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş ve bu olanağın, limited şirket esas sermaye payını, anonim şirket payına dönüştürmeyeceği

ve bu tip paylara yaklaştırmayacağı, bilakis sadece ispat ile ilgili olarak gereğinde payın devrinde bazı kolaylıklar sağlayabileceği belirtilmiştir. Buna göre, limited şirketlerde pay senetleri birer ispat vasıtası niteliğindedir. Dolayısıyla pay senedinin teslimi ile ortaklık hakkı devir ve temlik edilemez ve yine aynı sebeple bu haklar üzerine rehin ve haciz konulamaz. Pay senetlerinin kazanılması ile sermaye payı devralınmış olmaz. Esas sermaye payının devredilebilmesi TTK'nın 595 ve 596. maddesi hükümleri şartlarında mümkün olacaktır. Buna göre pay senedinin teslimi ortaklık hakkının devrini sağlamadığından, pay senedinin haczedilmesi borçlunun, limited şirketteki ortaklık payının haczedildiği sonucunu doğurmaz. Limited şirket ortağının ortaklık payı, İİK m. 94 gereğince limited şirkete haciz yazısının tebliği ile haczedilebilir. Bunun haricinde icra memurunun mahalline (şirket merkezine) bizzat giderek, haczi şirkete tebliğ etmesi ve bunun pay defterine işlenmesi halinde de (bu durum tutanakla tespit ettirilerek) pay haczinin yapılması mümkündür. Bu bağlamda borçlunun sadece kr ve tasfiye payı haczedilecek ise İİK'da taşınırların hazine ilişkin İİK m. 89 hükmü uygulanabilecekken nama yazılı olsun veya olmasın hisse (ıplak) payının haczinde ise İİK m. 94 uygulanacaktır. Özellikle limited şirketlerde TTK m. 593/2' ye göre sadece ispat vasıtası şeklinde çıkarılan senetlerin taşınırlar gibi m. 89 gereğince haczi mümkün değildir. Bu konuda TTK m. 133 ile İİK m. 94 arasındaki çelişkinin giderilmesi açısından düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

6102 sayılı TTK'nın 133/2 maddesinde yer alan yeni düzenlemeye göre haczedilen limited şirket hissinin paraya vrilmesi işlemi haciz ister İİK m. 89 isterse de İİK m. 94 hükmüne göre yapılmış olsun, taşınırların paraya vrilmesine ilişkin İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır. TTK m. 596 ile limited şirkete, icra yoluyla hissinin kazanılmasının öğrenilmesinden itibaren üç ay içinde hisseyi edinen kişiye reddetme hakkı tanınmıştır. Ancak limited şirketin bu hakkını kullanabilmesi için, hisseyi edinen kişiye hissinin gerçek değerini önermesi şarttır. Hisselin gerçek değerinin önerilmesi halinde, hisseyi cebri icra yoluyla edinen kişinin bu talebi reddetme hakkı yoktur.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, Hakan: **Türk Ticaret Kanunu'nun 5. Yıl Sempozyumu Limited Şirket Hisse Haczi Konulu Tebliğ**, Ankara-2017.
- ARSLAN, İbrahim: **Şirketler Hukuku Bilgisi**, Konya-2010.
- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema: **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Baskı, Ankara-2017.
- ARSLAN, Ramazan: **İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara-1984.
- ARSLANLI, Halil/ DOMANIÇ, Hayri: **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.III, İstanbul-1989.
- ATALAY, Oğuz: **Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014 (Basım Yılı: 2015) (s. 53-76).
- ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim: **İcra İflas Hukuku**, Ankara-2018.
- BEŞOK, Başak: **Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Ortağın Ortaklıktan Çıkması ve Çıkarılması**, İstanbul-2010.
- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan: **Ticaret Hukuku Dersleri**, Bursa-2012.
- ÇAĞA, Barbaros: Limited Şirkette Ortaklık Payının Devri, **BATİDER**, C.VII, 1974/3. (s. 581-602)
- ÇAMOĞLU, Ersin: İsviçre, Alman ve Türk Hukuklarında Limited Ortağın Sınırlı Sorumluluğu İlkesinin Anlamı ve Nitelikleri, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XXXVIII, s. 1-4, İstanbul-1973. (s. 499-519)
- ÇAMOĞLU, Ersin: Limited Ortaklığın Sermaye Alacaklarının Haczi, **BATİDER**, C. 6, S. 1, 1971, (s. 57-68).
- DAL, Seniha: **Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Şirketler Hukuku El Kitabı**, İstanbul-2013.
- DÖNMEZ, Murat: **Anonim ve Limited şirketlerde Hisse Haczi ve Paraya Çevrilmesi**, İstanbul-2011.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: **Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi**, Ankara-2011.

- KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku, Şirketler Hukuku, C.II**, Ankara-1973.
- KENDİGELEN, Abuzer: **6102 sayılı TTK Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler**, İstanbul-2011. (Kendigelen, Yenilikler)
- KENDİGELEN, Abuzer: Limited Şirket Paylarının Haczi, **GSÜHFD**, (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), 2002/1, (s. 409-416).
- KURU, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 2. Baskı, Ankara-2018.
- KURU, Baki: **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, İstanbul-2002.
- KURU, Baki: **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş**, 2. Baskı, Ankara-2013.
- MUŞUL, Timuçin: **İcra ve İflâs Hukuku, C. I**, 5. Baskı, Ankara-2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet: **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 4. Bası, İstanbul-2017.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul-2005.
- PULAŞLI, Hasan: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C.I, Ankara-2010. (Pulaşlı, C. I)
- PULAŞLI, Hasan: **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi**, C.II, Ankara-2011. (Pulaşlı, C. II)
- PULAŞLI, Hasan: Limited Şirketler Hukukundaki Güncel Gelişmeler ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Bazı Sorunlar, **BATİDER**, Haziran 2009, C.XXV. (s. 37-54).
- ŞENER, Oruç Hami: **Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku**, Ankara-2017.
- TEKİL, Fahiman: **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul-1996.
- TEKİNALP, Ünal: **40. Yılında TTK**, İstanbul-1997
- TOPUZ, Gökçen: **Hisse Haczi ve Satışı**, Ankara-2009.
- TOPUZ, Gökçen: Limited Şirketin Sermaye Alacağıının Haczi, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara-2010, (s.2105–2113). (Topuz, Sermaye

Alacağının Haczi)

ULMER, Peter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, B. 5, München-2004.

ULUSOY, Erol: **Gerekçeli Karşılaştırmalı Yeni Türk Ticaret Kanunu**, Ankara-2012.

UYAR, Talih: **Gerekçeli İctihath İcra İflas Kanunu Şerhi**, C. 5, Ankara-2006. (Uyar, Şerh)

UYAR, Talih: **İcra Hukukunda Haciz**, Manisa-1990. (Uyar, Haciz)

YENİOCAK, Umut: **Anonim Şirket ve Limited Şirket Hisselerinin Haczi**, Ankara-2009.

YILDIRIM, Kamil Mehmet/ DEREN YILDIRIM, Nevhis: **İcra Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul-2009.

GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN SİSTEMATİK AÇIDAN BORÇLAR KANUNUNDAKİ YERİ VE 2020 İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU TASARISI'NDAKİ DURUM

H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL*

ÖZ

Vekâletsiz iş görme Türk Borçlar Kanunu'nun "Özel Borç İlişkileri" başlıklı İkinci Kısımında düzenlenmiştir (m. 526-531). Vekâletsiz iş görme, "gerçek" ve "gerçek olmayan" vekaletsiz iş görme olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İş sahibinin menfaatlerine ve farazi iradesine uygun olarak yapılan iş, gerçek vekâletsiz iş görmedir. Buna ek olarak, yapılan iş, iş sahibinin yasaklarına aykırı olmamalıdır. İş görenin bir başkasının işini hukuka aykırı ve kötüniyetli olarak kendi menfaatine görmesi ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir. Gerçek vekâletsiz iş görme, sözleşme (vekâlet) benzeri, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ise haksız fiil benzeri bir durum olarak iş görenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Başlı başına bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler'i arasında (hatta haksız fiilden hemen sonra) düzenlenmesi gerekirken, özel borç ilişkilerini düzenleyen İkinci Kısımında yer alması uygun değildir. 2020 İsviçre Borçlar Hukuku Tasarısı'nda gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeler genel hükümler arasında yapılmıştır. Fakat Tasarı'nın bu husustaki sistematigiğine yöneltilebilecek birçok eleştiri de mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: *Vekâletsiz İş Görme, Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümleri, Özel Borç İlişkileri, Türk Borçlar Kanunu'nun Sistematigi.*

THE PLACE OF UNREAL ACTING WITHOUT AUTHORITY IN THE SYSTEMATIC CODE OF OBLIGATION AND STATUS OF 2020 SWITZERLAND DRAFT OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

Agency without authority is regulated in the Second Division Turkish Code of Obligations, entitled "The Specific Contractual Relations" (pp. 526-531). Agency without authority is classified as "real" and "unreal". The business conducted in accordance with the owner's interests and presumed intentions is considered real agency without authority. In addition to this, the conducted business shall not be

* Doktor Öğretim Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, kubra.ercoskun@atauni.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07/06/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/11 /2018

contrary to the prohibitions of the principal. If the agent conducts the business of the principal unjustly and maliciously on his own interests, there is unreal agency without authority. The liability of the agent in real agency without authority bases on quasi-contract. On the contrary, the agent in unreal agency without authority is liable on the grounds of quasi-tort to the principal for his agency activities. It would have been more appropriate to handle the unreal agency without authority by itself as a source of obligation in the First Division of the Turkish Code of Obligations, entitled "General Provisions" (further after act of injustice). Unreal acting without authority is regulated in the general division in 2020 Switzerland Draft of Obligations. But there are many of critics can directed against this systematic of the Draft.

Key Words: *Acting Without Authority, Insubstantial Acting Without Authority, The General Rules of Turkish Code of Obligations, Private Debt Obligations, Systematic Turkish Code of Obligations*

GİRİŞ

Vekâletsiz iş görme, Türk Borçlar Kanunu'nun¹ (TBK) "Özel Borç İlişkileri" ile ilgili İkinci Kısmı'nın, "Vekâlet İlişkileri" başlıklı Dokuzuncu Bölümü'nden sonra, Onuncu Bölümü'nde düzenlenmiştir (m. 526-531) (Das Schweizerische Obligationenrecht² - OR Art. 419-424). Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemenin TBK'nın Genel Hükümleri yerine Özel Borç İlişkileri ile ilgili Kısmı'nda yapılmış olmasını, haklı olarak eleştirenler de mevcuttur³.

¹ Kanun No: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG: 04.02.2011 - 27836.

² İsviçre Borçlar Kanunu, Kabul Tarihi: 30.03.1911, AS 27 317.

³ Jörg SCHMID, **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, (Hrsg. Peter GAUCH), 3. Auflage, Schulthess, 1993, OR Art. 423 N. 6; Rolf H. WEBER, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, 2. Auflage, (Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Helbing Lichtenhahn, Basel, 1996, OR Vor. Art. 419-424 N. 2, OR Art. 423 N. 2; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, C. I, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 71; Roma SEROZAN, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, C. III, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014, s. 139; Mustafa Alper GÜMÜŞ, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 225; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, s. 843-844; Ece BAŞ-SÜZEL, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş**

Bu eleştiriler etkisini göstermeye başlamış olacak ki; 2020 İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme (Art. 69-72), “*Haksız elde edilen kazancın iadesi*” başlığıyla, haksız (sebepsiz) zenginleşme kurumu kapsamında yapılmıştır (Art. 64-72)⁴. Bu düzenlemenin hemen ardından da bağımsız bir borç kaynağı olarak caiz gerçek vekâletsiz iş görmeye yer verilmiştir (Art. 73-78)⁵. Her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye genel hükümlerde yer verilmesi isabetli olsa da, bu düzenleme birçok yönden eleştirilebilir niteliktedir.

Bu çalışmada öncelikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte TBK'nın ve OR'un özel borç ilişkileri ile ilgili İkinci Kısımlarında vekâlet sözleşmesinin hemen ardından düzenlenmiş olmasına yönelik eleştiriler incelenecektir. Bunun ardından OR 2020'nin bu husustaki düzenlemesi ele alınacaktır. Bu incelemeye geçmeden önce gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin hüküm ve sonuçlarına da kısaca değinilecektir.

I. GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRME

A. Kavram

Vekâletsiz iş görme öğretide, gerçek ve gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılmaktadır⁶. İş görenin vekâleti olmaksızın, iş sahibinin

Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 15-16; Azra ARKAN-AKBİYİK, **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 25, 76, 87, 102.

⁴ Christine CHAPPUIS/Jacques de WERRA, **Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale**, (Hrsg. Claire HUGUENIN, Reto M. HILTY), Schulthess, Zürich, 2013, OR 2020 Vor. Art. 64-72 N. 12.

⁵ Claire HUGUENIN/Christine CHAPPUIS, OR 2020 Vor. Art. 73-78 N. 1, 3, 9-10.

⁶ SCHMID, ZK, OR Vor. Art 419-424 N. 13-15; Theo GUHL/Anton K. SCHNYDER ve diğerleri, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess, 2000, § 49 N. 38, 44; Herman BECKER, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551 (Çev. A. Suat DURA), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1993, s. 769, 786; Hüseyin HATEMİ/Rona SEROZAN/Abdülkadir ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992, s. 488; Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014, s. 1360; BAŞ-SÜZEL, s. 9. Öğretide vekâletsiz iş görmenin caiz gerçek vekâletsiz iş görme, caiz olmayan gerçek vekâletsiz iş görme, iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme (işe karışma) ve kötüniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görme (iş gaspı) şeklinde dördü bir ayrımı da yapılmaktadır. Eva MAISSEN/Claire HUGUENIN/Reto M. JENNY, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, (Hrsg. Claire HUGUENIN/Markus MÜLLER-CHEN), 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2016, OR Art. 419 N. 1-4;

menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayarak gördüğü iş, gerçek vekâletsiz iş görmenin konusunu oluşturmaktadır⁷. İş görenin bir başkasının işini haksız bir biçimde ve kötünietli olarak kendisinin veya üçüncü bir kişinin menfaatine görmesi ise, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir⁸. İş sahibinin yasaklamasına karşın onun menfaatine görülen işin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında olup olmadığı ise öğretilerde tartışmalıdır⁹.

Öğretilerdeki bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iyiniyetli veya kötünietli iş gören ayırımı yapmak yersizdir. İyiniyetli olsa da, haksız bir biçimde başkasının işini kendisinin menfaatine gören kişi, gerçek olmayan vekâletsiz iş gören kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰. Buna karşılık gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı, ileride inceleneceği üzere, bir özel hukuk cezası niteliğinde olduğundan¹¹, öğretilerde her ne kadar Kanun'da açıkça zikredilmemiş olsa da, iş görenin kötünietinin, gerçek olmayan

SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art 419-424 N. 18-19, 21-22; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 7 vd.; EREN, **Özel Hükümler**, s. 829, 834, 842-843; GÜMÜŞ, s. 225 vd.; ARKAN-
AKBIYIK, s. 15-16.

⁷ EREN, **Özel Hükümler**, s. 831. Diğer benzeri tanımlar için bkz.; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 38; Halûk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 2, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 676.

⁸ EREN, **Özel Hükümler**, s. 841. Diğer benzeri tanımlar için bkz.; Claire HUGUENIN, **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess, 2012. N. 2162; Roger RUDOLPH, **OFK - OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Stephan WOLF, Marc AMSTUTZ, Roland FANKHAUSER), 3. Auflage Orell Füssli Verlag, 2016, OR Art. 423 N. 1; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 11, OR Art. 423 N. 1; Sera Reyhani YÜKSEL, **Vekâletsiz İş Görme Kısa Şerhi**, (Ed. Hakan TOKBAŞ), Aristo, İstanbul, 2018, s. 64; BAŞ-SÜZEL, s. 7-8.

⁹ Bu durumun da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında olduğu görüşünde; WEBER, OR Art. 423 N. 3; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368 dn. 55; YÜKSEL, s. 64-65; BAŞ-SÜZEL, s. 36. Aksi görüşte: Eugen BUCHER, **OR Besonderer Teil**, 3. Auflage, elektronischen Version, 1988, (<http://www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-besonderer-teil-3-aufgabe-1988/>), erişim: 08.05.2018, s. 263.

¹⁰ BECKER, s. 786; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 46; Hüseyin Avni GÖKTÜRK, **Borçlar Hukuku İkinci Kısım: Akdın Muhtelif Nevileri**, Güney, Ankara, 1951, s. 526; Necip BİLGE, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971, s. 330-331; Serap HELVACI/Gülşah Sinem AYDIN: “*Kişilik Hakkı İhlalinden Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Kusurunun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.23, Sa. 1, 2017, s. 284-285; Pınar UZUN-ŞENOL: “*Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu*”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sa. 3, 2014, s. 305.

¹¹ WEBER, OR Art. 423 N. 13; Hülya ATLAN-KAZAN: “*Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme*”, **Sakarya Hukuk Dergisi**, C. 2, Sa. 2, 2014, s. 168; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 496; SEROZAN, s. 139; BAŞ-SÜZEL, s. 79, 179-181.

vekâletsiz iş görmenin zorunlu unsurlarından biri olarak kabul edilmesi gerektiği de haklı olarak ileri sürülmektedir^{12,13}. Bu son görüş doğrultusunda TBK m. 530 kapsamında yer almayan iyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görene, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulmaktadır¹⁴.

OR 2020 Art. 69'da da bir kişinin hukuken korunan bir menfaatine tecavüz eden ve bu sayede kazanç elde eden kişinin, başkasının menfaatine tecavüz ettiğini bilmediğini ve bilmesi de gerekmediğini ispat etmedikçe, bu kazancı kısmen veya tamamen hak sahibine iade etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir¹⁵. Böylece OR 2020'de kötüniyetin gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bir unsuru olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu düzenleme, öğretide kötüniyetin vekâletsiz iş görmenin unsurlarından biri olduğu yolundaki haklı görüşe kanuni bir temel sağlamaktadır. Zira Türk Medeni Kanunu'nun¹⁶ (TMK) 3. maddesi (Schweizerisches Zivilgesetzbuch¹⁷ - ZGB Art. 3) nedeniyle iyiniyet ancak kanunun öngördüğü hallerde ve ölçüde koruyucu bir

¹² SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 36, 147, 163-164; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 1, 4, 11; BUCHER, s. 261; WEBER, OR Art. 423 N. 8, 11; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 3; HUGUENIN, N. 2159, 2176, 2188; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 495, 496; GÜMÜŞ, s. 246; BAŞ-SÜZEL, s. 43-45, 46; ARKAN-AKBİYİK, s. 42; Hayriye ŞEN-DOĞRAMACI: "*Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İş Görme*", **Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku**, C. II, Yetkin, Ankara, 2017, s. 1498-1499; ATLAN-KAZAN, s. 153, 163-164, 183. (TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce) TBK Tasarısı'nda, iş görenin kötü niyetli olması gerektiğini vurgulayacak şekilde hükmün yeniden kaleme alınmasının gerekli olduğu görüşünde; Erden KUNTALP ve diğerleri, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 254.

¹³ Fikir ve sanat eserleri hukukunda, iş görenin kötüniyetli olmadığı gerekçesiyle kazancın kendine bırakılmaması gerektiği görüşünde; Ünal, **TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 335; Fırat ÖZTAN, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008, s. 680.

¹⁴ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 34, 164; WEBER, OR Art. 423 N. 8; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 3; HUGUENIN, N. 1799, 1826, 2189; Pierre TERCIER/Pascal PICHONNAZ/H. Murat DEVELİOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 559; Hüseyin Can AKSOY: "*Vekâletsiz İş Görende İşi Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı mıdır*", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 75, Sa. 1, 2017, s. 110; SEROZAN, s. 324-325; GÜMÜŞ, s. 252; BAŞ-SÜZEL, s. 50-51; ARKAN-AKBİYİK, s. 42, 74; ŞEN-DOĞRAMACI, s. 1499.

¹⁵ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 69 N. 6.

¹⁶ Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG: 08.12.2001 - 24607.

¹⁷ İsviçre Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 10.12.1907, AS 24 233.

rol oynayabilmektedir¹⁸.

OR 2020'de Art. 69'da dikkat çeken bir diğer husus da iş görenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımından kurtulabilmek için iyiniyetli olduğunu ispat etmek zorunda olmasıdır. Aslında TMK m. 3'e göre kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır, ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz. Normalde iş sahibinin iş görenin kötünüyetini ispat etmesi gerekirken¹⁹, OR 2020'de bu esas tersine çevrilmiştir²⁰. Öğretide de iş görenin kendisinin iyiniyetli olduğunu ispat etmesinin, iş sahibinin iş görenin kötünüyetli olduğuna ispat etmesine nazaran daha kolay olduğu gerekçesiyle ispat külfetinin iş görene yüklenmesi gerektiği yolunda bir görüş mevcuttur²¹.

B. Uygulama Alanı

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye daha çok kişilik hakkıyla²² (TMK m. 25/3, ZGB Art. 28a Abs. 3), fikri ve sınai haklar²³ (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu²⁴ - FSEK m. 70/3, Sınai Mülkiyet Kanunu²⁵ - SMK m. 151/2-b; Urheberrechtsgesetz²⁶ Art. 62 Abs. 2, Markenschutzgesetz²⁷ Art. 55 Abs.

¹⁸ Halil AKKANAT, **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2010, s. 167 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, **Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 248; Mustafa DURAL/Suat SARI, **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri**, C. I, 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2015, s. 231-232.

¹⁹ MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 12; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 37; Hâluk TANDOĞAN, **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957, s. 203-204.

²⁰ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 69 N. 9.

²¹ BAŞ-SÜZEL, s. 53-54. Fikir ve sanat eserleri hukuku bakımından bu görüşte; TEKİNALP, s. 335; ÖZTAN, s. 680.

²² SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 43 vd.; BAŞ-SÜZEL, s. 273 vd.; ARKAN-AKBİYİK, s. 76 vd.

²³ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 47 vd.; BAŞ-SÜZEL, s. 292 vd.; 299 vd.; ARKAN-AKBİYİK, s. 84-86, 94 vd.

²⁴ Kanun No: 5846, Kabul Tarihi: 05.12.1951, RG: 03.12.1951 - 7981.

²⁵ Kanun No: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG: 10.01.2017 - 29944.

²⁶ İsviçre Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Kabul Tarihi: 9.10.1992, AS 1993 1798.

²⁷ İsviçre Markaların Korunması Kanunu, Kabul Tarihi: 28.08.1992, AS 1993 274.

2) ve aynı haklar²⁸ gibi mutlak hakların ihlalinde²⁹ rastlanır³⁰. Bir kişinin fotoğraflarının onun izni alınmaksızın bir dergide kullanılması³¹, yazarının ölümünden sonra yakılmak üzere bir kişiye teslim edilen günlükler-mektupların kitap haline getirilerek satılması³², emin sıfatıyla zilyedin kendisine bırakılan şeyi yetkisi olmaksızın bir başkasına devretmesi³³, başkasına ait olan bir malın kiraya verilmesi³⁴, kira konusunun sözleşmeye aykırı olarak alt kiraya verilmesi³⁵, işçinin işveren tarafından kendisine teslim edilen aletleri bir üçüncü kişinin işinde veya bizzat kendi işinde kullanarak kazanç elde etmesi³⁶ halleri buna örnek olarak gösterilebilir.

²⁸ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 38 vd.

²⁹ İş görme yoluyla mutlak bir hakka yapılacak müdahalelerin gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kapsamında olduğu görüşünde; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 44; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 16; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 7; WEBER, OR Art. 423 N. 6; BUCHER, s. 262; HUGUENIN, N. 2156, 2170; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842; GÜMÜŞ, s. 244-245; BAŞ-SÜZEL, s. 55; ARKAN-AKBİYİK, s. 32, 64.

³⁰ GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 44; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842.

³¹ BAŞ-SÜZEL, s. 278.

³² YÜKSEL, s. 18; BAŞ-SÜZEL, s. 8.

³³ RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; HUGUENIN, N. 2172; Eren, **Özel Hükümler**, s. 842; GÜMÜŞ, s. 245.

³⁴ EREN, **Özel Hükümler**, s. 830; Yargıtay İBK 04.06.1958 tarih, E: 15 K: 6 (Karar için bkz.; Eraslan ÖZKAYA, **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013, s. 1130-1134); Yargıtay 13. HD. 05.11.1981 tarih E: 6198 K: 6944; Yargıtay HGK 28.12.1983 tarih E: 3-495 K: 1400. Kararlar için bkz.; Mustafa Reşit KARAHASAN, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 5, Beta, İstanbul, 2004, s. 1093, 1097-1098. Bu halde elde edilen kazancın devri talebine gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 530'un değil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin özel bir görünümü olan kötüniyetli haksız zilyetlikte iadeye ilişkin TMK m. 995'in uygulanması gerektiği görüşünde; BAŞ-SÜZEL, s. 346. Aslında Yargıtay'ın 1958 tarih 15/6 sayılı kararında da bir kişinin başkasına ait olduğunu bildiği malı kendi malı gibi kiraya vererek kiralari toplaması halinde mal sahibinin açacağı davanın gerek TBK m. 530 gerekse TMK m. 995'e dayanan bir dava olarak tasnifinin mümkün olduğu, ancak tereddüt halinde TMK m. 530'a dayanan bir dava sayılacağı belirtilmiştir.

³⁵ SCHMID, **ZK**, OR Art. 473 N. 79; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 17, OR Art. 423 N. 3, 6; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; HUGUENIN, N. 2172; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842; BAŞ-SÜZEL, s. 61-62, 365-366. Alt kiranın yalnızca sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği ve bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olamayacağı görüşünde; BECKER, s. 787; BUCHER, s. 262; Hâluk TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 119; ARKAN-AKBİYİK, s. 30.

³⁶ ARKAN-AKBİYİK, s. 65-66.

İş görmek suretiyle nispi hakların ve diğer ekonomik menfaatlerin ihlal edilmesi halinde de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gündeme gelebilir³⁷. Ancak bu durumda mutlak hak ihlallerinde olduğu gibi kendiliğinden mevcut olmadığından, hukuka aykırılık bağı bir kanun hükmüyle kurulmuş olmalıdır³⁸. Rekabet yasaklarının ihlali halinde doğan kazanç devri talepleri ile ilgili hükümler bu duruma örnek olarak gösterilebilir (TBK m. 553/2, TTK m. 231, 396; OR Art. 464 Abs. 2, Art 540 Abs. 2, Art. 557 Abs. 2, Art. 598 Abs. 2)³⁹. Öğretide bir malın iki defa satışı halinde nispi hakkın ihlali suretiyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gündeme geleceği örneği verilse de⁴⁰, burada hukuka aykırılık bağı bulunmadığından, salt sözleşmeye aykırılığın söz konusu olduğu, diğer bir deyişle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gündeme gelmediği de haklı olarak ileri sürülmektedir⁴¹.

Haksız rekabet sebebiyle müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören kimsenin, kusurun varlığına bağlı olarak zararlarının tazminini isteyebileceği, ancak hâkimin tazminat olarak, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına hükmedebileceği de Türk Ticaret Kanunu'nun⁴² (TTK) 56. maddesinin 1. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir (Bundesgesetz

³⁷ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 17, 69 vd.; WEBER, OR Art. 423 N. 6; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; HUGUENIN, N. 2156; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842; GÜMÜŞ, s. 244; ARKAN-AKBIYIK, s. 29-30, 64. Sadece mutlak hakların ihlali halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabileceği görüşünde; BUCHER, s. 262.

³⁸ BAŞ-SÜZEL, s. 61-63. İsviçre öğretisinde de TBK m. 530'a göre talepte bulunabilmek için, iş gören tarafından müdahale edilen iş sahibine ait hukuk alanının, hukuk düzeni tarafından korunuyor olması gerektiği ileri sürülmektedir. MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 5 vd; WEBER, OR Art. 423 N. 2, 6.

³⁹ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 75-76; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 17, OR Art 423 N. 6; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; HUGUENIN, N. 2172; ARKAN-AKBIYIK, s. 93-94; BAŞ-SÜZEL, s. 62, 334-338. İşçinin rekabet yasağını ihlal etmesi halinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olamayacağı görüşünde; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N; 82; HUGUENIN, N. 2172; BAŞ-SÜZEL, s. 329. Gerçekten de bu husustaki TBK m. 446/1'e (OR Art. 340b Abs. 1) göre, rekabet yasağına aykırı davranışa işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Yani burada elde edilen kazancın devri ile ilgili bir düzenleme yapılmış değildir. Bu görüşün aksine, TBK m. 446/1'in işverenin TBK m. 530'a başvurmaya engel olmadığı görüşünde; ARKAN-AKBIYIK, s. 68-69.

⁴⁰ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 83; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 2; EREN, **Özel Hükümler**, s. 842.

⁴¹ HUGUENIN, N. 2172; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 323-325; BAŞ-SÜZEL, 60-61.

⁴² Kanun No: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG: 14.02.2011 - 27846.

gegen den unlauteren Wettbewerb⁴³ Art 9 Ab. 3)⁴⁴.

Öğretide kötüniyetli haksız zilyedin elde ettiği ürünlerden sorumluluğuna ilişkin TMK m. 995/1'in (ZGB Art. 940/1) de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin özel bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

C. Yaptırım

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde iş sahibi, iş görenin kendi menfaatine yapmış olduğu işlerden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir (TBK m. 530, OR Art. 423 Abs. 1)⁴⁶. Elde edilen kazancın devrine yönelik bu yaptırım, diğer özel hukuk yaptırımlarından oldukça farklıdır. Şöyle ki; sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilmenin temel şartı bir zararın varlığıdır ve zararı aşan miktarda bir tazminata da hükmedilemez⁴⁷. Kabul ettiğimiz fikre göre, fakirleşme, sebepsiz zenginleşmenin bir şartı olduğundan⁴⁸, sebepsiz zenginleşmeye göre iade

⁴³ İsviçre Haksız Rekabet Kanunu, Kabul Tarihi: 19.12.1986, AS 1988 223.

⁴⁴ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 58; Füsün NOMER ERTAN, **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 424-425; BAŞ-SÜZEL, s. 312 vd.; ATLAN-KAZAN, s. 183. Ancak kanaatimizce de haklı olarak, bu hükümden tüm haksız rekabet hallerinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin söz konusu olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiği görüşünde; NOMER/ERTAN, s. 427; ARKAN-AKBİYİK, s. 92; ATLAN-KAZAN, s. 183. Gerçekten de haksız rekabet başkasına ait bir işin görülmesi suretiyle gerçekleştirilmişse, ancak bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gündeme gelebilir.

⁴⁵ HUGUENIN, N. 2217; BUCHER, s. 256; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 316; BAŞ-SÜZEL, s. 265-266, 341-342; ARKAN-AKBİYİK, s. 83-84; ATLAN-KAZAN, s. 182. Bu halde gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 530'un değil, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel görünümü olan kötüniyetli haksız zilyetlikte iadeye ilişkin TMK m. 995/1'in uygulanması gerektiği görüşünde; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 193; HUGUENIN, N. 2217; BUCHER, s. 256; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 316; BAŞ-SÜZEL, s. 265-266, 341-342.

⁴⁶ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 93; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 13; WEBER, OR Art. 423 N. 13; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 45; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 4; HUGUENIN, N. 2179; BUCHER, s. 234-264; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 192; TANDOĞAN, **C. II**, s. 681; GÜMÜŞ, s. 247; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368; EREN, **Özel Hükümler**, s. 846; ARKAN-AKBİYİK, s. 47; BAŞ-SÜZEL, s. 78.

⁴⁷ M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 382, 425; M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 85, 114; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 72; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 3, 193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368; BAŞ-SÜZEL, s. 80; ARKAN-AKBİYİK, s. 48.

⁴⁸ André BUSSY, **İsviçre - Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap)** (Çev. Kemal Tahir GÜRSOY), Ankara, 1948, s. 52; Turgut ÖZ, **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, Kazancı, İstanbul, 1990, s. 40-45; OĞUZMAN/ÖZ, **C. 2**, s. 330; Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar**

talebinin sınırı da alacaklının fakirleştiği miktardır. Elde edilen kazancın devri yaptırımı ise, ne zararın ne de fakirleşmenin varlığına ve miktarına bağlıdır. Bu yönüyle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan talep, alacaklı bakımından oldukça avantajlıdır⁴⁹ ve özel hukuk cezası niteliğindedir⁵⁰.

İş sahibi, iş görenin kendi menfaatine yapmış olduğu işlerden doğan faydaları edinme hakkına sahip olmakla birlikte, zenginleştiği ölçüde iş

Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015, s. 527-529; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 199-200; Halûk Nami NOMER, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 248; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 3, 193, 205; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 72; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368; ARKAN-AKBİYİK, s. 48. Öğretideki bir diğer görüş ise, sebepsiz zenginleşmenin fakirleşme şartına bağlı olmaması gerektiğini, zira talebin zararlı sınırlı olmasının tazminat hukukunun bir özelliği olduğunu ve bunun da sebepsiz zenginleşmenin niteliğiyle bağdaşmadığını ileri sürmektedir. Sebepsiz zenginleşmenin işlevinin uğranılan kayıpları gidermek değil, hukuki bir sebebe dayanmaksızın başkası sayesinde elde edilen menfaatleri bu kişiye nakletmek olduğu da belirtilmektedir. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s. 887-889; Sefa REİSOĞLU, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2012, s. 275; O, Gökhan ANTALYA, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Haksız Fiil ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, C. II, Legal, İstanbul, 2015, s. 570-571; SEROZAN, s. 311-314; ATLAN-KAZAN, s. 184. Hâlbuki OĞUZMAN/ÖZ'ün de isabetle belirttikleri gibi bu son görüşün Türk - İsviçre hukuk sistemi bakımından karşılayacağı bir ihtiyaç yoktur. Zira bu hukuk sisteminde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme kanunda yer almasaydı, bu eksiklik sebepsiz zenginleşmedeki fakirleşme şartı ortadan kaldırılarak; yani sebepsiz zenginleşmenin sınırları genişletilerek aşmaya çalışılabilirdi. OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 332. Aynı yönde; KILIÇOĞLU, **Genel Hükümler**, s. 527-528, 528-529; NOMER, s. 248; ARKAN-AKBİYİK, s. 71-72. Ancak sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 77'de fakirleşme şartının açıkça yer almamış olması ve hükmün gerekçesinde yer alan “*öğreti ve uygulamada ortaya çıkan yeni anlayışa uygun olarak*” düzenlendiği ifadeleri, bu hususta şüphe yaratabilecek niteliktedir. Bu nedenle bazı yazarlar bu hükmün sebepsiz zenginleşmede fakirleşme unsurunun aranmayacağı yolundaki görüş dikkate alınarak düzenlendiğini ileri sürmektedirler. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara 2012, s. 866-867; SEROZAN, s. 312; REİSOĞLU, s. 275. Bizzat komisyonda yer alan Öz, madde gerekçesinin, maddenin görüşülmesi esnasında alınan karara aykırı olduğunu, görüşmeler esnasında yalnızca bu hükmün fakirleşme şartının aranması veya aranmamasına ilişkin bir yenilik getirmediğinin kararlaştırılmış olduğunu belirtmektedir. OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 333, dn. 78. Bu doğrultuda yeni hükmün fakirleşme koşulundan vazgeçmediği görüşünde; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 333; KILIÇOĞLU, **Genel Hükümler**, s. 528; NOMER, s. 248.

⁴⁹ SCHMID, ZK, ORArt. 423 N. 99; BUCHER, s. 262; WEBER, ORArt. 423 N. 13; HUGUENIN, N. 1799, 1826; Andreas von TUHR, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2 (Çev. Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 454; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 72-73; EREN, **Genel Hükümler - 21. Baskı**, s. 874; GÖKTÜRK, s. 526; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368; BAŞ-SÜZEL, s. 80; ATLAN-KAZAN, s. 150, 168; UZUN-ŞENOL, s. 306.

⁵⁰ WEBER, OR Art. 423 N. 13; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 496; SEROZAN, s. 324; BAŞ-SÜZEL, s. 79, 179-181; ATLAN-KAZAN, s. 168.

görenin masraflarını ödemek ve onu giriştiği borçlardan kurtarmakla da yükümlüdür (TBK m. 530, OR Art. 423 Abs. 2). Öğretide iş görenin, iş sahibinden kendisine uygun bir ücret ödemesini talep edebileceği de ileri sürülmektedir⁵¹. Buna karşın, iş görenin ücret talep edemeyeceği görüşünde olan yazarlar da mevcuttur⁵². Kanaatimizce ilk görüş daha isabetlidir. Zira iş sahibinin zenginleşmesi talih ve tesadüflere bağlı olarak değil, hukuka aykırı bir şekilde davranmış olsa da, iş görenin emeğine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır⁵³.

Ne TBK’da ne de OR’da devredilmesi gereken menfaatin kapsamı hakkında bir düzenleme bulunmaktadır⁵⁴. OR 2020’de ise, öncelikle hak (iş) sahibinin, iş görenin elde ettiği kazancı ispatlaması gerektiği (Art. 70 Abs. 1)⁵⁵, ancak elde edilen kazancın tam olarak ispat edilemediği hallerde, bunu olayların olağan akışına göre mahkemenin belirleyeceği açıkça düzenlenmiştir (Art. 70 Abs. 2)⁵⁶. Bu düzenlemenin hemen ardından, Art. 70’e göre belirlenen kazançtan, bu kazancın elde edilebilmesi için yapıldığı ispat edilen ve makul olan masrafların düşürülebileceği belirtilmiştir (Art. 71)⁵⁷. Art. 72’de ise, mahkemenin tüm durum ve koşulları nazara alarak iade edilmesi gereken kazancı belirleyeceği hükme bağlanmıştır (Abs. 1). Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, mahkemenin özellikle hak sahibinin özel menfaatlerini güvence altına almak için iadenin gerekli olup olmadığını, ne ölçüde gerekli olduğunu (Ziff. a)⁵⁸, iade yükümlüsünün kazancın elde edilmesine kendi çabasıyla katkıda bulunup bulunmadığını ve bunun ölçüsünü (Ziff. b)⁵⁹ dikkate alması gerektiği hükme bağlanmıştır.

⁵¹ Halûk TANDOĞAN: “*Vekâletsiz İş Görenin Ücret Talebi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 1-2, 1955, s. 390-391; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 300; Aydın ZEVLİLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 654; BAŞ-SÜZEL, s. 116.

⁵² SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 118; WEBER, OR Art. 423 N. 18; AKSOY, s. 108; ARKAN-AKBİYİK, s. 56-57; GÜMÜŞ, s. 249.

⁵³ Bu doğrultuda iş görene emeğine karşılık makul bir ücret verilmesinin hakkaniyete daha uygun olacağı görüşünde; ÖZKAYA, s. 1121.

⁵⁴ Öğretide bu hususta ileri sürülen görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 13 vd.; SCHMID, **ZK**, OR 423, N. 102 vd.

⁵⁵ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 70 N. 2.

⁵⁶ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 70 N. 3.

⁵⁷ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 71 N. 3.

⁵⁸ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 71 N. 4.

⁵⁹ CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 71 N. 6.

Bu düzenlemelerden yola çıkılarak, OR 2020'nin elde edilen kazancın devri yaptırımı bakımından haksız fiil hükümlerine paralel bir düzenleme getirdiği söylenebilir. Zira haksız fiilde de öncelikle zarar görenin zararın varlığını ve miktarını ispat etmesi gerekmektedir, ancak zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemektedir (TBK m. 50, OR Art. 42). Ardından hâkim, tazminatın kapsamını (ve ödeme biçimini) durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak tespit etmektedir (TBK m. 51/1, OR Art. 43/1). Hâkimin tazminatın miktarını indirebileceği veya tazminatı tamamen kaldırabileceği haller de bulunmaktadır (TBK m. 52, OR Art. 44). Gerçi OR 2020'de kanuni bir düzenleme olarak ortaya çıkan bu hususların, günümüzde de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil benzeri niteliği⁶⁰ dolayısıyla olsa gerek, haksız fiil hükümlerine kıyasen kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹. Ancak her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil benzeri bir kurum olsa da, devredilecek kazancın caydırıcılığına ve cezai işlevine zarar verecek ölçüde indirilmesinin veya ortadan kaldırılmasının hiç uygun olmadığı söylenebilir. Özellikle kişilik hakkıyla fikri hakların ihlalinde hâkim, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bu niteliklerini daha çok gözetmeli, diğer bir deyişle önemli miktarda indirim yapmaktan kaçınmalıdır. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme bu hakların ihlaline yönelik mücadelede en önemli araçlardan biridir⁶².

D. Zamanaşımı

İş sahibi için gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan alacağın tabi olduğu zanaşımı da öğretide tartışmalıdır. Bu husustaki bir görüşe göre, TBK m. 147 b.5'te (OR Art. 128 Ziff. 3) vekâlet sözleşmesinden doğan alacakların 5 yılda zanaşımına uğrayacağı düzenlendiğinden,

⁶⁰ WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 2, OR Art. 423 N. 5; BUCHER, s. 256; EREN, **Özel Hükümler**, s. 843. Haksız fiil niteliğinde olduğu görüşünde; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1368 GÜMÜŞ, s. 245; YÜKSEL, s. 65; ATLAN-KAZAN, s. 176, 177; UZUN-ŞENOL, s. 306. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ister haksız fiil ister haksız fiil benzeri olarak nitelendirilsin, her hâlükârda hukuka aykırı bir fiildir. TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 73, 115; TANDOĞAN, **C. II**, s. 677; EREN, **Özel Hükümler**, s. 843; GÜMÜŞ, s. 245; ARKAN-AKBİYİK, s. 20; BAŞ-SÜZEL, s. 54-55; ATLAN-KAZAN, s. 153-154; UZUN-ŞENOL, s. 307.

⁶¹ MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 12, 18; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 121-122, 127, 173; WEBER, OR Art. 423 N. 15; ARKAN-AKBİYİK, s. 48-49; ATLAN-KAZAN, s. 169.

⁶² CHAPPUIS/WERRA, OR 2020 Art. 72 N. 2.

gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeden doğan talep de 5 yılda zamanaşımına uğramalıdır⁶³. Bir diğer görüşe göre, gerçek vekâletsiz iş görmede olduğu gibi, burada da TBK m. 146'da (OR Art. 127) öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır⁶⁴. Yargıtay da, istikrarlı bir biçimde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin on yılda zamanaşımına uğrayacağına dair kararlar vermektedir⁶⁵. Nihayet öğretideki bir diğer görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hukuki niteliği itibarıyla bir haksız fiildir ve bu nedenle elde edilen kazancın devri talebine TBK m. 72'de (OR Art. 60) düzenlenen haksız fiil zamanaşımı uygulanmalıdır⁶⁶. Ancak bu görüşteki bazı yazarlara göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, aynı zamanda taraflar arasındaki bir sözleşme ilişkisinin ihlali niteliğinde ise zamanaşımı süresi TBK m. 146'ya göre on yıl olmalıdır⁶⁷. Öğretide gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama hallerinde özel bir zamanaşımı süresi söz konusu ise, buna uyulması gerektiği de haklı olarak belirtilmektedir⁶⁸.

OR 2020'de ise, kanuni zamanaşımı sürelerinde yeknesaklığın sağlanabilmesi amacıyla, tüm alacak talepleri için ortak bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir (Art 149)⁶⁹. Buna göre, alacaklı, borçluyu ve alacak hakkına temel teşkil eden hususları öğrendiği andan itibaren üç yıl (Abs. 1) ve her halükârda muacceliyet tarihinden itibaren on yıl içerisinde talepte bulunmalıdır (Abs. 2), aksi halde alacak hakkı zamanaşımına uğrar.

Tüm alacak talepleri için ortak bir zamanaşımı süresi belirlemenin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme örneğinde olduğu gibi, zamanaşımı süresi bakımından tartışmalı olan alacaklarda, söz konusu tartışmalara son vereceği

⁶³ HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 496.

⁶⁴ BUCHER, s. 262; Murat AYDOĞDU/Nalan KAHVECİ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 791.

⁶⁵ Yargıtay İBK, 04.06.1958 tarih E: 15 K: 6; Yargıtay 13. HD. 16.06.1981, E: 3881 K: 4515; Yargıtay 13. HD. 28.03.1989 tarih E: 1687 K: 2109 (Kararlar için bkz.; KARAHASAN, s. 1093-194, 1098); Yargıtay 1. HD., 16.12.2013 tarih E: 13990 K: 18046 (LEXPORA, erişim: 19.04.2018).

⁶⁶ MAISSEN/HUGUENIN/JENNY, **CHK**, OR Art. 423 N. 22; SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 133-134; WEBER, OR Art. 423 N. 17; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 7; Mehmet ERDEM, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 169; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 73, 207; EREN, **Özel Hükümler**, s. 845; ARKAN-AKBİYİK, s. 59; ATLAN-KAZAN, s. 176.

⁶⁷ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 135; EREN, **Özel Hükümler**, s. 846.

⁶⁸ BAŞ-SÜZEL, s. 134.

⁶⁹ Florent THOUVENİN/Tina PURTSCHERT, OR 2020 Art. 149 N. 1.

ve uygulama için büyük bir kolaylık sağlayacağı açıktır. Ancak genel olarak bakıldığında, kısa sürenin yanında bir de uzun süre belirlenimin sözleşme hukukuna tamamen yabancı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır⁷⁰.

II. GERÇEK OLMAYAN VEKÂLETSİZ İŞ GÖRMENİN SİSTEMATİK AÇIDAN TBK'DAKİ YERİ

A. Genel Olarak

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte TBK'nın “*Özel Borç İlişkileri*” ile ilgili İkinci Kısmı'nın “*Vekâlet İlişkileri*” başlıklı Dokuzuncu Bölümü'nden sonra Onuncu Bölümü'nde düzenlenmiştir (m. 526-531, OR Art. 419-424). Öğretide, vekâletsiz iş görmenin genellikle vekâletin verdiği yetkilerin aşılması şeklinde ortaya çıktığı ve iş sahibinin yapılan işi uygun bularak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanmasını sağlayabildiği (TBK m. 531, OR Art. 424) gerekçesiyle bu tür bir sistematığın tercih edildiği belirtilmektedir⁷¹.

Aslında konunun bu şekilde sistematize edilmesinin tarihi nedenleri de mevcuttur⁷². Vekâletsiz iş görmenin ilk kez ele alınarak düzenlendiği Roma hukukunda⁷³ başlangıçta bir kişinin vekâleti olmaksızın başkasının işleriyle

⁷⁰ HONSELL de, 10 yıllık kesin bir sürenin yanında 3 yıllık göreceli zamanaşımı süresinin sadece haksız fiil ve tehlike sorumluluğunda bir anlam ifade ettiği, sözleşmede ise durumun farklı olduğu gerekçesiyle bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Heinrich HONSELL: “*İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler*” (Çev. Ümmühan KAYA), **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 2, Sa. 2, 2017, s. 196-197. Gerçekten de haksız fiilde, mağdurun faili ve zararı bilmeme ihtimali oldukça yüksektir. Sebepsiz zenginleşmede de fakirleşenin zenginleşeni ve fakirleşme miktarını bilmemesi ihtimali mevcuttur. Bu nedenle sadece haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme için, bir hakkın talep edilip edilmeyeceğine ilişkin açıklığın hızlı bir şekilde sağlanması açısından kısa bir sürenin öngörülmesi hükmün amacına uygun düşmektedir. Sözleşmede ise kural olarak, taraflar en başından beri birbirlerini tanımaktadırlar ve haklarına ilişkin bilgiye de sahiptirler. Bu nedenle burada ayrıca kısa bir süreye ihtiyaç duyulmamaktadır. Şayet bu tasarı aynen yasalaşırsa İsviçre hukukunda şimdiye kadar 10 yıllık zamanaşımına tabi olan sözleşme temelli talepler artık 3 yıl gibi çok kısa bir sürede zamanaşımına uğrayacaktır. HONSELL, s. 196.

⁷¹ SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art. 419-424 N. 5; GÖKTÜRK, s. 523; BİLGE, s. 325. TANDOĞAN'a göre de, gerçek vekâletsiz iş görme, “*mevzuu bir iş görme olan hukuki muamele benzeri bir fiil mahiyetini arz ettiğinden, onun, halen BK. muzda olduğu gibi, iş görme aktileri arasında yer almasında bir mahzur yoktur. Bilâkis, bu mevkiin isabeti lehinde şunlar söylenmektedir: Vekâletsiz iş görme, ekseriya, bir iş görme akdinin bahşettiği salâhiyetin, hudutlarının aşılması dolayısı ile bahis mevzuu olur; diğer taraftan iş sahibinin icazeti üzerine vekâletsiz iş görmeye vekâlet akdi hükümleri kıyasen tatbik edilir.*”. TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 56.

⁷² SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art. 419-424 N. 5; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 65.

⁷³ SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art. 419-424 N. 9.

meşgul olması hoş karşılanmıyordu⁷⁴. Daha sonra bu hukuk sisteminde vekâletsiz iş görme bir başkasının hukuk alanına müdahale ederek, onu koruma, ona destek ve yardımcı olma temelinde⁷⁵, vekâlet sözleşmesi benzeri kurum olarak ele alınmıştı⁷⁶. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde ise, yetkili olmadığı halde başkasının hukuk alanına müdahalede bulunmanın nedeni onu korumak, ona destek ve yardımcı olmak değil, bilakis bencil bir biçimde kendine menfaat sağlamaktı⁷⁷. Ancak aradaki bu önemli farka rağmen, her iki halde de başkasına ait bir iş görüldüğünden gerçek vekâletsiz iş görme için söz konusu olan davaya, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hallerinde de başvurulabileceği kabul edilmişti⁷⁸.

Roma hukukunda durum bu şekilde olmakla birlikte, günümüz kanunlarında aynı yaklaşımla gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte vekâlet sözleşmenin hemen ardından gelecek şekilde özel borç ilişkileri kısmında düzenlenmesi öğretide haklı olarak eleştirilmektedir⁷⁹.

⁷⁴ Mustafa DURAL: “Roma Hukukunda Akit Benzerleri (*Quasi Contractus*)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, Sa. 3-4, 1967, s. 259; Bülent TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, Der, İstanbul, 2005, s. 283; Belgin ERDOĞMUŞ, **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Der, İstanbul, 2011, s. 113, 114; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 5; BAŞ-SÜZEL, s. 11; ARKAN-AKBİYYİK, s. 12.

⁷⁵ Paul KOSCHAKER/Kudret AYİTER, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1983, s. 255; Bülent TAHİROĞLU/Belgin ERDOĞMUŞ, **Roma Hukuku Meseleleri**, 3. Baskı, Der, İstanbul, 2003, s. 245-246; Türkân RADO, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1977, s. 173; ERDOĞMUŞ, s. 113; TAHİROĞLU, s. 283; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 488; BAŞ-SÜZEL, s. 9-10. Ancak iş gören mutlaka yaptığı masrafları iş sahibinden istemek (ve iş görmek suretiyle elde ettiklerini ona devretmek) niyeti ile işe girişmiş olmalıydı. DURAL, s. 260, 262; TAHİROĞLU, s. 284-285, 286; ERDOĞMUŞ, s. 114; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 246; RADO, s. 173. Şayet sırf iyilik ve dostluk olsun diye işi yapmışsa bu halde bir bağışın gündeme geldiği kabul ediliyordu. TAHİROĞLU, s. 284, 286; KOSCHAKER/AYİTER, s. 255.

⁷⁶ SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art. 419-424 N. 9; DURAL, s. 260; KOSCHAKER/AYİTER, s. 254; RADO, s. 173; TAHİROĞLU s. 282, 285; ERDOĞMUŞ, s. 112; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 244-245; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 488; BAŞ-SÜZEL, s. 10-11.

⁷⁷ DURAL, s. 261; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 247; KOSCHAKER/AYİTER, s. 255; BAŞ-SÜZEL, s. 11-12.

⁷⁸ SCHMID, **ZK**, OR Vor. Art. 419-424 N. 9; DURAL, s. 261-262; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 247; KOSCHAKER/AYİTER, s. 255; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 10; BAŞ-SÜZEL, s. 12.

⁷⁹ SCHMID, **ZK**, OR 423, N. 6; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 2, Art. 423 N. 2; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71; EREN, **Özel Hükümler**, s. 843-844; SEROZAN, s. 139; GÜMÜŞ, s. 243-244; BAŞ-SÜZEL, s. 15-16; ARKAN-AKBİYYİK, s. 25, 76, 87, 102;

OR 2020’de, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye (Art. 69-72) ve hatta gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeler (Art. 73-78) genel hükümlerde yapılmış olmakla birlikte, bu düzenlemeler de özellikle gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemenin sebepsiz zenginleşme kurumu altında yapılması nedeniyle tenkit edilebilir niteliktedir⁸⁰.

B. Öğretide SistematiK Açıdan İleri Sürülen Eleştiriler ve Olması Gereken Hukuk Bakımından İleri Sürülen Görüşler

1. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme Bakımından

Sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi başlı başına bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin⁸¹, diğer borç kaynaklarının yanında TBK’nın Genel Hükümleri’nde yer alması gerekirken, Özel Borç İlişkileri ile ilgili kısımda ele alınması bazı sorunlara yol açmıştır. Özellikle cezai işlevi sayesinde caydırıcı bir nitelik taşıyan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeye TBK’nın özel hükümleri arasında yer verilmesi bu yararlı yaptırımın gözden kaçırılmasına sebep olmaktadır.

Şöyle ki; gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımını olan elde edilen kazancın devri talebine birçok kanunda özel olarak yer verilmiştir. Örneğin, FSEK m. 70/1’de manevi hakları haleldar edilen kişinin, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödemesi için dava açabileceği ve mahkemenin, bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de hükmedebileceği düzenlenmiştir. Aynı hükmün ikinci fıkrasında mali hakları haleldar edilen kimsenin, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere ilişkin hükümler çerçevesinde tazminat talep edebileceği belirtilmiştir. Hükmün üçüncü ve son fıkrasında ise, ilk iki fıkrada belirtilen hallerde, tecavüze uğrayan kimsenin tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini de isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi bu fıkrada aslında gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin özel bir görünümü düzenlenmiştir⁸².

ATLAN-KAZAN, s. 153, 183.

⁸⁰ HONSELL’e göre de: “Her ne kadar vekâletsiz işgörmenin sistematiK olarak genel hükümlere ait olduğu düşüncesi isabetli ise de, konunun vekâlet yerine sebepsiz zenginleşmede düzenlenmesi uygun değildir.” HONSELL, s. 191.

⁸¹ WEBER, OR Art. 423 N. 2; GÜMÜŞ, s. 243-244; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 64-65; EREN, **Özel Hükümler**, s. 829; BAŞ-SÜZEL, s. 229; ARKAN-AKBİYİK, s. 20, 102; ŞEN-DOĞRAMACI, s. 1490; ATLAN-KAZAN, s. 153.

⁸² Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Sınai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s. 402; N. Şafak EREL, **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Baskı,

Sınai mülkiyet haklarının ihlali halinde elde edilen kazancın devri talebi ise, SMK m. 151’de düzenlenmiştir. “Yoksun kalınan kazanç” başlıklı bu hüküm şu şekildedir:

“(1) Hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsar.

(2) Yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır:

a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir.

b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç.

c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli.

(3) Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur.

(4) Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, ikinci fıkranın (a) veya (b) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birinin seçilmiş olması hâlinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir.

(5) Mahkeme, patent haklarına tecavüz hâlinde, patent sahibinin bu Kanunda öngörülen patenti kullanma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu kanaatine varırsa yoksun kalınan kazanç, ikinci fıkranın (c) bendine göre hesaplanır.

(6) Coğrafi işarete veya geleneksel ürün adına tecavüz hâlinde bu madde hükmü uygulanmaz.”.

Aslında bu hükmün ikinci fıkrasında yoksun kalınan kazancın hesaplanması usulü olarak belirlenen üç halden, yalnızca (a) bendi teknik anlamda yoksun kalınan kazancın hesabı usulüdür. Hükmün (b) bendinde ise

Yetkin, Ankara, 2009, s. 349; Temel NAL/Cahit SULUK/(Rauf KARASU), **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017, s. 147; TEKİNALP, s. 334; ÖZTAN, s. 677.

gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımı olan kazanç devri talebine yer verilmiştir ki; bu, bir tazminat hesaplama yöntemi değildir. Bu nedenle bu hükmün isabeti tartışmaya açıktır⁸³.

FSEK ve SMK'da yer alan bu düzenlemeler göstermektedir ki; Kanun koyucu bile gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 530'daki düzenlemeyi yeterli görmeyerek bu hususta özel düzenlemeler yapmıştır. Bu durum, haksız rekabet halinde hâkimin, *tazminat olarak haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına dahi hükmedebileceğine* ilişkin eski Türk Ticaret Kanunu'nun⁸⁴ 58. maddesinin (TTK m. 56) gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Burada elde edilen kazancın devrine ilişkin hukuki meselenin, ülkemizde hemen hemen hiç uygulanmayan (eski) Borçlar Kanunu'nun⁸⁵ 414. maddesine (TBK m. 530) bırakılması yerine açık bir hükme bağlanarak, kanunların kolay tatbik edilmesine zemin hazırlanmış açıkça bildirilmiştir⁸⁶. Kanaatimizce, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükmün uygulanmamasının en önemli sebeplerinden biri de, sistematik olarak TBK'daki yeri dolayısıyla uygulamada gözden kaçırılabilmesidir⁸⁷.

Kanun koyucu, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin uygulama hallerini ayrıca düzenlemiştir. Bununla birlikte, bu düzenlemelerde kazanç devri talebinin tazminatla karıştırılması ve bir tazminat hesaplama yöntemi olarak görülerek yanlış bir biçimde ele alınması (SMK m. 151/2)⁸⁸; ayrıca bu düzenlemelerde, TBK m. 530'dan farklı ifadeler kullanmış olması, bazı

⁸³ Mülga 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m. 66), Mülga 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m. 140) ve Mülga 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (m. 52) bakımından benzer görüşte; KILIÇOĞLU, **Fikri Haklar**, s. 405-406; ARKAN-AKBİYİK, s. 94-10; BAŞ-SÜZEL, s. 157-159, 301-304.

⁸⁴ Kanun No: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG: 09.07.1956 - 9353.

⁸⁵ Kanun No: 818, Kabul Tarihi: 22.04.1926, RG: 29.04.1926 - 359.

⁸⁶ <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>, erişim: 24.04.2018.

⁸⁷ SEROZAN, s. 139. TANDOĞAN'a göre ise, vekâletsiz iş görmenin, "...kanunda halen işgal ettikleri mevkiin isabetsiz olduğu söylenemez. Bazı müellifler, BK. md. 414 ün, şümulünün lâyıkıyla anlaşılmasını ve geniş tatbika mazhar olamamasını, onun vekâletsiz iş görme hükümleri arasında tabikatçıların gözüne çarpmasına atfetmektedirler. Fikrimizce, bir hükmün hakikî şümulü, ilmî araştırmalar ve kazaî içtihadlar vasıtasıyla taayyün ettikten sonra artık onun kanunun umumî veya hususî kısmında bulunmasının büyük bir ehemmiyeti yoktur.". TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 73.

⁸⁸ BAŞ-SÜZEL, s. 293-295, 302-304, 313-314; ARKAN-AKBİYİK, s. 88, 100.

sorunlara yol açmaktadır. Örneğin, haksız rekabete ilişkin TTK m. 56'nın lafzından elde edilen kazancın devrine hâkimin hükmedebileceği, ancak davacının bu talebi ileri süremeyeceği sonucu çıkarılmaktadır. Ancak bu sonuç öğretide kabul edilmemekte, hâkimin taleple bağlılığı ilkesi gereği, sadece davacının kazanç devri talep ettiği hallerde hâkimin buna hükmedebileceği belirtilmektedir⁸⁹.

Tüm bu açıklamalara göre, başlı başına bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye, olması gereken hukuk bakımından, TBK'nın (OR) genel hükümleri arasında yer verilmesinin çok daha uygun olacağı⁹⁰ ve böylece bu önemli kurumun gözden kaçırılmasının önlenilebileceği söylenebilir. Bu sayede kurumun tanınırlığı ve uygulama alanı da genişleyebilecek ve mutlak hak ihlali yoluyla gerçekleşen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halleri bakımından ayrıca özel düzenleme yapma ihtiyacı sona erecektir. Hukuka aykırılık bağının kurulması gereken hallerde ise sadece genel hükümlerde yer alan gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile ilgili düzenlemeye yollama yapmakla yetinilebilecektir.

2. Gerçek Vekâletsiz İş Görme Bakımından

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, hüküm ve sonuçları itibariyle vekâlet sözleşmesinden de gerçek vekâletsiz iş görmeden de oldukça farklıdır⁹¹. Gerçek vekâletsiz iş görme sözleşme (vekâlet) benzeri olsa da⁹², gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil benzeri bir kurumdur. Yine gerçek vekâletsiz iş görme halinde iş sahibi yapılan işi uygun bulabilir. Bu halde iş gören ve iş sahibi arasındaki ilişkiye artık vekâlet hükümleri uygulanır (TBK m. 531, OR Art. 424). Ancak kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda gerçek

⁸⁹ Hüseyin ÜLGEN ve diğerleri, **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2015, s. 568; BAŞ-SÜZEL, s. 314; ARKAN-AKBİYİK, s. 89.

⁹⁰ SCHMID, **ZK**, OR 423, N. 6; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 2, OR Art. 423 N. 2; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 71; EREN, **Özel Hükümler**, s. 843-844; SEROZAN, s. 139; GÜMÜŞ, s. 243-244; BAŞ-SÜZEL, s. 15-16; ARKAN-AKBİYİK, s. 25, 76, 87, 102; ATLAN-KAZAN, s. 153, 183.

⁹¹ BAŞ-SÜZEL, s. 229; ARKAN-AKBİYİK, s. 25, 76.

⁹² HUGUENIN, N. 1471, 1478; BUCHER, s. 256; WEBER, OR Vor. Art. 419-424 N. 2; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 55-56; EREN, **Özel Hükümler**, s. 831; BAŞ-SÜZEL, s. 230. Hukuki işlem benzeri olduğu görüşünde; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 54; TANDOĞAN, **C. II**, s. 677; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1362; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 652. Genel olarak vekâletsiz iş görmenin sözleşme benzeri bir kurum olduğu görüşünde; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 37.

olmayan vekâletsiz iş görmede uygun bulma söz konusu olamaz⁹³. Zira bir kimse ancak kendi yararı gözetilerek yapılan bir işi uygun bulabilir⁹⁴. Elbette iş sahibinin iş görene karşı sahip olduğu hakları ileri sürmekten kısmen veya tamamen feragat etmesi mümkündür⁹⁵.

Tüm farklılıklarına rağmen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile gerçek vekâletsiz iş görmenin bazı ortak yönlerinin bulunduğu da inkâr edilemez bir gerçektir. Öncelikle tarafları arasında yasal bir borç ilişki yaratan her iki halde de başkasına ait bir iş yetkisiz olarak görülmektedir⁹⁶. Ayrıca gerçek vekâletsiz iş görme ile ilgili bazı kanuni düzenlenmeler, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme için de uygulanabilir niteliktedir. Gerçek vekâletsiz iş görmede iş görenin sorumluluğuna ilişkin TBK m. 527 (OR Art. 420)⁹⁷ ve iş görenin ehliyetsizliğine ilişkin TBK m. 528 (OR Art. 421)⁹⁸ buna örnek gösterilmektedir.

Bu noktada sadece gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeyi TBK'nın Genel Hükümler Kısmı'na taşıyıp, gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeleri Özel Borç İlişkileri Kısmı'nda bırakmak isabetli

⁹³ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 146; OR Art. 424 N. 6-7; WEBER, OR Art. 424 N. 3; BECKER, s. 790; ARKAN-AKBİYİK, s. 52; EREN, **Özel Hükümler**, s. 829, 840, 850; GÜMÜŞ, s. 241. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde de, yapılan işin uygun bulunabileceği görüşünde olanlar mevcuttur; BİLGE, s. 332; TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 248; TANDOĞAN, **C. II**, s. 677; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1370-1371; YÜKSEL, s. 75; BAŞ-SÜZEL, s. 141-142; ATLAN-KAZAN, s. 175; Yargıtay HGK 29.01.1964 tarih E: 95/D-3 K: 89; Yargıtay 4. HD. 04.07.1975 tarih E:7761 K: 8709; Yargıtay 8. HD. 22.04.1985 tarih E: 4674 K: 4496; Kararlar için bkz.; KARAHASAN, s. 1107- 1108. Uygun bulmaya ilişkin düzenlemenin (TBK m. 531) gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemeden (TBK m. 530) sonra gelmesi nedeniyle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeyi de kapsadığı ileri sürülmektedir. YÜKSEL, s. 75; BAŞ-SÜZEL, s. 142. Kanaatimizce bir kişi ancak kendi yararı gözetilerek yapılan bir işi uygun bulabileceğinden, bu durum vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemelerin kendi içindeki sistematiğinin de uygun olmadığını göstermektedir.

⁹⁴ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede iş sahibinin vereceği rızanın sadece mevcut haksız fiil bakımından bir hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı görüşünde; GÜMÜŞ, s. 241.

⁹⁵ EREN, **Özel Hükümler**, s. 850.

⁹⁶ BUCHER, 257-258; TANDOĞAN, **C. II**, s. 678-680; YÜKSEL, s. 19-22, 65; BAŞ-SÜZEL, s. 14, 231; UZUN-ŞENOL, s. 307.

⁹⁷ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423 N. 144; WEBER, OR Art. 423 N. 12; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 5; HUGUENIN, N. 2181; TANDOĞAN, **C. II**, s. 681-682; EREN, **Özel Hükümler**, s. 849; BAŞ-SÜZEL, s. 72-73; ARKAN-AKBİYİK, s. 44-46; ATLAN-KAZAN, s. 165-167.

⁹⁸ TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 199; BAŞ-SÜZEL, s. 95; ARKAN-AKBİYİK, s. 51; ATLAN-KAZAN, s. 170.

değildir. Bu iki kurumun da bir arada, vekâletsiz iş görme üst başlığı altında TBK'nın Genel Hükümleri arasında düzenlenmesi daha uygun olacaktır⁹⁹. Öğretide de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yanı sıra gerçek vekâletsiz iş görmenin de sözleşme niteliği taşımayan (sözleşme benzeri) yasal bir borç ilişkisi olarak, TBK'nın Genel Hükümler Kısmı'nda düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁰.

Ancak bizim de katıldığımız bu görüşün aksine, gerçek vekâletsiz iş görme en nihayetinde vekâlet sözleşmesi benzeri bir borç ilişkisi yarattığından, bu husustaki düzenlemenin vekâlet sözleşmesinden sonra yer alması gerektiği kabul edilse bile, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme yine de TBK'nın genel hükümleri arasında yapılmalıdır. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin vekâlet sözleşmesi ile hiçbir bağlantısı yoktur. Diğer bir deyişle, gerçek vekâletsiz iş görmenin TBK'daki mevcut yerini koruması söz konusu olsa bile, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme, olması gereken hukuk bakımından, yine de TBK'nın Genel Hükümlerinde yapılmalıdır.

C. OR 2020'deki Durum

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemenin genel hükümler arasında yer alması gerektiği görüşü ile paralel olarak, OR 2020'de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme (Art. 69-72), "*Haksız elde edilen kazancın iadesi*" başlığıyla haksız (sebepsiz) zenginleşme kurumunun kapsamında yapılmıştır (Art. 64-72). Hatta caiz gerçek vekâletsiz iş görmeye dair düzenlemeler bile, genel hükümler kısmında haksız zenginleşmenin hemen ardında yer almıştır (Art. 73-78). Böylece borç kaynakları OR 2020'de sözleşme (Art. 1-45), haksız fiil (Art. 46-63), haksız zenginleşme (haksız zenginleşme ve haksız elde edilen kazanç, Art. 64-72), gerçek vekâletsiz iş görme (Art. 73-78) ve tasfiye (Art. 79-85) şeklinde sıralanmıştır.

Her ne kadar OR 2020'de vekâletsiz iş görmeye genel hükümlerde yer verilmesi isabetli olsa da, bu düzenleme birçok yönden eleştirilebilir

⁹⁹ TANDOĞAN, aslında vekâletsiz iş görmenin özel hükümlerde düzenlenmiş olmasının herhangi bir sakınca taşımadığı görüşünde olmakla birlikte (**Vekâletsiz İş Görme**, s. 56, 73), şayet ilgili düzenleme genel hükümlere taşınacaksa, bunun bir bütün olarak yapılması gerektiğini de ileri sürmektedir: "*Vekâletsiz iş görme, müstakil bir borç kaynağı olarak, umumî kısma nakledilse dahi, onun tecviz edilen ve edilmeyen neveleri bir arada tanzim olunmalıdır.*". TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş Görme**, s. 73; ayrıca bkz.; s. 56.

¹⁰⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71; GÜMÜŞ, s. 225.

niteliktedir. İlk olarak, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenlemenin haksız (sebepsiz) zenginleşme üst başlığı altında yer almasının oldukça isabetsiz olduğu söylenebilir¹⁰¹. Herhalde bu durum, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin öğretilde sebepsiz zenginleşmeye, özellikle de müdahale yoluyla gerçekleşen sebepsiz zenginleşmeye benzetilmesinden¹⁰² ve TBK m. 530'un da sebepsiz zenginleşmeye yönelik bir atf içermesinden¹⁰³ kaynaklanmaktadır. İyiniyetli gerçek olmayan vekâletsiz iş görene de sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁴. Ayrıca Anglosakson hukukunda da gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız zenginleşme üst başlığı altında ele alınmaktadır¹⁰⁵.

Hâlbuki gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, sebepsiz zenginleşmeye nispeten haksız fiile daha çok benzemektedir¹⁰⁶ ve bu nedenle öğretilde de haksız fiil benzeri olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu niteliğine rağmen ilgili düzenlemenin haksız fiil başlığı altında yapılması düşünülmeyişi gibi, bu borç kaynağının sırf sebepsiz zenginleşmeye benzerliği dolayısıyla bu kapsamda ele alınması da düşünülmemelidir. Sonuç olarak, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden bağımsız bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin bu kurumlar kapsamında ele alınmaması gerektiği söylenebilir.

Daha önce de değinildiği gibi, OR 2020'de gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yaptırımında elde edilen kazancın belirlenmesi ve devredilmesi bakımından haksız fiilde zararın belirlenmesi ve tazminat miktarının tespitine benzer düzenlemeler yapılmıştır. Diğer bir deyişle, elde edilen kazancın devri borcunun varlığı ve kapsamı bakımından hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak her ne kadar gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil benzeri bir kurum olsa da, hâkimin devredilecek menfaatin caydırıcılığına ve

¹⁰¹ HONSELL, s. 191.

¹⁰² WEBER, OR Art. 423 N. 9-10; GUHL/SCHNYDER, § 49 N. 45; BUCHER, s. 262; ANTALYA, c. 580; BAŞ-SÜZEL, s. 237.

¹⁰³ WEBER, OR Art. 423 N. 18; GÜMÜŞ, s. 249; YÜKSEL, s. 68-69; ŞEN-DOĞRAMACI, s. 1499-1500.

¹⁰⁴ SCHMID, **ZK**, OR Art. 423, N. 34, 164; WEBER, OR Art. 423 N. 8; RUDOLPH, **OFK**, OR Art. 423 N. 3; HUGUENIN, N. 1799, 1826, 2189; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, s. 559; AKSOY, s. 110; SEROZAN, s. 324-325; GÜMÜŞ, s. 252; BAŞ-SÜZEL, s. 50-51; ARKAN-AKBİYİK, s. 42, 74; ŞEN-DOĞRAMACI, s. 1499.

¹⁰⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz.; BAŞ-SÜZEL, s. 237 dn. 1018.

¹⁰⁶ Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin diğer talep temelleri arasında en çok haksız fiile yakın durduğu görüşünde; BAŞ-SÜZEL, s. 235.

cezai işlevine zarar verecek ölçüde indirilmesine veya ortadan kaldırılmasına hükmedebilmesinin uygun olmadığı belirtilmelidir. Hâkimin takdir yetkisini bu yönde kullanması halinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin diğer borç kaynaklarına nispeten alacaklı bakımından sahip olduğu avantaj da büyük ölçüde ortadan kalkacaktır.

OR 2020’de gerçek vekâletsiz iş görmenin bağımsız bir borç kaynağı olarak genel hükümler kapsamında ele alınması ise oldukça isabetlidir. Ancak burada gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte ele alınması daha uygun olabilirdi. Zira tüm farklılıklarına rağmen gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile gerçek vekâletsiz iş görmenin bazı ortak yönlerinin bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir ve her ikisinin de vekâletsiz iş görme başlığı altında diğer borç kaynaklarından bağımsız olarak düzenlenmesinde hiçbir sakınca yoktur.

D. Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmenin Olması Gereken Hukuk Bakımından TBK’nın Genel Hükümleri Arasındaki Yeri

Asli bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye, olması gereken hukuk bakımından sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi TBK’nın genel hükümleri arasında yer verilmesi gerektiği tespit edildikten sonra, yine olması gereken hukuk bakımından gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin TBK’nın genel hükümleri arasındaki yeri de belirlenmelidir.

Öğretideki bir görüşe göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye (ve hatta vekâletsiz iş görmeye)¹⁰⁷ ilişkin düzenleme, sebepsiz zenginleşmeden hemen sonra yapılmalıdır¹⁰⁸. Böylece vekâletsiz iş görme, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden sonra dördüncü borç kaynağı olarak TBK’nın genel hükümleri arasındaki yerini almış olacaktır¹⁰⁹.

OR 2020’de ise, borç kaynakları sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme (haksız zenginleşme ve haksız elde edilen kazanç), gerçek vekâletsiz iş görme ve sözleşmenin tasfiyesi sıralamasıyla yapılmıştır.

Kanaatimizce, vekâletsiz iş görmenin asli bir borç kaynağı olarak haksız fiilden hemen sonra düzenlenmesi, sistematik açıdan çok daha uygun olacaktır. Bu halde borç kaynakları TBK’nın Genel Hükümler Kısmı’nda sözleşme, haksız fiil, sözleşme benzeri - haksız fiil benzeri (vekâletsiz iş görme) ve sebepsiz zenginleşme olarak sıralanacaktır.

¹⁰⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71.

¹⁰⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71; ARKAN-AKBIYIK, s. 102; BAŞ-SÜZEL, s. 371.

¹⁰⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 71.

SONUÇ

Başlı başına bir borç kaynağı olan gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, TBK'nın Genel Hükümleri arasında düzenlenmesi gerekirken, TBK'nın özel borç ilişkilerini düzenleyen İkinci Kısım'ında yer alması uygun değildir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin (gerçek vekâletsiz iş görme ile birlikte) asli bir borç kaynağı olarak haksız fiilden hemen sonra düzenlenmesi, sistemik açıdan çok daha uygun olacaktır.

Gerçek vekâletsiz iş görmenin TBK'daki mevcut yerini koruması söz konusu olsa bile, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye ilişkin düzenleme, olması gereken hukuk bakımından, yine de TBK'nın genel hükümlerinde yapılmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKKANAT, Halil: **Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2010.
- AKSOY, Hüseyin Can: “*Vekâletsiz İş Görende İş Vekâletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı mıdır*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 75, Sa. 1, 2017, s. 93-121.
- ATLAN-KAZAN, Hülya: “*Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme*”, **Sakarya Hukuk Dergisi**, C. 2, Sa. 2, 2014, s. 149-186.
- ANTALYA, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Haksız Fiil ve Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri**, C. II, Legal, İstanbul, 2015.
- ARKAN-AKBİYİK, Azra: **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme**, Alfa, İstanbul, 1999.
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- BAŞ-SÜZEL, Ece: **Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme - Menfaat Devri Yaptırımı** Oniki Levha, İstanbul, 2015.

- BECKER, Herman: **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde: 184-551 (Çev. A. Suat DURA), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1993.
- BİLGE, Necip: **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1971.
- BUCHER, Eugen: **OR Besonderer Teil**, 3. Auflage, elektronischen Version, 1988, (<http://www.eugenbucher.ch/obligationenrecht/or-besonderer-teil-3-auflage-1988/>, erişim: 08.05.2018).
- BUSSY, André: **İsviçre - Türk Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme (Haksız İktisap)** (Çev. Kemal Tahir GÜRSOY), Ankara, 1948.
- DURAL, Mustafa: “*Roma Hukukunda Akit Benzerleri (Quasi Contractus)*”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, Sa. 3-4, 1967, s. 257-272.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat: **Türk Özel Hukuku: Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, C. I, 10. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2015.
- ERDEM, Mehmet: **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- EREL, N. Şafak: **Türk Fikir ve Sanat Hukuku**, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2009.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012 ve 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017. (EREN, **Genel Hükümler**)
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014. (EREN, **Özel Hükümler**)
- ERDOĞMUŞ, Belgin: **Roma Borçlar Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Der, İstanbul, 2011.
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni: **Borçlar Hukuku İkinci Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri**, Güney, Ankara, 1951.
- GUHL, Theo/SCHNYDER, K. Anton ve diğerleri.: **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts**, 9. Auflage, Schulthess, 2000. (SWISSLEX)
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. II, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1992.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- HELVACI, Serap/AYDIN, Gülşah Sinem: “*Kişilik Hakkı İhlâlından Doğan Vekâletsiz İşgörmede Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.23, Sa. 1, 2017, s. 265-301.
- HONSELL, Heinrich: “*İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020’ye İlişkin Eleştirel Düşünceler*” (Çev. Ümmühan KAYA), **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 2, Sa. 2, 2017, s. 187-197.
- HUGUENIN, Claire: **Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil**, Schulthess, 2012. (SWISSLEX)
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 5, Beta, İstanbul, 2004.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme**, C. I, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1983.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: **Snai Haklarla Karşılaştırılmalı Fikri Haklar**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006. (KILIÇOĞLU, **Fikri Haklar**)
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2015. (KILIÇOĞLU, **Genel Hükümler**)
- KUNTALP, Erden ve diğerleri: **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- MAISSEN, Eva/Claire HUGUENIN, Claire/ JENNY M. Reto: **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR**, (Hrsg. Claire HUGUENIN/ Markus MÜLLER-CHEN), 3. Auflage, Schulthess, 2016. (SWISSLEX)
- NOMER, Hâluk Nami: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.

- NOMER ERTAN, Füsün: **Haksız Rekabet Hukuku**, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: **Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar**, 21. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 248.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (OĞUZMAN/ÖZ, C. 2)
- ÖZ, Turgut: **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme: Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle**, Kazancı, İstanbul, 1990.
- ÖZKAYA, Eraslan: **Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması**, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2013.
- ÖZTAN, Fırat: **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2008.
- RADO, Türkân: **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1977.
- REİSOĞLU, Sefa: **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Beta, İstanbul, 2012.
- RUDOLPH, Roger: **OFK - OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht**, (Hrsg. Jolanta KREN KOSTKIEWICZ, Stephan WOLF, Marc AMSTUTZ, Roland FANKHAUSER), 3. Auflage Orell Füssli Verlag, 2016. (SWISSLEX)
- SCHMID, Jörg: **ZK - Zürcher Kommentar Band/Nr. V/3a: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, (Hrsg. Peter GAUCH), 3. Auflage, Schulthess, 1993. (SWISSLEX)
- Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 - Projet relatif à une nouvelle partie générale**, (Hrsg. Claire HUGUENIN, Reto M. HILTY), Schulthess, 2013. (Christine CHAPPUIS/Jacques de WERRA - Claire HUGUENIN/Christine CHAPPUIS - Florent THOUVENIN/Tina PURTSCHERT, OR 2020) (SWISSLEX)

- SEROZAN, Rona: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme**, C. III, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2014.
- SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2017.
- ŞEN-DOĞRAMACI, Hayriye: “*Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İş Görme*”, **Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu: 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku**, C. II, Yetkin, Ankara, 2017, s. 1489-1502.
- TAHİROĞLU, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, Der, İstanbul, 2005.
- TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin: **Roma Hukuku Meseleleri**, 3. Baskı, Der, İstanbul, 2003.
- TANDOĞAN, Halûk: “*Vekâletsiz İş Görenin Ücret Talebi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, Sa. 1-2, 1955, s. 384-391.
- TANDOĞAN, Halûk: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk - İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957. (TANDOĞAN, **Vekâletsiz İş görme**)
- TANDOĞAN, Halûk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. 2, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010. (TANDOĞAN, **C. II**)
- TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- TEKİNALP, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- von TUHR, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, C. 1-2 (Çev. Cevat EDEGE), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.
- UZUN-ŞENOL, Pınar: “*Vekâletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu*”, **FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi**, Sa. 3, 2014, s. 293-309.
- ÜLGEN, Hüseyin ve diğerleri: **Ticari İşletme Hukuku**, 5. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2015.
- WEBER, H. Rolf: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529 OR**, 2. Auflage, (Hrsg. Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Helbing Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1996.

YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Beta, İstanbul, 2014.

YÜKSEL, Sera Reyhani: **Vekâletsiz İş Görme Kısa Şerhi**, (Ed. Hakan TOKBAŞ), Aristo, İstanbul, 2018.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 14. Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2014.

NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU MADDE 27/A ÇERÇEVESİNDE YABANCI ÜLKELERDE VERİLEN BOŞANMA KARARLARININ İDARÎ YOLDAN TANINMASI

Lâle AYHAN İZMİRLİ*

ÖZ

5718 sayılı Kanuna göre Türk hukukunda yalnızca yabancı ülke mahkemelerince verilen kararların tanınması ve tenfizi mümkün iken, Nüfus Hizmetleri Kanunu'na eklenen m. 27/A ile birlikte yabancı kararların tanınmasına ilişkin kurallarda önemli bir değişiklik yapılmıştır. Değişiklik ile yabancı ülke makamlarından verilen adli kararlar yanında idarî kararların da tanınması kabul edilmiş, buna ilâve olarak bu tanınmanın mahkeme yerine idarî yoldan (nüfus müdürlükleri tarafından) yapılması imkânı sağlanmıştır. Madde 27/A'nın başlığında 'boşanma' ifadesi kullanılsa da, yönetmelikte bu usûlün evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin kararları da kapsadığı belirtilmiştir. Çalışmada, yapılan yeni düzenleme özellikle boşanma kararları açısından incelenmiştir. Bu bağlamda söz konusu değişiklik çerçevesinde yabancı ülkelerde verilen boşanma kararlarının idarî yoldan tanınmasının şartları ve tanıma usûlü incelenecek ve yapılan değişiklik olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma Kararı, Evliliğin Sona Ermesi, İdarî Tanıma, Nüfus Hizmetleri Kanunu, 5718 sayılı Kanun.

ADMINISTRATIVE RECOGNITION OF FOREIGN DIVORCE DECISIONS WITHIN THE FRAME OF THE ARTICLE 27/A OF THE LAW ON THE CIVIL REGISTRATION SERVICES

ABSTRACT

An essential amendment was made on the rules of recognition of foreign decisions with the insertion of article 27/A on the Law on the Civil Registration Services, whereas it is possible to recognise and to enforce the decisions made only by foreign courts according to the Act no. 5718 in Turkish Law. With this amendment, not only recognition of foreign administrative decisions was accepted in addition to the judicial decisions, but also a new opportunity was provided that the recognition can be made by administrative authorities (civil registry offices). Even though the term of 'divorce' is used in the title of the article 27/A, it is stated in the regulation that this procedure also covers the decisions regarding the nullity, annullment and declaration of the existence of marriage. In this study, this new regulation is examined especially

* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ayhanlale@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 19/11/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/01/2019

in the context of divorce decisions. In this context, conditions and the procedure of the administrative recognition of divorce decisions will be examined and this amendment will be evaluated both with the positive and negative aspects.

Key Words: *Divorce Decision, Dissolution of Marriage, Administrative Recognition, Law on the Civil Registration Services, Act no. 5718.*

GİRİŞ

Türk hukukunda yabancı ülke mahkemesinden verilen kararların tanınması kural olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) hükümlerine göre yapılmaktadır¹. 690 sayılı Olağanüstü Hâl Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname² (KHK) ile yapılan değişikliğe kadar istisnalar dışında yalnızca yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tanınması mümkün olmuştur.

Yabancı ülke mahkemesinden verilen karar, Türk mahkemeleri tarafından tanınarak kesin hüküm ve kesin delil etkisi de kabul edilmekte ve Türk mahkemelerinden verilen bir karar gibi muamele görmektedir. MÖHUK'a göre tanınmanın yapılabilmesi için kararın, yabancı ülkenin adli makamlarınca verilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle 690 sayılı KHK'ya kadar, iç hukukta veya milletlerarası anlaşmalarda öngörülen istisnalar dışında, yabancı 'idari makamların' kararlarının Türkiye'de tanınması mümkün olmamaktaydı. Bu konuda iç hukukta evlat edinmeye ilişkin idari kararlar ile mavi kartlı yabancıların bazı nüfus olaylarına ilişkin idari kararlar istisna teşkil etmektedir³. Bu iki istisna dışında yabancı ülke 'idari

¹ Bununla birlikte MÖHUK m. 1/2 uyarınca, yabancı kararların tanınmasına ilişkin ikili veya çok taraflı sözleşme varsa, anlaşmada öngörülen usüle göre bu kararların tanınması söz konusu olacaktır.

² Karar Sayısı KHK/690, 29.4.2017 tarih ve 30052 sayılı Resmî Gazete. KHK ile yapılan bu değişiklik Mart 2018'de aynen kabul edilmiştir. Bkz. 8.3.2018 tarih ve 30354 sayılı Resmî Gazete. Söz konusu düzenlemeyi belirtmek üzere çalışmada kısaca 'KHK' ifadesi kullanılacaktır.

³ Bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar hariç, iç hukukumuzda mahkeme kararı niteliği bulunmayan yabancı idari makam kararlarının tanınması yönünde iki istisna bulunmaktadır. İlkinin NHK m. 30'da yabancı idari makamlarca verilen evlat edinme kararlarının da tanınabileceğini belirten düzenleme oluşturmaktadır. NHK m. 30'a göre yabancı idari makamların verdikleri evlat edinme işlemine ilişkin kararlar, MÖHUK'a göre tanıma ve tenfiz şartlarından olan bir kararın 'bir mahkeme kararı olması' şartının

makamlarınca' verilen kararların Türkiye'de hüküm ve sonuç doğurması kural olarak mümkün değildi. Bu durum total boşanmaların ortaya çıkmasına sebep olduğu gibi, doktrinde de eleştirilmekte ve boşanma kararının salt idarî bir makam tarafından verilmiş olmasının tanınmasına engel olmaması gerektiği belirtilmekteydi⁴.

2017 yılında 690 sayılı KHK ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'na (NHK) 'Yabancı Ülke Adli veya İdarî Makamlarınca Verilen Boşanma Kararlarının Nüfus Kütüğüne Tescili' başlıklı 27/A maddesi eklenmiş ve yabancı ülke idarî makamlarınca verilen boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığına ilişkin kararların idarî yoldan tanınması imkânı getirilmiştir. 2018 yılında ise bahsi geçen değişikliğin uygulanmasını sağlamak amacı ile 'Yabancı Ülke Adli veya İdarî Makamlarınca Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili Hakkında Yönetmelik' kabul edilmiştir⁵.

Yapılan bu değişiklikle, milletlerarası anlaşmalarda kabul edilen istisnalar ile iç hukukumuzda evlât edinmeye ilişkin istisna dışında ilk kez yabancı ülke 'idarî makamlarınca' verilen kararların tanınması imkânı kabul edilmiştir. İkinci önemli yenilik ise boşanma kararı başta olmak üzere düzenlemede sayılan türden kararların tanınması için Türk mahkemelerinden tanıma talebinde bulunulmasına gerek kalmaksızın' idarî yoldan tanınmanın

istisnasıdır. Ancak NHK m. 27/A'dan farklı olarak yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinmelerin Türk hukukunda tanınması, mahkemece tanıma kararı verilmesi şartına bağlanmıştır. İkinci istisna ise Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'de yer almaktadır. Buna göre mavi kart sahiplerinin yabancı ülke makamlarından aldıkları boşanma kararları MÖHUK'a göre tanınmasına gerek bulunmaksızın kütüğe tescil edilebilecektir. Ancak mavi kartlıların nüfus olaylarının tanınmasında herhangi bir şart aranmaksızın doğrudan tanıma usulü öngörülmüştür. Bunlar dışında bazı milletlerarası anlaşmalar çerçevesinde de doğrudan tanıma usulü kabul edilmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar çerçevesinde doğrudan tanıma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru ŞENSÖZ, "Türkiye'nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü" (2012) Yıl 11 Sayı 22, 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 389-444. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu ve mahkemeden tanıma kararı almaya gerek kalmaksızın, yabancı ülkelerde verilen kararların tanınmasının kabul edildiği milletlerarası sözleşmelerden bazıları için bkz. Dipnot, 18.

⁴ Ata SAKMAR, *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, Fakülteler Matbaası, 1976, 217; Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 501, 1996, 37; Ahmet Cemal RUHİ, *Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, Seçkin, 2003, 121-122.

⁵ 7.2.2018 tarih ve 30325 sayılı Resmî Gazete.

kabul edilmesidir⁶. NHK m. 27/A'da söz konusu yöntemin 'boşanma' kararları açısından işletilebileceği belirtilmekte, buna karşılık Yönetmelikte 'boşanma, evliliğin iptali, butlanı veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin' kararlar için bu usûlün işletilebileceği belirtilmektedir.

Çalışmada, söz konusunu düzenleme özellikle boşanma kararları açısından incelenecektir. Bununla birlikte evliliğin iptali, butlanı veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin kararlar da maddenin uygulama alanına girdiğinden, konuyla bağlantılı olduğu ölçüde bu hususlara da değinilebilecektir. İncelemede öncelikle detayına girilmeksizin genel hatlarıyla Türk hukukunda tanıma kavramı açıklanacak ve karşılaştırmalı hukukta adli olmayan boşanmalar ile yabancı ülke adli veya idari makamlarınca verilen boşanma kararlarının Türkiye'de tanınmasına ilişkin problemlere üzerinde durulacaktır. Daha sonra 690 sayılı KHK ile yapılan düzenleme çerçevesinde boşanma kararlarının idari yoldan tanınmasının şartları tespit edilerek yapılan düzenleme değerlendirilecektir.

I. TANIMA KAVRAMI

Bir ülkenin mahkemelerinden verilen kararlar, kural olarak, yalnızca kararın verildiği ülkede hüküm ve sonuç doğurur. Kararın başka bir ülkede etki doğurabilmesi için, kural olarak tanınmasına ve/veya tenfizine karar verilmesi gerekir.

Tanınmanın hukuki niteliği konusunda farklı yaklaşımlar mevcuttur⁷. Türk doktrininde bir çok yazar 'tanıma dâvası' ifadesine yer vermektedir⁸.

⁶ Burak HUYSAL, "Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili" (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 473-507, 475; Cemal ŞANLI / Emre ESEN / İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Vedat, 2018, 609-610.

⁷ Tanınmanın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fügen SARGIN / Rifat ERTEN, "MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: "Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği" (2014) Cilt 3 Sayı 2, UTTDER, s. 37-136.

⁸ Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş, 2017, 105; Aysel ÇELİKEL / Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta, 2016, 724; Ata SAKMAR, *Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları*, Fakülteler Matbaası, 1982, 177; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, 2017, 549; Ziya AKINCI / Cemile Demir GÖKYAYLA, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat, 2010, 56 vd.; Roma AYBAY / Esra DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008, 312; Burak HUYSAL, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler" (2012) Cilt 32 Sayı 1, MHB, s. 71-101, 80.

Bu yaklaşımda ki yazarların bir kısmı tanınmanın ‘tespit dâvası’ olduğunu⁹, bir kısmı ise ‘ihtilâfsız yargı şeklinde hasımsız olarak görülmesi gereken bir dâva’ olduğunu belirtmektedir¹⁰. Bir diğer yaklaşım ise tanımayı, ‘nev’î şahsına münhasır bir karar’ olarak tanımlanmaktadır¹¹. Başka bir yaklaşım ise tanımayı, ‘her zaman bir dâvacı ve dâvalının bulunmasını gerektirmeyen bir tespit işlemi’¹² veya ‘dâva niteliği taşımayan kendine özgü sonuçları olan bir tespit işlemi’¹³ olarak tanımlamaktadır¹⁴. Bu son yaklaşıma göre tanıma talebinde bulunan kişi, bir hakka veya meşru bir menfaate dayanarak, başka bir kişinin bu hakka veya menfaate yönelik bir ihlâl veya tehditte bulunduğunu ileri sürerek bu tehdit veya ihlâlin tespiti ile hukukî himaye sağlanmasını talep etmemekte; yabancı mahkeme kararı ile sağlanan hukukî himayenin etkilerinin Türk hukukunda da kabul edilmesini talep etmektedir¹⁵. Nitekim Türkiye’nin taraf olduğu bazı milletlerarası anlaşmalarda, Türk mahkemelerinden tanıma talebinde bulunulmaksızın, yabancı kararının etkilerinin Türkiye’de tanınacağı kabul edilmiştir¹⁶. Bu durum, tanınmanın

⁹ SAKMAR, (1976), 177; AYBAY/DARDAĞAN, 312, 314; NOMER, (2017), 548-549.

¹⁰ Şeref ERTAŞ, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi” (1987) Cilt 3 Sayı 1-4, s. 365-438, 401.

¹¹ TİRYAKİOĞLU, 29-31.

¹² Tuğrul ANSAY, Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler” (1982) Cilt 2 Sayı 2 MHB, s.1-6, 6.

¹³ SARGIN/ERTEN, 61.

¹⁴ Bu yaklaşıma göre bir davadan söz edebilmek için çözümü gereken bir ihtilâf bulunması gerekmektedir. Buna karşılık tanıma talebinde çözülmesi gereken bir ihtilâf bulunmamaktadır. Aksine, tanınması istenen yabancı mahkemenin kesinleşmiş kararı ile, bu mahkemenin bulunduğu ülkede, ihtilâf çözümlenmiş ve taraflar arasındaki ihtilâf nihâi olarak sona ermiştir. Bu görüşü serdeden müellifler, tanıma talebi yapıldığında taraflar arasında çözümü gereken bir ihtilâf bulunmamasından hareketle, teknik olarak dâva niteliği taşımadığını, aksine, yabancı mahkemenin kararı ile ihtilâfin esastan çözüldüğünü, ancak tanıma ile yabancı mahkeme kararının hukukî etkisinin -Türkiye’de mahkeme kararlarına tanınma etki çerçevesinde- Türkiye için de kabul edilmesine onay verildiğini belirtmektedir. Tanıma talebinin ‘dâva’ olarak nitelenip nitelenemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. SARGIN/ERTEN, 55-62. Benzer şekilde Tiryakioğlu da, tanımada ihtilâf hâlinde bulunan iki tarafın bulunmamasından hareketle tespit dâvası olarak nitelenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. TİRYAKİOĞLU, 30.

¹⁵ SARGIN/ERTEN, 58.

¹⁶ Türkiye ile Irak arasında yapılan adli yardım sözleşmesinin 84. maddesinde “*Bizzat kendi vatandaşlarının ahvâl-i şahsiyesini ilgilendiren sorunlarda Akit taraflardan birinin kesinleşmiş adli kararları diğer tarafında ülkesinde tanınır ve hiç bir tanıma usûlüne tâbi olmaksızın hüküm ifade eder*” hükmü yer almaktadır. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Irak Arasında Hukukî ve Adli İşbirliğine İlişkin Sözleşme, 21303 sayılı ve 2.8.1992 tarihli Resmi Gazete. Bu hükme göre kişi hâllerine ilişkin konularda verilmiş kararlar, hiç bir

sadece mahkeme kararı ile gerçekleşmediğini ortaya koymakta ve Türk hukukunda (MÖHUK çerçevesinde şekillenen genel kanının aksine) aslında geniş anlamda tanınmanın kabul gördüğünü göstermektedir.

Buna karşılık yargı kararlarında da doktrinde hâkim görüşe paralel olarak, ‘tanıma dâvası’ ifadesinin kullanıldığı görülmektedir¹⁷. Yine

tanıma engeline tâbi olmaksızın Türkiye’de tanınacak, başka bir ifadeyle, verildiği ülkede kesinleştiği andan itibaren, mahkemece tanıma kararı verilmesine gerek kalmaksızın Türkiye’de de kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Bkz. Şensöz Malkoç, 142. Benzer şekilde Kişi Hâllerine İlişkin İşlemlerin Düzeltilmesi Kararları ile İlgili Sözleşme’nin 2. maddesine göre, kişi hâllerine ilişkin belgedeki bir hatayı, bir mesele veya hakka ilişkin hüküm vermeksizin düzelter, sözleşmeye taraf ülkelerin yetkili makamlarınca verilen kararlar, diğer taraf ülkelerde hiç bir formaliteye gerek kalmaksızın yerine getirilecektir. Bu hükmü göre sadece adli makam kararları değil, idarî makam kararları da, mahkemece tanıma kararı verilmesine gerek kalmaksızın Türkiye’de etki doğuracaktır. Bkz. Kişi Hâllerine İlişkin İşlemlerin Düzeltilmesi Kararları ile İlgili Sözleşme, 12483 sayı ve 21.12.1966 tarihli Resmi Gazete. Bazı Ölümün Tespitine Dair Sözleşme’nin 4. maddesine göre ise, taraf ülkelerden birinin yetkili makamlarınca verilen ölüm tespiti kararları, verildiği ülkede ölüm siciline tescil edildiği anda, diğer taraf ülkelerde de ölüm sicili hükmü taşır. Buna göre söz konusu kararlar, diğer taraf ülkelerde hiç bir şarta tâbi olmaksızın ve mahkemeye başvuru gerekmeksizin tanınmaktadır. Bkz. Bazı Ölümün Tespitine Dair Sözleşme, 14054 sayı ve 26.12.1971 tarihli Resmi Gazete. Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme’ye göre de, ana ve babanın sonradan evlenmesi, evlilik dışı bir çocuğu nesebinin düzeltilmesi sonucunu doğuruyorsa, bu sonucun, sözleşmeye göre yapılacak bir bildirim ile diğer taraf ülkelerde de geçerli olacağını ve nüfus memurunun söz konusu düzeltmeyi sicile işlemek için mahkeme kararı talep edemeyeceği kabul edilmiştir. Bkz. Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme, 15364 sayı ve 22.9.1975 tarihli Resmi Gazete. Benzer şekilde Türkiye’nin taraf olduğu Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi de taraf ülkelerden birinde sözleşmeye uygun şekilde mahkeme veya idarî makam kararı ile gerçekleşen evlât edinmelerin, kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması kaydıyla, diğer taraf ülkelerde hiç bir prosedüre tâbi olmaksızın tanınmasını kabul etmiştir. Bkz. Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme, 22138 sayı ve 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete. Yine Türkiye’nin taraf olduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi (23965 sayı ve 15.2.2000 tarihli Resmi Gazete), Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi (17966 sayı ve 21.2.1983 tarihli Resmi Gazete), Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (23864 sayı ve 2.11.1999 tarihli Resmi Gazete), Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi (29703 sayı ve 5.5.2016 tarihli Resmi Gazete) gibi sözleşmelerde de, kapsamı ve şartları farklılık göstermekle birlikte, bazı kararların MÖHUK’ta öngörülen şartlara ve/veya usûle tâbi olmaksızın tanınabileceği kabul edilmiştir. İlgili milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde tanıma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, 137 vd.

¹⁷ Yargıtay 2.H.D. E.1996/1763 K.1996/2367 sayı ve 11.03.1996 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2002/5557 K.2002/6594 sayı ve 16.5.2002 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.1994/11911 K.1994/13053 sayı ve 27.12.1994 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2004/6260 K.2004/7218 sayı ve 3.6.2004 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2014/461 K.2014/1664 sayı ve 30.1.2014

MÖHUK'ta da doktrindeki hâkim görüşü teyit eder nitelikte tanıma-tenfize ilişkin ortak hükümlerde 'dâvalı, karşı taraf, kendisine karşı tenfiz istenen kişi' ifadeleri yer almakta¹⁸ ve Türk hukukunda kanun koyucunun tanımayı dâva olarak gördüğü izlenimi uyandırmaktadır. Benzer şekilde 690 sayılı KHK'nın 4. maddesinin gerekçesinde de 'tanıma dâvası' ifadesi yer almaktadır¹⁹.

Doktrinde hâkim olan görüş ve kanun koyucunun ifade biçimi çerçevesinde, NHK m. 27/A ile yapılan değişikliğe kadar, hukukumuzda tanımanın tanımının kesinleşmiş mahkeme kararları esas alınarak yapıldığını²⁰ ve tanıma talebinin ağırlıklı olarak 'dâva' niteliğinde görüldüğünü söyleyebiliriz. Ancak yapılan değişiklikle NHK'da düzenlenen yeni sistemde, mahkemeye müracaat etmeksizin kararın hukukî sonuçlarının Türkiye'de kabul edilmesi söz konusu olacağından, bugüne kadar yapılan tanım artık Türk hukuku bakımından eksik kalmaktadır.

Bu bağlamda geniş anlamda tanıma kavramı, yabancı adlî veya idarî kararın hukukî sonuçlarının tanıma ülkesinde de kabul edilmesi anlamına gelmekte iken²¹, MÖHUK çerçevesinde tanıma, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen kararın ülkede kesin hüküm ve kesin delil kuvvetinin kabul edilmesidir²². Bu çerçevede kararın kesin hüküm kuvveti verildiği ülke hukukuna göre tespit edilmekte ve tanımanın yapıldığı ülkede daha geniş etki doğurması kabul edilmemektedir²³.

tarhli kararı; 2.H.D. E.2012/1344 K.2012/31919 sayı ve 27.12.2012 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2008/18854 K.2008/17401 sayı ve 15.12.2008 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2009/11856 K.2009/15801 sayı ve 16.9.2009 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2009/8580 K.2009/21495 sayı ve 14.12.2009 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2009/9285 K.2009/21740 sayı ve 16.12.2009 tarihli kararı; Yargıtay 2.H.D. E.2010/22330 K.2011/12754 sayı ve 20.7.2011 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 1.10.2018).

¹⁸ Bkz. MÖHUK m. 52/1a, m. 51/2, m. 54/1-b ve ç, m. 55/1 ve 2. MÖHUK'ta, tanımanın hukukî niteliği hakkında tereddüt uyandıracak şekilde farklı kavramların kullanılmasına ilişkin eleştiriler için bkz. SARGIN/ERTEN, 45 vd.

¹⁹ Madde gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0836.pdf>, erişim 30.9.2018.

²⁰ SARGIN/ERTEN, 46.

²¹ SARGIN/ERTEN, 57 vd.

²² TİRYAKİOĞLU, 63; DOĞAN, 103; ÇELİKEL/ERDEM, 651; NOMER, (2017), 504; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 506; SAKMAR, (1982), 150; Işıl ÖZBAKAN, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Kazancı Hukuk Yayınları, No:58, 1987, 18; Cemile DEMİR GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, 2001, 56.^[1]

²³ TİRYAKİOĞLU, 64; DOĞAN,103-104; NOMER, (2017), 505; ERTAŞ, 369-370; Uğur TÜTÜNCÜBAŞI, *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet, 2014, 111. Bununla birlikte milletlerarası sözleşmelerle bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Bkz. ERTAŞ, 370.

Tanıma, yabancı ülke kararının icrasını sağlamamakta, yabancı kararın icrası için tenfiz kararı verilmesi gerekmektedir²⁴. Yabancı ülke mahkemelerinden verilen tespit kararları ile inşâî kararlar, niteliği itibariyle icra hükmü olmadığı için bu kararların yalnızca tanınmaları mümkündür²⁵. Bunun dışında icraî kararların ise normal şartlarda tenfiz edilmeleri gerekmele birlikte, ilgilinin bunda hukukî menfaati bulunması durumunda yalnızca tanınmasının talep edilmesine de bir engel yoktur²⁶. Boşanma kararlarının inşâî nitelikte olması ve dolayısıyla icraî etkisi bulunmaması nedeniyle, tek başına boşanma kararının tenfizine gerek bulunmayıp yalnızca tanınması yeterlidir²⁷.

Milletlerarası anlaşmaları hariç tutarsak, MÖHUK çerçevesinde Türk mahkemeleri tarafından tanınıp tenfiz edilmeyen kararların Türkiye’de hukukî sonuç doğurması mümkün değildir. Ancak hâkim tarafından takdir edilebilecek bir delil olarak sunulabilir²⁸. Yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların, Türk mahkemelerince tanınması hâlinde ise artık Türk mahkemelerinden verilmiş kararlar gibi kesin hüküm ve kesin delil kuvvetine sahip olacaktır.

²⁴ Tenfiz, kararın ülke icra edilebilirliğinin kabul edilmesidir ve tanımadan farklı olarak tenfiz edilen ülkede icra edilmesini sağlar. Bu nedenle tanımada aranan şartlar tenfizde evleviyetle geçerli olmakla birlikte yeterli değildir. Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de icra edilmesi imkânını verdiği için ek şartlar aranmaktadır. Bkz. TİRYAKİOĞLU, 32; NOMER, (2017), 514. Benzer yönde bkz. AKINCI / DEMİR GÖKYAYLA, 45-46; DEMİR GÖKYAYLA, 63-64. MÖHUK’a göre tanıma şartlarına ek olarak tenfizde karşılıklı işlem şartı aranmaktadır. Arat’ın son derece güzel bir şekilde ifade ettiği üzere, “*tanımada sadece bir devlet mahkemesinden verilen hükme hukukî değer verme ve bu hükümler kazanılan haklara hürmet etme söz konusu olduğundan, karşılıklı şartına tâbi tutulması, tanıma müessesesinin amacını teminden uzaklaşacaktır*”. Bkz. Tuğrul ARAT, “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi” (1964) Sayı: 21, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 421-527. Tanıma kurumunun teorik temelleri hakkında ayrıca bkz. Aysel ÇELİKEL, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi” (1963) Cilt 29 Sayı 1-2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 240-260.

²⁵ ÇELİKEL/ERDEM, 652; NOMER, (2017), 508; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 507; DEMİR GÖKYAYLA, 57; TÛTÛNCÛBAŞI, (2014), 111; ÖZBAKAN, 78.

²⁶ ÇELİKEL/ERDEM, 721-722; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 507; DEMİR GÖKYAYLA, 58.

²⁷ SAKMAR, (1976), 203; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 44; TİRYAKİOĞLU, 7, 26; DEMİR GÖKYAYLA, 57; SAKMAR, (1982), 150. Benzer yönde bkz. ARAT, 481; ÇELİKEL/ERDEM, 722; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 509; TÛTÛNCÛBAŞI, (2014), 107-108; RUHÎ, (2003), 114; Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ, *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, Oniki Levha, 2017, 327.

²⁸ Ali ÖNAL, “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukukî Niteliği” (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 576-610, 598; TİRYAKİOĞLU, 65; ÇELİKEL/ERDEM, 725; NOMER, (2017), 506; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 511; SAKMAR, (1976), 211; RUHÎ, (2003), 112.

Elbette bu sonuç, söz konusu kararın kesin hüküm teşkil eden bir mahkeme kararı olması hâli için kabul edilecektir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi tanınan kararlara, tanıma ülkesinde, kararın verildiği ülkeden daha geniş bir etki tanınması söz konusu değildir²⁹. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz gibi Türk mahkeme uygulamasında ve doktrinde bütünüyle kabul görmüyor olsa da, yabancı idarî organlar tarafından verilen özel hukuka ilişkin hüküm ve sonuç doğuran kararlar için de tanıma söz konusu olabilir³⁰. Ancak bu hâlde tanımanın hukukî etkisi, mahkeme kararlarının kesin hüküm ve kesin delil etkisinden daha farklı içerikte ortaya çıkmakta ve idarî kararın özel hukuka ilişkin sonuçlarının kabul edilmesini sağlamaktadır³¹.

Türk hukukunda MÖHUK m. 50 ve 54'te yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin şartlarına yer verilmiş, tanıma içine söz konusu tenfiz şartlarına atıfta bulunulmuştur (MÖHUK m. 58). Doktrinde, tanımaya karar verilebilmesi için gerekli şartlar ön şartlar ve aslî şartlar olarak ayrılmaktadır. Ön şartlar, yabancı ülke mahkemesince bir karar verilmiş olması; bu kararın kesinleşmiş olması; kararın hukuk dâvalarına ilişkin olmasıdır. Aslî şartlar ise, kararın kamu düzenine aykırı olmaması; uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin olmaması; ilgili tarafın itiraz etmesi şartıyla savunma hakkına riayet edilip edilmediği ile yabancı ülke mahkemesinin aşkın yetkiye dayanarak karar vermiş olup olmadığıdır³².

Yabancı ülke makamlarınca verilen boşanma kararlarının MÖHUK'a göre tanınabilmesi için de sayılan şartların varlığı gerekmektedir. Ancak yabancı ülke idarî makamlarınca verilen boşanma kararları 'mahkeme kararı olma' şartını sağlayamadığı için, yapılan düzenlemeye kadar bu tür bir boşanma kararının MÖHUK çerçevesinde tanınması mümkün olmamakta idi³³. Oysa

²⁹ TİRYAKİOĞLU, 64; DOĞAN,103-104; NOMER, (2017), 505; ERTAŞ, 369-370; TÜTÜNCÜBAŞI, (2014), 111.

³⁰ SARGIN/ERTEN, 47.

³¹ SARGIN/ERTEN, 47.

³² MÖHUK'ta öngörülen tanıma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 655 vd.; DOĞAN, 103 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 503 vd.; DEMİR GÖKYAYLA, 56-64; TÜTÜNCÜBAŞI, (2014), 127 vd.; Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, 2006, 77-85; RUHİ, (2003), 112-156.

³³ Bununla birlikte MÖHUK'a göre tanıma talebinde bulunan karar, yabancı bir yargı organı tarafından verilmese dahi, yabancı bir ülkenin yargı organı tarafından denetlenmiş veya onanmışa artık bu şartın gerçekleştiği kabul edilmektedir. Konu hakkında daha detaylı bilgi için bkz. 'IV.B.2. Kararın Yabancı Ülkenin Yetkili Adli veya İdarî Makamlarınca Verilmiş Olması'.

Sargin ve Erten'in de isabetle belirttiği gibi esasen tanıma, Türk hukukunda kabul edilen yukarıda bahsettiğimiz tanımdan ‘*çok daha kapsamlıdır ve her ne kadar tarafı olunan milletlerarası sözleşmeler ve bazı özel nitelikli kanun hükümleri dışında Türk hukukunda genel kabul görmüyor olsa da kural olarak, yabancı idarî organlar tarafından verilen ve özel hukuka ilişkin hüküm ve sonuç doğuran idarî kararlar ile yabancı mahkemelerce verilen ve geçici hukukî sağlayan önlemleri içerir ara kararlar için de gerçekleştirilebilir*’³⁴.

KHK ile yapılan değişiklikle birlikte yabancı ülkenin yetkili adli ya da idarî makamları tarafından verilen kararların idarî yoldan tanınması imkânı kabul edilmiştir. Boşanma kararlarının idarî yoldan tanınmasına ilişkin şartların değerlendirmesine geçmeden önce kısaca adli olmayan boşanmalar ve adli olmayan boşanmaların tanınmasına ilişkin Türk hukukunda karşılaşılan problemler ve yapılan değişikliğe neden ihtiyaç bulunduğu üzerinde kısaca durulması gerekir.

II. ADLÎ OLMAYAN BOŞANMALAR

Hukuk sistemlerinde evliliğin sona ermesi konusunda oldukça farklı usûller kabul edilmiştir. Adli boşanma olarak adlandırılan ve boşanmaya mahkemelerce karar verilmesini benimseyen sistemler yanında, adli olmayan boşanma olarak adlandırılan idarî ve dinî boşanmaları kabul eden sistemler de bulunmaktadır. Bunun dışında bazı ülkelerde kabul edilen ve karma sistem olarak adlandırılabilir olan sistemde boşanmanın hem adli hem de idarî yoldan gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Böyle bir durumda idarî makamlarca yapılan boşanmaların adli boşanmalara nazaran daha kısa sürmesi ve az masraf gerektirmesi sebebiyle eşler doğal olarak bu yöntemi tercih etmektedir³⁵. Boşanma dışında ölüm, gaiplik, ölmüş sayılma hâllerinde de evliliğin sona ereceği birçok hukuk sisteminde kabul edilmekte, ayrıca bazı ülke hukuklarında kişinin müebbet hapse mahkûm olması (medenî ölüm) veya kilise ya da manastıra kapanması (manastır ölümü) hâlleri de evliliği sona erdiren sebepler arasında kabul edilmektedir³⁶.

Dinî boşanmalar eskiden beri varlığını devam ettiren boşanma türlerinden birisidir. Bazı ülkelerde boşanmanın dinî makamlar tarafından

³⁴ SARGIN/ERTEN, 47.

³⁵ Salimya GANIYEVA, “Türk ve Rus Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdari Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu” (2013) Yıl 33 Sayı 1, MHB, s. 30-60, 45.

³⁶ Nuray EKŞİ, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta, 2012, 39 vd.; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 19-20; GANIYEVA, 32 vd.; NOMER, (2017), 259.

gerçekleştirilebileceği kabul edilirken, bazı ülkelerde hiç bir makamın katılımı olmaksızın ve fakat dinî esaslara uygun olarak bizzat taraflarca boşanmanın gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir³⁷. Örneğin İsrail’de ve İslam hukukunun uygulandığı bazı ülkelerde dinî bir makamın tescili veya onayıyla ya da hiç bir makamın müdâhalesi olmaksızın boşanmak mümkündür³⁸. Benzer şekilde dinî esaslara dayanmamakla birlikte, herhangi bir makamın katılımı olmaksızın da boşanmanın gerçekleşeceğini kabul eden ülkeler bulunmaktadır. Örneğin Japonya’da ‘*Kyoki Rikon*’ adı verilen usûlde herhangi bir resmî makamın katılımı olmaksızın sözlü olarak eşler boşanmakta ve bu boşanma anlaşması belediyede tescil edilmektedir³⁹. Bu örnekte boşanma sözlü olarak gerçekleşmekte olup, tescil yalnızca açıklayıcı niteliktedir⁴⁰. Benzer şekilde Tayland, Pakistan, Çin ve Güney Kore’de şartları farklılık göstermekle birlikte, nüfus memuru huzurunda veya onun katılımı olmaksızın boşanma yapılabilmektedir⁴¹.

Günümüz pozitif düzenlemelerinde, boşanma konusunda tarafların iradesini ön plâna çıkararak daha liberal ve esnek düzenlemelere yer vermeye başlanmıştır⁴². Birçok ülkede hâlihazırda adlî makamlarca boşanma kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte idarî makamların boşanmaya karar vermesine imkân tanıyan düzenlemeler de özellikle son yıllarda gittikçe daha fazla ülkede kabul edilmeye başlanmıştır. Boşanmanın idarî makamlarca gerçekleştirilebileceğini düzenleyen ülkelerde noter, belediye, nüfus müdürlükleri, valilik, diplomasi veya konsolosluk memurları

³⁷ Rifat ERTEN, *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin, 2017, 190-191; EKŞİ, 40, 42-44; GANIYEVA, 34; SAKMAR, (1976), 3. Ayrıca bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, 299.

³⁸ İslam hukukundaki ‘talâk’ ve ‘khu’ ile Musevi hukukundaki ‘geth’ boşanmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, 42-44, 46-58; Alan REED, “Transnational Non-Judicial Divorces: A Comparative Analysis of Recognition Under English and U.S. Jurisprudence” (1996) Vol. 18 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, s. 311-337, 315 vd.; Susan MAİDMENT, “The Legal Effect of Religious Divorces” (1974) Vol.37 No.6, The Modern Law Review, s. 611-626, 611 vd.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Matthew J. MCCAULEY, “Divorce and the Welfare of the Child in Japan” (2011) Vol.20 No.3, Pasific Rim Law & Policy Journal Association, s. 581-606, 590, 594-595; EKŞİ, 40, 64-65; Jun’ichi AKİBA / Minoru ISHIKAWA, “Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Japan” (1995) Vol. 29 No.3, Family Law Quarterly, s. 589-601, 592-593.

⁴⁰ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 26-27.

⁴¹ NOMER, (2017), 259; ŞENSÖZ MALKOÇ, 288.

⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, 40-41.

huzurunda boşanma gibi imkânlar kabul edilmektedir⁴³. Örneğin Fransa’da 2017 itibariyle anlaşmalı boşanmaların noterde yapılması zorunluluğu kabul edilmiştir⁴⁴. Portekiz’de tarafların anlaşmış olmaları hâlinde nüfus memurluğunda boşanma yapılabilir⁴⁵. Benzer şekilde İskandinav ülkelerinde boşanmanın belediyelerde gerçekleştirilmesi mümkündür⁴⁶. Örneğin Danimarka ve İzlanda’da taraflar velâyet ve nafaka konularında anlaşmışları takdirde idarî makamlarca boşanma kararı verilebildiği gibi,⁴⁷ Norveç’te de eşlerin belli bir süre ayrı kalması hâlinde idareden boşanma belgesi alabilecekleri kabul edilmektedir⁴⁸. Amerika Birleşik Devletleri’nin New Mexico eyaletinde de çocukları olmayan çiftlerin bazı şartlar altında idarî yoldan boşanmasına imkân tanınmaktadır⁴⁹. Brezilya,⁵⁰ Ekvator,⁵¹ Peru,⁵²

⁴³ EKŞİ, 39 vd.; HUYSAL, (2017), 476-477; ERTEN, 190-191; GANIYEVA, 35; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 47; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 26-27; SAKMAR, (1976), 3; ŞENSÖZ MALKOÇ, 288-290; MCCAULEY, 595-596; Viorica-Mihaela FRÎNTU / Elena-Roxana GHERGE, “Divorce Through the Spouses’ Agreement by Administrative or Notarial Procedure”, *Advances in Fiscal, Political and Law Science*, s. 185-190 (<http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Brasov/EPLS/EPLS-30.pdf>), erişim 1.3.2018), 185.

⁴⁴ ERTEN, 190 dn.30.

⁴⁵ Katharina BOELE-WOELKI / Frédérique FERRAND / Christina González BEILFUSS / Maarit Jänterä-JAREBORG / Nigel LOWE / Dieter MARTINY / Walter PINTENS, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, 2004, 21.

⁴⁶ EKŞİ, 41.

⁴⁷ EKŞİ, 40, 44-45; GANIYEVA, 35; BOELE-WOELKI vd., 21.

⁴⁸ Jan Erik KRISTIANSEN, “Norway”, R. Chester (Ed.) *Divorce in Europe 3*, Martinus Nijhoff, s. 53-68, 53 vd.; BOELE-WOELKI vd., 22.

⁴⁹ Sharilyn R.PAYNE, “A Comparative Study of the Divorce Laws of California and the Mexican Federal District”, 21(1998) HICLR, 981’den aktaran EKŞİ, 43-44. Ayrıca bkz. Mexico Federal Medeni Kanunu (*Código Civil Para el Distrito Federal*), (<https://docs.mexico.justia.com/estatales/distrito-federal/codigo-civil-para-el-distrito-federal.pdf>), erişim 3.3.2018).

⁵⁰ Brezilya Medeni Usûl Kanunu (*Código de Processo Civil*) madde 733, (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm), erişim 25.3.2018).

⁵¹ Ekvator Noterlik Kanunu (*Ley Notarial*), madde 18/22, (<http://www.funcionjudicial.gob.ec/lotaip/phocadownloadpap/PDFS/2014/Nacional/9%20Ley%20Notarial.pdf>), erişim 2.3.2018).

⁵² Wendy KENNETT, “It’s Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution” (2016) 30 *International Journal of Law, Policy and the Family*, s. 1-30, 5. Peru’da noter veya nüfus memurluğunda hızlandırılmış boşanma için gereken şartlar hakkında ayrıca bkz. Gobierno del Perú, *Divorcio Rápido*, (<https://www.gob.pe/438-divorcio-rapido-ley-n-29227>), erişim 3.3.2018).

Bolivya,⁵³ ve Rusya'da⁵⁴ adlı boşanma mümkün olduğu gibi, eşlerin ergin olmayan çocuklarının bulunmaması ve anlaşmaları şartıyla noter huzurunda da boşanma gerçekleştirilmekte, Kolombiya,⁵⁵ Honduras⁵⁶ ve Küba'da⁵⁷ ise tarafların çocukları bulunsa bile noterde boşanma kabul edilmektedir. Bu tür karma sistemi kabul eden ülkeler arasında bulunan Romanya ve Letonya'da da mahkemeler yanında belli şartlar altında noter veya nüfus memuru huzurunda boşanlabilmektedir.⁵⁸

Özellikle Avrupa ülkelerinde gün geçtikçe yaygınlaşan idarî boşanmalar Türk hukukundaki anlaşmalı boşanmaya benzemekle birlikte⁵⁹, Türk hukukunda idarî makamların boşanmayı gerçekleştirme yetkisi bulunmamakta, boşanmanın yalnızca mahkeme tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir.

III. YABANCI ÜLKE MAKAMLARI TARAFINDAN VERİLEN BOŞANMA KARARLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASINA İLİŞKİN PROBLEMLER VE İDARÎ MAKAMLARCA VERİLEN BOŞANMA KARARLARININ TANINMASI İHTİYACI

690 sayılı KHK ile yapılan değişikliğe kadar boşanmanın, yukarıda bahsettiğimiz şekilde yabancı ülkede adli olmayan makamlarca gerçekleştirilmesi hâlinde bu kararların Türkiye'de tanınması imkânı kabul edilmemektedir. Bu durum ise eşlerin yabancı ülkede boşanmayı

⁵³ Boliviya Aile Kanunu ve Aile Usûl Kanunu (*Código de Las Familias y Del Proceso Familiar*) m. 206, (http://www.justicia.gob.bo/images/stories/pdf/codigo_familias_del_proceso_familiar.pdf, erişim 26.3.2018). Boliviya hukukunda noter huzurunda boşanma için gereken şartlar hakkında ayrıca bkz. Ramira Samos OROZA, “Divorcio en el Código de Las Familias y del Proceso Familiar”, *Revista Jurídica*, s. 79-94, (http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/rjd/v1n2/v1n2_a09.pdf, erişim 10.3.2018).

⁵⁴ BOELE-WOELKI vd., 22; GANIYEVA, 40. Rus hukukunda idarî boşanma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GANIYEVA, 40 vd.

⁵⁵ Kolombiya Antievrak Kanunu (*Ley Antitrámites*) madde 34, (<http://www.pascualbravo.edu.co/pdf/leyes/962.pdf>, erişim 2.3.2018).

⁵⁶ Honduras Noterlik Kanunu (*Código del Notariado*), (<http://www.poderjudicial.gob.hn/transparencia/regulacion/Documents/Codigo%20del%20Notariado.pdf>, erişim 25.3.2018).

⁵⁷ Küba Noterlik Boşanması Hakkında KHK (*Decreto Ley Del Divorcio Notarial*), (<http://www.cubalegalinfo.com/decreto-ley-154-94-divorcio-notarial-reglamento>, erişim 3.3.2018).

⁵⁸ Oana Voica NAGY, “The Marriage Dissolution on Administrative Way, Aspects of Comparative Law” (2014) 1/73 *Social Behavioural Sciences, Revista Academiei Fortelor Terestre*, s. 31-37, 31 vd.; FRÎNTU/GHERGHE, 185; KENNETT, 6. Romanya hukukunda idarî boşanmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NAGY, 31 vd.

⁵⁹ GANIYEVA, 36-37.

gerçekleştirmesinden sonra Türkiye’de hâlen evli görülmesi ve buna bağlı problemlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Zira Türk idarî makamları yalnızca Türk mahkemelerinden verilen kararlara uyabilecekleri için, nüfus kütüğüne tescil gibi idarî bir işlemin yabancı kararlara dayanılarak yapılması mümkün değildir⁶⁰. Yabancı ülke makamları tarafından verilen boşanma kararının ülkede etki doğurabilmesi, yalnızca Türk mahkemeleri tarafından tanıma kararı verilmesi şartına bağlanmıştır. MÖHUK’a göre tanınmanın gerçekleşebilmesi için gerekli olan ön şartlardan, yabancı ‘mahkemelerden verilmiş karar olma’ şartı, yabancı adli olmayan makamlarca verilen boşanma kararları açısından gerçekleşmediği için, bu kararların Türkiye’de MÖHUK çerçevesinde tanınması mümkün olmamaktaydı. Mahkemelerce MÖHUK’a göre gerçekleştirilecek tanımada bu şartlar hâlihazırda varlığını devam ettirdiğinden, adli olmayan makamlarca verilen boşanma kararları hakkında, Türk mahkemeleri tarafından tanıma kararı verilmesi mümkün değildir.

Doktrinde hâkim görüşe göre yabancı ülke idarî makamlarının verdikleri boşanma kararları yargı kararı niteliğinde olmadığından MÖHUK’a göre tanınması mümkün değildir⁶¹. Yargıtay uygulamasında da bu yaklaşıma paralel şekilde idarî makamlarca verilen kararların tanınmayacağı kabul edilmiştir⁶². Buna karşılık idarî makam kararı yargı makamınca denetlenmiş veya onanmışsa, artık tanınmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir⁶³. Zira bu hâlde bir anlamda yargı kararı hâline gelmektedir⁶⁴. Bu tür bir denetim veya onay prosedürünün işletilmemesi hâlinde, yabancı ülke makamınca verilen idarî boşanma kararı tanıma şartlarına sahip olmaması nedeniyle tanınmasa dahi, bir tespit dâvasına konu edilebilir ve böylece yabancı ülkenin idarî makamı tarafından verilen karar, Türk mahkemesi kararına bağlanarak tarafların bekledikleri sonuca ulaşması sağlanabilir⁶⁵. Başka bir deyişle

⁶⁰ Işıl ÖZKAN / Uğur TÛTÛNCÛBAŞI, *Milletlerarası Usul Hukuku*, Adalet, 2017, 226; Uğur TÛTÛNCÛBAŞI, “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler”, (2017) Cilt 19 Sayı 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 103-127, 115; TİRYAKİOĞLU, 26; DOĞAN, 128; ÇELİKEL/ERDEM, 726; NOMER, (2017), 548; SAKMAR, (1976), 204.

⁶¹ EKŞİ, 77; ERTEN, 191; ÇELİKEL/ERDEM, 655; NOMER, (2017), 544; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 47; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 20; RUHİ, (2003), 121.

⁶² Yargıtay 2. H.D. E.1995/3612, K.1995/4567 sayı ve 13.04.1995 tarihli karar ile E.12495, K.14188 (RG 26.1.1999/23592) sayı ve 28.12.1998 tarihli kararlar (EKŞİ, 78-79).

⁶³ DOĞAN, 108; TİRYAKİOĞLU, 37; AYBAY/DARDAĞAN, 314.

⁶⁴ DOĞAN, 108.

⁶⁵ NOMER, (2017), 544; HUYSAL, (2017), 478-479; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 514 dn. 343; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 20. Benzer yönde bkz. ÇELİKEL/

tarafların yabancı ülkede adlî olmayan bir boşanmayı gerçekleştirmeleri hâlinde, Türkiye’de bir tespit dâvası açılarak bu boşanmanın tanınması imkânı bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte doktrinde uzun süredir, boşanma kararının salt idarî bir makam tarafından verilmiş olmasının tanınmasına engel olmaması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁶.

Yabancı ülkede boşanmanın idarî makamlarca gerçekleştirilmesi, total boşanmaların ortaya çıkmasına sebep olmakta ve bu durum özellikle yurtdışında yaşayan vatandaşlarımız açısından ciddi problem yaratmaktadır. Doktrinde *Sakmar*, MÖHUK’un yürürlüğe girmesinden önce yabancı boşanma kararlarının tanınmamasından doğan problemleri şu şekilde ifade etmiştir; “... hukukumuzdaki bu durum, çağdaş devletler hususi hukuku anlayışına uygun olmadığı gibi, önemli mahzurlar da taşımakta ve uygulamada güçlükler yol açmaktadır. Özellikle yurt dışında yaşayan çok sayıda vatandaşımızın şahsî hâline ilişkin yabancı ilâmların Türkiye’de tanınmaması çeşitli sorunları ortaya çıkarmaktadır. Mesela yabancı bir ülkede boşandıktan sonra yeniden evlenen ve bu evlilikten çocukları olan vatandaşlarımız, Türk mahkemeleri tarafından verilmiş bir boşanma kararı olmadığı sürece, ilk evlilikleri ile bağlı sayılmaktadır. Bu durumda gerek çocukların nesebi, gerekse çift evlilik ve çıkabilecek miras sorunları açısından savunulması son derece güç olan sonuçları kabul etmek gerekmektedir...”⁶⁷. MÖHUK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, *Sakmar*’ın üzerinde durduğu hususlar, mahkemelerce verilen boşanma kararları açısından kısmen çözümlenerek birlikte, günümüzde artık birçok ülkede idarî makamlarca boşanmaya karar verildiği düşünüldüğünde, aslında aynı sorunların şekil değiştirerek varlığını devam ettirdiğini söylememiz mümkündür. Özellikle yabancı kişilerle evlenen Türk vatandaşlarının boşanmasında, boşanmanın Türkiye’de tanınmaması yabancı eş açısından değil, Türk vatandaşı olan eş açısından ciddi problemler ortaya çıkarabilecektir. Zira yabancı eşin Türkiye ile herhangi bir bağlantısı yoksa ve tâbi olduğu hukuka göre boşanmış kabul ediliyorsa hayatına sorunsuz şekilde devam edebilecektir. Buna karşılık Türk vatandaşı eş, Türk hukukuna göre

ERDEM, 655. Nomer’e göre böyle bir tespit davasında hukukî işlemler söz konusu olduğu için, milletlerarası usûl hukuku değil, milletlerarası özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu hâlde tanıma ve tenfiz hükümlerinde yabancı mahkeme tarafından bir karar verilmesi söz konusu iken, belirtilen şekilde bir tespit davası açılması hâlinde, hukukî işlemin esasına uygulanan maddî hukuk kurallarıyla birlikte değerlendirilecektir. Bkz. NOMER, (2017), 544-545.

⁶⁶ SAKMAR, (1976), 217; TİRYAKIOĞLU, 37; RUHİ, (2003), 121-122.

⁶⁷ SAKMAR, (1982), 162-163.

hâlen evli görüldüğü için tekrar evlenemeyecek veya yabancı ülkede ilgiliden evlenme ehliyet belgesi istenmemesi, kişinin aynı zamanda yabancı bir ülke vatandaşı olması ve benzeri durumlarda yabancı ülkede herhangi bir şekilde tekrar evlendiği takdirde Türk hukukunda bu evlilik geçerli sayılmayacak, buna bağlı olarak çocukların soybağı, miras gibi konularda bir dizi problem yaşanabilecektir. Örneğin eşlerden birisi öldüğü takdirde sağ kalan eş Türk hukukuna göre mirasçı sıfatına sahip olacak iken, eşlerin boşanmış kabul edildiği ülkelerde mirasçılık sıfatı doğmayacaktır. Diğer bir ihtimalde yurtdışında yaşayan Türk vatandaşlarının, yabancı ülke idarî makamları önünde boşandıktan sonra tekrar evlenerek ikinci evlilikten çocuk sahibi olmaları ve çocuklarını Türk konsolosluğuna bildirmeleri hâlinde, yabancı makamlar önünde boşanılan ilk eşin, ikinci evlilikten olan çocukların babası olarak nüfus kayıtlarına işlenmesi söz konusu olabilecektir. Takdir edilir ki, boşanma kararının tanınmaması nedeniyle söz konusu olan bu ihtimaller kişiler açısından oldukça ağır sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

İdarî boşanma kararlarının MÖHUK çerçevesinde tanınmasına imkân bulunmaması dışındaki bir diğer problem ise mahkemeden tanıma talebinde bulunduğu milletterarası tebligat işlemlerinin uzun sürmesinden doğan problemlerdir. Yabancı ülkede gerçekleşen boşanmanın adli makam kararına dayandığı hâllerde dahi, Türk mahkemelerinden MÖHUK çerçevesinde tanıma talebinde bulunduğu, söz konusu talebin incelenmesi ve karar verilmesi çok uzun sürebilmektedir. Tanıma hâkiminin uyuşmazlığın esasına ilişkin bir inceleme yapmayıp, yalnızca tanıma şartlarını incelediği düşünülürse aslında sürecin çok kısa zamanda sonuçlanması beklenir. Ne var ki gerçekte durum tam tersidir. Milletterarası tebligat işlemlerinin uzun sürmesi nedeniyle, nispeten şekli bir inceleme olarak nitelenebilecek ‘tanıma’ talebinin incelenmesi yıllarca sürebilmektedir. Bir de bunun üzerine yurtdışında yaşayan diğer eşe ulaşamaması, adresinin bilinmemesi gibi sebeplerle dâvanın tebliğ edilememesi nedeniyle taraf teşkilinin gerçekleşmemesi ve yabancı ülkede boşanan kişilerin mahkeme karar verene kadar yıllar boyu Türkiye’de evli görünmeye devam etmesi ihtimali söz konusu olabilecektir. Elbette bu ihtimal sadece boşanma kararlarına özgü olmayıp her tür tanıma talebinde karşılaşılabilecek bir problemdir. Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi boşanma kararları özelinde ortaya çıkan sonuçlar, kişinin tekrar bir aile kuramaması, tekrar evlenmek istemesi hâlinde bunu gerçekleştirememesi nedeniyle evlenmeksizin birlikte yaşamak zorunda kalması, aslında fiilen sona ermiş bir evlilikle bağlı sayılması veya başka bir ülkede tekrar evlenebilmesi hâlinde Türk hukukuna göre bu evliliğin geçerli sayılmaması ve buna bağlı

olarak nesep, miras ve benzeri problemlerin doğacak olması sebebiyle oldukça ağır kişisel ve ailevi sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

Yukarıda bahsettiğimiz türden problemler nedeniyle yabancı ülke idarî makamları tarafından verilen boşanma kararlarının tanınmasına imkân sağlanması gereği uzun süredir dile getirilmekte idi⁶⁸. 690 sayılı KHK ile yapılan bu düzenlemenin her şeyden önce söz konusu problemlere çözüm olması amaçlanmıştır. Nitekim madde gerekçesinde de, yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın yaşadıkları ülkelerde aldıkları boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması sürecinde karşılaştıkları zorlukların çözümü amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı, uygulamada mahkemeden tanıma talebinde bulunulması hâlinde özellikle tebligat işlemlerinden dolayı sürecin uzadığı ve düzenlemeyle boşanma kararlarının daha basit bir usûlde tanınması imkânı getirildiği belirtilmiştir⁶⁹. Özellikle 6 milyon vatandaşımızın yurtdışında yaşadığı düşünülürse⁷⁰, yapılan düzenlemenin geç kalmış bir düzenleme olduğu vurgulanmalıdır. Bununla birlikte öngörülen idarî tanıma şartları dikkate alındığında, düzenlemenin ihtiyaçlara gerçekten cevap verip vermediğini de ele almak gerekir. Aşağıda NHK’ya göre tanıma şartları incelenirken ilgili kısımlarda bu hususlara değinilmiştir.

Düzenleme ile yabancı ülkelerden verilen boşanma kararlarında uzun süren adlî tanıma prosedürü yerine, daha kısa ve basit bir usûl öngörülerek idarî makamlarca tanıma kabul edilmiştir. Bu yöntemle mahkemece verilecek bir tanıma kararı için yapılması gereken usûlî işlemler ve kaybedilecek zamanın önüne geçilmiş olacağı gibi, mahkemelerin de iş yükü azalmış olacaktır⁷¹. Bununla birlikte *Huysal ve Tanrıbilir*’in da isabetle belirttiği gibi yapılan düzenlemenin etki alanının milletlerarası özel hukuk olması ve MÖHUK’un tanımaya ilişkin kurallarıyla sıkı ilişkili bulunması sebebiyle

⁶⁸ Bkz. SAKMAR, (1976) 217; TİRYAKİOĞLU, 37; RUHİ, (2003), 121-122.

⁶⁹ 690 sayılı KHK’nın 4. maddesinin gerekçesi; “*Madde ile, yurtdışında yaşayan vatandaşlarımızın yaşadıkları ülkelerde aldıkları boşanma kararlarının Türkiye’de tanınması sürecinde karşılaştıkları zorlukların çözümü amacıyla düzenleme yapılmaktadır. Uygulamada özellikle tebligat işlemlerinden dolayı tanıma dâvalarındaki süreç uzamaktadır. Düzenlemeyle boşanma kararlarının yargı yoluna başvurmaya gerek kalmadan basit bir usûlde tanınmasına imkân sağlanmaktadır. Boşanma kararlarının yaşanılan ülkedeki dış temsilcilikler veya yurt içinde İçişleri Bakanlığınca belirlenen nüfus müdürlükleri tarafından kütüğe tescil edilmesini öngörmektedir*”. Gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0836.pdf>, erişim 20.4.2018.

⁷⁰ T.C. Dışişleri Bakanlığı, *Yurtdışında Yaşayan Türk Vatandaşları*, http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_.tr.mfa, erişim 22.5.2018.

⁷¹ ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, 228; TÜTÜNCÜBAŞI, (2017), 117; ŞENSÖZ MALKOÇ, 240.

bu tür bir düzenlemenin Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda düzenlenmesi doğru değildir⁷².

IV. NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU'NA GÖRE İDARİ TANIMANIN NİTELİĞİ VE ŞARTLARI

NHK m. 27/A'ya göre yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararları, öngörülen şartları taşıdığı takdirde Türk nüfus müdürlükleri tarafından nüfus kütüğüne tescil edilecektir. Bu usûle göre yabancı makamlarca verilen kararların tanınması için gereken şartlar çalışmanın sonraki kısımlarında incelenecektir. Ancak şartların incelenmesinden önce, bu usûl işletilerek yapılacak tescilin hukukî niteliği üzerinde durmak gerekir.

A. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda Öngörülen İdarî Tanıma

NHK m. 27/A ile getirilen usûlde, nüfus müdürlüklerince yapılacak işlemin niteliği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu prosedürün işletilmesi MÖHUK'un öngördüğü sistem dışında bir 'tanıma' usûlü olarak değerlendirilmektedir⁷³. Bu yaklaşım, NHK'ya göre yapılacak tanımayı, tanımayı MÖHUK'taki tanıma sisteminden ayırmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise söz konusu prosedür 'doğrudan tanıma (otomatik tanıma)' olarak değerlendirilmektedir⁷⁴. Bua görüşe göre söz konusu usul işletilerek yapılacak tanıma ile yabancı ülkede verilen ve Türk kamu düzenine aykırı olmayan kararların etkileri Türkiye'de derha görülebilecektir⁷⁵. Başka bir yaklaşıma göre ise NHK'da öngörülen sistem, doğrudan tanıma veya özel tanıma usûlü olmayıp, mahkemeleri bertaraf eden özel bir doğrudan tescil hükmüdür⁷⁶. Bu yaklaşım ise NHK'da öngörülen usûlü tanıma olarak değerlendirmemekte, idarî makamlarca yapılan 'doğrudan tescil' olarak nitelemektedir.

Kanaatimizce yapılan değişiklikle kabul edilen bu yöntemin 'doğrudan tanıma' olarak kabul edilmesine olanak yoktur. Zira doğrudan tanıma veya otomatik tanıma olarak adlandırılan sistemde, bir ülkenin adli

⁷² HUYSAL, (2017), 476; Feriha Bilge TANRIBİLİR, "Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler", *Millîterarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, 18-20 Nisan 2018, Antalya (Sempozyum kitabı makalenin hazırlandığı dönemde henüz yayımlanmamış olmakla birlikte, daha sonra yayımlanacaktır).

⁷³ ERTEN, 193. Özkan ve Tütüncübaşı da yapılan düzenlemeyi 'tanıma' olarak nitelendirmiştir. Bkz. ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, 226.

⁷⁴ ŞENSÖZ MALKOÇ, 237 vd.

⁷⁵ ŞENSÖZ MALKOÇ, 238.

⁷⁶ HUYSAL, (2017), 483; TANRIBİLİR.

veya idarî makamlarınca verilen kararlar, hiç bir şarta tâbi olmaksızın ve mahkemedan karar almaya gerek kalmaksızın diğer bir ülkede kendiliğinden sonuç doğurmakta, doğrudan etki yaratmaktadır⁷⁷. Oysa NHK'da yer alan düzenlemeye göre, tarafların tescili talep etmeleri ve söz konusu talebin incelenmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, talep, komisyonlarca değerlendirmeye tâbi tutulacak ve ancak Kanun ve Yönetmelikte öngörülen şartları taşıdığı takdirde tescil edilecektir. Özellikle 'kamu düzenine aykırı olmama' şartının varlığı, yapılacak değerlendirme neticesinde tanıma karar verilmesi konusunda idareye takdir yetkisi vermektedir. Bu hâlde ise doğrudan tanıma olarak nitelenmesi mümkün değildir. Aynı hususların, söz konusu usûlün doğrudan tescil olarak değerlendirilmesine de engel olduğu kanaatindeyiz. Zira tescil başvurusu bir incelemeye tâbi tutulacak ve yapılacak incelemede idarî makamlar 'kamu düzenine aykırı olmama' gibi idareye geniş takdir hakkı tanıyan bir şartı da değerlendirecektir. Başka bir deyişle, bu hâlde yabancı karar 'doğrudan' tescil edilmemekte, şartları taşıyıp taşımadığı incelendikten sonra tescil talebi kabul veya reddedilmektedir. Bu karşılık yapılan işlemin tanıma olarak nitelendirilmesi kanaatimizce yerindedir.

Öngörülen usulün ortaya çıkardığı sonuçlar dikkate alındığında, bu düzenlemenin 'idarî tanıma' olarak kabul edilmesi isabetlidir. Zira yapılacak tescil işlemi ile birlikte yabancı makam tarafından verilen karar, bir hukukî gerçeklik olarak Türk hukukunda da kabul edilecek ve evliliğin sona ermesi artık Türk hukuku bakımından da geçerli olacaktır. Başka bir deyişle idarenin, söz konusu yabancı kararı tescil etmesiyle birlikte boşanma kararı sonucu taraflar arasındaki evliliğin sona ermiş olduğu Türk hukukunda da kabul edilmiş olacaktır. Nitekim Yönetmeliğin m. 19/2 hükmü de bu yaklaşımı desteklemektedir. Yönetmelikte, tescil edilen karar tarihinin, yabancı makam kararının 'kesinleşme tarihi' olduğu belirtilmiştir. Bu hâlde yapılan düzenlemeyle, tescil talebi kabul edilen yabancı kararın kesin hukukî etkilerinin kabul edildiği anlaşılmaktadır⁷⁸. Bu nedenle yapılan işlemi 'tanıma' olarak

⁷⁷ ŞENSÖZ MALKOÇ, 120 vd.; ŞENSÖZ, 392, 395. Bu bağlamda Türk hukukunda mavi kart sahibi kişilerin taraf olduğu boşanmalarda, başvuru hâlinde herhangi bir şart aranmaksızın bu boşanmaların kütüğe doğrudan tescilini mümkün kılan Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge'de öngörülen tanıma usûlünün "doğrudan tanıma" olarak nitelenebileceğini söylememiz mümkündür. 690 sayılı KHK ile yapılan değişikliği değerlendiren *Huysal*, doğrudan tanıma, tanımanın yapıldığı ülkede herhangi bir şart aranmaksızın ve hatta ilgililerin kararın tanınması yönünde bir talebi olmaksızın, kararın tanıma ülkesinde kendiliğinden sonuç doğurduğunu belirtmektedir. Bkz. HUYSAL, (2017), 481.

⁷⁸ NHK'ya göre idarî tanıma için gereken 'kesinleşme' şartı hakkındaki açıklamalar için bkz.

nitelemek gerekir. Nitekim düzenlemenin gerekçesinde de ‘tanıma’ ifadesi kullanılarak yapılan işlemin tanıma olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu hâlde taraflar arasındaki evlilik Türk hukuku bakımından da sona ermiş olacak⁷⁹ ve taraflar artık Türkiye’de boşanmak için dâva açamayacaktır. Bununla birlikte tanınan kararın, MÖHUK’a göre mahkeme kararlarının tanınması ile ortaya çıkan kesin hüküm etkisinden söz edilemese gerekir. Aksinin kabulü, yabancı bir *idarî makamın* boşanmaya karar vermesi ve bu kararın NHK’ya göre tanınması ihtimalinde, yabancı bir idarî boşanma kararına, mahkeme kararları için kabul edilen bir etkiyi tanımak anlamına gelebilecektir. Oysa çalışmanın başında da belirttiğimiz gibi⁸⁰, tanınan karara, tanıma ülkesinde, kararın verildiği ülkedekinden daha geniş bir etki tanınması kabul görmemektedir. Bu hâlde NHK’ya göre tanınan kararın, mahkeme kararlarına özgü ‘kesin hüküm’ niteliği bulunmamakla birlikte, kesin hükme benzer nitelikte sonuçlar ortaya çıkaracak ve kararın özel hukuka ilişkin sonuçları Türk hukukunda da kabul edilecektir. Örneğin taraflar artık Türk hukuku bakımından da boşanmış kabul edileceği için Türkiye’de tekrar boşanma dâvası açamayacaklardır. Dolayısıyla NHK’ya göre tanımada, tanımının etkisinin, mahkeme kararlarının tanınmasındaki kesin hüküm ve kesin delil etkisinden daha farklı şekilde ortaya çıkacağını söyleyebiliriz.

Ayrıca burada tanımının etkisinin, yabancı kararın yalnızca evliliğin varlığına veya yokluğuna ilişkin olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Zira NHK 27/A maddesinde ve yönetmelikte bu husus açıkça belirtilmiştir. Başka bir deyişle tescil talebi yalnızca kanunda sayılan konular hakkında istenebileceğinden, yabancı kararın hukukî etkisi de yalnızca boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya evliliğin mevcut olup olmadığı konularında kabul edilecek, bu sayılanlar dışında talep sonucunda başkaca hususlar bulunması hâlinde MÖHUK hükümlerine göre mahkemeden tanıma-tenfiz talebinde bulunulabilecektir.

Bunun yanında, öngörülen yeni tanıma usûlünde, söz konusu incelemenin idarî makamlarla yapılacağı kabul edilmiştir. Değişiklikten önce hukuk sistemimizde Mavi Kartlılara ilişkin istisna dışında tanımının yalnızca adlî makamlarla yapılabileceği öngörülmüşken, yapılan düzenleme ile idareye de boşanma başta olmak üzere evliliğin iptali, butlanı ve mevcut olup

“IV.B.3. Kararın Verildiği Ülke Hukukuna Göre Kesinleşmiş Olması”.

⁷⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 610.

⁸⁰ Bkz. “I. Tanıma Kavramı”.

olmadığını tespit eden kararlarla sınırlı olarak bu yetki tanındığı için ‘idarî’ yoldan tanınması söz konusudur.

Yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle NHK m. 27/A kapsamında yabancı ülke makamları tarafından NHK m. 27/A kapsamında yapılacak işlemin, idarî makamlar tarafından yapılan tanımayı ifade etmek üzere ‘idarî tanıma’ olarak adlandırılması yerinde olacaktır.

B. Nüfus Hizmetleri Kanunu’na Göre Tanınmanın Şartları

Yabancı boşanma kararının idarî yoldan tanınmasının hangi şartlarda mümkün olabileceği NHK m. 27/A ve ilgili Yönetmelikte belirtilmiştir. 690 sayılı KHK ile Nüfus Hizmetleri Kanunu’na eklenen 27/A maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir;

“Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurması, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makam tarafından verilmiş ve usûlen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir.”

Bu hüküm, Yönetmelik hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, idarî tanıma usûlünün işletilebilmesi için;

- Kararın boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olması (NHK m. 27/A, Yön. m. 2),
- Kararın yabancı ülkenin yetkili adli veya idarî makamlarınca verilmiş olması (NHK m. 27/A, Yön. m. 2),
- Kararın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması (NHK m.27/A, Yön. m. 4/1-g),
- Eşlerin veya yetkili temsilcilerinin birlikte talepte bulunması ya da talepler arasında doksan günden daha uzun süre olmaması (Yön. m. 6/1-a),
- Kararın kamu düzenine aykırı olmaması (NHK m. 27/A, Yön. m. 4/1-g),
- Tanınması talep edilen kararlar ilgili Türk mahkemelerinde görülmekte olan veya reddedilmiş bir dâva bulunmaması (Yön. m.7/2)

şartlarının bulunması gerekmektedir. Belirttiğimiz bu şartlar, yeri geldikçe MÖHUK'un ilgili hükümleri ile de karşılaştırma yapılarak olumlu ve olumsuz yönleriyle aşağıda değerlendirilecektir.

1. Kararın Boşanmaya, Evliliğin Butlanına, İptaline veya Mevcut Olup Olmadığının Tespitine İlişkin Olması

Öncelikle 27/A maddesinin başlığı ve madde içeriğinin birbirini tam karşılamadığını ve bu durumun mevzuat hazırlama tekniğine uygun olmadığını belirtmemiz gerekir. Zira NHK 27/A maddesinin başlığında yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen 'boşanma kararları' ifadesine yer verilmiş, buna karşılık madde metninde 'boşanma, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine' ilişkin kararların idarî yoldan tanınacağı hükme bağlanmıştır. Evliliğin yokluğuna ilişkin kararlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Zira bu hâlde de konu, evliliğin mevcut olup olmadığına ilişkindir.

Maddede yer verilen bu ifade genel olarak evliliği sona erdiren hâlleri içine almakla birlikte, (gaiplik, ölmüş sayılma gibi) evliliğin sona ermesi sonucunu ortaya çıkaran tüm kararlar bu hüküm kapsamında idarî yoldan tescil edilemeyecek, buna karşılık bu tür kararlar evliliğin sona erdiği yönünde bir tespit içeriyorsa, sadece bu yönüyle tescile konu olabilecektir⁸¹. Başka bir deyişle gaiplik veya ölmüş sayılma hâllerinde evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucu ortaya çıksa dahi, bu tür kararlar, evliliğin sona erdiği yönünde bir tespit içermesi hâlinde ve yalnızca bu hususa ilişkin olarak idarî yoldan tanımaya konu olabilir.

Henüz Yönetmeliğin çıkmadığı dönemde konuyu inceleyen yazarlar, evlilik birliğinin sona ermesine ilişkin fer'î sonuçlar bakımından ve ayrılık kararları hakkında NHK'ya göre idarî tanımanın mümkün olup olmayacağını tartışmışlardır⁸². NHK'ya göre idarî tanıma usûlü nüfus siciline tescili söz konusu olan kararlar açısından mümkündür, dolayısıyla ayrılık kararı gibi Türk hukukunda nüfus siciline tescil edilmeyen kararların NHK'ya göre tanınması mümkün değildir⁸³.

Yönetmelik'te yer verilen hükme göre de yabancı ülke yetkili makamlarının verdiği kararlar sadece boşanma, evliliğin butlanı, evliliğin iptali

⁸¹ Konu hakkında bkz. IV.B.2."Kararın Yabancı Ülkenin Yetkili Adli veya İdarî Makamınca Verilmiş Olması".

⁸² Bkz. HUYSAL, (2017), 484-485; ERTEN, 194.

⁸³ HUYSAL, (2017), 484-485.

ve mevcut olup olmadığına dair ise tanınacak, evlilik birliğinin sona ermesinin fer'î sonuçları açısından NHK'ya göre tanıma mümkün olmayacaktır.

Yönetmeliğin 9/5. maddesine göre;

“Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararlarda; velâyet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi tenfize konu olan hüküm bulunması hâlinde, karar komisyonca boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığının tespiti yönünden kabul edilir; incelenir, karar verilir ve sonucu ilgili taraflara ve il müdürlüğüne bildirilir. Komisyon kararı, yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararlardaki velâyet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi tenfize konu olan hükümler bakımından bir sonuç doğurmaz. Komisyon kararına esas yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararlardaki velâyet, iştirak nafakası, çocuk ile kişisel ilişki kurulması, mal rejimi ve tazminat gibi tenfize konu olan hükümler için taraflarca, 27/11/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca görevli ve yetkili mahkemelere kararın tanınması veya tenfizi için dâva açılabilir.”

Buna göre tescili talep edilen kararın NHK 27/A maddesinde sayılan ‘boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığı’ dışındaki konular hakkında hüküm içermesi tescile engel olmayacak, ancak tescil talebi sadece sayılan hususlara ilişkin olarak kabul edilecektir. Başka bir deyişle, yabancı kararın 27/A maddesinde sayılanlar dışındaki bir konuya ilişkin hüküm içermesi hâlinde karar bölünerek, sadece evliliğin sona ermesine ilişkin kısmı tanınacaktır. Yönetmelikte örnek kabilinden sayılan velâyet,⁸⁴ çocukla kişisel ilişki kurulması, tazminat gibi kararlar zaten icraî nitelikte olduğundan

⁸⁴ Doktrinde bir görüşe göre velâyet kararının kesin hüküm ve kesin delil etkisinin kabulü için tanıma kararı verilebilir. Bkz. Burak HUYSAL, *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, Legal Yayıncılık, 2005, 176. Kanaatimizce, velâyet kararı niteliği itibarıyla icraî karakterde olduğundan tanınması yeterli olmamakta, tenfizi de gerekmektedir. Nitekim Yargıtay kararlarında da, boşanma kararı ile velâyet kararının aynı ilâmda bulunması hâlinde velâyete ilişkin kısmın tanınmasının uygun olmadığı, velâyete ilişkin ilâmın icraî nitelikte olması nedeniyle tenfiz edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Yargıtay 2.H.D. 26.2.2007 tarih ve E. 2007/2219 K.2007/2792 sayılı kararı (www.kazanci.com, erişim 20.7.2018). Ayrıca bkz. Yargıtay 2.H.D. 24.11.1994 tarih ve E.359 K.558 sayılı kararı; Yargıtay 2.H.D. 24.11.1994 tarih ve K.22191 sayılı kararı. Kararlar için bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 155 dn. 667. Can ve Toker de velâyet kararının eda kararı niteliğinde olduğunu belirterek, bunların tenfiz edilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Hacı CAN / Ali Gümrah TOKER, *Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2017, 203.

bunların tanınması kabul edilmemiş, genel hükümler çerçevesinde tenfiz edilebileceği hükme bağlanmıştır⁸⁵. Benzer şekilde MÖHUK'a göre tanıma da, tanıma talebinin icraî etkisi bulunmadığı için, boşanmanın mal rejimi, velâyet, tazminat gibi fer'î sonuçlar içermesi hâlinde kararın artık tenfizinin talep edilmesi gerekmektedir⁸⁶.

Boşanma, evliliğin iptali, butlanı veya mevcut olup olmadığına ilişkin kararda icraî hükümler bulunduğu takdirde MÖHUK çerçevesinde tenfizinin talep edileceği hususunda tereddüt yoktur. Ancak boşanma kararının bu tür icraî hükümler içermesi ve kararın yabancı ülkenin idarî makamı tarafından verilmesi hâlinde 'adlî makam kararı olma' şartını barındırmaması sebebiyle MÖHUK çerçevesinde tanınması ve tenfizi söz konusu olmayacaktır⁸⁷. Bu hâlde ortaya çıkacak problemlerin önüne geçmek amacıyla MÖHUK'ta, 'idarî makamlarca verilen' kararların tanınmasına imkân sağlayacak bir değişiklik yapılması düşünülebilir. Zira kişileri çok yakından etkileyen, kişilerin medenî durumunda değişiklik yaratan boşanma gibi bir kararın mümkün olduğu ölçüde tanınması amaçlanarak en azından boşanma kararları açısından böyle bir imkân tanınması güncel gelişmelere de uygun olacaktır.

2. Kararın Yabancı Ülkenin Yetkili Adlî veya İdarî Makamlarınca Verilmiş Olması

Evlilik, yabancı ülkenin adlî veya idarî makamının kararı ile sona ermiş ise bu düzenlemeye göre tanıma uygulama alanı bulacaktır. Buna göre

⁸⁵ TİRYAKİOĞLU, 31; ERTEN, 194. Buna karşılık doktrinde, İsviçre, Fransız, Alman ve İngiliz hukuklarında olduğu gibi, yabancı idarî makamların verdikleri velâyet, evlât edinme, nesep düzeltilmesi gibi şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin konuları da kapsayacak şekilde genel bir hükme dönüştürülmesi önerilmekte, idarî makam kararlarının hiç değilse MÖHUK kapsamında tanınmasının da kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, 286-287.

⁸⁶ Bkz. AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 45; DEMİR GÖKYAYLA, 57; RUHİ, (2003), 115; ŞENSÖZ MALKOÇ, 327 vd.

⁸⁷ Yönetmeliğin henüz çıkarılmadığı dönemde bu hususu değerlendiren Huysal da NHK 27/A'da yer alan "tescil talebi reddedilen kararların Türkiye'de tanınması 27/11/2007 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca yapılır" hükmünün iki şekilde yorumlanabileceğini, ilk ihtimalde reddedilen kararların idarî karar olması hâlinde düzenlemenin idarî kararlarında tanınmasına imkân tanıdığı, ikinci ihtimalde ise 'ancak' MÖHUK'ta öngörülen şartları taşıdığı takdirde, MÖHUK'a göre tanıma talebinde bulunulabileceğini belirttiikten sonra, bizim de katıldığımız şekilde ilk ihtimale göre yorumlanmasının güç olduğunu ifade etmiştir. Başka bir deyişle yapılan değişiklik 'idarî kararların' MÖHUK çerçevesinde tanınmasına imkân vermemektedir. NHK'ya göre tanıma talebi reddedildiği takdirde mahkemece MÖHUK hükümleri çerçevesinde kararın tanınması, sadece MÖHUK'ta öngörülen şartları taşıyan kararlar açısından söz konusu olabilecektir. Bkz. HUYSAL, (2017), 499-500.

herhangi bir makamın katılımı olmaksızın evliliği sona erdiren durumlar bu hükmün uygulama alanı dışındadır⁸⁸. Örneğin Yahudi hukukuna göre yapılan ve erkeğin kadına bir boşanma (*get*) belgesi vermesi, kadının da bunu kabul etmesi ile gerçekleşen boşanmaların yahut İslam hukukuna göre erkeğin tek taraflı iradesi ile gerçekleşen talâk ile yapılan boşanmaların kural olarak NHK'ya göre tanınması mümkün değildir. Benzer şekilde bazı hukuk sistemlerinde din değiştirme veya ömür boyu hapis cezası alma gibi hâllerde evliliğin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir⁸⁹. Bu gibi kendiliğinden sona erme hâllerinde de adlî veya idarî makam kararı olma şartı gerçekleşmeyeceği için kural olarak NHK'ya göre tanınması mümkün olmayacaktır⁹⁰.

Bununla birlikte MÖHUK'un uygulanmasında adlî olmayan boşanmalar da evliliğin sona erdiği adlî bir makam tarafından tescil edilmiş, denetlenmiş veya onanmışsa artık mahkeme kararı olarak kabul edilerek tanıma-tenfize konu olabilmektedir⁹¹. Özellikle talâkla gerçekleşen boşanmalarda talâkın, kadılık tarafından onanması durumunda mahkeme kararı niteliği kazandığı ve MÖHUK'a göre tanıma yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşım NHK'ya göre tanımada da kabul edilmeli ve bu tür boşanmaların adlî veya idarî bir makam tarafından denetlenmesi ve onaylanması söz konusu ise adlî veya idarî merci kararı olarak nitelenerek NHK'ya göre tanınması mümkün olmalıdır⁹².

Bunlara ilâve olarak, adlî veya idarî makamlarca verilen gaiplik veya ölmüş sayılma kararları, evliliği kendiliğinden sona erdiriyorsa, aynı şekilde NHK'ya göre tanımaya konu edilemeyecektir. Ancak adlî veya idarî makam tarafından verilen gaiplik veya ölmüş sayılma kararları, evliliğin sona erdiği yönünde bir kararı da içeriyorsa, sadece evliliği sona erdiren kısmının tanınarak sicile tescil edilmesi mümkün olabilecektir⁹³. Zira m. 27/A'da, idarî

⁸⁸ Benzer şekilde Huysal da herhangi bir makamın kararı olmaksızın evliliği sona erdiren hâllerin NHK m. 27/A kapsamında tescil edilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. HUYSAL, (2017), 485.

⁸⁹ ERGİN NOMER, "Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni" (1984) Cilt 4 Sayı 2, MHB, s. 94-99, 256; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 20.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. HUYSAL, (2017), 485.

⁹¹ EKŞİ, 81, 102; DOĞAN, 108-109; ERTEN, 193.

⁹² Aynı yönde bkz. TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 117. Benzer yönde bkz. ÖZKAN/TÛTÛNCÛBAŞI, 228.

⁹³ HUYSAL, (2017) 485.

tanımaya konu olabilecek kararların sadece “boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin kararlar” olduğu sınırlı sayıda olmak üzere belirtilmiş, ayrıca Yönetmelikte, tanınması talep edilen kararın sadece boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespiti yönünden incelenip karar verileceği açıkça düzenlenmiştir (Yön. m. 9/5). Dolayısıyla gaiplik veya ölmüş sayılma kararında evliliğin sona ermesine ilişkin bir tespit varsa, söz konusu kararlar sadece bu yönüyle incelenip, şartları taşıdığı takdirde tescil edilebilecektir. Aynı hususun, medenî ölüm veya manastır ölümünün evliliğin sona ermesi sonucunu doğurduğu hâller için de kabul edilmesi düşünülebilir. Bu hâller de evlilik sona eriyorsa ve söz konusu karar ‘evliliğin sona erdiği’ yönünde bir tespit içeriyorsa, sadece evliliğin sona ermesi yönüyle tanımaya konu olabilecektir. Ancak bu hâlde (ileride inceleyeceğimiz) birlikte başvuru şartının gerçekleşmesi mümkün olmayacak, Yönetmelikte belirtildiği üzere kararın tanınmasında menfaati bulunan ilgililer tescil talebinde bulunabilecektir (Yön. m. 6/2). Bununla birlikte, medenî ölüm veya manastır ölümü gibi kişiliği sona erdiren durumlar, insan haklarına aykırı bulunduğundan Türk hukukunda kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁹⁴. Bu nedenle birlikte başvuru şartı nedeniyle değil ve fakat kamu düzenine aykırı olmama şartı gerçekleşmediği için tescil talebi reddedilebilecektir.

Henüz yönetmeliğin çıkmadığı dönemde konuyu inceleyen bir müellif madde metninde kullanılan ifade itibarıyla, yabancı adli ya da idarî makamın yetkisinin re’sen inceleneceğini belirterek, bu şartı ağır ve gereksiz bir şart olarak değerlendirmiştir⁹⁵. Kanaatimizce maddedeki ifadeden başvuru komisyonunun, kararı veren yabancı merciin yetkisini re’sen inceleme zorunluluğu bulunduğu şeklinde bir anlam çıkarılmaması gerekir. Yazarın da belirttiği gibi bu hükümde belirtilen ‘yetki’, kararın verilmesi için gereken maddî şartların araştırılmasını değil; kararı veren makamın karar vermekle görevli olmasını ifade etmektedir⁹⁶. Aksi hâlde kararı veren makamın yetkisinin idarî makamlarca incelenmesi nüfus memurlarına içinden çıkamayacakları bir görev yüklenmesi anlamına gelecektir.

⁹⁴ ÇELİKEL/ERDEM, 203. Benzer yönde bkz. NOMER, (2017), 218.

⁹⁵ Yabancı ülke adli veya idarî makamlarının yetkisinin Türk idarî makamlarınca yapılmasının mümkün olup olmadığı ve bu tür bir uygulamanın sakıncaları hakkındaki eleştiriler için bkz. HUYSAL, (2017), 489-491.

⁹⁶ Bkz. HUYSAL, (2017), 490. Tanrıbilir’in önerdiği gibi bu hâlde hangi ülkelerde, hangi makamların boşanmayı gerçekleştirebileceğini belirten Bakanlık tarafından çıkarılacak bir liste ile bu hükmün uygulanması düşünülebilir. Bkz. TANRIBİLİR.

Kararın “yabancı ülkenin yetkili adlî veya idarî makamlarınca verilmiş olması” şartı, Türkiye’de bulunan yabancı diplomatik temsilcilik veya konsolosluk memurlarının boşanmaya karar vermesi hâlinde, bu tür bir idarî boşanma kararının NHK’ya göre tanınmasının mümkün olup olmadığı tartışmasını da gündeme getirmektedir. Kanaatimizce böyle bir durum, kamu düzenine aykırılık çerçevesinde değerlendirilerek talebin reddedilmesini gerektirir. Ayrıca bu konu esasında boşanmanın şekline ilişkindir. Türk hukuk sisteminde boşanma, bir mahkeme hükmü ile gerçekleştiği için boşanmanın diplomatik misyon veya konsolosluk makamı tarafından gerçekleştirilmesi, evliliğin feshi sözleşmesi, boşanma mektubunun diğer eşe verilmesi Türkiye’de geçerli bir boşanma olarak kabul edilemez⁹⁷. Bununla birlikte ikili veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerle diplomatik temsilciye, kendi ülkesinin vatandaşları arasındaki boşanma taleplerini karara bağlama yetkisinin verilmesi ve bu yetkinin de Türkiye tarafından kabul edilmiş olması ihtimâlinde farklı sonuca ulaşılabilir. Ancak halihazırda yürürlükte olan taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerde böylesi bir hüküm bulunmadığından, bu ihtimâl, sadece bir varsayım olarak kalacaktır. Türk hukukunda boşanmanın mahkeme hükmü ile gerçekleşmesi öngörüldüğü için, NHK’ya göre yapılacak olan tescil, sadece Türkiye dışında bulunan yabancı makamlarca boşanma kararı verilmesi hâlinde söz konusu olabilecektir⁹⁸.

⁹⁷ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 27. Doktrinde Ekşi, yurtdışında yapılan talâk ile boşanmaların tanınmasına sıcak bakıldığı, buna karşılık talâkın Türkiye’de yapılması hâlinde aynı şekilde değerlendirilmediğini belirtmiştir. Bkz. EKŞİ, 80-85. Benzer şekilde Amerikan ve İngiliz hukuklarında da, mahkeme dışı dinî boşanmalar, başka bir ülkede gerçekleştiği takdirde tanınabilmekte, buna karşılık tanınmanın talep edildiği ülkede gerçekleşmesi hâlinde tanınmamaktadır. Bkz. REED, 312. Bu yaklaşıma karşılık Nomer, evlenmeye ilişkin olarak Türkiye’de yapılan evlenmeleri Türk hukukuna tâbi tutan bir kuralın boşanmalar açısından bulunmadığını, bu sebeple Türkiye’de mahkeme dışında bir hukukî işlemle gerçekleştirilen boşanmaların ancak kamu düzeni çerçevesinde tanınmasına engel olunabileceğini belirlemekte, fakat özellikle yabancılar arasında (talâk veya get boşanmalar gibi) kendi hukuklarına göre gerçekleşen bir boşanmanın kamu düzeni gerekçesiyle tanınmamasını isabetli bulmamakta, aksine bu tür bir boşanmanın tanınmaması hâlinde kendi hukuklarında boşanmış iken Türk hukukuna göre evliliğin devam etmesi şeklinde istenmeyen bir sonuç ortaya çıktığını savunmaktadır. Bkz. NOMER, (2017), 545.

⁹⁸ HUYSAL, (2017), 489. Huysal, TMK m. 167 ve 170’de yer alan boşanmanın mahkeme hükmüyle gerçekleşebileceğine ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul ederek, bu türden boşanmaların esasına hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, Türkiye’de gerçekleşen boşanmaların mahkemede gerçekleşebileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, boşanmanın mahkeme hükmü ile gerçekleşmesine ilişkin kuralları doğrudan uygulanan kurallar olarak değerlendirmek, doğrudan uygulanan kuralların kapsamının fazlasıyla genişletilmesine sebep olabilecektir. Bu nedenle konunun, doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmesi yerinde değildir. Yukarıda açıkladığımız üzere Türkiye’de boşanma kararının yargısal nitelik taşıması nedeniyle, devletin, ülkesinde egemenlikten

Şekle uygulanacak hukukun alternatif olduğu ve esasa uygulanacak hukukun idarî makamlar önündeki boşanmalara izin verdiği düşünülse dahi, yabancı ülkenin Türkiye’deki konsolosluklarında yapılan idarî boşanmanın tanınması, kamu düzenine aykırılık yaratacağı için mümkün değildir. Zira Türkiye’de bulunan bir yabancı bir ülke temsilciliğinde boşanma kararı verilmesi hâlinde, Türkiye’de, başka bir deyişle bir devletin ülkesinde ve fakat başka bir ülkenin yetkili makamı önünde gerçekleşen bir işlem söz konusu olacaktır. Oysa yargı yetkisi egemenlikten kaynaklanan bir yetkidir ve devletin egemenlik alanında tespit edilen yargı makamlarınca, başka bir deyişle egemen devletin mahkemeleri tarafından kullanılmaktadır. Milletlerarası anlaşmaları hariç tutarsak, Türk hukukunda boşanmanın, iç hukuk düzenlemelerimize göre yargısal karakterde olduğu dikkate alındığında, Türkiye’de bu yetkiyi kullanabilecek olan yalnızca Türk mahkemeleridir⁹⁹. Belirttiğimiz gerekçeyle yabancı idarî makamlarca verilen kararların idarî yoldan tanınması yalnızca Türkiye dışında verilen kararlara ilişkin olup, Türkiye’de bulunan yabancı idarî makamlarca boşanma kararı verilmesi hâlinde kamu düzenine aykırılık söz konusu olacağından talep reddedilmelidir.

3. Kararın Verildiği Ülke Hukukuna Göre Kesinleşmiş Olması

NHK m. 27/A’da yabancı ülke adlî veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararlarının idarî yoldan tanınabilmesi için kararın kesinleşmesi şart koşulmuştur. Ancak madde de yer alan ‘usûlen kesinleşmiş olma’ ifadesinin ne tür bir kesinliği ifade ettiği belirtilmemiştir.

MÖHUK’un tanıma tenfiz hükümlerinde ise sadece ‘kesinleşmiş yabancı karar’ ifadesi kullanılmıştır. Doktrinde MÖHUK’un bu hükmü bazı

kaynaklanan yargılama yetkisinin kullanımıyla ilgili değerlendirilme yapılması gerekir. Bu hâlde devlete ait olan yargı yetkisinin Türkiye’de bulunan yabancı makamlarca kullanılması, Türk kamu düzenine aykırılık yaratacağıdır. Zira bu durumda tanınması talep edilen kararın ‘yabancı bir ülkede’ verilmesi söz konusu değildir.

⁹⁹ Benzer yönde bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 26-27; NOMER, (2017), 260. Bununla birlikte Nomer, kamu düzenini ihlâl etmediği takdirde Türkiye’de gerçekleşen mahkeme dışı boşanmaların tanınmamasının ancak kanunî bir düzenleme ile mümkün olacağı görüşündedir. Bu yaklaşıma göre Türkiye’de meydana gelen hukukî işlem niteliğindeki mahkeme dışı boşanmalarda tarafların yabancı olması hâlinde kamu düzeninin etkisi nispeten daha zayıf iken, taraflardan en az birisinin Türk vatandaşı olması hâlinde kamu düzeninin etkinliği artacaktır. Dolayısıyla tarafların Türk vatandaşı olması hâlinde, Türkiye’de boşanmanın sadece Türk mahkemeleri tarafından gerçekleştirilebilmesi, Türk hukuk sisteminin temel hukuk anlayışına dayanan bir kural olarak kamu düzeni söz konusu olacaktır. Bkz. NOMER, (2017), 260, 544-545.

yazarlarca şekli kesinlik olarak yorumlanmakta,¹⁰⁰ bazı yazarlar ise yabancı mahkeme kararının hem şekli hem de maddî kesinlik taşıması gerektiğini belirtmektedir¹⁰¹. Yargıtay uygulamasında ise şekli kesinlik yeterli kabul edilmektedir¹⁰². NHK'nun 27/A maddesinde ise 'usûlen kesinleşmesi' ifadesine yer verilmiştir¹⁰³. 'Usûl' kelimesi bir amaca ulaşmak için belli kurallar çerçevesinde izlenen yol, metot olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁴. Bu tanımdan yola çıkıldığında 'usûlen' kelimesinin, belli bir metot çerçevesinde, başka bir deyişle *belli bir şekilde* bir işin yapılması anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır. Doktrinde bu ifadenin 'şeklî kesinlik' olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁵. Şeklî kesinlik ise verilen karara karşı başvurulabilecek olağan kanun yollarının tüketilmesidir¹⁰⁶. Başka bir ifadeyle kararın şeklen kesinleşmesi, hâkimin dâvadan el çekmiş, kararı geri alma veya değiştirme yetkisinin sona ermiş olmasıdır¹⁰⁷. Bu görüş kabul edildiği takdirde, yabancı ülke mahkemesince verilen karara karşı başvurulabilecek olağan kanun yollarının tükenmesi ile şekli kesinlik şartı gerçekleşmiş olacaktır.

Kanaatimizce bu noktada, yabancı kararın mahkeme tarafından verilmesi ile idarî bir mercî tarafından verilmesini birbirinden ayırmak gerekir. Şayet talebe konu olan karar yabancı ülke mahkemesi tarafından verilmişse,

¹⁰⁰ DOĞAN, 111; TİRYAKİOĞLU, 38; DEMİR GÖKYAYLA, 40-41; TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 109; TÛTÛNCÛBAŞI, (2014), 109-110; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 48; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 65. Sakmar da benzer şekilde, yabancı kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin, tanınmanın konusu olmadığını ifade etmiştir. Bkz. SAKMAR, (1976), 235.

¹⁰¹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 521; ÇELİKEL/ERDEM, 656; NOMER, (2017), 504; ÖZBAKAN, 150; RUHİ, (2003), 126; ŞENSÖZ MALKOÇ, 248.

¹⁰² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E.2013/11-1135 K.2014/973 sayı ve 26.11.2014 tarihli kararı; Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu E.2010/01, K.2012/1 sayı ve 10.2.2012 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 22.3.2018).

¹⁰³ 'Usûlen Kesinleşme' kavramı ve ilgili düzenleme kapsamındaki eleştiriler için bkz. HUYSAL, (2017), 493-494.

¹⁰⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük* (www.tdk.gov.tr, erişim 22.7.2018).

¹⁰⁵ ÖZKAN/TÛTÛNCÛBAŞI, 229, TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 118-119. Huysal'da benzer şekilde 'usûlen kesinleşme' ifadesinin hatalı olduğunu belirterek, bu ifadenin 'şeklî kesinleşme' olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. HUYSAL, (2017), 494.

¹⁰⁶ DOĞAN, 111; ÇELİKEL/ERDEM, 650; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 520; TÛTÛNCÛBAŞI, (2014), 71; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 65; ÖZBAKAN, 7; SAKMAR, (1976), 235; RUHİ, (2003), 124; ERTAŞ, 372; Banu ŞİT, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı" (2011) Cilt XV Sayı 1, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 61-74, 62.

¹⁰⁷ ŞİT, 62.

kesinleşme şartının ‘şeklî kesinlik’ olarak anlaşılması uygun olacaktır. Buna karşılık idarî bir mercî tarafından karar verilmişse, kısmen farklı şekilde değerlendirilmesi gerekir. Zira maddî ve şeklî kesinlik, yargı kararlarına özgü kavramlardır¹⁰⁸. İdarî bir işlemin kesinleşmesi ise, işleme karşı denetim yollarının kapatılması anlamına gelmemekte, idarî karar alma sürecinin tamamlanmasını ve idarî makamın iradesini net biçimde ortaya koymasını ifade etmektedir¹⁰⁹. Başka bir ifadeyle, idarî kararlar açısından kesinlik, “işleme karşı idarî başvuru imkânının bulunmamasıdır”¹¹⁰. Bu hâlde idarî makam tarafından verilen kararın kesinleşmesi için, işleme karşı idarî başvuru imkânı kalmamış ve karara karşı idarî yargıya başvuru süreleri sona ermiş olmalı veya idarî yargıya başvuru sonucunda bir yargı kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olmalıdır. Bu nedenle söz konusu kesinleşme, belirttiğimiz doğrultuda kararı veren yabancı merciin adlî veya idarî olmasına göre ayrıma tâbi tutularak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede tanıma talebine konu olan karar; mahkeme kararı ise kesinleşme şartı ‘şeklî kesinlik’ olarak anlaşılmalı, buna karşılık idarî bir makam kararı ise bu şart ‘işleme karşı idarî başvuru imkânının bulunmaması’ ve idarî yargıya da başvuru imkânının ortadan kalkmış olması şeklinde anlaşılmalı ve değerlendirilmelidir.

Talebin yapıldığı merciin bu kesinleşmeyi nasıl tespit edeceği ise Yönetmelik ile açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmelik’te, kararda kesinleşme

¹⁰⁸ Doktrinde şeklî ve maddî kesinliği ihtiva eden kesin hükmün tanımında, “mahkeme, yargısal karar veya yargılama sonucunda verilen karar” kavramlarından hareket edilmesi de bu husus teyit etmektedir. Bkz. Ejder YILMAZ, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 3, 3. Baskı, Yetkin, 2017, 2934 vd.; Hakan PEKCANİTEZ, *Medeni Usûl Hukuku*, Cilt III, 15. Bası, Oniki Levha, 2017, 2054 vd.; Hakan PEKCANİTEZ / Oğuz ATALAY / Muhammet ÖZEKES, *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Vedat, 2018, 436 vd.; Ahmet İYİLİKLİ, *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Yetkin, 2016, 38 vd. Nitekim Pekcanitez de “kesin hüküm” kavramının adlî gerçeği ifade ettiğini vurgulamaktadır. Bkz. PEKCANİTEZ, 2055. Yılmaz da benzer şekilde bu vasfın, yargısal kararlara tanınan bir nitelik olduğunu belirtmektedir. Bkz. YILMAZ, 2934. İyilikli de kesin hükmün alanının, yargı hükümleri olduğunu belirtmekte ve bu yaklaşımın bir sonucu olarak sadece mahkeme kararlarının değil, yargısal nitelik taşıyan hakem kararının da kesin hükme elverişli olduğunu belirtmektedir. Bkz. İYİLİKLİ, 39, 102.

¹⁰⁹ Dilşat YILMAZ, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği*, Astana, 2014, 80-82. Danıştay da bir kararında idarî işlemin ‘kesin’ olmasını benzer şekilde değerlendirmiştir; “... kesinlik, idari işlemin oluşması için öngörülen sürecin tüm aşamaları ile tamamlanıp, yetkili idari makam veya organlarca imzalanarak uygulanabilir duruma gelmiş olmasıdır.” Bkz. Danıştay 5. Daire E.1995/4415 K.1996/1911 sayı ve 17.5.1996 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 27.9.2018).

¹¹⁰ Dilşat YILMAZ “Türk İdare Hukukunda İdarî İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik” (2017) Cilt XXI Sayı 2, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 105-153, 114.

şerhi bulunması gerektiği belirtilmiş, şayet kesinleşme şerhi yoksa kararın verildiği ülke hukukuna göre kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının aslı ile noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış veya ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi tatbik edilmiş olmalıdır (Yön. m. 7/1-c).

Bu noktada ortaya çıkabilecek bir sorun, kesinleşme şartının talebin yapılması anında bulunması gerekip gerekmediğidir. Başka bir deyişle talebin yapıldığı anda kesinleşme şartı gerçekleşmemekle birlikte, komisyon incelemesi sırasında karar kesinleşirse ilgili kararın tanınması gerekir mi, yoksa mutlak olarak başvurunun yapıldığı anda mı kesinliğin bulunması gerekir? MÖHUK'un ilgili hükmü bağlamında değerlendirme yapıldığında Yargıtay'ın yeknesak bir yaklaşımının bulunmadığı görülmektedir. Yargıtay'ın tanıma-tenfiz taleplerine ilişkin olarak verdiği bazı kararlarda, dâva sırasında şekli kesinliğin gerçekleştiği, dolayısıyla bu şartın tamamlanabilir bir şart olduğu kabul edilmiştir¹¹¹. Başka bir kararında ise Yargıtay, dâvanın açıldığı anda kesinleşme şartının bulunmasını aramıştır¹¹². Yönetmeliğin 9. maddesinde, kararda kesinleşme şerhinin bulunması gerektiği belirtilmiş, kesinleşme şerhi yoksa kararın kesinleştiğine dair ilgili ülke makamlarından alınmış/onaylanmış yazı/belge veya Apostil şerhi veya dış temsilcilik tarafından onaylanmış belge veya yazı başvuru için gereken evraklar arasında sayılmıştır. Maddenin 4. fıkrasında ise başvuru belgelerinde eksiklik olması hâlinde bu eksikliğin tamamlanması için 90 günlük süre verileceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca taraflar, başvuru belgelerindeki eksiklikleri verilen 90 günlük süre içinde tamamlayabildiklerine göre, kararın kesinleşmesi eğer bu süre içinde gerçekleşiyorsa, 90 günlük sürede kesinleştiğine dair belgeyi sunabilirler. Dolayısıyla mahkemeden tanımanın talep edildiği durumlardan farklı olarak, burada 'kararın kesinleşmesi' şartının mutlaka talep anında bulunması gerekmediği sonucuna varılabilir¹¹³.

¹¹¹ Yargıtay bazı kararlarında kesinleşmeyi dâva şartı olarak değerlendirmiş ve sonradan tamamlanabilecek nitelikte bir şart olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 8.H.D. E.2017/2331 K.2017/11303 sayı ve 21.9.2017 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 18.3.2017).

¹¹² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin verdiği bir kararda dâvanın açıldığı anda yabancı mahkeme kararının kesinleşmiş olmasının dâva şartı değil dinlenebilirlik şartı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 2.H.D. E.E.2003/495 K.2003/1706 sayı ve 6.2.2003 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 15.3.2017).

¹¹³ Mahkemeden tanıma-tenfiz talebinde bulunulması hâlinde ise 'kesinleşme' şartının bir dâva şartı olup olmadığı değerlendirilmektedir. Dâva şartı olarak değerlendirildiği takdirde, bu durum usûli bir eksiklik olarak nitelenebilecek ve sonradan bu eksikliğin mâkul sürede tamamlanması hâlinde dâvanın bu sebeple reddi gerekmeyecek, buna karşılık dâva

4. Eşlerin veya Yetkili Temsilcilerinin Birlikte Talepte Bulunması

NHK m. 27/A'da eşlerin ve yetkili temsilcilerinin birlikte başvurmaları gerektiği belirtilmiştir. Bu şartı 'birlikte başvuru' ve 'başvuruda bulunabilecek kişiler' açısından ayrı ayrı değerlendirmek yerinde olacaktır.

a. Birlikte Başvuru

Yabancı ülke adlî veya idarî makamlarınca verilen kararın idarî yoldan tanınabilmesi için, kural olarak eşlerin birlikte talepte bulunması gerekmektedir. Birlikte başvuru şartı, eşlerin mutlaka aynı anda ve birlikte nüfus müdürlüğünde hazır olmaları anlamına gelmemektedir. Eşler başvuruyu aynı anda yapabilecekleri gibi, ayrı ayrı da başvuruda bulunabileceklerdir. Başka bir deyişle bu şart eşlerin, aynı adlî veya idarî karara ilişkin olarak belli bir zaman sürecinde talepte bulunmalarını ifade etmektedir. Yönetmeliğe göre ayrı ayrı başvuruları hâlinde iki başvuru arasındaki süre 90 günü aşamaz (Yön.m. 6/1).

Birlikte başvuru şartı, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen boşanmaların, özellikle boşanmayı gerçekleştiren tarafça tanınmasına engel olmaktadır. Tek taraflı boşanmalarda, boşanma sadece tek bir eş tarafından (genellikle erkek eş tarafından) gerçekleştirilmektedir. Bu hâlde diğer tarafın iradesine yer verilmemesi, âdil yargılanma hakkının içinde yer alan savunma hakkına riayet edilmemesi anlamına geleceği için kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmektedir¹¹⁴. Ayrıca eşlerden yalnızca birine boşanma imkânı verilmesi aynı zamanda Anayasa'da kabul edilen eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir¹¹⁵. Nitekim MÖHUK'a göre bu tür bir kararın tanınması ve tenfiz talebi söz konusu olduğunda da, boşanmayı gerçekleştiren eşin tanıma-tenfiz talebinde bulunması hâlinde kamu düzenine aykırı kabul edilmekte¹¹⁶, buna karşılık talebin boşanmada iradesine yer verilmeyen eş tarafından

şartı olmadığı kabul edilirse 'dâvanın açıldığı anda' bulunması gerekeceğinden, dâvanın görüldüğü sırada yabancı ülke mahkemesi kararının kesinleşmesi dâvanın bu sebeple reddine engel olmayacaktır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİT, 70 vd.

¹¹⁴ DOĞAN, 123; RUHİ, (2003), 144; Ahmet Cemal RUHİ, "Talâk ve Türk Kamu Düzeni" (2002) 1, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, (<http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm>, erişim 18.3.2018), para 4-8. Benzer yönde bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 82.

¹¹⁵ EKŞİ, 101-102. Aynı yönde bkz. Gülören TEKİNALP / Ayfer UYANIK, *Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat, 2016, 171; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 28; ŞENSÖZ MALKOÇ, 294.

¹¹⁶ ÇELİKEL/ERDEM, 655, 696; NOMER, (2017), 544; TEKİNALP/UYANIK, 173; RUHİ, (2003), 144; ŞENSÖZ MALKOÇ, 294-295. Benzer yönde bkz. RUHİ, (2002), para.17-19.

yapılması hâlinde artık boşanmaya rızasının olduğu gözetilerek kamu düzenine aykırılık bulunmadığı belirtilmektedir¹¹⁷. Zira ikinci hâlde aslında tarafların boşanma yönünde ortak iradeleri mevcut olduğu için bir anlamda anlaşmalı boşanma söz konusu olmaktadır¹¹⁸.

Birlikte başvuru şartının kabul edilmesi, eşlerden birisinin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirdiği boşanmalar dolayısıyla ortaya çıkan sakıncaları gidermek açısından yerindedir. Buna karşılık boşanmanın iki tarafın katılımıyla gerçekleştiği durumlarda ve yapılan düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulduğunda bu şart tartışmalı hâle gelmektedir. Zira yapılan düzenleme ile yabancı ülkelerden verilen kararların daha basit bir usûlde tanınması amaçlanmaktadır. Oysa birlikte başvuru şartı, kanaatimizce hedeflenen bu amacın gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir. Zira eşlerden birisi yabancı ülkede yaşıyorsa, birlikte başvuru yapılması birçok durumda mümkün olmayabilecektir. Şöyle ki, özellikle bir taraf Türk vatandaşı olup, diğer taraf yabancı ise ve eşler, yabancı eşin tâbi olduğu hukuka göre boşanmış kabul ediliyorsa, yabancı eş açısından Türk hukukuna göre evliliğin son bulmamış olması, onun açısından bir sorun teşkil etmeyebilecektir. Burada evliliğin sona erdiğine ilişkin kararın Türkiye’de tanınmasında menfaati olanlar genellikle Türk vatandaşlarıdır. Birlikte başvuru şartı sebebiyle yabancı eş hayatına problemsiz olarak devam edebilecek iken, Türk vatandaşı olan eş Türkiye’de hâlen evli görüldüğü için birçok sorunla yüz yüze kalabilecektir¹¹⁹. Bu nedenle yapılan düzenlemelerde özellikle yurtdışında bulunan vatandaşlarımızın karşılaştıkları veya karşılaşılabilecekleri sorunların ortadan kaldırılması gözetilmelidir. Özellikle yabancı ülkelerde yaşayan çok sayıda vatandaşımızın durumu dikkate alınarak, yabancı boşanma kararlarının mümkün olduğu ölçüde tanınmasının sağlanması gerekir¹²⁰. Nitekim Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge’ye göre Türk vatandaşlığından izin almak suretiyle çıkan eski Türk vatandaşları açısından evlenme, boşanma gibi olayların nüfus kütüklerine

¹¹⁷ ÇELİKEL/ERDEM, 696; DOĞAN, 123; TEKİNALP/UYANIK, 172; RUHİ, (2002), para. 18. Benzer yönde bkz. EKŞİ, 103-104; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 82. Sakmar da benzer şekilde, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen boşanmaların tescilden ibaret olmayıp, gerçek anlamda bir ‘boşanma’ olması hâlinde tanınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. SAKMAR, (1976), 217.

¹¹⁸ EKŞİ, 103. Benzer yönde TEKİNALP/UYANIK, 172-173.

¹¹⁹ Bkz. III. “Yabancı Ülke Makamları Tarafından Verilen Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınmasına İlişkin Problemler ve İdari Boşanmaların Tanınması İhtiyacı”.

¹²⁰ SAKMAR, (1976), 206.

doğrudan tescili imkânı kabul edilmiştir. Yabancı statüsünde olan mavi kartlı kişiler için bu tür kararların tanınması hiç bir şart aranmaksızın kabul edilmişken, Türk vatandaşları için aynı şekilde yabancı ülkelere verilen kararların tanınmasında birlikte başvuru şartının aranması âdil olmayacaktır¹²¹.

Bunun yanında mahkemeden tanıma talebinde bulunulması hâlinde dâvanın uzun sürmesinin en önemli sebeplerinden birisi, milletlerarası tebligat işlemlerinin uzun sürmesi veya diğer eşin adresinin bilinmemesi ve tebligatın yapılamaması nedeniyle taraf teşkilinin gerçekleşmemesidir. Yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tanınmasında eşler zaten birlikte hareket edebilecek durumdaysa, mahkeme tanıma talebini kısa sürede sonuca bağlayabilecektir. Başka bir deyişle ‘birlikte başvuru’ şartını gerçekleştiren boşanmış eşler, MÖHUK’ta öngörülen diğer şartlar da gerçekleştiği takdirde zaten mahkemeye müracaatla kararın kısa sürede tanınmasını sağlayabilirler. Burada problem, milletlerarası tebligat işlemlerinin çok uzun sürmesi veya yurtdışında bulunan diğer eşe ulaşamaması gibi sebeplerle sürecin uzamasından dolayı ortaya çıkmaktadır. Nitekim yapılan düzenlemenin gerekçesinde de bu husus belirtilmiştir. Buna karşılık ‘birlikte başvuru’ şartının bulunması, kanaatimizce düzenleme ile hedeflenen amaca ulaşılmasını engelleyici niteliktedir. Zira boşanan eşlerden yalnızca birinin idarî tanıma talebinde bulunmak istemesi hâlinde, ‘birlikte başvuru’ şartı nedeniyle bu yöntemin işletilmesi mümkün olmayacaktır.

İdarî tanıma usûlünün kabul edilmesi, özellikle idarî boşanma kararlarının tanınmasına imkân sağlanması noktasında önemli bir adım olsa da, birlikte başvuru şartının bulunması, NHK m. 27/A’da öngörülen

¹²¹ Huysal, mavi kartlılar yönergesinin açıkça MÖHUK’un 1. ve 58. maddelerine, dolayısıyla normlar hiyerarşisine aykırı olduğunu ve meşru bir amaca dayanmaksızın ayrıcalıklı bir sınıf yarattığını belirterek eleştirmektedir. Bkz. HUYSAL, (2017), 478. Çalışmamızın konusu mavi kartlılarla ilgili söz konusu düzenleme olmamakla birlikte, ilgili Yönergenin hakikâten normlar hiyerarşisine aykırılık yarattığı burada vurgulanmalıdır. Zira idarenin adsız düzenleyici işlemler olarak adlandırılan yönerge, genelge, tebliğ, talimat gibi soyut ve genel kurallar getiren düzenlemelerinin, hiyerarşik olarak daha üstte bulunan Yönetmelik, Kanun, Anayasa gibi düzenlemelere aykırı olmaması gerekir. Biraz daha somutlaştırmak gerekirse idarenin ‘yönerge’ adıyla çıkardığı düzenlemeler, normaler hiyerarşisinde yönetmeliklerin altında yer almaktadır ve bu nedenle yönergeler, Anayasa başta olmak üzere Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklere aykırı hükümler içeremez. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Didem SEVGİLİ GENÇAY, “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, (2014) 63 (2), AÜHFED, s. 397-417. Bu nedenle söz konusu düzenleme yabancı kararların tanınmasını Türk mahkemesinin kararına bağlayan MÖHUK’a da aykırıdır. Belirttiğimiz aykırılığın ortadan kaldırılması için ilgili düzenlemenin kanunda değişiklik yapılarak, normlar hiyerarşisine uygun şekilde yeniden ele alınması gerekir.

bu usûlün etkinliğini azaltacaktır. Belirttiğimiz nedenlerle, adlî veya idarî boşanma kararlarının tescilinde birlikte başvuru şartının aranmaması çok daha isabetli olurdu. Bu noktada önerimiz, düzenlemenin amacı dikkate alınarak birlikte başvuru şartının gözden geçirilmesidir. Kanaatimizce, evliliğin tek taraflı irade beyanı ile son bulduğu durumlarda boşanmayı gerçekleştiren eş tarafından tanınmanın talep edilmesi durumunu hariç tutmak kaydıyla, tanıma talebinin boşanan eşlerden birisi tarafından yapılabileceğinin kabul edilmesi, düzenlemenin amacına daha uygun düşecektir.

b. Başvuruda Bulunabilecek Kişiler

NHK m. 27/A'ya göre yabancı ülke adlî veya idarî makamlarınca verilecek kararın idarî yoldan tanınması talebi herkesçe yapılamayacaktır. Taraflar bizzat başvuruda bulunabilecekleri gibi, kanuni temsilcileri ya da vekilleri aracılığıyla da başvuruda bulunabileceklerdir (Yön. m. 6/1). MÖHUK'tan farklı olarak hukukî yararı bulunan herkesin tanıma talebinde bulunması¹²² kural olarak mümkün değildir.

NHK'ya göre idarî tanımada eşlerin birlikte başvurusunun öngörülmesi, özellikle tek taraflı irade beyanıyla gerçekleşen boşanmalara ilişkin önceki başlık altında belirtilen sakıncaları kısmen bertaraf eder nitelikte olmakla birlikte, başka tartışmaların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Birlikte başvuru şartına Yönetmelikte bir istisna getirilerek, tanıma talebinden önce taraflardan birisinin ölmüş olması hâlinde, hukukî yararı bulunanlar tarafından talepte bulunulabileceği kabul edilmiştir (Yön. m. 6/2). Burada özellikle mirasçılarının haklarına hânel gelmesi engellenmek istenmiştir. Bununla birlikte kanunla uyumsuz şekilde Yönetmelik ile istisna getirilmesinin kanun yapma tekniğine uygun olmadığını da belirtmemiz gerekir. Zira Anayasa'nın 124. maddesinde, yönetmeliklerin kanuna aykırı olamayacağı açıkça belirtilmiştir¹²³. Bu nedenle normlar hiyerarşisine aykırılığın ortadan kaldırılması hem de ortaya çıkan soru işaretlerini gidermek üzere NHK m. 27/A yeniden kaleme alınmalıdır. Zira hükmün kaleme alınışında özellikle üç konu muğlak kalmaktadır;

¹²² MÖHUK hükümleri dairesinde yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin, hukukî menfaati olan herkesçe ve özellikle de boşanma kararının taraflarının ölmüş olması hâlinde mirasçılar tarafından yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, 60-61; ÇELİKEL/ERDEM, 731; NOMER, (2017), 537-538; DEMİR GÖKYAYLA, 41 dn.114; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, 63; ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, 228-229; RUHİ, (2003), 175-176.

¹²³ Anayasa m. 124/1; “Cumhurbaşkanı, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilirler”.

İlk olarak NHK’da yapılan değişiklikten önce yabancı ülkede boşanmanın gerçekleşmiş ve eşlerden birinin değişiklikten önceki bir tarihte ölmüş olması hâlinde hukukî menfaati bulunan diğer kişilerin ve özellikle mirasçılarının idarî tanıma yöntemine başvurup boşanma kararının tanınmasını talep edip edemeyecekleri sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce eşlerden birisinin düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce ölmüş olması hâlinde de mirasçılar ve hukukî yararı olan diğer kişiler idarî tanıma yoluna başvurabilmelidir. Zira burada zaman açısından bir sınırlama yapılmamış, sadece ‘kararın tanınmasında menfaati bulunması’ kriteri getirilmiştir. Eşlerden birisi düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce ölmüş olması hâlinde de, kararın tanınmasında menfaati bulunması kaydıyla, mirasçılarının tescili talep edebilecekleri kabul edilmelidir. Usûl kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler dikkate alındığında da aynı sonuca varılmaktadır¹²⁴. Usûl kuralları bakımından derhâl uygulanma ilkesi geçerli olduğu gibi, bu kuralların kanun değişikliğinden önce ortaya çıkan durumlara da uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²⁵.

İkinci olarak Yönetmelik hükmünde, ilgililerden birinin ölmüş olması hâlinde mi, yoksa bir tarafın ölmüş olması hâlinde mi bu istisna hükmünün uygulanacağı tereddüt yaratmaktadır. Madde metninde “*evliliği sona eren kişilerin tescil talebinin öncesinde ölmüş olmaları durumunda*” ifadesine yer verilmiştir¹²⁶. Kanaatimizce kararın tanınmasında menfaati olan kişilere başvuruda bulunma hakkı tanıyan bu hüküm, eşlerden birisinin ölmüş olması hâlini de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır.

Üçüncü olarak, eşlerden yalnızca birisinin ölümü hâlinde, kararın tanınmasında hukukî menfaati olanların başvuru hakkının doğduğu kabul ettiğimiz takdirde başka bir soru daha ortaya çıkmaktadır. Bu hâlde kararın tanınmasında menfaati bulunan kişiler tek başlarına başvuruda bulunabilecek

¹²⁴ Usûl kurallarının zaman bakımından uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sema TAŞPINAR AYVAZ, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin, 2013, 90 vd.

¹²⁵ Bununla birlikte, usûl hukukunda kabul edilen derhâl uygulama ilkesinin ‘kazanılmış haklarla’ sınırlandırıldığını da belirtmemiz gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, 124.

¹²⁶ Yön. m. 6/2; “*Tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen boşanmalar hariç, evliliği sona eren kişilerin tescil talebinin öncesinde ölmüş olmaları durumunda, yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin verilen kararların aile kütüğüne tescil talebi hukukî yararı bulunanlar tarafından yapılabilir.*”

midir, yoksa hayatta olan diğer eşle birlikte mi başvuracaktır? Yönetmelik bu hususu da açıklamakta yetersizdir. Kanaatimizce hükmün, eşlerden birinin ölmüş olması hâlinde, ilgili kararın tanınmasında menfaati bulunanların (ve özellikle mirasçıların), diğer eşin başvurusu gerekmeksizin başvuru yapabilecekleri şeklinde yorumlanması gerekir. Esasında bu hükmün yukarıda belirttiğimiz gibi yönetmelikte değil, kanunda düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi kanunda eşlerin birlikte başvuru yapacağı belirtiliyorken, Yönetmelikte buna istisna getirilmesi uygun olmamıştır. Bununla birlikte hükmün amacını da dikkate almak gerekir. Yapılan düzenlemenin amacı, gerekçesinde de belirtildiği gibi, özellikle yabancı ülkede boşanan Türk vatandaşlarının yaşadığı sorunların ortadan kaldırılmasıdır¹²⁷. Şayet Yönetmelikteki istisna hükmü, ölen tarafın mirasçılarının sağ kalan eşle birlikte başvuru yapacağı şeklinde yorumlanırsa, bu amacın gerçekleşmesi büyük ölçüde imkânsızlaşacaktır. Zira bu hâlde boşanılan eş, boşanma henüz Türkiye’de tanınmadığı için, Türk hukukuna göre mirasçılar arasında görülecek ve bu durum mirasçıların menfaatlerini zedeleyebilecektir. Bunun dışında diğer eşin yabancı ülke vatandaşı olduğu ve vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre boşanmış olduğunun kabul edilmesi hâlinde, kişinin Türkiye ile herhangi bir bağlantısı da yoksa, kararın tanınmasına ihtiyaç duymayacak ve birlikte başvuru şartı gerçekleşmeyebilecektir. Bu durumda da bu hükümle elde edilmek istenen amacın gerçekleşmesi söz konusu olmayacaktır. İkinci ihtimalde ise, yabancı hukuka göre boşanan eşlerden sağ olanı, Türk hukukuna göre mirasçılar arasında görüleceğinden, kararın tanınmaması durumunda mirastan pay alacağı için kararın tanınması menfaatine olmayacağından başvuruda bulunmayabilecektir. Her iki ihtimalde de böylesi bir durumda mirasçıların menfaatinin zedelenmesi söz konusudur. Sayılan nedenlerle kanaatimizce eşlerden birinin veya her ikisinin ölümü hâlinde ilgili kararın tanınmasında menfaati bulunanların tek taraflı olarak başvuruda bulunarak kararın tanınmasını talep edebilecekleri kabul edilmelidir. Yönetmeliğin m. 6/2 hükmü de bu şekilde yorum yapılmasına müsaittir. Buna rağmen ortaya çıkabilecek farklı yorumların önüne geçmek için, yapılacak bir değişiklikle bu hususların Kanun veya Yönetmelikte açıkça ve detaylı şekilde düzenlenmesi uygun olacaktır.

Bununla birlikte, tek taraflı irade beyanı ile gerçekleştirilen boşanmalar, birlikte başvuru şartının istinası olarak düzenlenen bu hükmün

¹²⁷ NHK 27/A maddesi gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0836.pdf>, erişim 15.7.2018.

dışında tutulmuştur (Yön. m. 6/2). Başka bir deyişle tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen boşanmalarda taraflardan biri ölmüş olsa dahi, kararın tanınmasında menfaati bulunanlar –özellikle mirasçılar- idarî yoldan tanınmasını sağlayamayacaktır. Bu hâlde ilgilerin mahkemeye müracaat etmeleri ve MÖHUK hükümlerine göre mahkemece tanıma kararı verilmesi gerekecektir. Yukarıda tek taraflı boşanmalara ilişkin olarak belirttiğimiz gerekçelerle bu düzenleme isabetlidir.

5. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Yabancı bir ülke mahkemesi veya yetkili makamı tarafından verilen kararın başka bir ülkede adli veya idarî usûle göre tanınması için, kararın kamu düzenine aykırı olmaması bir çok ülkede şart koşulmuştur¹²⁸. Türk hukukunda da MÖHUK'a göre yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında aranan 'kamu düzenine uygun olma' şartı, adli ve idarî makamlarca verilen boşanma kararlarının idarî yoldan tanınmasında da kabul edilmiştir. Kamu düzenine uygunluğun gerekçesi, yabancı bir karara ülkede etki tanınmasıyla birlikte toplumda yer eden hukukî, siyasî, ahlâkî anlayış ve değerlerin zedelenmesini önlemektir¹²⁹. Ne var ki 27/A maddesi ve Yönetmelik, bu şartın ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin hiç bir detaya yer vermemiştir. Yönetmeliğin 9/7. maddesinde, "*Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan kararlar, gerekçesi belirtilmek suretiyle reddedilir*" hükmüne yer verilerek, 27/A hükmündeki şart tekrarlanmıştır. Burada net olan tek husus, idarenin gerekçesiz olarak bu hükme dayanarak tanıma talebini reddedemeyeceğidir. Başka bir deyişle kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle tescil talebi reddedildiği takdirde idare, hangi hususların kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirterek, karar

¹²⁸ Örneğin Japonya'da boşanma kararlarının gerek mahkemece tanınması, gerekse idarî usûle göre tanınmasında 'kamu düzenine aykırı olmaması' şart koşulmuştur. Bkz. AKIBA/ISHIKAWA, 599-600. Aynı şekilde Yunan hukukunda da yabancı boşanma kararlarının tanınması için kararın Yunan kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir. Bkz. Alexandra E. DOUGA, "On the Recognition of Foreign Administrative Acts in Greece" Jaime RODRÍGUEZ / Arana MUÑOZ (Eds) *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, 2016, s. 171-191, 181. Benzer şekilde Brezilya, İsviçre, A.B.D. gibi ülkelerde de yabancı mahkeme kararlarının veya yabancı idarî kararların tanınmasında da bu kriter kullanılmaktadır. Yabancı idarî kararların tanınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Jaime RODRÍGUEZ / Arana MUÑOZ (Eds.), *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, 2016.

¹²⁹ Ayhan DOLUNAY, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni" *Prof. Dr. Yıldırım Uluer'e Armağan*, Lefkoşa, 2014, s. 45-63, 50-51. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin amacı hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. DEMİR GÖKYAYLA; A.Gündüz ÖKÇÜN, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 108, 1997.

tanındığı takdirde kamu düzenine aykırılığın ne şekilde ortaya çıkacağını somutlaştırmalıdır.

Kamu düzenine aykırılık yaratan hâlleri önceden tespit edebilmek mümkün değildir, somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir¹³⁰. Zira ‘kamu düzeni’ kavramı zamana ve mekâna göre değişen izâfî bir yapıya sahiptir¹³¹. Başka bir deyişle ilgili bulunduğu millî, manevî, ahlâkî değerlere bağlı olarak toplumdan topluma ve hatta aynı toplum içinde zamana göre değişebilmektedir¹³². Yargıtay’a göre kamu düzenine aykırılık, “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel âdap ve ahlâk anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının genel siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukukuna ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasî ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*” yaratan durumlardır¹³³. Doktrine göre de yabancı kararın kamu düzenine

¹³⁰ Yılmaz ALTUĞ / Mustafa YASAN, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni” *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım, 2003, s. 139-150, 142 vd.; DOĞAN, 123; ÇELİKEL/ERDEM, 690; RUHİ, (2002), para. 10-11; Ahmet Cemal RUHİ / Yavuz KAPLAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)” (2002) Yıl 22, MHB, s. 643-663, 644.

¹³¹ ÖKÇÜN, 108; ALTUĞ/YASAN, 140; DOĞAN, 123; ÇELİKEL/ERDEM, 691; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 546; DEMİR GÖKYAYLA, 125; DOLUNAY, 48-49; RUHİ/KAPLAN, 644; RUHİ, (2003), 136. Örneğin müşterek velâyet kararları kamu düzeninin zamana ve mekâna göre değişen yapısını vurgulayan en güncel örneklerdendir. Bir kaç yıl öncesine kadar yabancı ülke mahkemelerinden verilen ‘müşterek velâyet’ kararları, müşterek velâyetin kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmekte iken (bkz. Yargıtay 2. H.D. E.2003/2818 K.2003/3889 sayılı ve 20.3.2003 tarihli kararı), son yıllarda Türk mahkemeleri de bu tür kararlar verdiği için artık kamu düzenine aykırı görülmediği söylenebilecektir (bkz. Yargıtay 2.H.D. E.2016/15771 K.2017/1737 sayılı ve 20.2.2017 tarihli kararı). Kararlar için bkz. www.kazanci.com, erişim 20.3.2018. Benzer şekilde Türk hukukunda anlaşmalı boşanmaların kabul edilmediği dönemlerde yabancı ülke mahkemelerinden verilen bu tür kararlar kamu düzenine aykırı kabul edilmekte iken, geldiğimiz noktada Türk hukukunda da bu yöntem kabul edilmektedir. Yargıtay’ın belirtilen gerekçeyle rızâî boşanmaları kamu düzenine aykırı kabul eden kararlarının eleştirisi için bkz. NÖMER, (1984), 94 vd.

¹³² ALTUĞ/YASAN, 144; ÖKÇÜN, 91-92, 108-109.

¹³³ Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu’nun E.2010/01, K.2012/1 sayılı ve 10.2.2012 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 22.3.2018). Ayrıca bkz. Yargıtay 8. H.D. E.2017/2899 K.2017/11513 sayı ve 26.9.2017 tarihli kararı; Yargıtay 18.H.D. E.2016/3763 K.2016/6542 sayı ve 25.4.2016 tarihli kararı; Yargıtay 15.H.D. E.2016/985 K.2016/2050 sayı ve 31.3.2016 tarihli kararı. (www.kazanci.com, erişim 20.7.2018).

aykırı kabul edilebilmesi için Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası hukukun temel ilkelerine, Türk hukukunun temelini oluşturan ve vazgeçilemez kabul edilen ilkelere, Türk toplumunun genel ahlâk ve örf-âdet kurallarına açıkça aykırı bulunması gerekir¹³⁴. Bu nedenle yabancı kararın Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırılık taşıması, Türk hukukundakinden farklı maddî veya usûlî kuralların uygulanmış olması tek başına kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddine sebep olamaz¹³⁵. Burada milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı bir yapıda olduğunu vurgulamak gerekir¹³⁶. Aynı esaslar milletlerarası özel hukukun kapsamında bulunan tanıma kurumu için de geçerlidir.¹³⁷ İç hukukta kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan esaslar, milletlerarası özel hukukta her durumda kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmemekte,¹³⁸ milletlerarası özel hukukta kamu düzenine aykırılık için başka kriterlerden hareket edilmesi gerekmektedir.

¹³⁴ ÇELİKEL/ERDEM, 695-996; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 548; TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 119; ÖKÇÛN, 91.

¹³⁵ ÇELİKEL/ERDEM, 692-694; NOMER, (2017), 516; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 547-548; DEMİR GÖKYAYLA, 126 vd.; ÖZKAN/TÛTÛNCÛBAŞI, 230; TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 119; NOMER, (1984), 96; RUHİ, (2003), 146. Nitekim yabancı hukukun salt Türk hukukundan farklı hükümler içermesinin kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmeyeceği, kamu düzeni müdahalesinin istisnai olduğu ve açıkça aykırılık olmayan hâllerde tenfize karar verilmesi gerektiği hususları bazı Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2013/11-1135 K.2014/973 sayı ve 26.11.2014 tarihli kararı ile Yargıtay 2. H.D. E.2004/10683 K.2004/13120 sayı ve 4.11.2004 tarihli kararı. (www.kazanci.com, erişim 22.3.2018).

¹³⁶ DOLUNAY, 46. Ayrıca bkz. Yargıtay H.G.K. E.2013/11-1135 K.2014/973 sayı ve 26.11.2014 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 19.7.2018).

¹³⁷ Bir görüşe göre, tanıma-tenfizde kamu düzeni değerlendirmesi, kanunlar ihtilâfi hukukundaki kamu düzeni değerlendirmesinden daha geniş bir alanı kapsamaktadır. *Nomer*’e göre devletler özel hukukunda kamu düzeni müdahalesi hâkimin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yabancı bir hukuku uygulanması hâlinde söz konusu olabiliyorken, tanıma-tenfizde kamu düzeninin çok daha geniş bir alanı kapsadığını, hem uygulanan maddî hukuk, hem de usûl hukuku bağlamında kamu düzeni incelemesi yapıldığını belirtmektedir. Bunun yanında yazar, kamu düzeninin tanıma-tenfizde daha zayıf bir müdahale gücüne sahip olduğunu da eklemektedir. Bkz. NOMER, (2017), 528-530.

¹³⁸ ÇELİKEL/ERDEM, 701; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 542; ÖKÇÛN, 10; RUHİ/KAPLAN, 644-645; Zeynep Derya TARMAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler” (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 798-820, 811-812. Milletlerarası özel hukukta ‘kamu düzeni’ kavramı için bkz. ÖKÇÛN, 17 vd. Ayrıca yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde MÖHUK çerçevesinde kamu düzenine aykırı olmama şartının incelenmesinden hareket edilebilecek kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, 142.

Boşanma kararlarının idarî yoldan tanınmasında, talebi inceleyen komisyonun bu şartı ne şekilde değerlendireceği soru işareti yaratmaktadır. Kanaatimizce bu şartın yorumlanmasında, MÖHUK'taki 'kamu düzenine aykırı olmama' şartının kıyasen uygulanması gerekir. Başka bir deyişle kamu düzenine aykırı olmama şartı, MÖHUK'a göre tanıma-tenfiz incelemesi yapılırken ele alındığı şekliyle değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Tanımada "kamu düzenine aykırı olmama" şartını tüm yönleriyle incelemek bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte MÖHUK'taki "kamu düzenine aykırı olmama" şartının idarî tanıma usûlünde kıyasen uygulanmasında, genel hatlarıyla aşağıdaki esaslar dikkate alınmalıdır;

MÖHUK'a göre tanıma tenfizde aranan 'kamu düzeni' şartının değerlendirilmesinde tanıma tenfiz hâkimi kendi ülkesinin kamu düzeni anlayışını dikkate alarak bu şartı değerlendirir¹³⁹. Belirtilen sebeplerle kavramın tanımının yapılması isabetli değildir¹⁴⁰. Aynı şekilde kamu düzeninden sayılan hususların kategorik bir ayrımla belirlenmesi de doğru değildir¹⁴¹. Gerek MÖHUK'ta, gerekse NHK'da, 'kamu düzenine aykırı olmama' şartında, aykırılığın 'açıkça' olması aranmıştır. Bu nedenle kanun koyucunun, Türk hukukuna aykırı maddî veya usûlî hükümlerin uygulanmasıyla elde edilen her kararın, kamu düzeni gerekçesiyle tanınmamasına engel olmak istediğini söyleyebiliriz. Burada tanımın Türk hukuku bakımından meydana getireceği sonuçlar dikkate alınacak, başka bir ifadeyle kararın içeriği, yani uygulanmasıyla ortaya çıkacak hukukî sonuçları açısından kamu düzenine aykırılık incelenecektir¹⁴². Yabancı kararın kamu düzenine aykırılığında bahsedebilmek için aykırılığın 'ağır' ve 'açık' bir aykırılık olması gerekir¹⁴³. Aykırılığın 'ağır' olması, Türk hukuku bakımından tahammül edilemez nitelikte olmasıdır¹⁴⁴. Benzer şekilde 'açıkça' olması da aykırılığın Türk kamu

¹³⁹ RUHİ, (2003), 136; RUHİ/KAPLAN, 644; ÇELİKEL/ERDEM, 691 vd.

¹⁴⁰ DOLUNAY, 47. Benzer yönde bkz. ALTUĞ/YASAN, 141 vd.; DEMİR GÖKYAYLA, 134; ÖKÇÜN, 98.

¹⁴¹ TARMAN, 812; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 553-555. Benzer yönde DEMİR GÖKYAYLA, 126; ÖKÇÜN, 91.

¹⁴² TİRYAKİOĞLU, 46-47; DOĞAN, 120; ÇELİKEL/ERDEM, 691; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 547-548; DEMİR GÖKYAYLA, 126; RUHİ/KAPLAN, 662-663; DOLUNAY, 52; RUHİ, (2003), 136.

¹⁴³ RUHİ, (2003), 137; RUHİ, (2002), para.13.

¹⁴⁴ Yargıtay da bazı kararlarında, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına atıf yaparak, "bir kuralın kamu düzenine dair sayılabilmesi için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur" ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay 15.H.D. E.2016/895 K.2016/2050 sayı ve 31.3.2016 tarihli kararı; Yargıtay 15

düzeni ve kamu vicdanı açısından kabul edilemez nitelikte sonuçlar ortaya çıkarmasını ifade etmektedir¹⁴⁵. Bununla birlikte her ne kadar Türk hukukunun kamu düzeni anlayışı dikkate alınsa da, evrensel ölçütlerin de kamu düzeni kavramı yorumlanırken dikkate alınması gerekmektedir¹⁴⁶. Madde metninde kamu düzenine aykırılığın ‘açıkça’ olması aranarak, mümkün olduğu ölçüde yabancı kararların tanınması amaçlanmıştır¹⁴⁷.

Mahkemeler açısından dahi kamu düzenine aykırılığın tespiti oldukça zor bir iş iken, oluşturulacak komisyonların bu şartı nasıl yorumlayacağı ve değerlendireceği merak konusudur¹⁴⁸. Zira Yönetmelikte il müdürlüklerindeki komisyonlarda ‘*hukuk formasyonuna sahip kamu görevlisi*’ bulunması gerektiği belirtilmiş; dış temsilciliklerdeki komisyonlarda ise, komisyonlarda kimlerin bulunacağı, kişi sayısı, komisyonlarda bulunacak kişilerin unvanları gibi konuların “*misyon şefinin takdirinde*” olduğu belirtilmiştir. Başka bir deyişle, dış temsilciliklerdeki komisyonlarda hukukçu bulunması zorunlu değildir. Oysa kanaatimizce kişinin şahsî hâlini yakından ilgilendiren boşanma gibi bir karar hakkında yapılacak tanıma incelemesinde sadece hukuk formasyonuna sahip olmakla dahi yetinmeyip, konunun uzmanı olan hukukçuların bulunmasının zorunlu kılınması daha uygun olurdu. Mahkemelerin dahi “kamu düzeni” şartını değerlendirmeleriyle ilgili sıkıntılar varken, hukukçu olmayan kişilerin bu şartı değerlendirmeleri çelişkili uygulamalara yol açabilecektir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, kamu düzeni kavramı değişken, izâfi ve sübjektif yorum yapmaya müsâit bir araçtır. Bunun yanında milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukuktaki kamu düzeninden farklı şekilde değerlendirilmektedir. Belirttiğimiz nedenlerle bu

H.D. E.2014/2183 K.2014/3226 sayı ve 12.5.2014 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 19.7.2018). Bununla birlikte söz konusu ifade de aslında eleştiriye açıktır. Zira doktrinde hâkim görüşe göre, milletlerarası özel hukukta, soyut kuralın tek başına kamu düzenine aykırılığından söz edilemez. Buna karşılık, soyut kuralın somut olaya uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuçların kamu düzenine aykırılığı gündeme gelebilir. Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, 218 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, 138 vd.; NOMER, (2017), 161 vd.

¹⁴⁵ RUHİ/KAPLAN, 646. Benzer yönde bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 147 vd.; NOMER, (2017), 517.

¹⁴⁶ RUHİ/KAPLAN, 663.

¹⁴⁷ TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 119. Benzer yönde MÖHUK bağlamında Nomer de aynı değerlendirmeyi yapmıştır. Bkz. NOMER, (2017), 516. Benzer yönde bkz. DEMİR GÖKYAYLA, 132.

¹⁴⁸ *Tanrıbilir*, mahkemelerin geniş takdir yetkisi bulunan kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinin, idarî makamlar için çok ciddi, ağır ve büyük bir yük getirdiğini belirterek eleştirmektedir. Bkz. TANRIBİLİR.

kavramın, en azından konunun uzmanı kişiler nezdinde değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda, kurulacak olan komisyonlarda mutlaka hukukçuların ve hatta konunun uzmanı olan (örneğin milletlerarası özel hukuk alanında çalışan) hukukçuların yer almasına yönelik değişikliklerin yapılması elzendir. Komisyonlarda hukukçu bulunup bulunmaması hususunda takdir hakkı verilerek hukukçu olmayan kişilerce milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni değerlendirmesinin yapılmasının âdil olmayan sonuçlara yol açabileceği gözetilerek yapılan düzenleme gözden geçirilmelidir. Bununla birlikte, kamu düzenine aykırılık şartının idarî mercilerce değerlendirilmesi her ne kadar uygun görünmese de, mahkemelerce yapılacak denetimin bu sakıncayı bertaraf edeceği belirtilmektedir¹⁴⁹. İdarenin vereceği tescil veya tescil talebinin reddi kararına karşı idarî yargı yoluna başvurulabileceği gibi, taraflar tescil talebinin reddi hâlinde MÖHUK hükümleri dairesinde tanıma talebinde bulunabileceğinden, nihâi olarak mahkemece bu şartın değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.

6. Tanınması Talep Edilen Kararla İlgili Türk Mahkemelerinde Görülmekte Olan veya Reddedilmiş Bir Dâva Bulunmaması

NHK m. 27/A'da bu şart öngörülmemiş, daha sonra çıkarılan yönetmelikte, idarî tanınmanın gerçekleşebilmesi için tanınması talep edilen kararla ilgili Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir dâva bulunmaması gerektiği şart koşulmuştur. Yönetmeliğin 9/7. maddesinde “*yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararla ilgili Türkiye’de açılmış ve hâlen devam eden veya reddedilmiş dâva bulunuyorsa başvuru reddedilir*” hükmü yer almaktadır. Bu şartın aranması gerekli olmakla birlikte, kanunda yer almayan bir şartın yönetmelik ile getirilmesinin uygun olmadığını burada da belirtmemiz gerekir.

İkinci olarak madde metninde yer alan ‘dâva’ ibaresi ile, Türk hukukunda tanıma talebini ‘dâva’ olarak nitelendiren görüş doğrultusunda mahkemeden tanıma talebinde bulunulmasının mı kastedildiği, yoksa “boşanma” gibi evliliği sona erdiren bir dâvanın mı kastedildiği anlaşılammaktadır. Madde de yer alan “yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararla ilgili” ifadesi, Türkiye’de görülmekte olan veya Türkiye’de açılmış ancak reddedilmiş bir “tanıma” talebini akla getirmektedir¹⁵⁰. Zira madde de yer alan “verilen

¹⁴⁹ ŞENSÖZ MALKOÇ, 244.

¹⁵⁰ Buna karşılık, bazı yazarlara göre buradaki dâvadan kasıt hem Türkiye’de açılan bir tanıma dâvasına, hem de evliliğin sona ermesine ilişkin olarak Türkiye’de açılan bir dâvaya işaret etmektedir. Bkz. TANRIBİLİR.

kararla ilgili” ibaresi, öncelikle yabancı ülkede verilen bir kararın bulunması ve bu kararın Türkiye’de bir davaya konu olması gerektiği şeklinde bir anlam vermektedir, ki yabancı ülkede verilen kararın bir Türk mahkeme kararına konu olması mahkemeden tanıma talebinde bulunulması halinde söz konusu olmaktadır. Bu halde boşanma dâvalarının bu kapsamda değerlendirileceğini söylemek güçleşebilir. Başka bir deyişle “Türkiye’de görülmekte olan” ve “reddedilmiş dâva” ifadeleri, yabancı kararla ilgili Türk mahkemelerinde incelenmekte olan tanıma talebini veya tanıma talebinde bulunulmuş ancak talebin mahkemece reddedilmiş olmasını ifade ettiği şeklinde yorumlanabilir. Oysa hükmün amacı gereği Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir boşanma dâvası bulunması hâlinde de talebin reddedilmesi gerekir. Bu nedenle yorum farklılıklarını ve bu nedenle ortaya çıkabilecek farklı uygulamaları önlemek adına ‘*verilen kararla ilgili*’ ibaresi yerine, ‘*karara konu olayla ilgili*’ veya benzeri bir ifadeye yer verilmesi daha uygun olabilir. Yapılacak bir değişiklikle bu hususun netleştirilmesi ve boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığına ilişkin Türk mahkemelerinde görülmekte olan veya reddedilmiş bir dâva bulunmaması şartının açıkça belirtilmesi uygun olacaktır.

Maddedeki ifadenin esnetilmeksizin sadece tanıma davalarına işaret ettiği kabul edildiği veya yukarıda belirttiğimiz doğrultuda bir düzenleme yapılmadığı takdirde ise evliliğin boşanma veya 27/A maddesinde sayılan diğer sebeplerle sona ermesi hakkında daha önce Türk mahkemelerince verilen bir karar bulunması hâli kamu düzeni başlığı altında incelenebilir. MÖHUK’a göre tanıma talebinde bulunulduğunda, tarafların tanınmasını istediği boşanma kararı hakkında aynı sebebe ve aynı olaylara dayanarak Türk mahkemelerince verilmiş bir kararın bulunması hâlinde, tanıma talebinin kamu düzeni gerekçesiyle reddedileceği belirtilmektedir¹⁵¹. Aynı yorum idarî tanımada da geçerli olmalıdır. Benzer şekilde tanınması istenen kararın tarafları, konusu ve sebebi aynı olmamakla birlikte, Türk mahkemelerinden verilen başka bir

¹⁵¹ ÇELİKEL/ERDEM, 697-698; NOMER, (2017), 535; DEMİR GÖKYAYLA, 262; SAKMAR, (1976), 239-240; RUHİ, (2003), 140; TIRYAKIOĞLU, 49. Bununla birlikte Tiryakioğlu ve Sakmar, yabancı boşanma kararının farklı sebebe dayanması hâlinde kamu düzenine aykırılığın söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Bu görüşe kısmen katılmadığımızı belirtmemiz gerekir. Zira yabancı ülke mahkemesi kararı sonuçları itibarıyla, Türk mahkemelerinden verilen kararda öngörülen sonuçların aynısını barındırıyor, artık bu hâlde bu sonuçların hareket ettiği noktaların farklılaşması dikkate alınmamalıdır. Şanlı, Esen ve Ataman-Fıganmeşe ise burada HMK m. 114’te öngörülen dâva şartı yokluğu sebebiyle tanıma-tenfiz talebinin reddi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 549-550.

kararla bağdaşmaması hâlinde de kamu düzeni sebebiyle tanıma talebinin reddedilmesi mümkündür¹⁵² ve kanaatimizce böylesi bir durum, talebin reddini gerektirir. Aksi hâlde Türkiye’de aynı taraflara ilişkin görülmekte olan bir boşanma dâvası mevcutken, yabancı ülkenin yetkili makamınca verilen boşanma kararının idare tarafından tanınması hâlinde, taraflar Türk hukukuna göre de boşanmış kabul edileceğinden, Türk mahkemelerinde görülmekte olan dâva konusuz kalacaktır. Böyle bir durumda Türk mahkemelerinde dâva görülmekte iken idarî makamlarca tescilin gerçekleşmesi hâlinde mahkeme, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermelidir¹⁵³.

V. MÖHUK'TA ÖNGÖRÜLEN TANIMA ŞARTLARI BAĞLAMINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Yabancı bir ülke mahkemesinden verilen kararın Türk mahkemelerinde tanıma talebine konu olması hâlinde mahkeme MÖHUK m. 50 ve 54'teki şartlar çerçevesinde değerlendirme yapacaktır. Bu maddelere göre yabancı bir ülke mahkemesinden verilen kararın tanınabilmesi için yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilmiş bir karar bulunması, bu kararın hukuk dâvalarına ilişkin olması, kararın kesinleşmiş olması, kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, kararın kamu düzenine aykırı olmaması ve dâvalının itiraz etmesi şartıyla dâva konusu ve taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince (aşkın yetkili mahkemece) verilmemiş olması ile yine ilgilinin bu yönde itiraz etmiş olması şartıyla savunma hakkına riayet edilmiş olması şartları incelenecektir. MÖHUK'a göre tanıma bu çalışmanın sınırlarını aşacağından, aşağıda yalnızca genel hatlarıyla NHK'na göre tanıma bağlamında değerlendirilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK'ta yer alan tanıma şartları ile karşılaştırıldığında yukarıda incelediğimiz NHK 27/A maddesinde yer verilen şartların kısmen MÖHUK'ta öngörülen tanıma şartlarına paralel olduğu göze çarpmaktadır. MÖHUK'a göre yabancı mahkeme kararının tanınması için aranan kamu düzenine aykırı olmama, kararın kesinleşmiş olması şartları boşanma kararlarının idarece tanınmasında da aranmaktadır. Bu şartlarla ilgili MÖHUK bağlamındaki değerlendirmelere çalışmanın önceki bölümünde NHK'na

¹⁵² NOMER, (2017), 534; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 551; DEMİR GÖKYAYLA, 261-262. Tanrıbilir de yapılan düzenlemeyi değerlendirdiği tebliğinde, boşanma kararının Türk mahkemelerinden verilen bir kararlar çelişmesi hâlinde kamu düzenine aykırılık taşıyacağını belirtmiştir. Bkz. TANRIBİLİR.

¹⁵³ ŞENSÖZ MALKOÇ, 243.

göre tanımının şartları incelenirken yer verildiğinden burada aynı hususları tekrar etmeyeceğiz. Bu başlık altında yalnızca MÖHUK'ta yer alan tanıma şartlarından yukarıda değinilmeyenleri hakkında NHK m. 27/A kapsamında kısaca değerlendirme yapılacaktır.

MÖHUK'ta öngörülen kararın özel hukuka ilişkin bir konuda verilmiş olması şartı idarî yoldan tanımada oldukça sınırlanmış, yalnızca boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin kararlarının tanınmasına imkân sağlanmıştır. Boşanma ve evliliğin sayılan şekillerde sona erdiren türden kurumlar, aile hukukuna ilişkin olup, özel hukuk içinde yer aldığına bir tereddüt yoktur. Yine MÖHUK'a göre yapılan tanımaya benzer şekilde, kararın o ülkedeki 'yetkili' yargı makamı tarafından verilmiş olması gerekmektedir. NHK'da ise idarî makamlarca verilen kararların tanınması söz konusu olduğundan, düzenlemenin kapsamı bu anlamda daha geniştir. Tanınacak kararın mahkeme kararı olması şart koşulmayıp, idarece verilen boşanma kararlarının da tanınması kabul edilmiştir. MÖHUK'ta aranan 'kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemiş olması' şartı ise NHK'ya göre tanımada aranmamaktadır. Zira boşanma ve evliliği sona erdiren diğer hâllerde açılacak dâvalar, niteliği itibariyle zaten Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin söz konusu olmadığı türden dâvalardandır¹⁵⁴.

MÖHUK'ta tanıma için öngörülen ilginin savunma hakkına riayet edilmiş olması ve kararın aşkın yetkili mahkemeden verilmemiş olması şartları, hâkimin, yalnızca tarafların itirazı üzerine inceleyebileceği şartlardandır. NHK'ya göre idarî tanıma usûlünde tarafların birlikte başvurusu şart koşulduğundan, birlikte başvuran tarafların zaten bu yönde bir itirazı olmadığının kabulü gerekir. Şayet eşlerden birisinin bu yönde bir

¹⁵⁴ ERTEN, 138 vd., 172-173. Doktrinde Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu hâller konusunda farklı görüşler olsa da, üzerinde bütünüyle uzlaşma olan münhasır yetki hâli Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin dâvalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olarak Türk mahkemelerinin münhasır yetkisidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, 115-118; ÇELİKEL/ERDEM, 683; NOMER, (2017) ,521-527; TÛTÛNCÛBAŞI, (2014), 151. Yargıtay da boşanma dâvalarındaki yetkinin münhasır yetki niteliğinde olmaması, buna karşılık Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin dâvalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunması sebebiyle, yabancı ülke mahkemesince verilen fakat Türkiye'deki bir taşınmazın eşlerden birine verilmesini içeren boşanma kararının, boşanma hükmünü tanımış, buna karşılık taşınmazlara ilişkin dâvalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olması sebebiyle taşınmaza ilişkin kısmının tanınması ve tenfizi talebini reddetmiştir. Yargıtay 2. H.D. E.1996/44 K.1996/782 sayı ve 25.1.1996 tarihli kararı (www.kazanci.com, erişim 22.3.2017).

itirazı varsa, başvuruda bulunmayıp, kararın idarî yoldan tanınmasına engel olabilecektir¹⁵⁵.

V. NÜFUS HİZMETLERİNİ DÜZENLEYEN MEVZUAT HÜKÜMLERİNE GÖRE TANIMA USÛLÜ ve KARARA KARŞI KANUN YOLU

A. Başvuru Mercii

Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen boşanma kararlarının nüfus kütüğüne tescili için, yurtdışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilciliklere, yurt içinde ise taraflardan birinin yerleşim yeri il müdürlüğüne başvurulması gerekir (Yön. m. 5/1). Yönetmeliğin 5/1. maddesine göre, “Türkiye’de yerleşim yeri yoksa, Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Kayseri, Konya, Kahramanmaraş, Samsun, Siirt, Sivas, Trabzon, Şanlıurfa ve Van il müdürlüklerinden birine” başvuru yapılabilecektir. Maddenin amacı, her iki tarafın da Türkiye’de yerleşim yeri olmaması ihtimaline binaen, Türkiye’de yetkili bir başvuru mercii bulundurmadır. Bu hüküm özellikle, tarafların yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması ve tarafların yerleşim yerlerinin kararın verildiği ülke dışında bir yabancı ülkede bulunması hâlinde uygulama alanı bulabilecektir.

Başvuru mercii hangi belgelerin sunulması gerektiği de Yönetmeliğin 7.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre başvuru formu (m. 7/1-a), tanınması talep edilen adli veya idarî makam kararının aslı ve onaylı Türkçe tercümesi¹⁵⁶ (m. 7/1-b), adli veya idarî makam kararında kesinleşme şerhi, bu yoksa kesinleştiğine dair onaylanmış belge veya yazının noter veya dış temsilcilik tarafından onaylandığına ya da ilgili ülke yetkili makamı tarafından tatbik edilecek Apostil şerhi m. (m. 7/1-c), tarafların kimlik veya pasaport fotokopileri, taraflardan birinin yabancı olması hâlinde kimlik veya pasaportun noter onaylı Türkçe tercümesi (m. 7/1-ç), vekil aracılığıyla yapılan başvurularda özel vekâletnamenin aslı veya onaylı örneğinin (m. 7/1-d) talepte bulunurken başvuru merciiine sunulması gerekir. Ayrıca yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararlarla ilgili daha önce Türk mahkemelerinde açılmış ve hâlen görülmekte olan bir dâva olması hâlinde bu dâva dosyasına ilişkin bilgiler; daha önce Türk mahkemesince kesin hükme bağlanmış bir karar bulunması hâlinde bu kararın aslı veya fotokopisi; yahut

¹⁵⁵ HUYSAL, (2017), 482.

¹⁵⁶ Kararın Türkçe tercümesi noter veya dış temsilcilik tarafından onaylanabileceği gibi, ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından Apostil şerhi de verilebilir.

aynı karara ilişkin devam eden dâva bulunmadığı veya tanıma talebinin daha önce Türk mahkemesince reddedildiğine dair karar bulunmadığı yönünde adli makamlardan alınacak belge de sunulacaktır (m. 7/2).

Başvuru belgelerinde eksiklik saptanması hâlinde taraflara 90 günlük süre verilerek bu eksikliklerin tamamlanması istenecektir. Belirtilen sürede eksiklikler tamamlanmadığı takdirde başvuru reddedilecektir (Yön. m. 7/4).

B. Başvuru Sonucunda Verilebilecek Karar

Nüfus müdürlüklerinde oluşturulan komisyonların yapacağı inceleme, yalnızca yabancı boşanma kararının yukarıda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığına ilişkindir¹⁵⁷. Yabancı kararın şartları taşıdığı tespit edilirse tescil talebi kabul edilerek kütüğe tescil edilecek, şartları taşımadığı takdirde ise talep reddedilecektir.

Verilen kararın hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği ise Yönetmelikte belirtilmiştir. Buna göre “*Komisyonca, yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca verilen kararların tesciline karar verilmesi hâlinde; boşanma, evliliğin butlanı, iptali veya mevcut olup olmadığı kararlarının tarihi, kesinleşme tarihi olarak kabul edilir*” (Yön. m. 10/2). Dolayısıyla yabancı kararın tescili ile birlikte, yabancı adli veya idarî makam kararının kesinleştiği andan itibaren Türk hukukunda da evliliğin sona erdiği kabul edilecektir. Tescil edilen karar tarihinin yabancı makam kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmesiyle birlikte, yabancı kararların tanınması ve tenfizine karar verilmesi hâlinde ‘yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren’ Türk hukukunda da kesinleştiğinin kabul edildiği MÖHUK hükümleri ile paralellik sağlanmıştır. Bu hâlde kararın yabancı ülkede hükümlerini doğurmaya başladığı andan itibaren Türk hukukunda da etki doğuracaktır.

Kararın tanınması hâlinde tanımanın etkisi, bugüne kadar MÖHUK anlamında tanıma için kabul edilen kesin hüküm ve kesin delil niteliğinde ortaya çıkmayacak, sadece kararın hukukî sonuçlarının Türkiye’de de kabul edilmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu sonuç, bugüne kadar Türk hukukunda kabul edilenden farklıdır. Çalışmanın ilk kısmında daha detaylı olarak açıkladığımız üzere, çalışmada incelenen bu yeni düzenleme kabul edilene kadar Türk hukukunda tanımanın tanımı esasen mahkeme kararları esas alınarak yapılmış ve tanımanın sonuçları kesin hüküm ve kesin delil etkisine

¹⁵⁷ TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 120.

hasredilmiştir. Oysa tanınmanın tanımı ve etkisi, Türk kanunkoyucusunun MÖHUK ile yaptığı bu tercihten çok daha geniştir¹⁵⁸. Başka bir deyişle bugüne kadar Türk hukukunda istisnalar dışında ‘dar anlamda tanıma’ kabul edilmişken, NHK m. 27A’nın kabulü ile artık ‘geniş anlamda tanıma’nın kabul edildiğini söyleyebiliriz. Burada özellikle vurgulamak gerekir ki, NHK’ya göre tanıma talebinin kabul edilmesi ve yabancı kararın tanınması hâlinde kesin hüküm ve kesin delil etkisinden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira özellikle yabancı bir idarî kararın Nüfus Müdürlüğü tarafından tanınmasıyla kesin hüküm niteliği kazanacağı kabul edilecek olursa, hem idarî bir kararın yargı kararına dönüştürülmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkacak, hem de bu durumda tanınan karara, tanıma ülkesinde, kararın verildiği ülkeden daha güçlü bir nitelik bahşedilmesi anlamına gelecektir. Her iki hâlde de bu sonuç hukuk sistemimizde tanımaya ilişkin temel kurullarla bağdaşmaz. Bu nedenle NHK’ya göre tanınmanın etkisinin, kararın, “evliliğin sona ermesine ilişkin hukukî sonuçlarının Türkiye’de kabul edilmesi” şeklinde kendine özgü bir nitelikte olduğunun kabulü gerekir.

C. Karara Karşı Kanun Yolu

İdarî tanıma usûlünde işlemi yapan nüfus müdürlükleri idarenin bir parçası olduğu için yapılan işlem idarî nitelikli bir işlemdir. Dolayısıyla idarenin yaptığı işlemlere karşı idarî yargı yoluna başvurulabilir. Buna göre komisyonun tescil talebinin kabulü veya reddi kararlarına karşı idarî yargıya başvurulabilecektir.

Buna karşılık başka bir görüş ise tescil talebinin kabulü hâlinde bu tanıma kararına karşı, -özellikle kamu düzenine aykırı bir kararın tescili yapıldığı takdirde- Aile Mahkemesi’nde tanınmanın reddi dâvası açılabileceğini ve aynı şekilde tanıma talebinin reddi hâlinde de tanıma dâvasının açılabileceğini ileri sürmektedir¹⁵⁹. Yukarıda belirttiğimiz gibi yapılan işlem idarî makamlarca yapılan idarî bir işlem niteliğinde olduğundan bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Bu hâlde idarî makamların yaptığı işlemlere karşı idarî yargıya başvurarak işlemin iptali talep edilebilir. Aynı şekilde tescil talebinin reddi hâlinde de, red kararlarına karşı idarî yargı yoluna başvurulabilir¹⁶⁰. Bununla

¹⁵⁸ Konuyla ilgili açıklamalar için bkz. ‘I. Tanıma Kavramı’.

¹⁵⁹ ŞENSÖZ MALKOÇ, 243-245.

¹⁶⁰ Bkz. HUYSAL, (2017), 502. Bununla birlikte doktrinde, tescil talebinin reddi hâlinde aile mahkemelerinin görevli olacağı ve kararın tanınmamasında menfaati olan herkese bu dâvayı açma yetkisinin verileceği bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı belirtilmektedir. Bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, 245; HUYSAL, (2017), 503.

birlikte, söz konusu incelemenin özel hukuk içinde mütâlaa edilen boşanma kararlarına ilişkin olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle bir yazarın da belirttiği gibi, mevzuatta yapılacak bir değişiklik, kararın tanınmasında veya tanınmamasında menfaati olan ilgililere Aile mahkemelerinde tanıma veya tanınamama dâvası açılması yönünde yasal düzenleme yapılması yerinde olacaktır¹⁶¹.

27/a maddesinde, NHK uyarınca “*sayılan şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye’de tanınması 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuku ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır*” hükmü yer almaktadır (m. 27A/3). Yönetmelikte, tanıma talebinin “*reddedilmesi hâlinde, 5718 sayılı Kanun uyarınca yetkili aile mahkemelerine kararın tanınması ve tenfizi için dâva açılabilir*” ifadesine yer verilmiştir (Yön. m. 11/1). Düzenlemenin bir çok hükmünde olduğu gibi, bu iki hüküm ve özellikle yönetmelik hükmü muğlak şekilde kaleme alınmıştır. Şöyle ki, söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde birbirinden oldukça farklı yorumlar ortaya çıkması ihtimâl dâhilindedir;

İlk ihtimalde bu hükümler, NHK’ya göre tanıma talebinin kabul edilmesi hâlinde değil, sadece talebin ‘reddi’ hâlinde mahkemeye müracaat imkanı olacağı şeklinde yorumlanabilir. Ancak kanaatimizce Anayasa’nın, idarî işlemlere karşı yargı yolunun kapatılamayacağına ilişkin hükmü böyle bir yorumun yapılmasına engeldir¹⁶². İkinci ihtimalde, bu iki hüküm uyarınca yabancı boşanma kararları açısından önce NHK’ya göre tanımanın talep edilmesi gerektiği ve ancak bu talep reddedildiği takdirde mahkemeye bu talebin yöneltilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Üçüncü ihtimalde, ‘*sayılan şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle*’ talep reddedildiği takdirde MÖHUK uyarınca mahkemeden tanıma talebinde bulunulabileceği, bunun dışındaki bir gerekçeyle talebin reddedilmesi halinde MÖHUK uyarınca tanıma talebinde bulunulamayacağı, ancak idarî işlemlere karşı yargı yoluna, başka bir ifadeyle idarî yargıya müracaat edilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Dördüncü ihtimalde, talebi inceleyen makamın idarî bir merci olması ve işlemin idarî nitelik taşıması nedeniyle işleme karşı idarî yargıya müracaat edilmesi gerekirken, konunun özel hukukla ilişkili olması nedeniyle idarî yargıda değil adlî yargıda incelenmesinin daha uygun olacağına hareketle, bu işleme karşı idarî yargı yoluna başvurulamayacağı, adlî yargı yerlerine müracaat

¹⁶¹ ŞENSÖZ MALKOÇ, 245.

¹⁶² Anayasa m. 125/1; “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. ...*”

edilebileceği şeklinde yorumlanabilir. Son ihtimalde ise kanun koyucunun ifadesinin, idarî makamın red kararı vermesiyle adli yargıya müracaat edilip edilemeyeceği yönündeki tereddütleri önlemek amacıyla bu hususu vurgulamak istediği, bu hâlde hem idarî yargıya, hem adli yargıya müracaat edilmesine imkân sağladığı şeklinde yorumlanabilir.

Kanaatimizce söz konusu düzenlemenin, yukarıda belirttiğimiz ihtimallerden sonuncusu kapsamında değerlendirilerek yorumlanması uygun olacaktır. Zira mahkemelerin görev ve yetkisi kanunla düzenlenmesinden ve yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde kanunların altında yer almasından hareketle, yönetmelik ile kanuna istisna getirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucunun buradaki amacının, tanıma talebinin reddedilmesi durumunda, MÖHUK hükümlerine göre mahkemeye başvurarak tanıma talebinde bulunulabileceğini hatırlatmaktan ibaret olduğu kabul edilmelidir. Bu hâlde taraflar idarenin ‘red’ kararına karşı idarî yargı yoluna başvurabileceği gibi, idarî işlemde bağımsız olarak MÖHUK uyarınca mahkemeden tanıma talebinde de bulunabileceklerdir. Bu durumda ilk hâlde idarî yargı mercilerinin yapacağı değerlendirme ‘red’ kararı çerçevesinde işlemin iptaline ilişkin olacakken, ikinci hâlde mahkemenin yapacağı inceleme, idarî işlemde bağımsız olarak sadece yabancı kararın tanınması talebine yönelik olacaktır. Doğal olarak her iki incelemenin sonuçları da farklı olacaktır. İlk halde idarî yargı mercilerince iptal kararı verilmesi durumunda, iptal kararı yabancı kararın doğrudan tanındığı anlamına gelmeyecek, buna karşılık adli mahkemelerden tanıma talebi bulunulduğunda, mahkeme şartların yerine getirildiğini tespit ettiği takdirde ‘tanıma’ kararı verecek ve yabancı kararın kesin hüküm ve kesin delil etkisi söz konusu olacaktır.

Düzenlemeye göre başvurunun reddi hâlinde taraflardan biri veya her ikisi MÖHUK hükümlerine göre kararın tanınması talebiyle mahkemeye müracaat edebilecektir (NHK m. 27/A-3). Burada MÖHUK’a göre tanıma talebinde bulunulması, yukarıda belirttiğimiz gibi NHK’da öngörülen usûle göre tanıma başvurusunda bulunulmasından bağımsızdır. Başka bir deyişle taraflar NHK’da öngörülen usûlü işleterek tanıma talebinde bulunup, talep reddedildiği takdirde MÖHUK uyarınca tanıma talebinde bulunabilecekleri gibi, NHK’da öngörülen usûle başvurmaksızın doğrudan mahkemeye müracaat ederek de tanıma talebinde bulunabilirler. Ancak, çalışmanın başında da vurguladığımız üzere, istisnalar dışında idarî kararların MÖHUK’a göre tanınması imkânı mevcut değildir. Buna karşılık doktrinde *Tanrıbilir*, düzenlemenin amacına uygun yorum yapıldığında, idarî tanıma başvurusu

reddedilen kararların, MÖHUK'a göre mahkemeye başvuru ile tanınmasının talep edilebileceği kanaatinde ise de¹⁶³, *Huysal*'ın da belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre NHK'ya göre tanınması talebi reddedilen idarî kararların MÖHUK'a göre tanınması imkânı doğmamaktadır¹⁶⁴. Zira MÖHUK'a göre yabancı bir kararın tanınabilmesi için MÖHUK'ta öngörülen şartları taşıması gerekmekte ve MÖHUK'a göre tanınmanın şartları arasında 'mahkeme kararı olma' şartı bulunmaktadır. Kanun tanıma şartlarını açıkça sayma yoluyla belirttiği için, bu şartları yorum yoluyla genişletmek mümkün olmasa gerekir. Bu hâlde yalnızca yabancı ülke mahkemelerinin verdikleri kararlar MÖHUK'ta öngörülen şartları taşımaları kaydıyla tanınabilecek, buna karşılık idarî makamların verdikleri kararların tanınması mümkün olmayacaktır. Çalışmanın ilk kısmında değindiğimiz boşanma kararlarının tanınmamasının ortaya çıkarılabileceği problemler dikkate alınarak, yapılacak bir değişiklik ile idarî boşanma kararlarının da MÖHUK'a göre tanınabilmesini sağlayacak bir düzenlemenin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

SONUÇ

Çalışmanın başında da belirttiğimiz üzere özellikle idarî boşanma kararlarının tanınması imkânının bulunmaması zaman zaman eleştirilmekteydi. Kişilerin hukukî durumunda değişiklik yaratan bu türden kararların diğer ülkelerde de etki doğurması mahkemece tanınması şartına bağlandığından, mahkemeden tanıma talebinde bulunulması, mahkemenin yapacağı incelemenin uzun sürmesi ve bu süreçte hak kayıplarına yol açabilmekteydi¹⁶⁵. Bu doğrultuda yapılan düzenlemenin güncel gelişmelere çok uygun olduğunu ve hatta geç kalınmış bir düzenleme olduğunu ifade edebiliriz. Türk mahkemelerinde tanınması talep edilen kararların çoğunluğunu yabancı ülkede verilen boşanma kararlarının oluşturduğu¹⁶⁶ düşünüldüğünde, yapılan düzenleme hem mahkemelerin iş yükünün azaltılması hem de tanıma talebine ilişkin incelemenin uzun sürmesi sebebiyle¹⁶⁷ tarafların menfaatlerinin zarar

¹⁶³ TANRIBİLİR.

¹⁶⁴ HUYSAL, (2017), 499-500.

¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, 240.

¹⁶⁶ TÛTÛNCÛBAŞI, (2017), 122.

¹⁶⁷ Esasen tanıma hâkiminin sadece şartların bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapması, başka bir deyişle esasa girmemesi sebebiyle tanıma dâvalarının kısa sürmesi beklenir. Ne var ki milletlerarası tebligat işlemlerinin çok uzun sürmesi, özellikle taraflardan birinin yurtdışında bulunduğu durumlarda tebligatın yapılmasında yaşanan sıkıntılar tanıma dâvasının dahi yıllarca sürmesine sebep olabilmektedir.

görmesine engel olabilecek yerinde ve aslında çok daha önce yapılması gereken bir değişiklik getirmiştir. Ciddi eksiklikler bulunmakla birlikte, ihtiyaçlara kısmen dahi olsa cevap verebilecek nitelikte olduğu muhakkaktır. Bununla birlikte öngörülen tanıma şartlarının bir kısmı yukarıda detaylı şekilde ele aldığımız doğrultuda, özünde problem yaratacak niteliktedir. Çalışmada ilgili kısımlar altında ayrı ayrı değerlendirilmekle birlikte, yapılan değişikliğin amacına ulaşmasını engelleyecek, etkinliğini azaltacak veya problem yaratabilecek hususları şu şekilde özetleyebiliriz:

İlk olarak birlikte başvuru şartının gözden geçirilmesi gerekmektedir. Zira MÖHUK'a göre mahkemeden tanıma talebinde bulunulması hâlinde süreci uzatan en önemli problem, milletlerarası tebligat işlemlerinin uzun sürmesi, karşı tarafa tebligat yapılamaması veya tebligatın gecikmesi gibi nedenlerle incelemenin kısa sürede sonuçlanamamasıdır. Nitekim düzenlemenin gerekçesinde de, tebligat işlemleri sebebiyle tanıma dâvalarındaki sürecin uzadığı ve düzenleme ile yabancı ülkelerde alınan boşanma kararlarının daha basit bir usûlde tanınmasıyla söz konusu problemlerin çözümünün amaçlandığı belirtilmektedir. İdarî tanıma usûlü ilk bakışta boşanma kararları ile evliliğin iptali, butlanı, mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin kararların tanınmasını kolaylaştırıcı bir yöntem gibi görünse de, öngörülen 'birlikte başvuru' şartı bu yöntemin etkinliğini azaltmakta olup, kanaatimizce düzenlemenin amacına ulaşmasını engelleyici bir nitelik taşımaktadır. Zira eşler birlikte başvurduğu takdirde, mahkemede tanıma talebinde bulunulduğunda da bu inceleme kısa sürede sonuçlanacaktır. Dolayısıyla yapılan değişiklik bu yönüyle boşanma kararlarının tanınmasını kolaylaştırmamıştır. Elbette bu noktada birlikte başvuru şartının aranmaması halinde, çok nadiren de olsa evliliğin hileli şekilde sona erdirilmesi veya diğer eşin boşanma kararından haberdar olmaması gibi hâllerde âdil sonuçlar ortaya çıkmayacağı akla gelebilir. Bununla birlikte çalışmanın başında da belirttiğimiz gibi pratikte sorun yaratan husus boşanma kararlarının tanınmasından değil, tanınmamasından doğmaktadır. Dolayısıyla bu noktada birinin diğerine tercih edilmesi zarureti ortaya çıkmakta ve menfaatler arasında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Yabancı boşanma kararlarının tanınmaması nedeniyle en çok mağduriyet yaşayanların özellikle yurtdışında boşanan Türk vatandaşları olduğu dikkate alınarak, kişilerin medenî durumunda meydana gelen boşanma gibi önemli bir değişikliğin Türk hukukunda tanınmasında bu şartın aranmaması kanaatimizce uygun olacaktır.

İkinci olarak yukarıda şartları incelerken belirttiğimiz muğlak hususların netleştirilmesi ve ortaya çıkabilecek muhtemel tereddütlerin giderilmesi gerekir. Özellikle Yönetmelik ile getirilen 'tanınması talep

edilen kararlar ilgili Türk mahkemelerinde görülmekte olan veya reddedilmiş bir dâva bulunmaması' şartının ifadesinden yalnızca mahkemeden tanıma talebinde bulunulmasının kastedildiği gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu ifadenin Türkiye'de görülmekte olan boşanma dâvalarını da içine alacak şekilde düzeltilmesi gerekmektedir. Bunun yanında özellikle mirasçılarının başvuru yapabilmesinin eşlerden birisinin ölmüş olması hâlinde mi yoksa her ikisinin ölmüş olması hâlinde mi söz konusu olacağı, birisi öldüğü takdirde diğer eşle birlikte mi, yoksa tek başlarına mı tanımayı talep edebilecekleri gibi hususların açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi hâlde aynı konuya ilişkin farklı uygulamaların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

Üçüncü olarak, tanınması reddedilen bir boşanma kararıyla ilgili olarak ilgililerin mahkemeden MÖHUK'a göre tanıma talebinde bulunma ihtimallerini de değerlendirmek gerekir. Taraflar arasındaki boşanmanın velâyet, nafaka, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi konularda hükümler içermesi hâlinde kararın bu kısmının tanınmayacağı, bu gibi icraî hükümlerin MÖHUK'un tanıma-tenfiz hükümlerine tâbi olacağı Yönetmelikte de belirtilmiştir. Ancak böyle bir kararın MÖHUK çerçevesinde tenfiz edilebilmesi için mahkeme kararı olması veya en azından mahkemece denetlenmiş veya onanmış olması gerekmektedir. Başka bir deyişle idarî makamlarca verilecek boşanma kararlarının icraî hükümler içermesi hâlinde karar Türk hukukunda yalnızca boşanma açısından tanınabilecek, buna karşılık 'adlî makam kararı' olmadığı için velâyet, nafaka, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi boşanmanın fer'î sonuçları tanınmayacak, tarafların bu hususlar için Türk mahkemelerinde tekrar dâva açmaları gerekecektir. Mahkemelerde açılan dâvaların bir kaç yılda sonuçlandığı düşünülduğünde ise özellikle velâyet, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi hususların uzun süre sürüncemede kalması tarafların ortak çocuklarının menfaatlerini zedeleyebilecektir. Burada özellikle çocuğun menfaati dikkate alınarak, karardaki bu tür hükümlerin mümkün olan en hızlı şekilde Türkiye'de de etkinliğinin sağlanması gerekmektedir. Bununla birlikte idarî makamlarca verilen karardaki icraî nitelikteki hükümlerin tanınması da imkân dahilinde değildir. Bu noktada önerimiz, MÖHUK'ta yapılacak bir değişiklikle en azından boşanma kararları açısından yabancı ülkedeki 'idarî makamlarca verilen' kararların da tanınmasına imkân sağlanması ve özellikle eşler birlikte başvurduğu takdirde tanıma talebinin incelenmesinin hızlandırılmış şekilde mümkün olan en kısa sürede sonuçlanmasına imkân verecek bir düzenleme yapılmasıdır. Böylece yabancı kararın icraî hükümler içerdiği hâllerde veya idarî tanıma talebinin reddedildiği hâllerde taraflar, *idarî makamlarca verilmiş boşanma kararının* tanınmasını mahkemeden talep edebileceklerdir.

Nihayet son olarak kurulacak komisyonlarda mutlaka konunun uzmanı hukukçuların bulunmasına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekir. Şimdiye kadar adli makamlarca yapılan tanıma işlemi, yapılan düzenlemeyle, boşanma kararları açısından mahkemelerce yapılacak tanımaya önemli bir alternatif ortaya koymuştur. Bu noktada boşanma kararlarının idarî makamlarca tanınmasına imkân verilmesi ve özellikle idarî makamlarca kamu düzeni incelemesi yapılması tereddütlere sebep olsa da, çalışmanın başında üzerinde durduğumuz ihtiyaçlar ile kişilerin aile hayatına ilişkin boşanma gibi son derece önemli bir kararın ülkede etkinliğini kısa sürede sağlama isteği ağır basmış ve düzenleme kanunlaşmıştır. Burada kamu düzenine aykırılık şartının doğru biçimde değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının iç hukuka nazaran dar ve sınırlı bir yapıda olduğu gözetilerek sadece hukuk formasyonuna sahip olmakla yetinmeyip, konunun uzmanı hukukçuların -mümkün olduğu takdirde milletlerarası özel hukuk anlamında bu değerlendirmeyi yapabilecek alt yapıya sahip hukukçuların bulunması gereği dikkate alınmalıdır.

Yapılan düzenleme, özellikle idarî makamlarca verilen boşanma kararlarının tanınmasına imkân sağlaması nedeniyle çok önemli bir gelişme olsa da, yukarıda belirttiğimiz nedenlerle kanaatimizce bu hâliyle ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu gibi, başka türden problemlerin ortaya çıkmasına sebebiyet verecek niteliktedir.

KAYNAKÇA

- AKIBA, Jun'ichi / ISHIKAWA, Minoru: "Marriage and Divorce Regulation and Recognition in Japan" (1995) Vol. 29 No.3, Family Law Quarterly, s. 589-601.
- AKINCI, Ziya / DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat, 2010.
- ALTUĞ, Yılmaz / YASAN, Mustafa: "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni" *Prof.Dr. Ergun Önen'e Armağan*, Alkım, 2003, s. 139-150.
- ANSAY, Tuğrul: "Yabancı Boşanma İlamlarının Türkiye'de Tanınmasına İlişkin İlk Görüşler", 1982, Cilt 2 Sayı 2 MHB, s. 1-6.

- ARAT, Tuğrul: “Yabancı İlämlerin Tanınması ve Tenfizi” (1964) Sayı: 21, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 421-527.
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2008.
- BOELE-WOELKI, Katharina / FERRAND, Frederique / BEILFUSS, Cristina Gonzales / JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit / LOWE, Nigel / MARTINY, Dieter / PINTENS, Walter: *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, 2004.
- CAN, Hacı / TOKER, Ali Gümrah: *Milletlerarası Usul Hukuku Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2017.
- ÇELİKEL, Aysel: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi” (1963) Cilt 29 Sayı 1-2, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 240-260.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 14. Bası, Beta, 2016.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Seçkin, 2001.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş, 2017.
- DOLUNAY, Ayhan: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni” *Prof. Dr. Yıldırım Uluer’e Armağan*, Lefkoşa, 2014, s. 45-63.
- DOUGA, Alexandra E.: “On the Recognition of Foreign Administrative Acts in Greece”, Jaime Rodriguez / Arana Munoz (Eds) *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, 2016, s. 171-191.
- EKŞİ, Nuray: *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta, 2012.
- ERTAŞ, Şeref: “Yabancı İlämlerin Tanınması ve Tenfizi” (1987) Cilt 3 Sayı 1-4, s. 365-438.
- ERTEN, Rifat: *Türklerin Kişi Hâllerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (MÖHUK m. 41)*, Yetkin, 2017.
- FRÎNTU, Viorica Mihaela / GHERGE, Elena Roxana: “Divorce Through

the Spouses' Agreement by Administrative or Notarial Procedure”, *Advances in Fiscal, Political and Law Science*, s. 185-190, (<http://www.wseas.us/e-library/conferences/2013/Brasov/EPLS/EPLS-30.pdf>, erişim 1.3.2018).

GANIYEVA, Salimya: “Türk ve Rus Federasyonu Milletlerarası Usul Hukukunda İdari Boşanma Kararlarının Tanınması Sorunu” (2013) Yıl 33 Sayı 1, MHB, s. 30-60.

HUYSAL, Burak: “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili” (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 473-507. (2017)

HUYSAL, Burak: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler” (2012) Cilt 32 Sayı 1, MHB, s. 71-101. (2012)

HUYSAL, Burak: *Devletler Özel Hukukunda Velâyet*, Legal Yayıncılık, 2005. (2005)

İYİLİKLİ, Ahmet: *Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm*, Yetkin, 2016.

KENNETT, Wendy: “It’s Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution” (2016) 30 *International Journal of Law, Policy and the Family*, s. 1-30.

KRISTIANSEN, Jan Erik: “Norway” R. Chester (Ed.) *Divorce in Europe 3*, Martinus Nijhoff, s. 53-68.

MAIDMENT, S.: “The Legal Effect of Religious Divorces” (1974) Vol.37 No.6, *The Modern Law Review*, s. 611-626.

MCCAULEY, Matthew J.: “Divorce and the Welfare of the Child in Japan” (2011) Vol.20 No.3, *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, s. 581-606.

NAGY, Oana Voica: “The Marriage Dissolution on Administrative Way, Aspects of Comparative Law” (2014) 1/73 *Social Behavioural Sciences, Revista Academiei Fortelor Terestre*, s. 31-37.

NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22.Bası, Beta, 2017. (2017)

NOMER, Ergin: “Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni” (1984) Cilt 4 Sayı 2, MHB, s. 94-99. (1984)

- OROZA, Ramiro Samos: “Divorcio en el Código de Las Familias y del Proceso Familiar”, Revista Jurídica, s. 79-94 (http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/rjd/v1n2/v1n2_a09.pdf, erişim 10.3.2018).
- ÖKÇÜN, Ahmet Gündüz: *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Sermaye Piyasası Kurulu, Yayın No: 108, 1997.
- ÖNAL, Ali: “Tanıma ve Tenfiz Kararlarının Hukukî Niteliği” (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 576-610.
- ÖZBAKAN, Işıl: *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Kazancı Hukuk Yayınları, No:58, 1987.
- ÖZKAN, Işıl / TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: *Milletlerarası Usul Hukuku*, Adalet, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan: *Medeni Usûl Hukuku*, Cilt III, 15. Bası, Oniki Levha, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, Vedat, 2018.
- REED, Alan: “Transnational Non-Judicial Divorces: A Comparative Analysis of Recognition Under English and U.S. Jurisprudence” (1996) Vol. 18 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, s. 311-337.
- RODRÍGUEZ, Jaime / MUÑOZ, Arana (Eds.): *Recognition of Foreign Administrative Acts*, Springer, 2016.
- RUHİ, Ahmet Cemal: *Boşanma ile İlgili Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizi*, Seçkin, 2003. (2003)
- RUHİ, Ahmet Cemal: “Talâk ve Türk Kamu Düzeni” (2002) 1, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, (<http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm>, erişim 18.3.2018). (2002)
- RUHİ, Ahmet Cemal / KAPLAN, Yavuz: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)” (2002) Yıl 22, MHB, s. 643-663.
- SAKMAR, Ata: *Devletler Hususi Hukukunda Boşanma*, Fakülteler Matbaası, 1976. (1976)
- SAKMAR, Ata: *Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları* (Fakülteler

Matbaası, 1982). (1982)

- SARGIN, Fügen / ERTEN, Rifat: “MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımanın Hukukî Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: “Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği” “ (2014) Cilt 3 Sayı 2, UTTDER, s. 37-136.
- SEVGİLİ GENÇAY, Fatma Didem: “Adsız Düzenleyici İşlemlerin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri” (2014) 63 (2) AÜHFD, s. 397-417.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Vedat, 2018.
- ŞENSÖZ, Ebru: “Türkiye’nin Taraf Olduğu Bazı Milletlerarası Sözleşmeler Çerçevesinde Doğrudan Tanıma Usulü” (2012) Yıl 11 Sayı 22, 10. Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 389-444.
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: *Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması*, Oniki Levha, 2017.
- ŞİT, Banu: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı” (2011) Cilt XV Sayı 1, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 61-74.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge: “Türk Hukukunda Yabancı Makamlarca Verilen Boşanma Kararlarının Tanınmasına İlişkin Gelişmeler”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu*, 18-20 Nisan 2018, Antalya.¹⁶⁸
- TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler” (2017) Cilt 37 Sayı 2, MHB, s. 798-820.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, Yetkin, 2013.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: *Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat, 2016.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 501, 1996.

¹⁶⁸ Sempozyum kitabı makalenin hazırlandığı dönemde henüz yayımlanmamış olmakla birlikte, daha sonra yayımlanacaktır.

TÜRK DİL KURUMU, *Güncel Türkçe Sözlük*, (www.tdk.gov.tr, erişim 22.7.2018).

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: “Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler” (2017) Cilt 19 Sayı 2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 103-127. (2017)

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: *Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Türk Hukukunda Tanınması*, Adalet, 2014. (2014)

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Boşanma*, Beta, 2006.

YILMAZ, Dilşat: *İdarî İşlemin İcraîlik Özelliği*, Astana, 2014. (2014)

YILMAZ, Dilşat: “Türk İdare Hukukunda İdarî İşlemin “Kesin”liği Üzerine Bir Değerlendirme: “Kime Göre?”, “Ne İçin?” Kesinlik” (2017) Cilt XXI Sayı 2, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 105-153. (2017)

YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Cilt 3, 3. Baskı, Yetkin, 2017.

www.cubalegalinfo.com

www.funcionjudicial.gob.ec

www.gob.pe

www.heinonline.org

www.jstor.org

www.justicia.gob.bo

www.kazanci.com

www.mexico.justia.com

www.mfa.gov.tr

www.pascualbravo.edu.co

www.poderjudicial.gob.hn

www.planalto.gov.br

www.tbmm.gov.tr

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

DOKTRİN VE UYGULAMA IŞIĞINDA CEZA MUHAKEMESİNDE HAKİMİN TARAFSIZLIĞI VE GÖREV YASAKLARI*

Faruk TURHAN**

ÖZ

Çalışmada hâkimin tarafsızlığı kavramı ve hâkimin tarafsızlığının Anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde nasıl düzenlendiği üzerinde kısaca durulduktan sonra Ceza Muhakemesi Kanunu md. 22 ve 23'te düzenlenmiş olan hâkimin görev yasaklarının kapsamı doktrin ve uygulama ışığında detaylı olarak ele alınıp tartışılmıştır. Benzer hükümlerin yer aldığı kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeler ile Alman doktrin ve uygulaması da çalışmada göz önünde bulundurulmuştur. Uygulamada sorun teşkil ettiği ve farklı görüşler bulunduğu için md. 23 fık. 1'deki bir karar veya hükme katılan hâkimin, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılmasının yasaklandığı haller ile md. 23 fık. 3'teki önceki yargılamada görev yapan hâkimin, yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapmasını yasaklayan düzenleme daha detaylı olarak incelenmiştir.

Hakkında yasaklılık hallerinden birisi söz konusu olan hâkim kanun gereği hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Yasaklılık nedenin hâkim tarafından bilinmesi gerekli olmadı gibi muhakemeye katılanlar tarafından hâkimin reddinin istenmesi de gerekmez. Görev yasaklarına uyulmamış olması kesin hukuka aykırılık nedeni olup, hükmün temyiz ve istinaf kanun yolunda bozulmasını gerektirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin tarafsızlığı, hâkimin görev yasakları, hâkimin çekinmesi, tarafsızlığı şüpheye düşüren sebepler, hâkimin reddi, görev yasağının bulunmasının sonuçları

* 3-5 Mayıs 2018 tarihinde Alanya'da düzenlenmiş olan 4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda tarafıma "Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığı: Doktrin ve Uygulama Işığında Hakimin Görev Yasakları ve Tarafsızlığını Şüpheye Düşürebilecek Haller" adlı bir tebliğ sunulmuş ve tebliğin kısa bir özeti Sempozyum Özet Kitapçığı'nda yayınlanmıştır. Bkz. Uluslararası Hukuk Sempozyumu/International Symposium on Law, s. 38 (Editör: Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Zincirli, http://kayit.asoscongress.com/files/Hukuk_Ozet_Kitapçığı.pdf)

** Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. farukturhan@sdu.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/11/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/12/2018

**IMPARTIALITY OF JUDGE AND MANDATORY REASONS FOR A
JUDGE'S DISQUALIFICATION FROM A CASE IN THE CRIMINAL
PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE DOCTRINE AND THE CASE
LAW**

Abstract

In this paper, scope of the mandatory reasons for a judge's disqualification from a case, which are set forth under the articles 22 and 23 of the Turkish Code of Criminal Procedure, is examined in detail in the light of the doctrine and the case law after we briefly outline the concept of impartiality of judge and how it was regulated in the Constitution and international human rights conventions. In this study, we also consider the articles of the German Criminal Procedure Code and the German doctrine and jurisprudence since the German Code includes similar provisions. We elaborate on the first and the third paragraphs of article 23 because these provisions, on which there are various opinions, cause problems in the practice.

The judge about whom there is a mandatory reason for her/his disqualification from a case must not practice any judicial duty in that case. In this regard, it is not necessary that the judge is aware of the reason for the disqualification just as it is not needed that a motion for the disqualification of the judge is forwarded. Ignoring a mandatory reason for a judge's disqualification from a case is considered as an absolute violation of the law and requires the judgment to be set aside.

Key Words: *Impartiality of judge, mandatory reasons for a judge's disqualification from a case, self-disqualification of judge, grounds casting doubt on impartiality, judicial disqualification of judge, legal consequences of the mandatory reasons for a judge's disqualification.*

**DIE UNPARTEILICHKEIT UND AUSSCHLIESSUNG DES
RICHTERS IM STRAFPROZESS IM LICHT DER LEHRE UND
RECHTSPRECHUNG**

Zusammenfassung

In dieser Arbeit wurde zuerst der Begriff und die Bedeutung der richterlichen Unabhängigkeit sowie die Regelungen hierzu in der Verfassung und in den internationalen Menschenrechtsverträgen kurz dargestellt. Dann wurden die Ausschließungsgründe der Richter nach der türkischen Strafprozessordnung im Lichte der Lehre und Rechtsprechung untersucht. Dabei wurden die deutschen Lehrmeinungen und Gerichtsentscheidungen rechtsvergleichend mitberücksichtigt. Die Ausschließungsgründe eines Richters nach § 23 Abs. 1 und 3 wurden jedoch ausführlicher diskutiert, weil hierzu in der Praxis gewisse Probleme vorhanden sind. Denn bezüglich der "Mitwirkung an einem Beschluss" nach § 23 Abs.1 gibt es Meinungsverschiedenheiten und Diskussionen in der Lehre und der Rechtsprechung. Genauso problematisch ist die Formulierung des Ausschlussgrundes im Wiederaufnahmeverfahren nach §. 23 Abs. 3.

Liegt ein Ausschließungsgrund vor, so ist der betroffene Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Vorliegen des Ausschließungsgrundes durch den Richter erkannt worden ist oder nicht, ob die Prozessbeteiligten die Ablehnung des Richters beantragt haben oder nicht. Die Urteile, an welchen ein ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, sind rechtswidrig und stellen einen absoluten Revisionsgrund dar.

Schlüsselwörter: *Unparteilichkeit des Richters, Ausschließung eines Richters, Ausschließungsgründe, Selbstablehnung des Richters, Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, Rechtsfolgen des Ausschließungsgrundes*

I. Giriş

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki gibi hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için hakimin tarafsızlığını bozacak halleri görev yasakları ve hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebepler olmak üzere iki grup altında düzenlemişti. 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), CMUK'taki düzenlemeyi önemli oranda korumakla birlikte, CMUK md. 22'deki görev yasağına iki görev yasağı daha ekleyerek yasakların kapsamını genişletmiştir.

CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde hakimin görev yasaklarının kapsamı üzerinde uygulamada ortaya çıkan sorunlar nedeniyle doktrinde konu ile ilgili önemli çalışmalar yapılmıştır.¹ Buna karşın Yeni CMK'daki düzenlemeler hakkında yeterince bilimsel çalışmanın henüz yayınlanmadığı görülmektedir. Bu nedenle CMK'daki görev yasaklarının yeni düzenlemeler ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar açısından yeniden ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Çalışmada, önce hakimin tarafsızlığı kavramı ve uluslararası sözleşme ve belgelerde tarafsızlık konusu kısaca ele alındıktan sonra CMK'daki görev yasakları doktrin ve uygulama ışığında detaylı olarak incelenecek ve görev yasaklarının sonuçları üzerinde kısaca durulacaktır. Görev yasakları

* Bu çalışmada **atıfta bulunulan Yargıtay kararları**, ayrıca bir kaynak gösterilmediği takdirde, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası veri tabanından** (www:kazanci.com) alınmış olup, **her atıfta ayrıca belirtilmemiştir.**

¹ Bu konudaki en önemli çalışmalardan birisi şüphesiz **Prof. Dr. Nur Centel Hocamızın, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** adlı 1996 tarihli çalışmasıdır. Kaynak Alman CMK'daki düzenleme, Alman doktrin ve uygulamasını da dikkate alan çalışma bu gün için de güncelliğini koruyan bir kaynak niteliğindedir. Kendisi için çıkarılan Armağan kitabına katkıda bulunamamıştım. **Bu çalışmayı Prof. Dr. Nur Centel Hocamıza armağan ediyor,** kendisine daha nice sağlık ve esenlikli yıllar diliyorum.

konusunda Alman CMK'nın da benzer hükümler içermesi nedeniyle Alman doktrin ve uygulaması da çalışmada dikkate alınmıştır. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenler ve hakimin reddi usulü inceleme kapsamına alınmamıştır.

II. Hakimin Tarafsızlığı Kavramı ve Hakimin Tarafsızlığının Önemi

Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması, davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmaması demektir².

Hakimin tarafsızlığı, hakimin ceza muhakemesine katılanlar bakımından objektif davranması, yani taraflara karşı eşit mesafede bulunması ve kişiliğinden sıyrılabilmesidir³. “Tarafsızlık, hâkimin baskı altında kalmadan, etkilere kapalı, taraf tutmadan, objektif olarak yargılama yapması, kararını hukuka ve vicdanına göre vermesidir”⁴. Karar verecek hâkimin en önemli özelliklerinden birisi olan tarafsızlık, yargı görevinin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranmama veya ön yargılı olmama demektir⁵. Hâkimin tarafsız olması, onun görevini yaparken hiç kimseyi kayırmamasını, kendisinin veya bir tarafın çıkarını gözetmemesini, duygularına kapılmamasını, kişisel görüşlerinin ve önyargılarının etkisi altında karar vermemesini ifade eder⁶.

Bağımsızlıkta hakimin muhakeme dışı etkilere karşı korunması söz konusu iken, tarafsızlıkta somut olayda yargılama yaparken hakimin muhakeme içi etkilere karşı korunması söz konusu olmaktadır⁷.

² Anayasa Mahkemesinin kararlarından aynen aldığımız bu tanımlama Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) içtihatlarına dayanmaktadır. Bkz. AİHM, Piersack/Belçika Kararı, 01.10.1992, § 30; AYM, Başvuru No: 2013/3985, 06.01.2016, § 17; AYM Başvuru No: 2013/2782, 11.03.2015, § 83; AYM, Başvuru No: 2013/7586, 04.11.2015, § 94. AYM'nin diğer birçok kararında da aynı tanıma yer verildiği görülmektedir.

³ Nur CENTEL/Hamide ZAFER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018, s. 641; Feridun YENİSEY/Ayşe NUHOĞLU, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Bası, Ankara 2017, s. 240; Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku – I -**, 9. Bası, Ankara 2018, s. 225.

⁴ Ali ALKAN, “2013-2014 Adli Yıl Açış Konuşması”, **Yargıtay Dergisi**, Ekim 2013, Cilt 39, Sayı 4, s. 12.

⁵ Thomas GIEGERICH, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor**, Ankara 2009, s. 4. (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariziyaret/tr/%C4%B0stisariZiyaretRaporu-2008-tr.pdf>)

⁶ Merih ÖDEN, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1993, Cilt 43, S.1-4, s. 61.

⁷ ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 224; CENTEL/ZAFER, s. 641.

Hukuk devleti ilkesine uygun bir ceza muhakemesinin temel ilkelerinden birisi yargılama yapacak olan hakimin tarafsız ve önyargısız olmasıdır. Toplumun yargıya güveni hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurudur. Yargıya güveni korumak için, sadece adaleti uygulamak yetmez aynı zamanda adaletli görünmek de gerekir. Bu nedenle bağımsızlık ve tarafsızlığın sadece objektif olarak varlığı yeterli olmayıp, bunların varlığının kamuoyu tarafından algılanması da gerekir; çünkü bağımlı ve taraflı görünümeler yargıyı olumsuz etkiler⁸.

Adaletin gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez bir unsur olan karar verecek hakimlerin tarafsız olması günümüz hukuk sistemlerine özgü bir ilke olmayıp, tarihi gelişim süreci içinde her din ve kültürde ideal bir hakimin sahip olması gereken özelliklerin başında sayılmıştır. Bu açıdan örneğin Mecelle'nin birçok hükmünde hakimin tarafsızlığına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Doktrin ve uygulamada sıklıkla zikredilen ve hakimin sahip olması gereken özellikleri kısa ve öz bir şekilde ifade eden Mecelle'nin 1792. maddesindeki "Hâkim, hakîm, fehîm, müstakîm, emîn, mekîn ve metîn olmalıdır." hükmü, hakimin tarafların ziyafetine gitmesini yasaklayan 1794. maddesi, hakimin taraflardan biri ile yakınlaşmasını, taraflardan birini evine kabul etmesini, duruşma salonu veya başka yerde taraflardan biri ile baş başa kalmasını, taraflardan birine gizlice bir şey söylemesini yasaklayan ve dolayısıyla hakimlerin yargılama sırasında taraflara eşit davranmasını emreden 1798. maddesi, hakimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmalarını, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmelerini emreden 1799. maddesi, hakimin yakın hısımları hakkında hüküm vermesini yasaklayan 1808. maddesi ve hakimin ihsası reyde bulunmasını yasaklayan 1815. maddesi hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için konmuş Mecelle'nin önemli hükümlerindendir.

Hakimin tarafsızlığına büyük önem veren CMK, md. 22 ve devamında hakimin tarafsızlığını güvence altına almak için detaylı düzenlemeler kabul etmiştir. Ceza muhakemesi dışında diğer muhakeme alanlarında da hakimin tarafsızlığını sağlamak için düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (md. 34 vd.), 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (md. 31), 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nda (md. 59 vd.) hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümlere yer verilerek, hakimin tarafsızlığını etkileyecek sebeplerin bulunması halinde hakimin davaya bakmaması istenmiştir.

⁸ GIEGERICH, s. 4.

III. AİHS, Diğer Uluslararası Belgeler ve 1982 Anayasası'nda Hakimin Tarafsızlığı

Hakimin tarafsızlığına ilişkin güvenceler içeren uluslararası sözleşmelerden Türk hukuku açısından en önemlisi şüphesiz **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**'dir. AİHS md. 6/1'de, herkes davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde görülmesini isteme hakkına sahiptir denilerek, hakimin tarafsızlığı adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olarak açıkça güvence altına alınmıştır. AİHM'ye göre tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla da yakından ilgili olup, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaatin olmaması, özellikle mahkemenin veya mahkeme üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhlerinde bir duygu veya çıkara sahip olmaması demektir. Mahkeme, tarafsızlık kavramını objektif ve sübjektif olmak üzere iki ayrı açıdan ele almaktadır. Sübjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hakimin, birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığını ifade eder ve aksi sabit oluncaya kadar var sayılır. Objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenim, yani hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip bulunması, tarafsızlığı sağlamak için alınmış olan tedbirlerin mahkemenin tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır⁹.

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁰ ve **BM Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi**¹¹ de AİHS'de olduğu gibi, herkesin bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.

Hakimlerin tarafsızlığı ile ilgili önemli uluslararası belgelerden biri de hâkimlerin meslek ahlakı standartlarını oluşturmak amacıyla kabul edilmiş olan **BM Bangalor Yargı Etiği İlkeleri**'dir¹². Birleşmiş Milletler İnsan

⁹ Feyyaz GÖLCÜKLÜ/Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Ankara 2002, s. 282; Sibel İNCEOĞLU, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara 2007, s. 39.

¹⁰ Md. 10: "Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır."

¹¹ Md. 14 "Adil yargılanma hakkı: 1. Herkes mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara başlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir."

¹² Metin için bkz. <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>

Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan Bangalor İlkeleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 315 sayılı kararı ile benimsenerek bütün hakim ve savcılara duyurulmuştur. Bangalor İlkeleri, hakimlere yönelik etik davranış standartlarını oluşturmak amacıyla bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik, ehliyet ve liyâkat olmak üzere altı değer belirlemiştir. Bangalor İlkeleri'nde "Yetkili, bağımsız ve tarafsız yargının insan haklarının korunması açısından sahip olduğu önem" ve "diğer tüm hakların icra edilebilmesinin nihai olarak adaletin doğru idaresine bağlı" olduğu vurgulanarak, "bağımsız ve tarafsız bir yargının, mahkemelerin anayasa ve hukukun üstünlüğünü koruma rollerini yerine getirmeleri bakımından da elzem olduğu" belirtilmiştir¹³. Yargıtay kararlarında Bangalor İlkelerine atıfta bulunularak hakim tarafsızlığı açısından dikkate alınması gerektiği açıkça vurgulanmaktadır^{14, 15}.

¹³ Bangalor İlkelerinin tarafsızlığa ilişkin düzenlemesi şu şekildedir. "2. Değer: **TARAFSIZLIK**

İlke: Tarafsızlık, yargı görevinin doğru bir şekilde yerine getirilmesine esas teşkil eder. Bu ilke sadece kararlar için değil, kararların oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.

¹⁴ Örneğin Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 29.06.2009 tarih ve 27/13450 sayılı kararı: "2- Tehdit suçundan kurulan mahkumiyete gelince; // Sanık hakkında yaralama ve 6136 sayılı Kanun'a muhalefetten açılan kamu davasının yargılaması sırasında mahkeme 12.02.2008 tarihinde Cumhuriyet Savcılığı'na yazdığı yazıda, sanık hakkında tehdit suçundan ek iddianame düzenlenerek mahkemeye gönderilmesi istenmiş olup, ek iddianame ile açılan kamu davası üzerine sanık TCK'nın 106/2-a ve 62. maddelerine muhalefetten 1 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir.// 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakta olup, bu uygulamanın aynı Kanun'un duruşmaların bir oturumda bitirilmesi amaçlayan sistemine uygun düşmediği, ek iddianame talebinin yeni CMK'daki hakimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile de benimsenen Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri nazara alındığında, hakimlerin dava konusu ve taraflarla ilgili tarafsız olması ilkesine ters düştüğü, ek iddianame talebi ile mahkeme baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek baştan sanığın mahkumiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hakim önüne gelen iddianamede gösterilen suçla ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar verilmesini öngören CMK'nın 225. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, bu maddeye göre hükmün konusunun iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin yargılamaya olduğu, bununla beraber mahkeme hakimlerinin yargılama esnasında sanıkların iddianamedeki suçtan başka suç işlediklerini düşünüyorlarsa, bu konuda sadece Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunabilecekleri, iddianame düzenleyip düzenlememek savcının görevi ve takdirinde olduğundan, ek iddianame düzenlenmesi talebinin yapılamayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde uygulama yapılması" hukuka aykırıdır.

¹⁵ Bu konuda ayrıca bkz. Gökçen TOPUZ/Belkıs KONAN, "Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 66 (4) 2017, s. 787-789. AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, Karar Tarihi: 5/5/2004; AYM, Başvuru Numarası 2013/1780, Karar Tarihi: 20.03.2014, § 60.

Hakimlerin bağımsızlığı **1982 Anayasası'nın** en temel özelliklerinden biri olarak md. 138'de açık bir şekilde güvence altına alınmışken, tarafsızlığı konusunda bir düzenleme yapılmamıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi (AYM), Anayasa (AY) md. 36 fık. 1'de güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının kapsamına hakimin tarafsızlığının da girdiğini, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğunu belirtip, Anayasanın 138. 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğine karar vermişti¹⁶. Doktrinde de hakimin tarafsızlığının Anayasanın başta 36. ve 138. maddeleri olmak üzere çeşitli maddelerinde yer alan ilke ve haklarla güvence altına alınmış olduğu kabul edilmekteydi¹⁷.

Referandum ile kabul edilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa değişiklik kanunu ile AY md. 9'da yer alan "bağımsız" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve tarafsız" ibaresi eklenerek, madde metni "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır." şeklinde değiştirilmiştir. AYM'nin belirttiği üzere anayasadaki hakim bağımsızlığı, adil yargılanma ve kanuni hakim güvencesi gibi temel kurallar hakimin tarafsızlığı ilkesini de içerdiği için tarafsızlığın AY'da yer alması zorunluluk olarak görülme de, yapılan bu düzenleme isabetli olmuştur¹⁸. Yeni düzenleme sonucu AYM, tarafsız hakim güvencesinin kapsam ve sınırlarını doğrudan md. 9 hükmüne dayanarak belirleyebilecektir.

AYM, hakimin tarafsızlığının unsurlarını AİHM içtihatlarını esas alarak incelemektedir. AYM'ye göre¹⁹; "Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir. ... Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun

¹⁶ AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, Karar Tarihi: 5/5/2004; AYM, Başvuru Numarası 2013/1780, Karar Tarihi: 20.03.2014, § 60.

¹⁷ Bkz. ÖDEN, s. 64; Ozan ERGÜL, "Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 249; Varol KARAASLAN, "Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 98.

¹⁸ Aynı yönde bkz. Cem Duran UZUN, "6771 Sayılı Kanunla Anayasada Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler", **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s. 416.

¹⁹ AYM Kararı, Başvuru Numarası: 2013/1780, Karar Tarihi: 20/3/2014, § 62.

yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak, belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra, yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup, bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir.”²⁰

IV. Bağımsızlık ile Tarafsızlık Arasındaki İlişki

Hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı farklı kavramlar olmasına rağmen aralarında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bağımsız olmayan hakimden tarafsız bir şekilde karar vermesi beklenemez²¹. Bağımsızlık, karar verme sürecinde hakim üzerinde dışarıdan etki yapılmamasıdır. Bağımsızlığın eksikliği ya da yokluğu hâkimlerin tarafsızlığını da zedeler. Çünkü hakimlere yönelik dışsal etki hakimleri tarafların lehine ya da aleyhine karar vermeye sevk eder. Diğer taraftan hakimlerin taraflı davranmaları, yargıyı dışsal etkilere açık hale getirir ve hakimler arasında bu şekilde etkileşimin artmasına ve önyargıların çoğalmasına neden olunabilir²².

Demokratik hukuk devletinin temel unsurlarından biri, hakim bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Bağımsızlık, hakimin tarafsızlığının bir koşulunu oluşturur ve vatandaşların mahkeme önündeki eşitliğine de bir güvence teşkil eder. Hakim bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvenceler aynı zamanda hakimlerin tarafsızlığını ve objektifliğini sağlamaya da hizmet eder²³.

Aralarındaki yakın ilişki nedeniyle hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı AİHS (md. 6/1), BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (md. 14) ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde (md. 10) ve Bangalor Yargı Etiği

²⁰ AYM bu kararında, AİHM'nin şu kararlarını referans almıştır: Gregory/Birleşik Krallık, B. No. 22299/93, 25/02/1997, §§ 43-49; Fey/Avusturya, Başvuru No. 14396/88, 24/2/1993, §§ 28-36; Hauschildt/Danimarka, Başvuru No. 10486/83, 24/5/1989, §§ 46-48; McGonnell/Birleşik Krallık, Başvuru No.28488/95, 08/2/2000, §§ 55-57).

²¹ Nur CENTEL, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf (erişim tarihi: 29.10.2018)

²² GIEGERICH, s. 3.

²³ Yüksel METİN, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı* 27 (2010), s. 2120-221.

İlkelerinde hakimlerin iki temel özelliği olarak birlikte düzenlenmiştir. AİHM de önüne gelen bazı davalarda tarafsızlık sorunu ile bağımsızlık sorununu birlikte değerlendirmiştir²⁴. Devlet Güvenlik Mahkemelerinde (DGM) bulunan askeri hakim nedeniyle AİHM'ye yapılan bireysel başvurularla ilgili olarak Mahkeme, tarafsızlık ve bağımsızlık sorunlarını birlikte değerlendirerek, başvuranları yargılayan DGM'lerin Sözleşmenin 6. maddesinin 1.fıkrası uyarınca tarafsız ve bağımsız bir mahkeme olmadığı sonucuna vararak Türkiye aleyhine ihlal kararları vermiştir²⁵.

V. Ceza Muhakemesi Kanununda Hakimin Tarafsızlığı

CMK'da hakimin tarafsızlığını sağlamak için iki grup tedbir öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, belli hallerin varlığı halinde hakimin görev yapmasının yasaklanmasıdır. Kanunda (CMK md. 22, 23) sınırlı bir şekilde sayılan bu hallerden birinin varlığı halinde hakimin görev yapması kanunen yasaklanmıştır. Hakimin yargılama görevinde tarafsız ve önyargısız olmasını sağlayacak ikinci tedbir ise, md. 24 uyarınca hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek sebeplerden dolayı reddinin istenebilmesidir. Hakimin görev yasaklarından birinin söz konusu olduğu hallerde hakimin davaya bakmaktan çekinmesi kanuni bir zorunluluk iken, tarafsızlığını şüpheye düşürebilecek hallerde çekinmesi, hakimin takdirine bırakılmıştır. Muhakemeye katılanlar ise her iki durumda hakimin reddini talep edebileceklerdir (md. 24).

Hem görev yasakları hem de hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddinin amacı öncelikle, taraflı veya önyargılı hakimlerin hükme katılmasını önleyerek daha baştan yanlış kararların verilmesini engellemektir. Ancak md. 22 vd. hükümlerinin amacı sadece bununla sınırlı değildir. Bu hükümler aynı zamanda yargının taraflı olduğu intiba ve görüntüsünü de önlemek istemektedir. Gerçekten de görev yasaklarında (md. 22, 23) hakimin taraflı ve önyargılı olması değil, genel olarak hakimin tarafsızlığından ve önyargısızlığından şüphe etmeye sebep olabilecek nedenlerin bulunup bulunmadığı dikkate alınmaktadır. Yine aynı şekilde hakimin red sebeplerinde de (md. 24) hakimin tarafsızlığının şüpheye düşmüş olmasına değil, tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterecek bir nedenin bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. Sonuç olarak hakimin tarafsızlığı

²⁴ İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği*, s.38-39.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/Oğuz SANCAKTAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 255 vd.; Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, İstanbul, 2002, s.176 vd.

sadece kararların doğru bir şekilde verilmesi için değil, ayrıca halkın mahkeme kararlarının tarafsızlığı ve doğruluğuna olan güvenini sağlama amacına da hizmet etmektedir²⁶.

Hakimlerin görevden yasaklanması ve tarafsızlığını şüpheye düşen bir nedenle reddi aynı amaca hizmet etmekle birlikte her iki kurum farklı şekilde düzenlenmiş ve farklı koşullara tabi tutulmuştur. Görev yasaklarında kanun koyucu daha baştan itibaren belli durumlarda hakimin tarafsız olmayacağını bir faraziye olarak kabul edip hakimin davaya bakmasını yasaklamakta ve aksini tartışma konusu yapmamaktadır. Görev yasağı olan bir hakimin de muhakemeye katılanlarca reddi talep edilmeden kendiliğinden davaya bakmaktan çekinmesi istenmektedir. Bu nedenle bir tartışma halinde mercii vereceği görev yasağının varlığına ilişkin karar, sadece açıklayıcı niteliktedir. Buna karşın tarafsızlığı şüpheye düşürecek haller kanunda sayılmamış olup, hakim veya muhakemeye katılanlar tarafından ileri sürülmesi ve ileri sürülen sebebin de hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterecek nitelikte olduğunun merci tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bu yüzden merci tarafından bu konuda verilen karar kurucu niteliktedir²⁷.

Diğer taraftan görev yasaklarından birisinin bulunması halinde hakim için yasaklılık hali kanun uyarınca devreye girdiği için muhakemenin her aşamasında re'sen dikkate alınması gerekmektedir. Buna karşın tarafsızlığı şüpheye düşürecek sebeplerin varlığı halinde ise hakimin görevden yasaklanabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bunun için de ya hakimin kendisinin çekinme talebinde bulunması ya da red hakkına sahip olanlardan birinin talepte bulunması gerekmektedir²⁸.

VI. Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Görev Yasakları

1. Görev yasaklarının özellikleri

CMK md. 22'de, maddede sayılan nedenlerin bulunması halinde hakimin, hakimlik görevi yapmayacağı belirtilerek görev yasakları tek tek gösterilmiştir. Yine md. 23'te sayılan hallerde de hakim, "karar veya hükme katılamaz", "görev yapamaz", "görev alamaz" denilerek görev yasaklarına yer

²⁶ Edda WESSLAU, Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, Cilt I: §§ 1-93 StPO, 5. Basi, 2016, vor § 22 Nr. 2.

²⁷ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22 Nr. 3.

²⁸ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22 Nr. 4.

verilmiştir²⁹. Her iki maddede sayılan görev yasaklarından birin bulunması halinde kanun koyucu hakimin tarafsız kalamayacağını önceden bir faraziye olarak kabul ederek aksinin tartışma konusu yapılmamasını istememiştir³⁰.

Görev yasaklarının bir diğer özelliği bu yasakların hakim veya muhakemeye katılanlar tarafından bilinip bilinmemesinin veya muhakemeye katılanların görev yasağı olan hakimin davaya bakmasına rıza göstermesinin herhangi bir öneminin olmamasıdır³¹. Kanun gereği hakimin davaya bakmasının yasak olduğu bu durumlarda, hakimin bu hususları kendisinin dikkate alması gerekmektedir. Muhakemeye katılanlar da herhangi bir zaman sınırlaması olmaksızın bu hususları ileri sürebilirler³². AİHM'ye göre ise ilgili, hakim tarafsızlığından feragat edebilir. Ancak bu feragatin geçerli olabilmesi için, belli bazı asgari koşulların gerçekleşmesi gerekir. Mahkemeye göre, avukata danışmadan yapılan feragat her halükarda geçersizdir. Çünkü hukukçu olmayan bir kimse tarafsızlık gibi hukuki bir sorunu hakıyla değerlendiremez³³.

Görev yasakları kanunda (md. 22 ve 23) kural olarak sınırlı bir şekilde düzenlenmiş oğlundan, kıyasa yoluna başvurularak benzer durumların yasak kapsamına dahil edilmemesi gerekir. Hakimin bizzat şüpheli, sanık veya fail olması hali görev yasağı olarak kanunda düzenlenmesi gerekli görülmemiştir.

²⁹ 610 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hakimin görev yasaklarını md. 34'te "Yasaklılık sebepleri" başlığı altında düzenlemiştir:

"**MADDE 34-** (1) Hâkim, aşağıdaki hâllerde davaya bakamaz; talep olmasa bile çekinmek zorundadır:

- a) Kendisine ait olan veya doğrudan doğruya ya da dolayısıyla ilgili olduğu davada.
- b) Aralarında evlilik bağı kalksa bile eşinin davasında.
- c) Kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasında.
- ç) Kendisi ile arasında evlatlık bağı bulunanın davasında.
- d) Üçüncü derece de dâhil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı kalksa dahi kayın hısımlığı bulunanların davasında.
- e) Nişanlısının davasında.
- f) İki taraftan birinin vekili, vasisi, kayyımı veya yasal danışmanı sıfatıyla hareket ettiği davada."

³⁰ Erdener YURTCAN, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 84.

³¹ Lutz MEYER-GOSSNER, **Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen**, 56. Bası, Münih 2013, § 22, Nr. 1.

³² MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 2.

³³ Christoph GRABENWARTER, "Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)", (Çev: Osman Can), in: Kayıhan İçel/Yener Ünver, **Adil Yargılama Hakkı v Ceza Hukuku** Ankara 2004, s. 205.

Bu istisnai durum hariç görev yasaklarında kıyas yoluna gidilmemesi gerekir. Görev yasaklarına benzer hallerde tarafsızlığı şüpheye düşürecek nedene dayanarak hakimin reddi yoluna gidilebileceği için kıyas yoluna başvurmak da gerekli değildir.³⁴

Burada yeri gelmişken kısaca terim sorunu üzerinde de durmak gerekir. Md. 22'nin madde başlığı "hakimin davaya bakamayacağı haller", md. 23'ün başlığı "yargılamaya katılamayacak hakim" adını taşımakta ve her iki durumu ifade etmek için de md. 24/1'de "hakimin davaya bakamayacağı haller" ifadesi kullanılmaktadır. Doktrinde ise "görevden yasaklama halleri",³⁵ "hakimin görevden alıkonulması",³⁶ "yargılamama mecburiyeti"³⁷, "yasaklılık nedenleri",³⁸ "hakimin yasaklanması",³⁹ "hakimin görev yapmaktan yasaklandığı haller"⁴⁰ gibi farklı ifadelerin kullanıldığı görülmektedir. Kullanılan bu farklı ifadelerin her birisi bu kurumu ifade etmek açısından uygundur. Ancak hem md. 22'de yer alan "hakimlik görevi yapamaz", hem de md. 23'te açıkça "hakim hükme katılamaz", "hakim görev yapamaz" ve "hakim görev alamaz" ifadelerine yer verilmesinden hareketle, hakimin görev yapmasının yasaklandığı bu halleri "hakimin görev yasakları", yada sadece "görev yasakları" olarak ifade etmek daha isabetli olacaktır. Bu ifade şekli kavram birliğinin sağlanmasına da katkı sağlayacaktır. Nitekim doktrinde de birçok yazar tarafından görev yasakları teriminin tercih edildiği görülmektedir⁴¹.

³⁴ Wesslau, SK-StPO Cilt: I, § 22Nr. 1. Ancak doktrinde bazı yazarlar kıyas yasağı yanında bu yasakların dar yorumlanması gerektiğini de ileri sürmektedir: Bkz. MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22 Nr. 3. Aynı yönde Türk hukukundaki görüşler için bkz. Nur CENTEL, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** (Centel, Hakimin Tarafsızlığı) İstanbul 1996, s. 53; Veli Özer ÖZBEK/Koray DOĞAN/Pınar BACAKSIZ/İlker TEPE, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2018, s.508; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245; Kunter, 1989, s. 361.

³⁵ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 53.

³⁶ CENTEL/ZAFER, s. 740.

³⁷ Nurullah KUNTER, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 9. Bası, İstanbul 1989, s. 358; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245.

³⁸ YURTCAN, 2007, s. 84.

³⁹ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2018, s. 165.

⁴⁰ Ahmet GÖKCEN/Murat BALCI/M. Emin ALŞAHİN/Kerem ÇAKIR, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Bası, Ankara 2017, s. 170.

⁴¹ Bkz. ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 224-225; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 508; Bahri ÖZTÜRK/Durmuş TEZCAN/Mustafa Ruhan ERDEM/Özge SIRMA

2. CMK’da düzenlenmiş olan görev yasakları

a) Hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olması

CMK md. 22’de düzenlenmiş olan ilk görev yasağı, hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olmasıdır (md. 22/1-a). Gerçekten bir hakimin kendisine karşı işlenmiş bir suç ile ilgili yargılama yaparken tarafsız karar verebilmesi oldukça zordur. Bu yüzden hakimin kendisinin zarar gördüğü bir suç ile ilgili davaya bakması yasaklanmıştır. Bu yasak, “Hiç kimse kendi davasında hakim olmaz” şeklindeki temel hukuk ilkesinde ifadesini bulmaktadır.

Genel olarak suçtan zarar gören, bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Ceza muhakemesinde suçtan zarar görme kavramının ihtiyaca göre bazen dar, bazen de geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre dar anlamda zarar görme suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyi, geniş anlamda zarar görme ise suçtan dolaylı olarak zarar görmeyi ifade etmektedir. Dar anlamda suçtan zarar görme ile mağdurluk çoğunlukla örtüşmektedir⁴².

Türk doktrininde md. 22/1-a) anlamında hakimin suçtan zarar görmesinde zarar görme kavramının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁴³. Alman hukukunda ise çoğunluk, suçtan zarar görmenin, iddianamede belirtilen fiilden doğrudan doğruya zarar görme şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir⁴⁴. Kanaatimizce, md. 22/1-a anlamında suçtan zarar görme, hakimin yargılamasını yaptığı suçtan doğrudan zarar görmüş olma şeklinde anlaşılmalı, hakimin dolaylı olarak zarar gördüğü durumlar hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek haller kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle hakimin, yargılamasını yaptığı sanığın başka bir suçundan dolayı zarar görmüş olması md. 22/1-a kapsamında değil, md. 24/1 uyarınca hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir. Yine bir limited

GEZER/Yasemin F. SAYGILAR KIRIT/Esra ALAN AKCAN/Özdem ÖZAYDIN/Esfer ERDEN TÜTÜNCÜ/Derya ALTINOK VILLEMIN/Mehmet Can TOK, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2018, s. 177 (ÖZTÜRK, Editör).

⁴² ÖZTÜRK (Editör), s. 234; ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 124-125; İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 2018, s. 217; Mahmut KOCA/İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Ankara 2017, s. 115; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE’ye göre (s. 508), “Dar anlamda suçtan zarar gören ile mağdur özdeşdir.”

⁴³ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 56; ÖZTÜRK (Editör), s. 233; ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 125; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 508.

⁴⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 3; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22 no. 6.

şirkete karşı işlenen dolandırıcılık suçunda yargılamayı yapan hakim şirketin hissedarı olsa bile, suçun doğrudan zarar göreni olmadığı için, görev yasağı söz konusu olmamalıdır. Çünkü bu durumda suçtan doğrudan zarar gören şirketin tüzel kişiliği olup, hakim ise dolaylı zarar görendir. Ancak bu durum hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir⁴⁵.

Suçtan doğrudan zarar görmeden söz edebilmek için suç oluşturan fiilin doğrudan hakimin haklarını ihlal etmiş olması gerekir. Bu nedenle malvarlığına karşı suçlarda işlenen suç nedeniyle malvarlığında doğrudan zarar meydana gelen kişi md. 22/1-a anlamında suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir. Bu açıdan, hırsızlık suçunda hem zilyet hem de malik suçtan zarar görendir. Dolandırıcılık suçunda ise hakimin hileli davranışlarla aldatılarak malvarlığı zarara uğratılmışsa suçtan zarar görendir⁴⁶. Duruşma sırasında sanığın hakime hakaret etmesi de görev yasağı teşkil etmez. Çünkü bu durumda hakim, yargılamasını yaptığı suçun zarar göreni değildir.⁴⁷

b) Evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisi bulunması

Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile hakim arasında evlilik, vesayet veya kayımlık ilişkisinin bulunması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 22/1-b). Bir hakimin, eşinin davasına bakarken tarafsız kalamayacağı gayet tabii bir durumdur⁴⁸. Evlilik, vesayet ve kayımlık ilişkisi Medeni Kanun (MK) hükümlerine göre belirlenmelidir. Burada kastedilen Türk hukukuna göre geçerli bir evlilik ilişkisinin bulunmasıdır. Bu nedenle MK hükümlerine göre geçerli bir evlilik olmaksızın birlikte yaşama hali, evlilik olarak kabul edilemeyeceği için görev yasağı değil, hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilebilir⁴⁹. Kanunda, “sonradan kalkmış olsa bile” denilerek, söz konusu hukuki bağın devam ediyor olup olmadığının önemli olmadığı belirtilmiştir. Nişanlılık ise görev yasağı olarak

⁴⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 4; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 7.

⁴⁶ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 4; MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 7: .

⁴⁷ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 8: Bu durumun görev yasağı olarak kabul edilmesi sanığa, işine gelmeyen bir hakime hakaret ederek onu saf dışı etmenin yolunu açacaktır.

⁴⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 245.

⁴⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 509. Evliliğin butlan nedeniyle iptali halinde de evlilik sona ermiş olmakla birlikte, görev yasağı devam eder (CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 59). Alman CMK § 22/1-2 ile kayıtlı eşcinsel hayat birlikteliği (Lebenspartner) de görev yasağı kapsamına alınmıştır

kabul edilmemiştir⁵⁰. Ancak bu durum hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak ileri sürülebilir.

Md. 22/1-a'da hakimin suçtan zarar görmesinden bahsedilmişken, md. 22/1-b-f bentlerinde de ise hakim ile suç mağduru arasındaki yakın ilişki görev yasağı olarak kabul edilmektedir. Md. 22/1-b-f'de "suçtan zarar gören" yerine "mağdur" kavramının kullanılması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi mi, yoksa bir özensizlikten mi kaynaklandığı sorusunu gündeme getirmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, Türk hukukunda dar anlamda suçtan zarar görme olarak da ifade edilen suçtan doğrudan doğruya zarar görme, çoğunlukla mağdur kavramı ile örtüşmektedir. Bu nedenle md. 22/1-a'daki suçtan zarar görme ile md. 22/1-b-f'deki mağdur kavramlarının birbirleri ile örtüştüğünü, kanun koyucunun evlilik ve hısımlık ilişkisinden doğan görev yasağının kapsamını sınırlamak için mağdur kavramını tercih ettiğini söylemek mümkündür. Nitekim aynı düzenlemenin yer aldığı kaynak Alman CMK § 22/1 bent 1'de hakimin suçtan zarar gören olmasından bahsedilirken, § 22/2, bent 2-3'teki eş ve yakın hısımlık ilişkisinde de yine zarar gören (Verletztter) kavramının kullanıldığı görülmektedir⁵¹.

c) Yakın hısımlık veya evlatlık bağı

Md. 22'de yakın hısımlık ve evlatlık ilişkisi de görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Bu görev yasağı için hakimin yakın hısımlığının işlenmiş olan suç nedeniyle mağdur sıfatını taşıması ya da şüpheli veya sanık olması gerekmektedir. Maddede sayılan hısımlık ilişkisinin varlığı MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Kan veya kayın hısımlığı, ölüm veya boşanma gibi sebeplerle sona ermeyeceği için, evliliğin sona ermesine rağmen hısımlıktan doğan görev yasağı devam edecektir.

Md. 22/1'e göre görev yasağı oluşturan hısımlık halleri şunlardır:

1) Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında altsoy üstsoy kan veya kayın hısımlığı olması (md. 22/1-c). Burada hısımlığın derecesi önemli değildir.

2) Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında üçüncü derece dahil yansoy kan hısımlığı bulunması (md. 22/1-e).

⁵⁰ 6100 sayılı HMK md. 34/1-e'de ise, hakim nişanlısının davasına bakamaz denilerek, nişanlılık açıkça görev yasağı olarak kabul edilmiştir.

⁵¹ Söz konusu düzenleme kaynak Alman CMK'dan CMUK md. 21 fık. 1, bent 2 ve 3'e alınırken, madde gerekçesinde zarar görme yerine niçin mağdur teriminin kullanıldığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Aynı hüküm CMUK'tan CMK md. 22'ye aynen alınmış ve yine gerekçede ifade farkı için herhangi bir açıklama yapılmamıştır.

3) Evlilik sona ermiş olsa bile, hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında ikinci derece dahil yansoy kayın hısımlığı bulunması (md. 22/1-f)⁵².

Hakim ile şüpheli, sanık veya mağdur arasında evlat edinme bağının bulunması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 22/1-d)⁵³. Buradaki görev yasağı sadece evlat edinen ile evlatlık arasında olup, hakim ile evlat edindiği kişinin hısımları arasında görev yasağı söz konusu değildir. Çünkü Medeni Kanuna göre (md. 305 vd.) evlat edinme ile sadece evlat edinen ile evlatlık arasında bir hısımlık doğar. Ancak hakim ile evlat edindiği kişinin eşi veya yakın hısımlarının şüpheli, sanık veya mağdur olması md. 24 uyarınca hakimin reddi nedeni oluşturabilir.

Görev yasağı teşkil eden yakın hısımlık kanunda sınırlı bir şekilde sayılmış olduğu için bunun dışındaki hısımlıklar md. 22/1 kapsamında görev yasağı teşkil etmez. Bu nedenle, davaya bakan hakim ile duruşmaya katılan savcı arasındaki karı – koca ilişkisi veya hısımlık bağı md. 22/1-c kapsamında görev yasağı teşkil etmeyip, aşağıda açıklanacağı üzere, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu md. 46/1 kapsamında ayrı bir görev yasağı oluşturacaktır. Yine hakim ile müdafî veya vekil olarak görev yapan avukat arasındaki hısımlık da hakim açısından görev yasağı olmayıp, Avukatlık Kanunu md. 13 kapsamında avukat açısından görev yasağı teşkili edecektir⁵⁴.

d) Hakimin aynı davada, Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmış olması (md. 22/1-g)

Kanunda “aynı davada”dan bahsedilmekle birlikte, bu ifadeyi kovuşturma evresiyle sınırlı olarak değil, kaynak Alman CMK’da olduğu

⁵² Kayın hısımlığının varlığı MK hükümlerine göre belirlenecektir. MK md. 18’e göre, evlenme ile birlikte eşlerden biri, diğer eşin kan hısımları ile aynı tür ve dereceden kayın hısımlı olur ve meydana gelen kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz. Bu nedenle CMK md. 22/1-f’deki “evlilik sona ermiş olsa bile” hükmü gereksizdir. CMK md. 22/1-b’de evliliğin sonradan kalkmasından bahsedilmekle birlikte, buradaki anlamı farklı olup, hakimin eski eşinin davasına bakması yasaklanmaktadır.

⁵³ Md. 22/1-d)’de “evlât edinme bağlantısı” bulunmasından bahsedilmekle birlikte MK’da (md. 317-319) evlat edinme ile meydana gelen hukuku ilişki “evlatlık ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Görev yasağı bakımından hakimin evlat edinen veya evlat edinilen olması arasında bir fark yoktur.

⁵⁴ Md. 13: “Bir hâkim veya Cumhuriyet Savcısının eşi, sebep veya nesep itibarıyla usul ve fiirundan veya ikinci dereceye kadar (Bu derece dahil) hısımlarından olan avukat, o hâkim veya Cumhuriyet Savcısının baktığı dava ve işlerde avukatlık edemez.”

gibi⁵⁵, bir suçla ilgili soruşturmanın başlamasından kovuşturma evresinin sonuna kadar aynı konuyla ilgili muhakeme sürecindeki işlemlere katılmak şeklinde anlamak gerekir⁵⁶. Nitekim madde metninde “şüpheli müdafiliği” yapmış olmaktan söz edilmesi de görev yasağının soruşturma evresini kapsadığını göstermektedir.⁵⁷

Bu görev yasağında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, önceki faaliyetin hakimlik sıfatı ile icra edilmemiş olmasıdır. Çünkü önceki faaliyetin hakimlik sıfatı ile icra edilmesi sadece md. 23’te sınırlı olarak sayılan hallerde görev yasağı oluşturmaktadır.

Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin herhangi bir aşamasında muhakeme işlemi **savcı** olarak yapan veya savcı olarak işleme katılan kişinin, aynı işle ilgili daha sonra verilecek bir karar veya hükme hakim olarak katılması tarafsızlığını zedeleyecektir⁵⁸. Hakim önceki muhakeme işlemi savcı olarak bizzat yapması veya emri altındakilerin yapmış olduğu işlemi amir olarak imzalamış olması arasında bir fark yoktur⁵⁹. Bu açıdan Yargıtay yerinde olarak, il Cumhuriyet başsavcısı veya ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı olarak soruşturma evresinde diğer savcılar tarafından hazırlanan iddianamelere “olur” vererek kamu davasının açılmasını sağlayan savcının, bu dava sonucunda verilen hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay üyesi olarak temyiz incelemesine katılamayacağına karar vermiştir⁶⁰. Çünkü 2802 sayılı Kanun md. 5/1’de “... ağır ceza Cumhuriyet başsavcılarının), merkezdeki Cumhuriyet savcılar ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcılar ve Cumhuriyet savcılar üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahip” olduğu, yine 5235 sayılı Kanun md. 18’de Cumhuriyet başsavcılarının yargı çevresi içindeki savcılar üzerinde denetim ve gözetim yetkisi olduğu belirtilerek, başsavcılara denetim ve gözetimi altındaki savcılarının soruşturma işlemleri üzerinde de denetim ve gözetim yetkisi verilmiştir. AİHM de Piersack/Belçika kararında, bir davada şahsen iddia makamını işgal etmemekle birlikte soruşturmayı yürüten savcılık

⁵⁵ “in der selben Sache” = aynı konuda/işte.

⁵⁶ Aynı görüşte, CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 64.

⁵⁷ Md. 23/2’de yerinde olarak, “Aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış bulunan hâkim, kovuşturma evresinde görev yapamaz.” denilerek, dava yerine “iş” ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁸ Bu madde anlamında savcılık yapmış olmanın kapsamı hakkında bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 65 vd.

⁵⁹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 18.

⁶⁰ CGK 03.03.2009, 3-21/46 (Osman YAŞAR/Cengiz OTACI, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Cilt I, 6. Bası, Ankara 2015, s. 427-429.

grubu başkanı olan kişinin sonradan aynı davada duruşma hakimi olarak görev yapmasını hakimın tarafsızlığına aykırı bulmuştur⁶¹.

Yargıtayın istikrar kazanan kararlarına göre, Yargıtay Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sırada tebliğname düzenleyerek görüş bildiren kişinin, daha sonra aynı hükmün temyiz incelemesi sırasında müzakerelere katılıp oy kullanması md. 22/1-g hükmüne aykırıdır⁶².

Kanunda önceki işleme **Cumhuriyet savcısı sıfatı** ile katılma arandığı, için bir suçun soruşturulması kapsamında “müfettiş”, “ön inceleme yapan kişi”,⁶³ “soruşturmacı”⁶⁴ veya “son soruşturma kurulu üyeliği”⁶⁵ gibi sıfatlarla bir suçun soruşturmasına katılmış olmak, md. 22/1-g kapsamında görev yasağı teşkil etmez; ancak md. 24 uyarınca hakimın tarafsızlığını şüpheye düşüren bir sebep olarak değerlendirilip hakimın reddi istenebilir.

Görev yasağı olarak adli kolluk görevi yapmış olmak açısından önemli olan, işlemin adli kolluk görevlisi tarafından değil, “**adli kolluk görevi**” olarak icra edilmesidir. Bu açıdan aynı konuyla bağlantılı olsa bile trafik veya pasaport işleriyle ilgili işlemleri yapan kişi açısından md. 22/1-g kapsamında görev yasağı söz konusu olmamalıdır⁶⁶.

Şüpheli veya sanık müdafiliğinin seçilmiş veya zorunlu müdafilik olması, görev yasağı açısından önem taşımaz. Kanunda, şüpheli veya sanık “müdafiliği” yapılmasından bahsettiği için, bir hakimın bakmakta olduğu bir dava ile ilgili daha önceden bir kimseyi dostluk icabı olarak hukuki açıdan bilgilendirmiş olması, görev yasağı teşkil etmez; ancak md. 24/1 kapsamında hakimın tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden oluşturabilir⁶⁷.

Kanunda “**mağdur vekilliği**” yapmış olmanın görev yasağı olduğu belirtilmişse de, buradaki mağdur vekilliğini, mağdur dışındaki suçtan doğrudan zarar gören diğer kişilerin vekilliğini de kapsayacak şekilde anlamak gerekir. Çünkü CMK md. 2/1-f’de vekil, “katılan, suçtan zarar gören

⁶¹ GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, s. 283.

⁶² Bkz. CGK 05.11.2013, 7-122/442; CGK 27.09.2011, 13-250/190; CGK 28.04.2009, 1-83/105 (kararlar için bkz. YAŞAR/OTACI, s. 423-427).

⁶³ 4482 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun md. 5.

⁶⁴ 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanun md. 53/c-1

⁶⁵ 2547 sayılı Kanun md. 53/c-2.

⁶⁶ Krş. WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 15

⁶⁷ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 16.

veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukat” olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle örneğin suçtan zarar gören bir tüzel kişinin vekili olarak avukatlık yapmak da bu açıdan görev yasağı kapsamında görülmelidir.

e) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenilmiş olmak

Hakimin, aynı dava ile ilgili önceden tanıklık veya bilirkişilik yapmış olması da md. 22/1-h uyarınca görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Bu hükümdeki “dava” ifadesini, md. 22/1-g ile ilgili olarak yukarıda açıklandığı üzere, soruşturma ve kovuşturma evresinin tümünü kapsayacak şekilde anlamak gerekir.

Kanunda açıkça ifade edildiği üzere burada hakimin **tanık sıfatıyla dinlenmiş** olması gerekmektedir. Bu nedenle, fiilen tanık olarak açıklamada bulunmadığı sürece sadece tanık olarak çağrılmış olmak veya görevi icabı sadece yazılı bildirimde bulunmuş olmak görev yasağı oluşturmaz⁶⁸. Soruşturma evresinde tanık sıfatıyla ifade veren hakimin bu olayla ilgili açılan davanın yargılamasına hakim olarak katılması görev yasağı teşkil edecektir⁶⁹. Ancak bakmakta olduğu davanın konusuyla ilgili olmak şartıyla hakimin başka bir davada tanıklık yapması da görev yasağı kapsamında kabul edilmektedir⁷⁰.

Her ne kadar md. 22/1-g) de “**bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş**” olmak görev yasağı olarak kabul edilmişse de, CMK’da bilirkişinin duruşmada dinlenmesi mahkemenin takdirine bırakılmış olup,⁷¹ uygulamada çoğunlukla bilirkişi raporunun duruşmada okunmasıyla yetinilmektedir. Hükmün konuluş amacı dikkate alınarak hakimin tarafsızlığını sağlamak için maddedeki “dinlenilmiş” olmayı, ceza soruşturma veya kovuşturma makamlarının görevlendirmesi üzerine bilirkişi olarak yazılı veya sözlü görüş açıklamak şeklinde anlamak gerekir⁷².

Diğer taraftan müdafî veya katılanın talebi üzerine uzman görüşü hazırlamış olmak görev yasağı oluşturmaz; ancak tarafsızlığı şüpheye düşüren bir sebep teşkil edebilir. Dava konusu olayla ilgili tercümanlık yapmış olmak

⁶⁸ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 18; CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 70.

⁶⁹ CGK, 25.5.1987 - MD 4/144-314; 18. CD, 11.01.2017, E. 2015/19505, K. 2017/345.

⁷⁰ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 17.

⁷¹ CMK md. 68/1: “Mahkeme, her zaman bilirkişinin duruşmada dinlenmesine karar verebileceği gibi, ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağrabilir.”

⁷² Aynı görüşte, CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72.

da hakim açısından görev yasağı teşkil etmez⁷³.

f) Aynı işte daha önceden hakim olarak görev yapmış olmak

Bir hakim, hakkında karar vereceği bir dava ile ilgili olarak muhakemenin çeşitli aşamalarında daha önceden karar vermiş veya karara katılmış olabilir. Örneğin, bir suçun soruşturulması sırasında tutuklama, arama veya iletişimin denetlenmesi gibi kararlar veren bir hakimin, aynı suçla ilgili kamu davası açılması halinde görevli mahkemede hakim olarak yargılamaya katılması sözkonusu olabilir. Bir hakimin, görevsizlik kararı verdiği veya itiraz merci olarak baktığı bir işin daha sonra yargılamasını yapacak mahkemede görev alması söz konusu olabilir. Yine bir hakimin, hakkında hüküm verdiği bir davanın kanun yolu aşamasında incelemeyi yapacak mercie hakim olarak katılması gerekebilir. Ancak bu durumlar hakimin tarafsızlığına olumsuz yönde etki yapacaktır⁷⁴.

Kanun koyucu bir hakimin daha önce vermiş ya da katılmış olduğu bir kararın etkisinde kalabileceğini düşünerek aynı işte daha sonra karar vermesini önlemek amacıyla CMK md. 23'te üç ayrı görev yasağı kabul edilmiştir. Ancak md. 22/1-g'den farklı olarak md. 23'te, önceki muhakeme faaliyetine hakimlik sıfatı ile katılmış olmak aranmaktadır.

Md. 23'te kabul edilmiş olan görev yasakları, bir karar veya hükümle ilgili olarak alt dereceli mahkemede görev yapmış olmak, aynı işin soruşturmasında CMK md. 163 kapsamında sulh ceza hakimi olarak görev yapmış olmak ve hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş bir karara katılmış olmaktır. Görev yasağı teşkil edebilecek daha önceki hakimlik faaliyetleri bu üç hususla sınırlı olup, bunun dışındaki işlem ve kararlara katılmış olmak görev yasağı teşkil etmeyecektir. Bu nedenle, aynı işte daha önceden tutuklamaya veya tutuklamanın devamına ilişkin karar vermek gibi faaliyetler görev yasağı kapsamında değildir⁷⁵.

aa) Aynı işle ilgili olarak alt dereceli mahkemede görev yapmış olmak

CMK md. 23/1'e göre, "bir karar veya hükme katılan hâkim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz." Bu hüküm ile esas itibariyle, itiraz, istinaf veya temyiz kanun

⁷³ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 22, Nr. 22; CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72.

⁷⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 1.

⁷⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 2

yollarından birisine başvurulmuş olan bir hükme daha önceden katılmış olan bir hakimin, bu hüküm veya kararla ilgili yüksek görevli mahkemedeki yargılamaya katılması yasaklanmaktadır⁷⁶. Çünkü önceki kararıyla görüşünü ortaya koymuş olan hakimin aynı hükmün kanun yolu incelemesinde tarafsızlığı söz konusu olmayacak ve kanun yolu incelemesi hak arayan açısından da bir güvence oluşturmayacaktır. Bu açıdan ilk derece mahkemesi hakimi olarak görev yaptığı dönemde, mahkumiyet veren hakimin, aynı işin bölge adliye mahkemesi ceza dairesinde istinaf yoluyla incelenmesinde görev yapması veya Yargıtay üyesi seçilmesi halinde aynı işin temyiz incelemesine katılmasının, CMK md. 23/1 yanında AİHS md. 6/1’de güvence altına alınan tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁷⁷. Aynı şekilde bir hükmün bölge adliye mahkemesindeki istinaf incelemesine katılan bir hakimin, aynı hükmün Yargıtay ceza dairesindeki temyiz incelemesine katılması da görev yasağı oluşturacaktır. Yine asliye ceza mahkemesinin verdiği görevsizlik kararına itiraz edilmesi üzerine (CMK md. 5/2) bu itirazı inceleyecek mercideki karara (md. 268/3), görevsizlik kararını veren hakimin katılması da görev yasağı oluşturacaktır.

Ancak CMK md. 23/1’deki düzenleme, CMUK md. 22’ye göre görev yasağının kapsamını genişletmiştir. Çünkü Alman CMK § 23/1’den alınan CMUK md. 22/1’de “Aleyhinde kanun yollarından birine müracaat edilmiş olan bir hükme iştirak eyleyen hâkim mafevk mahkemesince bu hükme dair verilecek karara iştirak edemez” denilerek, sadece aleyhinde kanun yoluna başvurulmuş olan bir hükme katılan hakimin, aynı hükmün kanun yolunda incelenmesine katılması yasaklanmıştı. Ancak Alman CMK’da karara katılmaktan söz edilmişken, bu husus CMUK’a hükme katılmak olarak çevrilmişti. CMK md. 23/1’de ise, “hüküm” kelimesinin yanına “karar” kelimesi de eklenerek, alt görevli mahkemede “hükme katılmak” yanında “karara katılmak” da görev yasağı olarak kabul edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir⁷⁸. Diğer taraftan önceki düzenlemeden farklı olarak CMK md. 23/1’de alt görevli mahkeme kararının yüksek görevli mahkemeye kanun

⁷⁶ CMK md. 23 gerekçesi.

⁷⁷ Bkz. 9. CD, . 27.4.2017, E. 2017/1112, K. 2017/1062.

⁷⁸ Düzeleme ile ilgili CMK Md. 23 gerekçesinde: “1412 sayılı Kanunun 22 inci maddesinde “hüküm”den söz edilmektedir. Bu maddeye ilişkin gerekçede bu sözcüğün hem hükmü, hem de kararı tanımlayan geniş anlamda kullanıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada tereddüt ve yanlışlığa ortam bırakmamak için maddede “karar veya hüküm” denilerek her iki sözcüğe de yer verilmiştir” denilmektedir.

yoluna başvurulması sonucunda gelmiş olması gerekli olmayıp, herhangi bir şekilde, örneğin, alt dereceli mahkemece görevsizlik kararı verilmesinde olduğu gibi, gelmiş olması da görev yasağı oluşturmaya açısından yeterlidir.

CMUK md. 22/1'deki "hükme iştirak eyleyen hakim" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği uygulama ve doktrinde ciddi tartışmalara neden olmuş ve bu konuda bir içtihadı birleştirme kararı da verilmişti⁷⁹. Yargıtay CMUK dönemindeki içtihatlarını CMK md. 23/1 ile ilgili olarak da esas itibarıyla devam ettirmekle birlikte de yeni düzenlemenin öncekinden bazı farklılıklar içermesi nedeniyle konunun CMK açısından yeniden ele alınması gerekmektedir.

Yargıtayın istikrar kazandığını söyleyebileceğimiz içtihatlarına göre, CMK md. 23/1 anlamında karar veya hükme katılma, bir hakimin, "önceki yargılama sırasında, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki kararlara katılması"dır. Yargıtaya göre, böyle bir ayırım yapılmadan "önceki yargılama sırasındaki her türlü karara katılan hakimlerin, yüksek görevli mahkemede görev yapamayacağını" söylemek bu hükmün amacıyla bağdaşmaz⁸⁰. Ancak burada sorun hangi kararların, sanığın suçluluğu konusunda hakimde düşünce oluşturduğunun belirlenmesidir. Bu konuda dikkati çeken ve Yargıtay kararlarına konu olan olaylardan bazıları şunlardır:

Yargıtaya göre, "Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı olarak görev yaptığı sırada, 'sanıkların tutukluluk hallerinin devamına' ilişkin karara yapılan itirazı inceleyerek; 'sanıklara atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu ve hükmün gerekçesine göre, tutukluluk halinin devamına' şeklinde görüş açıklayan Hakimin Yargıtay Üyesi seçilmesinin ardından, hükmün temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 1. Ceza Dairesi heyetinde de yer alarak, Özel Dairenin onama kararına katılması CMK'nun 23/1. maddesine aykırılık oluşturduğu gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca bir iç hukuk normu haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesinde düzenlenen adil

⁷⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, 05.12.1977, E. 1977/2, K. 1977/3. Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 72 vd.; Ayhan ÖNDER, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 22 inci Maddesine Göre Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası X, 2-4 (1967) s. 519 vd.

⁸⁰ CGK, 21.21.2010, E. 2010/11-246, K. 2010/226; CGK 04.02.2014, E. 2013/1-538, K. 2014/29. Ayrıca CGK'nın 04.02.2014 tarihli kararında zikrettiği 03.03.2009 tarih ve 21-46 ve 27.09.2011 tarih ve 250-190 sayılı kararları da aynı yöndedir.

yargılanma hakkının da ihlali niteliğindedir”⁸¹.

CMUK md. 22/1 ile ilgili olarak Yargıtay 05.02.1977 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁸², duruşma sırasında suçun vasfının değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı veren hakim oy ve kanaatini belli etmiş olduğu gerekçesi ile hakim açısından görev yasağı bulunduğu karar vermiştir⁸³. CMK md. 23 gerekçesinde de, “toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren hakim de yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev alamaz” denilerek, Yargıtayın içtihadı birleştirme kararındaki görüşü doğrultusunda, görev yasağı söz konusu olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay yeni kararlarında da, görevsizlik kararı vermenin md. 23/1 uyarınca görev yasağı oluşturması için “davada esaslı işlemleri yaparak suçun niteliğini belirtmek suretiyle uygulanacak yasa maddelerini gösterip görevsizlik kararı” verilmiş olmasını aramaktadır.⁸⁴

Yargıtaya göre şu hallerde görev yasağı söz konusu olmaz:

Yargıtaya göre, “ilk derece yargılama sırasında, sadece mahkemece yapılan ve sanık, müşteki ve tanıkların mahkemeye çağırılması ile sanığın doğum ve sabıka kaydının istenmesine ilişkin olan tensip zaptının düzenlenmesine katıldığı anlaşılan hakim, aynı dava hakkında verilen hükme yönelik olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay Özel Dairesi’nce gerçekleştirilen incelemeye ve inceleme sonunda verilmiş bulunan kararlara katılmış bulunması; ‘tensip kararının’, ‘hakimin, sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan’ olmaması nedeniyle, 5271 sayılı CYY’nin 23. maddesine aykırılık oluşturmaz”⁸⁵.

Yine ilk derece mahkemesince verilen görevsizlik kararına yapılan itirazı inceleyen mahkeme üyeleri açısından da Yargıtaya göre görev yasağı bulunmamaktadır. Bu konu ile ilgili olarak Yargıtay CGK 07.06.2011

⁸¹ CGK 04.02.2014, E. 2013/1-538, K. 2014/29.

⁸² Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 05.12.1977/2, K. 1977/3, T. 5.12.1977.

⁸³ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 77.

⁸⁴ 6. CD, 28.09.2006, 2278/8879: “Sulh ceza mahkemesinde kanıtları toplayıp esaslı işlemler yaparak suçunun niteliğini ve uygulanacak yasa maddesini gösterip görevsizlik kararı veren hakim, aynı davanın üst mahkemesi olan Asliye Ceza Mahkemesi hakimi olarak duruşma yapıp hüküm kurması suretiyle 1412 sayılı CMUK’nun 22 (5271 sayılı CMK.nun 23) maddesine aykırı davranılması”.

⁸⁵ CGK, 21.12.2010, E. 2010/11-246, K. 2010/266.

tarihli kararında,⁸⁶ asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafii tarafından yapılan itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen aynı dosyanın yargılamasına katılmalarında md. 23/1'e aykırılık görmemiştir. Çünkü Yargıtaya göre, bu olayda ağır ceza mahkemesince "görevsizlik kararına karşı yapılan itiraz incelenirken, suçun sübutu ve nitelendirilmesi konusunda görüş açıklamasından kaçınılarak özenli bir dil kullanılmış, mercii olarak görevsizlik kararına yapılan itiraz değerlendirilmiş ve eylemin kasten yaralama ya da öldürmeye kalkışma suçlarından hangisini oluşturacağı konusunun ağır ceza mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek görev konusundaki duraksama giderilmiştir." Yargıtaya göre, ağır ceza mahkemesince verilen "kararda, sanığın suçu işleyip işlemediği ile suçun nitelendirilmesi konusunda dosyanın esas olarak incelenmesi sonucunda oluşan bir görüş açıklaması bulunmadığından, önceden belirlenmiş bir kanaate ulaşıldığı kabul edilmemelidir"⁸⁷.

Kanaatimizce alt dereceli ceza mahkemesi hakimi olarak görevsizlik kararı veren hakimin görevsizlik kararı verirken yaptığı niteleme ile bu görevsizlik kararına yapılan itirazı inceleyip karar veren merci mahkemesi hakiminin görev konusu açısından hangi suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin hukuki nitelemesi benzerlik göstermektedir. Somut olayda mahkeme kararındaki kullanılan ifadeler önemli olmakla birlikte görevsizlik kararı veren hakim açısından görev yasağı söz konusu olacaksa, itiraz üzerine inceleme yapan hakim açısından da görev yasağı söz konusu olabilecektir. Çünkü her iki durumda karar verilirken iddianame ile sanığa yüklenen fiilin hangi suçu oluşturabileceği konusunda hukuki bir nitelendirme yapılması gerekmektedir. Mahkeme kararları gerekçeli olması gerektiği için bu nitelendirmenin yapılması da gereklidir. Yargıtayın kararları bu açıdan bir çelişkiyi içermektedir.

Md. 23/1'deki görev yasağının kapsamının oldukça geniş tutulmasının hakimlerin tarafsızlığını koruma açısından yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak bunun görev yasağı kapsamında değerlendirilerek değil, somut olayda hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı kılacak bir durum söz konusu

⁸⁶ CGK 07.06.2011, E.2011/1-75, K. 2011-114; aynı yönde CGK 21.12.2010, E. 2010/11-246, K. 2010-266.

⁸⁷ Yargıtay CGK kararında, "Yerel mahkemece asliye ceza mahkemesinin görevsizlik kararında belirtilen hususlara göre değerlendirme yapılması ve kararların gerekçeli yazılmasının zorunlu olması da dikkate alınarak tarafsızlığa gölge düşürülmeden yapılan itiraz değerlendirilmesinin yerinde olduğu kanaatine varmıştır.

ise md. 24 uyarınca hakimin reddi ileri sürülerek sağlanması daha isabetli olacaktır. Çünkü somut olayda görevsizlik kararına veya görevsizlik kararına itiraz üzerine merci tarafından verilen kararın içeriğine bakılarak hakimde sanığın suçluluğu konusunda bir kanaat veya önyargının oluşup oluşmadığının belirlenmesi yoluna gidilmesi hakim bağımsızlığını koruma açısından daha etkin bir yol olacaktır. Bu durum AİHM içtihatlarına da uygun düşecektir.

Kanaatimizce, CMK md. 23/1'in açık düzenlemesi karşısında alt dereceli mahkemede bir karara katılan hakimin aynı işin üst dereceli mahkemede görülmesine katılması md. 23/1'in açık düzenlemesine aykırıdır. Md. 23/1 metninde alt dereceli mahkemede yargılama sırasında hakimde, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşması koşulu aranmamaktadır. Yukarıda görev yasaklarının özellikleri açıklanırken belirtildiği üzere, kanun koyucu, görev yasaklarında hakimin yaptığı görev nedeniyle tarafsız olamayacağını kabul etmekte, somut olayda hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı haklı kılan bir durumun bulunup bulunmadığının incelenmesini istememektedir. Yargıtay ise somut olayda bu incelemeyi yaparak sonuca gitmektedir. Bu şekilde bir inceleme md. 23/1 açısından değil, ancak md. 24/1 kapsamındaki hallerde yapılması gerekir. Bu nedenle hem toplanan delilleri tartışıp suçun nitelendirmesini yapmak suretiyle görevsizlik kararı veren asliye ceza mahkemesi hakiminin yargılamayı yapacak yüksek görevli mahkemede görev yapması hem de asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafinin yaptığı itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen dosyanın yargılamasına katılması CMK md. 23/1 kapsamında görev yasağı açısından değil, md. 24/1 kapsamında hakimin tarafsızlığından şüpheye düşürecek nedenler açısından incelenmesi yerinde olacaktır. Nitekim Yargıtay 8. CD 08.02.2016 tarihli kararında, görevsizlik kararında mahkemenin suçun hukuki nitelemesini yaparak görüşünü açıklamış olmasını hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak nitelendirmişti⁸⁸. Ancak md. 23/1'in

⁸⁸ 8. CD, 08.02.2016, E. 2014/33889, K. 2016/1153: "5271 Sayılı CMK.nun 24/1. madde ve fıkrasında; Hakimin davaya bakamayacağı hallerde reddi istenebileceği gibi, tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da reddi istenebilir. hükmü uyarınca, Bakırköy 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 19.01.2012 gün 2011/370 esas, 2012/13 karar sayılı görevsizlik kararında "her ne kadar sanıklar hakkında TCK.nun 94/1, 109/2-3, 125/1 maddeleri gereğince cezalandırılmaları için mahkememize kamu davası açılmış ise de, olayda TCK.nun 94. maddesinin unsurları yönüyle oluşmadığı nedeni ile CMK.nun 3, 4, 5. maddeleri gereğince mahkememizin görevsizliği ile sanıkların TCK.nun 109/2, 109/3-d, 125/1. maddeleri gereğince yargılanmak üzere dosyanın görevli Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine," denilmek suretiyle mahkemenin görevsizlik kararında kesin olarak işken- ce suçunun unsurlarının oluşmadığı belirtilerek hukuki düşüncesini açıklamak suretiyle ta-

açık hükmü ve madde gerekçesi karşısında görevsizlik kararı verilmesine ve bu karara yapılan itirazın incelenmesine katılmayı md. 24/1 kapsamında değerlendirmenin hükmün ifade tarzı açısından zor görüldüğünü de belirtmek gerekir. Uygulamada mahkemeler arasında gereksiz yere uyuşmazlık çıkmasını önlemek açısından kaynak Alman Kanununda olduğu gibi, sadece aleyhinde itiraz, istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş bir hükme önceden katılmış olan hakimin, aynı hükmün kanun yolunda incelenmesine katılmasını yasaklayacak bir düzenleme yerinde olacaktır.

bb) Hakimin aynı işin soruşturma evresinde CMK md. 163 kapsamında sulh ceza hakimi olarak görev yapmış olması

CMUK'ta yer almayan bu görev yasağına göre, aynı işte soruşturma evresinde görev yapmış olan bir hakim, artık kovuşturma evresinde görev yapamayacaktır (md. 23/2). Bu düzenlemenin kabul edilmesinin nedeni, hakimin yapmış olduğu önceki işlemlerinin etkisinde kalmasını önlemektir. Ancak bu hükmün uygulama alanı, CMK Yürürlük Kanunu ile oldukça daraltılmıştır. Yürürlük Kanunu md. 11'e göre, "Ceza Muhakemesi Kanununun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Kanunun 163 üncü maddesi hükmü dışındaki hallerde uygulanmaz." CMK md. 163'te, soruşturmanın sulh ceza hakimi tarafından yapılması düzenlenmektedir. Bu hükme göre, suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hakimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Bu durumda sulh ceza hakimi bir çeşit zorunlu savcılık yapmaktadır⁸⁹. Buna göre, CMK md. 163 kapsamına giren bir soruşturma işlemi yapan sulh ceza hakimi, aynı işin kovuşturma aşamasında hakim olarak görev yapamayacaktır. Bu düzenleme sonucu, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen soruşturma işlemleri sırasında tutuklama, arama, el koyma, iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirme gibi kararları veren sulh ceza hakiminin, aynı işin kovuşturma evresine hakim olarak katılması görev yasağı teşkil etmemektedir.

Alman hukukunda da soruşturma evresinde hakim tarafından verilmesi gereken kararları veren bir hakimin aynı işin kovuşturma evresinde yargılamaya katılmasının görev yasağı teşkil etmeyeceği, bu nedenle soruşturma evresinde tutuklama kararı veren sorgu hakiminin (Ermittlungsrichter) aynı işin

rafsızlığını şüpheye düşürdüğü anlaşılacakla, mahkeme heyetinin davadan çekinme kararı vermesi gerekirken, yargılamaya devamla yazılı şekilde esasa dair hükümler kurulması" kanuna aykırıdır.

⁸⁹ Cumhuriyet ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005, s. 130.

yargılanmasına katılabileceği kabul edilmektedir⁹⁰.

Soruşturma evresinde tutuklama kararı veren sulh ceza hakiminin aynı işin yargılanmasında hakim olarak görev yapmasının CMK md. 23/2 kapsamında görev yasağı teşkil etmediği açık olmakla birlikte bu durumun CMK md. 24/1 açısından tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak kabul edilip edilmeyeceği üzerinde tartışma bulunmaktadır.

AİHM'ye göre soruşturma aşamasında tutuklamaya veya tutukluğunun devamına karar veren hakimin aynı işin yargılanmasına katılması tek başına hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirmez. Ancak Mahkemeye göre tutukluluk halinin devamı için şüphelinin kendisine yüklenen suçu işlediğine ilişkin yeterli şüphenin varlığının tespitini gerektiren haller somut olayın özelliğine göre hakimin tarafsızlığını ihlal edebilir⁹¹. Soruşturma evresinde tutuklama kararının verilebilmesi için “kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin” bulunması gerektiği (CMK md. 100/1) ve “tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye talebinin reddine ilişkin kararlarda”, “kuvvetli suç şüphesini gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösteril”mesi gerektiği için (CMK md. 101/2) soruşturma evresinde bu kararları veren hakimin aynı işin kovuşturma evresinde görev yapması AİHM kararları dikkate alındığında CMK md. 24/1 kapsamında hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektiren bir hal olarak görülebilecektir. Bu nedenle, hakimin tarafsızlığını sağlamak açısından soruşturma evresinde görev yapan hakimin kovuşturma evresinde yargılamaya katılmaması doğru olacaktır⁹². Nitekim doktrinde yerinde olarak soruşturma evresindeki hakim tarafından verilecek kararları vermek üzere sulh ceza hakimlikleri kurulduğu için 5320 sayılı CMK Yürürlük Kanunu'nun 11. maddesinin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir⁹³.

cc) Hakkında yargılamanın yenilenmesi talep edilen karara katılmış olmak

Yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapacak hakimin, aynı işin önceki yargılamasında görev yapmış olması da görev yasağı olarak kabul edilmiştir (md. 23/3). CMUK'ta yer almayan⁹⁴ bu görev yasağına göre,

⁹⁰ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 23, Nr. 2; WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 2.

⁹¹ GRABENWARTER, s. 209.

⁹² GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, 174.

⁹³ ÖZTÜRK (Editor), s. 179.

⁹⁴ CMUK'da bu yönde bir düzenleme olmadığı için md. 22 hükmünün yargılamanın yenilenmesinde uygulanamayacağı belirtilerek, kanunda bu yönde bir düzenleme yapılması öneril-

“Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.” Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili bu yeni görev yasağının amacı, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna (md. 311 vd.) işlerlik kazandırmaktır. Çünkü, aynı uyuşmazlık hakkında kanaatini belirtmiş olan bir hakimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde önyargısız olarak karar vermesi oldukça zordur⁹⁵. Yargıtay da istikrarlı bir şekilde ilk kararı veren hakimin olayla ilgili kanaati olduğu ve görüşü ilk hükümle belirginleştiği için, yeniden yargılama sürecinde olaya tamamen yabancı ve farklı bir hakimin, görev yapması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁶.

CMK md. 23/3 metni karışıklığa neden olacak şekilde ifade edilmiştir. Madde metnindeki “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesi yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinden sonra bu görev yasağının başlayacağı şeklinde anlaşılmaya müsait olduğundan uygulamada yanlış kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu hükmün konuş amacı ve gerekçesi⁹⁷ dikkate alınarak, “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesini, “yargılamanın yenilenmesinin talep edilmesi halinde” olarak anlamak ve yenilenme talebinin yapılmasından itibaren bu konuda verilecek bütün kararlar ve yapılacak muhakeme işlemlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekir.⁹⁸ Aksi halde önceki karara katılan hakimin CMK md. 318-319 uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile md. 320 uyarınca delillerin toplanması ve md. 321’e göre yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul veya reddine ilişkin kararlara katılmasının görev yasağı kapsamında olmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, bu da hükmün konuş amacıyla çelişmektedir. Bu nedenle yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar önceki kararı veren mahkeme tarafından,

mekteydi (bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 81)..

⁹⁵ ÖZTÜRK (Editör), s. 179: “Ülkemizde yargılamanın yenilenmesi nerede ise olanaksızdır. Çünkü kimse tükürdüğünü yalamak istememektedir. Ancak, bu düzenleme ile birlikte bundan böyle yargılamanın yenilenmesi daha kolay olabilecektir.”

⁹⁶ Örneğin, bkz. 2. CD, 11.4.2018, E. 2018/198, K. 2018/4306; 10. CD, 5.4.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247; 14. CD, 9.11.2017, E. 2017/7393, K. 2017/5496; 1. CD, 1.11.2017, E. 2017/1632, K. 2017/3648, 11. CD, 23.10.2017, E. 2017/14854, K. 2017/6914.

⁹⁷ 23. maddenin. 3. fıkrası ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Gerekçesinde, “Tasarının 24 üncü maddesinde yargılamanın yenilenmesi talebi halinde de, önceki yargılamada görev yapan hakimin aynı işte görev alamayacağı şeklinde üçüncü fıkra eklenmiştir. Böylece, aynı uyuşmazlık hakkında daha önce kanaatini belirtmiş olan hakimin daha sonra yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yapması önlenerek, hakimin tarafsızlığı bu yönüyle de sağlanmak istenmiştir” denilmektedir.

⁹⁸ Aynı görüşte, Yurtcan, s. 86.

ancak hükmü veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşan heyetçe verilmelidir.⁹⁹

Yargıtay da yerinde olarak md. 23/3 hükmünün geniş yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtaya göre, “Yasa koyucunun amacı ile adil yargılanma ilkesi gereğince bu hükmün geniş yorumlanması ve önceki yargılamada görev yapan hâkimin yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair karara da katılamayacağını kabul edilmesi gerekir.”¹⁰⁰

Yargıtay istikrarlı bir şekilde yargılamanın yenilenmesi sürecinde md. 318 veya 321 uyarınca verilecek kararların da görev yasağı kapsamında olduğuna hükmetmektedir. Yargıtaya göre, “yargılamanın yenilenmesi isteminde, önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığına ilişkin kararın aynı mahkemece, ancak asıl kararı veren başkan ve üyeler dışındaki hakimlerden oluşturulan heyetçe verilmesi gerekir. Asıl kararı veren heyette görev alan hakimin yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında karar veren heyette de görev alması usul ve yasaya aykırıdır”¹⁰¹. Başka bir kararında Yargıtay, “yargılanmanın yenilenmesine dair istemin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile müteakip işlemler önceki yargılamada görev alan hakim tarafından yapılamaz”¹⁰² diyerek, görev yasağının yargılamanın yenilenmesi sürecinin tamamını kapsadığını belirtmiştir. Yine Yargıtay isabetli olarak yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan mahkeme başkanının, md. 321/1 uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mahkemenin kararına katılmasının md. 23/3’e aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰³.

⁹⁹ Cumhur ŞAHİN/Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku –II-*, 7. Bası, Ankara 2018, s. 319

¹⁰⁰ 10. CD, 05.04.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247.

¹⁰¹ 1. CD, 13.01.2010, E. 2009/10007, K. 2010/4.

¹⁰² 10. CD, 23.11.2006, E. 2006/7775, K. 2006/13038: “Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev alan hakimin aynı işte görev alamayacağı gibi, yargılamanın yenilenmesi isteminin hükmü veren mahkemeye sunulacağını belirtilmiş olmasına nazaran, yargılanmanın yenilenmesine dair istemin kabule değer olup olmadığına ilişkin karar ile müteakip işlemler önceki yargılamada görev alan hakim tarafından yapılamaz.” Aynı yönde, 1. CD, 01.11.2017, E. 2017/1632, K. 2017/3648; 11. CD, 23.10.2017, E. 2017/14854, K. 2017/6914; 19. CD, 02.06.2016, E. 2015/34490, K. 2016/18981.

¹⁰³ 11 CD, 29.01.2010, 2009/12102-2010/287: “Somut olayda; Kadıköy İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 08.12.2005 gün ve 2005/211 Esas, 2005/541 sayılı kararının kesinleşmesini müteakip, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine önceki yargılamada görev yapan (...) sicil sayılı mahkeme başkanının, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine dair aynı mah-

Alman CMK’da da, hakkında yargılamanın yenilenmesi talep edilen kararın verilmesine katılmış olan hâkimin, yenileme muhakemesindeki kararlara katılmasının kanunen yasak olduğu, aynı yasağın yargılamanın yenilenmesinin hazırlığı sırasındaki kararlara katılması bakımından da uygulanacağı belirtilerek, görev yasağının yargılamanın yenilenmesi sürecindeki bütün kararlara katılım açısından geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir (§ 23/2).

Yargılamanın yenilenmesi sürecinde görev yasağı teşkil edebilmesi için hakimin, önceki yargılamada herhangi bir şekilde hakim olarak görev yapmış yeterli olup, aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş karar veya hükme katılmış olması şart değildir. Çünkü md. 23/3’te açıkça “önceki yargılamada görev yapan hakim, aynı işte görev alamaz” denilmektedir. Yargıtay da kanundaki bu düzenlemeden hareketle yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş önceki kararın “duruşma hazırlığını yapan” hakimin yargılamanın yenilenmesi davasında görev almasının yasak olduğuna karar vermiştir¹⁰⁴.

Kaynak Alman CMK’da ise bu görev yasağı daha dar bir şekilde düzenlenmiştir. Alman CMK § 23/2’de, “aleyhinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş bir karara katılmış olan hakim, yargılamanın yenilenmesi sürecindeki kararlara katılması yasaklanmıştır” denildiği için, önceki kararın hazırlanmasına herhangi bir şekilde katılmış olmak görev yasağı olarak kabul edilmemektedir. Ancak bu durumun hakimin tarafsızlığını tehlikeye düşüren bir neden olarak ileri sürülebileceği belirtilmektedir¹⁰⁵. Önceki yargılamaya herhangi bir şekilde katılmayı görev yasağı kabul eden CMK md. 23/3 düzenlemesinin yargılamanın yenilenmesine işlerlik kazandırmak açısından yerinde olduğunu belirtmek gerekir.

3. 2802 sayılı Kanunda düzenlenmiş olan görev yasağı

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasında “Kararı –koca, ikinci derece dahil kan ve sıhri hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” denilerek bir başka görev yasağı daha ihdas

kemenin 04.12.2008 gün ve aynı sayılı müteferrik kararına 5271 sayılı CMK’nın 23. Maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak iştirak ettiği anlaşılmakta; anılan karara vaki itirazın bu yönden kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.” Aynı yönde 10 CD, 05.04.2018, E. 2018/521, K. 2018/3247; 14. CD, 09.11.2017, E. 2017/7393, K. 2017/5496.

¹⁰⁴ 10. CD, 23.03.2006, E. 2006/2853, K. 2006/4288.

¹⁰⁵ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, § 23, Nr. 12.

edilmiştir¹⁰⁶. Bu hüküm uyarınca karı - koca hakimlerin aynı mahkeme heyetinde görev yapması açıkça yasaklanmıştır¹⁰⁷. Yine duruşmaya katılan Cumhuriyet savcısı ile hakimin karı - koca olması veya kanunda belirtilen derecede aralarında hısımlık bulunması bu madde kapsamında yasaklandığından şüphe yoktur. Ancak eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan kamu davasının yargılmasına diğer eşin katılıp katılmayacağına ilişkin md. 46/1’de açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu açıdan duruşmaya katılmayan, sadece iddianame düzenleyen savcının mahkemenin aynı dairesinde görev yapıyor sayılıp sayılmayacağı uygulamada tereddüde neden olmaktadır. Yargıtay ceza daireleri, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakmayacağına karar vermekteydi¹⁰⁸. Ancak CGK 05.06.2018 tarihli kararıyla¹⁰⁹ ceza dairelerinin aksine olarak bu durumlarda hakimin görev yapmasının yasaklanmadığı sonucuna varmıştır. CGK’na göre, “2802 Sayılı Kanun’un 46. maddesinin birinci fıkrasında yer alan bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamama olgusu, eşlerin hem hâkim hem de birinin hâkim, diğerinin Cumhuriyet savcısı olarak aynı mahkemede görev yapamaması anlamına gelmektedir.” Yine “eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında, diğer eşin hâkim sıfatıyla yargılama yapmasının ve

¹⁰⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 512.

¹⁰⁷ Böyle bir durumu önlemek için 2802 sayılı Kanun md. 46/2’de düzenleme yapılmıştır: “Bu şekilde görev yapmalarına olanak bulunmayanlardan o yere sonradan atanan; daha sonra meydana gelen aynı nedenlerden dolayı birleşmeyeceklerden istekli olanı, istekli olmaması halinde kідemsiz olanı bulunduğu bölge içinde başka bir daire veya yere atanır.”

¹⁰⁸ 4. CD, 09.03.2017, E. 2017/3518, K. 2017/7203: “2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun 46. maddesinin 1. fıkrasında, “Karı-koca, ikinci derece dahil kan ve sıhrı hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemede de eşlerden birinin düzenlediği iddianameyle açılan davanın kovuşturma ve hükmüne diğer eşin katılmayacağına açıkça yer verilmemiştir. Ancak bu düzenlemedeki yargısal hassasiyet dikkate alındığında, aynı mahkemeye iddianame ile dava açan Cumhuriyet Savcısının eşinin hükme katılmayacağına kabul edilmesi gerekir. /// Eşlerden birinin iddianameyle dava açması ve diğerinin o konuda hüküm vermesi, davanın tarafları bakımından reddi hakim konusu yapılmaya bile, hakimin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandıracığından, Anayasanın 90/ son maddesinin yollamasıyla İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan davanın “tarafsız bir mahkeme” tarafından görülmesi ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. /// Tüm bu nedenlerle, Anayasanın 90/ son maddesinin yollamasıyla, İHAS’ın 6. maddesinin 1. fıkrası ile aynı sözleşmenin 1. maddesindeki düzenleme ve İHAS’ın 46. maddesi gereğine İHAM kararlarının sözleşmeye taraf devletleri bağlayıcı olması ile 2802 Sayılı Kanun’un 46/1. maddesindeki düzenlemenin içeriği birlikte değerlendirildiğinde, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakamayacağına gözetilmemesi” bozmayı gerektirmiştir; aynı yönde: 8. CD., 04.11.2013, E. 2012/27554, K. 2013/26164; aynı yönde: 8.CD, 22.06.2010, E. 2010/4773, K. 210/8979; 4. CD. 16.02.2017, E. 2014/21322, K. 2017/4647.

¹⁰⁹ CGK, 05.05.2018, E. 2017/8-880, K. 2018/270

karar vermesinin CMK'nun 22 ve 23. maddelerinde sınırlı olarak sayılan hâkimin davaya bakamayacağı ve yargılamaya katılamayacağı hâller arasında gösterilmemiş” olup, bu maddedeki “hakimin görev yasakları sınırlı şekilde sayıldığından, istisnai nitelikteki bu hükümlerin kapsamının kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.”

5235 sayılı Kanuna göre (md. 16, 17) Cumhuriyet başsavcılıkları mahkemelerden ayrı bir teşkilat olup, savcılar da başsavcılık adına görev yapmaktadırlar. Bu nedenle kanunda savcının katılımının zorunlu görüldüğü hallerde ancak duruşmaya katılan Cumhuriyet savcısının mahkeme hakimi ile aynı adalet dairesinde görev yaptığını kabul etmek gerekir. Yargıtayın, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında diğer eşin hakim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin kanunda sınırlı olarak sayılan görev yasakları arasında bulunmadığına ilişkin içtihadı yerindedir. Ancak bu husus somut olayın özelliğine göre CMK md. 24 kapsamında hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olabilir¹¹⁰. Özellikle küçük adliyelerde savcı olan eşin hazırladığı iddianame üzerine diğer eşin yargılama yaparak mahkumiyet kararı vermesi, muhakemeye katılanlar açısından hakimin tarafsızlığı konusunda haklı bir endişeye neden olabilecektir.

Alman hukukunda hakim ile savcı arasındaki evlilik bağı görev yasağı olarak düzenlenmemiştir; ancak bu durum doktrinde hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren bir neden olarak görülmektedir¹¹¹.

Karı - koca olan hakim ve zabıt katibinin aynı duruşmada görev yapması da 2802 sayılı Kanun md. 46/1 kapsamında görev yasağı teşkil eder¹¹². 2802 sayılı Kanun md. 46/1 anlamında karı – koca ilişkisi Medeni Kanuna göre belirlenmesi gerektiği için hakim ile aynı mahkeme heyetinde görev yapan diğer bir hakim, zabıt katibi, tanık, bilirkişi veya savcı arasında evlilik birliği olmadan birliktelikte yaşama görev yasağı kapsamında olmayıp, CMK md. 24 kapsamında red nedeni oluşturabilir.

¹¹⁰ Nitekim CGK kararında, somut olayda sanık tarafından, hâkimin davaya bakamayacağı veya tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerin bulunduğu ileri sürülerek yapılmış bir hâkimin reddi isteğinin bulunmadığı, hâkimin de davaya bakmaktan çekinmediği belirtilmektedir.

¹¹¹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 24, Nr. 11; karşı görüş, Wolfgang SIOLEK, in: Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Bası 2016, Cilt 1, §§ 1-47, § 24, Nr. 34.

¹¹² 8. CD., 10.07.2002, E. 2001/11935, K. 2002/7928; aynı yönde: 3. CD, 23.10.2001, E. 2001/10008, K. 2001/10383.

4. Hakimin görev yasağı bulunmasının sonuçları

1) Hakimin çekinmesi mecburiyeti ve reddi

Görev yasaklarından birinin bulunması halinde hakimin o davaya bakması kanunen yasaklanmıştır. Hakimin görev yasağının bulunduğunu bilip bilmemesi ve muhakemeye katılanlarının görev yasağını ileri sürüp sürmemesi bu açıdan önem taşımaz. Görev yasağı olan hakim hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Bunun sağlanması ise öncelikle hakimin o davaya bakmaktan çekinmesi ile gerçekleştirilecektir. Ancak muhakemeye katılanlar da hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerde olduğu gibi görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle hakimin reddini isteyebilirler (md. 24).

Görev yasaklarından birisinin bulunması halinde hakimin öncelikle o davaya bakmaktan çekinmesi gerekir. Hakimin, kendisinde görev yasaklarından birinin bulunduğunu ileri sürmesine hakimin çekinmesi denir. Hakimin kendi kendisini reddetmesi anlamına da gelen hakimin çekinmesi, hakimin tarafsızlığını bozan sebepleri mahkemeye bildirerek bu konuda bir karar verilmesini sağlamasıdır¹¹³. Hakimin çekinmesi md. 30'da düzenlenmiştir. Çekinmenin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için hakimin çekinme talebinde bulunması ve bu talep hakkında md. 27'ye göre yetkili merci tarafından bir karar verilmesi gerekir.

Hakimin görev yasağının bulunduğu gerekçesi ile çekinmesi halinde yetkili merci hakimin bu beyanının doğruluğunu inceleme konusu yapmadan davayı başka bir mahkemeye göndermelidir (md. 30/1). Hakimin çekinmesinin yerinde olup olmadığına merci tarafından karar verilmesini öngören CMUK md. 29/1 hükmü, CMK md. 30'a alınmamıştır. Bunun nedeni madde gerekçesinde, "bu sebepler son derece açık, belli sebepler olup, bunların yerinde olup olmadığına incelenmesi, üzerinde herhangi bir tartışma yapılması gerekmemektedir" denilerek açıklanmıştır¹¹⁴. Hakime güven esasına dayanan bu düzenleme yerinde olmakla birlikte, bir çekinme nedeninin, örneğin önceki karara katılmış olmak gibi, kapsamı konusunda tartışmaların bulunduğu konularda görev yasağının söz konusu olup olmadığına yetkili mercii tarafından incelenerek karar verilmesine ilişkin bir istisna öngörülmesi gerekirdi¹¹⁵.

¹¹³ Claus ROXIN/Bernd SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Münih 2012, 27. Bası, § 8, Nr. 16.

¹¹⁴ Bu husus CMK md. 30 ile ilgili Adalet Komisyonu Raporunda belirtilmiştir, bkz. ŞAHİN, *Gazi Şerhi*, s. 142.

¹¹⁵ CENTEL/ZAFER'e göre (s. 745), "merci bu halde sadece yasaklılığı gerektiren neden-

Hakimin çekinmesi için md. 30'da herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bu nedenle hem görev yasaklarına dayanan bir çekinmede hem de tarafsızlığı şüpheye düşüren nedenlere dayanarak çekinmede hakimin reddine ilişkin md. 25'teki süre şartı aranmayacaktır¹¹⁶. Ancak süre şartının aranmaması, hakimin çekinme talebinde bulunmayı geciktirebileceği ve istediği zaman çekinebileceği anlamına gelmez. Bu nedenle hakim, çekinme nedenini öğrenir öğrenmez çekinme talebinde bulunmalı, bu konuda muhakemeye katılanların red talebinde bulunmasını beklememelidir¹¹⁷. Hakimin çekinmesi halinde bu çekinmeyi inceleyecek merci md. 27'ye göre belirlenecektir¹¹⁸.

Hakimin görev yasaklarından birisinin bulunması halinde esas olan hakimin kendiliğinden çekinmesidir. Ancak muhakemeye katılanlar da görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle md. 24 vd. uyarınca hakimin reddini isteyebilirler. Tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlere dayanarak hakimin reddi md. 25 uyarınca süre yönden sınırlandırıldığı halde, görev yasaklarına dayanan bir red talebinde herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Görev yasaklarına dayanan red talebinin usulü, ispat konusu, talebi incelemeye yetkili mercii, talebin incelenmesi ve mercii kararına karşı kanun yolları hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren nedenlere dayanan redde ilişkin hükümlere tabi olup, md. 26 vd. düzenlenmiştir. Çalışmanın kapsamını genişletmemek için bu konular üzerinde durulmayacaktır.

2) Hakkında görev yasağı bulunan hakimin yaptığı işlemlerin geçerliliği sorunu

Görev yasağı bulunan bir hakimin verdiği karar veya hüküm yok hükmünde olmayıp kanun yolunda bozulmadığı sürece geçerlidir¹¹⁹. Nitekim görev yasaklarına uyulmamış olması md. 289/1-b uyarınca kesin hukuka

lerin varlığını denetler; çekinmenin yerinde olup olmadığına karar veremez". ÜNVER/HAKERİ'ye göre (s. 181), "kanunumuz yasaklılığı gerektiren sebeplerin mevcudiyeti halinde mercie çekinmenin uygun olup olmadığına karar verme yetkisi vermemiş ve fakat mercii çekinme sebebinin hangi hususa dayandığını araştırma yetkisi tanımış olduğunu kabul etmek gerekecektir." ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE'ye göre (s. 519), bu durumda merci görev yasaklarına dayanan çekinmenin "yerindelik hususunu da" incelemelidir.

¹¹⁶ Aynı şekilde CMUK'da da bir süre sınırlaması getirilmemişti; bu konuda bkz. CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 136.

¹¹⁷ Siolek, LR-StPO I, § 30 Nr. 3.

¹¹⁸ 10. CD, 07.05.2007, 11025-5295 (YAŞAR/ OTACI, s. 489

¹¹⁹ MEYER-GOSSNER/SCHMITT, § 22, Nr. 21; WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 23.

aykırılık hallerinden olup hükmün bozulmasını gerektirmektedir. Görev yasağı bulunan hakimin katıldığı hükme karşı kanun yoluna başvurulmamışsa hüküm kesinleşir. Görev yasağı duruşma sırasında ortaya çıkmışsa veya duruşma sırasında öğrenilmişse Alman hukukunda duruşmanın yenilenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak duruşmaya yedek hakim de katılmışsa istisnaen duruşmanın yeniden yapılması gerekmeyebilir¹²⁰. Görev yasağının varlığını fark eden hakimin, artık hakim sıfatıyla herhangi bir işlem yapmaması gerekir. Buna rağmen bir işlem yapılmışsa bu işlemin yeniden yapılması gerekir¹²¹.

Görev yasağı olan bir hakim tarafından yapılmış duruşma sonunda verilecek kararı etkileyebilecek nitelikteki muhakeme işlemlerinin görev yasağı olmayan hakim tarafından yeniden yapılması gerekir. Ancak bu şekilde hükmün kesin hukuka aykırılık nedeniyle bozulması önlenemez. Bu nedenle hakkında görev yasağı olan bir hakim tarafından toplanan delillerin duruşmada değerlendirilmesi yapılamaz. Yine tanığın duruşmada dinlenmesi yerine önceki dinleme tutanakların okunmasına izin verilen hallerde¹²² hakkında görev yasağı olan hakim tarafından daha önce yapılan dinleme sırasında tutulmuş olan tutanaklar duruşmada okunmamalıdır.¹²³

Görev yasağı olan bir hakimin katıldığı ara kararlar ve tutuklamaya ilişkin kararlar hukuka aykırı bir şekilde oluşmuştur, ancak bağlayıcıdır. Bu nedenle görev yasağı olan bir hakimin vermiş olduğu tutuklama kararı bağlayıcıdır ve bu kararın icra edilmesi hukuka aykırı değildir. Ancak bu tutuklama kararının, tutukluluğun incelenmesi sırasında veya karara itiraz edilmesi üzerine kaldırılarak yeni bir karar verilmesi gerekir.¹²⁴

Reddi istenen hakim, ret hakkında bir karar verinceye kadar yalnız gecikmesinde sakınca olan işlemleri yapabilir¹²⁵. Ret isteminin kabulüne karar verildiğinde, gecikmesinde sakınca bulunan hal nedeniyle yapılmış işlemler dışında, duruşmanın tekrarlanması gerekir.

Görev yasağına dayanan bir red talebinin haklı görülerek kabul edilmesi halinde baştan itibaren, reddi istenen hakimin katılma yasağı söz

¹²⁰ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 28.

¹²¹ CENTEL, **Hakimin Tarafsızlığı**, s. 87.

¹²² Alman CMK § 251, CMK md. 211)

¹²³ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 25.

¹²⁴ WESSLAU, SK-StPO Cilt: I, vor § 22, Nr. 26.

¹²⁵ ÖZTÜRK'e (Editör) göre (s. 182), uygulamada bu kural yok sayılarak ret talebine rağmen yargılamaya devam edilmektedir.

konusu olur. Bu durumda hakkında görev yasağı olan hakimin katılmış olduğu duruşmalar hukuka aykırı olarak yapıldığı için tekrarlanması gerekir. Çünkü kanunda açıkça görev yasağı olan hakimin hakimlik görevi yapamayacağı belirtilmiştir¹²⁶..

VII. Sonuç

1) Karar verecek hâkimin en önemli özelliklerinden birisi olan tarafsızlık, yargı görevinin yerine getirilmesinde bir tarafın lehine davranılmaması veya ön yargılı olunmaması demektir. Bunu sağlamak için başta kanunlar olmak üzere, anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde düzenlemeler yapılmıştır. AİHS md. 6/1’de, herkes davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde görülmesini isteme hakkına sahiptir denilerek, hakimin tarafsızlığı adil yargılanma hakkının esaslı bir unsuru olarak açıkça güvence altına alınmıştır.

2) Referandum ile kabul edilen 21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile AY md. 9’da yer alan “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenerek, madde metni “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni düzenleme sonucunda AYM tarafsız hakim güvencesinin kapsam ve sınırlarını doğrudan md. 9 hükmüne dayanarak belirleyebilecektir.

3) CMK’da hakimin tarafsızlığını sağlamak için iki grup tedbir öngörülmüştür. Bunlardan birincisi belli hallerin varlığı halinde hakimin görev yapmasının yasaklanmasıdır. Md. 22 ve 23’te sınırlı bir şekilde sayılan hallerden birinin varlığı halinde hakimin görev yapması kanunen yasaklanmıştır. Hakimin yargılama görevinde tarafsız ve önyargısız olmasını sağlayacak ikinci tedbir ise md. 24 uyarınca hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerden dolayı reddinin istenebilmesidir. Bu çalışmada tarafsızlığı şüpheye düşüren sebepler üzerinde durulmamıştır.

4) Hem görev yasaklarının hem de hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek nedenlerden dolayı reddinin amacı öncelikle, taraflı veya önyargılı hakimlerin hükme katılmasını önleyerek daha baştan yanlış kararların verilmesini engellemektir. Hakimlerin görevden yasaklanması ve reddi aynı amaca hizmet etmekle birlikte her iki kurum farklı şekilde düzenlenmiş ve farklı koşullara tabi tutulmuştur. Görev yasaklarında kanun koyucu daha baştan itibaren belli durumlarda hakimin tarafsız olmayacağını bir faraziye olarak kabul edip hakimin davaya bakmasını yasaklamakta ve aksini tartışma konusu yapmamaktadır.

¹²⁶ WESSLAU, SK-StPO I, vor § 22, Nr. 25.

5) Görev yasakları kanunda kural olarak sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olduğu için kıyasa yoluna başvurularak benzer durumlar yasak kapsamına dahil edilmemidir.

6) CMK md. 22’de düzenlenmiş olan ilk görev yasağı, hakimin kendisinin suçtan zarar görmüş olmasıdır. Bu yasak, “Hiç kimse kendi davasında hakim olmaz” şeklindeki temel hukuk ilkesinde ifadesini bulmaktadır. Suçtan zarar görmenin görev yasağı teşkil edebilmesi için, hakimin yargılamasını yaptığı suçtan doğrudan zarar görmüş olması gerekir. Hakimin dolaylı olarak zarar gördüğü durumlar hakimin tarafsızlığını şüpheye düşürecek haller kapsamında değerlendirilmelidir.

7) Soruşturma veya kovuşturma evrelerinin herhangi bir aşamasında muhakeme işlemi savcı olarak yapan veya savcı olarak işleme katılan kişinin, aynı işle ilgili daha sonra verilecek bir karar veya hükme hakim olarak katılması tarafsızlığını zedeleyecektir. Yargıtay yerinde olarak, il Cumhuriyet başsavcısı veya ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı olarak soruşturma evresinde diğer savcılar tarafından hazırlanan iddianamelere “olur” vererek kamu davasının açılmasını sağlayan savcının, bu dava sonucunda verilen hükmün temyiz edilmesi üzerine Yargıtay üyesi olarak temyiz incelemesine katılamayacağına karar vermiştir.

8) Kanunda “mağdur vekilliği” yapmış olmanın görev yasağı olduğu belirtilmişse de, buradaki mağdur vekilliğini, suçtan zarar görenin vekilliğini yapmış olmak şeklinde anlamak gerekir. Suçtan zarar gören bir tüzel kişinin vekili olarak onun avukatlığını yapmak da görev yasağı kapsamındadır.

9) Hakimin, aynı dava ile ilgili önceden tanıklık veya bilirkişilik yapmış olması da md. 22/1-h uyarınca görev yasağı olarak kabul edilmiştir. Md. 22/1-g de “bilirkişi sıfatıyla dinlenmiş” olmaktan bahsedilmiştir. Hükmün konuluş amacı dikkate alınarak hakimin tarafsızlığını sağlamak için maddedeki “dinlenilmiş” olmayı, ceza soruşturma veya kovuşturma makamlarının görevlendirmesi üzerine bilirkişi olarak yazılı veya sözlü görüş açıklamak şeklinde anlamak gerekir.

10) Kanun koyucu bir hakimin daha önce vermiş olduğu bir kararın etkisinde kalabileceğini düşünerek aynı işte daha sonra karar vermesini önlemek amacıyla CMK md. 23’te üç ayrı görev yasağı kabul edilmiştir. Ancak md. 22/1-g’den farklı olarak md. 23’te, önceki muhakeme faaliyetine hakimlik sıfatı ile katılmış olmak aranmaktadır.

11) CMK md. 23/1 ile esas itibarıyla, itiraz, istinaf veya temyiz kanun

yollarından birisine başvurulmuş olan bir hükme daha önceden katılmış olan bir hakimin, bu hüküm veya kararla ilgili yüksek görevli mahkemedeki yargılamaya katılması yasaklanmaktadır. CMK md. 23/1’de, “hüküm” kelimesinin yanına “karar” kelimesi de eklenerek, alt görevli mahkemede “hükme katılmak” yanında “karara katılmak” da görev yasağı olarak kabul edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir.

12) Yargıtay içtihatlarına göre, CMK md. 23/1 anlamında “karar veya hükme katılma” bir hakimin, “önceki yargılama sırasında, kişinin suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluştuğunu gösterir nitelikteki kararlara katılması”dır. Görevsizlik kararı veren hakimin aynı işin yargılamasına katılıp katılamayacağı konusu uygulamada uyuşmazlıklara neden olmaktadır. Ceza dairelerinin aksi yöndeki kararlarına karşın Yargıtay CGK, asliye ceza mahkemesince verilen görevsizlik kararına karşı sanık müdafii tarafından yapılan itirazı inceleyip reddeden ağır ceza mahkemesi heyetinde yer alan başkan ve üyelerin, görevsizlik kararı ile gelen aynı dosyanın yargılamasına katılmalarında md. 23/1’e aykırılık görmemektedir. Md. 23/1’deki görev yasağının kapsamının oldukça geniş tutulmasının hakimlerin tarafsızlığını sağlama açısından yerinde olduğu düşünülebilir. Ancak bunun görev yasağı kapsamında değil, md. 24 uyarınca hakimin reddi ile sağlanması daha isabetli olacaktır.

13) Bir işin soruşturma evresinde görev yapmış olan hakimin aynı işin kovuşturma evresinde görev yapma yasağı, hakimin md. 163 kapsamında görev yapması ile sınırlı olarak kabul edilmiştir. AİHM’ye göre, soruşturma aşamasında tutuklamaya veya tutukluğunun devamına karar veren hakimin aynı işin yargılamasına katılması tek başına hakimin tarafsızlığından şüphe duymayı gerektirmez. Ancak Mahkemeye göre, tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlar için şüphelinin kendisine yüklenen suçu işlediğine ilişkin yeterli şüphenin varlığının tespitini gerektiren halleri somut olayın özelliğine göre hakimin tarafsızlığını ihlal edebilir. AİHM kararı dikkate alınarak CMK Yürürlük Kanunu md.11’in kaldırılması yerinde olacaktır.

14) Yargılamanın yenilenmesi ile ilgili yeni görev yasağının amacı, yargılamanın yenilenmesi kanun yoluna (md. 311 vd.) işlerlik kazandırmaktır. Ancak md. 23/3’deki, “yargılamanın yenilenmesi halinde” ifadesi yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesinden sonra bu görev yasağının başlayacağı şeklinde anlamaya müsait olduğundan uygulamada yanlış kararların verilmesine neden olmaktadır. Bu hükmün konuş amacı ve gerekçesi dikkate alınarak, “yargılamanın yenilenmesi talebinin yapılması

halinde” olarak anlaşılmalı ve yenilenme talebinin yapılmasından itibaren bu konuda verilecek bütün kararlara ve yapılacak muhakeme işlemlerine katılma açısından görev yasağı kabul edilmelidir. Ancak uygulamada istikrarı sağlamak açısından md. 22/3’ün Yargıtay CGK kararları doğrultusunda değiştirilmesi yerinde olacaktır.

15) 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasındaki “Karı – koca, ikinci derece dahil kan ve sıhrî hısımlar bir mahkemenin aynı dairesinde görev yapamazlar” hükmünü de bir görev yasağı olarak nitelendirmek gerekir. Bu hüküm uyarınca karı - koca hakimlerin aynı mahkeme heyetinde görev yapması açıkça yasaklanmıştır. Yargıtay ceza daireleri, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin hakim sıfatıyla bakmayacağına karar vermektedir. Ancak CGK 05.06.2018 tarihli kararıyla ceza dairelerinin aksine olarak bu durumlarda hakimin görev yapmasının yasaklanmadığı sonucuna varmıştır. Yargıtayın, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan kamu davasında diğer eşin hakim sıfatıyla yargılama yapmasının ve karar vermesinin kanunda sınırlı olarak sayılan görev yasakları arasında bulunmadığına ilişkin içtihadı yerindedir. Ancak hakimin tarafsızlığına ilişkin güveni sağlamak açısından 2802 sayılı Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrası değiştirilerek, eşlerden birinin düzenlediği iddianame ile açılan davaya diğer eşin bakması yasaklanmalıdır.

16) Görev yasağı olan hakim hiçbir muhakeme işlemi yapamaz. Bunun sağlanması ise öncelikle hakimin o davaya bakmaktan çekinmesi ile gerçekleştirilecektir. Ancak muhakemeye katılanlar da hakimin tarafsızlığını şüpheye düşüren sebeplerde olduğu gibi görev yasaklarının bulunduğu gerekçesiyle de hakimin reddini isteyebilirler. Hakimin çekinmesi için md. 30’da herhangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir.

17) Görev yasağı bulunan bir hakimin verdiği karar veya hüküm yok hükmünde olmayıp kanun yolunda bozulmadığı sürece geçerlidir. Nitekim görev yasaklarına uyulmamış olması md. 289/1-b uyarınca kesin hukuka aykırılık hallerinden olup hükmün bozulmasını gerektirmektedir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALKAN, Ali, “2013-2014 Adli Yıl Açış Konuşması”, **Yargıtay Dergisi**, Ekim 2013, Cilt: 39, Sayı: 4.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018
- CENTEL, Nur, “Hakimin Tarafsızlığı ve Güvenceleri”, nurcentel.com/makaleler/guncelhukuktarafsizlik.pdf (erişim tarihi: 29.10.2018)
- CENTEL, Nur **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı** (Centel, Hakimin Tarafsızlığı) İstanbul 1996.
- ERGÜL, Ozan, “Anayasa Mahkemesi ve Hakim Tarafsızlığı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 244-257
- GIEGERICH, Thomas, **Yargının Bağımsızlığı, Tarafsızlığı ve Yönetimi Hakkında Rapor**, Ankara 2009 (<http://www.abgm.adalet.gov.tr/avrupabirligi/turkyargisi/istisariziyaret/tr/%C4%B0stisariZiyaretRaporu-2008-tr.pdf>)
- GRABENWARTER, Christop, “Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılama Hakkı (İHAS md. 6)”, (Çev: Osman Can), in: Kayıhan İçerl/Yener Ünver, **Adil Yargılanma Hakkı v Ceza Hukuku** Ankara 2004.
- GÖKCEN, Ahmet/ BALCI, Murat/ ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerem, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, 2. Bası, Ankara 2017.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 3. Bası, Ankara 2002.
- İNCEOĞLU, Sibel, **Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği**, Ankara 2007.
- İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul 2002.
- KARAASLAN, Varol, “Hakimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı**, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 97-132.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (www.kazanci.com).

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**,

10. Bası, Ankara 2017.

MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen**, 56. Bası, Münih 2013.

METİN, Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Anayasa Yargısı** 27 (2010), s. 217-272.

ÖDEN, Merih, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ankara 1993, Cilt 43, S.1-4, s. 61-124.

ÖNDER, Ayhan, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 22 inci Maddesine Göre Hakimin Davaya Bakamayacağı Haller”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası X, 2-4 (1967) s. 518- 568.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 11. Bası, Ankara 2018.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara 2018.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER,Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ ALTINOK VILLEMIN, Derya/ TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2018 (Atıf: ÖZTÜRK, Editör).

ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Bası, Münih 2012.

SIOLEK, **Wolfgang**, in: Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Bası 2016, Cilt 1, §§ 1-47.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan/ SANCAKTAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Ankara 2002.

TOPUZ, Gökçen / KONAN, Belkıs, “Türk Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 66 (4) 2017, s. 763-794.

ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku – I -**, 9. Bası, Ankara 2018.

- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku –II-**, 7. Bası, Ankara 2018.
- UZUN, Cem Duran, “6771 Sayılı Kanunla Anayasada Yargıyla İlgili Yapılan Düzenlemeler”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, s. 409-433.
- ÜNVER, Yener/ HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 14. Bası, Ankara 2018.
- WESSLAU, Edda, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung: SK-StPO, Cilt I: §§ 1-93 StPO, 5. Bası Münih 2016.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 12. Bası, İstanbul 2007.
- YAŞAR, Osman/OTACI, Cengiz, **Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Cilt I, 6. Bası, Ankara 2015.

GELİR VERGİSİ KANUNU'NA GÖRE BİNALARIN ÇATI VE CEPHELERİNDE YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARINDAN ÜRETİLEN ELEKTRİĞE GETİRİLEN VERGİ MUAFİYETİ

N. Münci ÇAKMAK*

ÖZ

Fosil yakıtlar çevreyi yok etmektedir, aynı zamanda da kıt kaynaklardır. Bu nedenle yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelmek kaçınılmazdır. Yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretimi yüksek maliyetlidir. Hem yatırımcıların hem de hane kullanıcılarının yenilenebilir enerji üretimine geçebilmesi için devletçe teşviklerle desteklenmesi gerekmektedir. Binaların çatı ve cephe yüzeyleri fotovoltaik paneller ve küçük rüzgâr türbinleri yerleştirilmesi için oldukça uygun alanlardır. Bu alanların elektrik üretiminde kullanılması hem çevre hem de ekonomik açıdan son derece yararlıdır. Vergi muafiyetleri birçok alanda kullanılan devlet desteklerinden biridir. Gelir Vergisi Kanunu da çatı ve cephelere yerleştirilen güneş panelleri ve rüzgâr türbinleri konusunda vergi muafiyeti düzenlemektedir.

Anahtar Kelimeler: Vergi muafiyeti, yenilenebilir enerji, güneş enerjisi, çatı üstü güneş enerjisi, rüzgâr enerjisi, teşvik

TAX EXEMPTION ACCORDING TO INCOME TAX ACT, FOR THE ELECTRICITY WHICH IS GENERATED FROM RENEWABLE ENERGY RESOURCES ON ROOFTOPS AND FACADES OF BUILDINGS

ABSTRACT

Fossil fuels are destroying the environment, and also they are limited resources, so that shifting into renewable energy is inevitable. Generating energy from renewable energy resources costs high. For shifting into renewable energy generation, both investors and residents must be supported with incentives by the State. Rooftops and facades of the buildings are very suitable places for photovoltaic panels and small wind turbines. Utilizing these areas for electricity generation is very beneficial for the environment and for the economy. Tax exemption is one of the governmental incentives which are used in many ways. Income Tax Act regulates tax exemptions about solar panels and wind turbines that are placed on rooftops and facades.

Keywords: Tax exemption, renewable energy, solar energy, rooftop solar energy, wind energy, incentive

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : / /2017

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: / /2017

1) Giriş

Küresel ısınma ve iklim değişikliği sorunları bütün dünya ülkeleri açısından kalkınma ve enerji stratejilerinin en belirleyici ölçütü haline gelmiştir.¹ Enerji, çevre ve kalkınma arasındaki ilişkilerin derin ve karmaşık olduğu² unutulmamalıdır.

Çevre problemlerin temelinde enerji talebinin sürekli artması yer almaktadır.³ Küresel enerji talebi ise yılda ortalama %1,5 oranında artmaktadır.⁴ Artan enerji talebi de zaten çevreyi kirleten fosil yakıtlarla karşılanmaktadır. Bu da kirlenmenin daha da artmasına yol açmaktadır.

Yenilenebilir enerji kullanımının teşvik edilmesi; çevre kirliliği, tükenen fosil yakıtlar ve artan enerji ihtiyacı nedeniyle zorunluluk haline gelmiştir.⁵

“Kamu otoritelerinin binalarda enerji tasarrufu sağlama, enerjiyi verimli kullanma ve yenilenebilir enerji olanaklarından yararlanma olanaklarını artırmak amacıyla uygulamaya koyabileceği pek çok politika tedbiri bulunmaktadır.”⁶

Türkiye enerji konusunda dışa bağımlı bir ülke olup yüksek düzeydeki cari açığın en önemli nedenlerinden birisi fosil yakıt ithalatıdır.⁷ Yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı bu yönden de ekonomik katkı sağlayacaktır.

¹ AKÇAY, Vildan Hilal – Sibel BİLGİN, “Sürdürülebilir Kalkınma Politikası Açısından Yenilenebilir Enerji Kooperatifçiliğine Yönelik Mali Teşviklerin Önemi”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi, 2017, 52 Özel Sayı, s. 869.

² ÇOBAN, Orhan – Nazan ŞAHBAZ KILINÇ, “Enerji Kullanımının Çevresel Etkilerinin İncelenmesi”, Marmara Coğrafya Dergisi, Sayı 33, Ocak 2016, s. 591.

³ ÇOBAN/KILINÇ, 2016, s. 591.

⁴ ÇELİKKAYA, Ali, “Dünyada Yenilenebilir Enerji Yatırımlarına Sağlanan Vergi Teşviklerinin Değerlendirilmesi”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, Haziran 2018, s. 375.

⁵ ULUSOY, Ahmet – Ceyda BAYRAKTAR DAŞTAN, “Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Yönelik Vergisel Teşviklerin Değerlendirilmesi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt 7, Yıl 7, Sayı 17, 2018/1, s. 126.

⁶ ERDOĞDU, M. Mustafa – Coşkun KARACA – M. Emre ÇAMLİBEL – Gülcemal ALHANLIOĞLU – Yalvaç AKGÜN – Deniz UĞURLU, “Enerji Tasarrufu Çerçevesinde Sürdürülebilir Binalar ve Yaygınlaşmasına Hizmet Edebilecek Maliye Politikaları”, 30. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı, 20-24 Mayıs 2015 Adnan Menderes Üniversitesi Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, s. 184.

⁷ ERDOĞDU vd., 2015, s. 171.

Fosil yakıtların neden olduğu olumsuz ekonomik ve sosyal etkiler, enerji üretiminde daha fazla yenilenebilir kaynak kullanarak aşılabilir.⁸

Yenilenebilir enerji kaynaklarının üretiminin ve kullanımının gelişmesi için pek çok teşvik türü bulunmaktadır. Bunun bir grubu da vergisel teşviklerdir. Vergisel teşviklerin de aşağıda genel hatlarıyla belirlediğimiz üzere birçok çeşidi vardır. Muafiyetler, vergi teşvikleri içinde önemli bir gruptur. Çalışmamızda, binaların çatı ve cephelerinde yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilen elektrik enerjisi konusunda 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan ve sadece esnaflara tanınan vergi muafiyetini incelemekteyiz. Kanun her ne kadar “yenilenebilir enerji kaynakları” ifadesini kullanarak düzenleme yapsa da, binaların çatı ve cephelerinde bugünkü teknoloji ile sadece güneş ve rüzgâr enerjisi sistemleri kurulması mümkündür, bu nedenle yenilenebilir enerji kaynakları içerisinde sadece güneş ve rüzgâr enerjisine kısaca yer vermeyi uygun gördük.

2) Yenilenebilir enerji kaynakları

Yenilenebilir enerji kaynakları kaynağı doğada hazır bulunan ve insan kullanımı ile tükenmeyen/yenilenen/sürdürülebilir enerji kaynaklarıdır.⁹

Yenilenebilir enerjinin; enerji arzı güvenliği, enerjide dışa bağımlılığın azaltılması, karbon emisyonlarının azaltılması ve istihdam yaratma¹⁰ gibi olumlu yönleri söz konusudur. Yenilenebilir enerji kullanılması, özellikle küresel ısınmanın kontrolü açısından büyük önem arz etmektedir.¹¹

Yenilenebilir enerji kaynaklarının olumsuz yönleri de vardır. Bazıları kesintili ve kararsız özelliğe sahip oldukları için elektrik güç sistemine değişken güç sağlarlar,¹² enerji üretimi için maliyeti yüksek bazı evrelerden

⁸ ÇINAR, Serkan – Mine YILMAZER, “Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belirleyicileri ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Gelişmekte Olan Ülkeler Örneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Yıl 2015, s. 73.

⁹ ÇELİKKAYA, Ali, “Yenilenebilir Enerjinin Teşvikine Yönelik Uluslararası Kamu Politikaları Üzerine Bir İnceleme”, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran 2017, 172, s. 54.

¹⁰ ÇOBAN/KILINÇ, 2016, s. 591.

¹¹ UYSAL, Fahriye, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Alternatiflerinin Seçimi İçin Graf Teori ve Matris Yaklaşım”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi, Sayı 13, 2011, 12. Uluslararası Ekonometri, Yöneylem Araştırması, İstatistik Sempozyumu Özel Sayısı, s. 24.

¹² ÖZDEMİR, Engin – Şule ÖZDEMİR – Koray ERHAN – Ahmet AKTAŞ, “Akıllı Şebekelerde Enerji Depolama Uygulamalarının Önündeki Fırsatlar ve Karşılaşılan Zorluklar”, Journal of the Faculty of Engineering and Architecture of Gazi University, 32:2, 2017, s. 500.

geçilmesi gerekmektedir¹³ yani yüksek maliyetlidirler, düşük güç yoğunluğuna sahiptirler,¹⁴ teknoloji gerektirirler¹⁵ ve bazı hallerde çevreye zarar verme ihtimalleri vardır.¹⁶

Yenilenebilir enerji teknolojilerinin maliyeti hızla düşmektedir.¹⁷ Maliyetler düştükçe hem yatırımcılar büyük ölçekli yenilenebilir enerji santrallerine yatırım yapmakta hem de tüketiciler kendi enerjilerini yenilenebilir kaynaklarından ucuza üretebilmektedirler.

Yenilenebilir enerji kaynakları rüzgâr, güneş, hidrojen, dalga, gelgit, okyanus, su (hidroelektrik), jeotermal ve biyokütle olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de enerji üretiminde güneş, jeotermal, rüzgâr gibi yenilenebilir kaynaklardan yeterince faydalanılamamış; sadece hidro enerji kaynakları ağırlıklı olarak kullanılır hale gelmiştir.¹⁸ Türkiye’nin enerji konusunda dışa bağımlılığını azaltması için yerli ve yenilenebilir enerji politikalarına önem vermesi zorunludur.¹⁹

2.1) Rüzgâr enerjisi

Rüzgâr enerjisi, rüzgârdaki kinetik enerjinin önce mekanik daha sonra da elektrik enerjisine çevrilmesi yoluyla elde edilmektedir.²⁰

¹³ NOGUEIRA, Carlos Eduardo Camargo vd., “Sizing and Simulation of a Photovoltaic-wind Energy System Using Batteries, Applied for a Small Rural Property Located in the South of Brazil”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 29, 2014, s. 152.

¹⁴ MARIN, Francesca – Alberto MIRANDOLA, “Ethics, Communication, and Propaganda About Energetic and Environmental Topics”, *American Journal of Energy Engineering*, 2015, 3(6), s. 82.

¹⁵ ÇAKMAK, N. Münci, *İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji*, Ankara, Şubat 2018, s. 65.

¹⁶ ÇAKMAK, 2018, s. 67 vd.

¹⁷ ÇELİKKAYA, 2017, s. 59.

¹⁸ ESER, Levent Yahya–Sedat POLAT, “Elektrik Üretiminde Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Kullanımına Yönelik Teşvikler: Türkiye ve İskandinav Ülkeleri Uygulamaları”, *Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi*, Sayı 12, Ocak 2015, s. 202.

¹⁹ YİĞİT ŞAKAR, Ayşe, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Alanında Faaliyet Gösteren İşletmelere Sağlanan Vergi Teşvikleri”, *Eurasian Business & Economics Journal*, 2016, Vol: S2, s. 69.

²⁰ ATA, Raşit, “Otonom Bir Rüzgâr Türbininin Farklı Yüksekliklerdeki Enerji Eldesinin YSA İle Analizi”, *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, No 3, 2008, s. 523.

Rüzgâr enerjisinin başlıca avantajları şöyle sıralanabilir; sera gazı emisyonları yoktur²¹, düşük maliyetli, temiz ve bedava olmalarının yanında taşıma sorunları da bulunmamaktadır²², sürekli ve yerli olmalarının yanında doğrudan kullanılabilir olmaları nedeniyle yakıt-hammadde maliyetleri de yoktur.²³

Rüzgâr enerjisinin olumsuz yanları da vardır. Rüzgârın esmemesi problem yaratır ve pil kullanılmadığı sürece depolanamazlar²⁴, gürültü kirliliğine sebep olurlar²⁵, kuş ve yarasaya ölümlerine yol açarlar.²⁶

Hem çatı üzeri hem de küçük ölçekli rüzgâr türbinleri yenilenebilir enerji sektörü içerisinde giderek ivme kazanmaktadır.²⁷

Türkiye’de yüksek rüzgâr enerji potansiyeline sahip alanlar kıyı kesimlerinde olmasına rağmen iç kısımlarda orta şiddette rüzgâr potansiyeline sahip bölgeler de bulunmaktadır.²⁸ Bu nedenle birçok yöremizde çatılara rüzgâr türbini yerleştirerek verimli bir şekilde elektrik üretmek ve teşviklerden yararlanmak mümkündür.

Türkiye’de rüzgâr enerjisi kullanımını hızla artmakta olup 2005 yılında 20.1 MW olan kurulu güç 2017 yılı Temmuz ayında 322 katlık bir artışla 6483,9 MW seviyesine ulaşmıştır.²⁹

²¹ ÇELİK, Ömer – Zafer UTLU, “Rüzgâr Enerji Santrallerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları”, İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 19, 2013, s. 59.

²² İLKILIÇ, Cumali, “Wind Energy and Assessment of Wind Energy Potential in Turkey”, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 16, 2012, s. 1166.

²³ BAYRAÇ, H. Naci, “Küresel Rüzgâr Enerjisi Politikaları ve Uygulamaları”, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt XXX, Sayı 1, 2011, s. 40.

²⁴ KIKUCHI, Ryunosuke, “Adverse Impacts of Wind Power Generation on Collision Behaviour of Birds and Anti-predator Behaviour of Squirrels”, Journal of Nature Conservation 16, 2008, s. 46.

²⁵ ÖZEN, Ahmet – Mahmut Ünsal ŞAŞMAZ – Ercan BAHTİYAR, “Türkiye’de Yeşil Ekonomi Açısından Yenilenebilir Bir Enerji Kaynağı: Rüzgâr Enerjisi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 17(28), 2015, s. 88.

²⁶ YORULMAZ, Tarkan, “Rüzgâr Enerjisi ve Yarasalar”, Türkiye Yarasaları, Sempozyum I (25-26 Ekim 2013 – Balıkesir), Bildiriler Kitabı, Editör: Prof. Dr. İrfan ALBAYRAK, Ankara 2014, s.69.

²⁷ SALKIN, Patricia E., “The Key to Unlocking the Power of Small Scale Renewable Energy: Local Land Use Regulation”, Journal of Land Use & Environmental Law, Vol. 27:2, Spring 2012, s. 354.

²⁸ DİKMEN, Erkan – Fatma Kadriye ÖRGEN, “Ağlasun Bölgesi İçin Rüzgâr Hızı Tahmini Ve En Uygun Türbin Tespiti”, Ömer Halisdemir Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2018, s. 872.

²⁹ KILIÇ, Çağdaş – Mutlu YILMAZ – Ramazan SARI, “Rüzgâr Enerji Sistemlerinin Sosyal

2.2) Güneş enerjisi

Güneş enerjisi tükenmeyen, çevreyi kirletmeyen, dışalım gerektirmeyen ve bir ölçüde de bedava sayılabilecek bir kaynaktır.³⁰

Türkiye, coğrafi konumu itibariyle sahip olduğu güneş enerjisi potansiyeli açısından birçok ülkeye göre daha şanslıdır.³¹

Pahalı olmaları nedeniyle başlangıçta çok fazla talep görmeyen güneş enerjisi panel sistemlerinin maliyetleri, gelişen piyasaların ve artan rekabetin etkisiyle 1990'lı yıllarla birlikte (özellikle 2008 yılından itibaren) düşmeye başlamıştır.³²

Güneşin ya doğrudan ısısından yararlanılır ya da güneş ışınları elektriğe çevrilir; düşük dereceli ısı üretiminde güneş ışınları yüzeylerde absorbe edilerek doğrudan ısı üretilir (su ısıtmak); yüksek dereceli solar ısıda güneş ışınları belli bir noktaya odaklanarak elde edilen yüksek sıcaklıkta sıvılar ısıtılarak elektrik üretilir; fotovoltaiik teknolojiye ise güneşten gelen ışıklarda bulunan ultraviyole, yüzeyler üzerinde doğrudan elektriğe çevrilir.³³ Çalışmamıza konu olan muafiyetler, fotovoltaiik güneş panelleri kullanarak elektrik üreten kişilere yönelik muafiyetlerdir.

Güneş panellerinin hanelerde kullanımı hem mülk sahibine hem de mülke kâr sağlamaktadır.³⁴ Buna karşılık güneş panelleri, kişisel sermaye harcaması gerektirmekte, paneller evin değerini artırsa da evin masraflarını da (bakım, onarım, sigorta giderleri) artırmaktadır.³⁵ Bu nedenle hanelerden veya üreticilerden yaşadıkları evlere veya üretim tesislerine büyük miktarlarda güneş paneli yerleştirmelerini beklemek biraz zordur. Maliyetlerin ciddi seviyede azalması gerekmektedir.

Kabul Dinamiklerini Anlamak”, Coğrafi Bilimler Dergisi, 15(2), 2017, s. 137.

³⁰ DİNÇER, Furkan, “Türkiye’de Güneş Enerjisinden Elektrik Üretimi Potansiyeli – Ekonomik Analizi ve AB Ülkeleri İle Karşılaştırmalı Değerlendirme”, KSU Mühendislik Dergisi, 14(1), 2011, s. 9.

³¹ DİNÇER, 2011, s. 11.

³² KPMG International, Taxes and Incentives for Renewable Energy, 2015, s. 2; ÇELİKKAYA, 2017, s. 56.

³³ GOLDEMBERG, Jose, “The Case for Renewable Energies”, Renewable Energy – A Global Review of Technologies, Policies and Markets, Edited by: Dirk ASSMANN, Ulrich LAUMANN, Dieter UH, 2006, s. 4.

³⁴ MOSS, Jeffrey D., “Solar Panels, Tax Incentives, and Yoru House”, Probate & Property, January/February 2010, s. 18.

³⁵ MOSS, 2010, s. 18.

Enerjimizin büyük bir kısmını etrafımızdaki inşa edilmiş çevre içerisindeki temiz kaynaklardan elde etmek (çatılar, otoparklar, yollar) hem iklim değişikliğine hitap edecek hem de enerji ihtiyaçlarımızı karşılayacaktır.³⁶

Dar gelirli olmak güneş enerjisi ve onun sağladığı menfaatlere ulaşmanın önünde engel teşkil etmektedir.³⁷ Her ne kadar güneş panellerinde ucuzlama olsa da henüz çok ucuz olmadıklarından dolayı belirli bir gelir seviyesinin altında kalan şahısların kullanması oldukça zor görünmektedir. Bu nedenle teşvik edilmeleri gerekmektedir.

Türkiye güneş enerjisi potansiyelini etkin ve yaygın bir şekilde kullanmamaktadır.³⁸ Türkiye'nin zengin güneş enerjisi potansiyeli dikkate alınarak, güneş enerjisinden elektrik üretimi konusunda bir an önce önemli, somut, sürdürülebilir ve uygulanabilir politikalar izlenmelidir.³⁹

3) Dağıtılmış üretim sistemleri

Çatı ve bina gövdelerine yerleştirilen güneş panelleri ve rüzgâr türbinleri, teknik açıdan Dağıtılmış Üretim sistemi olarak adlandırılmaktadır. Dağıtılmış Üretim (Distributed Generation) tüketimin olduğu yerde veya yakınında üretilen enerji anlamına gelir; genelde küçük ölçekli elektrik üretimi olarak karşımıza çıkar.⁴⁰ Tüketici merkezlerine yakın, elektrik dağıtım şebekesine bağlı ya da tek başına çalışabilen, coğrafi olarak yayılı kaynakları içeren yapılarıdır.⁴¹ Başlıca Dağıtılmış Üretim teknolojileri; içten yanmalı motorlar, mikro türbinler, küçük hidro, mikro hidro, güneş enerjisi, rüzgâr türbinleri, fotovoltaik sistemler, yakıt hücreleri ve jeotermal enerji olarak sayılabilir.⁴²

³⁶ RYAN, Greer, Throwing Shade, 10 Sunny States Blocking Distributed Solar Development, 2018 Edition, Center for Biological Diversity, April 2018, s. 4.

³⁷ PAULOS, Bentham, Bringing the Benefits of Solar Energy to Low-Income Consumers, A Guide for States & Municipalities, May 2017, Sustainable Solar Education Project, s. 5.

³⁸ VARINCA, Kâmil B. – M. Talha GÖNÜLLÜ, Türkiye’de Güneş Enerjisi Potansiyeli ve Bu Potansiyelin Kullanım Derecesi, Yöntemi ve Yaygınlığı Üzerine Bir Araştırma”, UGHEG 2006 I. Ulusal Güneş ve Hidrojen Enerjisi Kongresi, 21-23 Haziran 2006, ESOGÜ, Eskişehir, s. 274.

³⁹ DİNÇER, 2011, s. 9.

⁴⁰ RYAN, 2018, s. 4.

⁴¹ SEZGİN, Mustafa Selim – Aysen BASA ARSOY, “Dengesiz Güç Sistemlerinde Dağıtılmış Üretim”, ELECO 2012, Elektrik – Elektronik Ve Bilgisayar Mühendisliği Sempozyumu, 29 Kasım – 01 Aralık 2012 Bursa, s. 60.

⁴² ACKERMANN, Thomas – Göran ANDERSSON – Lennart SÖDER, “Distributed Generation: A Definition”, Electric Power Systems Research, 57, 2001, s. 198.

Dağıtılmış güneş enerjisi sistemleri/rüzgâr türbinleri nispeten küçük kapasiteye sahip (1 MW altında), şebekeden bağımsız çalışan ve sıklıkla inşa edilmiş çevreye yerleştirilmiş (konutların, ticari ve devlete ait binaların çatılarına) şekilde fonksiyon gösterirler.⁴³ Binalara yerleştirilmeleri nedeniyle biyolojik çeşitliliğe de zarar vermezler.⁴⁴

Dağıtılmış Üretim sürdürülebilir enerjinin geleceği açısından önemlidir, üretim ile tüketim arasındaki mesafeyi ortadan kaldırdığı için iletim kayıplarını önler, enerji sistemi üzerinde mülkiyeti güçlendirir, geniş ölçekli enerji uygulamalarının işgal ettiği alanları azaltmış olur⁴⁵, tekel durumunda olan tedarikçiden daha az enerji satın almamızı sağlar⁴⁶, “iletim şebekesinin az yüklenmesi, iletim ve dağıtım sistemi kayıplarının azalması, güvenilirlik ve güç kalitesinin artması, yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımının artması” gibi üstün yanları söz konusudur.⁴⁷

4) Yenilenebilir enerji kaynakları açısından vergi teşviklerinin önemi

Teşvik, “belirli bir sektörün ve/veya bölgenin diğerlerine oranla daha fazla ve hızlı gelişmesini sağlamak için devlet tarafından çeşitli yöntemlerle verilen maddi ve/veya maddi olmayan destek, yardım veya özendirme olarak tanımlanmaktadır.”⁴⁸ Teşvik kavramı genelde destekleme, özendirme, devlet yardımı ve sübvans etme gibi kavramları kapsamakta veya bu kavramlarla eş anlamda kullanılmaktadır.⁴⁹

⁴³ HERNANDEZ, R.R. – S.B. EASTER – M.L. MURPHY-MARISCAL – F.T. MAESTRE – M. TAVASSOLI – E.B. ALLEN – C.W. BARROWS – J. BELNAP – R. OCHOA-HUESO – S. RAVI – M.F. ALLEN, “Environmental Impacts of Utility-Scale Solar Energy”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 29, 2014, s. 768.

⁴⁴ HERNANDEZ vd., 2014, s. 769.

⁴⁵ RYAN, 2018, s. 4.

⁴⁶ RYAN, 2018, s. 5.

⁴⁷ SEZGİN/ARSOY, 2012, s. 60.

⁴⁸ ŞEN, Semih, “Yenilenebilir Enerji Üretiminde Maliye Politikası Aracı Olarak Teşvikler: Seçilmiş Bazı Avrupa Ülkelerinin Deneyimleri ve Türkiye”, *Journal of Life Economics*, Cilt 4, Sayı 1, 2017, s. 73. Benzer tanım için bkz. AKDEVE, Erdal – Erdal Tanas KARAGÖL, “Geçmişten günümüze Türkiye’de Teşvikler ve Ülke Uygulamaları”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı 37, Temmuz 2013, s. 330.

⁴⁹ SEVİNÇ, Haktan – Ö. Selçuk EMSEN – Eda BOZKURT, “Yatırım Teşvik Politikalarının Bölgesel Belirleyicilerine Yönelik Bir Analiz: Türkiye Örneği”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2016, s. 527.

Teşvikler, ulusal, bölgesel ve ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilmesi için kullanılan en önemli kamusal politika araçlarından birisidir.⁵⁰ Teşvik politikalarının “sanayileşmeyi ve ekonomik kalkınmayı sağlamak”, “ekonomide uluslararası rekabeti sağlamak”, “bölgesel kalkınmayı sağlamak” ve “istihdam yaratmak” gibi amaçları vardır.⁵¹

Yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretiminin; etkinlik, teknolojilerin yeniliği, ilk yatırım maliyetlerinin yüksek olması ve fosil kaynaklarla rekabet edebilmesi gibi gerekçelerle devlet tarafından desteklenmesi gerekmekte, bu devlet desteği ise bir maliye politikası aracı olan teşviklerle sağlanmaktadır.⁵²

Yenilenebilir enerjiye yönelik teşvikleri genel olarak yatırım teşvikleri, hükümet destekli krediler ve vergi teşvikleri şeklinde sınıflandırmak mümkündür.⁵³ Bu teşvikler birçok çeşittir. Konumuz vergi muafiyeti olduğu için genel olarak vergi teşviklerine değinmeyi uygun görüyoruz. Vergi teşvikleri, önceden belirlenmiş makroekonomik hedeflere ulaşabilmek için bazı ekonomik unsurlara ya da faaliyetlere vergisel kolaylıklar veya ayrıcalıklar sağlamaktır.⁵⁴ Yenilenebilir enerji üretiminde, üreticilerin maliyetlerini azaltarak, yatırımların kârlılığının artırılması amacıyla vergi teşviklerinden yararlanılır.⁵⁵

Yenilenebilir enerji üretimine sağlanan mali teşvikler üretim, yatırım veya tüketim aşamalarının her birinde uygulanabilmektedir.⁵⁶

Genel olarak vergisel teşvikler “*gelir/kurumlar vergisi muafiyeti/indirimi, yatırım indirimi, sermaye malları ithalatında gümrük muafiyeti, sermaye mallarında katma değer vergisi muafiyeti, sübvansiyonlu krediler, yerel yönetimlerin vergilerinde indirim/muafiyet, hammadde ithalatında vergi muafiyeti, kullanılan hammaddeler için katma değer vergisi muafiyeti, hammadde ihracatında katma değer vergisi muafiyeti, ihracat gelirlerinin*

⁵⁰ ERDOĞDU vd., 2015, s. 194.

⁵¹ CANDAN, Güzide TATAR – Volkan YURDADOĞ, “Türkiye’de Maliye Politikası Aracı Olarak Teşvik Politikaları”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 27, Mayıs 2017, s. 158.

⁵² ŞEN, 2017, s. 63.

⁵³ ULUSOY/DAŞTAN, 2018, s. 128.

⁵⁴ CANDAN/YURDADOĞ, 2017, s. 163.

⁵⁵ ŞEN, 2017, s. 65.

⁵⁶ ESER/POLAT, 2015, s. 207.

imtiyazlı kullanımı, zarar indirimi, son giren ilk çıkar stok değerlendirme metodu, sabit kıymetleri yenileme fonu, maliyet bedeli artırımı, yatırım indiriminde endekslendirme, menkul sermaye iratlarında indirim oranı uygulanması, diğer kazanç ve iratlarda indirim oranının uygulanması, zirai kazancın tespitinde maliyet bedeli artırımı, finansman giderleri kısıtlaması, araştırma ve geliştirme harcamalarında vergi ertelenmesi”⁵⁷ olarak karşımıza çıkar.

Yenilenebilir enerji konusunda çoğunlukla kullanılan vergi teşvik araçları ise; vergi muafiyet ve istisnaları (yatırım ekipmanı satın alma (veya ithal etmede) KDV muafiyeti, yatırım ekipmanı ithal etmede gümrük vergisi muafiyeti, gelir vergisi stopaj muafiyeti ve diğer fon ve ek ücretlerden muafiyet)⁵⁸, çeşitli indirimler, damga vergisi ve harçlardan muafiyet⁵⁹, zararların ileriye ve geriye mahsubu, vergi tatili ve vergi ertelenmesi⁶⁰, enerji vergileri, hızlandırılmış amortismanlar ve yatırım dönemine özgü bazı vergi avantajlarıdır.⁶¹

Yenilenebilir enerjiye yönelik teşvikler giderek artmakta olup küresel düzeyde 2007 yılında 41 milyar dolar olan kamusal teşvikler 2015 yılında 115 milyar dolar seviyesine yükselmiştir.⁶²

Yenilenebilir enerjinin devlet tarafından desteklenmesi hem yerli üreticileri teşvik etmekte hem de yenilenebilir kaynaklardan enerji üretiminin ülke çapında yaygınlaşmasını sağlamaktadır.⁶³

“Bir politika önlemi olarak vergisel indirimlerin arz yönüyle üretim-maliyet avantajı yaratabileceği gibi, talep yönüyle de daha düşük vergi uygulamalarının bireysel tüketici gelirlerini/refahını artırıcı etki yapacağı ve arz-talep boyutuyla canlanmalar doğuracağı ileri sürülebilir.”⁶⁴

⁵⁷ YÜCE, Mehmet., “Enflasyon Muhasebesi ve Bu Bağlamda Türk Vergi Sisteminde Yer Alan Düzenlemeler”, Mevzuat Dergisi, Yıl 2, Sayı 18, Haziran 1999’dan aktaran KARGI, Veli – Tacim YAYĞIR, “Küreselleşme, Vergi Rekabeti ve Türkiye’de Vergi Yükü”, International Journal of Public Finance, Vol. 1, Issue 1, 2016, s. 15.

⁵⁸ YURDADOĞ, Volkan – Şebnem TOSUNOĞLU, “Türkiye’de Yenilenebilir enerji Destek Politikaları”, Eurasian Business and Economics Journal, Volume 9, 2017, s. 17.

⁵⁹ ULUSOY/DAŞTAN, 2018, s. 150; detaylar için bkz. ULUSOY/DAŞTAN, 2018, s. 150 vd.; YURDADOĞ/TOSUNOĞLU, 2017, s. 11; ÇAKMAK, 2018, s. 152 vd.

⁶⁰ ŞEN, 2017, s. 65; AKÇAY/BİLGİN, 2017, s. 879.

⁶¹ AKÇAY/BİLGİN, 2017, s. 879-880.

⁶² ŞEN, 2017, s. 64.

⁶³ BAYRAÇ, 2011, s. 38.

⁶⁴ SEVİNÇ/EMSEN/BOZKURT, 2016, s. 550.

Teşvik uygulamalarında çeşitliliğin artırılması başarı ve verimlilik açısından önemli bir unsurdur.⁶⁵ Ancak Türkiye yenilenebilir enerji kaynaklarını destekleme konusunda vergisel teşvikleri yeterince çeşitlendirememektedir.⁶⁶ Daha fazla ve çeşitli yatırım ve üretime yönelik vergi teşvikleri, satış, enerji, karbondioksit ve diğer vergilerde indirim gibi uygulamalara yer verilmesi yenilenebilir enerji alanında faydalı olacaktır.⁶⁷

Yenilenebilir enerji kaynaklarına uygulanan vergi teşvikleri ya doğrudan yenilenebilir enerji kaynaklarından üretimin kendisine yöneliktir (çatı ve yüzey panellerinde olduğu gibi) ya da genel olarak yatırımcılara yönelik vergi teşvikleri üzerinden dolaylı olarak gerçekleşmektedir “Genel teşviklerin yanında yenilenebilir enerji yatırımlarına özgü vergi teşvik politikalarının hayata geçirilmesi yenilenebilir enerji yatırımlarının cazibesini daha da artıracaktır.”⁶⁸ Bu nedenle özellikle vergi konusunda gereken politikalar belirlenmelidir.

Türkiye’deki yatırımcıların, genel teşviklerden yararlanarak yenilenebilir enerji yatırımlarına yönlendirilmesi pek mümkün görünmediğinden “yenilenebilir enerji yatırımlarının payının daha hızlı ve verimli olarak artırılması için ilave önlemlerin alınması gerekmektedir.”⁶⁹

Vergi teşviklerinin olumsuz yanı da söz konusudur. Vergi konusunda sağlanan her avantaj, yenilenebilir enerjinin doğrudan kamu bütçesinden finanse edilmesi anlamına geldiğinden kamu finansmanı açısından problem teşkil edebilmektedir.⁷⁰

5) Vergi muafiyetleri

Vergi muafiyeti hem Dünya’da hem de ülkemizde tercih edilen teşvik türlerinden biridir.⁷¹

Yenilenebilir kaynaklardan enerji üretimine sağlanan mali teşviklerin başında gelen vergi muafiyeti ile yenilenebilir kaynaklardan enerji üretiminin

⁶⁵ CANDAN/YURDADOĞ, 2017, s. 173.

⁶⁶ ESER/POLAT, 2015, s. 220.

⁶⁷ ULUSOY/DAŞTAN, 2018, s. 153.

⁶⁸ ÇELİKKAYA, 2017, s. 79.

⁶⁹ YURDADOĞ/TOSUNOĞLU, 2017, s. 19.

⁷⁰ YURDADOĞ/TOSUNOĞLU, 2017, s. 11.

⁷¹ AKDEVE/KARAGÖL, 2013, s. 348.

toplam yatırım maliyeti düşürülerek bu alan yatırımcılar açısından cazip hale getirilmektedir.⁷²

Devletin elde edeceği gelirlerden belli faaliyetleri desteklemek amacıyla vazgeçmesine kamu maliyesinde vergi harcaması adı verilir.⁷³ Vergi harcaması ile devlet; ekonomik, mali ve sosyal amaçlarla tahsil edeceği vergilerden kısmen veya tamamen, geçici veya süresiz olarak feragat eder.⁷⁴ Birer vergi harcaması olan vergi muafiyet ve istisnaları, vergi mükelleflerine tanınan ayrıcalıkların neden olduğu vergi kayıplarını işaret eder.⁷⁵

Vergi sistemlerinde muafiyet, istisna ve indirimlerin çokça yer aldığı karmaşık bir vergi yapısı yerine hukuki boşlukların olmadığı basit bir vergileme yapısına ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir.⁷⁶ Her ne kadar vergi harcamaları hoş karşılanmasa da yenilenebilir enerjinin gelişmesi için AB'nin uyguladığı vergi teşvikleri büyük oranda vergi muafiyetleri ve gümrük muafiyetlerinden oluşmaktadır.⁷⁷

Yenilenebilir enerji kaynaklarını kullanarak enerji elde etmek çevre açısından yararlı bir faaliyettir. Bireylerin kendi enerjilerini ürettikleri küçük çaplı uygulamalar da ayrıca önemlidir. İki milyardan fazla insanın enerji hizmetlerine erişiminin olmadığı⁷⁸ düşünüldüğünde yenilenebilir kaynakların önemi daha da iyi anlaşılacaktır. Bu nedenle başta vergi muafiyetleri olmak üzere tüm vergisel teşvikler, yenilenebilir enerji kaynakları için gereklidir.

⁷² AKDOĞAN, Dilek Akbaş, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerjiye Yönelik Teşviklerdeki Son Gelişmeler”, Political Economy of Taxation, Editors: Murat AYDIN – S. Sami TAN, IJOPEC Publication No: 23, 2016, London İstanbul, s. 153.

⁷³ ÖZ, Ersan, “Türk Gelir Vergisindeki Bazı Vergi Harcamalarının Optimal Vergileme İlkeleri Açısından Analizi”, D.E.Ü.İ.İ.B.F.Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2002, s. 11.

⁷⁴ ÖZ, 2002, s. 11.

⁷⁵ GÜLER, Ahmet – Coşkun KARACA, “Türkiye’de Etkin Bir Vergi Sisteminin Kurulmasına İlişkin Politika Önerileri”, Scientific Cooperation For The Future In Economics And Administrative Sciences International Conference 2017 Proceedings Book, Editors: Yılmaz BAYAR – Grigorios ZAROTİADİS, Uşak University, Uşak 2017, s. 169.

⁷⁶ GÜLER/KARACA, 2017, s. 165.

⁷⁷ BACAK, Seda – Recep KÜLCÜ – Kamil EKİNCİ, “Türkiye ve AB Ülkelerinde Yenilenebilir Enerji Kaynakları Politikaları ve Hedefler”, Tarım Makinaları Bilimi Dergisi, 2009, 5(1), s. 11.

⁷⁸ GUPTA, Joyeeta – Louis LABEL, “Access and Allocation in Earth System Governance: Water and Climate Change Compared”, Int. Environ. Agreements, 2010, 10, s. 378.

6) Binaların Çatı ve Cephelerinde Kullanılan Yenilenebilir Enerji Sistemleri

Dünya'daki enerji ve doğal kaynakların en büyük kullanıcısı durumunda olan binalar; çevrenin korunması, enerji tasarrufu ve yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanımı açısından oldukça hayati bir öneme sahiptirler.⁷⁹

Çatılar, büyük çatıta kullanılmayan alanlar olup güneşten enerji üretimi için geniş alanlar anlamına gelmektedir.⁸⁰

Binalarda enerji üretimi daha fazla desteklenmeli, desteklemeler vergi teşviklerini de kapsamalı; örneğin yenilenebilir enerji ile donatılan binalar için emlak vergisi indirimi getirilmelidir.⁸¹ Böyle bir indirim veya muafiyet bireyleri teşvik edecek, yenilenebilir enerji kullanan ve yenilenebilir kaynaklardan enerji üreten bina sayısı artacaktır. Vergi veya parasal teşvikler, “hem ekosistemle uyumlu binaların inşasına hem de ekonomik ömrü daha uzun, tükettiği enerjinin bir kısmını kendisi üreten ve binalarda enerji verimliliğini/etkinliğini artıran binaların inşası ve bu çerçevedeki yatırımları teşviki” anlamına gelmektedir.⁸²

Yeşil bina olarak da adlandırılan bu tür binalar Amerika Birleşik Devletleri'nde özellikle de konut olarak kullanılanlar, aktif olarak desteklenmektedir; 28 eyalette yeşil binalar için %100 oranında emlak vergisi istisnası uygulanmaktadır.⁸³ Emlak vergisinin yanında binalarda yenilenebilir enerji üretimi yapılması halinde “Enerji Yatırımı Vergi Kredisi, Enerji Üretimi Vergi Kredisi, Hızlandırılmış Amortisman, Binalarda Enerji Geliştirme Yatırımı İçin Federal İşletme Gelir Vergisi Kredisi, Binalarda Alternatif Yakıt Araçlarının Kullanımı İçin Federal İşletme Gelir Vergisi Kredisi gibi vergi teşvikleri” de Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan teşviklerdir.⁸⁴ 1997

⁷⁹ KAPELINA, D., “The Business Case for Sustainable Buildings”, Real Estate Review, 2010'dan aktaran ŞENTÜRK, Suat Hayri, “Yeşil Bina Vergi Teşvikleri: Amerika Örneği ve Türkiye İçin Çıkarılabilecek Sonuçlar”, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 10, Yıl 10, Sayı 2, 2014, s. 91.

⁸⁰ GAGNON, Pieter – Robert MARGOLIS – Jennifer MELIUS – Caleb PHILLIPS – Ryan ELMORE, Rooftop Solar Photovoltaic Technical Potential in the United States: A Detailed Assessment, Technical Report, NREL/TP-6A20-65298, National Renewable Energy Laboratory, January 2016, s. 2.

⁸¹ ÇELİKKAYA, 2017, s. 80.

⁸² ŞENTÜRK, 2014, s. 99.

⁸³ ÇELİKKAYA, 2017, s. 72.

⁸⁴ ŞENTÜRK, 2014, s. 95-97.

yılında başlatılan 1 Milyon Güneş Çatısı Kampanyası da uzun vadeli düşük faizli krediler, federal binalar için kamu alımları, ticarileştirme programları ve üretim teşvikleri içermektedir.⁸⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde yeşil binalar için öngörülen bu tür vergi teşvikleri/parasal teşvikler Türkiye'de de uygulanmalıdır.⁸⁶

Çatı ve cephelere yerleştirilen türbin ve panellerle elektrik üretimi çeşitli yönlerden desteklenebilir. Bu tür enerji üretimi doğrudan desteklenebileceği gibi lisanssız üretimin desteklenmesi ile dolaylı olarak da desteklenebilir. Lisanssız elektrik üretimine yönelik teşvikler, özel sektörün ve hane halkının kendi enerjisini üretmesinin yolunun açılması açısından olumludur.⁸⁷ Destek arttıkça üretim de artacaktır. Hem çevre korunmuş olacak hem de hane halkının ekonomisine olumlu katkılar sağlanmış olacaktır. Gelir Vergisi Kanunu'nun ilgili hükmü çatı ve cephelere yerleştirilen enerji sistemlerini esnaf muafiyeti ile birleştirerek desteklemektedir.

7) Gelir Vergisi Kanunu hükümlerinde yenilenebilir enerji

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan hükümler arasında yenilenebilir enerji kaynaklarına yönelik tek teşvik çeşidi esnaf muafılığıdır. Gelir Vergisi Kanunu'nda esnaf muafılığını düzenleyen madde 9/9. uyarınca ticaret ve sanat erbabı olanlardan “6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca lisanssız yürütülebilecek faaliyetler kapsamında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretimi amacıyla, sahibi oldukları veya kiraladıkları konutların çatı ve/veya cephelerinde kurdukları kurulu gücü azami 10 kW'a kadar (10 kW dâhil) olan (Kat maliklerince ana gayrimenkulün ortak elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulan dâhil) yalnızca bir üretim tesisinden üretilen elektrik enerjisinin ihtiyaç fazlasını son kaynak tedarik şirketine satanlar” gelir vergisinden muafır.⁸⁸

⁸⁵ ULUATAM, Ela, “Yenilenebilir Enerji Teşvikleri”, Ekonomik Forum, Ekim 2010, s. 39.

⁸⁶ ŞENTÜRK, 2014, s. 100.

⁸⁷ YURDADOĞ/TOSUNOĞLU, 2017, s. 18-19.

⁸⁸ Madde 9: “Ticaret ve sanat erbabından aşağıda yazılı şekil ve suretle çalışanlar gelir vergisinden muafır.

9. 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu uyarınca lisanssız yürütülebilecek faaliyetler kapsamında yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretimi amacıyla, sahibi oldukları veya kiraladıkları konutların çatı ve/veya cephelerinde kurdukları kurulu gücü azami 10 kW'a kadar (10 kW dâhil) olan (Kat maliklerince ana gayrimenkulün ortak elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulan dâhil) yalnızca bir üretim tesisinden üretilen elektrik enerjisinin ihtiyaç fazlasını son kaynak tedarik şirketine satanlar

303 Numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliğinin⁸⁹ 3. maddesine göre ihtiyaç fazlası elektrik enerjisinin satışında esnaf muafiyetinin şartları; üretim tesisinin sahip olunan veya kiralanın konutların çatı ve/veya cephelerinde (kat maliklerince ana gayrimenkulün ortak elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulanlar dâhil) kurulu olması (303 sayılı Tebliği Madde 3-(1)/a), üretim tesisinin kurulu gücünün azami 10 kW (10 kW dâhil) olması (303 sayılı Tebliği Madde 3-(1)/b), elektriğin yalnızca bir üretim tesisinde üretilmesi (303 sayılı Tebliği Madde 3-(1)/c) ve üretilen elektrik enerjisinden ihtiyaç fazlasının son kaynak tedarik şirketine satılması (303 sayılı Tebliği Madde 3-(1)/ç) olarak belirlenmiştir.

Elektrik enerjisi satışının devamlı olarak yapılması (303 sayılı Tebliği Madde 3-(2)); ticari, zirai veya mesleki kazanç dolayısıyla gerçek usulde gelir vergisi mükellefi olmak (303 sayılı Tebliği Madde 3-(3)); elde edilen gelirin apartman yönetimleri tarafından tahsil edilip ortak giderlerin karşılanmasında kullanılması ve/veya kat maliklerine dağıtılması (303 sayılı Tebliği Madde 3-(6)); apartmanların işyeri olarak kullanılan bağımsız bölümlerinin bulunması halinde apartmanın ortak elektrik enerjisi ihtiyacının karşılanması amacıyla kurulan üretim tesisinde üretilen ihtiyaç fazlası enerjinin son kaynak tedarik şirketine satışı (303 sayılı Tebliği Madde 3-(7)) muafiyetten faydalanılmasına engel teşkil etmemektedir.

Buna karşılık “sahibi olunan veya kiralanın işyerlerinde kurulan tesislerde üretilen elektriğin ihtiyaç fazlasının satışından dolayı esnaf muafılığından yararlanılamayacak...ancak konutunu hem işyeri hem de mesken olarak kullananların bu kapsamda elde ettiği kazançları ise muafiyet kapsamında kabul edilecektir (303 sayılı Tebliği Madde 3-(8)).”

“Gerçek kişilerce kullanılan birden fazla konutta elektrik üretim tesisi kurulduğu durumlarda, sadece bir tesis için esnaf muafılığından faydalanılabileceğinden, hangi tesis için esnaf muafılığından faydalanılacağı, ilgili son kaynak tedarik şirketine bildirilmek suretiyle serbestçe belirlenebilecektir (303 sayılı Tebliği Madde 3-(9)).”

303 sayılı Tebliği vergi tevkifatı ile ilgili hükümler de içermektedir. Tebliği uyarınca “esnaf muafılığından yararlananlardan elektrik enerjisi alan son kaynak tedarik şirketlerinin, ihtiyaç fazlası elektrik enerjisi alımları karşılığı yaptıkları ödemeler muhtasar beyanname ile beyan edilecek ve

(Bu bendin uygulanmasında üçüncü fıkra hükmü dikkate alınmaz).”

⁸⁹ 11 Haziran 2018 tarihli ve 30448 sayılı Resmi Gazete.

tevkifat oranı, 14/05/2018 tarihli ve 2018/11750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereği % 0 olarak uygulanacaktır (303 sayılı Tebliği Madde 4-(2)).”⁹⁰

Tebliği'nin belirttiği bir başka husus da mükelleflerin yükümlülükleridir. “193 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının (9) numaralı bendi kapsamında esnaf muafılığından faydalananların mükellefiyet tesisi, belge düzenleme, defter tutma, beyanname verme gibi yükümlülükleri olmayacaktır. Bu muafiyetten yararlananların, kendilerine düzenlenen gider pusulalarını ve bu faaliyetleri ile ilgili olarak satın aldıkları mal ve giderlerine ilişkin belgelerini 213 sayılı Kanunda öngörülen süre boyunca saklamaları zorunludur (303 sayılı Tebliği Madde 5-(1)).”

Çatı ve cephelerde elektrik üretiminin teşvik edilmesi son derece yararlı olmasına rağmen dikkat çekmeyi istediğimiz bazı hususlar söz konusudur:

- Gelir Vergisi Kanunu'nda yer alan yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretimine ilişkin düzenleme esnaf muafiyeti ile sınırlı olup sadece konutların çatı ve/veya cephelerinde kurulan sistemleri kapsamaktadır.

- Her ne kadar Kanun genel olarak “yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretimi” ifadesini kullansa da bu düzenleme güneş ve rüzgâr enerjisini kapsamaktadır. Diğer yenilenebilir enerji kaynaklarının binaların çatı veya cephelerinde üretime konu olması mümkün değildir.

- Kanun “yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik enerjisi üretimi” ifadesini kullandığı için elektrikten başkaca sistemler (güneş enerjisi ile su ısıtma sistemleri gibi) Kanun kapsamındaki esnaf muafiyetinden yararlanamayacaktır.

- Kanun sadece konut ifadesini kullandığından, konuta eklenti şeklinde yapılmış yapıların çatı ve/veya cepheleri muafiyetten yararlanabilecek midir? Bu sorunun cevaplanması gerekmektedir. Örneğin konutun bahçesinde yer alan kapalı bir otoparkın çatı kısmının muafiyete konu olup olamayacağı mevcut düzenlemeye göre tartışmalı hale gelecektir.

- Hem güneş panellerinin hem de rüzgâr türbinlerinin çevreyi tehdit eden etkileri söz konusu olduğunda uyumsuzluk nasıl çözülecektir? Binalar

⁹⁰ “Üretilen elektrik enerjisinin satışında vergi tevkifatı ve belgelendirme

Madde 4-(2): Esnaf muafılığından yararlananlardan elektrik enerjisi alan son kaynak tedarik şirketlerinin, ihtiyaç fazlası elektrik enerjisi alımları karşılığı yaptıkları ödemeler muhtasar beyanname ile beyan edilecek ve tevkifat oranı, 14/05/2018 tarihli ve 2018/11750 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereği % 0 olarak uygulanacaktır. Ödemenin kat maliklerince oluşturulan yönetimlere yapılması, gelir vergisi tevkifat uygulamasını değiştirmeyecektir.”

şehrin içinde olduğuna göre güneş ve rüzgâr enerjisi sistemlerinin olumsuz yanları mutlaka diğer insanları rahatsız edecektir. Bu noktada belediyelerin devreye girmesi kaçınılmazdır. Örneğin çatı üzerine yerleştirilen bir rüzgâr türbini binanın yüksekliğini artıracak, bu yüksekliğin görsel açıdan kendisini rahatsız ettiğini ileri süren çevre sakinleri şikayette bulunacaklardır. Binaların yapısal özellikleri ile ilgili hususlar imar hukukunun konusunda olduğundan, belediyeler bu anlaşmazlıkların içine dahil olacaklardır. Bu tür kullanımlara izin veren teşviklerle birlikte belediyelerin planlama ve imar düzenlemeleri olmadan parasal teşviklerin de etkin olarak kullanılamayacağı iddia edilmektedir.⁹¹

Esnaf muafiyetine yönelik bu uygulama yararlı bir uygulama olacaktır. Esnaf muafiyetinden yararlananlar ekonomik açıdan menfaat elde ederken yenilenebilir enerji kullanımı artacağından çevre de bu olumlu uygulamadan istifade edecektir. Bugünkü teknoloji ile çok fazla olmasa da belli seviyede üretilen temiz enerji daha az fosil yakıt kullanımı anlamına gelecektir. Böylelikle atmosfere daha az zararlı gaz bırakılmış olacaktır.

Gelir Vergisi Kanunu başta olmak üzere diğer vergi kanunlarında da yenilenebilir enerjiye yönelik vergi teşvikleri yer almalıdır.

8) Sonuç ve Öneriler

Çevresel, ekonomik ve toplumsal avantajları olan yenilenebilir enerji kaynaklarının daha etkin ve verimli kullanımını sağlamak için yatırımların devlet tarafından teşvik edilmesi gerekmektedir.⁹² Teşvikler sadece büyük ölçekli yatırımlar için değil, konutlarda yapılan küçük ölçekli yenilenebilir enerji üretimleri için de geçerli olmalıdır. Ne yazık ki Türkiye’de uygulanan teşvikler vergisel bir avantaj getirmediğinden bu alanda bir çeşitliliğe gidilerek, yenilenebilir kaynaklar açısından cazip hale getirilmelidir.⁹³

Genel vergi teşvikleri dışında Türkiye’nin halen yenilenebilir enerji için ayrı bir vergi teşvik politikası bulunamaması bir eksiklik olarak nitelendirilebilir.⁹⁴

Yenilenebilir enerji kaynaklarının gelişebilmesi için Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi üretim teşviklerinin yanında vergi muafiyetleri ve

⁹¹ SALKIN, 2012, s. 344.

⁹² AKÇAY/BİLGİN, 2017, s. 878.

⁹³ ŞEN, 2017, s. 72.

⁹⁴ ÇELİKKAYA, 2018, s. 376.

mali teşvik mekanizmalarının da kullanılması gerekmektedir.⁹⁵ Mevcut muafiyetler yeterli seviyede değildir. Yenilenebilir enerji alanında faaliyette bulunan işletmelere sağlanan vergisel teşvikler devam etmeli⁹⁶; bina çatı ve cephelerinde güneş enerjisinden üretilen sistemler başta olmak üzere bu tür küçük uygulamalar daha fazla teşvik edilmelidir. Sadece esnaf muafiyeti yeterli değildir.

Bir teşvik politikasının başarısını belirleyen önemli özelliklerden birinin etkinlik olduğu⁹⁷ dikkate alındığında, yenilenebilir enerji kaynaklarına sağlanan teşvikler ve özellikle vergisel teşvikler etkin bir seviyeye gelmeden yenilenebilir enerjiden tam anlamıyla faydalanamayız. Yenilenebilir enerjiden faydalanamadığımız sürece çevre kirliliği ve iklim değişikliği gibi olumsuzluklar devam edecektir.

KAYNAKÇA

ACKERMANN, Thomas – Göran ANDERSSON – Lennart SÖDER, “Distributed Generation: A Definition”, Electric Power Systems Research, 57, 2001, s. 195-204.

AKÇAY, Vildan Hilal – Sibel BİLGİN, “Sürdürülebilir Kalkınma Politikası Açısından Yenilenebilir Enerji Kooperatifçiliğine Yönelik Mali Teşviklerin Önemi”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi, 2017, 52 Özel Sayı, s. 867-896.

AKDEVE, Erdal – Erdal Tanas KARAGÖL, “Geçmişten günümüze Türkiye’de Teşvikler ve Ülke Uygulamaları”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 37, Temmuz 2013, s. 329-350.

AKDOĞAN, Dilek Akbaş, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerjiye Yönelik Teşviklerdeki Son Gelişmeler”, Political Economy of Taxation, Editors: Murat AYDIN – S. Sami TAN, IJOPEC Publication No: 23, 2016, London İstanbul, s. 151-165.

ATA, Raşit, “Otonom Bir Rüzgâr Türbininin Farklı Yüksekliklerdeki

⁹⁵ BACAK/KÜLCÜ/EKİNCİ, 2009, s. 14.

⁹⁶ YİĞİT ŞAKAR, 2016, s. 76.

⁹⁷ GÖK, Rukiye, “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarına Uygulanan Vergisel Teşviklerin Türkiye Özelinde Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, Sayı 357, Mayıs 2011, s. 162.

Enerji Eldesinin YSA İle Analizi”, Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi, Cilt 23, No 3, 2008, s. 523-529.

BACAĞ, Seda – Recep KÜLCÜ – Kamil EKİNCİ, “Türkiye ve AB Ülkelerinde Yenilenebilir Enerji Kaynakları Politikaları ve Hedefler”, Tarım Makinaları Bilimi Dergisi, 2009, 5(1), s. 9-14.

BAYRAÇ, H. Naci, “Küresel Rüzgâr Enerjisi Politikaları ve Uygulamaları”, Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt XXX, Sayı 1, 2011, s. 37-57.

CANDAN, Güzide TATAR – Volkan YURDADOĞ, “Türkiye’de Maliye Politikası Aracı Olarak Teşvik Politikaları”, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı 27, Mayıs 2017, s. 154-177.

ÇAKMAK, N. Münci, İdare Hukuku Açısından Yenilenebilir Enerji, Ankara, Şubat 2018.

ÇELİK, Ömer – Zafer UTLU, “Rüzgâr Enerji Santrallerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları”, İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, Yıl 5, Sayı 19, 2013, s. 59-66.

ÇELİKKAYA, Ali, “Yenilenebilir Enerjinin Teşvikine Yönelik Uluslararası Kamu Politikaları Üzerine Bir İnceleme”, Maliye Dergisi, Ocak-Haziran 2017, 172, s. 52-84.

ÇELİKKAYA, Ali, “Dünyada Yenilenebilir Enerji Yatırımlarına Sağlanan Vergi Teşviklerinin Değerlendirilmesi”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, Haziran 2018, s. 357-384.

ÇINAR, Serkan – Mine YILMAZER, “Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Belirleyicileri ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Gelişmekte Olan Ülkeler Örneği”, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 30, Sayı 1, Yıl 2015, s. 55-78.

ÇOBAN, Orhan – Nazan ŞAHBAZ KILINÇ, “Enerji Kullanımının Çevresel Etkilerinin İncelenmesi”, Marmara Coğrafya Dergisi, Sayı 33, Ocak 2016, s. 589-606.

DİKMEN, Erkan – Fatma Kadriye ÖRGEN, “Ağlasun Bölgesi İçin Rüzgâr Hızı Tahmini Ve En Uygun Türbin Tespiti”, Ömer Halisdemir Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2018, s. 871-879.

DİNÇER, Furkan, “Türkiye’de Güneş Enerjisinden Elektrik Üretimi Potansiyeli – Ekonomik Analizi ve AB Ülkeleri İle Karşılaştırmalı

Değerlendirme”, KSU Mühendislik Dergisi, 14(1), 2011, s. 8-17.

ERDOĞDU, M. Mustafa – Coşkun KARACA – M. Emre ÇAMLİBEL – Gülcemal ALHANLIOĞLU – Yalvaç AKGÜN – Deniz UĞURLU, “Enerji Tasarrufu Çerçevesinde Sürdürülebilir Binalar ve Yaygınlaşmasına Hizmet Edebilecek Maliye Politikaları”, 30. Türkiye Maliye Sempozyumu Bildiri Kitabı, 20-24 Mayıs 2015 Adnan Menderes Üniversitesi Nazilli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü, s. 170-206.

ESER, Levent Yahya – Sedat POLAT, “Elektrik Üretiminde Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Kullanımına Yönelik Teşvikler: Türkiye ve İskandinav Ülkeleri Uygulamaları”, Gümüşhane Üniversitesi Sosyal Bilimler Elektronik Dergisi, Sayı 12, Ocak 2015, s. 201-225.

GAGNON, Pieter – Robert MARGOLIS – Jennifer MELIUS – Caleb PHILLIPS – Ryan ELMORE, Rooftop Solar Photovoltaic Technical Potential in the United States: A Detailed Assessment, Technical Report, NREL/TP-6A20-65298, National Renewable Energy Laboratory, January 2016.

GOLDEMBERG, Jose, “The Case for Renewable Energies”, Renewable Energy – A Global Review of Technologies, Policies and Markets, Edited by: Dirk ASSMANN, Ulrich LAUMANN, Dieter UH, 2006, s. 3-15.

GÖK, Rukiye, “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarına Uygulanan Vergisel Teşviklerin Türkiye Özelinde Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, Sayı 357, Mayıs 2011, s. 161-174.

GUPTA, Joyeeta – Louis LABEL, “Access and Allocation in Earth System Governance: Water and Climate Change Compared”, Int. Environ. Agreements, 2010, 10:377-395.

GÜLER, Ahmet – Coşkun KARACA, “Türkiye’de Etkin Bir Vergi Sisteminin Kurulmasına İlişkin Politika Önerileri”, Scientific Cooperation For The Future In Economics And Administrative Sciences International Conference 2017 Proceedings Book, Editors: Yılmaz BAYAR – Grigorios ZAROTİADİS, Uşak University, Uşak 2017, s. 165-177.

HERNANDEZ, R.R. – S.B. EASTER – M.L. MURPHY-MARISCAL – F.T. MAESTRE – M. TAVASSOLI – E.B. ALLEN – C.W. BARROWS – J. BELNAP – R. OCHOA-HUESO – S. RAVI – M.F. ALLEN, “Environmental Impacts of Utility-Scale Solar Energy”, Renewable and Sustainable Energy Reviews, 29, 2014, s. 766-779.

İLKILIÇ, Cumali, “Wind Energy and Assessment of Wind Energy Potential in Turkey”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, 16, 2012, s. 1165-1173.

KARGI, Veli – Tacim YAYĞIR, “Küreselleşme, Vergi Rekabeti ve Türkiye’de Vergi Yüğü”, *International Journal of Public Finance*, Vol. 1, Issue 1, 2016, s. 1-22.

KIKUCHI, Ryunosuke, “Adverse Impacts of Wind Power Generation on Collision Behaviour of Birds and Anti-predator Behaviour of Squirrels”, *Journal of Nature Conservation* 16, 2008, s. 44-55.

KILIÇ, Çağdaş – Mutlu YILMAZ – Ramazan SARI, “Rüzgâr Enerji Sistemlerinin Sosyal Kabul Dinamiklerini Anlamak”, *Coğrafi Bilimler Dergisi*, 15(2), 2017, s. 135-156.

KPMG International, *Taxes and Incentives for Renewable Energy*, 2015.

MARIN, Francesca – Alberto MIRANDOLA, “Ethics, Communication, and Propaganda About Energetic and Environmental Topics”, *American Journal of Energy Engineering*, 2015, 3(6), s. 78-85.

MOSS, Jeffrey D., “Solar Panels, Tax Incentives, and Your House”, *Probate & Property*, January/February 2010, s. 17-21.

NOGUEIRA, Carlos Eduardo Camargo vd., “Sizing and Simulation of a Photovoltaic-wind Energy System Using Batteries, Applied for a Small Rural Property Located in the South of Brazil”, *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 29, 2014, s. 151-157.

ÖZ, Ersan, “Türk Gelir Vergisindeki Bazı Vergi Harcamalarının Optimal Vergileme İlkeleri Açısından Analizi”, *D.E.Ü.İ.İ.B.F.Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, Yıl 2002, s. 11-33.

ÖZDEMİR, Engin – Şule ÖZDEMİR – Koray ERHAN – Ahmet AKTAŞ, “Akıllı Şebekelerde Enerji Depolama Uygulamalarının Önündeki Fırsatlar ve Karşılaşılan Zorluklar”, *Journal of the Faculty of Engineering and Architecture of Gazi University*, 32:2, 2017, s. 499-506.

ÖZEN, Ahmet – Mahmut Ünsal ŞAŞMAZ – Ercan BAHTİYAR, “Türkiye’de Yeşil Ekonomi Açısından Yenilenebilir Bir Enerji Kaynağı: Rüzgâr Enerjisi”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 17(28), 2015, s. 85-93.

PAULOS, Bentham, Bringing the Benefits of Solar Energy to Low-Income Consumers, A Guide for States & Municipalities, May 2017, Sustainable Solar Education Project.

RYAN, Greer, Throwing Shade, 10 Sunny States Blocking Distributed Solar Development, 2018 Edition, Center for Biological Diversity, April 2018.

SALKIN, Patricia E., “The Key to Unlocking the Power of Small Scale Renewable Energy: Local Land Use Regulation”, Journal of Land Use & Environmental Law, Vol. 27:2, Spring 2012, s. 339-367.

SEVİNÇ, Haktan – Ö. Selçuk EMSEN – Eda BOZKURT, “Yatırım Teşvik Politikalarının Bölgesel Belirleyicilerine Yönelik Bir Analiz: Türkiye Örneği”, Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, Yıl 2016, s. 525-556.

SEZGİN, Mustafa Selim – Ayşen BASA ARSOY, “Dengesiz Güç Sistemlerinde Dağıtılmış Üretim”, ELECO 2012, Elektrik – Elektronik Ve Bilgisayar Mühendisliği Sempozyumu, 29 Kasım – 01 Aralık 2012 Bursa, s. 60-64.

ŞEN, Semih, “Yenilenebilir Enerji Üretiminde Maliye Politikası Aracı Olarak Teşvikler: Seçilmiş Bazı Avrupa Ülkelerinin Deneyimleri ve Türkiye”, Journal of Life Economics, Cilt 4, Sayı 1, 2017, s. 59-76.

ŞENTÜRK, Suat Hayri, “Yeşil Bina Vergi Teşvikleri: Amerika Örneği ve Türkiye İçin Çıkarılabilecek Sonuçlar”, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 10, Yıl 10, Sayı 2, 2014, s. 89-102.

ULUATAM, Ela, “Yenilenebilir Enerji Teşvikleri”, Ekonomik Forum, Ekim 2010, s. 34-41.

ULUSOY, Ahmet – Ceyda BAYRAKTAR DAŞTAN, “Yenilenebilir Enerji Kaynaklarına Yönelik Vergisel Teşviklerin Değerlendirilmesi”, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, Cilt 7, Yıl 7, Sayı 17, 2018/1, s. 123-160.

UYSAL, Fahriye, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Alternatiflerinin Seçimi İçin Graf Teori ve Matris Yaklaşım”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Ekonometri ve İstatistik Dergisi, Sayı 13, 2011, 12. Uluslararası Ekonometri, Yöneylem Araştırması, İstatistik Sempozyumu Özel Sayısı, s. 23-40.

VARINCA, Kâmil B. – M. Talha GÖNÜLLÜ, Türkiye’de Güneş

Enerjisi Potansiyeli ve Bu Potansiyelin Kullanım Derecesi, Yöntemi ve Yaygınlığı Üzerine Bir Araştırma”, UGHEG 2006 I. Ulusal Güneş ve Hidrojen Enerjisi Kongresi, 21-23 Haziran 2006, ESOGÜ, Eskişehir, s. 270-275.

YİĞİT ŞAKAR, Ayşe, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Alanında Faaliyet Gösteren İşletmelere Sağlanan Vergi Teşvikleri”, Eurasian Business & Economics Journal, 2016, Vol: S2, s. 67-77.

YORULMAZ, Tarkan, “Rüzgâr Enerjisi ve Yarasalar”, Türkiye Yarasaları, Sempozyum I (25-26 Ekim 2013 – Balıkesir), Bildiriler Kitabı, Editör: Prof. Dr. İrfan ALBAYRAK, Ankara 2014, s. 68-73.

YURDADOĞ, Volkan – Şebnem TOSUNOĞLU, “Türkiye’de Yenilenebilir enerji Destek Politikaları”, Eurasian Business and Economics Journal, Volume 9, 2017, s. 1-21.

İDARE HUKUKUNUN KISA TARİHÇESİ*

Hayrettin YILDIZ**

ÖZ

İdare hukukumuz, idari teşkilat ve yargısıyla bir bütün olarak Fransa'dan iktibas edilmiştir. Bu durumun tespiti için idare hukukumuzun içinde işlediği sistemin yapısına ve bu sistem oluşturulurken yaşanan tarihsel sürece bakılması yeterlidir. Esasında idare hukukunun varlığı ve yokluğu üzerine kurulu iki sistem bulunmaktadır. Bunlardan birincisi idare ile birey arasındaki uyumsuzlukları ayrı bir yargı koluna tabi kılmayan Anglo-Sakson sistemi (adli idare sistemi) iken diğeri genel mahkemelerden farklı bir yargı örgütünü ihdas eden idari rejim sistemidir. Kıta Avrupa'sının kahir ekseriyetinde idari rejim sistemi uygulanmaktadır. Türkiye de bu sistemin bir parçasıdır. İdari Rejim Sistemi Fransa'da doğmuş ve bu ülkeden diğerlerine yayılmıştır. Bu çalışmada hem söz konusu sistemin özellikleri hem de Türkiye'deki yansımalarının üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, İdari Rejim, Şura-yı Devlet, Vilayet Meclisleri, Tutuk Adalet.

UNE BREVE HISTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF

RESUME

Notre droit administratif est codifié de la France avec tout son corps administratif et juridictionnel. Pour faire ce constat il sera suffisant de jeter un œil sur le système dont notre droit administratif fait partie et son évolution historique. Par ailleurs, il se trouve deux systèmes juridictionnels basés sur l'existence ou l'inexistence du droit administratif. Le premier, nommé « le régime administratif Anglo Sakson » (common law) qui ne soumet pas les conflits entre les individus et l'administration à une juridiction différemment instituée et le deuxième est, « le régime administratif » qui trouve son application dans l'Europe continental et institue un corps juridictionnel différent pour juger l'administration. Le système appliqué en Turquie fait partie du régime administratif (français) comme les autres pays de l'Europe continental. Dans ce travail, donc, est élaboré l'influence du système juridictionnel français sur celui de la Turquie.

Les mots-clés: Droit administratif, Régime administratif, Conseil d'Etat, Conseils de préfecture, Justice retenue.

* Bu makale Bursa'da 7-8 Nisan 2017 tarihinde düzenlenmiş olan "Uluslararası Geçmişten Bugüne Frankofoni Kongresi"nde "Fransız İdare Hukukunun Türkiye'de Yansımaları" başlığı altında sözlü olarak sunulmuştur.

** Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/01/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/12/2018

GİRİŞ

19. yüzyılın başlarından itibaren ilk olarak Fransa'da¹ gelişmeye başlayan ve en üst gelişim noktasına bu coğrafyada ulaşan idare hukuku, zaman içerisinde Kıta Avrupası ülkelerinin birçoğunu etkilemiştir². Bu ülkelerden biri de etkileri idare hukukunun gelişiminin Tanzimat dönemine kadar uzandığı Türkiye'dir. Çalışmada Fransız idare hukukunun Türkiye'deki izleri ve etkileri karşılaştırmalı olarak göz önüne getirilmeye çalışılmaktadır.

Türkiye'deki idare hukukunun tarihsel gelişimi başlıca iki ayrı eksende incelenebilir. Bunlardan biri yönetim sistemini içeren kurumsal yön iken diğeri Şura-yı Devlet (Danıştay) ve taşra meclisleri konu alan yarı yargısal yöndür. Yarı yargısal diyoruz, çünkü idari yargı organları, ilk ortaya çıktıkları günden bu yana hem idari hem yargısal yetkilerle donatılmıştır. Bu da bizi, onları sadece yargısal makamlar olarak ele almaktan alıkoymaktadır. Bununla beraber, Tanzimat döneminin sonrasında kurulan Danıştay ve yerel idare meclislerini idari teşkilatın diğer birimlerinden ayıran husus, idari görevlerinden farklı olarak icra ettikleri yargısal fonksiyondur. İdare hukukunun kavram ve ilkelerinin oluşumuna en çok katkıda bulunan kısmın yine yargısal fonksiyonu icra eden bu birimler olduğu görülmektedir.

Türkiye idari sistemini etkileyen başlıca ülke olan Fransa ile ilişkilerin tarihte özel bir statü içerisine girilerek başladığı görülmektedir. Örneğin, 1536 yılında Fransa'ya başka hiçbir devlete tanınmamış olan imtiyazlar (kapitülasyonlar) tanınmış, aynı zamanda kendisine “fevkalade himayeye mazhar devlet” statüsü verilmiştir³. Bu durum, Osmanlı Devleti'nin dönemin en güçlü devletlerinden olduğu bir zamana denk gelmektedir. Sonraki yıllarda coğrafi keşifler, sanayi devrimi ve Rönesans hareketleriyle gelişmişlik ibresi batıdan yana dönmekte ve kurumları, hukuk sistemi ve düşünce yapısı ile batı, Osmanlı üzerinde etkili olmaya başlamaktadır.

¹ Kemal GÖZLER / Gürsel KAPLAN, **İdare Hukuku Derstleri**, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 28.

² René DAVID / John E.C. BRIERLY, **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law**, Stevens & Sons, London 1985, s. 15 (Nakleden-Onur KARAHANOGULLARI, “Fransa (2009) – Karşılaştırmalı Hukuk – Yönetim Çalışması”, *İçinde Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri*, 2. Baskı, (Derleme), İmge yayınevi, Ankara, 2009, s. 3).

³ Yılmaz ÖZTUNA, **Büyük Osmanlı Tarihi**, C. 3, Ötüken Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 163 (Nakleden-Eşref Hilmi AÇIK, **Geçmişten Günümüze Türkiye Fransa ilişkileri**, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 412).

Bu etkinin doğrudan yansımaya başlaması ise Islahat ve Tanzimat Fermaları ile gerçekleşmektedir. Özellikle Tanzimat Fermanı ile getirilen yenilikler Cumhuriyetin kuruluşuna kadar sürmekte, Cumhuriyetle beraber yine batı kökenli bir kodifikasyon hareketi ile devam etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönemlerinde girişilen ıslahat hareketlerinin amacı batıyı örnek alarak yenilikler yapmak ve böylece geri kalmayı önlemektir⁴. Tanzimat da Osmanlı Devleti'nin geride kalmış yönetim yapısını, batı uygarlığının ulaştığı gelişmeyi yakalama çabasıyla yaptığı reform teşebbüsü olarak tanımlanabilir⁵. Nitekim, sadece Osmanlı'da değil Rusya ve Almanya'da da yapılan reform düzenlemelerinin temel amacı, gelişmiş ve sanayilerini tamamlamış İngiltere ve Fransa'yı yakalamaktır⁶. II. Mahmut döneminde başlayan Tanzimat hareketleri sadece maliye ve yönetime ilişkin değil, hukuk ve yargıya ilişkin de bir dizi yenilik yapılmasını öngörmektedir. Buna ilaveten, Tanzimat ile getirilen yeniliklerin uluslararası boyutu da bulunmaktadır. Osmanlı yönetimindeki düzen arayışları ülkenin iç dinamiğinden çok dış devletlerin dayatması ile yapılmaktadır. Ayrıca, reformların uygulanmasının başta İngiltere ve Fransa olmak üzere batılı devletlerce takip edileceğinin karar altına alınmış olmasının bu reformların milli yönünün zayıf olduğunu gösterdiği ifade edilmektedir⁷.

Fransa hem Osmanlı zamanında hem de cumhuriyet döneminde devlet idaresinin geçirdiği dönüşümde kamu örgütlenmesine örneklik etmiştir⁸. 1789 öncesinde monarşi ile yönetilen Fransa'ya geçmişinden katı merkezîyetçi ve üniter bir yapı miras kalmıştı. Fransa Kralı XIV. Louis'ye ait olduğu ifade edilen "Devlet Benim" sözü de bu merkezci algıyı yansıtmaktadır⁹. Devrim sonrasında Napolyon da bu algıyı devam ettirmektedir. Özellikle illerin yönetiminden sorumlu tuttuğu valiler (*préfets*) aracılığıyla bütün ülkeyi tek bir

⁴ Hüseyin YAYMAN, **Türkiye'nin İdari Reform Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 36

⁵ Mükbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Ders Notları** (Teksir), Ankara, 1972-1973, s. 71.

⁶ Doğan AVCIOĞLU, **Türkiye'nin Düzeni**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1969, s. 38 (Nakleden-YAYMAN, **Türkiye'nin İdari Reform Tarihi**, a.g.e, s. 25) .

⁷ Hüseyin YAYMAN, **Türkiye'nin İdari Reform Politikası**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005, s. 57.

⁸ KARAHANOGULLARI, a.g.m., s. 2.

⁹ Nazım ÖZTÜRK, "Anayasal İktisat Çerçevesinde Demokrasiyi Yozlaştıran İktisadi Etmenler", **TODAİE**, C. 37, S. 3, Ankara, 2004, s. 18.

merkezden yönetebilmektedir¹⁰. İdare hukuku, bu siyasal yapının içerisinde yavaş yavaş ortaya çıkmış ise de daha sonra hızlı bir ivmeyle gelişmeye başlamış ve pozitif yönde bir evrime uğramıştır.

I. İDARE HUKUKU SİSTEMLERİ

İdare hukukunun diğer hukuk dallarından ayırt edici özelliği bu hukuk dalının, yönetimin oluşumu ile uygulamasına dair kurallar koyması ve konulan kurallara yönetilenler kadar yönetenleri de uymaya davet etmesidir. Bu yönüyle, idare hukuku birey ile idare arasındaki ilişkiye uygulanmakta ve hem bireyi hem kamu haklarını korumayı amaç edinmektedir.

İdarenin hukuka aykırı iş ve işlemlerinin bir yargı organı tarafından denetlenmesi hukuk devletinin varlığı için olmazsa olmaz (*sine qua non*) şartlardan biri olarak görülmektedir¹¹. İdarenin denetimin hiyerarşik denetim yoluyla ya da harici organlarla (örn. ombudsman) yerine getirilmesi bir seçenek oluştursa da en etkili denetim yolu yargısal makamlar tarafından yapılan denetimdir. Yönteme ilişkin olarak da iki temel sistem söz konusudur. Bunlardan Anglo-Sakson hukuk sisteminde idare, genel mahkemeler tarafından denetlenmekte, uyuşmazlığa da bireylerin tabi olduğu genel hükümler (*common law*) uygulanmaktadır¹². İlk olarak Fransa’da ortaya çıkan idari rejim sisteminde ise idareye özel kişilerin tabi olduğu hukuktan farklı bir hukuk uygulanmaktadır. İdari rejimi benimseyen ülkelerde idare, ayrı bir yargı koluna tabi iken uyuşmazlığa da idare hukukunun kendine özgü ve çoğunlukla yargı organı (idari yargı) tarafından geliştirilen içtihatlarla oluşturulan kural ve ilkeleri uygulanmaktadır¹³. İdarenin yargısal denetiminde amaç, yönetimin hukuk kural ve kaideleriyle tayin edilmiş olmasıdır. Dolayısıyla ister adli idare sistemi uygulansın ister idari rejim sistemi benimsensin önemli olan idareyi denetleyecek yargısal makamların oluşturulmasıdır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde ayrı bir idari yargının gelişmemiş olması ve birey-devlet ilişkilerine özel hukukun (*common law*) uygulanıyor olması siyasi tarih, kültür ve gelenekten doğan bir tercihten kaynaklanmaktadır. Türkiye’nin ise tercihini Fransa’da doğmuş, yargı ayrılığını esas alan kıta Avrupası sistemi de denilen “idari rejim sistemi”nden yana kullandığı görülmektedir.

¹⁰ KARAHANOĞULLARI, a.g.m., s. 2.

¹¹ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2011, s. 46.

¹² Bahtiyar AKYILMAZ / Murat SEZGİNER / Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 54.

¹³ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, a.g.e., s. 18.

İdare hukuku, niteliği itibariyle tedvin edilmemiş yani kanunlaştırılmamış bir hukuk dalı olduğundan bir kanun vasıtasıyla alınmamıştır. İdare hukukunun kurumlarını düzenleyen tek ve bütüncül bir kanun olmadığından, bu hukuk dalının kuralları daha çok mahkeme içtihatlarıyla oluşmuştur. Bu yüzden İdare Hukukunun kazai/içtihadi bir hukuk dalı olduğu ifade edilmektedir¹⁴. İçtihadı dayalı bir hukukun ise bütünlükçü bir anlayışla bir anda iktibas edilmesi düşünülemez. Karahanoğulları, bu yüzden söz konusu iktibas “fiili resepsiyon” olarak da adlandırmaktadır¹⁵. Örneğin medeni hukuk, yasa koyucunun açık iradesiyle gerçekleşen bir yabancı hukukun ithal edilmesi iken, Türk idare hukukunun oluşumu, uzun bir sürece dayanan ve asıl olarak Fransızca okuyan ve bu alanda araştırma yapan hocaların etkisiyle gerçekleşen bir fiili resepsiyondur¹⁶. Bu yönüyle idare hukuku kökeni bakımından milli bir hukuk da değildir¹⁷. Türkiye’de uygulanan idare hukuku esas itibariyle Fransız idare hukukundan iktibas edilmiş olduğuna göre, Fransa’daki gelişmeye paralel bir gelişme arz etmiştir. İktibas yoluyla alınan kurum, yapı ve kanunlar Avrupa devletlerindeki benzer bir yönetim şekli ortaya koymuştur. Benzer yönetim şekli, benzer hukuki uyumsuzluklar doğurmuş, benzer hukuki uyumsuzluklar da benzer içtihatların oluşmasına neden olmuştur. Ama bu dalın söz konusu içtihadi yapısı, ülkemizin kültürel yapısı ile adalet anlayışındaki farklılıklardan dolayı bazı yönlerden Fransa’dan ayrılmaktadır. Örneğin, sosyal risk sorumluluğuna dayanılarak meydana gelen zararın idareden tazmin edilebilmesi için Fransa’da bu sorumluluğu öngören kanunların varlığına ihtiyaç duyulurken, Türkiye’de bu tür bir sorumluluk için kanun hükmü aranmamakta içtihat yoluyla idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir¹⁸.

II. İDARİ TEŞKİLATTA Kİ GELİŞMELER

İdari teşkilat, yürütme organının siyasi karakter arz eden yapısından uzakta kalan, bireyin günlük ve sürekli ihtiyaçlarını kamu hizmetlerini yerine getirerek karşılayan birimlerden oluşmaktadır¹⁹. İdari teşkilat merkezi yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere iki ayrı başlık altında ele alınmaktadır. Yerinden yönetimden dendiğinde, hizmet yönünden yerinden yönetim

¹⁴ GÜNDAY, a.g.e., s. 29.

¹⁵ KARAHANOGULLARI, a.g.m., s. 3.

¹⁶ KARAHANOGULLARI, a.g.m., s. 5.

¹⁷ ÖZYÖRÜK, a.g.e., s. 66.

¹⁸ Bkz. Hayrettin YILDIZ, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Meselesi”, **TBB Dergisi**, Ocak-Şubat 2015, Sayı 116, s. 135-178.

¹⁹ GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 16-22.

kuruluşları da akla gelse de bu çalışmada esas olarak yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları olan mahalli idareler üzerinde durulmaktadır.

A. Merkezi İdare

Modern cumhuriyet idaresinin sivil kurumları genel olarak batı kaynaklı olduğu ifade edilebilir. Kabine ve bakanlıklar, Danıştay, Sayıştay gibi merkezi kuruluşların yanında yerel teşkilatta özel idare ve Belediye kurumlarının oluşumunda Fransa'nın örnek alındığı görülmektedir²⁰. Fransa'nın Türkiye'yi etkilediği alanlardan biri de yapıları katı bir merkezîyetçi anlayışla düzenlenmiş olan yerel yönetimlerdir. Merkezîyetçi yapı sadece günümüz Türkiye'sinin bir özelliği değildir. Hatta bu özellik büyük ölçüde Osmanlı'nın son dönemlerinde merkezi yapıyı güçlendirmek için yaptığı reformların yarattığı yönetim anlayışının bir devamıdır. Osmanlı Devleti'nin çok uluslu bir yapıya sahip olmasından dolayı devlet adamlarının adem-i merkezîyetçiliğe karşı genel olarak kuşku baktığı ifade edilebilir.

Osmanlı toplumsal yapısının niteliği bir yana, Tanzimat hareketi de merkezi güçlendirme ve devlet iktidarını ülke coğrafyasına yayarak kontrol altına alma arayışı olarak yorumlanmaktadır²¹. Bu katı merkezîyetçi yapıya Osmanlı'nın son dönemlerinde Prens Sabahattin karşı çıkmış, Osmanlı'nın kurtuluşunun ademi merkezîyetçi örgütlenmede ve bu yolla kişisel girişimin (teşebbüs-i şahsi) önünün açılmasında olduğunu ileri sürmüştür²². Prens, Osmanlı'nın bu yolla bölünmeye gideceğini ileri sürenlere karşı da adem-i merkezîyetin özerklik (muhtariyet) ya da özel statü (heyet-i mümtaze) anlamına gelmediğini, bilakis adem-i merkezîyetin siyasi birliği güçlendiren önemli bir araç olduğunu ifade etmektedir²³. Esasında adem-i merkezîyetçilik her ne kadar özerklik veya özel statü anlamına gelmiyorsa da merkezin baskısını hafifleten bir niteliğe sahiptir. Etnik, dini ve bölgesel farklılıklar içeren bir nüfus yapısının olduğu ülkelerde, adem-i merkezîyet ilkesi ile bu grupların özerklik taleplerine de olumlu bir karşılık verilmiş olmaktadır. Dolayısıyla adem-i merkezîyet ilkesinin toplumsal, sosyal ve siyasal gerginliğin azalmasına da hizmet ettiğini ileri sürmek de mümkün görünmektedir.

²⁰ Tahsin Bekir BALTA, **İdare Hukuku I**, Genel Konular, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970-72, s. 58

²¹ Onur KARAHANOGULLARI, **Türkiye'de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 25.

²² Sabahattin PRENS, "Teşebbüs-i Şahsi ve Tevsi-i Mezuniyet Hakkında Bir İzah", *içinde Görüşlerim* (Der. Ahmet Zeki İzgöer), Buruc Yayınları, İstanbul, 1999, s. 31-30.

²³ PRENS, **Görüşlerim**, (Der. Ahmet Zeki İzgöer), Buruc Yayınları, İstanbul, 1999, s. 102.

B. Mahalli İdareler

Fransa'da bütün komünlere belediye statüsü tanınmıştır. Bu açıdan, nüfusu 100 kişi olan yerde de 100 000 kişi olan yerde de belediye teşkilatı kurulmuştur. En küçük birimden en büyüğüne, meclis üye sayıları değişse de belediye başkanı (*le maire*) ile belediye meclisinden (*le conseil municipal*) oluşan belediye teşkilatı kurulmuştur²⁴. Fransız yerel teşkilatlanması iktibas edilirken bu hususun atlandığı ve Türkiye'de köylere tüzel kişilik tanınmış olmasına rağmen modern belediye örgütlenmesine gidilmediği görülmektedir²⁵. Bu sonuç, ülkedeki köy sayısının fazlalığına bağlanabilirse de Fransa'da küçük yerleşim birimlerinin sayısı Türkiye'dekinden az değildir. Cumhuriyet yönetiminin köylerde belediye örgütlenmesine gitmemesinin siyasi ve hukuki bir tercih olduğu belirtilebilir de, yönetimin mali açıdan yetersiz olmasının da bu tercihte etkili olduğunu ifade etmek mümkündür.

Fransız idare hukuku müesseselerinin Türkiye'de uygulanmasına 1868 tarihinde başlanmıştır²⁶. Ancak Avrupa yönetim sisteminin Türkiye'yi etkilemesi daha öncesine Islahat ve Tanzimat hareketlerine dayandırılmaktadır²⁷.

Osmanlı tarihindeki ilk modern belediye teşkilatı kurma teşebbüsü devletin payitahtı İstanbul'da gerçekleştirilmiştir. Kırım Savaşı sırasında, biraz da müttefik devletlerin etkisiyle 14 Haziran 1854'te savaşın başkentte meydana getirdiği karmaşıklığı düzene koymak amacıyla İstanbul Şehremaneti kurulmuş ve Meclis-i Ahkam-ı Adliye tarafından bir nizamname hazırlanarak başına şehremini (belediye başkanı) tayin edilmiştir²⁸. Ancak İstanbul Şehremaneti'nin düzenli bir gelirin olmadığı ve yönetim itibarıyla bütünüyle merkeze tabi olduğu görülmektedir.

Modern belediye hizmetlerinin yürütülmesi için daha güçlü bir belediye oluşumuna ihtiyaç bulunmaktadır. Bu amaçla özellikle gayrimüslim tebaanın yaşadığı ve modern liman kentinin karşılaştığı sorunların yoğunlaştığı bir bölge olan Galata ve Beyoğlu'nda belediye hizmetlerinin sağlanması için bir belediye örgütlenmesine gidilmiştir. Kurulan belediyeye Altıncı Daire-i

²⁴ Hayrettin YILDIZ, *Fransız Yerel Yönetim Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 18-19.

²⁵ İlber ORTAYLI, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 520.

²⁶ ORTAYLI, a.g.e., s. 520; Özyörük, a.g.e., s. 66.

²⁷ ORTAYLI, a.g.e., s. 143.

²⁸ ORTAYLI, a.g.e., s. 436.

Belediye ismi verilmiştir. Osmanlı tarihi bakımından ilk modern belediye teşkilatı olarak nitelendirilebilecek olan Altıncı Daire-i Belediye'nin kurulmasında Fransız belediye modelinin esin kaynağı olduğu ileri sürülmektedir²⁹. Zira başına hariciye memurlarından Kemal Bey'in atanmış olduğu Altıncı Daire-i Belediye, doğrudan Fransa'daki Paris Belediyesi örneği izlenerek kurulmuştu³⁰. Keza Dairenin yazışmaları da Fransızca yapılmaktaydı³¹. Söz konusu belediyenin kendi bütçesi ve ayrıcalıklı gelirleri bulunmaktadır. Nitekim Altıncı Daire-i Belediyenin bu ayrıcalıklı konumunu ve belediyecilikteki başarılarını cumhuriyet dönemine kadar sürdürdüğü belirtilmektedir³².

III. İDARİ YARGI MAKAMLARININ OLUŞTURULMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEM

İdare hukukunun tarihini batıda Fransız İhtilali'ne bizde Tanzimat'a kadar götürmek mümkündür. Fransa'da Konsüllük yönetiminin geçerli olduğu zamanlarda oluşturulan Conseil d'État ve vilayet meclisleri idari yargının ilk ortaya çıkış basamakları olarak görülmektedir³³. Ancak, günümüzdeki anlamıyla idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunu bağımsız olarak değerlendiren idari yargı mekanizmasının ortaya çıkışı Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet devrinin başına (1871), Türkiye'de ise Cumhuriyetin ilk yıllarına denk gelmektedir³⁴.

A. Eski Rejim Dönemindeki Uygulamalar

Fransa'da devrimden önceki dönemde (Eski Rejim, *ancien régime*) hem yargısal hem idari yetkilere sahip *parlömanlar* (*Les parlements*) bulunmaktadır³⁵. Parlömanlar, hükümdarın memurlarının hukuka aykırı bir şekilde kişilere verdikleri zararların haksız fiil esaslarına göre zarar veren

²⁹ ORTAYLI, a.g.e., s. 436.

³⁰ ORTAYLI, a.g.e., s. 436.

³¹ ORTAYLI, a.g.e., s. 436.

³² ORTAYLI, a.g.e., s. 437.

³³ Ayten YÜKSEL, "İdare Hukukunun Tatbik Sahası", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XVI, Sayı 1-4, 1959, s. 75.

³⁴ YÜKSEL, a.g.m., s. 72.

³⁵ André CASTALDO, *Introduction historique au droit*, Dalloz, 3eme Ed., Paris, 2006, s. 329; Jean Marie AUBY, "Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'Administration en droit administratif français", *içinde Mélanges*, STASSINOPOULOS, LGDJ, 1974, s. 9 (Nakleden-Burak ÖZTÜRK, *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 21.

memur tarafından ödenmesine karar verebiliyorlardı³⁶. Eski Rejim döneminde merkezi otorite ile parlömanlar arasında sürekli bir çatışma söz konusuydu³⁷. Bu genel mahkeme niteliğindeki kurumlar krallığın otoritesine aykırı sonuçlar doğurabilecek kararlar verebiliyor ve bu yolla kralın yapmak istediği reformlara direnebiliyorlardı³⁸. Bu çatışmaya dikkat çekilmesi açısından İl Han Özay'dan alınan şu pasaj, parlömanların niteliği konusunda kısa ama doyurucu bilgi vermektedir:

“Devrim öncesi ‘Eski Düzen’ Fransa’sında gerçek adı ‘*Cour de Parlement*’ olan ve hükümet etmeyi daha düzenli ve adaletli kılma işlevi ile donatılmış krala bağlı yargıçlardan oluşan üst derece yargı yerleri vardı³⁹. Hükümdar ‘*lettre patente*’ adı verilen, mühürlü ve nazırlardan biri tarafından imzalanmış, bir tür yasa niteliğindeki buyruklarını, yayımlanmak ve gereğinin yapılmasını sağlamak, başka bir deyişle yürütülmek üzere ülkedeki parlömanlara gönderirdi. On dördüncü yüzyıldan başlayarak parlömanlar, önlerine gelen buyrukları tutanaklara geçirmeden, bunların içeriklerini de irdelemeye, yerindeliği konusunda kendi görüşlerini hükümdarlara iletmeye, cevap verilinceye kadar da buyrukları askıya almaya başladılar. Hükümdarlar ise çoğu kez parlömanları kendilerinden istenileni yapmaya çağırırlar, bu da ‘*lettre de justice*’ adı verilen bir belge ile olurdu. Parlömanın buna da direnmesi halinde, Kral yukarıda anlatıldığı gibi parlömana gider, tahtına kurulur, tartışma konusu işlemleri yüksek sesle okutarak tutanaklara geçirilmesini sağlardı. İşte bu törene verilen (ad) ‘*lit de justice*’dir”⁴⁰.

Parlömanların devlet işlerinde kralın buyruklarını sorgulayarak inisiyatif almaları hatta iktidar çabası içine girmeleri Kralı son derece rahatsız

³⁶ CASTALDO, a.g.e., s. 331; Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, 3. Baskı, Hak Kitabevi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 127-128; GÖZLER, a.g.e., s. 120.

³⁷ George VEDEL / Pierre DELVOLVE, **Droit Administratif**, C. 1, PUF, Paris, 1992, s. 101 (Nakleden-GÖZLER, a.g.e., s. 120).

³⁸ YAYLA, a.g.e., s. 12; Parlömanlar sahip olduğu yetkilerin fazlalığı onları ziyadesiyle güçlendirmiş ve haklarında keyfi kararlar verdikleri iddiasında bulunulmuştur. Hatta bu yüzden haklarında “Tanrı bizi parlömanların adaletinden korusun” (*Dieu nous garde de l'équité des parlements*) şeklinde satirik yargılarda bulunulmuştur. Bkz. CASTALDO, a.g.e., s. 336.

³⁹ Özay bunların aynı zamanda ilk derece yargılaması yaptıklarını ve görev alanlarının hem özel hukuku hem kamu hukukunu kapsadığını belirtmektedir. Parlömanların yargılama yetkisi alanında ceza hukuku ve memur muhakematının da bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 32.

⁴⁰ ÖZAY, a.g.e., s. 23 (Aynen alıntı 39 no’lu dipnot).

etmekteydi. Bu rahatsızlığı birebir yaşayan ve devleti kendi şahsında gören genç hükümdar XIV. Louis, 22 Ekim 1653'te adaleti dikte ettiği bir "lit de justice"te, her ne surette olursa olsun parlömanların devlet işleri ve maliye konularıyla uğraşmalarını yasaklayan bir buyruk yayımlamak durumunda kalmıştır⁴¹.

Parlömanların ya da eski rejimin mahkemelerinin devlet işlerine karışmasının bu buyrukla yasaklanması, devrim döneminde benimsenen 16-24 Ağustos 1790 tarihli adli ve idari makamların ayrılığı prensibini benimseyen Kanuna benzetilebilir. Zira, hem bu buyruğun hem de söz konusu Kanunun sebebinin Parlömanların söz konusu idareyi zorlayıcı faaliyetleri ve kararları oluşturmaktadır. Bu bakımdan idari yargının oluşmasında IV. Louis kadar Parlömanların negatif düzeyde ama pozitif yansımaya sahip katkısını kabul etmek gerekmektedir. Parlömanların çözülmesi Eski Rejim döneminde başlamış olsa da ancak devrim sonrasında 1790 yılında varlıklarına son verilebildiği ifade edilmektedir⁴².

B. Çözüm Arayışları

Fransa'da yönetim hukukunun temel kurumlarının tarihsel süreç içerisinde bir evrimle oluşmadığı, devrim sonrasında eski geleneklerden bir kopuşla reformlar yapılarak meydana geldiği görülmektedir. Bu reformlar yapılırken de olabildiğince eski döneme ait kurum ve anlayışların silinmesine özen gösterilmiştir. 1790 yılında Fransa'da Kurucu Meclis'e idarenin denetimi konusunda iki öneri sunulduğu görülmektedir⁴³: Bunlardan birincisi, idari uyuşmazlıkların idare mahkemelerine tevdi edilmesi iken; ikincisi, idari işlere genel mahkemeler tarafından bakılması önerisidir. Birinci öneri, idari mahkemelerin istisnai nitelik taşımaları dolayısıyla Eski Rejim (*ancien régime*) uygulamalarını hatırlatması, ikinci öneri de adli mahkemelerin idarenin işleyişini kötü yönde etkileyen kararları yüzünden reddedilmiştir.

Devrim sonrası hukuki rejim oluşturulurken idarenin yargısal denetiminin genel mahkemeler tarafından yerine getirilmesi tasvip edilmiştir. Özellikle adli yargıçların idarenin işleyişine karışmayacakları bir sistemin oluşturulması arzu edilmektedir. Aslında yeni düzenin amacının, idare için

⁴¹ ÖZAY, a.g.e., s. 37.

⁴² Katia WEIDENFIELD, "L'absolutisme et ses juges", ([https://laviedesidees.fr-14 Ekim 2018](https://laviedesidees.fr-14-Ekim-2018)) s. 5 [http://www.justice.gouv.fr/-14 Ekim 2018](http://www.justice.gouv.fr/-14-Ekim-2018).

⁴³ René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome 1, Montchrestien, 15. Baskı, Paris, 2001, s. 747.

farklı bir yargı kolu oluşturmak değil, idarenin bütünüyle yargıdan bağışık bir alana kavuşturulması olduğu ifade edilebilir⁴⁴. Bu amaçla yukarıda reddedilen öneriler yerine yeni bir öneri geliştirildi. 16-24 Ağustos 1790 tarihli devrim dönemi Kanunu ile “idari ve adli makamların ayrılığı ilkesi” (*principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*)⁴⁵ kabul edilerek, genel mahkemelerin idareye dair karar vermeleri “yasa gücüyle” yasaklandı. İdarenin işleyişine karışma niteliğindeki kararları suç olarak kabul eden ve halen yürürlükte olan söz konusu yasanın 13. maddesine göre: “*Yargı fonksiyonu, idari fonksiyondan ayrıdır ve her zaman ayrı kalacaktır; hakimler, hangi şekilde olursa olsun, ne idari makamların işleyişlerine karışabilirler, ne de onları görevleri dolayısıyla mahkemeye çağırabilirler, aksi davranış suç sayılır*”⁴⁶.

Charles Méjanou tarafından “XIX. yüzyıl usul yasalarının en güzel anıtlarından”⁴⁷ biri olarak nitelenen ve hakimlerin idari uyuşmazlıklar hakkında karar vermesini yasaklayan 1790 tarihli Kanun, idare hukukunun doğum belgesi görülmektedir⁴⁸. Mahkemeler için getirilen bu yasağın temelinde “idarenin yargılanması aynı zamanda idare etmek anlamına gelir” (*juger l’administration, c’est aussi et encore administrer*) şeklindeki anlayış olduğu ifade edilmektedir⁴⁹. O dönemki anlayışa göre mahkemelerin idareyi

⁴⁴ Marceau LONG / Prosper WEIL / Guy BRAIBANT / Pierre DELVOLLE / Bruno GENEVOIS, “Cadot Kararı” in **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, Dalloz, 17. Baskı, Paris, 2009, s. 37; Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 13.

⁴⁵ CHAPUS, a.g.e., s. 748; GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 28; Söz konusu ilke 1791 Fransız Anayasası’nın 3. maddesinde şu şekilde yer almıştır: “Mahkemeler ... idari işlere müdahale edemez, görevlerinden dolayı idarecileri celbedemezler.” YAYLA, a.g.e., s. 105.

⁴⁶ «Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine forfaitaire, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions » CHAPUS, a.g.e., s. 748; KARAHANOĞULLARI, a.g.m., s.19; Yasal yasağa ek olarak devrim takvimiyle 16 Fructidor Yıl III (1795) tarihli bir Kararname de “*her ne türde olursa olsun mahkemelerde idari işlemler hakkında dava açılmayacağı*” hüküm altına almaktadır. GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 28.

⁴⁷ Jacques LEGER, “L’histoire des conseils de prefecture”, in **Deuxième Centenaire du Conseil d’Etat**, La revue administrative, volume I, Edition PUF, Paris, 2001, s. 441(Nakleden-Onur KARAHANOĞULLARI, **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 21)

⁴⁸ GÖZLER / KAPAN, a.g.e., s. 30.

⁴⁹ KARAHANOĞULLARI, a.g.m., s. 19; İdari mahkemenin kararlarıyla idare etme faaliyetine girişmesi halen yasaktır. Söz gelimi yargısal makam idareyi verdiği zarardan sorumlu tutarak tazminat ödemesine hükmedebilirken, idareyi belli bir şeyi yapmaya zorlayamaz. Örneğin

ve memurlarını yargılayabilmesi, bir anlamda onların yerine geçerek idari kararlar verebilmek demektir. Kısaca, idari uyumsuzlukları karara bağlama işi de bir yönetme faaliyeti olarak görülmektedir⁵⁰. Fransa’da, bu algının “yargılamak, yargılamaktır” (*juger c’est juger*)⁵¹ düşüncesine evrilmesi için 1852⁵² yılını, düşüncenin hayata geçmesi için de III. Cumhuriyetin kurulmasını (1871) beklemek gerekmektedir.

IV. YARGISAL YETKİYLE DONATILAN MAKAMLAR

İdari yargı makamları adli yargı makamlarından farklı olarak sadece yargısal yetkiye sahip değildirler. Bu makamların yargısal işlev yürüten birimlerinin yanında idari yetkiler kullanan birimleri de bulunmaktadır. Hem Fransa hem Türkiye’de, söz konusu makamların kuruluşunda idari yetkilere sahip oldukları, yargısal yetkilerince daha sonra zaman içerisinde kademeli olarak verildiği görülmektedir. Neticede ise bu kurumların yargısal yetkileri idari yetkilerinin önüne geçmiştir.

A. Taşra Meclislerinin Oluşturulması

Merkezi idarenin yereldeki birimleri olan taşra meclisleri idare hukukunun oluşmasında önemli bir yere sahiptir. Fransa’da oluşturulan “*les conseils de préfecture*”ler, Osmanlı’da doğrudan bir çeviriyle vilayet meclisleri olarak idari teşkilatımızda yerini almıştır.

1. Fransa’da “*Les conseils de préfecture*”

Devrim takvimi ile 28 pluviôse yıl VIII olarak kayda geçen 18 Şubat 1800 tarihinde kabul edilen Kanun ile kurul yönetimleri ortadan kaldırılmış ve taşranın yönetimi iki ayrı organa bırakılmıştır. Buna göre yerelin yönetiminden vali (*le préfet*), yargısından da vilayet meclisleri (*conseils de préfecture*) sorumlu olacaktır. Daha sonra görüleceği gibi bu yargılama işlevi sadece idareye yöneltilen şikayetleri incelemeyi kapsamaktadır. Burada dikkat edilmelidir ki taşra idaresinin yönetim tarzı tayin edilirken bir bakıma

devlet aracının bir duvarı yıkması durumunda, zararın karşılanmasına hükmedebilir ama duvarın idare tarafından onarılmasına hükmedemez.

⁵⁰ YAYLA, a.g.e., s. 391.

⁵¹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 43.

⁵² Conseil d’Etat 1848 ile 1852 arasında istisnai olarak yetkili adalet sistemiyle faaliyet göstermiş ve idareyi doğrudan yargılayabilmiştir. Ancak 1852 yılında bu kısa dönem özgürlük sona ermiş ve tutuk adalet sistemine geri dönmüştür. Bkz. Michel ROUSSET, *L’idée de puissance publique en droit administratif*, Dalloz, Paris, 1960, s. 32; KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 41.

merkezdeki yönetim şekli taklit edilmiştir. Merkezde Kral (Napolyon) ve meclisi (Conseil d'Etat), yerelde de vali ve meclisi yönetimi temsil etmektedir⁵³. Nitekim, taşra meclislerinin aynı merkezdeki gibi hem danışma (istişari) hem yargısal yetkileri bulunmaktadır⁵⁴. İdarenin tek bir kişiye, yargının ise bir meclise bırakılması, “idare etmek tek bir kişinin, yargılamak ise birden fazla kişinin işidir” anlayışının yansıması olarak görülmektedir⁵⁵.

Fransa’da idari uyuşmazlıkları çözmeye yetkili Conseil d’Etat, temyiz merciine dönüştürülerek 1934’ten sonra idare mahkemeleri gibi görev yapan “vilayet meclisleri” kurulmuştur⁵⁶. Bu organlar ilk zamanlarda, sadece memurların uyuşmazlıklarını çözmektedir. 1953 yılında ise idari yargıda önemli bir reform gerçekleştirilmiş ve vilayet meclisleri idare mahkemelerine (*les tribunaux administratifs*) dönüştürülmüştür. Bu mahkemeler idari uyuşmazlıklarda genel görevli olarak kurulmuştur ve günümüzde varlıklarını sürdürmektedirler⁵⁷.

2. Osmanlı’da Vilayet Meclisleri

Osmanlıda Tanzimat’tan önce idarenin denetlenmesinden bahsedilmesi zordur⁵⁸. Bu dönemde davalara kadı tarafından şeri hukuk uygulanmaktadır. Kadının ise idareyi bağlayan uyuşmazlıklara karışmamalarına yönelik bir anlayışın olduğu görülmektedir. Fransa için olduğu gibi Türkiye için de idari yargı sisteminin çekirdek hali Tanzimat döneminde oluşturulan taşra meclislerinde bulunabilir. Tanzimat döneminde oluşturulan kurumların temel özelliği Osmanlıya modern idare anlayışını yerleştirmeleridir⁵⁹. Temsili taşra meclislerinin yargısal yetkileri asli görevlerine kıyasen ikincil

⁵³ Ancak merkezdeki konye ile yereldeki meclis arasında adalet dağıtımındaki yetki bakımından fark bulunmaktadır. Conseil d’Etat’nın kararları Kralın onayına tabi iken, yerel meclislerin kararlarının yürürlüğe girmesi için Valinin onayına ihtiyaç yoktur.

⁵⁴ KARAHANOĞULLARI, a.g.m., s. 24

⁵⁵ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 18; Cumhuriyetin ilerleyen yıllarında karar verme yoluyla yönetme işinin bir meclisin yetkisinde bulunması gerektiği “karar vermek birden fazla kişinin işidir” prensibiyle ifade edilecek ve bu ifadeyle yine yerel meclisler kastedilecektir. YILDIZ, a.g.e., s. 23.

⁵⁶ Jean RIVERO / Jean WALINE, **Droit Administratif**, Dalloz, 19eme Ed., Paris, 2002, s. 202.

⁵⁷ RIVERO / WALINE, a.g.e., s. 202.

⁵⁸ Yayla’ya göre Tanzimat dönemine kadar Osmanlı İmparatorluğu’nda idarenin yargı yoluyla denetiminden söz etmek mümkün değildir. Memurlar hakkında yapılan şikayet ve davalar da ilerde alınacak idareci-hakim sistemine benzetilmektedir. Bkz. YAYLA, a.g.e., s. 374.

⁵⁹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 74.

nitelik taşımaktadır. Ancak bu yargısal nitelikteki yetkiler idari yargının belirginleşmesinde büyük rol oynamış ve vilayet meclisleri bu yetkileri idare mahkemeleri kuruluncaya kadar muhafaza etmiştir. Bu yönüyle İdari yargı tarihi ile idare tarihi son derece iç içedir. Çünkü idari yargı yetkisini ilk olarak yargısal yetkilerle donatılan idari makamlar uygulamıştır. Bu dönemde daha önce de yer verdiğimiz “idareyi yargılamak idare etmektir” anlayışı “idare etme yetkisi, yargılama yetkisini de içinde barındırır” anlayışına dönüşmüştür⁶⁰, kurulan vilayet meclislerine ise hem yerelin yönetimine katılma ve hem de memurları yargılama görevi verilmiştir.

1839 Tanzimat Fermanı’yla kurulan taşra meclisleri 1864 Vilayet Nizamnamesi’nde de yer almıştır. Söz konusu Nizamname 22 Ocak 1871’e kadar yürürlükte kaldıktan sonra yeniden formüle edilmiş ve İdare-i Umumiye-yi Vilayet Nizamnamesi adı altında yeniden yürürlüğe girmiştir⁶¹. Taşra meclislerinin yaşadığı dönüşüm, 1913 tarihli İdare-i Umumiye-yi Vilayet Kanunu ile son biçimini almış ve buradan da Cumhuriyete intikal etmiştir⁶².

Nihayet 1876 yılında Kanun-u Esasi yürürlüğe girerken, yerel meclislere Anayasa’da yer verilerek devamlılıkları hukuki güvenceye kavuşturulmuştur. Teşkilatı Esasiye’nin 109. maddesine göre, “*vilayat ve liva ve kaza merkezlerinde olan idare meclisleri ile senede bir defa merkezi vilayette içtima eden Meclisi Umumi azasının sureti intihabı bir kanunu mahsus ile tevsi olunacaktır*”⁶³. Hükme göre bu meclisler vilayet, liva ve kaza merkezlerinde kurulacak, yılda bir defa merkezde toplanacak ve seçilmelerine ilişkin kurallar daha sonra çıkarılacak bir kanun ile tayin edilecektir.

26 Mart 1913 tarihli İdare-i Umumiye-yi Vilayet Kanunu⁶⁴, 5 Mayıs 1929 tarih ve 1426 sayılı Vilayet İdaresi Kanunu ile kısmi değişikliğe uğramış, 10 Haziran 1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun kabul edilmesiyle

⁶⁰ Bu durum, “kimse kendi davasında taraf olamaz” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

⁶¹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 94.

⁶² KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 75.

⁶³ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s.103.

⁶⁴ Kanunun 67. maddesine göre, “il idare şubelerinin kararlarına karşı ilgililer tarafından yapılan itirazlar il idare meclisinde incelenir. İl İdare meclisi kararlarının incelenme yeri Şura-yı Devlet’tir”. Cumhuriyet döneminde bazı idari uyuşmazlıkları çözme yetkisi, mahkeme niteliği taşımayan ve idare içinde yer alan il idare kurulu, vergi itiraz ve temyiz komisyonları ile gümrük heyetleri gibi kurullara devredilmişti. Söz konusu kurulların kararlarına karşı olarak da temyiz mercii olan Danıştay’a gidiliyordu.

tamamen yürürlükten kalkmıştır⁶⁵.

1982 yılında ilk derece yargı mercileri olarak idare ve vergi mahkemeleri kurulunca söz konusu kurul, komisyon ve heyetlerin yargısal yetkileri de yeni kurulan bu mahkemelere devredilmiştir. 6 Ocak 1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesi ile hem kurullara hem komisyonlara verilen yargı yetkisi, yeni kurulan idare ve vergi mahkemelerine devredilmektedir⁶⁶. Yeni sistemde genel görevli yargı yeri ilk derece idare mahkemeleri iken, Danıştay özel yetkili idari yargı organına dönüşmektedir⁶⁷. Böylece günümüz ilk derece idari yargı sisteminin oluşum süreci tamamlanmış olmaktadır.

B. Yüksek İdare Mahkemelerinin Kuruluşu

Yüksek idare mahkemeleri, ilk derece idari yargı yerlerinin verdikleri kararların nihai inceleme mercileridir⁶⁸. Birer danışma meclisi olarak düşünülen ve devletin bir anlamda fikir üretme organı olarak kurulan bu mahkemelere aynı zamanda yargısal yetkiler de verilmiştir. Bu mahkemeler Fransa'da Conseil d'Etat bizde Şura-yı Devlet veya daha sonraki ismiyle Danıştay'dır.

1. Fransa'da Conseil d'Etat

1789'dan sonra Montesquieu'nun daha önce çerçevesini çizmiş olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesi yeni Fransız yönetimi tarafından ciddiye alınmakta ve katı bir biçimde uygulanması öngörülmektedir. Bundan sonra erklerin

⁶⁵ 5442 sayılı Kanun da il idare kurullarına yargısal görevler vermektedir. Kanunun 62. maddesine göre "İl idare kurulları, il idare şubelerinin, kaymakamların ve ilçe idare şubeleriyle bucak müdürlerinin, bucak meclis ve komisyonlarının, köy muhtarlarının ve köy ihtiyar kurullarının yürütülmesi gerekli kararları aleyhine menfaati haleldar olanlar tarafından bu kararların esas, maksat, yetki ve şekil itibarıyla kanun ve tüzüğe muhalefetlerinden dolayı açılan iptal davalarına birinci derecede bakarlar". Hüküm hem bugün yürürlükte olan iptal davasının çerçevesini çizmekte hem de söz konusu kurullara yargısal yetkiler tanımaktadır.; KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s.207.

⁶⁶ 2576 sayılı Kanunun 15. maddesi: "1. İdare ve vergi mahkemelerinin görev alanına giren ve kanunlarla çeşitli kurul ve komisyonlara verilmiş bulunan görev ve yetkiler, bu mahkemelerin göreve başladığı tarihte sona erer. 2. vergi itiraz komisyonlarının ve Vergiler Temyiz Komisyonunun kuruluşuna ilişkin hükümler birinci fıkrada gösterilen tarihte yürürlükten kalkar".

⁶⁷ Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku**, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 69.

⁶⁸ GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 817.

birbirlerinin alanına müdahalesi kabul edilmemektedir. Ancak bu durumda idarenin hukuka aykırı işlemlerinin ne şekilde denetime tabi tutulacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Yasalarla vatandaşların idare kaynaklı uğradığı zararların mahkemeler tarafından kovuşturulması yasaklanmıştı. Ama her halükarda idare hakkındaki şikayetlerin karara bağlanacağı bir düzene ihtiyaç bulunmaktaydı. İdarenin istediği gibi hareket ettiği bir durum Fransız devrim ruhuna aykırılık oluştururdu. Adli ve idari makamların birbirinden ayrılmasının ise yegane sonucu olabilirdi: idari-yargısal makamların oluşturulması.

Bu amaçla 22 Frimaire Yıl VIII (13 Aralık 1799) Anayasası'nın 52. maddesiyle merkezde Conseil d'Etat kuruldu⁶⁹. Maddeye göre Conseil d'Etat'nın görevi “kanun tasarıları ile nizamnameleri hazırlamak ve idari konularda ortaya çıkan güçlükleri çözmek”tir⁷⁰. Bunlar Conseil d'Etat'nın yasama ve yürütmenin alanından yetkiler aldığı anlamına gelmektedir. Yüksek Mahkeme'nin ayrıca yargılama alanına ilişkin yetki olarak idare aleyhindeki şikayetlere bakması öngörülmektedir. Sonuç olarak Conseil d'Etat'nın, modern devletin üç erkenden (yasama-yürütme-yargı) süzdüğü yetkileri tek bir bünyede toplayarak kullandığı görülmektedir.

Yeni sistemde idare ile bireyler arasındaki uyuşmazlıklara, bireylerin idare hakkındaki şikayetlerine taşrada yerel meclislerin bakması kararlaştırıldı. Bu şekilde çoğunluğu idarenin aleyhinde ileri sürülen şikayetlere yine idarenin içinden bir yapının baktığı “idareci-hakim sistemi” (*le système de administrateur- juge*) kabul edilmiş oldu⁷¹. Halbuki söz konusu uygulama hukukun temel ilkelerinden biri olan “kimse kendi davasında hakim olamaz” ilkesine aykırılık oluşturuyordu⁷². Ancak o günün koşullarında idari işlemi uygulayan idare ile yargılayan idare arasında farklılık olabileceği düşünülüyordu. Zira idari işlerin denetimi yine idari fonksiyonunun

⁶⁹ CHAPUS, a.g.e., s. 749.

⁷⁰ Grégoire BIGOT, **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, PUF, Paris, 2002, s. 50; KARAHANOGULLARI, a.g.e., s. 31.

⁷¹ CHAPUS, a.g.e., s. 748; GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 29; Cadot kararında buna benzer şekilde bakan-hakim sisteminden söz edilmektedir. Bu sisteme göre, uyuşmazlık veya şikayet önce sorumlu bakanlığa götürülür. Bakanlığın verdiği karar üzerine itiraz yoluyla Conseil d'Etat'ya gidilir ve uyuşmazlık hakkında son kararı Conseil d'Etat verir. Bkz. LONG et al., a.g.e., s. 37.

⁷² GÖZLER / KAPLAN, a.g.e., s. 29.

bir parçası olarak algılanıyordu⁷³. Bununla beraber, olumlu bir detaydan söz etmek mümkündür. İdare ile ilgili uyuşmazlıklara bakacak olan idare, işlemi yürüten idare (*administration active*) değil başka bir idaredir. Yeni düzenlemeyle idari uyuşmazlıkların çözülmesi işi, aktif idareden alınıp istişari idareye (*administration consultative*) aktarılmıştır⁷⁴. Chapus'ye göre idari yargının gelişimi açısından her halükarda bunu bir ilerleme olarak kaydetmek gerekmektedir⁷⁵.

Fransız Danıştay'ının (Conseil d'Etat) kuruluş tarihi olarak Lüksemburg Sarayında ilk toplantısını yaptığı 25 Aralık 1799 tarihi kabul edilmektedir⁷⁶. Conseil d'Etat fiili olarak bu tarihten beri varlığını sürdürmekte ve idarenin iş ve eylemlerine ilişkin uyuşmazlıkları denetlemektedir. Ancak bu sistemin bazı nüansları bulunmaktadır. Bunlar da bir sonraki ana başlıkta ele alınacaktır.

2. Osmanlı'da Şura-yı Devlet

Osmanlı İmparatorluğu'nun ilk döneminden 19. yüzyıldaki ıslahat hareketlerine kadar geçen sürede idare ilgili şikayetler yine doğrudan idareye yapılmakta, adalet davanın tarafı sıfatını da taşıyan idareden talep edilmekteydi. Merkezde bulunan ve Padişahın danışma meclisi vazifesini gören Divan-ı Hümayun aynı zamanda idare hakkındaki şikayetlere ve davalara bakmaktaydı⁷⁷. Buna ilaveten sadrazam ve diğer vezirler kendi konaklarında divanlar kurarak şikayet ve davalara bakıyorlardı. Yerelde ise yargı yetkisi mahallin en büyük mülki amiri olan beylerbeyine aitti⁷⁸.

8 Aralık 1839 tarihinde Meclis-i Vâla-yı Ahkam-ı Adliye kurularak devlet yönetimini ilgilendiren hususlarda fikir üretme ve idare hakkındaki şikayetleri karara bağlama yetkisi bu meclise verildi⁷⁹. Bu açıdan Meclis-i Vâla'nın ileride kurulacak olan Şura-yı Devlet'in görev ve yetkilerini icra ettiği görülmektedir. İnceleme ve yasa tasarıları hazırlamanın yanında Meclis-i Vâla vilayetlerdeki nizamiye mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz mercii görevini yerine getirmekte; keza vilayet yöneticilerinin atanmasına

⁷³ CHAPUS, a.g.e., s. 748

⁷⁴ CHAPUS, a.g.e., s. 749.

⁷⁵ CHAPUS, a.g.e., s. 749.

⁷⁶ KARAHANOĞULLARI, a.g.m., s. 20.

⁷⁷ Murat SEZGİNER, *İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 22.

⁷⁸ SEZGİNER, a.g.e., s. 22.

⁷⁹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e, s. 125.

onay vermektedir⁸⁰. Burada tek meclisin çok işlevli bir yapıya sahip olduğu görülmektedir.

Meclis-i Vâla'nın çok yönlü bir yetki alanına sahip olması dikkate değerdir. Hukuk sisteminin henüz netleşmediği zamanlarda bir organın birden çok alana hitap eden yetkiler icra etmesi ise dönem itibariyle normal karşılanmaktadır. Bu şekilde bir yetkilendirmenin, yargı birliği anlamına gelmeyeceği gibi yukarıda sayılan görevlerin farklı kurumlar arasında paylaşılması da yargı ayrılığı anlamına gelmeyeceği ifade edilebilir. Sadece idare hukukunun değil, genel olarak hukukun henüz sınırlarının oluşmadığı, idarenin denetlenmesi gerektiği anlayışının yerleşmemiş olduğu bir dönemde adli ve idari yargı ayrımından söz etmek mümkün görünmemektedir. Özyörük veciz bir dille “*Hicri bilmem kaç yılının Şaban ayının bilmem kaçında çıkan nizamnamedeki müphem bir hükmün mefhum-u muhalifinden, Osmanlı İmparatorluğunda idari yargının varlığını isbata elverişli sonuç çıkmaz*”⁸¹ diyerek idari yargının varlığını ortaya koymaya çalışan zorlama yorumlara karşı çıkmaktadır. Özyörük, ayrıca memurin muhakematına ilişkin kuralları kastederek “*bir takım kıyıda köşedeki hükümlerden, memleketimizde 1868'den beri idari yargının bulunduğu*”⁸² sonucuna varılamayacağını da ileri sürmektedir.

Meclis-i Vâla'nın yoğun iş yüküyle çalışması onu yavaşlatmış ve kısa zaman içerisinde Tanzimat kurumlarından alınan verim azalmaya başlamıştır. Bu nedenle 1854 yılında Meclis-i Vâla-yı Ahkam-ı Adliye'nin görevi yargısal ve adli işlerle sınırlandırılarak yasama sürecinde rol alacak yeni bir meclis olan Meclis-i Âli-i Tanzimat kurulmuştur⁸³. Yasa hazırlama dışındaki görevleri Meclis-i Vâla icra etmeye devam etmiştir. Böylece iki meclisli bir sisteme geçiş yaşanmıştır.

7 Temmuz 1861 tarihli Hatt-ı Hümayun ile iki meclisli yapıdan vazgeçilerek 1839 tarihli Meclisi Vâla-yı Ahkamı Adliye ile 1854 yılında kurulan Meclisi Ali-i Tanzimat, Meclis-i Ahkam-ı Adliye adı altında

⁸⁰ Orhan ÖZDEŞ, “Danıştay’ın Tarihçesi”, içinde **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Danıştay Matbaası, 2. Baskı, Ankara, 1986, s. 51.

⁸¹ Mükbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku**, İdari Yargı Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara, 1977, s. 153.

⁸² ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku**, a.g.e., s. 154.

⁸³ ÖZDEŞ, a.g.m., s. 51; Balta Meclis-i Ali-i Tanzimat’ın kuruluşu için 1853 tarihini vermektedir. Bkz. BALTA, a.g.e., s. 59.

birleştirilmiştir⁸⁴. Birleşmede İngiliz müdahalesinin etkili olduğu ileri sürülmektedir. Engelhart'a göre bu dönemde Fransız idari rejimi ile İngiliz *common law*'ı çekişme halindedir⁸⁵. Bununla beraber merkezde yetkiler tek bir makamda birleştirilirken, yerelde nizamiye mahkemeleri, yerel meclisler ve şeri mahkemeler ayrı ayrı faaliyet göstermektedir. Merkezde işlev birliği söz konusu iken yerelde işlev ayırımının uygulanıyor olması çelişkili bir durum yaratmaktadır⁸⁶. Nitekim, bu duruma yedi yıl sonra (1868'de) son verilerek Meclis-i Ahkam-ı Adliye kaldırılmakta ve idari yargı, denetim ve nizamnamelerin incelenmesi Şura-yı Devlet'e, yüksek yargı görev ve yetkisi de yeni kurulan Divan-ı Ahkamı Adliye'ye verilmekte ve yine iki meclisin bulunduğu bir sisteme geçilmektedir⁸⁷. Şura-yı Devlet de böylece resmen kurulmuş olmaktadır⁸⁸.

1876'da Kanun-u Esasi'nin kabul edilmesiyle Şura-yı Devlet anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Kanun-u Esasi'nin 53, 54 ve 117. maddelerine göre Şura-yı Devlet, İrade-i Seniyye üzerine kanun tasarılarını hazırlamak ve devlet yönetimine ilişkin kanunları yorumlamak konularında yetkili kılınmıştır⁸⁹.

Yeni oluşturulan yapıda, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, laik yasaların uygulandığı uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmakla ve nizamiye mahkemelerinin kararlarını temyiz mercii olarak incelemekle görevlidir. Yasa ve nizamname tasarılarını hazırlamak, kamu yönetimine ilişkin konuları araştırmak, yürütme ile yargı arasındaki uyuşmazlıkları çözmek, yürürlükteki yasaların uygulanabilmesi için bakanlara tavsiyede bulunmak ve devlet görevlilerini görevleriyle ilgili suçlardan yargılamak, şahıslar ile hükümet arasındaki uyuşmazlıklar hakkında karar vermek ise Şura-yı Devlet'in

⁸⁴ Sezginer, birinci meclisin Meclisi Ahkamı Adliye, birleşme sonucu oluşan meclisin ise Meclisi Vâla-yı Ahkamı Adliye olduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca birinci meclisin kuruluş tarihini de burada verildiği gibi 1839 değil 1837 olarak vermektedir. Bkz. SEZGİNER, a.g.e., s. 23.

⁸⁵ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s.130.

⁸⁶ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s.131.

⁸⁷ ORTAYLI, a.g.e., s. 419; Begüm İSBİR, "İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi", İUHFM, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 958.

⁸⁸ Şura-yı Devlet'in ilk başkanı Mithat Paşa'dır, kuruluş tarihi olarak da Danıştay tarafından 10 Mayıs 1868 tarihi esas alınmaktadır. KARAHANOGULLARI, a.g.e., s. 144; GÖZÜBÜYÜK / TAN, a.g.e., s. 31.

⁸⁹ ÖZDEŞ, a.g.m, s. 77.

görevleri arasında sayılmaktadır⁹⁰.

Şura-yı Devlet Nizamnamesinde Fransız etkisine dair izlerin tespitinin kolay olduğu ileri sürülmektedir⁹¹. Ancak bu kurumlar oluşturulurken iki ülke arasında bir amaç farklılığı göze çarpmaktadır. Türkiye’deki idari yargıyı ihdas eden düzenlemelerde Fransa’dakinden farklı olarak idarenin yargının müdahalesinden kurtarılması amacı yoktur⁹². Tam tersi yargının idarenin müdahalesinden kurtarılması amacı baskındır. Ama hedefler farklı olsa da sonuç aynı olabilmektedir. Neticede Türkiye’de bir idari yargının oluşma süreci yaşanmış ve günümüze kadar devam etmiştir.

Cumhuriyet Türkiye’inde ikinci meclisteki büyük tartışmalara rağmen Osmanlıdan kalma işlevsiz kurum olarak adlandırılan Şura-yı Devlet 20 Nisan 1924 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu’nda da yer almıştır. Anayasanın “Vazife-i İcraiye” başlıklı üçüncü bölümünün 51. maddesinde geçen hüküm, Şura-yı Devlet’i düzenlemektedir. Buna göre, “İdari dava ve ihtilafları rüyet ve hal, Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun layihaları ve imtiyaz mukavele ve şartnameleri üzerine beyanı mütalaa, gerek kendi kanunu mahsusu ve gerek kavanini saire ile muayyen vezaifi ifa etmek üzere bir Şurayı Devlet teşkil edilecektir”⁹³. Görüldüğü gibi Şura-yı Devlet’in idari davalara bakacağı kesin olarak hükme bağlanmıştır. Artık bir idari yargının varlığından bahsetmek mümkün görünmektedir.

V. YARGISAL YETKİNİN YÜRÜTÜLME ŞEKLİNE VE İÇERİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

Yeni sistemin günümüz bakış açısıyla temel sorunu, yargısal yetkiyle donatılmış bu makamların bağımsızlık düzeyiydi. Zira, yargı makamlarının bağımsız ve tarafsız olması esastır. Bunun dışında kurulan yargısal makamların hangi alanlarda uyuşmazlık çözme yetkisine sahip olduklarının da açığa kavuşturulması gerekmektedir. Çalışmanın bu kısmında, bahsi geçen makamlar tarafından verilen kararların başka makamların onayına tabi olup olmadığı ve bu kurumların hangi uyuşmazlıklara bakabileceği hususlarının üzerinde durulması gerekmektedir.

⁹⁰ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 147.

⁹¹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 141.

⁹² KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s.126.

⁹³ SEZGİNER, a.g.e., s. 24.

A. Bir Handikap: Yetkili Adalet-Tutuk Adalet Denklemi

Danıştay'ın kuruluş Nizamnamesine göre Danıştay'ın önüne gelen idari davalar sonucunda verilen kararlar ancak sadrazamın onayı ve padişahın iradesiyle yürürlüğe girmekteydi. Bir mahkemenin verdiği kararın yargı kuvveti dışında bir organ makam ya da kişinin onayına tabi tutulması “tutuk adalet anlayışı” olarak tanımlanmaktadır⁹⁴.

İdare meclislerinin kararları açısından dikkate değer ayrıntı, bu meclislerin kararlarının yürürlüğe girmesi için başka bir makamın onay veya iznine tabi olmamasıdır. Bu açıdan Şura-yı Devlet'ten esirgenen yetkinin vilayet meclislerine verildiği görülmektedir. 1871 nizamnamesinin 81. maddesi “*idare meclisinin yürürlükteki düzenlemelere göre uygulanması hükümetin ön iznini gerektiren kararları, vali bu ön izni almadan uygulanamaz. Fakat, idare işlerine ilişkin uyuşmazlıklar ve şikayetler hakkında verilen hükümler bu kuraldan muaftır*”⁹⁵. Buna karşın, merkezde yer alan istişari ve idari makam olarak Şura-yı Devlet'in kararları için ön izin prosedürü öngörülmüştür. Şura-yı Devlet'in kararlarının yürürlüğe girmesinde tutuk adalet sistemi uygulanmaktadır⁹⁶. Şura-yı Devlet Nizamnamesinin 8. maddesine göre, “*Şura-yı Devlet'in nizamnamesi aslisi hükmünce umuru idareye dair olan kararları kat'i olmadığı misillu muhakematı dairesinde deavi üzerine lahık olan hüküm ve kararların icrası dahi makamı sadaretin tasdikine ve irade-i Seniyye süduruna menuttur*”⁹⁷. Dolayısıyla Şura-yı Devlet kararlarının yürürlüğe girmesi için padişahın onayı gerekmektedir.

Bu tarihte Fransa'da da aynı sistemin uygulanıyor oluşu düzenlemenin kaynağını açıklar niteliktedir. Zira, idare hukukunun anavatanında da vilayet meclislerinin kararları onaydan muafiken Conseil d'Etat'nın kararları onamaya tabidir⁹⁸. Bu yönüyle Conseil d'Etat, devlet reisi tarafından onaylanacak

⁹⁴ Celal ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 25 vd.; GÖZLER, a.g.e., s. 54-55.

⁹⁵ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s.101

⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK / TAN, a.g.e., s. 31

⁹⁷ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s. 102; Aral, Danıştay kararlarının altında geçen “ol bapta irade... hazretlerininindir” ibaresine dikkat çekiyor. Şura-yı Devlet umumi heyet mazbatasında, idari davalar için Şura-yı Devlet'te teşkilatı mahsusa ve usul-ü muhakeme olmadığından ... mukarreratı kazaiye (yargı kararları) idari kararlar gibi makam-ı sadaretin tasdiki ile nazif (yürürlüğe girme) olabilmektedir. Rüşti ARAL, “Yargı Organı Olarak Danıştay”, içinde **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968, s. 376 vd.

⁹⁸ George DUPUIS / Marie José GUÉDON / Patrice CHRÉTIEN, **Droit Administratif**, Ed. Armand Colin, 8e Ed., Paris, 2002, s. 33.

olan yargısal kararları hazırlayan ve bu konuda görüş bildiren bir müşavirlik vasıtası görmektedir. Devlet reisi genelde kendisine tevdi edilen kararları onaylamakla yetinse de her halükarda farklı tavır alma konusunda sınırsız bir serbestiye sahiptir⁹⁹. Şüphesiz bu dönemde dahi idare, kanuna uygun hareket etmelidir. Ancak, bireyler idarenin kanuna uygun hareket etmesini sağlayacak etkili bir araçtan (yetkili adalet) yoksun olduğu görülmektedir¹⁰⁰.

Conseil d'Etat'nın yargılama işlevini “açıkça yetkilendirilmiş” şekilde yerine getirmesi ise III. Cumhuriyet Döneminde gerçekleşmektedir. Kurucu Meclis 24 Mayıs 1872 tarihli Yasa ile Conseil d'Etat'nın kararlarının devlet reisi tarafından onaylanması şartını ortadan kaldırarak yetkili adalet (*justice déléguée*) sistemini benimsemektedir¹⁰¹. 1872 tarihli Kanununun 9. maddesine göre “Conseil d'Etat, çeşitli idari makamların işlemlerine karşı açılmış bulunan iptal davalarında özgürce (tam yetkiyle) karar verir”¹⁰². Conseil d'Etat artık egemen gücün adına değil “Fransız Halkı Adına” karar vermektedir.

Türkiye’de ise Cumhuriyet döneminin ilk Anayasasıyla (1924) Şura-yı Devlet kurulunca, buna uygun olarak çıkarılan 669 sayılı Kanunla tutuk adalet anlayışına son verilmiştir¹⁰³. Yasanın 48. maddesine göre “idari davalar hakkında Şura-yı Devlet’ten sadır olan hükümler hiçbir makamın tasdikine muhtaç olmaksızın lazımlı infaz olup icra dairelerince alelusul tenfiz olunur”. Yasanın 19. maddesi ise günümüz iptal davasını düzenlemektedir: “idari mukarrerat ve muamelat hakkında selahiyet ve şekil ve esas ve maksat cihetlerinden biri ile kanuna yahut nizama muhalefetinden dolayı iptali” için Danıştay’da dava açılacaktır.

Danıştay’ın cumhuriyet dönemi ile beraber gerçek fonksiyonuna kavuşması iki nedene bağlanmaktadır: Birincisi, Danıştay’ın bir yargı mercii olarak 1924 Anayasası’nda yerini alması; ikincisi yeni Cumhuriyet’in idarî faaliyetinin nitelik ve nicelik itibarıyla bir idare hukukunun gelişmesine elverişli olmasıdır. Buna bir üçüncü faktör olarak Türkiye’deki hukuk sisteminin laikleştirilmesi de eklenmelidir. Zira dini unsurların yargısal yetkileri ortadan

⁹⁹ YÜKSEL, a.g.m., s. 76

¹⁰⁰ YÜKSEL, a.g.m., s. 76

¹⁰¹ KARAHANOĞULLARI, a.g.e., s. 34; Lütfi DURAN, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 18.

¹⁰² SEZGİNER, a.g.e., s. 22; Aslında Conseil d'Etat asli adalet yetkisini 1841’de almıştır ama 1852 darbesi ile yine tutuk adalet sistemine dönmüştür. Bkz. YAYLA, a.g.e., s. 389.

¹⁰³ SEZGİNER, a.g.e., s. 24.

kalkınca herkese uygulanabilen bir hukuk sistemi oluşturulabilmiştir.

Bununla beraber Cumhuriyet Şura-yı Devlet'i için bir eleştiri ileri sürülebilir. 1924 Anayasasında idari davalar Şura-yı Devlet'e havale edilmekte, ancak Şura-yı Devlet bir mahkeme olarak kurulmamaktadır. Bu bakımdan araç ile yapı arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Araç yani idari dava, dava olmak bakımından yargılamaya ait bir araç iken Şura-yı Devlet'in kurulurken bir mahkeme olarak düşünülmemesi idari yargının dönüşümünde bir eksikliğe işaret etmektedir¹⁰⁴. Bu düşüncenin vilayet meclisleri için de geçerli olduğunun belirtilmesi yerinde olacaktır.

B. İkinci Bir Handikap: Hükümet İle Eşhas Beynindeki Davalar

Bireyler ile idare arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların hangi makam tarafından çözüme kavuşturulacağı hususu, idari yargının tespiti açısından önem taşımaktadır.

23 Zilhicce 1284 (6 Nisan 1869) tarihinde çıkarılan Şura-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi ile *“hükümet ile kişiler arasındaki davaları görmek”, memurları yargılamak” ve “temyiz davalarına bakmak”* Şura-yı Devlet'teki adli işlerden sayılmakta ve Şura-yı Devlet'in diğer işleri ile yargısal görevleri arasında bir ayrıma gitmek için Muhakemat Dairesi kurulmaktadır¹⁰⁵. Dolayısıyla bireyler ile idare arasındaki uyuşmazlıklara Şura-yı Devlet'in bakması öngörülmektedir.

1876 yılında kabul edilen Kanun-u Esasi ise bireyler ile devlet arasındaki uyuşmazlıklar için farklı bir hüküm getirmektedir. Kanun-u Esasi'nin 85. maddesi şu şekildedir; *“Her dava ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki davalar dahi mehakimi umumiyyeye aittir”*¹⁰⁶. *Bu durumda Kanun-u Esasi'nin hükmü ile 23 Zilhicce 1284 (6 Nisan 1869) tarihinde çıkarılan Şura-yı Devlet Nizamname-i Dahilisi arasında aykırılık ortaya çıkmaktadır. Hukuk normlarının yorumlanmasına dair kurallara göre eski ya da yeni tarihli olsun üst düzeydeki kanun her zaman alt düzeydeki kanunu ilga eder (lex superiori derogat legi inferiori).* Bu durumda Anayasa

¹⁰⁴ KARAHANOGULLARI, a.g.e., s.238.

¹⁰⁵ Nizamname-i Dahilinin 3. Maddesine göre *“... devairi idare ile eşhas beyninde tehdüdis idüb meclis-i mahsusunda hüküm olunan davaların istinafen ve yine kabilden olub ehemmiyeti cihetiyle havale kılınan deavinin bidayeten rüyet”* eder”. Nizamname daha önce geçen hükümet kelimesi yerine idari davalar kelimesini kullanmaktadır. Bu idari davaların belirginleşmesi açısından önemli bir adımdır. KARAHANOGULLARI, a.g.e., s.163.

¹⁰⁶ ÖZDEŞ, a.g.m., s. 77.

hükümünün geçerli olduğu ve Şura-yı Devlet'in iç işleyişini düzenleyen Nizamname hükümünün ilga edildiği kabul edilmelidir.

Nizamname-i Dahili'de kişiler ile arasında hükümet arasındaki davalara farklı bir anlam yüklenmiştir. Bu anlamın, yargılama işinin adli iş olarak görülmesi olduğu ifade edilebilir. Adli yargı ile idari yargı şeklindeki ayırım modern hukuk sistemlerinin yarattığı bir sonuç olduğundan, geçmişe ilişkin yorum yapılırken de benzer bir ayırım noktası aramaya itmektedir. Ancak, Osmanlı döneminde öncelik verilen hususun yargı ayrılığı sisteminin oluşturulması değil, hükümet ile kişiler arasındaki davalar ile memurların yargılaması için bir denetim mekanizmasının oluşturulması olduğu görülmektedir. Osmanlı daha yeni polis devleti uygulamalarından sıyrılıp idareyi denetime tabi tutmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla esas amaç bir denetim mekanizmasının oluşturulması olarak ortaya çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalarda yer aldığı üzere aslında ne Cumhuriyetin ilk yıllarında (1924 Anayasası) ne de Osmanlı'da 1868'de, Şura-yı Devlet'in kurulurken temel görevi yargısal fonksiyon icra etmek olan bir mahkeme olarak kurulmadığı görülmektedir. Bazı yazarlara göre Kanun-u Esasi'deki hüküm açıkça yargı ayrılığından vazgeçiş anlamına gelse de¹⁰⁷ adli ve idari yargı ayırımı kaygısının olmadığı bir dönemdeki Şura-yı Devlet'in idari yargı makamı olduğunu ifade etmek zor olabilir. Söz konusu hükümler arasındaki farklılık Şura-yı Devlet'in bir yandan bir genel mahkeme olarak düşünülmüş olabileceğini akla getirirse de Nizamname ile Anayasal hüküm arasındaki fark Cumhuriyet hukukçuları için olduğu kadar Osmanlı dönemindeki hukukçular için de çelişkili bir görünüm arz etmiştir ki sonraki yıllarda "hükümet ile kişiler arasındaki davalara bakmak" Şura-yı Devlet'in görevleri arasından çıkarılmıştır.

SONUÇ

Fransız teşkilat ve yapısını örnek alan Osmanlı Reform çalışmaları askeri alandan başlayarak hukuk, maliye, yönetim gündelik hayatın her alanına yayılmıştır¹⁰⁸. Osmanlıdaki yönetim anlayışı Tanzimat'la beraber Fransa'dan doğrudan etkilenmeye başlamış ve bu dönemde valilerin yetkileri sınırlandırılarak merkezin otoritesi artırılmak istenmiştir. 1864 tarihli "İdareyi Vilayet Nizamnamesi" bu etkinin bir ürünüdür. Fransız yönetim teşkilatını

¹⁰⁷ Süheyp DERBİL, **İdare Hukuku**, C. 1, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948, s. 138.

¹⁰⁸ YAYMAN, **Türkiye'nin İdari Reform Tarihi**, a.g.e., s. 56.

örnek alan Nizamname ile Osmanlı Devletinin taşra örgütlenmesi büyükten küçüğe doğru: vilayet-sancak-kaza-nahiye ve kariye şeklinde ayrılmış ve Bonapartist ve merkeziyetçi bir yapı oluşturulmaya çalışılmıştır¹⁰⁹. Osmanlıda ilk defa kurulan idare meclisleri de kökenlerini Tanzimat döneminde bulmaktadır.

Fransa'da idari yargının geçirdiği evrimi, bu sistemi kodifiye eden diğer Kıta Avrupası ülkeleri gibi Türkiye de yaşamıştır. Ancak Fransa'daki idari yargı sisteminin zaman içerisindeki oluşumu bir sürekliliğin ürünü iken Türkiye'de idari yargı sisteminin oluşumu müdahale ve düzeltmelerle ilerlemiştir. Diğer Avrupa ülkelerinin bu konuda ne gibi sıkıntılar yaşamış olduğu ayrı bir inceleme konusu olmakla beraber Türkiye'nin idare yargının oluşumu kesinti ve kopukluklara rağmen başarılı olduğu ve neticede bir idari yargı rejimi kurulabildiği ifade edilebilir.

Bu süreç, Osmanlı döneminde vilayet meclisleri ve Şura-yı Devlet ile başlamış, idareci-hakim¹¹⁰ sistemiyle devam etmiş, tutuk işleyen bir adalet sistemi dönemi yaşanmış, nihayet Cumhuriyetle beraber bağımsız bir idari yargı sistemi oluşturulabilmiştir. Bu aşamaya gelinceye kadar da Fransız uygulamasının her zaman göz önünde tutulduğu belirtilebilir.

KAYNAKÇA

ARAL, Rüştü: "Yargı Organı Olarak Danıştay", içinde **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968.

AÇIK, Eşref Hilmi: **Geçmişten Günümüze Türkiye Fransa ilişkileri**, IQ Kültür Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2008.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNLER, Murat / KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

BALTA, Tahsin Bekir: **İdare Hukuku I**, Genel Konular, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1970-72.

¹⁰⁹ YAYMAN, **Türkiye'nin İdari Reform Tarihi**, a.g.e., s. 60.

¹¹⁰ Faal idarenin hem taraf hem de hakim olduğu bir sistem, idari yolsuzluk ve keyfiliğe karşı ciddi bir güvence oluşturamayacağından, bu sistem istifat veya hiyerarşik/idari bir başvurudan daha fazla değer taşımaz. Paul DUEZ / Guy DEBEYRE, **Traité de Droit Administratif**, Paris, 1952, s. 235. (Nakleden- YÜKSEL a.g.m., s. 75)

- BIGOT, Grégoire: **Introduction historique au droit administratif depuis 1789**, PUF, Paris, 2002.
- CASTALDO, André: **Introduction historique au droit**, 3eme Ed., Dalloz, Paris, 2006.
- DERBİL Süheyp, **İdare Hukuku**, C. 1, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1948, s. 138.
- DUPUIS, George / GUEDON, Marie José / CHRETIEN, Patrice: **Droit Administratif**, 8eme Ed., Ed. Armand Colin, Paris, 2002.
- DURAN, Lütfi: **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982.
- ERKUT, Celal: **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukuku Dersleri**, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 69.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2011.
- İSBİR Begüm: “İdari Yargıda İptal Davasının Tarihsel Gelişimi”, **İÜHFİM**, C. LXIX, S. 1-2, 2011, s. 951-966.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: **Türkiye’de İdari Yargı Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: “Fransa (2009) – Karşılaştırmalı Hukuk – Yönetim Çalışması”, *içinde* **Kamu Yönetimi Ülke İncelemeleri**, 2. Baskı, (Derleme), İmge yayınevi, Ankara, 2009.
- LONG, Marceau / WEIL Prosper / BRAIBANT Guy / DEVOLVE Pierre / GENEVOIS Bruno: **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 17. Baskı, Dalloz, Paris, 2009.
- ORTAYLI, İlber: **Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi**, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008.
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÖZDEŞ, Orhan: “Danıştay’ın Tarihçesi”, *içinde* **Yüzyıl Boyunca Danıştay**,

- Danıştay Matbaası, 2. Baskı, Ankara, 1986.
- ÖZTÜRK, Burak: **Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ÖZTÜRK, Nazım: “Anayasal İktisat Çerçevesinde Demokrasiyi Yozlaştıran İktisadi Etmenler”, **TODAİE**, C. 37, S. 3, Ankara, 2004.
- ÖZYÖRÜK, Mükbil: **İdare Hukuku Ders Notları** (Teksir), Ankara, 1972-1973.
- ÖZYÖRÜK, Mükbil: **İdare Hukuku**, İdari Yargı Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara, 1977.
- PRENS, Sabahattin: “Teşebbüs-i Şahsi ve Tevsi-i Mezuniyet Hakkında Bir İzah”, *içinde*, **Görüşlerim** (Der. Ahmet Zeki İzgöer), Buruc Yayınları, İstanbul, 1999.
- RIVERO, Jean / WALINE, Jean: **Droit Administratif**, Dalloz, 19eme Ed., Paris, 2002.
- ROUSSET, Michel: **L'idée de puissance publique en droit administratif**, Dalloz, Paris, 1960.
- SEZGİNER, Murat: **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin yayınları, Ankara, 2000.
- YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- YAYMAN, Hüseyin: **Türkiye'nin İdari Reform Politığı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2005.
- YAYMAN, Hüseyin: **Türkiye'nin İdari Reform Tarihi**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- YILDIZ, Hayrettin: **Fransız Yerel Yönetim Hukuku**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013.
- YILDIZ, Hayrettin: “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Meselesi”, **TBB Dergisi**, Ocak-Şubat 2015, Sayı 116, s. 135-178.
- YÜKSEL, Ayten: “İdare Hukukunun Tatbik Sahası”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt XVI, Sayı 1-4, 1959.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

SORUŞTURMA REFORMU (ÖZELLİKLE: İFADENİN GÖRÜNTÜLÜ KAYIT ALTINA ALINMASI) VE JAPONYA'DA İDDİA PAZARLIĞININ KANUNA GİRİŞİ

Prof. Dr. jur. Hirokazu Kawaguchi
Kansai Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Osaka

Almancadan Tercüme

İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI
Gökhan ÖLMEZ

I. Japonya'da Suçluluk Karinesi mi Geçerlidir?

Bu sene bir İsviçreli gazeteci olan Patrick **Zoll**, Japonya'daki ceza yargısı sisteminin zayıf noktaları hakkında bir haber yaptı (Bu haberin başlığı: "(Japonya'da) Suçluluk karinesi geçerlidir." 22.07.2016 tarihli, *Neue Zürcher Zeitung*). İlk olarak söz konusu haberde yer alan Japon ceza yargısı sistemine ilişkin tespit ve değerlendirmeleri ortaya koyup ve bazı hususlara da eklemeler yapacağım.

1. Suç Oranlarının Azlığı

Japonya dünyanın en güvenli ve en düşük suç oranına sahip ülkesidir:

Her 100.000 kişiye düşen, resmi mercilere intikal etmiş olan hırsızlık sayısı, İsviçre'dekin beşte biri kadardır. Aynı durum cebir tatbiki suretiyle işlenen suçlar için de geçerlidir. Japonya'da ki cinayet oranı 100.000 kişide % 0,3'dür. Buna karşılık İsviçre'de bu oran iki katından fazladır. Amerika'da ki cinayet oranı ise bunun 12 katına kadar çıkmaktadır. Daha da iyisi, geçen 13 yıl içerisinde ihbara konu olan suçlarda bu oran istikrarlı bir biçimde düşmektedir. Bu istatistiklerde şaşırtıcı olmayan husus, Japonya'da ceza infaz kurumlarında bulunan kişi sayısının nispeten düşük olmasıdır. Japonya'da

* Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Ceza Merkezi. **e-posta:** ihanyb@gmail.com.

** Arş. Gör., Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı. **e-posta:** gokhanolmez23@gmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/11/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17/01/2019

100.000 kişiden 46'sı hapisanede bulunmaktayken; bu sayı komşu ülke Çin'de 100.000 kişi de 121, İsviçre'de ise 82'dir.

2. Japon Yargısının Karanlık Yüzü

Ancak bu olumlu veriler *Zoll*'e göre Japon yargısının karanlık yüzünü saklamaktadır.

“Hakkında kamu davası açılan kişi, yüzde yüze yakın bir oranla mahkum edilir. Beraat kararı çok nadir verilmektedir.”

Bu fenomen kısmen, Japonya'da Almanya'dan farklı olarak kamu davasının mecburiliği ilkesinin (*Legalitätsprinzip*) değil maslahata uygunluk ilkesinin (*Opportunitätsprinzip*) egemen olmasıyla açıklanabilir. Savcılar olayları özenle tasnif ederler ve sadece kesin bir biçimde mahkumiyetle sonuçlanacağına inandıkları olaylar hakkında kamu davası açarlar. Bunun dışında savcılar şüphelinin söz konusu suçu işlediğine dair bir kaniya sahip olsalar bile, suç siyaseti gerekçeleriyle takdir yetkilerine istinaden dava açmaktan imtina edebilirler. Buna Japonya'da *“kiso-yuyo”* uygulaması denir. Bu uygulamadan dolayı adeta hakimlik rolünü üstlenerek karar veren savcıya *“hakimden önceki hakim”* denmektedir.¹

Ancak sadece bu değil, açılan kamu davasının ve böylece verilen mahkumiyet hükmünün, her on olayın dokuzunda sanığın ikrarına dayanması dikkat çekicidir. Bu durum *“itirafların bir kısmının kuşkulu olduğu izlenimini uyandırmaktadır”*. Konu hakkında *Zoll* şöyle yazmaktadır:

“Eleştirilenlerin nazarında bu itirafların çoğu özgür iradeye dayanmamaktadır. Japon Polisi, şüpheliyi, kamu davası açılana kadar 23 gün süreyle nezarethanede tutabilmektedir. Zaten şüphelinin gözaltına alınmasından sonra 72 saat içinde hakim tutuklama konusunda bir karar vermek zorundadır. Aslında şüphelilerin ceza infaz kurumları bünyesinde yer alan tutukevlerinde tutulmaları gerekmektedir. Ancak Japonya'da tutukevlerinin sayısının azlığı nedeniyle bu kişiler mutad olarak polis nezarethanelerinde tutulmaktadır.”

“Hapishane yerine ikame edilen nezarathane” olarak ifade edilebilecek *“Daiyo Kangoku”* adı verilen bu sistem²; genellikle itiraf elde etmeye yönelik bir uygulama teşkil ettiği için kötüye kullanıldığından bahisle hem Japonya

¹ Bu ifade Erhard Kausch'a aittir: *“Savcı: Hakimden önceki hakim?”= Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter?: Untersuchungen zu Paragraph 153a StPO.*

² Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Bernd Götze, *Probleme der Polizeihafenanstalten (daiyo kangoku) in Japan: ZStW 102 (1990) 952 ff.*

Barosu hem de Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Mücadele Özel Komitesi ve Uluslararası Af Örgütü gibi uluslararası organizasyonlar tarafından eleştirilmektedir. Kolluk ve savcılık tarafından yürütülen ceza soruşturmaları, azımsanmayacak ölçüde şüphelilerin ciddi nitelikteki baskılar dolayısıyla zorlanmaları sonucu elde edilen itiraflarına dayandırılmaktadır.

“Bu itirafları elde etmek için soruşturma makamlarının dövme, korkutma, uykudan alıkoyma ve aralıksız uzun süren sorgulama gibi işkence ve kötü muamelelere sıklıkla başvurmalarından dolayı insan hakları örgüleri şikayetçi olmaktadır.”

Geçmiş senelerde verilmiş olan bir dizi kararın bozulması göstermektedir ki; bir çok olayda bahsedilen uygulamalar aslında suçsuz kimselerin cezalandırılmasına neden olmuştur. **Zoll** şöyle demektedir;

*“Esasen Japon yargı sistemindeki yanlışlıklar göstermektedir ki çoğu zaman çok ciddi biçimde hatalı hükümler verilmektedir. Dikkat çeken bir örnek 48 yıllık hapis cezası izole olarak hücrede infaz edilmiş olan ve iki sene önce mahkeme tarafından davasının yeniden görülmesi gerektiğine karar verilen **Iwao Hakamada** olayıdır. Zamanında boksör olan bu kişi şefini öldürmekle suçlanmıştır. 1968’de yakalandıktan sonra 19 gün boyunca günde 12 saat polis tarafından sorgulanmış ve bu süre sonunda suçunu itiraf etmiştir. Onun itirafı bir polis memuru tarafından yazılmış ve bu ifade, bitkin ve yıpranmış durumda olan **Hakamada** tarafından imzalanmıştır. **Hakamada** 19 günlük gözaltı süresi boyunca bir avukatla yalnızca 37 dakika görüştürülmüştür. **Hakamada**’nın hikayesi (**Odyssee**) Japon yargı sisteminde olağanüstü bir örnek olmakla beraber karşılaşılan tek kötü örnek değildir.”*

Japon Anayasası³ susma ve avukatla derhal görüşme hakkını güvence

³ Japon Anayasasında ceza muhakemesiyle ilgili olarak dikkat çekecek kadar çok madde yer almaktadır.

Japon Anayasası:

Madde 33: “Suçüstü hali dışında, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmadan hiç kimse yakalanamaz. Yakalanan kişiye isnat edilen suç ayrıntılı bir şekilde anlatılmalıdır.”

Madde 34: “Hiçkimse suçlandığı olaya ilişkin bilgilendirilmeden ve derhal hukuki yardımdan yararlandırılmadan tutulamaz ve tutuklanamaz; aynı şekilde hiç kimse yeterli sebep olmadan tutulamaz, ilgililerden birinin isteği doğrultusunda tutmanın gerekçesi, şüphelinin ve avukatının hazır bulunduğu aleni oturumda ortaya konulmalıdır.”

Madde 36: “Herhangi bir kamu görevlisi tarafından tatbik edilen işkence ve şiddet içeren uygulamalar kesinlikle yasaktır.”

Madde 37/1: “Tüm ceza davalarında sanık hızlı ve aleni bir duruşmada tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkına sahiptir.”

altına almaktadır. Anayasanın 38. maddesinin 1c paragrafı şu şekildedir:

“Hiç kimse kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz.” ve 34. maddenin birinci paragrafının ilk cümlesine göre;

“Hiç kimse suçlandığı olaya ilişkin bilgilendirilmeden ve hukuki yardımdan yararlandırılmadan tutulamaz veya tutuklanamaz.”

Ancak **Zoll**'un da yazdığı gibi uygulamada bu haklar yeterli düzeyde uygulama alanı bulmamaktadırlar:

“Ancak bu haklar uygulamada, Amerikalı hukukçuların 1947 yılında ortaya koydukları anayasa metninde yazılanlara oranla çok daha düşük değer ifade etmektedirler. Uygulamada sorgu, genellikle avukat gelmeden önce başlamaktadır. Şüpheli susma hakkını kullanmak istese de sorgulama devam etmektedir. Şüpheliyle avukatın ne zaman kısa bir görüşme yapabileceğine polis karar vermektedir.”

Zaten çoğu zaman avukatıyla görüşmesinden önce şüpheli polise itirafta bulunmuş olmaktadır. **Zoll**'unda vurguladığı gibi eleştirmenler bu durum için bir tür “rehine yargısı (Geiseljstiz)” demektedir.

“Tek sorun sorgulamada avukatın bulunmaması değildir. Ayrıca ifadeler çoğu zaman yazılı olarak kayıt altına da alınmaz. Şüpheli ifadesini mahkeme önünde inkar ederse bu durumda şüphelinin ifadesi ile bu ifadeyi alan polisin ifadesi çatışır. Sorgulamada gerçekten ne söylendiği tekrar denetlenemez. Delil kabul edilen tek belge polis tarafından tutulan rapordur. Durumla ilgili birçok reform denemesi seneler içinde kaybolup gitmiştir. Hukuk Profesörü **Setsuo Miyazawa**'nın yazdığına göre; “bu durumda şüpheli tamamen polisin kontrolünde bulunan bir ortamdadır.” Miyazawa Japon yargı sisteminin “Rehine Yargısı” görünümünde olduğuna dair çok sert bir sonuca ulaşmaktadır:

Konuyla alakalı olarak hakimin pozisyonu ve kariyerinin muhtemel gidişatı da önemli bir rol oynamaktadır. **Zoll** yazmaktadır ki;

Madde 37/2: “Sanığa, tüm tanıkların sorgulanması fırsatı tanınır ve lehine olan tanıkların, masrafları Devlet tarafından karşılanmak üzere zorla mahkemeye getirilmesi hakkı vardır.”

Madde 37/3: “Sanık her zaman yetkin bir avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkına sahiptir. Sanığın bir avukat tutma imkanı bulunmadığı hallerde, devlet sanığa avukat tahsis eder.”

Madde 38/1: “Kimse kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz.”

Madde 38/2: “Zor kullanarak, işkence veya tehdit ya da uzun gözaltı veya tutuklama durumlarında alınan itiraflar delil olarak kabul edilmez.”

38/3: Hiç kimse kendisine karşı ortaya konulan tek delilin kendi itirafı olduğu durumlarda suçlu ilan edilemez, cezalandırılmaz.

“Eleştirmenlere göre; Japon yargı sisteminde savcının çoğunlukla kazanmasının (haklı çıkmasının) bir sebebi de hakimlerin kariyerlerinin gidişatında yatmaktadır. Hakimler kamu görevlisidir ve bunlar birkaç yılda bir diğer kamu görevlileri gibi tayin edilirler. Eğer genç bir hakim sıklıkla sanık lehine hüküm verirse, kararlarının çoğu üst mahkeme tarafından bozulur. Bu durum onun kariyerine zarar verir. Birçok hakim gözünü üst mahkemelerdeki idari makamlardadır. Sadece sisteme uygun hareket edenler bu yüksek mercilere terfi edebilirler. Halihazırda bu mercilerde bulunan kamu görevlileri kimin nereye tayin edileceğine karar verirler. Sistem bahsi geçen bu kurallara uygun hareket edenleri seçer.”

Bunun yanında **Zoll** toplumsal önyargılara da dikkat çeker:

“Tüm bunlara paralel olarak toplumsal önyargılar da mevcuttur. Japon gazeteleri ve haber yayınları polis tarafından yakalanan şüphelileri günlük olarak teşhir etmektedir. Çoğu zaman şüphelilerin ad ve soyadlarına (kimlikleri) bu yayın organlarında yer verilmektedir. Savcılar ve polisler; şüphelinin avukatına bile verilmeyen bilgileri akreditasyon almış gazeteciler aracılığıyla basın organlarına sızdırmaktadırlar. Bu gazeteciler bilgi sızdırılmasına yönelik sahip oldukları bu ayrıcalıkları riske atmamak için ceza yargılaması mercilerinin yaptıklarını sıklıkla görmezden gelmektedirler. Bu itibarla suçsuzluk karinesinin ayaklar altına alınması dolayısıyla mahkumiyet hükmü oranının %99 olması çok doğaldır.”

3. Durum Değerlendirmesi

Bana göre, Japon yargısına yönelik bu eleştiri ve değerlendirmeler isabetlidir. **Zoll**'un da ikna edici bir biçimde ortaya koyduğu gibi masumiyet karinesi prensibi Japonya'da maalesef yeterince uygulanmamaktadır. Ancak **Zoll**, burada Japon yasasınının 24 Mayıs 2016'da karara bağladığı reform hareketlerini de dikkate almalıydı. Yeni kabul edilen “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (2016/54 No'lu Kanun)” ile „ifadenin görüntülü olarak kayıt altına alınması“ ve **iddia pazarlığı** kanunda düzenlenmiştir. Aşağıda bu reformun içeriğini daha yakından incelemek istiyorum.

II. İfadenin Görüntülü Kayıt Altına Alınması

Soruşturmalarda *şüpheli itiraflarının* çok önemli rol oynadığı yukarıda etraflıca anlatıldı. İtirafın çoğu, soruşturmanın ilk aşamasında yani şüpheli polis gözetiminindeyken kayıt altına alınmaktadır. İfadede avukat bulunmaz ve konuşmalar çoğu zaman kayıt altına alınmaz. Anayasanın 38/2 maddesine göre “Zor kullanarak, işkence veya tehdit ya da uzun gözaltı

veya tutuklama durumlarında alınan itiraflar delil olarak kabul edilmez.” Anayasanın 38/3 maddesine göre ise; “Hiç kimse (...) aleyhine tek delilin kendi itirafı olduğu durumlarda suçlanamaz ve cezalandırılmaz.” Ancak bu hususlara uygulamada nadiren rastlanmaktadır. Çoğu zaman sanık, itirafı gönüllü yapmadığını ispat edecek enstrümanlara sahip değildir. Bu durumu değiştirmek için Japon Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yeni § 301-2 nolu paragrafının 4. fıkrası “*Saibanin*”lerin⁴ (*Laienrichter*= meslekten olmayan hakim) katıldığı⁵ veya savcının doğrudan soruşturma açtığı olaylarda, ifadenin ses veya görüntü kaydeden cihazlarla kayda alınması zorunluluğunu getirmektedir. Duruşma esnasında itirafın gönüllü olup olmadığının şüpheli olduğu durumlarda, söz konusu kayıtlara başvurarak karar verilmelidir (§ 301-2 Abs. 1). Fakat istisnalar da (§ 301-2 Abs. 4 Nr. 1-4 de düzenlemeler gibi: Örneğin kayıt cihazının bozuk olması) mevcuttur. Bu reform bana göre çok önemlidir ve acilen uygulanması gerekir.⁶ Reformun uygulama alanının, mümkün olan en kısa zamanda suç tiplerinin hepsini istisnasız kapsayacak şekilde genişletilmesi gerektiği inancındayım.

III. İddia Pazarlığı Düzenlemesinin Yürürlüğe Girmesi

Ceza soruşturması yapmaya yetkili merciler (savcılık ve kolluk) “görüntülü ifade” düzenlemesine karşılık olarak, delile ulaşmada etkin nitelikte başka yöntemlere de yer verilmesini talep etmektedir. Bu bağlamda yeni yasa tarafından *iddia pazarlığı* ve “*criminal immunity*” gibi yeni kurumlar Japon yargı sistemine girmiş ve halihazırda mevcut olan “(gizli) *dinleme*” imkanları genişletilmiştir. Burada, yasada yer alan *iddia pazarlığına* ilişkin düzenlemeleri incelemek istiyorum.

Amerikan Hukuk sisteminin, Almanya’da olduğu gibi, aşırı ölçüde soruşturma yükü altında olduğu görülmektedir. Japonya’da olay sayısı daha az olmasına karşın hakim ve savcı sayısı da oldukça düşüktür. 2014 yılında

⁴ 21 Mayıs 2009 yılında kabul edilen yasayla *Saiban-System* (Japon Fahri Yargıç Sistemi) Japonyada yürürlüğe girmiştir. Böylece Japon halkı içinden seçilmiş vatandaşlardan oluşturulan *Saibanlar* ceza davalarında davalının suçlu mu suçsuz mu olduğuna ve cezanın miktarının tespiti konusunda diğer hakimlerle beraber karar vermektedirler.

⁵ *Saiban-System* öldürme ya da ciddi yaralanmalara sebebiyet veren yağma olayları gibi özellikli davalarda ve ağır ceza davalarında uygulamaktadır. Bu davalar Almanyada olduğu gibi bölge mahkemelerinde (*Landsgericht*) görülmektedir.

⁶ Kanun, ilgili maddenin üç yıl sonra yürürlüğe gireceğini öngörmektedir. Bu gecikmeyi uygun bulmamaktayım.

Almanya’da görev yapan hakim sayısı 20.300, savcı sayısı 5.280⁷ iken; Japonya’da hakim sayısı 2.944, savcı sayısı 1.877’dir.

Bu durumun sebebiyet verdiği işyükünü hafifletmek için ABD’de “*Plea Bargaining*” (= *iddia pazarlığı*) uygulanmaktadır. “*Plea Bargaining*” cezanın miktarı ve suçluluğu konusunda şüpheliyle pazarlık yapılması şeklinde anlaşılır. Burada savcı şüpheliye itirafı karşılığında; dava sonucunda alabileceği öngörülen ceza miktarından daha hafif bir ceza teklif eder. Eğer şüpheli teklifi kabul ederse; hakim önünde kendisini suçlu olarak kabul etmiştir. Bu durum cezasının miktarını da belirlemektedir, bu ceza genellikle savcının teklifiyle örtüşür. Bu metod, önemsiz davalarda mahkemelerin iş yükünün ciddi ölçüde azaltılması ve aynı zamanda şüphelilerin daha az ceza almasına imkan tanımaktadır. Bu anlamda *Plea Bargaining* temelde basitleştirilmiş ceza davaları ile kıyaslanabilir ve davaların genelde hızlı sonuçlandırılmasına yardımcı olur. Bu itibarla *Plea Bargaining* çok sık bir biçimde kullanılmakta ve ağır suçlarda da uygulanmaktadır.

Ceza davalarında iddia pazarlığı bir muhakeme şekli olarak Almanya’da ilk olarak 2009 yılında § 257c StPO’da⁸ düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, tarafları davanın gidişatı ve sonuçları hakkında bilgilendirir. En yaygın

⁷ 31 Aralık 2014 tarihinde Alman yargı sisteminde bulunan hakim, savcı ve onları temsil eden kamu yetkililerinin sayıları (<https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Gesamtstatistik.pdf>)

⁸ § 257c Mahkeme ile muhakeme tarafları arasında uzlaşma

(1) Mahkeme uygun olaylarda taraflar ile aşağıda belirlenen fıkralar çerçevesinde dava süreci ve sonuçları hakkında uzlaşabilir. § 244/ 2’nin hükmü saklıdır.

(2) (Davanın) sadece hukuki sonuçları, karar içeriği ve bundan doğan kararlar, dava ile ilgili tedbirlerin esas alındığı yargılama usulü yanında tarafların dava sürecinde ki tutumları uzlaşmanın konusudur. Her uzlaşmanın ana ögesi itiraftır. Güvenlik ve iyileştirme tedbirlerine ilişkin mahkumiyet kararları uzlaşma konusu yapılmaz.

(3) Uzlaşmanın içeriğinin ne olabileceğini mahkeme bildirir. Mahkeme, somut olayın tüm özelliklerini nazara alarak ve cezanın belirlenmesi konusundaki genel kuralları da uygulayarak, delilleri serbest değerlendirme yetkisi kapsamında olmak üzere, cezanın alt ve üst sınırını da belirleyebilir. Muhakeme tarafları görüş bildirme imkanına sahiptir. Eğer sanık ve savcılık, mahkemenin teklifini kabul ederlerse, uzlaşma sağlanmış olur.

(4) Eğer hukuki veya maddi açıdan önemli olan hususlar dikkate alınmamışsa veya bu şekilde yeni durumlar ortaya çıkmışsa ve mahkeme bu nedenle teklif edilen cezanın sınırının fiil ve kusura uygun olmadığı kanaatine varırsa, mahkemenin uzlaşma ile bağlılığı sona erer. Muhakeme sırasındaki davranışları ile sonraki davranışları mahkemenin öngördüğü tahmine uygun düşmezse, aynı hüküm geçerlidir. Bu gibi durumlarda, sanığın itirafı değerlendirilemez. Mahkeme koşulların değişikliğini geciktirmeksizin bildirmek zorundadır.

(5) Mahkemenin farklı görüşünün şartlarından ve sonuçlarından kaynaklı muhtemel hukuki neticeler konusunda sanık, 4’üncü fıkra uyarınca bilgilendirilmelidir.

uygulama, itiraf durumunda muhtemel ceza miktarı konusunda anlaşma sağlanmasındır.

Almanya ve ABD'den farklı olarak Japonya'da *iddia pazarlığı* şimdiye kadar sadece gayri resmi olarak uygulanmıştır.⁹ Şimdi ise bu müessese Japon Ceza Muhakemesi Kanununda (Jap. StPO § 350-2 ff.) ilk kez düzenlenmiştir. Japonya'da *iddia pazarlığı* öğeleri Almanya'dan farklılık göstermektedir. Burada savcı ve sanıklar dışında hakimler de sisteme dahildir (§ 350-2 Abs. 1). İddia pazarlığında sanık (şüpheli) „*gerçeği itiraf*“ etmeli veya işbirliği yaparak delillere ulaşmaya yardımcı olmalıdır. Buna karşın savcı;

1) davayı düşürme,

2) belirli (hafif) bir ceza veya

3) dosya üzerinden duruşmasız (§ 350-2 Abs. 1) karar verileceğine dair söz verir.

Japonya'da *iddia pazarlığının* uygulama alanı dardır ve belirli ekonomik, ateşli silahlar, uyuşturucu suçları (§ 350-2 Abs. 2) ile sınırlıdır. İddia pazarlığı yazılı olarak kayıt altına alınmalıdır (§ 350-3 Abs. 2).

Kubiciel haklı olarak şu ayrıntıya işaret etmektedir: Kanun koyucunun ustalığı sadece gerçeği aramada optimizasyonu sağlamak ve ceza davalarını etkinleştiren kuralları koymakta değildir. Bilakis hedef, yargı kurumlarının bir taraftan etkin uyumunu sağlamak diğer taraftan ciddi bir şekilde “*gerçeğe ve adalete ulaşmaya*“ çabalamak olmalıdır.¹⁰ Japonyada *iddia pazarlığı* müessesesinin bahsedilen hedefe ulaşmaya nasıl bir katkı sağlayacağı konusunda ise şu an itibarıyla bir şey söylemek mümkün değildir.

⁹ Katsuyoshi Kato'nun “Ceza Davalarında Uzlaşma” adlı çalışması son derece bilgilendiricidir: „Konsensuales Strafverfahren - insbesondere Opportunitätseinstellungen und Absprachen in Japan“, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit, Deutsch-Japanischer Strafrechtsdialog, 2010, S. 31 ff.). Kato'nun yaptığı tespitlere göre, Japonya'da maslahata uygunluk ilkesi Almanya'dan farklı olarak çoğu zaman %50 oranında uygulama alanı bulmaktadır. Hatta cinayet suçuna dair soruşturmalarda bile bu ilke uygulanmaktaydı. Ceza davaları da bir taraf muhakemesidir. Kato, Almanya ve ABD ile benzerlik gösteren Japonya'daki gelişmelerin altını çizer. Japonya'da yaşanan bu gelişmelerin sağladığı kazanımlar; ceza kararnameci usulü, mahkemede hızlı yargılama ve kabul edilmiş belgelerin delil olarak değerlendirilmesi imkanının cevaz verilen hallerde uygulanmasıdır. Alman hukuku ile Japonya'da var olan kuralları karşılaştırdıktan sonra, Japonya'da kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Kato, bu konuda, Alman “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma Kanununu” genel olarak över; ancak Japonya'da bir çok hususun açıklığa kavuşturulması gerektiğini ilave eder. Sonuç olarak, gelişen fikir birliktelikleri ışığında hem Japonya'da hem de Almanya'da “Ceza Muhakemesinin Amaçlarının Yeni Tanımının” yapılması gerektiği görüşündedir.

¹⁰ **Michael Kubiciel**, Zwischen Effektivität und Legitimität: Zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach der “Deal”-Entscheidung des BVerfG, 6/2014, 204 ff (2019).